
Die gegenwärtigen Aufgaben des Rechts in sich ändernden Sozialsystemen

**Vorträge des 4. trilateralen - deutsch-japanisch-koreanischen -
Seminars
12. - 13. März 2010
in Osaka**

**herausgegeben von
Rudolf Rengier und Keiichi Yamanaka**

**Universität Konstanz, Fachbereich Rechtswissenschaft, Konstanz
Hanyang University, College of Law, Seoul
Kansai University, School of Law, Osaka**

Vorwort

Seit nunmehr 10 Jahren werden im Rahmen der Kooperation zwischen dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Konstanz und dem College of Law der Hanyang Universität (Seoul) sowie der School of Law der Kansai Universität (Osaka) gemeinsame Seminare durchgeführt, und zwar – nach bilateralem Beginn – seit 2005 als trilaterale Seminare. Nach den trilateralen Seminaren 2005 und 2008 in Seoul sowie 2006 in Konstanz fand nunmehr in Osaka vom 12. bis 13. März 2010 das 4. Trilaterale Seminar statt.

Das Treffen stand unter dem Generalthema „Die gegenwärtigen Aufgaben des Rechts in sich ändernden Sozialsystemen“. In allen drei beteiligten Ländern haben in den zurückliegenden Jahrzehnten vergleichbare einschneidende soziale, ökonomische und politische Veränderungsprozesse stattgefunden. Veränderte soziale Strukturen und Wertvorstellungen erfordern unvermeidlich Anpassungsprozesse der Rechtsordnungen.

Den Rahmen bildeten vier Sektionen. In der ersten Sektion ging es um Fragen zur Funktion der Obersten Gerichte bei der Auslegung der Verfassung und um den Wandel der Rechtsfunktionen im Umbruch der tradierten Gesellschaftsfunktionen und beim Wandel politischer Systeme (Seung-Ju Bang; Bernd Rütters; Hiroyuki Kubo). Themenschwerpunkte der zweiten Sektion bildeten Fragen des grenzüberschreitenden Verkehrs, die an Beispielen der Immigration in die Europäische Union und mit Blick auf die Veränderungen diskutiert wurden, denen das Einwanderungsrecht in allen Ländern durch die Globalisierung der Wanderungsströme ausgesetzt ist. Probleme des „Risk Assessment“ rundeten diesen Block ab (Kay Hailbronner; Young-Hee Shim; Jaemin Lee). Die dritte Sektion widmete sich den Themen Verband, Vertrag und Klage in einer sich ändernden Gesellschaft. Die Beiträge befassten sich mit dem bemerkenswerten Fortleben der ultra-vires-Lehre im koreanischen Verbandsrecht, mit der Intra-Group Liability, mit modernen Konzeptionen für die immer stärker werdende Bedeutung von Verbandsklagen sowie mit Reformkonzepten für das Versicherungsrecht (Ho Young Song; Astrid Stadler; Chadong Kim; Woohyun Chun). Die vierte strafrechtliche Sektion hatte länderübergreifende Fragen des Strafrechts und der Kriminalpolitik zum Gegenstand. Anhand aktueller Beispiele wurden zunächst Probleme der grenzüberschreitenden Steuerhinterziehung und des Lebensschutzes diskutiert. Weiter standen Fragen der Legalität des Einsatzes von Undercover-Agenten und eine Auseinandersetzung mit der vermeintlich gesteigerten Punivität in Deutschland im Zentrum (Rudolf Rengier; Hirokazu Kawaguchi; Eun-Mo Lee; Wolfgang Heinz). Der strafrechtliche Beitrag zur AIDS-Problematik (Keiichi Yamanaka) konnte aus Zeitgründen nicht vorgetragen werden.

Den Herausgebern ist es auch diesmal ein großes Anliegen, all denjenigen zu danken, welche die Durchführung des 4. Trilateralen Seminars durch ihre ideelle oder finanzielle Unterstützung ermöglicht haben. Der Dank

gilt insbesondere dem Auslandsreferat/International Office der Universität Konstanz und dem Deutschen Akademischen Austauschdienst. Auf der japanischen Seite bedanken wir uns ganz herzlich für die finanzielle Unterstützung durch die Kansai Universität, die das Projekt der drei Partnerschaftsuniversitäten erheblich gefördert hat. Unentbehrliche organisatorische Hilfe haben die Büros der School of Law und des International Exchange Office geleistet.

Ein besonderes Dankeschön gebührt schließlich Frau Lehmann, Sekretärin am Konstanzer Lehrstuhl, die mit sicherer Hand die Vorträge in die vorliegende elektronische Buchform gebracht hat.

Prof. Dr. Rudolf Rengier

Prof. Dr. Keiichi Yamanaka

Konstanz und Osaka, im August 2011

INHALT

Seung-Ju Bang***	Bindungswirkung der verfassungskonformen Gesetzesauslegung durch das Verfassungsgericht in Korea	1
Bernd Rütters*	Der Wandel der Rechtsfunktionen im Umbruch der Wirtschafts- und Arbeitsgesellschaft am Beispiel des Arbeitsrechts	15
Hiroyuki Kubo**	Dynamics of Japanese Civil Code	37
Kay Hailbronner*	Die EU Blue Card – ein Schritt auf dem Weg zu einem offenen EU Arbeitsmarkt für Drittstaatsangehörige?	43
Young-Hee Shim***	Globalization and the Change of Migration-Related Laws in Korea: Focusing on the Change of Marriage Migration-Related Laws	55
Jaemin Lee***	Revisiting the Risk Assessment under the SPS Agreement	73
Ho Young Song***	Das Schicksal der ultra-vires-Lehre im koreanischen Verbandsrecht	87
Astrid Stadler*	Moderne Konzeptionen und Aufgaben der Verbandsklage	101
Chadong Kim***	Intra-Group Liability	115
Woohyun Chun***	The Trend of the Insurance Contract Law's Revision in Korea	119
Rudolf Rengier*	Steuerhinterziehung im Ausland und Steuergerechtigkeit in Europa aus strafrechtlicher Sicht	129

Hirokazu Kawaguchi**	Beginn und Ende des strafrechtlichen Lebensschutzes in der globalisierten Gesellschaft	139
Keiichi Yamanaka**	Die Bilanz des AIDS-Skandals in Japan – Strafrechtliche Haftung wegen der Produktion und ärztlichen Verschreibung von AIDS-kontaminierten Blutprodukten und wegen Aufsichtspflichtsverletzungen	147
Eun-Mo Lee***	Criteria for Evaluating the Legality of Entrapment	165
Wolfgang Heinz*	Zunehmende Punitivität in Deutschland – Realität oder Mythos?	173

* Universität Konstanz, Fachbereich Rechtswissenschaft

** Kansai University, School of Law, Osaka

*** Hanyang University, College of Law, Seoul

Bindungswirkung der verfassungskonformen Gesetzesauslegung durch das Verfassungsgericht in Korea

Seung-Ju Bang, Seoul

I. Einleitung: Entscheidungsvarianten bei Normenkontrollentscheidungen des koreanischen Verfassungsgerichts

Seit der Gründung des koreanischen Verfassungsgerichts im Jahr 1988 hat es verschiedene Entscheidungsvarianten bei Normenkontrollentscheidungen entwickelt. Diese sind 1. die Verfassungsunvereinbarerklärung und 2. die verfassungskonforme Gesetzesauslegung (bzw. die sog. Verfassungswidrigerklärung oder Verfassungsmäßigerklärung einer bestimmten Gesetzesauslegung).

Grundsätzlich erklärt das Verfassungsgericht bei Normenkontrollentscheidungen¹ ein Gesetz für verfassungsmäßig, wenn es das Gesetz als mit der Verfassung für vereinbar hält, während es dieses für verfassungswidrig erklärt, wenn es das Gesetz für mit der Verfassung unvereinbar hält. Diese "Verfassungsmäßigerklärung" beziehungsweise "Verfassungswidrigerklärung" stellt sich als der ordnungsmäßige und gesetzliche Entscheidungsausspruch dar.

Zwischen diesen beiden Entscheidungsarten gibt es verschiedene Grauzonen, in denen es unrichtig erscheint, das Gesetz ohne weiteres für verfassungsmäßig oder für verfassungswidrig zu erklären und die Geltung des Gesetzes zu verwerfen (grundsätzlich Nichtigkeit ex nunc von dem Tag der Entscheidung an, aber von Anfang an in den Fällen von Strafnormen; vgl. § 47 VerfGG).

1. Unvereinbarerklärung

Das koreanische Verfassungsgericht hat unter dem unmittelbaren Einfluss des BVerfG die sog. Unvereinbarerklärung als eine Entscheidungsvariante entwickelt. Das koreanische Verfassungsgericht legitimiert die Unvereinbarerklärung damit, dass es mehrere Möglichkeiten

¹ Im materiellen Sinne gibt es in Korea drei Arten der Normenkontrolle: Konkrete Normenkontrollentscheidungen nach Art. 100 Abs. 1 Koreanische Verfassung (im folgenden: KV) sowie nach § 41 Abs. 1 Verfassungsgerichtsgesetz (im folgenden: VerfGG), Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz nach § 68 Abs. 1 VerfGG und Verfassungsbeschwerde gegen die Vorlageantragsabweisung durch das Gericht nach § 68 Abs. 2 VerfGG.

zur Wiederherstellung der verfassungsmäßigen Gesetzeslage – nicht nur bei dem typischen gleichheitswidrigen Begünstigungsausschluss, sondern auch bei der Verletzung der freiheitlichen Grundrechte – geben könne. Insbesondere soll die Entstehung eines verfassungsferneren Zustands als des bisherigen vermieden werden, wenn durch den sofortigen Geltungsverlust der Norm ein rechtliches Vakuum oder Chaos verursacht werden könnte. In diesen Fällen ordnet das Gericht die vorläufige Fortgeltung der Norm trotz deren Verfassungswidrigkeit bis zu einem angemessenen Zeitpunkt an.

2. Verfassungsmäßigerklärung oder Verfassungswidrigerklärung einer bestimmten Gesetzesauslegung

Die vom Verfassungsgericht häufig verwendeten Entscheidungsvarianten sind die Verfassungswidrigerklärung und die Verfassungsmäßigerklärung einer bestimmten Gesetzesauslegung ohne Textreduzierung.

Das Verfassungsgericht erklärt eine Norm unter einer bestimmten Gesetzesauslegung für verfassungsmäßig oder verfassungswidrig. In diesem Fall verwendet das Gericht die "soweit Klausel": "Eine Norm ist.... mit der Verfassung vereinbar, soweit die Norm ... in einem bestimmten Sinne ausgelegt bzw. in einem bestimmten Fall angewendet wird" (sog. Verfassungsmäßigerklärung einer bestimmten Gesetzesauslegung). "Eine Norm ist mit der Verfassung unvereinbar, soweit die Norm ... in einem bestimmten Sinne ausgelegt bzw. in einem bestimmten Fall angewendet wird" (sog. Verfassungswidrigerklärung einer bestimmten Gesetzesauslegung).

Diese Verfassungswidrigerklärung (Verfassungsmäßigerklärung) einer bestimmten Gesetzesauslegung hat ihre theoretische Wurzel in der verfassungskonformen Gesetzesauslegung. Der Unterschied zwischen den Entscheidungsaussprüchen in Korea und in Deutschland liegt darin, dass das koreanische Verfassungsgericht die für verfassungswidrig oder verfassungsmäßig gehaltene Gesetzesauslegung im Tenor zum Ausdruck bringt, während das Bundesverfassungsgericht den folgenden Satz verwendet: "Die Norm ist ... nach Maßgabe der Gründe oder in der sich aus den Gründen ergebenden Auslegung² mit dem Grundgesetz vereinbar.³ Somit muss man in Deutschland zunächst die Gründe der Entscheidungen des BVerfG betrachten, um festzustellen, welche Gesetzesauslegung verfassungswidrig ist. In der koreanischen Verfassungswidrigerklärung einer bestimmten Gesetzesauslegung kann man demgegenüber direkt im Tenor feststellen, was für eine Auslegungs- oder Anwendungsvariante verfassungswidrig ist.

² Wiltraut Rupp-v. Brünneck, Wie weit reicht die Bindungswirkung des Grundvertragsurteils des Bundesverfassungsgerichts, in: Hans-Peter Schneider(Hrsg), Verfassung und Verantwortung: Schriften und Sondervoten / Wiltraut Rupp-v. Brünneck, Baden-Baden 1983, S. 327 ff.(333).

³ Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 7. Aufl., München 2007, Rn. 440 ff.

II. Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung als Entscheidungsvariante in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts gibt es einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, zur Wahrung der Rechtsordnung die verfassungskonforme Auslegung auszuwählen und gleichzeitig die verfassungswidrige Auslegungsvariante auszuschließen sowie den verfassungsmäßigen und positiven Teil der Norm beizubehalten, wenn ein Begriff in einem Gesetz mehrdeutig ist und dieser mehrere Auslegungen im Rahmen der Wortlautgrenze zulässt.⁴

1. Fälle der Verfassungsmäßigerklärung einer bestimmten Gesetzesauslegung

a) § 7 Staatssicherheitsgesetz

§ 7 Staatssicherheitsgesetz hat vorgesehen, dass derjenige, der eine Tätigkeit in einem gegen den Staat stehenden Verband (im folgenden: "Gegenstaatsverband")⁵ wahrgenommen hat oder eines seiner Mitglieder oder denjenigen, der dessen Weisungen bekommen hat, lobt, ermutigt oder hiermit einverstanden ist oder auf sonstige Weise den Verband begünstigt, mit Freiheitsstrafe nicht über 7 Jahre bestraft wird.

Der Angeklagte im Anlassverfahren wurde u.a. wegen der Verletzung des § 7 Abs. 1 und Abs. 5 Staatssicherheitsgesetz mit der Begründung angeklagt, dass er Bücher und andere schriftlich fixierte Meinungsäußerungen zu einem einen Gegenstaatsverband begünstigenden Zweck bereitgehalten und verbreitet habe.

Das Gericht hat dem Verfassungsgericht am 10. November 1989 die Frage vorgelegt, ob § 7 Abs. 1 und Abs. 5 Staatssicherheitsgesetz verfassungsmäßig ist.

In der Normenkontrollentscheidung vom 2. 4. 1990 über die Verfassungsmäßigkeit des § 7 Staatssicherheitsgesetz hat das Verfassungsgericht die vielen unbestimmten Begriffe in § 7 Abs. 1 und Abs. 5 Staatssicherheitsgesetz unter der Voraussetzung für verfassungsmäßig erklärt, dass die Taten im Sinne von § 7 Abs. 1 und Abs. 5 Staatssicherheitsgesetz ausschließlich auf Fälle beschränkt werden, die für den Bestand und die Sicherheit des Staates oder die freiheitliche und demokratische Grundordnung gefährlich sind.⁶

b) § 4 Abs. 1 Ziff. 2 Staatssicherheitsgesetz (Staatsgeheimnis)

In einer Verfassungsbeschwerde nach § 68 Abs. 2 VerfGG gegen den seinen Vorlageantrag abweisenden Beschluss des Gerichts rügte der

⁴ Verfassungsgericht (im folgenden: VerfG), 89 hunga 113 vom 2. 4. 1990. VerfGE 2, 49.

⁵ Dieser Begriff meint die Demokratische Volksrepublik Korea.

⁶ VerfGE 2, 49, 50. Zur Zusammenfassung dieser Entscheidung in englisch siehe, The Constitutional Court of Korea (Hrsg), The First Ten Years of The Korean Constitutional Court, 2001, S. 134 ff.

Beschwerdeführer, dass § 7 Abs. 1 Ziffer 2⁷ Staatssicherheitsgesetz wegen der Unbestimmtheit des Begriffes „Staatsgeheimnis“ mit dem Grundsatz „nulla poena sine lege“ unvereinbar und deshalb nichtig sei. Der Satz „militärische Geheimnisse oder Staatsgeheimnisse außerhalb der Geheimnisse a)“ beinhalte alle sonstigen Geheimnisse, die von den Geheimnissen unter a) ausgenommen seien, so dass der Begriff der Staatsgeheimnisse unbegrenzt erweitert und damit willkürlich angewendet werden könne.

Das Verfassungsgericht hat demgegenüber geurteilt, dass die Vorschrift nicht verfassungswidrig sei, wenn man sie restriktiv auslege. Es müsse um Tatsachen, Gegenstände oder Erkenntnisse mit dem materiellen Wert von Geheimnissen gehen, die für die Allgemeinheit unzugänglich seien und für die Staatssicherheit eine äußerliche Gefahr herbeiführen könnten, falls ihre Inhalte offenbart würden.⁸

2. Fälle der Verfassungswidrigerklärung einer bestimmten Gesetzesauslegung

a) 89 hunma 160: § 764 koreanisches BGB - Entschuldigungsbekanntmachung

Beschwerdeführer in diesem Fall waren die Zeitung Donga-ilbo Aktiengesellschaft, ihre Vertreter sowie die Journalisten, die in der Donga-ilbo arbeiteten.

Im Anlassverfahren hat sich die Klägerin durch einen Artikel in einer Monatszeitschrift in ihrer Ehre als verletzt angesehen und nicht nur Schadensersatz, sondern auch die Anordnung einer Entschuldigungsbekanntmachung als eine angemessene Maßnahme für die Wiederherstellung der Ehre nach § 764 BGB verlangt. Das Gericht hat sowohl dem Verlangen nach Schadensersatz stattgegeben als auch die Donga-ilbo Zeitung zur Veröffentlichung einer Entschuldigungsbekanntmachung verurteilt.

Die Donga-ilbo und die sonstigen Beschwerdeführer haben dagegen eine Verfassungsbeschwerde mit der Begründung vor dem Verfassungsgericht erhoben, dass die in § 764 BGB vorgesehene angemessene Maßnahme für die Wiederherstellung der Ehre die Meinungsäußerungsfreiheit

⁷ § 7 Staatssicherheitsgesetz sieht vor: ① Wenn ein Mitglied des Gegenstaatsverbandes oder derjenige, der dessen Weisungen bekommen hat, Tätigkeiten zu seinem Zweck wahrnimmt, wird der Täter wie folgt bestraft. 1. ...

2. Wenn er einen Landesverrat (§ 98 koreanisches StGB) begangen oder Staatsgeheimnisse ermittelt, gesammelt, offenbart oder vermittelt hat, wird er entsprechend der folgenden Unterscheidung bestraft.

a) Wenn die militärischen Geheimnisse oder Staatsgeheimnisse solche Tatsachen, Gegenstände oder Erkenntnisse betreffen, die nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind und vor den Feindländern oder dem Gegenstaatsverband geheim gehalten werden müssen, um die Gefahr eines schweren Nachteils für die Staatssicherheit abzuwenden, wird er mit Todesstrafe oder mit lebenslänglicher Freiheitsstrafe bestraft.

b) Wenn es sich um militärische Geheimnisse oder Staatsgeheimnisse außerhalb der Geheimnisse unter a) handelt, wird er mit Todesstrafe oder lebenslänglicher Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter 6 Jahren bestraft.

⁸ VerfGE 9-1, 1, 9.

nach Art. 21 KV und die Gewissensfreiheit nach Art. 19 KV verletze und deshalb verfassungswidrig sei.

Im Tenor dieser Entscheidung hat das Verfassungsgericht wie folgt geurteilt: Es ist verfassungswidrig, die Entschuldigungsbekanntmachung als angemessene Maßnahme für die Wiederherstellung der Ehre im Sinne von § 764 BGB anzuordnen.⁹

In dieser Entscheidung hat das Verfassungsgericht eine Anwendung des § 764 BGB unmittelbar für verfassungswidrig erklärt, ohne den Ausdruck der "Auslegung" zu verwenden. Diese Entschuldigungsbekanntmachung wurde bis damals sehr häufig als angemessene Maßnahme für die Wiederherstellung der Ehre in der gerichtlichen Praxis angeordnet, ohne dass Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit dieses Instruments in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs auftauchten.

Trotzdem sind der Oberste Gerichtshof und andere Gerichte bisher der Entscheidung des VerfG gefolgt und haben seitdem keine Entschuldigungsbekanntmachung mehr angeordnet.

b) 93 hunba 21: Ausschluss sog. doppelten Schadensersatzes für Soldaten, Polizeibeamte usw.

In der Entscheidung vom 29. 12. 1994 hat das Verfassungsgericht § 2 Abs. 1 S. 2 Staatshaftungsgesetz in einer bestimmten Gesetzesauslegung für verfassungswidrig erklärt.

Nach § 2 Abs. 1 S. 2 Staatshaftungsgesetz können Soldaten, Polizeibeamte und Reservisten sowie ihre Hinterbliebenen Schadensersatz aufgrund von (tödlichen) Verletzungen, die während einer amtlichen Tätigkeit (Kampf, Ausbildung oder sonstige Amtsausübung) entstanden sind, keine Staatshaftung gegenüber den Staat geltend machen, falls sie oder ihre Hinterbliebenen irgendwelche anderweitige Entschädigungen oder Kompensationen für den Unfall (z.B. Hinterbliebenenrente, Rente für verletzte Soldaten oder Polizeibeamte) nach Maßgabe anderer Gesetze bekommen.

Bei einem Verkehrsunfall haben ein amtlich tätiger Soldat A und eine Privatperson B einen anderen amtlich tätigen Soldaten C durch eine gemeinsame unerlaubte Handlung verletzt. B hat dem Soldaten C für seine Körperverletzung vollen Schadensersatz nach den Regeln der Gesamtschuld bei unerlaubter Handlung geleistet und vom Staat erfolglos Regress gefordert. Auch in der Regressklage wurde sein Anspruch zuerst durch das Amtsgericht abgewiesen. Nach einer erfolgreichen Berufungsklage vor dem Oberen Gerichtshof wies der Oberste Gerichtshof die Klage an den Oberen Gerichtshof zurück.¹⁰ Der Oberste Gerichtshof hält es in seiner Entscheidung auch für unzulässig, dass die Privatperson, die nach einer gemeinsamen Schädigung mit einer Amtsperson Schadensersatz leistet, einen Regressanspruch gegen den Staat ausübt.¹¹

⁹ VerfG, 89 hunma 160 vom 1. April 1991, VerfGE 3, 149, 150. Zur Zusammenfassung dieser Entscheidung in englisch vgl. The Constitutional Court of Korea (Hrsg), The First Ten Years of The Korean Constitutional Court, 2001, S. 138 ff.

¹⁰ VerfG; 93 hunba 21 vom 29. 12. 1994, VerfGE 6-2, 379, 381.

¹¹ VerfGE 6-2, 379, 382.

Der Beschwerdeführer B hat vor dem Oberen Gerichtshof erfolglos beantragt, die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Norm dem VerfG zu vorlegen. Danach hat er gegen den Abweisungsbeschluss Verfassungsbeschwerde mit der Begründung erhoben, dass § 2 Abs. 1 Satz 2 Staatshaftungsgesetz verfassungswidrig sei, soweit er so ausgelegt werde, dass kein Regressanspruch gegen den Staat zulässig sei.

Mit seiner Verfassungsbeschwerde hat B Erfolg gehabt. Das Verfassungsgericht hat die Verfassungswidrigerklärung des § 2 Abs. 1 Satz 2 Staatshaftungsgesetz folgendermaßen begründet:

Nach der grammatischen Auslegung von Art. 29 Abs. 2 KV, der mit § 2 Abs. 1 S. 2 Staatshaftungsgesetz inhaltlich identisch ist, ist es evident, dass der Soldat, der durch unerlaubte Handlungen des amtlich tätigen Beamten geschädigt wurde, vom Staat keinen Schadensersatz in Anspruch nehmen kann, wenn er andere Entschädigungen nach anderen Gesetzen bekommen kann. Es ist jedoch unklar, ob die Privatperson in diesem Fall den Regressanspruch gegen den Staat nicht ausüben kann.¹²

Wenn eine Privatperson durch eine gemeinsame unerlaubte Handlung gemeinsam mit einem amtlich tätigen Soldaten einen anderen amtlich tätigen Soldaten geschädigt hat, ist die Privatperson verpflichtet, allen Schadensersatzpflichten als Gesamtschuldner nachzukommen, ungeachtet der Entschädigungen, die der Geschädigte nach einem anderen Gesetze bekommt.

Wenn man Art. 29 Abs. 2 KV als eine relative Ausschlussklausel auslegt, die den Schadensersatzanspruch gegen den Staat, der seitens des geschädigten Soldaten entstanden ist, nur zwischen dem Staat und dem Soldaten ausschließt, kann die Privatperson den Regressanspruch gegen den Staat bezüglich der dem Soldaten als gemeinsamen Schädiger zuzurechnenden Verantwortung ausüben. Es entspricht im Ergebnis dem allgemeinen Prinzip der Gerechtigkeit, dass die Privatperson und der Staat als Dienstherr des Soldaten nur in Höhe ihrer eigenen Anteile belastet werden.¹³

Wenn man demgegenüber Art. 29 Abs. 2 KV als absolute Ausschlussklausel auslegt, kann die Privatperson als Schädiger überhaupt keinen Regressanspruch gegen den Staat ausüben, auch wenn sie vollen Schadensersatz als Gesamtschuldner geleistet hat. Nach dieser Auslegung bürdet der Staat seine eigene Schadenersatzpflicht der Privatperson auf. Eine solche Auslegung verletzt das Prinzip der Gerechtigkeit und das Eigentum der Bürger, weil sie die Privatperson mit einer Ersatzpflicht ohne rechtliche Grundlage belastet.¹⁴

Der Staat ist verpflichtet, dem Bürger die Grundrechte zu gewährleisten. Deshalb muss man Art. 29 Abs. 2 KV bezogen auf seinen Anwendungsbereich streng und restriktiv auslegen, soweit die Klausel den Anspruch auf Schadensersatz bei der Staatshaftung verfassungsunmittelbar begrenzt. Es ist der Sinn und Zweck des Art. 29 Abs. 2 KV, den Anspruch auf

¹² VerfGE 6-2, 379, 385 f.

¹³ VerfGE 6-2, 379, 386.

¹⁴ VerfGE 6-2, 379, 387.

Schadensersatz des Soldaten gegen den Staat auszuschließen, wenn er andere Entschädigungsansprüche hat.¹⁵

Man darf den Art. 29 Abs. 2 KV und § 2 Abs. 1 Satz 2 Staatshaftungsgesetz aber nicht dahingehend auslegen,¹⁶ dass er keinen Regressanspruch der Privatperson gegen den Staat bei einer gemeinsamen unerlaubten Handlung mit einem amtlich tätigen Soldaten zulässt.¹⁷ Eine solche Auslegung widerspricht dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 11 KV) und der Eigentumsgarantie (Art. 23 Abs. 1 KV).¹⁸

III. Ablehnung der Bindungswirkung der verfassungskonformen Gesetzesauslegung des VerfG durch den Obersten Gerichtshof

Der Beschwerdeführer B im Fall von 93 hunba 21 hat nach der Entscheidung des Verfassungsgerichts vom 29. 12. 1994 beim Obersten Gerichtshof die Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß § 75 Abs. 7 VerfGG beantragt.

Der Beschwerdeführer hat behauptet, dass die Gründe für die Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß § 75 Abs. 7 VerfGG vorliegen, nachdem das Verfassungsgericht der Verfassungsbeschwerde stattgegeben hat und sein Regress (94 da 6741) durch den Obersten Gerichtshof mit Rechtskraft abgewiesen ist.

Der Oberste Gerichtshof hat den Wiederaufnahmeantrag mit folgenden Gründen abgewiesen:¹⁹

Nach § 41 Abs. 1 und § 68 Abs. 2, § 75 Abs. 7 VerfGG kann der Betroffene die Wiederaufnahme des Verfahrens beantragen, falls das Anlassverfahren mit Rechtskraft entschieden ist, soweit der Verfassungsbeschwerde stattgegeben worden ist. Dabei bedeutet Stattgabe, dass die Verfassungswidrigerklärung mit Bindungswirkung gegenüber den Gerichten angekündigt ist.

Zur Stattgabe der Verfassungsbeschwerde im Sinne von § 75 Abs. 7 VerfGG gehört aber nicht die Verfassungswidrigerklärung einer bestimmten Gesetzesauslegung, bei der das Verfassungsgericht ausschließlich eine bestimmte Gesetzesauslegung der Norm für verfassungswidrig erklärt, ohne die Geltung des ganzen Gesetzes oder eines Teils davon im Tenor zu verwerfen.

Art. 101 KV sieht vor, dass die Judikative aus Gerichten besteht, die sich wiederum aus Richtern zusammensetzen (Abs. 1), und dass die Gerichte aus dem Obersten Gerichtshof und einzelnen Instanzgerichten bestehen (Abs. 2). Die Kompetenz, Sinn, Inhalt und Tragweite der gesetzlichen Normen in den einzelnen Streitverfahren zu bestimmen, d.h. die Kompetenz zur Auslegung und Anwendung der Gesetze gehört zum Wesensgehalt der Judikative und obliegt einschließlich der verfassungskonformen Gesetzes-

¹⁵ VerfGE 6-2, 379, 387.

¹⁶ VerfGE 6-2, 379, 387.

¹⁷ VerfGE 6-2, 379, 388.

¹⁸ VerfGE 6-2, 379, 390.

¹⁹ Der Oberste Gerichtshof, 95 jaeda 14 vom 27. 4. 2001.

auslegung ausschließlich den Gerichten, an deren Spitze der Oberste Gerichtshof steht.

Es ist unzulässig, in diese Kompetenz der Gerichte einzugreifen. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf das Gefüge der Gewaltenteilung und den Grundsatz der Unabhängigkeit der Judikative innerhalb der verfassungsrechtlichen Ordnung. Daher hat die Verfassungswidrigerklärung einer bestimmten Gesetzesauslegung durch das Verfassungsgericht keine Bindungswirkung gegenüber den Gerichten, die für die Auslegung und Anwendung der Gesetze ausschließlich zuständig sind.

Wenn man der verfassungskonformen Gesetzesauslegung durch das Verfassungsgericht eine Bindungswirkung einräumen würde, hätte das zur Folge, dass das Verfassungsgericht im Ergebnis die Stellung des Obersten Gerichts erlangt, obwohl es kein Gericht der Justizgewalt im Sinne von Art. 101 KV ist.

Das Verfassungsgerichtsgesetz enthält keine gesetzliche Grundlage, um einer Entscheidung, die nur die Gesetzesauslegung betrifft, eine Bindungswirkung einzuräumen. Darüber hinaus hat das Verfassungsgerichtsgesetz gerichtliche Entscheidungen aus dem Gegenstand der Verfassungsbeschwerde ausgeschlossen (§ 68 Abs. 1 VerfGG). Daher gibt es keine Regelungen für eine sog. Urteilsverfassungsbeschwerde. Diesbezüglich bestehen erhebliche Unterschiede zwischen Korea und Deutschland, wo das Bundesverfassungsgericht das Verfahren nach einer erfolgreichen Urteilsverfassungsbeschwerde zurückverweisen kann.

IV. Grundlagen und Reichweite der Bindungswirkung der verfassungskonformen Gesetzesauslegung des Verfassungsgerichts

1. Verfassungswidrigerklärung einer bestimmten Gesetzesauslegung als eine Entscheidungsvariante

Die Verfassungswidrigerklärung sowie die Verfassungsmäßigerklärung einer bestimmten Gesetzesauslegung als eine Entscheidungsvariante, durch die das Verfassungsgericht nur eine bestimmte Auslegungs- oder Anwendungsvariante wegen ihrer Verfassungswidrigkeit der Rechtsordnung entzieht, beruht auf der Methode der sog. verfassungskonformen Gesetzesauslegung, die traditionell in fast allen Ländern, die eine Verfassungsgerichtsbarkeit kenne, ungeachtet ihrer gesetzlichen Grundlage praktiziert wird. Als theoretische Grundlage der verfassungskonformen Gesetzesauslegung in Korea werden genannt: Favor legis, die Schonung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers, die Wahrung der Einheit der Rechtsordnung sowie die Vermeidung eines rechtlichen Vakuums durch die Verfassungswidrigerklärung.

Mit der Begründung, dass es keine positive rechtliche Grundlage für die verfassungskonforme Gesetzesauslegung gibt, lehnt der Oberste Gerichtshof ihre Bindungswirkung ab. Wenn man bedenkt, dass er die Notwendigkeit und Wirkung der Unvereinbarerklärung trotz ihrer fehlenden gesetzlichen Grundlage anerkannt hat, scheint dieses Argument des Obersten Gerichtshofs nicht nachvollziehbar. Sein Verständnis, dass die Verfassungswidrigerklärung nicht

zur Stattgabe der Verfassungsbeschwerde im Sinne vom § 75 Abs. 7 VerfGG gehört, beruht maßgeblich auf dem Gesetzespositivismus, der sich seit den früheren autoritären Regierungen in Korea in der Praxis immer wieder zeigt. Er zielt darauf ab, Kompetenz und Funktion der Verfassungsgerichts nach Möglichkeit restriktiv auszulegen, ungeachtet der Eigenart der Verfassungsgerichtsbarkeit.²⁰

2. Verfassungsrechtliche Grundlage der Bindungswirkung der Verfassungswidrigerklärung der Gesetzesauslegung

Die Bindungswirkung ist aus der Verfassung selbst abzuleiten. Nach Art. 10 KV ist der Staat verpflichtet, die Grundrechte der Bürger zu gewährleisten. Das Staatsorgan, das die Verfassung und die Grundrechte authentisch auslegt, ist das Verfassungsgericht. An seine Auslegung der Verfassung sind alle Staatsorgane einschließlich der Gerichte gebunden.²¹ Dies folgt insbesondere aus dem Sinn und Zweck der verfassungsrechtlichen Normen (Art. 107 Abs. 1 KV, Art. 111 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 5 KV), welche die Kompetenz der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze nicht dem Obersten Gerichtshof, sondern allein dem Verfassungsgericht zugewiesen haben. Nur bei einer solchen Auslegung wird die Einheit der Rechtsordnung, die aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleiten ist, gewährleistet.²²

Obwohl die Verfassungsbeschwerde nach § 68 Abs. 2 VerfGG in der Form eines Verfassungsbeschwerdeverfahrens geregelt ist, liegt die materielle Bedeutung des Verfassungsbeschwerdeverfahrens auf der gleichen Ebene wie die des konkreten Normenkontrollverfahrens nach § 41 Abs. 1 VerfGG, weil der Betroffene nicht über die Verfassungsmäßigkeit des gerichtlichen Abweisungsbeschlusses, sondern über die Verfassungsmäßigkeit der entscheidungserheblichen Gesetze streitet.

Deshalb liegt die verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 107 Abs. 1 KV, der die konkrete Normenkontrolle regelt. Wenn das Verfassungsgericht ein Gesetz oder eine Gesetzesauslegung für verfassungswidrig erklärt, wird es bzw. sie aus der Rechtsordnung ausgeschlossen. Gemäß Art. 107 Abs. 1 KV soll das Instanzgericht entsprechend der Entscheidung des Verfassungsgerichts in seinem Verfahren entscheiden. In entsprechender Weise soll das Gericht im Anlassverfahren dem Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens stattgeben, falls das Verfassungsgericht ein Gesetz oder eine Gesetzesauslegung für verfassungswidrig erklärt.

Wenn das Oberste Gericht die Wiederaufnahme des Verfahrens mit der Begründung ablehnt, dass die verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Verfassungsgerichts nur eine bloße Auffassung oder ein bloßes Gutachten ohne Bindungswirkung sei, verletzt eine solche Entscheidung die Ver-

²⁰ Seung-Ju Bang, Die Verfassungsmäßigkeit des Urteils des Obersten Gerichtshofs, das die Bindungswirkung der Verfassungswidrigerklärung der Gesetzesauslegung verneint hat, in: ders., Verfassungsprozessrechtliche Fallstudie(헌법소송사례연구), 2002, S. 344 ff(353).

²¹ Seung-Ju Bang, aaO, S. 354 m.w.N.

²² Seung-Ju Bang, aaO, S. 354 m.w.N.

pflichtung, entsprechend der verfassungsgerichtlichen Entscheidung nach Art. 107 Abs. 1 KV zu entscheiden.²³

Außerdem dürfen einerseits der Betroffene im Normenkontrollverfahren nach § 41 Abs. 1 VerfGG und andererseits der Betroffene im Verfassungsbeschwerdeverfahren nach § 68 Abs. 2 VerfGG nicht ungleich behandelt werden.²⁴

3. Liegt die Gesetzesauslegungskompetenz ausschließlich in der Hand des Obersten Gerichtshofes?

a) Die rechtliche Grundlage der verfassungsgerichtlichen Kompetenz zur Gesetzesauslegung

Die Auffassung des Obersten Gerichtshofs, dass die Kompetenz der Gesetzesauslegung, einschließlich der verfassungskonformen Gesetzesauslegung, ausschließlich in die Zuständigkeit der Gerichte falle, widerspricht ferner nicht nur dem Art. 107 Abs. 1 und Art. 111 Abs. 1 Nr. 1 KV und § 41 Abs. 1 VerfGG, die die Auslegung der Verfassung und gleichzeitig der Gesetze voraussetzen, sondern auch dem § 23 Abs. 2 Satz 2, Nr. 2 VerfGG,²⁵ der die Auslegung und Anwendung der Gesetze durch das Verfassungsgericht ausdrücklich vorschreibt. Darüber hinaus zeigen die folgenden gesetzlichen Vorschriften, dass das Verfassungsgericht das Gesetz auslegen soll. Nach § 4 VerfGG entscheidet der Richter des Verfassungsgerichts unabhängig gemäß der Verfassung und dem Gesetz und nach seinem Gewissen. Im Anklageverfahren nach § 48 VerfGG prüft das Verfassungsgericht, ob der Staatspräsident, der Ministerpräsident, der Minister usw. die Verfassung oder das Gesetz verletzt haben. In diesem Verfahren wird die Auslegung der Gesetze durch das Verfassungsgericht vorausgesetzt. In Organstreitigkeiten zwischen dem Staat und einer Gemeinde oder Gemeindeverbänden gemäß § 62 Abs. 1 Nr. 2 VerfGG und zwischen Gemeinden und Gemeindeverbänden untereinander geht es hauptsächlich um Gesetzesauslegung.

Im Ergebnis kann man aus den genannten rechtlichen Grundlagen folgern, dass das Verfassungsgericht die Zuständigkeit für die Gesetzesauslegung hat. Darüber hinaus kann es eine bestimmte Gesetzesauslegung für verfassungswidrig erklären und insoweit aus der Rechtsordnung entfernen, ohne den Gesetzestext zu reduzieren.²⁶ Zur Kompetenz der Normverwerfung gehört selbstverständlich die Kompetenz, ihren qualitativen Normenteil zu verwerfen.²⁷

²³ Seung-Ju Bang, aaO, S. 355.

²⁴ Seung-Ju Bang, aaO, S. 357.

²⁵ Der Senat entscheidet mit der Mehrheit der Richter, die an der Abschlussverhandlung teilgenommen haben. Ausnahmsweise bedarf es der Zustimmung von mehr als 6 Richtern, 1. wenn es um die Verfassungswidrigerklärung eines Gesetzes, die Anklageentscheidung, das Verbot einer politischen Partei oder die Stattgabeentscheidung der Verfassungsbeschwerde angeht, 2. wenn das Verfassungsgericht die Auffassung über die Auslegung und Anwendung der Verfassung oder der Gesetze in der früheren Rechtsprechung ändert.

²⁶ Vgl. Seung-Ju Bang, aaO, S. 357 ff.

²⁷ Vgl. Seung-Ju Bang, aaO, S. 357 ff.

b) Die finale Kompetenz des VerfG zur verfassungskonformen Gesetzesauslegung bei Meinungsstreitigkeiten zwischen dem VerfG und dem OGH

Wenn eine einfache Gesetzesauslegung, also eine Auslegung von oben nach unten in Frage steht, hat der Oberste Gerichtshof die ausschließliche Kompetenz, während es keine ausschließliche Kompetenz des Obersten Gerichtshofs, sondern auch eine solche des Verfassungsgerichts gibt, das Gesetz auszulegen, wenn die Gesetzesauslegung unmittelbar auf die Verfassung bezogen ist. Insoweit haben das Verfassungsgericht und der Oberste Gerichtshof eine gemeinsame Zuständigkeit für die Gesetzesauslegung. Falls es Meinungsstreitigkeiten gibt, muss das Verfassungsgericht das letzte Wort haben, weil Rechtsunsicherheit und Zersplitterung unsere Verfassung niemals beabsichtigt haben kann.²⁸

4. Verletzt die verfassungskonforme Gesetzesauslegung die Unabhängigkeit der Judikative?

Wenn man die Kompetenzen des VerfG zur Gesetzesauslegung betrachtet, ist nach unserer Verfassung im Gefüge der Gewaltenteilung das VerfG der Judikative im materiellen Sinne zuzuordnen. Genauer gesagt ist das VerfG das Verfassungsorgan, welches auf Antrag der Betroffenen dazu berufen ist, Meinungsverschiedenheiten und Streitpunkte verfassungsrechtlicher Art zu entscheiden.

Wer die Kompetenz des VerfG zur Gesetzesauslegung ablehnt, neigt dazu zu behaupten, dass die Judikative ausschließlich aus den (einfachen) Gerichten besteht, und vertritt eine Position, welche die Begriffe der Verfassung nur formell logisch versteht, um die materiellen Funktionen des VerfG als (verfassungsrechtliche) Judikative zu verdecken und damit seine Kompetenzen einzuschränken.

Die koreanische Verfassung weist die judikative Gewalt den Gerichten zu. Dem VerfG als verfassungsrechtlicher Judikative obliegt es zu urteilen, was Verfassungsrecht ist. Dies gehört zur Funktion und Kompetenz des VerfG nach Art. 107 Abs. 1, Art. 111 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 5 KV. Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung verletzt niemals die Unabhängigkeit der Judikative, wenn sie eine verfassungswidrige Gesetzesauslegung der Rechtsordnung entzieht. Die Unabhängigkeit der Gerichte reicht nur bis zur Grenze der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle.²⁹

5. Reichweite der Bindungswirkung der verfassungskonformen Gesetzesauslegung des VerfG

Nach § 47 Abs. 1 VerfGG bindet die Verfassungswidrigerklärung eines Gesetzes alle Gerichte, sonstigen Staatsorgane und die kommunalen Körperschaften. Zum Begriff der "Verfassungswidrigerklärung" des Gesetzes gehört auch die Verfassungswidrigerklärung einer bestimmten Gesetzesauslegung, weil die Kompetenz, das gesamte Gesetz für verfassungswidrig zu erklären,

²⁸ Seung-Ju Bang, aaO, S. 360.

²⁹ Seung-Ju Bang, aaO, S. 360.

auch die Kompetenz enthält, eine Gesetzesauslegung als einen qualitativen Teil des Gesetzes für verfassungswidrig zu erklären.

Zu den Subjekten der Bindungswirkung gehören Gerichte, sonstige Staatsorgane und die kommunalen Körperschaften. Wenn der Oberste Gerichtshof anders als das VerfG der Privatperson als einer der beiden gemeinsamen Schädiger keinen Regressanspruch gegen den Staat einräumt, dann unterläuft er die Kompetenz des VerfG zur verfassungskonformen Gesetzesauslegung mit dem illegitimen Argument des ausschließlichen Gesetzesauslegungsmonopols der Gerichte.³⁰

Den objektiven Umfang der Bindungswirkung der Verfassungswidrigkeitserklärung legen der Tenor und die tragenden Gründe fest. In der Entscheidung 93 hunba 21 des VerfG hat das VerfG die verfassungskonforme Gesetzesauslegung im Tenor erwähnt. Deshalb nimmt eine solche verfassungskonforme Gesetzesauslegung an der Bindungswirkung der Verfassungswidrigkeitserklärung teil. Daher ist es verfassungswidrig, wenn man – wie der Oberste Gerichtshof³¹ – entgegen der verfassungsgerichtlichen Auslegung die Möglichkeit des Regressanspruchs nach § 2 Abs. 1 S. 2 Staatshaftungsgesetz verneint.³²

In zeitlicher Hinsicht entfällt die Bindungswirkung der verfassungskonformen Gesetzesauslegung des VerfG, wenn sich die rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse verändern, die der Entscheidung des VerfG zugrunde liegen.³³

V. Rechtspolitische Überlegungen und Schlussbemerkung

Inzwischen haben Abgeordnete dem Parlament Gesetzesentwürfe vorgelegt, die vorsehen, die Bindungswirkung der verfassungskonformen Gesetzesauslegung des VerfG im Verfassungsgerichtsgesetz zu verankern.³⁴

Es ist jedoch nicht besonders wahrscheinlich, dass die Gesetzesentwürfe im Parlament verabschiedet werden, weil diejenigen Abgeordneten, die Juristen sind, den Obersten Gerichtshof massiv unterstützen und mit diesen Entwürfen bestimmt nicht einverstanden sein werden.

Am wünschenswertesten ist es, die ausdrückliche Bindungswirkung aller Entscheidungen des VerfG und darüber hinaus die Urteilsverfassungsbeschwerde einzuführen. Allein die Bindungswirkung der Verfassungswidrigkeitserklärung ist nicht geeignet, das Phänomen der Rechtszersplitterung zu vermeiden. Um die Grundrechte der Bürger effizienter zu gewährleisten, müssen alle Staatsorgane die verfassungskonforme Gesetzesauslegung des VerfG beachten.

³⁰ Seung-Ju Bang, aao, S. 369.

³¹ Seung-Ju Bang, aaO, S. 369.

³² Seung-Ju Bang, aaO, S. 369.

³³ Seung-Ju Bang, aaO, S. 369.

³⁴ Vgl. Gesetzesentwürfe zur Änderung des Verfassungsgerichtsgesetzes vom 22. April 2009(Cheon Hyun Hee Entwurf), vom 14. Mai 2009(Lee Ju Young Entwurf), vom 24. August 2009(Park Sun Young Entwurf).

Aus räumlichen Gründen kann ich zwei weitere Entscheidungen des OGH (95 nu 11405, 2004 du 10289) nicht mehr vorstellen, in denen der OGH die Bindungswirkung der verfassungskonformen Gesetzesauslegung des VerfG ebenfalls verneint und entgegen der Rechtsprechung des VerfG die Klage abgewiesen hat. Im Kerngehalt der Argumentation stimmen alle Entscheidungen überein.

Der Wandel der Rechtsfunktionen im Umbruch der Wirtschafts- und Arbeitsgesellschaft am Beispiel des Arbeitsrechts

Bernd Rüthers, Konstanz

Es ist für mich eine Freude und Ehre, den nachfolgenden Beitrag auf diesem Symposium zur Diskussion stellen zu können. Für die Einladung dazu danke ich den Veranstaltern sehr herzlich.

I. Das veränderte Umfeld

Die nationale und die internationale Wirtschaftsordnung sowie die zugehörigen Arbeitswelten sind im Umbruch. Die Ursachen dafür sind vielfältig: Die Internationalisierung der Wirtschaft und der Finanzwirtschaft, die zunehmenden Probleme der Energie- und Wasserversorgung, die Weltwirtschaftskrise, die Erderwärmung und vieles andere. Die Gesundung der ins Wanken geratenen Strukturen, „Normalitäten“ und Gewohnheiten stellen die Nationalstaaten, aber zugleich die internationale Staatengemeinschaft vor bisher ungekannte Herausforderungen, finanzpolitische, technische, ökonomische, ökologische und gesellschaftliche.

Ganze Lebensbereiche haben sich einschneidend verändert und müssen rechtlich neu geordnet werden. Wenn sich die faktischen Strukturen im Wirtschafts- und Arbeitsleben erheblich ändern, wirkt das auf die jeweilige nationale und internationale Rechtsordnung nachhaltig ein. Es entstehen neue Interessenkonflikte und Steuerungsprobleme, die im Interesse des Gemeinwohls der rechtlichen Regelung bedürfen. Zugleich ändern die bestehenden Rechtsnormen unter veränderten Tatsachen und Wertvorstellungen unversehens ihre Wirkungen. Dabei erweist sich, dass eine der zentralen und unverzichtbaren Funktionen des Rechts darin besteht, die für die jeweilige Gesellschaft relevanten Konfliktpotentiale normativ zu erfassen und zuverlässig zu regeln. Diese „Steuerungsfunktion“ für alle relevanten gesellschaftlichen und politischen Prozesse ist die wichtigste Aufgabe jeder Rechtsordnung, sowohl auf nationaler wie auf internationaler Ebene. Das gibt den Anlass zu den folgenden Überlegungen für ein wichtiges Teilgebiet der Rechtsordnung in allen sog. Industriegesellschaften.

Zur leichteren Diskutierbarkeit des Vorgetragenen formuliere ich 12 Hypothesen zur kritischen Prüfung:

Hypothese 1:

Neue Faktenlagen und neue Wertvorstellungen bewirken, ja erzwingen neues Recht.

Der hier vorgelegte Versuch beruht auf den Erfahrungen in der Bundesrepublik Deutschland. Er wird beeinflusst von bestimmten nationalen Erlebnissen. Deutschland hat in den letzten 90 Jahren zwei Weltkriege verloren. Das war jeweils mit militärischen, ökonomischen, währungspolitischen

und sozialen Katastrophenlagen verbunden. Beide Kriegsniederlagen führten außerdem zu einer nachhaltigen Isolierung im Rahmen der Staatengemeinschaft. Deutschland hat zudem in diesem Zeitraum, also in sehr kurzer Folge fünf verschiedene Verfassungssysteme erlebt: Kaiserreich bis 1918, Weimarer Republik bis 1933, Nationalsozialismus bis 1945, Besatzungsregime bis 1949, dann die zwei deutschen Teilstaaten Bundesrepublik und DDR bis 1989, schließlich die wiedervereinigte Bundesrepublik bis heute mit starker rechtlicher Überformung durch das supranationale Recht der Europäischen Union.

Dieses Schicksal war und ist kein nationaler Einzelfall. Viele Länder in Europa haben ähnliches erlebt. Auch Japan und Korea haben vergleichbare Erfahrungen. Ich erwähne das, weil die Befreiung aus solchen Katastrophenlagen auch die Bewältigung von Rechtskrisen erfordert. Das juristische Instrumentarium muss auf die veränderten Rahmenbedingungen neu abgestimmt und ausgerichtet werden. In Ausnahmefällen werden die zentralen Funktionen des Rechts oft besser sichtbar als in der staatsrechtlichen, ökonomischen und sozialen Normallage.

II. Die Lage des Arbeitsrechts in Deutschland

Das Arbeitsrecht ist in der Bundesrepublik, wie in allen Industriestaaten, ein besonders wichtiges rechtspolitisches Steuerungsinstrument. Es ist zudem bei uns in einem bemerkenswerten, von anderen Rechtsgebieten abweichenden, teilweise problematischen Zustand. Es gibt kein einheitliches Arbeitsgesetzbuch, nicht einmal ein Arbeitsvertragsgesetz. Vier Versuche dazu sind immer wieder gescheitert, wenn man von zwei Arbeitsgesetzbüchern der DDR absieht.

(Sie folgten den systemspezifischen, marxistisch-leninistischen Grundvorstellungen der „Diktatur des Proletariats“, als die sich der SED-Staat verstand.)

Die Gesetzentwürfe in der Bundesrepublik scheiterten regelmäßig am gemeinsamen Widerstand der Arbeitgeberverbände und der Gewerkschaften aus gegensätzlichen Motiven. Die spärlichen gesetzlichen Einzelregelungen gleichen jetzt einem uneinheitlichen, historisch immer neu ergänzten oder überpflasterten Flickenteppich aus den verschiedenen Verfassungsepochen. Unter dieses Recht fallen in Deutschland weit mehr als dreißig Millionen Beschäftigte, und weitere mehr als drei Millionen Arbeitslose möchten wieder darunter fallen.

Hypothese 2:

Arbeitsrecht ist eine Kernmaterie für den Bestand und die Stabilität von Staats- und Gesellschaftsordnungen.

Das öffentliche Bewusstsein für die systemische Bedeutung des Arbeitsrechts ist zudem steigerungsfähig. So wurde zum Beispiel im letzten Jahr an der Universität Konstanz die Lehr- und Forschungskapazität im Arbeits- und Sozialrecht von einem fach- und universitätsfremd besetzten Universitätsrat um die Hälfte gekürzt.

Die dramatisch schwierige Lage Deutschlands nach den beiden Kriegen 1918 und 1945 führte zu einer speziellen Gestaltungsform der Beziehungen zwischen den Arbeitnehmern und den Arbeitgebern. Der Staat delegierte kraft Gesetzes einen Teil seiner Gesetzgebungsmacht auf die „Sozialpartner“

(Arbeitnehmer und Arbeitgeber), und zwar auf der betrieblichen Ebene (Betriebsverfassung) und auf der überbetrieblichen Ebene (Tarifautonomie).

In den Betrieben wurden freigewählte Betriebsräte als Interessenvertretung der Arbeitnehmer eingerichtet. Arbeitgeber und Betriebsräte erhielten durch das „Betriebsverfassungsgesetz“ die Befugnis, im Rahmen ihrer gesetzlichen Aufgaben und unter Wahrung der Rechtsordnung alle betrieblichen Angelegenheiten durch vertraglich vereinbarte, unmittelbar und zwingend geltende Rechtsnormen zu regeln. Die Regelungsmacht der Betriebsräte wurde durch einen umfangreichen Katalog erzwingbarer Mitbestimmungsrechte der Betriebsräte ergänzt.

Auf der überbetrieblichen Ebene erhielten die Gewerkschaften und die Arbeitgeber oder ihre Verbände im Rahmen ihrer Tarifautonomie eine gleichartige, umfassende Normsetzungsbefugnis für alle Fragen, welche den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Gegenstände betrafen. Diese Befugnisse galten bald als ein verfassungsgesetzlich garantierter Bestandteil der sozialstaatlichen Ordnung.

Der Staat verzichtete mit dieser Regelung auf einen Teil seiner Gesetzgebungsbefugnis. Er installierte ein System der „sozialen Selbstverwaltung“ und begründete damit zugleich beträchtliche, außer-staatliche Machtkonzentrationen bei den Sozialparteien. Andererseits übertrug er damit die Verantwortung für die sozialverträgliche Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen auf die unmittelbar Beteiligten und Betroffenen.

Das hatte erhebliche Vorteile: Die Sozialparteien vor Ort waren in der Lage, auf veränderte technische und ökonomische Veränderungen im Arbeits- und Wirtschaftsleben mit Sachkenntnis und elastisch zu reagieren. Die Verantwortung für die angemessene Gestaltung der „Preise am Arbeitsmarkt“ lag nach dem Konzept der sozialen Selbstverwaltung nicht mehr beim Staat, sondern primär bei den Sozialparteien. Der Staat hielt sich mit gesetzlichen Eingriffen in diesen Bereich möglichst zurück. Dieses Modell außerstaatlicher Selbstregulierung hat sich im Grundsatz wegen seiner Elastizität bewährt.

Allerdings blieb das nicht folgenlos.

Hypothese 3:

Das Arbeitsrecht besteht in Deutschland neben den Betriebs- und Tarifnormen weitgehend aus dem sogenannten Richterrecht der jeweils letzten Gerichtsinstanzen.

Die Gesetzgebung ist teils regelungsscheu, teils regelungsunfähig. Wenn der Gesetzgeber Einzelfragen ausnahmsweise regelt, sprechen manche Bundesarbeitsrichter bereits von einer „Versteinerung“ des zugrundeliegenden Richterrechts, weil sie ihre gewohnte Domäne der richterlichen Normsetzung eingeengt sehen. Die Gerichte lassen an ihrer erweiterten Normsetzungsmacht und damit an der Durchsetzung ihrer rechtspolitischen Vorstellungen nicht selten ein gewisses Wohlbehagen erkennen. Sie sehen sich gern als die berufenen, allzuständigen „Ersatzgesetzgeber“.

Aus der ursprünglichen Last der richterlichen Normsetzung ist bei nicht wenigen Richtern eine spürbare Lust geworden. Sie produzieren aber im Rahmen ihrer beschränkten Möglichkeiten unvermeidbar nur Gesetzgebungersatz. Ihre Normsetzungen haben entscheidende Nachteile. Sie sind für die Parteien unvorhersehbar. Im Falle des Arbeitskampfes ist das besonders problematisch: Viele Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts haben die Spielregeln abgelaufener Kämpfe nachträglich verändert. Man stelle sich vor: Die FIFA ändert nach einer Fußball-Weltmeisterschaft nachträglich die Abseitsregeln! Genau das hat bei uns

mehrfach stattgefunden (Aussperrungsquoten, Warn- und Wellenstreiks, neuerdings „Flashmob“).

Richterrechtsnormen wirken rückwirkend. Der Gesetzgebung sind rückwirkende Normsetzungen wegen des Vertrauensschutzes von der Verfassung verboten. Beim Richterrecht dagegen wird das in Kauf genommen.

Andererseits ist zu bedenken, dass die deutsche Arbeitsgerichtsbarkeit oft vom Gesetzgeber im Stich gelassen wurde. Sie hat im internationalen Vergleich als „Lückenbüßer“ durch ihr Richterrecht insgesamt eine moderne, funktionsgerechte Arbeitsrechtsordnung geschaffen und Wesentliches zum Erfolg und zur Stabilität der Arbeits- und Wirtschaftsordnung der Bundesrepublik beigetragen. Allerdings hat sie in vielen Fällen die Grenzen ihrer richterlichen Kompetenzen überschritten und in vielen Bereichen sozial-ökonomische Fehlwirkungen ihrer Normsetzungen verkannt und nicht korrigiert. Das gilt etwa für den Kündigungsschutz, für Erfindungen nicht vorhandener Gesetzeslücken, für die Konstruktion zusätzlicher betrieblicher Mitbestimmungsrechte und für mehrere Entscheidungen zum Arbeitskampfrecht.

Richterrecht entsteht oft anhand skurriler Fälle. So sind etwa die Grundzüge des deutschen Arbeitskampfrechts aus einem Streik von sechs Croupiers in der Spielbank von Bad Neuenahr entwickelt worden. Nicht der jeweilige Streitfall, sondern die daraus entwickelten Richterrechtsnormen sind für die Rechtspraxis entscheidend.

Die **Hypothese 4** ist als Frage formuliert:

Warum gibt es in einer hoch entwickelten und dadurch ungemein stör-anfällig vernetzten Industriegesellschaft überhaupt noch so archaisch anmutende Massenkonflikte wie Streiks und Aussperrungen?

Die Antwort ist einfach. Wir wissen bis heute nicht, was „gerechte“ Löhne sind. Darum bestimmen sich in der Marktwirtschaft das Lohn- und Preisniveau nach den Grundsätzen von Angebot und Nachfrage und der Vertragsfreiheit. Der Staat hält sich aus der Lohnfestsetzung weitgehend heraus. Im Arbeitsleben gilt allerdings eine wichtige Besonderheit.

Die an den übrigen Waren- und Dienstleistungsmärkten gültige individuelle Vertragsfreiheit mit scharfen Wettbewerbsregeln (Monopolverbot) führte am Arbeitsmarkt während der Industrialisierung zur Verelendung („Proletarisierung“) und zur „Vogelfreiheit“ der Arbeitnehmer. Um die staatsgefährdende Verelendung einzudämmen, ließ das Kaiserreich zögernd die Bildung mächtiger Sozialverbände der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber zu. Das geschah in der Absicht, die gestörte, auf der Individualebene pervertierte Vertragsfreiheit auf der kollektiven Ebene, nämlich in der Tarifautonomie, wiederherzustellen. Konnten sich die Verbände in Tariffragen nicht einigen, so wurden, vor allem nach der Gründung der Weimarer Republik 1919, Streiks und Aussperrungen als letzte zulässige Mittel zur Lösung von Tarifkonflikten rechtlich anerkannt.

Die Folgerung: *Arbeitskämpfe sind Preiskämpfe am Arbeitsmarkt.*

III. Veränderte Rahmenbedingungen des Arbeitsrechts

Das ökonomische, gesellschaftliche und politische Umfeld, in dem das deutsche Arbeitsrecht heute praktiziert wird, hat sich in den letzten Jahrzehnten über die bereits angedeuteten, internationalen Strukturwandlungen

hinaus einschneidend verändert. Ich deute – ohne Anspruch auf Vollständigkeit und Systematik – einige Fakten an.

Aus der *Arbeitergesellschaft* des 19. Jahrhunderts ist seit etwa 1960 in der Bundesrepublik zunehmend eine *Angestelltengesellschaft* geworden. Aus der reinen *Männergesellschaft* ist zunehmend eine gemischte „*Frauengesellschaft*“ geworden. Die Frauenquote in ursprünglichen „Männerreservaten“ der Arbeitswelt hat sich erheblich gesteigert. Von den Gewerkschaften ist beides lange übersehen worden. Zudem sind aus den üblichen Vollzeitverhältnissen in vielen Bereichen Teilzeitbeschäftigungen geworden.

Lange war – gerade in Deutschland – der Lebenszeitarbeitsvertrag bei einer Firma der übliche Vertragstyp. Diese Praxis hat etwa auch das Vorverständnis des richterrechtlichen Kündigungsschutzes geprägt und wirkt bis heute fort. Dabei ist zusätzlich zu beachten, daß die Beschäftigungspolitik in Deutschland seit dem Frühjahr 1982 bis heute ein Heer von dauerhaft über zwei Millionen Arbeitslosen vor sich herschiebt. Der Kündigungsschutz bestimmt real die Grenze zwischen den Arbeitsplatzrisiken der Beschäftigten und den Arbeitsplatzchancen der Arbeitslosen. Gleichwohl wird er vor den Gerichten nur als zweiseitiges Problem zwischen dem einzelnen gekündigten Arbeitnehmer und seinem Arbeitgeber gesehen. Die Tatsache, dass das Kündigungsschutzrecht zugleich die Einstellungsbereitschaft der Arbeitgeber, also die Schaffung neuer Arbeitsplätze für die Arbeitslosen am Arbeitsmarkt reguliert, wird von den Gerichten weitgehend verkannt oder geleugnet.

Das alles sind gewaltige Herausforderungen neuer Art an die Tarifparteien und an die Arbeitsgerichte, weil die Gesetzgebung weitgehend untätig bleibt.

Der zweite, bereits angedeutete Änderungsmotor ist die Internationalisierung („Globalisierung“) der Wirtschaft und des Finanzverkehrs. Ihre Folgen:

- a) Fast alle Waren und Dienstleistungen können in allen Kontinenten in zunehmend gleicher Qualität hergestellt werden.
- b) Investitionen in neue Arbeitsplätze werden für solche Produkte, die nicht an regionale Produktionsstätten gebunden sind, bevorzugt dort getätigt, wo mittelfristig dauerhafte Gewinnchancen zu erwarten sind. Nationale Emotionen und Anhänglichkeiten verlieren bei der Entscheidung über die Produktionsorte und Firmensitze an Attraktivität.

Maßgebliche Entscheidungskriterien sind:

- Politische und Währungsstabilität des Standortlandes
- Steuersystem
- Qualifikation der erforderlichen Arbeitskräfte
- Lohnstückkosten

Hypothese 5:

Aus den bisher oft getrennten nationalen Arbeitsmärkten ist ein einheitlicher, internationaler, oft weltweiter Arbeitsmarkt geworden.

Beispiele sind etwa die Automobilindustrie, der Schiffbau oder die IT-Branche.

Das hat die Beziehungen der nationalen Arbeitsmarktparteien zueinander individuell und kollektiv nachhaltig verändert. Bis in die 70er Jahre des letzten Jahrhunderts hinein standen sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer mit ihren Verbänden als klar definierte Gegenspieler mit gegenläufigen Interessen gegenüber. Beispiele: Kampf um die Tariflöhne, die Wochenarbeitszeiten (35-Stunden-Woche), Urlaub, Arbeitspausen etc. Das hat sich einschneidend verändert.

IV. Legale Funktionen der Tarifautonomie und des Arbeitskampfes

Die Hauptfunktion der Tarifautonomie und der Arbeitskampffreiheit ist die *staatsfreie* Gestaltung von normativ verbindlich garantierten Mindestarbeitsbedingungen („Preisen“) der verbandsmäßig organisierten Tarifparteien am Arbeitsmarkt.

Beide Einrichtungen schaffen Rahmenbedingungen

- für die Investitionen von Unternehmen in Betrieben und für die Produktion von Waren und Dienstleistungen, also für die Schaffung oder auch die Reduktion von Arbeitsplätzen (wir haben beides erfahren);
- für den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverträgen.

Der so entstehende tariflich gesteuerte „Arbeitsmarkt“ vermittelt den Ausgleich der gegenläufigen Interessen der Arbeitsmarktparteien und ihrer Verbände.

Die Tarifautonomie und der Arbeitskampf sind in dieser Sicht ein „Geschwister“ der Marktwirtschaft. Der Staat gewährleistet beide, weil er die Festlegung „gerechter“ (lies: für beide Seiten akzeptabler) Löhne und Arbeitsbedingungen den Arbeitsmarktparteien eher zutraut als sich selbst. Die Institutionalisierung der sozialen Koalitionen kennzeichnet die Anerkennung der Gewerkschaften als Ordnungsfaktoren der Arbeits- und Wirtschaftsverfassung.

Das bedeutet eine Absage an die Vorstellung eines marxistischen Klassenkampfverständnisses mit dem Ziel der Vernichtung des Gegners und dem Endziel einer „klassenlosen“ Gesellschaft. Aus dem „Klassenfeind“ wird für beide Seiten der Tarifpartner auf Dauer. Der Tarifvertrag ist ein Friedensvertrag auf Zeit. Deshalb ist er bei überzeugten Marxisten auch heute noch ein Hindernis für die erwünschte Weltrevolution. Er schafft eine normative Ordnung und Vorhersehbarkeit der Mindestarbeitsbedingungen für seinen Geltungsbereich.

Hypothese 6:

Arbeitskämpfe gelten als ein notwendiges Hilfsinstrument der staatsfreien Tarifautonomie. Eine verfassungsgesetzliche Garantie von

Tarifautonomie und der „Arbeitskampffreiheit“ gibt es nur in freiheitlich-demokratischen Verfassungsstaaten.

Die Dienstfunktion der Arbeitskampffreiheit ist zugleich die Grenze ihrer Zulässigkeit.

Arbeitskämpfe greifen vielfältig und intensiv in Rechte und Interessen Dritter, der Allgemeinheit und des Staates ein. Ihre Folgen treffen diese „Dritten“ oft weit härter als die jeweiligen Kampfgegner (Ärztestreik, Verkehrstreik, Pflegepersonal, Fluglotsen). Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat daraus zutreffend gefolgert: Alle Arbeitskämpfe stehen unter dem „obersten Gebot der Verhältnismäßigkeit“ (BAGE GS 23, 292, 306).

Die Arbeitskampffreiheit ist also nicht unbeschränkt, sondern nur als Hilfsinstrument der Tarifautonomie zweckgerichtet gewährleistet.

Daraus ergeben sich nach der Rechtsprechung des Großen Senats beim BAG vier zwingende Grundsätze des Arbeitskampfrechts:

- (1) Arbeitskämpfe dürfen nur zwischen Tarifparteien geführt werden.
- (2) Das verfolgte Kampfziel muss mit der gegnerischen Kampfpartei tariflich regelbar sein.
- (3) Zwischen den Kampfparteien muss ein Mindestmaß von Regelungsgleichgewicht (Verhandlungs- und Kampfgleichgewicht/„Waffengleichheit“) herrschen.
- (4) Der Einsatz der Kampfmittel und ihrer Folgen muß dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit („Übermaßverbot“) entsprechen. Arbeitskämpfe dürfen daher nur als „letztes Mittel“ („ultima ratio“) eingesetzt werden, wenn alle Möglichkeiten einer friedlichen Einigung (freiwilliges Schlichtungsverfahren erforderlich!) ausgeschöpft sind.

Diese Grundsätze sind nach § 45 Abs. 2 ArbGG für alle Senate des BAG zwingend. Gleichwohl ist der Erste Senat („Präsidentensanat“) trotz vielfacher Anmahnungen und Kritik unter Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG mehrfach von ihnen abgewichen (Aussperrungsquoten, „Warnstreik“-Judikate, „ultima ratio“-Gebot/Schlichtungsgebot, „Sympathie-Arbeitskampf“, jetzt „Flashmob“).

Arbeitskämpfe wurden und werden in dieser veränderten Welt nicht immer primär für die Interessen der Verbandsmitglieder geführt. Arbeitgeberverbände wie Gewerkschaften verfolgen auch verbandspolitische Ziele, etwa – wie beim Lokführerstreik – die Schwächung konkurrierender Verbände. Auch die Profilierung von Verbandsvorsitzenden war auf beiden Seiten schon die Kernursache heftiger Arbeitskämpfe (Schleyer; Steinkühler).

Die Standortfrage der Betriebe und Unternehmen stellte sich bei Tarifverhandlungen lange Zeit nur im nationalen Rahmen. In jenen Tagen gab es noch große „Sozialschlachten“: Streik in der Metallindustrie von Schleswig-Holstein 1956 um die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall (35.000 Streikende /114 Tage; Arbeitskampf in der Metallindustrie von Baden-Württemberg 1963 mit 150.000 Streikenden und 250.000 Ausgesperrten).

Das änderte sich grundlegend, als nach der Öffnung der Grenzen immer mehr Unternehmen in besonders lohnintensiven Branchen Standorte in Ländern mit niedrigeren Lohnkosten zu suchen begannen. Das waren nicht immer „Billiglohnländer“.

So verlegte etwa der Motorsägen-Hersteller Stihl bereits 1974 (!) seine Kettensägen-Produktion von Waiblingen in Baden-Württemberg nach Wil im Kanton Sankt Gallen. Wegen der hohen Lohnnebenkosten in Deutschland lagen die Lohnstückkosten dort um 17% niedriger. Die Fabrik dort wurde inzwischen in mehreren Stufen auf ein Vielfaches ihrer ur-

sprünglichen Größe erweitert. Stihl war damals Präsident der Metallarbeitgeber in Nordwürttemberg-Nordbaden. Sein Unternehmen war am Arbeitskampf um die 35-Stunden-Woche 1984 beteiligt. Von den folgenreichen Langzeitwirkungen dieses Arbeitskampfes mit seiner ökonomisch fehlkalkulierten Zielsetzung auf die Beschäftigung in Deutschland spricht heute niemand mehr. Die Korrekturen der zum Dogma erhobenen 35-Stunden-Woche hat der internationale Wettbewerb erzwungen, bis hinein in den öffentlichen Dienst.

Inzwischen haben wir uns daran gewöhnen müssen, dass ganze Industriezweige, besonders im Textilbereich, aber nicht nur dort, aus Deutschland abgewandert sind. Als der SPIEGEL in Heft 44/2004 titelte „Deutschland – Exportweltmeister auch in Arbeitsplätzen“ löste er eine intensive Debatte über die Ursachen und Wechselwirkungen dieses Prozesses in den einschlägigen Wissenschaften aus.

Hier interessiert besonders, dass die mögliche Verlagerung von Standorten ins Ausland eine neue Verschränkung der Interessenlagen unter den Arbeitsmarktparteien und bei den Tarifparteien/Arbeitskampfparteien auslöste.

Aber nicht nur dort. Es gab plötzlich Differenzen in der Sicht der „Arbeitnehmerinteressen“ zwischen den Gewerkschaftsleitungen und den Betriebsräten.

Die Nennung des Namens VIESSMANN genügt zur Kennzeichnung des Problems.

Es geht im Kern darum: Wer hat die Definitionskompetenz für die Frage, wann eine vom Tarifvertrag abweichende Regelung für den Arbeitnehmer „günstiger“ ist (§ 4 Abs. 2 TVG)? Dürfen mündige Arbeitnehmer und vor allem große Mehrheiten von Belegschaften selbst bestimmen, welche Regelungen für sie günstiger sind? Oder stehen sie insoweit unter der Vormundschaft betriebsfremder Interessen ihrer Gewerkschaft?

Der Streit darüber ist bekannt, ebenso die richterrechtliche Normsetzung des BAG dazu. Es handelt sich bei der umstrittenen Rechtsprechung des BAG um reines Richterrecht. Die Meinungen darüber sind auch innerhalb der Richter des BAG geteilt.

V. Folgen für das Arbeitsrecht am Beispiel von Tarifautonomie und Arbeitskampf

1. Neue Interessenkonstellationen auf beiden Seiten

Die veränderten Rahmenbedingungen verändern die Funktionen und Wirkungen von Tarifautonomie und Arbeitskampf. Sie sind existentiell betroffen, weil die Gewerkschaften als Tarifparteien wegen der Erhaltung der Arbeitsplätze und der Standorte in Deutschland elementar daran interessiert sein müssen, mit den von ihnen erstrebten und notfalls erkämpften Tarifabschlüssen keinen relevanten Abbau von nationalen Arbeitsplätzen zu bewirken. Die gemeinsame Tarifpolitik der nationalen Tarifparteien ist also (auch) auf die Erhaltung der Standorte gerichtet. Daran ist unter Umständen die verhandelnde Gewerkschaft stärker interessiert als die multinational tätigen Konzerne auf der Gegenseite (Beispiele: Nokia, Opel).

Die so entstehenden Interessengemeinsamkeiten der Tarifpartner können stärker sein als die Interessengegensätze. Das zeigt sich deutlich auf

der Belegschaftsebene international tätiger Mittelbetriebe (Stihl/Viessmann und zahllose andere), die in der Praxis auf breiter Front von den Tarifverträgen abgewichen sind oder ganz Abschied nehmen von tariflichen Bindungen. Das betrifft Löhne, Urlaub sowie alle übrigen materiellen und formellen Arbeitsbedingungen. Das bedeutet ein Sinken der Attraktivität und der Mitgliederzahl der Gewerkschaften sowie ihrer Machtposition am Arbeitsmarkt

Hypothese 7:

Der internationale Wettbewerb führt bei Arbeitskämpfen unter den Bedingungen der internationalen Produktionsmöglichkeiten und des internationalen Wettbewerbs in der Regel zu nationalen Arbeitsplatzverlusten. Arbeitskämpfe mindern die Beschäftigung überall dort, wo dieser Wettbewerb besteht. Sie können als Motoren für den Export von Arbeitsplätzen wirken.

Das gilt nicht für solche Wirtschaftsbereiche, in denen Waren und Dienstleistungen nur am Ort des Kampfgebietes hergestellt oder erbracht werden können, also vor allem in den Dienstleistungsbereichen des Gesundheitswesens, der Pflege, der inneren Sicherheit, des Kommunikationswesens, des Verkehrs und bestimmter Versorgungsbetriebe.

2. Die „Minimax-Strategie“

Durch die Veränderung der industriellen Fertigungsabläufe und die Vernetzung der Produktionen verschiedener Hersteller und Standorte („just in time“) hat sich in vielen Wirtschaftsbereichen eine erheblich gesteigerte, bis dahin unbekannte Störanfälligkeit für die zeitgerechte Bereitstellung von Waren und Dienstleistungen ergeben. Mit geringen Gruppen von Streikenden können flächendeckende Lähmungen von Unternehmungen oder Wirtschaftszweigen bewirkt werden. Beispiele: Der Streik in der automatisierten Lackiererei (30 Beschäftigte) eines großen Automobilwerkes kann die gesamte Produktion (30.000 Beschäftigte) lahmlegen. Der Streik bei einem spezialisierten Zulieferer lähmt binnen kurzem große Teile der Automobilindustrie.

3. Die verlagerten Schadensfolgen von Arbeitskämpfen

Für den Arbeitskampf typisch ist die kollektive Verweigerung einzelvertraglich geschuldeter Leistungspflichten (Arbeitsleistung/Lohnzahlung/Beschäftigungspflicht) bei Streik und Aussperrung.

Zweck des Kampfmitteleinsatzes ist es: Der Kampfgegner soll durch den bei ihm entstehenden wirtschaftlichen Schaden als Folge des Leistungsausfalls zum Einlenken auf die Tarifforderung gezwungen werden.

Hypothese 8:

Die Schadensfolgen von Arbeitskämpfen treffen in entwickelten Industriegesellschaften nicht mehr allein oder auch nur in erster Linie

den Tarifgegner, sondern zunehmend und oft ganz überwiegend an dem Tarifkonflikt gänzlich unbeteiligte Dritte:

Ein Verkehrsstreik in öffentlichen Betrieben des Personennahverkehrs trifft zum Beispiel primär nicht den Tarifgegner, sondern tausende von Arbeitnehmern, die zur Arbeit fahren wollen und die Ausfallzeiten nach geltendem Recht nicht bezahlt bekommen. Andere Beispiele: Ärzte, Fluglotsen, Piloten, Kindertagesstätten, Pflegeberufe, Kommunikationssysteme, Versorgungsbetriebe.

In vielen Bereichen entstehen also bei Arbeitskämpfen Drittschäden Unbeteiligter und der Allgemeinheit von beträchtlicher, bisweilen unvertretbarer Intensität. Die Geschädigten haben keinerlei Ersatzchance.

Auch hier ist zu fragen, ob der Arbeitskampf in diesen Bereichen weiterhin ein vertretbares Konfliktlösungsinstrument darstellt oder durch ein anderes zu ersetzen ist.

VI. Einwirkungen des Europarechts (Entsenderichtlinie/ EuGH Viking- und Laval-Urteile vom 11.12.2007 (C 438/05) und 18.12.2007 C 341/05) auf das Arbeitskampfrecht¹

Nach dem EGV ist das Streikrecht aus dem Kompetenzbereich der Europäischen Union explizit ausgeschlossen (Art. 137 Abs. 5 EGV). Das Gleiche gilt für das Koalitionsrecht und die daraus folgenden Tarifverträge. Der EuGH hat im Fall Viking das in Finnland bestehende Arbeitskampfrecht mit dem Verweis auf die Höherrangigkeit des EU-Rechts beschränkt.

Der EuGH hat in einem Urteil vom 18. Dezember 2007 festgestellt:

...dass das Streikrecht zwar anzuerkennen ist und Bestandteil des Gemeinschaftsrechts darstellt. Dieses Recht könne sich jedoch nicht dem Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts und insbesondere dem Anwendungsbereich der Grundfreiheiten entziehen. Das Mindestmaß an Schutz für entsandte Arbeitnehmer/-innen sei von der Entsenderichtlinie festgelegt und jeder Versuch, durch Kollektivmaßnahmen ein Unternehmen zum Abschluss eines Tarifvertrags zu zwingen, der über diesen Mindestschutz der Entsenderichtlinie hinausgehe, stelle eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar.

Die Einzelheiten des europarechtlichen Einflusses auf das nationale Arbeitsrecht/Arbeitskampfrecht lasse ich aus.

VII. Zwischenergebnis

Eine Zusammenschau des bisher Dargestellten legt die Frage nahe, ob der Arbeitskampf weiterhin als eine Einrichtung gelten kann, die unter den veränderten Rahmenbedingungen generell für alle Wirtschaftszweige geeignet ist, angemessene (= volkswirtschaftlich vertretbare) kollektive Mindestpreise am Arbeitsmarkt zu regeln. Die Frage kann hier nicht abschließend beantwortet werden. Eine Alternative wäre eine staatliche Zwangsschlichtung. Es gab sie in den Nöten der Weimarer Zeit und sie hat sich nach der Überzeugung aller Beteiligten und Fachleute damals nicht bewährt.

¹ Vgl. näher *Zwanziger*, DB 2008, 294-298.

Die andere Möglichkeit wäre eine von den Tarifparteien vertraglich vereinbarte, paritätisch besetzte, verbindliche Schlichtung mit Unterwerfungszwang. Dafür gibt es ein Vorbild. Als die Schweiz 1937 von zwei totalitären Diktaturen eingekreist war und sich bedroht sah, vereinbarten die Gewerkschaft und der Arbeitgeberverband der Metallindustrie 1937 ein „Friedensabkommen“. In den 72 Jahren seither hat es trotz großer tariflicher Spannungslagen dort keinen tarifbezogenen Arbeitskampf mehr gegeben. Die Branche ist gekennzeichnet

- durch ein hohes Lohnniveau,
- durch gute, auch für viele Deutsche derzeit attraktive Arbeitsbedingungen,
- durch eine im Vergleich zu Deutschland dauerhaft extrem niedrige Arbeitslosenquote und
- durch einen vergleichsweise schwachen gesetzlichen Kündigungsschutz.

Auf diese Weise ist die Schweiz ein interessantes Beispiel für eine in sieben Jahrzehnten bewährte Sozialpartnerschaft geworden.

Deutschland ist im internationalen Vergleich ein „arbeitskampfarmes“ Land. Das ist zweifellos eine Ursache seines relativen Wohlstands und seiner Attraktivität für Investoren. In der Chemie und in der Bauindustrie sind – anders als im Metallbereich und bei der Gewerkschaft Ver.di – große Arbeitskämpfe auch bei uns eher seltene Ausnahmen. Beide Seiten betrachten den erreichten Frieden als Gewinn.

Vielleicht wäre es auch in Deutschland nützlich, für bestimmte Bereiche („Funktionseliten“) über eine dem Schweizer Modell ähnliche, eventuell sogar gesetzlich zu schaffende, paritätisch zusammengesetzte Schlichtungsinstanz nachzudenken.

Hypothese 9:

Ich nenne im Folgenden einige Probleme des Arbeitskampfrechts, deren Lösung oder Vernachlässigung aus meiner Sicht die Stabilität unserer Arbeits- und Wirtschaftsverfassung nachhaltig beeinflussen kann. Sie sollten neu überdacht, teils endlich gesetzlich geregelt werden:

VIII. Offene Regelungsfragen

1. Das Arbeitskampfrecht als Richterrecht

Die Untätigkeit der Gesetzgebung bewirkt eine Machtverschiebung vom Parlament auf die Justiz, speziell auf die letzten Gerichtsinstanzen. Das Arbeitskampfrecht ist wie das Arbeitsrecht generell, vor allem weite Teile des Arbeitsvertragsrechts, fast reines „Richterrecht“. Es entstand zu erheblichen Teilen in bewusster, meines Erachtens notwendiger Abweichung vom allgemeinen und besonderen Schuldrecht des BGB. Arbeitsrecht und Arbeitskampfrecht sind ein Beleg für den Wandel der Bundesrepublik vom

„Gesetzesstaat“ zum „Richterstaat“. Das führt notwendig zu der Frage nach den Verfassungsgrenzen des „Richterstaates“, nach den Grenzen der Richtermacht gegenüber der Gesetzgebung.

Das Faktum dieses Wandels ist inzwischen bei allen einschlägigen Fachleuten unbestritten. Es wird augenfällig bewiesen durch die leidenschaftlichen Kämpfe und Intrigen der Parteien bei der Besetzung hoher Richterämter. Rechtsprechung in Grundsatzfragen ist der Sache nach richterliche Normsetzung, also Rechtspolitik. Das wird vor allem von den letzten Instanzen ungern offengelegt. Sie nennen das lieber „objektive“, manchmal auch „typologische“ Auslegung oder noch irreführender „Rechtsfindung“. Finden kann man aber nur etwas, was vorhanden ist. In Wahrheit handelt es sich in allen Fällen der richterlichen Rechtsfortbildung weder um Auslegung noch um Rechtsfindung, sondern um richterliche Rechtsetzung. Die Gerichte „finden“ immer diejenigen Regelungen offener Rechtsfragen, die ihren (weltanschaulich geprägten) Vorverständnissen entsprechen. Alle Rechtsnormen, auch die des Richterrechts, beruhen auf weltanschaulich begründeten Vorverständnissen der Normsetzer.²

Dazu einige Beispiele aus der Judikatur des BAG:

2. Aussperrungsquoten

Der 1. Senat des BAG entschied am 10.6.1980³: Die Aussperrung sei nur zur Herstellung der Parität erforderlich. Bei einem Teilstreik könne der Arbeitgeber nur insoweit aussperrern, bis insgesamt 50% der Arbeitsverhältnisse suspendiert seien. Wenn 25 % der Arbeitnehmer streiken, dürften nur weitere 25 % ausgesperrt werden. Die Entscheidung erging zu einem bundesweiten Arbeitskampf im Pressebereich. Die Erfinder dieser bis dahin unbekanntenen „Quotenregelung“ gehen von der Teilbarkeit der Abwehraussperrung bei einem bundesweit geführten Arbeitskampf in der Presse aus. Das ist ein fataler ökonomischer und wettbewerbsrechtlicher Irrtum. Die Quotenregelung zerstört die zur effektiven Kampffähigkeit erforderliche Arbeitgebersolidarität. Wenn der SPIEGEL aussperrt, FOCUS aber wegen der Quote weiter produzieren und verkaufen muss oder darf, verschieben sich in kurzer Frist die mühsam erworbenen Marktanteile der beiden Produkte. Die Quotenregelung hat folgerichtig dazu geführt, dass seither die Aussperrung als einziges Abwehrkampfmittel der Arbeitgeberseite gegen einen Angriffstreik durch den Richterspruch praktisch liquidiert wurde. Es gibt sie nicht mehr. Die Waffengleichheit der Tarifparteien ist nachhaltig gestört. War das verkannt oder geplant?

Zu beachten ist noch, dass die Entscheidung gegen die Grundsätze des Großen Senats beim BAG verstieß (BAGE 1, 291 und 23, 292, 306). Das Gericht war nach § 45 Abs.2 ArbGG verpflichtet, seine abweichende Entscheidung dem Großen Senat vorzulegen. Das geschah nicht. Damit verstieß das Gericht nicht nur gegen das Arbeitsgerichtsgesetz, sondern zugleich gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG: Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden.

² *Rüthers*, Rechtstheorie, 4. Aufl. 2008, Rn.136 ff., 605 ff.; *ders.*, Rechtsordnung und Wertordnung - Zur Ethik und Ideologie im Recht - Konstanz 1986; *ders.*, Arbeitsrecht und Ideologie, in: Arbeitsrecht und Zivilrecht in Entwicklung, Festschrift für Hyung-Bae Kim, Berlin 1995.

³ BAGE 33, 140 u. 185; vgl. auch BAG EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 36 u. 37 mit Anm. *Rüthers*.

Dieser Verstoß gegen das Grundgesetz hat sich, wie die folgenden Beispiele zeigen, bei Abweichungen des Ersten Senats von den Grundsätzen des Großen Senats in einer ganzen Reihe von Entscheidungen trotz vieler Anmahnungen der Vorlagepflicht in der Literatur mehrfach wiederholt. Die gesetzeswidrige Übung ist zu „Gewohnheitsunrecht“ erstarrt. Rechtsmittel dagegen gibt es nicht, weil das Bundesverfassungsgericht für Verfassungsbeschwerden gegen Verstöße dieser Art die Absicht des verstoßenden Gerichts voraussetzt.

3. „Warnstreiks“ und „Wellenstreiks“ („ultima ratio“?)

In einem Urteil vom 17. Dezember 1976⁴ erklärte das BAG überraschend sog. Warnstreiks für rechtmäßig. Anlass war abermals ein skurriler Fall, nämlich eine Art Demonstrations-Happening einiger Beschäftigter anlässlich einer Tagung von Arbeitgebern der Schmuckindustrie in Idar-Oberstein. Tarifbezogene befristete Streiks noch während der Tarifverhandlungen wurden damit generell als zulässige Arbeitskampfmaßnahmen anerkannt, ohne dass die Verhandlungen zuvor gescheitert waren und ohne dass eine Urabstimmung stattgefunden hatte.

Das Urteil durchbrach einen verbindlichen Grundsatz des Arbeitskampfrechts, den der Große Senat in seinen beiden Grundsatzentscheidungen von 1955 und 1971 aufgestellt hat.⁵ Darin ist festgelegt, dass jeder Arbeitskampf nur als letztes Mittel („ultima ratio“) rechtmäßig sein kann. Ausdrücklich sagt der Große Senat „deshalb ist vor jedem Arbeitskampf auch ein Schlichtungsverfahren erforderlich.“⁶ Der „ultima ratio“-Grundsatz ist mit dem Warnstreik-Urteil und nachfolgenden Entscheidungen unter Verstoß gegen § 45 ArbGG und Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG zunehmend abgebaut und schließlich endgültig liquidiert worden.⁷

Das BAG hat bei der pauschalen rechtlichen Absegnung der Warnstreiks deren wirtschaftliche Folgen gründlich verkannt. Die Schäden für die bestreikten Unternehmen und für unbeteiligte Dritte treten nämlich nicht erst mit dem Streikbeginn ein. In vielen Bereichen genügt bereits die Androhung solcher Kampfmaßnahmen zu bestimmten Terminen, um schwere wirtschaftliche Schäden zu verursachen, etwa bei angekündigten „Warnstreiks“ der Fluglotsen, der Flugzeugwartung, des Cockpit-Personals, der Lokführer oder ähnlicher Gruppen.

Nach der Warnstreikentscheidung hat die Gewerkschaft IG-Metall dann folgerichtig das bis dahin unbekannte Kampfmittel der sog. Wellenstreiks („Neue Beweglichkeit“) entwickelt, eine Strategie sorgfältig geplanter rollierender Kurzstreiks als Begleitmusik laufender Tarifverhandlungen, oft vom ersten Verhandlungstag an. Sie richten sich regelmäßig vor allem gegen Unternehmen, deren Repräsentanten an den Tarifverhandlungen beteiligt sind. Diese werden zuerst geschädigt. Durch die „Just in time“-Produktionsweise können dadurch unverhältnismäßig große Schäden auch bei kurzer Streikdauer entstehen. In einem Urteil vom 12. 9. 1984 hat der Erste Senat des BAG auch dieses völlig neue Kampf-

⁴ BAGE 28, 295 = AP Nr. 51 zu Art. 9 GG Arbeitskampf mit Anm. *Rüthers*; ferner *Rüthers*, Arbeitsrecht und Beschäftigungskrise, 1996, S. 107 f.

⁵ BAGE 1, 291 und 23, 292.

⁶ BAGE 23, 292, 306 = DB 1971, 1063.

⁷ Näher *Rüthers*, Der Abbau des „ultima ratio“-Gebotes im Arbeitskampfrecht durch das BAG, DB 1990, 113.

mittel für rechtmäßig erklärt.⁸ Das Gericht nannte dieses Urteil, in grober Verkennung der realen Dimensionen des Kampfmittels, seine „zweite Warnstreikentscheidung“. Es ging immer noch irrig davon aus, die „neue Beweglichkeit“ übe lediglich „milden Druck“ auf die Arbeitgeberseite aus. In Wirklichkeit hatte es ein hochwirksames neues Flächenkampfmittel zugelassen, gegen das die Arbeitgeberseite kein effizientes Abwehrmittel besaß. Vergleichbare befristete Teilaussperrungen der Arbeitgeberseite schieden wegen der Struktur und Interessenlage der Arbeitgeberverbände aus. Vollaussperrungen waren wegen der verfehlten Quotenregelung verboten. Aus der Missachtung der Sachverhaltsunterschiede folgte die Fehlbeurteilung der Rechtslage mit einschneidenden Folgen für das Verhandlungs- und Kampfgleichgewicht sowie für die Funktionsfähigkeit der gesamten tariflichen Preisbildung am Arbeitsmarkt:

- Der „ultima ratio“-Grundsatz wurde durchbrochen.
- Das Verhandlungs- und Kampfgleichgewicht wurde einseitig zu Lasten der Arbeitgeberseite verschoben.
- Die Arbeitgeberseite wurde, wie die Tarifpolitik der achtziger Jahre bewies, durch Wellenstreiks zunehmend erpressbar. Das führte zu erheblichen Arbeitsplatzverlusten.

Der Arbeitskampf wurde zum Motor der Verlagerung ganzer Branchen in Länder mit niedrigeren Arbeitskosten. Deutschland „exportierte“ seine Arbeitsplätze in Billiglohnländer.

Die Rechtsprechung zum Warn- und Wellenstreik hat sich als verfehlt erwiesen. Zutreffend sprach *Hanau* bereits 1988, nach der Zulassung der „Neuen Beweglichkeit“ durch das BAG, von einer „rechtsdogmatischen Knochenerweichung“ im Arbeitskampf- und Tarifrecht, die an die Stelle eines in sich stimmigen Konzeptes getreten sei.⁹

Wenig später hat dann das BAG seine Judikatur zum Warnstreik und zur „Neuen Beweglichkeit“ als verfehlt erkannt. Die neue Kampfform sei von Erzwingungsstreiks nicht zu unterscheiden. Aber die richtige Einsicht, dass es sich bei diesen Warnstreiks im Ergebnis um harte Kampfstreiks handelt, führte das Gericht nicht dazu, das „ultima ratio“-Gebot des Großen Senats wiederherzustellen oder diesem gesetzesgemäß die Frage vorzulegen. Das Gegenteil wurde, abermals ohne Vorlage nach § 45 ArbGG, verkündet:¹⁰

Das Gericht verzichtete auch noch ausdrücklich auf die bisher gebotene Erklärung des Scheiterns der Verhandlungen vor der Ausrufung einer Kampfmaßnahme. Jede Seite kann jetzt jederzeit während noch laufender Tarifverhandlungen beliebig mit allen zu Gebote stehenden Kampfmitteln überraschend auf die Gegenseite einschlagen. Das „ultima ratio“-Gebot wurde vom BAG für die Verhandlungsphase endgültig liquidiert.

Der Arbeitskampf wurde dadurch vom „letzten Mittel“, wie es der Große Senat verlangt, zum ersten Mittel der Gewerkschaften in tariflichen Spannungslagen nach ihrem Belieben.

Das bedeutete dreierlei:

- (1) Das Verhandlungs- und Kampfgleichgewicht wurde durch die Quotenregelung und die Zulassung der Wellenstreiks schon in der Verhandlungsphase dauerhaft einseitig verschoben. Die gesamte Tarif- und Arbeitskampfordnung geriet in eine Schiefelage.

⁸ BAG EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 54 mit Anm. *Seiter* = AP Nr. 81 zu Art. 9 GG Arbeitskampf mit Anm. *Herschel*.

⁹ *Hanau*, Aktuelle Probleme des Arbeitskampfrechts, 1988, S. 11.

¹⁰ BAG EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 75 mit Anm. *Konzen* = SAE 1989, 93 mit Anm. *Reuter* = DB 1988, 1952.

- (2) Durch das mehrfache Schwanken der Rechtsprechung entstand ein bis heute andauerndes Höchstmaß an Rechtsunsicherheit. Keine Tarifpartei kann vorhersehen, nach welchen Rechtsregeln ein von ihr geführter oder erlittener Arbeitskampf vom zuständigen Bundesgericht später beurteilt wird. Die Rechtsregeln für Arbeitskämpfe werden vom BAG im Nachhinein festgelegt (Rückwirkungsverbot?).
- (3) Die Liquidation des „ultima ratio“-Prinzips schädigt in eklatanter Weise das Gemeinwohl und die elementaren Interessen unbeteiligter Dritter, aber auch die Interessen der Arbeitnehmer. Sie begünstigt das Entstehen vermeidbarer, oft sogar völlig überflüssiger Arbeitskämpfe mit großen Fernwirkungen auf die gesamte Volkswirtschaft.

Dabei ist zusätzlich zu bedenken, dass Arbeitskämpfe in Deutschland nicht immer im Interesse der Mitglieder geführt werden, sondern nicht selten primär verbandspolitischen Zielen (Lokführerstreik – DB) und den Image- und Karriereinteressen von Verbandsvorsitzenden dienen (Schleyer; Steinkühler).

Anzumerken ist allerdings, dass durch die Internationalisierung der Wirtschaftsbeziehungen und damit vieler Arbeitsmärkte Arbeitskämpfe auch für die Angreifer nur noch eingeschränkt zweckdienlich sind. Wenn die Kampfwirkungen zu einer Schädigung der Eigeninteressen der Angreifer, etwa zu nachhaltigen nationalen Arbeitsplatzverlusten führen, werden sie sinnlos. Die seit Jahren sinkenden Mitgliederzahlen vieler Gewerkschaften sind hier ein deutliches Zeichen.

Es folgen einige Sonderprobleme des Arbeitskampfrechts.

4. Arbeitskämpfe im öffentlichen Dienst

Die Tarifautonomie ist auch für den nicht beamteten Teil des öffentlichen Dienstes das wichtigste Instrument zur Gestaltung der Mindestarbeitsbedingungen.

Eine funktionsfähige Tarifautonomie setzt nach einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Lehre voraus,

- dass die Tarifparteien gegnerunabhängig sind,
- dass zwischen ihnen ein Mindestmaß von Verhandlungs- und Kampfgleichgewicht besteht,
- dass real vorhandene Grenzkrisen für die Tarifparteien sie daran hindern, volkswirtschaftlich unvertretbare Tarifergebnisse zu Lasten Dritter durchzusetzen.

Diese notwendigen Voraussetzungen sind, wie die Entwicklung der Arbeitsbedingungen zeigt, in vielen Bereichen des öffentlichen Dienstes nicht gegeben.

Die im öffentlichen Dienst praktizierte Tarifautonomie hat spezielle Probleme, Widersprüche und Tücken. Die Sondersituation der öffentlichen Dienste ergibt sich zunächst daraus, dass sie sich zum weitaus größten Teil nicht ins Ausland verlagern lassen. Es besteht also für öffentliche Dienstleistungen, die von öffentlichen Arbeitgebern organisiert werden, kein der Privatwirtschaft vergleichbares Existenz- und Arbeitsplatzrisiko. Störungen im Verhandlungs- und Kampfgleichgewicht werden nicht in gleicher Weise

(Insolvenz der Unternehmen, Arbeitsplatzrisiko der Arbeitnehmer) durch Grenzkrisen verhindert. Nach 15 Beschäftigungsjahren sind die Arbeitnehmer in den alten Bundesländern zudem in der Regel „unkündbar“.

Die für die Tarifautonomie typische Interessenkonstellation beim Arbeitskampf (Arbeitnehmer gegen Arbeitgeber) ist im öffentlichen Dienst nicht vorhanden. In der Realität kämpfen die Arbeitnehmer hier nicht gegen die „Arbeitgeber“ (Bundes- und Länderregierungen sowie Kommunen). Ihre wirklichen „Kampfgegner“ sind die Steuer- und Gebührendzahler – also überwiegend andere Arbeitnehmer, deren wirtschaftliche Lage durch überhöhte Tarifabschlüsse der ÖTV zusätzlich verschlechtert wird. Das gilt nicht nur, weil überwiegend Arbeitnehmer die tariflich verteuerten Arbeitsentgelte der öffentlichen Arbeitnehmer letztlich bezahlen müssen. Auch die Kampffolgen, etwa beim Streik im öffentlichen Nahverkehr oder bei der Müllabfuhr, tragen nicht etwa die öffentlichen Arbeitgeber, sondern die davon betroffenen Privaten. Arbeiter, die beim Verkehrsstreik zu spät zur Arbeit kommen, müssen die Lohnkürzungen wegen ausgefallener Arbeitszeit selbst tragen.

Tarifautonomie kann nur funktionieren, wenn beide Seiten vergleichbare Chancen haben, den Tarifabschluss zu beeinflussen (Grundsatz des Verhandlungs- und Kampfgleichgewichts). Diese Waffengleichheit ist im öffentlichen Dienst nicht vorhanden. Es ist undenkbar, dass ein Streik der Müllabfuhr oder des Personennahverkehrs in Ballungsgebieten über Wochen und Monate dauern dürfte. Eine wirksame Abwehrwaffe der öffentlichen Arbeitgeber fehlt. Sie sind, wie alle bisherigen Arbeitskämpfe im öffentlichen Dienst gezeigt haben, in vielen Bereichen nach längstens 10 bis 14 Tagen erpressbar.

Es zeigt sich mithin unter allen genannten Gesichtspunkten:

Die Minimax-Strategie von Streiks im öffentlichen Dienst führt bei einem minimalen Risiko der Tarifparteien zu einem maximalen Schaden Dritter und der Steuerzahler. Die Tarifverträge in diesem Bereich werden leicht zu Tarifiediktaten gegen die Steuer- und Gebührendzahler.

Nimmt man alle Aspekte zusammen, so ist es an der Zeit, über die Funktionsweisen der Tarifautonomie im öffentlichen Dienst von Grund auf neu nachzudenken. Die bisherige Tarif- und Arbeitskampfpraxis verhindert Lösungen, die den Interessen der Arbeitnehmer in diesem Bereich sowie den Erfordernissen des Gesamtwohls dauerhaft gerecht werden. Es kommen Abschlüsse zustande, die weder den gesamtwirtschaftlichen Rahmenbedingungen noch der Lage der öffentlichen Kassen entsprechen. Eine solche Tarifpolitik zu Lasten Dritter ist geeignet, die Tarifautonomie als ein wichtiges Instrument freiheitlicher Sozialgestaltung insgesamt zu diskreditieren. Die Selbstzerstörung der Tarifautonomie durch den Missbrauch der Tarifparteien ist eine reale Möglichkeit.

5. Arbeitskämpfe von Funktionseleiten

a) Der Streik der Lokführer und ihrer Kleingewerkschaft GDL

Die Streiks der Lokführer im Herbst 2007 und ihre juristischen Nachwehen haben ein breites Medienecho gefunden. Die maßgeblichen

juristischen Fakten sind dabei, sei es aus Unkenntnis, sei es in strategischer Absicht, gelegentlich verfälscht worden und/oder in den Hintergrund geraten.

Das juristische Getümmel, gespickt mit (bewusst?) falschen Rechtsbehauptungen des Bahnvorstands und verfehlten Entscheidungsbegründungen einiger Arbeitsgerichte, hat eine erhebliche Verwirrung über die realen Ursachen dieses Konflikts bewirkt. Eine ehrliche und faire, an der wirklichen Rechtslage orientierte Argumentation hätte die Verschärfungen des Tarifstreits sowie die Unversöhnlichkeit der beiderseitigen Standpunkte vermeiden können. Die beharrlichen Fehlinformationen und die Mausechlei der Bahn mit den beiden Großgewerkschaften sowie deren Versagen zu Lasten der Lokomotivführer waren die maßgeblichen Ursachen der zugespitzten Konfliktslage. Das hat schließlich, wie die Umfragen zeigen, sogar das von den Streiks betroffene Publikum trotz aller Falschaussagen der zuständigen Bahnvorstände überwiegend erkannt. Die Einzelheiten lasse ich hier aus.

b) Sonderprobleme der Funktionseliten

Arbeitskämpfe waren früher Massenveranstaltungen. Heute können Arbeitsverweigerungen von gut organisierten Kleingruppen großflächige Störeffekte erzielen. Die Schlüsselfunktion der Lokführer für einen funktionsfähigen Eisenbahnverkehr hat eine allgemeine drängende Problematik deutlich gemacht. Sie ist in der Vergangenheit mehrfach aufgetreten, etwa bei den Fluglotsen, dem fliegenden Personal der Cockpit e. V. und bei den streikenden Krankenhausärzten. In den Versorgungsbetrieben (Verkehr, Gesundheitswesen, Strom, Gas, Wasser etc.) können kleine Gruppen von Funktionseliten mit gezielten Arbeitsverweigerungen ganz unverhältnismäßig große Störungen des Gemeinwohls oder Gefahren für Leben und Gesundheit vieler unbeteiligter Menschen herbeiführen. Mit geringem Streikaufwand sind sie, speziell im Verkehrsbereich, in der Lage, in hochvernetzten Industriegesellschaften ganze Lebensbereiche lahmzulegen. Arbeitskämpfe in diesen Bereichen treffen in ihren Schadenswirkungen nicht, jedenfalls nicht in erster Linie, die bestreikten Arbeitgeber, sondern am Tarifkonflikt völlig unbeteiligte Dritte in großer Zahl. Sie erscheinen daher immer mehr als überlebte Formen der unverzichtbar notwendigen Konsensfindung, die im Ergebnis das gemeinsame Ziel ist. Die entscheidende Frage lautet:

Wie lange kann sich eine moderne arbeitsteilige Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung solche archaischen Formen des Interessenkampfes mit Massenschäden Dritter gerade im Versorgungsbereich noch leisten?

6. Die Zulassung von sog. Sympathie- oder Unterstützungstreiks

Das BAG hat in einem Urteil vom 19. 6. 2007¹¹ die Zulässigkeit von „Unterstützungstreiks“ (Sympathie-Arbeitskämpfen) in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung neu geregelt. Es hat die bisher geltende Regel, nach der Streiks nur ganz ausnahmsweise zulässig sind, in ihr Gegenteil verkehrt. Der entschiedene Fall bot dazu keinen Anlass, wohl eher eine willkommene Gelegenheit zu richterlicher Rechtspolitik.

¹¹ Urteil vom 15. 10. 2007 – 7 Ga 26/07.

Das soll auch dann gelten, wenn die den Hauptarbeitskampf führende und die den Unterstützungstreik ausrufende Gewerkschaft nicht identisch seien.

Es geht hier, wie immer bei Entscheidungen der Obergerichte, nicht um den entschiedenen, eher unbedeutenden Fall. Die Entscheidung bedeutet eine weitreichende mögliche Fehlsteuerung künftiger Arbeitskämpfe.

Beim Sympathiestreik („Unterstützungstreik“) kann der Kampfgegner in der Regel die Kampfforderung der aus Sympathie Streikenden nicht erfüllen, weil das Kampfziel des Hauptkampfes gar nicht gegen ihn gerichtet ist. Ziel des Sympathiestreiks ist es, dass der so bestreikte, außenstehende Arbeitgeber auf die Arbeitgeber des Hauptkampfes einwirken soll, damit sie nachgeben. Diese Einwirkungsmöglichkeit des Sympathiekampfgegners auf den Gegner des Hauptkampfes ist aber viel zu unbestimmt, als dass sie die Auslösung von Arbeitskampschäden rechtfertigen könnte. Der entschiedene Fall zeigt das anschaulich: Dem Streikaufruf folgten im fraglichen Betrieb 20 Arbeitnehmer. Die Herstellung des notwendigen Kampfgleichgewichts, auf welche das BAG seine Rechtfertigung der Maßnahme gründet, scheidet als offensichtlich aus. Die Ausweitung des Arbeitskampfes über das bestreikte Tarifgebiet hinaus, erwies sich auch aus der Sicht der Streikenden als sinnlos.

Der Streikgegner wird also mit Kampfschäden überzogen, auf deren Abwendung er keinen Einfluss hat. Damit wird auch der „ultima ratio“-Grundsatz verletzt. Solche Schäden sind nur gerechtfertigt, wenn der tarifbezogene Arbeitskampf zwischen den beiden kämpfenden Tarifparteien nach Ausschöpfung aller Verhandlungsmöglichkeiten und einem Schlichtungsversuch als letztes Mittel unvermeidbar ist.

Die Tarifgrenzen bilden daher in der Regel sinnvoll die Schranken zulässiger Arbeitskämpfe.¹² Wenn dieser Grundsatz aufgegeben wird, besteht die Gefahr, dass punktuelle oder regionale Arbeitskämpfe nach den strategischen Überlegungen einer Tarifpartei über Tarifgrenzen hinweg und unter Verstoß gegen bestehende Friedenspflichten zur bundesweiten Sozialschlacht ausgedehnt werden können.

7. Die Zulassung von „Flashmob“-Aktionen

Die neueste Entscheidung des 1. Senats zum Arbeitskampfrecht vom 22. September 2009 vervollständigt das bisher angedeutete Panorama bedenkllicher Orientierungsschwäche der Rechtsprechung. Danach ist eine gewerkschaftliche Aktion, bei der kurzfristig aufgerufene Teilnehmer durch den Kauf geringwertiger Waren oder das Füllen und Stehenlassen von Einkaufswagen in einem Einzelhandelsgeschäft eine Störung betrieblicher Abläufe herbeiführen, im Arbeitskampf nicht generell unzulässig. Zwar greife eine derartige „Flashmob-Aktion“ in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Arbeitgebers ein. Das könne aber aus Gründen des Arbeitskampfes gerechtfertigt sein. Gewerkschaftliche Maßnahmen, die zur Durchsetzung tariflicher Ziele auf eine Störung betrieblicher Abläufe ge-

¹² BAG EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 36 = AP Nr. 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

richtet seien, unterfallen nach Ansicht des Gerichts der durch Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz gewährleisteten Betätigungsfreiheit der Gewerkschaften.

Gegen solche „Flashmob“-Aktionen im Einzelhandel könne sich der Arbeitgeber durch die Ausübung seines Hausrechts oder eine kurzfristige Betriebsschließung zur Wehr setzen. Eine derartige Aktion sei auch keine Betriebsblockade.¹³

Die Entscheidung ist ein erneutes, dramatisches Beispiel für die eigenartig begrenzte Sichtweise und Urteilsfähigkeit des BAG in ökonomisch relevanten Arbeitskampsachverhalten.¹⁴ Das vom Senat behauptete Abwehrmittel der Arbeitgeber ist nicht nur untauglich. Es würde wegen seiner Wirkung gegenüber der eigenen Kundschaft eine nachhaltige Selbstschädigung bewirken. Auch der Verweis auf das Hausrecht des Arbeitgebers, der die den Geschäftsgang störende „Blitzmeute“ aus dem Geschäft weisen könne, erscheint erstaunlich lebensfremd.

Unerörtert lässt das BAG ferner die Tatsache, dass eine solche „Blitzmeute“ von der dazu aufrufenden Gewerkschaft aus völlig betriebs- und gewerkschaftsfremden Akteuren organisiert werden kann. Das ist für den betroffenen Arbeitgeber im Gegensatz zu allen bisher zulässigen Arbeitskämpfungsmitteln nicht kontrollierbar. Er steht in seinem Geschäft einer anonymen Gegnerschaft gegenüber. Schließlich bleibt unerörtert, dass die „Blitzmeutenakteure“ das Geschäftslokal von vornherein mit der Absicht betreten, den Inhaber zu schädigen. Wenn sie, wie im entschiedenen Fall, noch dazu die Kassierer die Ware eintippen lassen und erst danach (unter dem Gejohle der Mitakteure) vorgeben, ihre Geldbörse vergessen zu haben, liegt eventuell zusätzlich ein Betrug vor. Die Täuschungshandlung ist offensichtlich. Die Vermögensverfügung liegt in dem Arbeitseinsatz an der Kasse. Der Schaden wird absichtlich herbeigeführt, nicht nur von dem falschen „Käufer“, sondern ebenso von der kampf führenden Gewerkschaft. Es fällt schwer, bei solchen Entscheidungen weltanschaulich bedingte Wahrnehmungshindernisse des Senats auszuschließen.

8. Zusammenfassung und Folgerungen

Hypothese 10:

Das Gesamtbild der Judikatur zum Arbeitskampf legt zwei Fragen nahe:

(1) Ist sich das Bundesarbeitsgericht bewusst, welche weitreichenden ökonomischen und sozialen Folgen seine Rechtsprechung zum Arbeitskampf nicht nur für die Entwicklungen am Arbeitsmarkt, sondern für die gesamte Arbeits- und Wirtschaftsordnung der Bundesrepublik hat?

¹³ BAG, Urteil vom 22. September 2009 - 1 AZR 972/08 - Pressemitteilung des BAG v. 22.09.2009.

¹⁴ Vgl. dazu die Hinweise bei *Budras*, Arbeitsrichter auf Abwegen, FAZ v. 5. 10. 2009, S. 13. Das zeigte sich in zahlreichen Vorentscheidungen wie etwa zur Aussperrungsquote, zum Warnstreik, zum Wellenstreik und zum Sympathiekampf.

(2) Welche rechtspolitischen Steuerungsziele verfolgt der Präsidentinnensenat des BAG mit dieser Rechtsprechung, die gesetzwidrig verbindliche Grundsätze des Großen Senats zum Arbeitskampfrecht dauerhaft auf den Kopf stellt?

Vielleicht gibt es dem Bundesarbeitsgericht Denkanstöße, wenn seriöse Tageszeitungen wie die FAZ einen Kommentar zu dieser Rechtsprechung mit dem Titel „Arbeitsrichter auf Abwegen“ versehen und im Text die Sätze stehen:

„Das Arbeitskampfrecht ist zu einem Rechtsgebiet verkommen, in dem Richter aller Instanzen willkürlich ihre persönlichen Ansichten durchdrücken.“

...

„Aus Furcht vor der Macht der Verbände schauen Union und SPD seit Jahren untätig zu, wie das Bundesarbeitsgericht fernab jeder demokratischen Legitimation dieses Rechtsgebiet nach seinem Belieben gestaltet, anstatt die Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien in einem eigenen Gesetz klar zu umreißen.“¹⁵

Hypothese 11:

Das Erörterte führt zu der grundsätzlichen Frage:

Werden Arbeitskämpfe unter den veränderten Umständen in bestimmten Lebensbereichen oder vielleicht sogar generell obsolet? Ich meine JA!

Der Lokführerstreik hat zusammen mit den beiden von der Bahn erwirkten, rechtlich umstrittenen, aber gleichwohl zum Nachdenken zwingenden Entscheidungen der Arbeitsgerichte Nürnberg und Chemnitz¹⁶ (anders das LAG Chemnitz) ein Nachdenken über die Sinnhaftigkeit von Arbeitskämpfen in entwickelten Industriegesellschaften angeregt. Das ArbG Chemnitz hielt den Streik in dem geplanten Umfang für rechtswidrig, weil er gegen die Gemeinwohlbindung der Tarifparteien und gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstoßen hätte.

Am Beispiel der Versorgungsbetriebe (hier des Bahnverkehrs) wird ein generelles Problem deutlich. Der Arbeitskampf ist durch die veränderten Rahmenbedingungen der Globalisierung generell unverkennbar in eine Sinnkrise geraten. Ursprünglich sollte er den Tarifgegner durch die Zufügung wirtschaftlicher Schäden zum Eingehen auf die Tarifforderungen der angreifenden Tarifpartei zwingen. Diese Schäden treten aber in einer hochvernetzten Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung gar nicht mehr primär beim Tarifgegner, sondern bei Dritten ein. Geprügelt von den Kampfparteien werden also überwiegend unbeteiligte und wehrlose Dritte. Ihre Schäden können ein Ausmaß erreichen, das zur Lähmung großer Gesellschaftsbereiche und zur Gefährdung der Stabilität des Gesamtsystems führen kann.

Ein zusätzlicher Aspekt liegt in der Tatsache, daß die großen Schäden, die bei unbeteiligten Dritten angerichtet werden, mit einer vergleichs-

¹⁵ Budras, FAZ v. 5. 10. 09 S. 13.

¹⁶ Urteil vom 15. 10. 2007 – 7 Ga 26/07.

weise geringen Zahl von Streikenden oder auch Ausgesperrten bewirkt werden können.

Streiks in kleinen Zulieferbetrieben sind geeignet, die Produktion ganzer Wirtschaftszweige lahmzulegen. Das beschränkt sich auch nicht auf hochspezialisierte Arbeitnehmer in herausgehobenen Positionen (Fluglotsen, Piloten, Ärzte, Lokführer u.v.a.). Für den reibungslosen Wirtschaftsablauf sind auch weniger spezialisierte Leistungsträger unverzichtbar. Sollte die Bildung von Kleingewerkschaften für einzelne Berufsgruppen Schule machen und sollten diese neuen Koalitionen dann von ihrer Streikmacht einen rigorosen Gebrauch machen, so steht eine völlig neue Arbeitskampfproblematik vor der Tür. Bisher lag das außerhalb rechtlicher Beurteilungsmöglichkeiten. Den Gerichten ist es nach dem geltenden Arbeitskampfrecht verboten, die Verhältnismäßigkeit von Tarifforderungen und den Einsatz der Kampfmittel bestimmen zu wollen. Deshalb liegen die Entscheidungen der Arbeitsgerichte von Nürnberg und Chemnitz außerhalb des geltenden Rechts. Aber die ihnen zugrunde liegende Problematik sollte die Tarifparteien zum Nachdenken darüber bringen, wie lange sich die Gesamtgesellschaft die beiderseitige Tarifpraxis noch gefallen lassen kann. Die Untätigkeit der Gesetzgebung auf dem Gebiet des Arbeitsrechts und des Arbeitskampfrechts ist, wie gerade das Beispiel der Funktionseliten zeigt, kaum länger verantwortbar.

9. Schlussbemerkung:

Hypothese 12:

Erforderlich ist das Nachdenken über neue, paritätische Instrumente zur Schlichtung von Tarifkonflikten in der Verantwortung der Tarifparteien; gemeint sind also nicht eine staatliche Zwangsschlichtung, sondern autonome, staatsfreie Schlichtungsregelungen der Beteiligten.

IX. Zur Funktion von Rechtsprechungskritik

Die vorstehende Betrachtung zum Stand und zur Entwicklung des Arbeitskampfrechts erfordert in ihren kritischen Passagen zur Rechtsprechung des BAG eine Nachbemerkung. Das Arbeitskampfrecht ist nahezu reines Richterrecht. Die Gesetzgebung ist nach aller Erfahrung hier seit langem regelungsunwillig und -unfähig. Wo die Gesetzgebung ausfällt, werden die letzten Instanzen zu „Ersatzgesetzgebern“. Das bedeutet einen rechtspolitischen Machtzuwachs. Sie werden von Dienern der Gesetze (Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG) zu Herren der Rechtsordnung. Im Arbeitsrecht trifft das in vielen Bereichen zu. Im Arbeitskampfrecht ist das BAG fast alleiniger Gesetzgeber. Ihm ist durch das Versagen des Parlaments eine in der Verfassung nicht vorhergesehene, unkontrollierte Regelungsmacht zugewachsen.

Die einzigen möglichen Kontrollinstanzen sind das Bundesverfassungsgericht und eine unabhängige, nicht interessengebundene Jurisprudenz. Sie kann mit kritischen Beiträgen immerhin eine öffentliche Diskussion von möglichen Fehlsteuerungen des Arbeits- und Wirtschaftslebens durch zweifelhafte Entscheidungen erzwingen. Das ist in diesem

Bereich der Grund für die Garantie der Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG. Wenn diese Kritik nach mehrfachen Anmahnungen von Rechts- und Verfahrensverstößen deutlich ausfällt, liegt das im Rahmen dieser verfassungsgemäßen Aufgabe.

Dabei ist der hohe Respekt vor den schwierigen Aufgaben der Arbeitsgerichtsbarkeit eine selbstverständliche Grundlage. Das Bundesarbeitsgericht hat zur Entwicklung eines sozialstaatlich geprägten Arbeitsrechts gerade im Hinblick auf die Untätigkeit der Gesetzgebung insgesamt Hervorragendes geleistet. Das steht außer Zweifel. Die hier geäußerte Kritik will die Autorität der Arbeitsgerichtsbarkeit als Institution nicht beschädigen, im Gegenteil: Es geht darum, die innere, verfassungsrechtliche Systematik des vom Großen Senat des BAG schlüssig konzipierten deutschen Arbeitskammerrechts vor einer Beschädigung durch einen problematischen Trend der Rechtsprechung des Ersten Senats zu verteidigen.

Dynamics of Japanese Civil Code

Hiroyuki Kubo

I. Introduction

When I started to learn law in 1973 at my university, the Japanese Civil Code seemed to me to be rather static. In fact, I have not had bought a new *Roppo*, or the book of six major laws, which is supposed to be published once a year, until I became a fourth year grade student. Mainly because I was a lazy student. However, there was surely another reason. It is that Japanese Civil Code was not changed from 1972 through 1975. Of course studying civil law is confined to learning Civil Code. There are some laws to revise or supplement Civil Code, such as Land Lease Act, House Lease Act, Act Concerning Responsibility for Fire by Negligence, Interest Rate Restriction Act, Realty Registration Act and so on. They have not undergone much change with some exceptions. Therefore, in general, civil law used to be static.

On the contrary, Corporation, which had been involved in Commercial Code, underwent much change many times. Finally it spun off out of Commercial Code in 2006. Civil law scholars regarded it as having nothing to do with them.

Things have become a bit different since *Heisei* era started in 1989. Some new laws were enacted and some existing laws were revised. Land and Home Lease Act (1991), Consumer Contract Act (2000), Act on Specified Commercial Transactions (renamed in 2000 from former Door-to-Door Sales and Other Direct Sales Act (1976), and so on. Legislature has changed its attitude to civil law. In 2004, Civil Code was rewritten in modern Japanese using Hirakana. The part concerning judicial person was deleted from Civil Code and Act Concerning General Corporate Judicial Person and General Foundational Judicial Person was spun off in 2006. The same things which happened in the commercial law field are also happening in the civil law area. And now law of obligations in Civil Code is scheduled for reform. On the other hand, in the family law and succession law area in Civil Code, some revisions are proposed. In this paper, I will overview the current situation of the Civil Code reform project.

II. History

The Japanese Civil Code was enacted in 1896. Meiji Government exerted itself to catch up with Western nations since Meiji Restoration, or restoration of Imperial power, in 1868. As one of its efforts, Meiji Government made haste to establish the modern legal system inviting some law professors from Western nations. One of them was Boissonade from

University of Paris. Meiji Government had him draft some fundamental codes. Although Boissonade drafted the Japanese Civil Code, it raised the contradiction against its enactment insisting that it detracts the Japanese beautiful tradition and ethics originated from Confucianism. It is so-called the "Dispute on Code". As a result, the draft of Civil Code was abandoned. The Government started again to draft Civil Code modeling after German Civil Code because Germany was the same imperial nation as Japan. As mentioned above, Civil Code was enacted in 1896. Since then it has remained unchanged with some exceptions such as addition of provisions concerning mortgage securing fluctuating obligation in 1971, much change of family law and succession law in 1947 in accordance with Constitutional Law, which was thoroughly revised after World War II, deletion of most of provisions on judicial person in 2006, and so on.

However, as mentioned above, some symptom of law of obligation reform of this time may dates back to ten to twenty years. Trend of legislature began to move at the turn of Japanese era about twenty years ago. An unequivocal phenomenon of the reform movement appeared as publication of a research book of "Issues on Law of Obligation Reform and Its Direction" in 1998 written by some scholars lead by Professor Yoshihisa Nomi. It was in 2006 that the reform project was off and running. The Ministry of Justice decided to start investigating necessity of reform of Law of Obligations in Civil Code. Taking this opportunity, "The Japanese Civil Code (Law of Obligations) Reform Commission"(hereinafter referred to as "The Commission") was established in October 2006 for the purpose of devising a "Basic Reform Policy (Draft Proposals)". The Commission is not a formal governmental organization, but the fact that Ex-Professor Takashi Uchida, who quit The University of Tokyo and assumed the Consultant of the Ministry of Justice, is the bureau chief of the Commission, and some Ministry Justice officials participate it gives us an impression of its strong influence over the governmental reform project.

Thereafter, some other study groups were established to discuss reform problems and published results of such studies. Among these, "The Study Group on the Civil Code Reform" (hereinafter referred to as "the Group") lead by Professor Masanobu Kato is a big one and progressive in presenting the results of its investigation. Since its establishment in 2005 they have had symposia many times and discussions with various organizations or groups. In October of 2008, it presented the Tentative Draft of the Japanese Civil Code Reform at the symposium of the annual assembly of the Japan Association of Private Law. This Tentative Draft by the Group covers not only law of obligations but also law of real rights. On the other hand, on April 29, 2009, the Commission held a symposium and published a book entitled "A Basic Reform Policy of the Law of Obligations". And at last, on October 28, 2009, the Minister of Justice consulted with the Legislative Council of the Ministry of Justice for the revision of the Law of Obligations. In response to this consultation, the official deliberation by the Working Group started in November.

III. Why the Law of Obligations now?

Indeed Japanese Civil Code has remained unchanged more than 110 years with some exceptions and has not caused enormous troubles thanks to special laws revising and supplementing Civil Code and the Supreme Court cases. Is it really necessary to revise now? Is it not broken or to be repaired? Saying by an American businessman named Bert Lance (born 1931) that "If it ain't broke, don't fix it" which was appeared in the book titled "Nation's Business" (1977). Why is the law of obligations supposed to be revised now?

Both the Commission and the Group name several reasons, which we can summarize in three points. The first thing is to improve some inconvenience or the disadvantages. Presently people cannot tell what the Civil Code provisions mean. Truth about the Civil Code can be seen only through lawyers' eyes. Such inconvenience emerges partly from loss of modernity and partly from inaccessibility (Prof. Kato). The Civil Code must obtain transparency (Prof. Uchida). It is also one of factors that the number of provisions of Japanese Civil Code is decisively small compared to those of European countries. In sum, they aim for re-codification of Civil Code in order for people to understand easily.

The second point is to adapt it to the international uniform rules. The United Nations adopted the "Convention on the Contracts for the International Sale of Goods" in 1980 (hereinafter referred as CISG). It seems to me that it was an epoch making affair. Many countries including main developed nations acceded to the Convention. And that might have lead such countries to revising their own law of obligations. Japan also at last acceded to the Convention in August, 2009. Accordingly Japanese domestic laws may be needed to be accommodated to it. Furthermore, UNIDROIT drafted the Principles of International Commercial Contracts in 1994. It also gives impact on the project of revising project in some nations. Adapting the Japanese Civil Code to the international uniform law will surely contribute to amplifying international transactions between Japan and other countries.

Lastly, organizing and integrating rules scattered in various laws. As mentioned above, Consumer Contract Act was enacted in 2000. Some Civil Code rules are changed to protect consumers by alleviating requirements of counterparts in the Civil Code. Consumers can escape from unprofitable contracts more easily with the Act than with the Civil Code. However, such requirements alleviated provisions may be able to be incorporated into the Civil Code as applicable to ordinary contracts. The same applies to the Commercial Code. It has some provisions which only apply to contracts between merchants but the same topical provision is stipulated in the Civil Code. It may be possible to integrate them into the Civil Code.

Of course, there are some arguments, especially, against integrating Consumer Contracts Act into Civil Code. They are afraid that it becomes more difficult to revise consumer protection provisions included in Civil Code than now. It is said that it should be easier to change special laws. Indeed Japanese Civil Code has been rarely changed. However it is not because it is Civil Code. From now on, it must be easy to change if it contributes to consumer protection or improve legal system.

Thus, time looks ripe for starting behavior.

IV. Some Controversial Topics

Reform drafts published by various groups evoke controversy among each district's bar associations and scholars. In this chapter, I will discuss a couple of controversial topics in those drafts.

1. Principle of Liability for Negligence

Negligence is one of requirements for damages for breach of contract. Japanese Civil Code Section 415 does not use the word of "negligence" but the words of "reasons attributable to" debtor. Indeed, it is unequivocal that the requirement of attributable reasons is applicable to liability for damages for breach of contract due to subsequent impossibility of performance, but it is not for liability for damages for delay of performance. Therefore, nowadays several influential professors insist that such requirement is inapplicable to liability for damages for delay of performance of contract. In spite of such controversy, courts have maintained that the requirement of attributable reasons is applicable to liability for damages for breach of contract in general.

According to the Commission's Reform Policy, such requirement of attributable reasons is abolished. Instead, debtor is exempted when non-performance is caused by reasons which debtor did not undertake in the contract. Exemption is an exception. However, there are many criticisms against this proposal. Indeed, what attributable reasons are not obvious. But there have been many case decisions. Case law in this point is established. On the contrary, the new concept of reasons undertaken in the contract is not known to anyone. The aim for reform is said to make Civil Code understandable for ordinary people. Nevertheless, such a goal may not be attainable with such new concept.

2. Liability for Latent Defect in the Object

Japanese Civil Code has another provision for damages for defects in the object (J.C.C. Section 570). That provision stipulates that Buyer can demand damages for latent defects in the object and discharge the contract if he cannot attain a goal for sales contract due to the defects.

The former prevailing view insisted that this provision of damages for latent defects only applies to the sales contract for the *specified* object, not for the unspecified one. This theory does not regard it as a provision for breach of contract, but regard it as statutory liability provision. On the contrary, the recently gaining majority view regards it as a special provision for breach of contract. Thus it applies to both the specified object and the unspecified one. That view acknowledges seller's obligation to repair the defect or deliver the substitute defect-free object.

The Commission's proposal puts an end to this long continuing dispute. It makes clear that seller's liability for defect - not confined to *latent* defect - is that of breach of contract. In other words, the Commission's

proposal adopts the recently gaining majority's view above mentioned. Moreover, reduction of price can be demanded in certain instances.

Such a proposal is a gigantic paradigm shift and is not acceptable to business people, who have taken measures or drafted contracts based on the former prevailing view. They insist that the present customary practice in business is reasonable and is not to be changed.

3. Avoidance of Contract

While the current prevailing view thinks that reasons attributable to debtor is required to discharge contract, the minority but influential view thinks that such a requirement is not needed. The Commission's proposal is at the side of the latter view. According to its proposal, "substantial non-performance" is required for avoidance of contract, instead of attributable reasons. That might be influenced by CISG, in which "substantial breach" is required to avoid contract.

However, we can easily imagine an adverse opinion must be raised that what is substantial is not predictable. Nevertheless, in the present Japanese Civil Code, in Section 570, avoidance is limited to the case where Buyer cannot attain a goal for sales contract due to the defects. Thus, such a provision as the proposal by the Commission is not unfamiliar to Japanese lawyers.

V. Conclusion

Civil Code is static. It is an old story. Time has changed.

Furthermore, Family law in Civil Code started to move. Ruling Japanese Democratic Party is considering introducing the system of separate surnames for married couples, lowering legal adult age to 18, equalization of inheritance portion between legitimate child and illegitimate child, shortening period prohibiting remarriage for women, and so on. Though these topics will surely stir up controversy, people must face sincerely toward it.

At least, Japanese Civil Code is dynamic now.

Die EU Blue Card – ein Schritt auf dem Weg zu einem offenen EU-Arbeitsmarkt für Drittstaatsangehörige?

Kay Hailbronner, Konstanz

- I. Die Gewinnung hochqualifizierter Arbeitskräfte für Wirtschaft und Wissenschaft in der rechtspolitischen Diskussion**
- 1. Konzepte für die Gewinnung qualifizierter Arbeitskräfte im nationalen Recht der EU-Mitgliedstaaten**

Die Erkenntnis, dass ungeachtet einer anhaltend hohen Arbeitslosigkeit in den EU-Mitgliedstaaten die Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft und der Wohlstand der Bevölkerung eine Öffnung der Migrationspolitik für qualifizierte Arbeitskräfte, Wissenschaftler und Studenten gebieten, prägt seit mehr als 10 Jahren das Ausländerrecht und die Ausländerpolitik der EU-Mitgliedstaaten. Nicht die Erhöhung der Einwanderungsquote, sondern die bessere Steuerung der Einwanderung insbesondere im Hinblick auf die Integrationsfähigkeit von Zuwanderern und der Bedarf des Arbeitsmarktes für qualifizierte Arbeitnehmer bestimmen die öffentliche Diskussion über die Migrationspolitik. Die grundsätzlichen Zielsetzungen sind dabei im wesentlichen in allen EU-Mitgliedstaaten die gleichen: Einschränkung der unkontrollierten Zuwanderung, die im wesentlichen durch Familiennachzug, Asylbewerberaufnahme, humanitäre Aufenthaltsrechte und illegale Einwanderung gespeist wird, zu Gunsten einer stärker arbeitsmarktbezogenen zeitlich befristeten oder unbefristeten Einwanderung. Auf diese Weise sollen die Fehler der früheren „Gastarbeiterpolitik“ vermieden werden, die zu einer sehr hohen Ausländerquote in den großen EU-Mitgliedstaaten geführt hat, die in der Folgezeit zu enormen sozialen Problemen bei der Integration der Einwanderer und ihrer nachfolgenden Generationen geführt hat.

Die ausländerpolitischen Konzepte zur Erreichung der gesetzten Ziele unterschieden sich jedoch nicht unbeträchtlich voneinander in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten. Zum Teil wurden nach dem Vorbild von Australien, Kanada und Neuseeland Punktesysteme eingerichtet, die anhand gewisser Kriterien wie z.B. berufliche Qualifikation, Berufserfahrung, Alter, Sprachkenntnisse, Familienstand einen bevorzugten Zugang vor Drittstaatsangehörigen zum nationalen Arbeitsmarkt ermöglichen sollten. Auch in Deutschland ist ein solches System durch eine von der Bundes-

regierung im Jahr 2000 eingesetzte „Zuwanderungskommission“ vorgeschlagen worden, das aber von der Bundesregierung nicht übernommen worden ist, als im Jahr 2004 das deutsche Ausländerrecht mit dem sog. Zuwanderungsgesetz grundlegend reformiert wurde. Die Kommission hatte vorgeschlagen, zur Deckung des Fachkräftebedarfs in einzelnen Wirtschaftsbereichen ein arbeitsmarktbezogenes Engpass-Verfahren einzurichten, über das eine Zuwanderung ermöglicht werden sollte, wenn der betreffende Bedarf nicht aus dem inländischen Arbeitskräftepotential gedeckt werden kann. In Regierung und Parlament fand der Vorschlag aber letztlich keine Mehrheit. Eine der wesentlichen Gründe hierfür war die Loslösung des Punktemodells von einem konkreten Arbeitsplatzangebot. Die Zuwanderungskommission war der Meinung, eine Prognose der Nachfrage nach Arbeitskräften sei unsicher und vor allem in Bezug auf einzelne Berufsgruppen nicht möglich. Unabhängig davon werde jedoch die Nachfrage nach qualifizierten Arbeitskräften steigen, der Bedarf an Hochschulabsolventen zunehmen. Deshalb sei es sinnvoll, zusätzliche Zuwanderungswege zu eröffnen, indem junge, gut ausgebildete Menschen als Einwanderer nach Deutschland gewonnen würden. Allgemeine Fähigkeiten seien wichtiger als Spezialkenntnisse und kurzfristige Bedarfslagen am Arbeitsmarkt. Darüber hinaus sollte Zuwanderern auf befristeter Basis für einen Zeitraum bis zu 5 Jahren der Zugang ermöglicht werden, um kurzfristige Engpässe am Arbeitsmarkt zu überbrücken.

Das Zuwanderungsgesetz von 2004 nimmt demgegenüber eine deutlich zurückhaltendere Position ein. Zwar wurde in das Gesetz eine Reihe von Bestimmungen aufgenommen, die erstmals auch qualifizierten Arbeitnehmern ein privilegiertes Aufenthaltsrecht ermöglichen sollten, u.a. sollte selbstständigen und qualifizierten Fachkräften von vornherein ein gesichertes Aufenthaltsrecht gewährt werden können. Zugleich sollte aber das Gesetz eine deutlich verstärkte Kontrolle der Zuwanderung nach Deutschland ermöglichen.

Die Ziele des Gesetzes sind nur teilweise erreicht worden. Die Zuwanderung hochqualifizierter Arbeitskräfte blieb in engen Grenzen. Von den 1.123 hochqualifizierten Ausländern, die in den Jahren 2005 und 2006 nach den neuen Regelungen eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis erhielten, lebten 87 % bereits vor dem Inkrafttreten des Gesetzes in Deutschland. Auch bei der befristeten Zuwanderung wurden keine größeren Erfolge erzielt. Von insgesamt 17.600 Personen, die in Deutschland befristete Arbeitserlaubnisse erhielten, werden nur ca. 26 % dem Segment der Hochqualifizierten zugeordnet, darunter IT-Fachkräfte (2.845) und ausländische Absolventen an deutschen Hochschulen (2.742).¹

Aber auch in den anderen EU-Mitgliedstaaten zeigt sich ein ähnliches Bild. Die traditionellen Zuwanderungsströme Familiennachzug, humanitäre Aufnahme und illegale Einwanderung spielen eine weit größere Rolle als die Zuwanderung qualifizierter Arbeitskräfte. In diesem Zusammenhang ist allerdings auch zu beachten, dass bei dieser Analyse die interne EU-

¹ Vgl. die Steuerung der Arbeitsmigration in Deutschland, Friedrich-Ebert-Stiftung September 2008, S. 36 f.

Wanderung unberücksichtigt bleibt. Eine Studie der Weltbank, wonach das Potential für Zuwanderung aus den neuen EU-Mitgliedstaaten begrenzt sei, weil sich die Einkommensunterschiede relativ schnell angleichen würden, hat sich in dieser Form nicht bewahrheitet. Insbesondere aus den neuen Mitgliedstaaten Bulgarien und Rumänien, aber auch aus Polen, haben beträchtliche Wanderungsbewegungen in andere EU-Mitgliedstaaten stattgefunden, die nach Ablauf einer Übergangsfrist wegen der gemeinschaftsrechtlich garantierten Freizügigkeit keinerlei Einschränkungen innerhalb der Europäischen Union unterliegen. Hinzukommt die besondere Situation der Türkei, die zwar auf Grund des Assoziationsabkommens der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft nicht an der Freizügigkeit von Arbeitnehmern teilnimmt; dennoch verfügen türkische Staatsangehörige auf Grund des Assoziationsrechts über einen privilegierten Status, der insbesondere in Deutschland bei der rechtlichen Ausgestaltung der Migrationspolitik von erheblicher Bedeutung ist, weil er keine zirkuläre Zuwanderung erlaubt.

2. Die EU-Migrationspolitik

Nachdem die Europäische Union mit dem Vertrag von Amsterdam weitreichende Befugnisse im Bereich Einreise und Aufenthaltsvoraussetzungen übertragen erhalten hat, ist im Jahr 2000 beschlossen worden, innerhalb der Europäischen Union das nationale Recht der Mitgliedstaaten über die Einreise und den Aufenthalt zum Zweck der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zu harmonisieren. Eine einheitliche Migrationspolitik der EU soll dazu beitragen, die Europäische Union zum „wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt zu machen“.² Die Harmonisierung des Migrationsrechts der EU-Mitgliedstaaten hat sich freilich als weitaus schwieriger herausgestellt, als dies die Europäische Kommission angenommen hatte. Zwar wird von allen Mitgliedstaaten anerkannt, dass einheitliche Grundsätze über die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen einen wesentlichen Bestandteil eines europäischen Binnenmarkts darstellen, in dem der freie Verkehr von Personen, Waren und Kapital gewährleistet ist. Zugleich hat sich aber gezeigt, dass die EU-Mitgliedstaaten nicht bereit sind, Entscheidungsrechte über Zuwanderung von Drittstaatsangehörigen in ihre Länder aufzugeben. Ein erster Kommissionsvorschlag über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer unselbstständigen oder selbstständigen Erwerbstätigkeit³, der eine umfassende Harmonisierung des Einreise- und Aufenthaltsrechts vorgeschlagen hatte, ist daher am Widerstand der EU-Mitgliedstaaten gescheitert.

Der danach verfolgte migrationspolitische Ansatz der Europäischen Union ist weit bescheidener. Zwar wurde ein Strategieplan der legalen Zuwanderung im Jahr 2005 verabschiedet,⁴ in dem die Kommission die Vorlage einer Hochqualifizierten-Richtlinie sowie weiterer sektoraler Richtlinien und

² Erwägungsgrund Nr. 3 der Richtlinie 2009/50/EG des Rates v. 25.5.2009 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung (Blue-Card-Richtlinie).

³ KOM (2001) 386 v. 11.7.2001.

⁴ Mitteilung der Kommission KOM (2005) 669 endg. v. 21.12.2005.

einer Rahmenrichtlinie über die einheitlichen Rechte von Arbeitnehmern angekündigt hat. Damit sollte dem Subsidiaritätsgrundsatz Rechnung getragen werden und sichergestellt werden, dass eine Harmonisierung des Migrationsrechts nur dort vorgenommen wird, wo auch tatsächlich ein Bedarf für einheitliche Regelungen auf EU-Ebene besteht.⁵

Im Zuge der Durchführung des Strategieplans sind bislang die sog. Blue-Card-Richtlinie 2009/50⁶ und die Sanktionsrichtlinie⁷ verabschiedet worden. Die Verabschiedung einer Rahmenrichtlinie, in der Drittstaatsangehörigen, die in einem EU-Mitgliedstaat arbeiten, im Wege der Gleichbehandlung die gleichen Rechte wie den eigenen Staatsangehörigen des jeweiligen Aufnahmemitgliedstaates gegeben werden sollen, steht bislang noch aus.⁸

Die Blue-Card-Richtlinie steht in einem Kontext zu einer Reihe anderer Richtlinien, die das Einwanderungsrecht der EU-Mitgliedstaaten mit allerdings z.T. weitgehenden Optionsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten vereinheitlicht haben. Auf dem Gebiet der Familienzusammenführung ist dies die Richtlinie 2003 über das Recht auf Familienzusammenführung.⁹ Darüber hinaus ist die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen, denen in einem EU-Mitgliedstaat auf Grund eines fünfjährigen rechtmäßigen Aufenthalts ein Aufenthaltsrecht gewährt worden ist, in der Richtlinie betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen¹⁰ geregelt. Für Forscher ist mit der „Forscherrichtlinie“¹¹ eine besondere Rechtsstellung für Drittstaatsangehörige geschaffen worden, die es ihnen ermöglicht, zum Zweck der Durchführung von Forschungsprojekten einen speziellen Aufenthaltstitel in der EU zu erhalten, vorausgesetzt, dass ein besonderer Vertrag mit einer Forschungseinrichtung über die Durchführung eines Forschungsprojektes geschlossen worden ist. Für Studenten hat die „Studentenrichtlinie“¹² eine Harmonisierung der Rechtsstellung von Studenten in Bezug auf die Voraussetzungen für die Gewährung eines Aufenthaltsrechts und die Ausübung studentischer Nebentätigkeiten geschaffen.

⁵ Vgl. dazu *Kuczyński/Solka*, Die Hochqualifizierten-Richtlinie, ZAR 2009, S. 219 f.

⁶ S.o. Fn. 2.

⁷ Richtlinie 2009/52/EG v. 18.6.2009 über Mindeststandards für Sanktionen und Maßnahmen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt beschäftigen.

⁸ Vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über ein einheitliches Antragsverfahren für eine kombinierte Erlaubnis für Drittstaatsangehörige zum Aufenthalt und zur Arbeit im Gebiet eines Mitgliedstaates und über ein gemeinsames Bündel von Rechten für Drittstaatsangehörige, die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten, KOM (2007) 638 endg. v. 23.10.2007.

⁹ Familiennachzugsrichtlinie 2003/86/EG v. 22.9.2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung.

¹⁰ Richtlinie 2003/109/EG v. 25.11.2003.

¹¹ Richtlinie 2005/71/EG v. 12.10.2005 über ein besonderes Zulassungsverfahren für Drittstaatsangehörige zum Zweck der wissenschaftlichen Forschung.

¹² Richtlinie 2004/114/EG v. 13.12.2004 über die Bedingungen für die Zulassung von Drittstaatsangehörigen zur Absolvierung eines Studiums oder zur Teilnahme an einem Schüleraustausch, einer unbezahlten Ausbildungsmaßnahme oder einem freiwilligen Dienst.

II. Die Blue-Card-Richtlinie

1. Grundsätze und Übersicht über die Kernpunkte der Richtlinie

Die Zielsetzung der Blue-Card-Richtlinie ist die erleichterte Zulassung und Mobilität von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung im internationalen Wettbewerb um Spitzenarbeitskräfte. Mit der Blue-Card sollen einheitliche Regelungen für eine Einreise und die Erteilung eines eigenständigen Aufenthaltsrechts in allen Mitgliedstaaten geschaffen werden. Der Status des Blue-Card-Inhabers, der auf Grund einheitlicher Voraussetzungen gewährt werden kann, soll daher zugleich für alle Mitgliedstaaten ersichtlich einen einheitlichen Bestand von Rechten gewährleisten. Zugleich haben sich die EU-Mitgliedstaaten ihre Souveränität bei der Entscheidung über Zulassung von Drittstaatsangehörigen vorbehalten. Auch die Erfüllung aller Voraussetzungen für die Gewährung einer EU-Blue-Card begründet kein individuelles Recht auf Zulassung. Im Übrigen bestätigt die Richtlinie ausdrücklich die Befugnis der einzelnen Mitgliedstaaten festzulegen, wie vielen Drittstaatsangehörigen eine Zulassung für eine Einreise in ihr Hoheitsgebiet zum Zweck der hochqualifizierten Beschäftigung erteilt wird. Dies erlaubt nicht nur allgemeine Quotenfestsetzungen, sondern auch Beschränkungen für einzelne Branchen oder Sektoren des Arbeitsmarktes. Im Übrigen ist ein wichtiger Bestandteil der Richtlinie, dass die Mitgliedstaaten frei bleiben, ihre eigenen nationalen Einwanderungsrechte für die Zuwanderung Hochqualifizierter einzuführen oder beizubehalten. Unabhängig von den Voraussetzungen, die nach der Blue-Card erforderlich sind, bleibt daher jeder Mitgliedstaat berechtigt, qualifizierten Arbeitnehmern ein befristetes oder unbefristetes Aufenthaltsrecht einzuräumen, das allerdings keinen Status eines Blue-Card-Inhabers verleiht.

Die Blue-Card ist auch kein garantiertes Einwanderungsrecht – etwa nach dem Vorbild der amerikanischen Green-Card –, das ein prinzipielles Daueraufenthaltsrecht mit der Perspektive einer Einbürgerung gewährleistet. Die Attraktivität der Blue-Card liegt lediglich in einem einheitlichen Bündel von Rechten in Bezug auf den Zugang zum Arbeitsmarkt, die Gleichbehandlung, den Familiennachzug und die intra-EU-Mobilität, die sich zum Teil deutlich von anderen Aufenthaltserlaubnissen für Arbeitskräfte aus Drittstaaten unterscheiden. Kernpunkte dieser Rechtsstellung sind:

- schrittweise Integration in den Arbeitsmarkt,
- Gleichbehandlung mit Staatsangehörigen bei Arbeitsbedingungen, der Anerkennung von Qualifikationen und bestimmten sozialen Leistungen,
- sofortige Zulassung des Familiennachzugs unabhängig von einer dauerhaften Bleibeperspektive, einer Mindestaufenthaltsdauer oder von vorherigen Integrationsvoraussetzungen, wie z.B. dem Nachweis ausreichender Sprachkenntnisse,
- Ermöglichung einer Weiterwanderung in andere EU-Mitgliedstaaten zum Zweck der Ausübung hochqualifizierter Tätigkeit nach 18

Monaten, wobei die Weiterwanderung von einer positiven Entscheidung des zweiten Mitgliedstaates abhängig ist,

- erleichterter Erwerb eines dauerhaften Aufenthaltsrechts in der EU auf Grund eines fünfjährigen rechtmäßigen Aufenthalts unter Zusammenrechnung der verschiedenen Zeiten, die ein Blue-Card-Inhaber in unterschiedlichen Mitgliedstaaten verbracht hat.

Während der Beratungen zur Blue-Card-Richtlinie ist die Frage des Brain-Drain aufgeworfen worden, der in den Erwägungsgründen der Richtlinie zu einem Appell an die Mitgliedstaaten geführt hat, keine hochqualifizierten Arbeitnehmer aus denjenigen Mitgliedstaaten anzuwerben, in denen ein Arbeitskräftemangel an hochqualifizierten Arbeitskräften herrscht. Dementsprechend sollen auch die Regelungen von Abkommen unberührt bleiben, die den Schutz der Arbeitskräfte in den Entwicklungsländern sicherstellen und gewährleisten, dass die Anwerbung von Arbeitskräften in Branchen, die unter Arbeitskräftemangel leiden, unter ethischen Gesichtspunkten erfolgt.

Bereits bei der Diskussion über die erste von der Kommission vorgelegte Richtlinie zur Arbeitskräftezuwanderung in die EU war ersichtlich geworden, dass die Mitgliedstaaten jede Regelung vermeiden wollten, die eine Einschränkung ihrer Kontroll- und Steuerungsbefugnisse im Bereich der allgemeinen Migrationspolitik im Hinblick auf die humanitäre Aufnahme von Drittstaatsangehörigen, Asylbewerbern und Personen, denen ein lediglich vorübergehendes Aufenthaltsrecht eingeräumt ist, bedeuten könnte. Deshalb wird die Richtlinie ausdrücklich für nichtanwendbar erklärt für Drittstaatsangehörige, denen zum Zweck vorübergehenden Schutzes oder als Flüchtlingen oder als Asylbewerbern ein Aufenthalt gewährt worden ist, oder die lediglich einen begrenzten Forschungsaufenthalt beantragt haben oder denen als Saisonarbeiter ein begrenztes Aufenthaltsrecht gewährt worden ist.

2. Die mit der Blue-Card verbundenen Rechte

An erster Stelle steht hier das Recht auf Zugang zum Arbeitsmarkt. Dies gilt in den ersten zwei Jahren der rechtmäßigen Beschäftigung, allerdings beschränkt auf die Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit bei einem bestimmten Arbeitgeber. Ein Wechsel der Branche oder des Arbeitgebers ist in diesem Zeitpunkt mit Genehmigung der zuständigen Behörden zulässig. Nach Ablauf des Zeitraums von zwei Jahren einer rechtmäßigen Beschäftigung kann, muss ein Mitgliedstaat aber nicht die betreffende Person eigenen Staatsangehörigen in Bezug auf die Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung gleichstellen. Folgt eine Gleichstellung, so entfallen sämtliche Beschränkungen in Bezug auf die Wahl des Arbeitsplatzes. Macht der Mitgliedstaat dagegen nicht von der Möglichkeit der Gleichstellung Gebrauch, so gilt zwar keine Genehmigungspflicht für einen Wechsel des Arbeitsplatzes, sondern nur noch eine Registrierungspflicht. Die EU-Mitgliedstaaten können aber nach ihrem nationalen Recht Zugangsbeschränkungen zu unselbstständigen Erwerbstätigkeiten, die nach dem

bestehenden nationalen oder Gemeinschaftsrecht eigenen Staatsangehörigen und Unionsbürgern vorbehalten sind, beibehalten.

Die Beschränkungen insbesondere beim Wechsel des Arbeitgebers sind nicht unbedenklich, zumal in der Europäischen Wanderarbeitnehmerkonvention, die zumindest für einige der Mitgliedstaaten verbindlich ist, derartige Beschränkungen nach Ablauf eines Jahres rechtmäßiger Beschäftigung nicht mehr zulässig sind.¹³ Ausdrücklich sieht die Richtlinie auch vor, dass die Mitgliedstaaten die Zugangsbeschränkungen, die nach bestehendem nationalem oder Gemeinschaftsrecht eigenen Staatsangehörigen und Unionsbürgern oder EWR-Bürgern vorbehalten sind, beibehalten können. Das bedeutet, dass auch nach Ablauf des Zwei-Jahres-Zeitraums kein unbeschränkter Zugang zum Arbeitsmarkt gewährleistet werden muss, sondern Beschränkungen beibehalten werden können. Dies erscheint schwerlich vereinbar mit der Idee eines privilegierten Status hochqualifizierter Arbeitnehmer.¹⁴ Ist ein hochqualifizierter Arbeitnehmer arbeitslos, so räumt ihm die Richtlinie einen Drei-Monats-Zeitraum zur Suche einer Anschlussbeschäftigung ein, ohne dass die Arbeitslosigkeit als Grund für den Entzug der Blue-Card herangezogen werden darf.

Die Blue Card gewährleistet eine Gleichbehandlung mit den eigenen Staatsangehörigen des betreffenden EU-Mitgliedstaates bei den Arbeitsbedingungen, bei der allgemeinen und beruflichen Bildung, bei Anerkennung von Diplom-Prüfungszeugnissen, bei Leistungen der sozialen Sicherheit sowie beim Zugang zu Waren- und Dienstleistungen einschließlich der Verfahren zur Erlangung von Wohnraum sowie der Informations- und Beratungsdienste der Arbeitsämter.

Heftig umstritten war die Gleichbehandlung bei sozialen Leistungen außerhalb der Sozialversicherungssysteme. Entgegen dem ursprünglichen Kommissionsvorschlag haben sich die Mitgliedstaaten auf eine Möglichkeit der Einschränkung der Gleichbehandlung bei Studien- und Unterhaltsbeihilfen und sonstigen Beihilfen und Darlehen für die berufliche Ausbildung und den Hochschulbereich sowie Verfahren zur Erlangung von Wohnraum geeinigt. Dahinter steht die Besorgnis der Mitgliedstaaten, durch eine weitgehende Gleichbehandlungsklausel beim Zugang zu sozialen Leistungen könnten die sozialen Systeme überlastet werden und den Mitgliedstaaten zu weitgehende Verpflichtungen beim Zugang zur allgemeinen und beruflichen Bildung auferlegt werden. Eine Ursache für die sehr zurückhaltende Regelung ist auch die sehr weitgehende Rechtsprechung des EuGH, die aus Nicht-Diskriminierungsklauseln von Assoziationsabkommen implizite Aufenthaltsrechte abgeleitet hat.¹⁵

¹³ Vgl. auch Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses v. 3.2.2009, ABl. EU C 27/108, Nr. 2009/C 27/23.

¹⁴ Für Deutschland bestehen nach zwei Jahren rechtmäßiger versicherungspflichtiger Beschäftigung keine Beschränkungen beim Arbeitsmarktzugang.

¹⁵ Vgl. EuGH v. 14.12.2006, ZAR 2007, 65 f., Gattoussi; vgl. *Kuczynski/Solka*, ZAR 2009, S. 227.

Der Familiennachzug wird im Vergleich zur Familiennachzugsrichtlinie 2003/86 in wesentlichen Punkten erleichtert. Unabhängig vom Bestehen eines dauerhaften Aufenthaltsrechts und einer Mindestaufenthaltsdauer kann der Blue-Card-Inhaber seine Familienangehörigen nachziehen lassen, auch wenn sie die sonst nach nationalem Recht vorgesehenen Integrationsvoraussetzungen wie z.B. Sprachkenntnisse nicht erfüllen. Familienangehörige erhalten ohne Wartefrist Zugang zum Arbeitsmarkt nach den gleichen Regeln, zu denen der Inhaber der Blue-Card berechtigt ist. Insoweit eine Vorrangprüfung erforderlich ist, gilt dies ebenso für Familienangehörige.

Für den Werbeeffect der Blue-Card von wesentlicher Bedeutung ist schließlich das mit der Blue-Card gewährte Recht zur Weiterwanderung zum Zweck der Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung in einem anderen Mitgliedstaat. Der Kommissionsvorschlag hatte noch eine Wartefrist von zwei Jahren vorgesehen, während die Richtlinie nunmehr das Weiterwanderungsrecht bereits nach 18 Monaten ermöglicht. Allerdings bedeutet das Mobilitätsrecht kein unbeschränktes Einreise- und Aufenthaltsrecht in der gesamten EU. Ein zweiter Mitgliedstaat ist grundsätzlich berechtigt, die gleichen Erteilungsvoraussetzungen anzuwenden, die bereits für die erstmalige Erteilung der Blue-Card gelten. Das bedeutet, dass die Steuerung des Zuzugs ein Recht des zweiten Mitgliedstaates bleibt, der grundsätzlich wie der erste Mitgliedstaat die Zuwanderung von einer Arbeitsmarktprüfung abhängig machen kann. Eine Erleichterung ist lediglich insoweit gegeben, als bei der Weiterwanderung von der ansonsten geltenden Mindestschwelle der Richtlinie nach unten abgewichen werden kann. Die Richtlinie enthält eine ganze Reihe von Verfahrensvorschriften, die vom Grundsatz ausgehen, dass, solange keine Gestattung der Erweiterung der Weiterwanderung erfolgt ist, der erste Mitgliedstaat zur Rückübernahme des Drittstaatsangehörigen verpflichtet ist. Auch die Familienangehörigen sind selbstverständlich berechtigt, den Blue-Card-Inhaber zu begleiten.

Eine Privilegierung enthält die Richtlinie schließlich für den Erwerb der langfristigen Aufenthaltsberechtigung nach der Richtlinie über langfristig aufenthaltsberechtigte Drittstaatsangehörige, die ein gesichertes Aufenthaltsrecht vorsieht, wenn sich ein Drittstaatsangehöriger fünf Jahre lang ununterbrochen in einem Mitgliedstaat aufgehalten hat. Abweichend von den Erfordernissen dieser Richtlinie können die verschiedenen Aufenthaltszeiten kumuliert werden. Erforderlich ist lediglich, dass sich der Blue-Card-Inhaber unmittelbar vor Einreichung des Antrags zwei Jahre rechtmäßig in dem Mitgliedstaat der Antragstellung aufgehalten hat. Es bleibt dem nationalen Recht überlassen, ob diese Regelung auch auf Familienangehörige Anwendung findet. Hat ein Blue-Card-Inhaber auf diese Weise insgesamt fünf Jahre rechtmäßig in der EU verbracht, erhält er einen besonderen Aufenthaltstitel, der den Vermerk „langfristig aufenthaltsberechtigter Drittstaatsangehöriger“ und EU-Blue-Card gekennzeichnet ist. Der Erwerb dieser Rechtsstellung gibt auch die Möglichkeit, bis zu einem Zeitraum von zwei Jahren das Gemeinschaftsgebiet zu verlassen, ohne dass die Rechtsstellung verloren geht.

III. Voraussetzungen für den Erwerb der Rechtsstellung als Blue-Card-Inhaber

Für die Zulassungsvoraussetzungen gelten nach der Richtlinie zunächst die allgemeinen ausländerrechtlichen Voraussetzungen, wie sie sich in allen Richtlinien finden, wie z.B. die Vorlage eines gültigen Reisedokuments, der Nachweis ausreichenden Krankenversicherungsschutzes, das Nichtbestehen einer Gefährdung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit. Kein Erfordernis ist ein Nachweis ausreichender Mittel zum Lebensunterhalt, da die Richtlinie grundsätzlich wegen des Mindestgehaltserfordernisses von der Gewährleistung ausreichender Mittel zum Lebensunterhalt ausgeht.

Heftig umstritten war, anhand welcher Kriterien der Begriff des Hochqualifizierten zu ermitteln ist. Die Blue Card Richtlinie verlangt zum Einen ein bestimmtes Qualifikationsniveau im Hinblick entweder auf Ausbildung oder berufliche Tätigkeit sowie ein Gehaltsniveau. Für die lange Zeit sehr umstrittene Gehaltsschwelle hat man sich letztendlich auf das anderthalbfache des durchschnittlichen Bruttojahresgehalts in dem betreffenden Mitgliedstaat geeinigt. Abweichungen sind nur zulässig für eine Beschäftigung in Berufen, in denen ein besonderer Bedarf an Drittstaatsangehörigen besteht. Die Mitgliedstaaten können im Übrigen nach oben abweichen und deshalb auch höhere Gehaltsschwellen festlegen. Der von der Kommission vorgeschlagene Maßstab eines dreifachen Mindestlohns konnte sich dagegen nicht durchsetzen.¹⁶ Problematisch ist die Regelung insofern, als für Berufsanfänger keine besondere Regelung getroffen worden ist, obwohl diese möglicherweise eine Gehaltsschwelle von 1,5 des durchschnittlichen Bruttogehalts nicht erfüllen.

Genauso heftig umstritten wie die Frage des Gehaltsniveaus war die Definition der erforderlichen Qualifikation. Erforderlich ist ein höherer beruflicher Bildungsabschluss, d.h. in der Regel ein Hochschulabschluss. Abweichend davon kann aber auch eine fünfjährige einschlägige Berufserfahrung als ausreichend angesehen werden, deren Niveau mit einem Hochschulabschluss vergleichbar ist, sofern eine solche Qualifikation für die im Arbeitsvertrag definierte Beschäftigung oder betreffende Branche erforderlich ist. Zusätzlich muss ein gültiger Arbeitsvertrag oder zumindest ein verbindliches Arbeitsplatzangebot für die hochqualifizierte Beschäftigung für mindestens ein Jahr nachgewiesen werden.

Sind alle diese Voraussetzungen erfüllt, so können die Mitgliedstaaten eine Prüfung durchführen, ob die betreffende freie Stelle nicht mit Arbeitskräften des eigenen Landes oder der Europäischen Union, mit Drittstaatsangehörigen, die ihren rechtmäßigen Wohnsitz im Mitgliedstaat haben und dessen regulärem Arbeitsmarkt bereits angehören, oder mit in der EU langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen besetzt werden kann. Es kann also eine sogenannte Bedarfsprüfung stattfinden, wie sie

¹⁶ Vgl. *Kuczynski/Solka*, a.a.O., S. 224.

üblicherweise in den nationalen Rechten der EU-Mitgliedstaaten für die Zulassung von Drittstaatsangehörigen zum Arbeitsmarkt vorgesehen ist.

Strittig ist, ob nicht sogar auf Grund vorrangigen Gemeinschaftsrechts eine Verpflichtung besteht, mit Präferenz Angehörige anderer Mitgliedstaaten zum Arbeitsmarkt zuzulassen. Eine derartige Gemeinschaftspräferenz ist jedenfalls in den Beitrittsverträgen – ungeachtet des Übergangsregimes, das die Freizügigkeit der Arbeitnehmer aus den neuen Mitgliedstaaten beschränkt – für Staatsangehörige der neuen Mitgliedstaaten zwingend vorgesehen. Erwägungsgrund Nr. 15 der Richtlinie nennt dementsprechend den Grundsatz der Gemeinschaftspräferenz im Zusammenhang mit der Einschränkung der beruflichen und räumlichen Mobilität hochqualifizierter Arbeitskräfte in den ersten zwei Jahren ihrer Beschäftigung in einem Mitgliedstaat. Auf der anderen Seite hat die Blue-Card-Richtlinie die Gemeinschaftspräferenz bei der Erstzulassung zum Arbeitsmarkt ausdrücklich als Option der Mitgliedstaaten ausgestaltet. Das bedeutet, dass die Mitgliedstaaten auch Einschränkungen der Bedarfsprüfung für bestimmte Branchen oder einzelne Stellen vorsehen können.

IV. Schlussbemerkungen

Ob die Blue-Card-Richtlinie das Ziel, eine flexible nachfrageorientierte Einreiseregulierung zu schaffen, mit der die Arbeitsmarkteffizienz erhöht werden kann, der Fachkräftemangel verhindert und regionale Unterschiede ausgeglichen werden können¹⁷, erscheint zumindest zweifelhaft. Die Blue-Card-Richtlinie, die nach dem zur Zeit der Verabschiedung geltenden EU-Recht noch einstimmig verabschiedet werden musste, geht kaum über das hinaus, was nach dem nationalen Recht der einzelnen Mitgliedstaaten ohnedies bisher schon möglich war. Der mögliche Mehrwert besteht in dem mit der Blue-Card garantierten einheitlichen Rechtsstatus in allen Mitgliedstaaten und der damit verbundenen – wenn auch nicht unbeschränkten – Mobilität innerhalb der Europäischen Union. Echte Attraktivität wird die Blue-Card nur dann gewinnen können, wenn die Mitgliedstaaten sich dazu durchringen können, vom Grundsatz der Bedarfsprüfung Ausnahmen zuzulassen und dem System der freien Wahl des Arbeitsplatzes innerhalb des europäischen Arbeitsmarktes stärkere Geltung zu verschaffen.

Die Zeichen weisen freilich in eine andere Richtung. Die wirtschaftliche Krise und damit die Arbeitslosigkeit hat mittlerweile auch eine Reihe von Berufszweigen, in denen qualifizierte Fachkräfte beschäftigt sind, erfasst. Die sozialstaatliche Verantwortung des Staates hat plötzlich wieder Dimensionen erreicht, die man bereits für überwunden glaubte. Gerade weil die Handlungsspielräume der EU-Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Erweiterung der Europäischen Union und die damit verbundene größere Freizügigkeit geringer geworden sind, wird die Tendenz, die Zulassung Drittstaatsangehöriger unter Kontrolle zu halten, stärker. Ob sich diese Tendenzen letztlich durchsetzen werden, lässt sich derzeit noch nicht voraussagen. Viel

¹⁷ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 10 und Nr. 15.

wird davon abhängen, wie die Mitgliedstaaten die in der Blue-Card-Richtlinie vorgesehenen Instrumente nutzen werden.

Globalization and the Change of Migration-Related Laws in Korea: Focusing on the Change of Marriage Migration-Related Laws¹

Young-Hee Shim, Seoul

Abstract

In this paper I tried to review the change of marriage migration-related laws and find out the characteristics and meanings of the changes. I also tried to analyze the social context of these changes and suggest the relationship between the law and society. As objects of analysis I chose Nationality Act, Act on the Regulation of Marriage Brokerage Agencies, Multicultural Family Support Act, and Government Instructions on Social Integration Program.

The changes were characterized as 1) changes from laissez faire to more regulations, 2) changes from denationalization of reproduction to re-nationalization of reproduction, and 3) changes from pure blood ideology to multiculturalism and social integration,.

When seen from a macroscopic perspective, most of these changes turned out to be the government's response to risks of the first modernity, that is, side-effects of rapid industrialization and urbanization, on the one hand, and risks of the second modernity, that is, globalization and individualization, on the other. However, when seen from a more microscopic perspective, there were government's role and initiative in making these multicultural policies.

In this sense it can be concluded that the relationship between the law and society, as far as the marriage migration-related laws are concerned, seems to be one of interrelationship between law and society, showing "society first, and law follows" relationship on the one hand, and the government taking an initiative relationship on the other.

Key words: marriage migration, migration-related laws, Nationality Act, Act on the Regulation of Marriage Brokerage Agencies, Multicultural Family Support Act, Government Instructions on Social Integration Program

¹ This article was previously at the Journal of Korean Law, Vol. 9, No. 2 (2010), pp 201-223. Reprinted with the permission of the Journal of Korean Law.

I. Introduction

This paper is aimed to review the changes of migration-related laws in Korea, particularly, marriage-migration-related laws and through this to examine the emergence of social integration policy for marriage migrants in Korea from a globalization perspective. As a result I hope I can suggest the relationship between the society and law.

The reason I chose the marriage migration-related laws is because marriage migration in Korea is increasing recently and can be considered as good recent examples showing the relationship between the society and law in the context of globalization. I also chose the topic because the Korean government's policy for social integration is specifically targeted for marriage migrants.

The research questions are as follows: First, how did the marriage migration-law change in Korea? I will focus on some of the marriage migration-related laws and review their changes. Second, what is the characteristics and meaning of these changes? Third, why did the marriage migration-laws change as it did? What is the social context of these changes? Fourth, what is the relationship between the law and society? Does the society changes first, and the legal change follows to fill the gap, or, do the laws change first to lead the social changes?

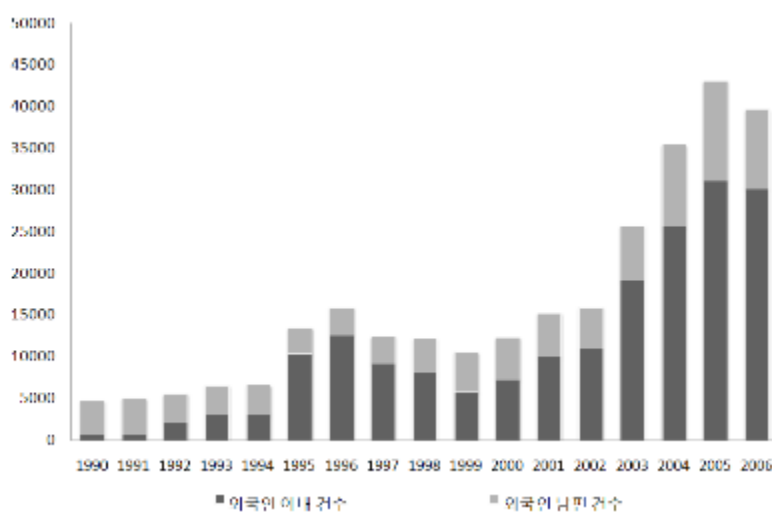
II. Background²

According to statistics, transnational marriages are steadily increasing in Korea since the 1990's and began to rapidly increase since 2003 (figure 1). Thus the proportion of the international marriages was only 1.2% in 1990, but reached 13.6% in 2005, and 11.9% in 2006. Foreigners who reside in Korea are more than one million since 2007³. Among these marriage migrants constitute 10.4% (110,362).

² This section is based on Young-Hee Shim *Transnational Marriages in Korea: Trends, Issues, and Adaptation Process*, GENDER and SOCIETY, vol. 7, no. 2, 45-90, 2008; Young-Hee Shim, et. al. *Adaptation of the Women Marriage Migrants and Support Measures: focusing on Filipino and Vietnamese Migrant Women*, A Research Report, Hanyang Institute for Women. Hanyang University and Korea Foundation for Women. (in Korean), 2007; Young-Hee Shim, et al. *Adaptation Process and Emergence of Transnational Identity among Women Marriage Migrants*, A Research Report, Korean Foundation for Women. (in Korean), 2008; Sang-Jin Han and Young-Hee Shim eds. *World at Risk and the Future of the Family*, Seoul: Saemulgyol. (Korean), 2010.

³ The number of foreigners in Korea by the end of 2007 amounted to 1,066,273, which takes 2.2% of the total population. Among these overseas Koreans visiting or working in Korea constitute 21.9% (233,699), less skilled workers 15.9% (169,988), marriage migrants 10.4% (110,362), students 5.8% (61,836), professional workers 2.7% (29,081), permanent residents 1.54 (10,460), and investors 0.76 (8,109) (Ki-Ha Kim *Role of Law for Social Integration: Policy for Foreigners Staying in Korea*, JUSTICE 106, pp. 218-237. (published in Korean), 2008.)

Figure 1. International Marriages, 1990-2006



of foreign wives, # of foreign husbands

Particularly, the marriages between Korean men and foreign women are rapidly increasing. In the early 1990's most of the international marriages were between Korean women and foreign men. However, since the mid-1990's this began to rapidly change. The proportion of international marriages between Korean men and foreign wives were 46% of all the international marriages in 1994, increased to 77% in 1995, decreased during 1998-2000, and increased again since then and still keep the trend as the main stream in international marriages.⁴

Also the nationality of the foreign wives is changing and getting more diverse. Since there increased many bachelors in the rural areas who could not find their spouses in Korea, the marriage of the bachelors in the rural areas became a serious social problem. Thus local governments, religious groups, and marriage mediating agencies began to arrange international marriages for them.

In the 1990s most of the foreign brides came from Yanbian area in China. This was mostly because they share the same ancestors with Koreans and can speak Korean. Some local governments made effort to matchmake the bachelors of the rural areas through agreements with the Chinese local government or civilians.⁵ The proportion of the Chinese wives has been the most among the foreign wives, even though decreasing recently, 70% in 2001, 66.2% in 2005, and 48.4% in 2006. Also during this period international marriages between Korean men and the Filipino women also increased through the promotion by the Unification Church, even though decreasing in proportion, from 7.9% in 2002 to 3.8% in 2006. These decreases have something to do with the diversification of the nationality of foreign wives⁶.

⁴ Young-Hee Shim, 2008, *op. cit.*

⁵ Hyekyung Lee, *Problems of Marriage Migration and Marriage Migrant Families*, KOREAN DEMOGRAPHY, vol 28, no 1, 2005

⁶ Young-Hee Shim, 2008, *op. cit.*

Since 2000 the nationality of the foreign wives became more diverse and expanded to Vietnam, Thailand, Mongol, Uzbekistan, etc. The rapid increase of Vietnamese wives occurred in the context of this diversification trend. Proportion of Vietnamese wives was only 1.3% in 2001, but rapidly increased to 9.6% in 2004, 18.7% in 2005, and 33.5% in 2006. This is the second most proportion next to Chinese wives (48.4%).⁷

This diversification trend probably has something to do with the revision of “the Act on the Regulation of Marriage Brokerage Agencies.” As the establishment of marriage brokerage agencies became easy as a free enterprise, they rapidly increased in number, and so did the nationality of the foreign wives.

III. The Change of Marriage Migration-Related Laws

1. The Position of Marriage Migration-Related Laws among the Migration-Related Laws

Let me first explain what is “the migration-related laws” and what do they include. They refer to the laws about the foreigners in Korea and they include all aspects of foreigners’ life in Korea such as entry and exit control, stay, work, and residence, legal status, citizenship, and nationality. And some of these laws are targeted toward foreigners in general and others are more specifically targeted toward different groups of foreigners such as foreign workers, marriage migrants, overseas Korean, etc. More specifically, they can be grouped into the following three categories: foreign workers-related laws, marriage-migrants-related laws, and overseas Koreans-related laws.

Included in the foreign workers-related laws and policies are Industrial Technical Training Program (ITTP) (1991), Industrial Training Program (ITP) (1993), Work After Training Program (WATP) (1998), Employment Permit Program (EPP) (2003), and Act on Foreign Workers’ Employment (2003). Included in the marriage migrants-related laws and policies are revision of Nationality Act (1997), Family Rite Act regarding marriage brokerage (1999), Act on the Regulation of Marriage Brokerage Agencies (2007), Basic Act on the Treatment of Foreigners in Korea (2007), Multicultural Family Support Act (2008), and Government Instructions on Social Integration Program Courses (2008). Included in the overseas Koreans-related laws are Act on the Entry and Exit and Legal Status of Overseas Koreans (1999), Revision of Act on the Entry and Exit and Legal Status of Overseas Koreans (2004, 2008). (cf. table 1)

Among these I will focus on the marriage-migrants-related laws. The reason I focus on these laws is because they comprise more laws than the other two groups, and also because they are the main target of government policy among the foreigners, and also because they are the main target of multicultural and social integration policy.

⁷ *ibid.* There is a tendency that women of certain countries are favored, and this is for their skin color or for their attitude.

<Table 1> Change of Migration-Related Laws in Korea

	Foreign workers-related policies and laws	Marriage migrants-related policies and laws	Overseas Koreans-related policies and laws
1990's	ITTP (1991) ITP (1993) WATP (1998)	Revision of Nationality Act (1997) Marriage Brokerage as a Free Enterprise under new Family Rite Act (1999)	Act on the Entry and Exit and Legal Status of Overseas Koreans (1999)
2000's	EPP(2003) Act on Foreign Workers' Employment (2003)	Act on the Regulation of Marriage Brokerage Agencies (2007) Basic Act on the Treatment of Foreigners in Korea (2007) Multicultural Family Support Act (2008) Government Instructions on Social Integration Program Courses (2008)	Revision of Act on the Entry and Exit and Legal Status of Overseas Koreans (2004, 2008)

Notes: ITTP: Industrial Technical Training Program

ITP: Industrial Training Program

WATP: Work After Training Program

EPP: Employment Permit Program

2. Emergence of New Migration-Related Laws

The Korean government policy for marriage migrants started as a response to the “risks” or social problems which emerged as side-effects of the first modernity⁸. With the government-initiated rush-to industrialization and rapid urbanization, there arose such problems as uneven sex ratio, and problem of “unmarriageable rural bachelors” in rural areas. Besides, the government of the sending countries used policies encouraging export of women labor including international marriage⁹.

With the rise of the problem of the “unmarriageable rural bachelors” some local Korean governments tried to resolve the lack of brides by recruiting them from abroad. Thus they began to arrange transnational marriages for such people. Some local governments made effort to matchmake the bachelors of the rural areas through agreements with the

⁸ Young-Hee Shim and Sang-Jin Han. *Family-Oriented Individualization' and Second Modernity: An Analysis of Transnational Marriages in Korea*, SOZIALE WELT, vol. 61, 2010 forthcoming.

⁹ *Ibid.*

Chinese local government or civilians¹⁰.

Korean government also planned policy and legislated and/or revised the migration-related laws to support the marriage migrants to stay, work, and live in Korea. At first it allowed women marriage migrants who got married with a Korean to get a nationality just with the marriage. However, in 1997 it revised the Nationality Act so that a marriage migrant who got married with a Korean can get a Korean nationality after two years' residence in Korea after the marriage and with the permission of naturalization by the Minister of Justice.

Immigration Control Act was revised to support the marriage migrants to stay, work, and live in Korea. Thus a marriage migrant who gets married with a Korean is issued with a "national's spouse" visa (F-2-1) and usually given one year of stay. Those who have F-2-1 visa can get employment freely for all kinds of jobs regardless of professional or non-professional jobs with the "Stay and Activity Permit" from the Ministry of Justice. When the period is over, marriage migrants should go to the district immigration office of the residence with the spouse, and have to apply for the extension of the stay.¹¹

Also marriage migrants who are not yet naturalized could become a beneficiary of the four insurance, i.e., national pension plan, national health insurance, unemployment insurance, and industrial accident insurance. The conditions are different according to which country they are from.¹²

Besides the above mentioned, the Korean government established a Committee for Comprehensive Policy for Multicultural Family in 2005, and further legislated and revised related laws. Act on the Regulation of Marriage Brokerage was legislated in 2007. Basic Act on the Treatment of Foreigners in Korea was also legislated in 2007. Multicultural Family Support Act was legislated in 2008, and with that many multicultural family support Centers were established to support the transnational marriage families. And Government Instruction on Social Integration Program was operated since 2008.¹³

In the following I will discuss some of the marriage migration-related laws one by one.

3. Nationality Act before and after 1997 Revision

a) The Nationality Act before 1997 Revision

The Nationality Act was legislated in 1948 and was kept with minor revisions in 1962, 1963, and 1976. It went through significant changes in 1997. Among the revisions those related with women migrants are two things: first, the gender equality in nationality act; second, abolition of preferential treatment in the acquisition of nationality through marriage.

¹⁰ Hyekyung Lee, 2005, *op. cit.*

¹¹ Dong-Hoon Seol, et al., *A Research on the Conditions of Women Marriage Migrants in Korea and Measures for Health and Welfare Support*, A RESEARCH REPORT, Ministry of Health and Welfare, 2005

¹² *Ibid.*

¹³ Young-Hee Shim and Sang-Jin Han. 2010, *op. cit.*

First, the nationality act before 1997 revision was discriminatory in terms of gender. It was patrilineal and husband-centered in principle and discriminated against women in the acquisition of nationality by birth or marriage¹⁴. For example, when one is born, the criterion to acquire Korean nationality depended on whether his/her father has Korean nationality or not, not his/her mother's nationality (article 2). Also when a Korean man gets married with a foreign woman, the foreign woman could acquire Korean nationality automatically with marriage (article 6). However, it is not so when a Korean woman gets married with a foreign man. The foreign husband had to wait for three years to get permission.

Thus the nationality act before 1997 revision was criticized for being discriminatory in terms of gender. In this regard Korea reserved the optional protocol 9 of the Convention for the Elimination of All Discriminations against Women (CEDAW) until then. However, it collided with the article on the rights to equality in the article 11 of the Korean Constitution and in the article 3 of the International Covenant on Civil and Political Rights (equal rights of men and women).

Second, compared with the migrant workers, this automatic acquisition of nationality for foreign brides certainly is a preferential treatment. Government policy is open to marriage migration, but closed to labor migration. Migrant workers have enormous limitations in their stay: they could stay in Korea only for a limited period of time and if they change the workplace, their stay becomes illegal. However, toward the women marriage migrants, the government is very open and special. It even tries to overcome strong ideology of one nation, one pure blood

Why is this so? Considering the issue of "rural bachelors" and "low-fertility crisis" this is understandable. It is because they do the reproductive works which Korean women do not want to do. The women marriage migrants are considered as the "daughter-in-laws" who will succeed the family line by giving birth to babies, and thus next generation Koreans. They also take care of the parents-in-law which the Korean welfare system cannot yet deal with. Toward them the government used open, de-nationalization policy for reproduction. :

b) The Nationality Act after 1997 Revision

As discussed above, the nationality act before 1997 revision was criticized for being discriminatory in terms of gender. And the Nationality Act was revised in 1997. In acquisition of nationality by marriage, both the foreign wife and foreign husband, regardless of gender, could get Korean nationality with an approval of naturalization by the Minister of Justice which requires at least two years' married life and residence in Korea or at least three years' marriage and one year's residence in Korea (article 6).

This is a change toward gender equality, on the surface. However, the reality is that it was designed to bar the "disguised marriages" in international marriages which were a social issue in the late 1990's. For

¹⁴ Dong-Hyun Seok, *Revision of Nationality Act*, SEOUL INTERNATIONAL LAW RESEARCH, vol. 4, no. 2.(in Korean), 1997

example, many Korean Chinese women wanted to migrate to Korea. However, labor migration is very difficult and many choose marriage migration. In the late 1990's some of the Korean Chinese brides disappeared as soon as they got married and got the citizenship, and they were blamed for sham marriages. This means that they got married for another reason. Since Korean Chinese can speak Korean well, they can get jobs easily in service sectors. Thus the law was revised to prevent the sham marriages.

When we consider the fact that international marriages between Korean men and foreign wives were the dominant trend, and most of the so called "disguised marriages" were between Korean men and Korean Chinese women, it was to bar these Korean Chinese women to come to Korea with other purposes. This shows reinforcement of international marriage and re-nationalization of politics.

4. Act on Regulations of the Marriage Brokerage Agencies

a) Marriage Brokerage As a Free Enterprise (1999)

The government policies friendly to international marriage provide a good environment for international marriage brokerage agencies. Some local government directly arranged international marriages, but there were limitations. Thus international marriage brokerage agencies began to flourish. Usually international marriage brokerage agencies introduce the brides and bridegrooms of Korea and sending out countries, arrange meetings, and carry out documents processing for them. More specifically, Korean-side brokers take Korean men to a prearranged overseas site where potential brides gather, and altogether it takes only a week or so for a man to pick the bride and have a simple wedding ceremony. Then the man comes back to Korea alone and applies for a foreign spouse visa on behalf of his wife¹⁵. Brokerage advertisements are seen everywhere in Korea, in street placards, brochures, and newspapers. Many of international marriage migrations are realized through the intervention of marriage brokerage agencies.

Until 1998 the international marriage brokerage agencies were regulated by the old Family Rite Act which was legislated in 1969. But it was abolished in 1998 and a new Family Rite Act was enacted from 1999. That is, such agencies could be established as a free enterprise with almost no regulation according to the new Family Rite Act. This means that such agencies became a free business without any sanction since 1999¹⁶. As a result the number of such agencies increased and the size of international marriages did so as well.

However, some marriage brokerage agencies used illegal means such as providing false information, forging documents, bribing the officials,

¹⁵ Dong-Hoon Seol, *Migrants' Citizenship in Korea: With Focus on Migrant Workers and Marriage-Based Immigrants*, Paper presented at *The International Conference on Human Rights of Migrants and Multicultural Society*, National Human Rights Commission of Korea, Seoul, November 10-12, 2008.

¹⁶ *Ibid.*

etc.¹⁷. This is so because international marriage brokerage is a highly profitable business. Many get married through marriage brokerage agencies and they have to pay a big money for the arrangement. Thus later the marriage brokerage agencies working for profits underwent changes toward more regulations (2007).

b) The Legislation of International Marriage Brokerage Act (2007)

As mentioned above, there arose many serious problems among some marriage brokerage agencies. They used illegal means such as providing false information, forging documents, bribing the officials, etc.¹⁸. Also they used exaggerated advertisement, and showed many problems in introduction meetings for arranged marriages, in some cases reaching human rights violations. Thus criticisms against marriage brokerage agencies soared among women movement organizations in Korea. Thus the government legislated the law for regulations.

The Act on Regulations of the international marriage brokerage was legislated in 2007 and activated in June 2008. In February 2005, Congressman Kim Chun-jin initiated the law as an effort to deal with "the increasing abuses and exploitations caused by disguised marriages, scam marriages, and false information as the result of increasing international marriages," and the law was passed¹⁹.

The backbone of the newly legislated law is that brokerage agencies should report (article 3), register (article 4) and abide by local laws (article 5 to 14), no fake or bluffed information about marriage can be advertised, and the brokerage is responsible for compensatory payment, etc. As a result of the law, once common advertisements like "Vietnamese women never run away" can no longer be seen on the street of Korea. Thus there increased more regulations. In addition, the establishment of the marriage brokerage agencies changed from a free enterprise system with no regulation to registration system: before they can just establish a marriage brokerage agency freely, now they have to register and must meet the conditions and regulations.

The new law was a needed one, on the one hand. However, there are some criticisms on it. The law is criticized as problematic because it stresses the "consumer rights" of Korean men instead of protecting migrant women from false information and preventing breakdowns in marriages. For example, according to Article 55 of the Basic Consumer Law, 'the consumer can be given prompt relief according to the Consumer Law when harmed in the course of using the products or services of providers.' Here, the 'consumer' is considered the Korean who wishes to marry, and the 'provider' the broker, and the 'products or services' the migrant woman. If the migrant woman divorces the spouse and leaves home, it is considered as "damage to

¹⁷ Dong-Hoon Seol, et al., 2005, *op. cit.*

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Hyun-Mee Kim, *Integration for Whom?: Marriage Migrant Women Policies in Korea and Patriarchal Imagination*, Paper presented at *The International Conference on Human Rights of Migrants and Multicultural Society*, National Human Rights Commission of Korea, Seoul, November 10-12, 2008,.

a consumer”²⁰. Thus it involves commercialization of migrant women, which is a violation of human rights.

With these criticisms the marriage brokerage law was revised in May, 2010. The revision included the following among others: the contract was extended from a written one to electronic one (article 10), and the brokerage agencies should provide personal information such as the past marriage record, health status, occupation, criminal record such as sexual violence and domestic violence, to the user and the counterpart of the brokerage (article 10-2), and also should provide translation and interpretation service for smooth communication (article 10-3). And if they violate these, they can be ordered to stop operation or their license can be revoked. The revision certainly included more regulations

5. Basic Act on the Treatment of the Foreigners in Korea (2007)

The Basic Act on the Treatment of Foreigners in Korea (Basic Act hereafter), which was legislated in 2007, was intended to provide basic principles and a comprehensive system of policy for “social integration” of foreigners in Korea²¹. The objective of the Basic Act is “to help foreigners in Korea to adapt to Korean society and use the individual’s ability fully, and make Koreans and foreigners in Korea understand and respect each other and contribute to the development and social integration of Korea.” (article 1)

An important content of the Basic Act was to establish basic plans for foreigners in Korea. According to the Basic Act, the Minister of Justice, in consultation with the Chief of the Government Administration, should establish basic plans for foreigners in Korea every five years (chapter 2, article 5).

Other important content is about the treatment of foreigners in Korea (chapter 3). It includes: 1) protection of human rights of foreigners in Korea (article 10), 2) support of social adaptation of foreigners in Korea (article 11), 3) support of marriage migrants and their children (article 12), 4) treatment of permanent residents (article 13), refugees (article 14), and professional foreigners (article 16), etc.

Still other content is about the making of the atmosphere of living together for Koreans and foreigners in Korea (chapter 4). It includes promoting understanding of multiculturalism (article 18), designating May 20th as a day of cosmopolitan, and the following week as a week of cosmopolitan (article 19).

The Basic Act is significant in that it is the first law declaring the social integration of multicultural families. However, as a Basic Act, it has a limitation. It does not go beyond a declaration. It does not have specific content.

In addition, the Basic Act is supposed to be a comprehensive law for foreigners in Korea. As its objects, it includes not only marriage migrants,

²⁰ *ibid.*

²¹ Ki-Ha Kim, 2008, *op. cit.*

but also permanent residents, refugees, professional foreigners, etc. However, in reality, it was focused on marriage migrants. That is, the social integration is very limited in its scope

6. Multicultural Family Support Law (2008)

The Multicultural Family Support Law, which came into effect in September 2008, aims at providing broad social service to migrant women and their children, to realize the principles declared in the Basic Act. It includes 1) raising social awareness of multicultural issues (article 5), 2) support and orientation for newly arrived foreign wives (article 6), 3) support for equal family relationship (article 7), 4) support for victims of domestic violence (article 8), 5) support for pre- and post-natal health care (article 9), 6) support for children of international marriages in schools (article 10), 7) providing multi-language service to foreign wives (article 11), and 8) establishing multicultural family support centers (article 12), etc..

Social support for migrant women is conceptualized as life-cycle services.²² Women are thought to go through life-cycle 1: early years of migration, family forming stage, life-cycle 2: pregnancy, birth stage, life-cycle 3: child-raising stage, life-cycle 4: entering labor market stage. The women are provided service according to each life cycle²².

This act, which is based on the life-scripts of Korean middle class women, is being advertised as systematic state support of migrant women, but it supposes that all marriage migrant women live the kind of life 'expected from the society.' Migrant women, regardless of their career goals, educational background, or work experience, are regarded as going through the same life cycle as the Korean family early upon their arrival at Korea or are equalized as unsophisticated entities²³.

However, this law can be considered problematic and unrealistic in conceptualizing women marriage migrants as undergoing the same life-cycle. In reality, many migrant women are remarried, and there are also many women who do not have children because of their husband's children. Some enter the labor market earlier because of their economic situations. More than other, women experience stages simultaneously, not independently.

Such an unrealistic conceptualization of migrant women and their life-cycle can even justify discrimination against those who don't fit into the norm. One example is delaying the granting of citizenship in cases of childless migrant women because they 'have not been thoroughly adjusted yet'. If migrant women delay the birth of children, (even though many migrant women decide to have children after their family reaches a certain degree of economic stability,) they are accused of 'disguised marriages'²⁴.

²² Nansook Park, *Experience of Migration and Multicultural Policy in Korea*, Paper presented at *The International Conference on Human Rights of Migrants and Multicultural Society*, National Human Rights Commission of Korea, Seoul, November 10-12, 2008 (in Korean).

²³ Hyun-Mee Kim, 2008, *op. cit.*

²⁴ *Ibid.*

7. Government Instruction on Social Integration Program Courses (2008, 2009)

The Government Instruction on Social Integration Program Courses was issued in 2008, hotly debated, and was revised the third time in 2009.²⁵

The Social Integration Program consists of certain Korean language courses and "Understanding Korean Society" courses. The main target of the program is marriage migrant women. They have to take 220 hours of classes if they are novices.²⁶ Once this program is completed, they can earn a citizenship without citizenship acquisition test, since it proves the women migrants are "well grounded" as potentially good Korean citizens.

Thus it is linked with acquisition of nationality. It exempts migrants who wish to settle in Korea from the citizenship acquisition test when s/he finishes certain Korean language courses or "Understanding Korean Society" authorized by the Minister of Justice. Before, it was not required for the marriage migrants to take the social integration courses. The Ministry of Justice says the program is intended to prevent "the increasing maladjustments of marriage migrants and naturalized citizens" and "social costs that might be caused if migrants and their offspring become socially and economically vulnerable when cut off from education and job opportunities."

Even though there are opinions that the Government Instruction on Social Integration Program Courses will actually have a positive effect over marriage migrant women, there also are criticisms on this program. Among these I will discuss two. The first is that the social integration program is criticized for not being a policy based on multiculturalism respecting other cultures, but making of a Korean based on assimilation. The second is that the mandatory taking of 220 hours of classes is unrealistic.

First, many claim that for genuine social integration not only migrants, but also Koreans should be the target of education (National Network for Women Migrants, 2008). More specifically, the discourse that lies underneath social integration is problematic because it fosters the notion of nationality based on linguistic homogeneity by making women learn Korean for two years after their arrival. The Social Integration Program turned the Korean language into something that should be blindly pursued in order to acquire citizenship. Speaking one's own language is a symbol of self-respect and self-identity. But Korea's strong language-nationalism sees the migrants' maintenance of cultural identity through speaking their own language, as something that should be given up for their quick adjustment. This severely harms migrant women's sense of cultural identity, which is fundamental to their self-esteem²⁷.

The second is that the mandatory taking of 220 hours of classes of this program is unrealistic, considering the situation of many migrant women in

²⁵ It was issued in March 12, 2008, revised in November 7, 2008, April 16, 2009, and August 26, 2009.

²⁶ The social integration program divides Korean language ability to 5 levels, and allows one to skip levels through taking differentiated tests.

²⁷ Hyun-Mee Kim, 2008, *op. cit.*

rural areas who are burdened with heavy reproductive and productive labor. The heavy burden might result in migrant women dropping out of the social integration program, which would in turn lead to social denouncement of their irresponsibility and incompetence. Ultimately, the migrant women who drop out or refuse to be integrated will have difficulty in getting citizenship and stay, bothering migrant women from seeking stable settlement.

IV. Characteristics and Meaning of these Changes: Toward More Regulations, Re-Nationalization, and “Social Integration”

Through a discussion of the changes in marriage migration-related laws we can find the following characteristics and meanings. They are changes from pure blood to multiculturalism and social integration, changes from laissez faire to more regulations, and changes from de-nationalization to re-nationalization²⁸.

First, the changes from laissez faire to more regulation can be seen in the change of Nationality Act, and the Act on the Regulation of Marriage Brokerage Agencies. In the Nationality Act, the acquisition of nationality only with marriage on the part of women marriage migrants (before 1997) was changed into a period required for naturalization of two or three years' of marriage (after 1997). Later with the Government Instructions on Social Integration Programs, women marriage migrants now have to take 220 hours of courses in Korean language and “Understanding Korean Society.” This certainly means more regulations on the part of women migrants.

In the Act on the Regulation of Marriage Brokerage Agency, the law was changed from a free enterprise with no regulation under Family Rite Act (1999) to registration system in 2007. The marriage brokerage agencies now have to abide by local laws and are under more regulations. Thus, they have to register, and in order to register they have to meet many conditions. Also if they use illegal means such as providing false information, forging documents, bribing the officials, use exaggerated advertisement, and have problems in introduction meetings for arranged marriages, in a word, if they do not abide by the laws, they can be punished with sanctions. And it was further reinforced in 2010 revision. This certainly means more regulations.

Second, the changes from de-nationalization to re-nationalization can be seen in the Nationality Act, Multicultural Family Support Act, and Government Instructions on Social Integration Program. As discussed above, the revision of the Nationality Act in 1997 was to reinforce the conditions of naturalization from just marriage to two or three years' married life. This was to bar the sham marriages. But they were specifically targeted to Korean Chinese women migrants. As a result, the proportion of Korean Chinese women among the women marriage migrants significantly decreased. This is a trend away from de-nationalization toward re-nationalization.

²⁸ Cf. Rhacel Salazar Parrenas. *Servants of Globalization: Women, Migration and Domestic Work*, Stanford University Press. 2001; Kyung-Soon Park and Do-Hyun Yoon, *Globalization and Immigration Policy: Focusing on the “Immigration Act of Germany in 2005*, KOREA-GERMANY SOCIAL SCIENCE JOURNAL vol. 19, no. 2. (in Korean), 2009.

The Multicultural Family Support Act of 2008 assumes that women marriage migrants will make a multicultural nuclear family, following the same life-cycle as the Korean middle class women. Also the requirement of 220 hours of the Social integration program courses means that assimilation to Korean language and society is important. The implicit ideology is to make women marriage migrants just like Korean women in their thinking, in their everyday life, and in their child nurturing. This also can be considered as re-nationalization policy

Third, the change from pure blood ideology to multiculturalism and social integration can be seen in the Basic Act on the Treatment of Foreigners in Korea of 2007 and Multicultural Family Support Act of 2008. The word “multiculturalism” and “social integration” appeared in these laws. As mentioned above, the objective of the Basic Act is “to help foreigners in Korea to adapt to Korean society and use the individual’s ability fully, and make Koreans and foreigners in Korea understand and respect each other and contribute to the development and social integration of Korea.” (article 1) The objective of the Multicultural Family Support Act is “to help the members of a multicultural family to live a stable family life, and to contribute to improve their quality of life and social integration.” (article 1). Both focus on social integration. The only difference is that while the former is a basic act declaring the basic principles of treatment of foreigners in Korea, the latter is more specific.

The Multicultural Family Support Act provides broad social service to the members of “multicultural families,” that is, migrant women and their children. It includes support and orientation for newly arrived foreign wives, support for children of international marriages in schools, providing social welfare to foreign wives, support for victims of domestic violence, raising social awareness of multicultural issues, making a comprehensive project, and establishing multicultural family support centers, etc..

Thus the change can be summarized into the following three periods. The first period can be characterized as laissez faire or denationalization of reproduction and covers the period before the 1997 Nationality Act revision. The second period can be characterized as more regulation or renationalization of politics and covers the period after the 1997 Nationality Act revision. The third period can be characterized as social integration and multiculturalism and covers the period after the 2007 legislation of the Basic Act (cf. Table 2). The characteristics of the second and the third period somewhat overlap. Maybe the manifestation of multiculturalism and social integration could be an overt aspect, while the renationalization of politics could be considered as a covert aspect of these laws. The Act on the Regulation of Marriage Brokerage Agencies could be considered as a delayed manifestation of renationalization of politics.

<Table 2> Characteristics of Legal Changes by Period

Period	Government Policy	Related laws and policies
Period 1 Before 1997	Laissez faire or De-nationalization of Reproduction	Nationality Act (before 1997) Marriage Brokerage as a free enterprise under new Family Rite Act) (1999)
Period 2 After 1997	More Regulation or Re-nationalization of Politics	Nationality Act (1997 Revision) Act on the Regulation of Marriage Brokerage Agencies (2007)
Period 3 After 2007	Policy Claiming Multiculturalism and Social Integration	Basic Act on the Treatment of Foreigners in Korea (2007) Multicultural Family Support Law (2008) Government Instructions on social Integration Program (2008)

V. What Are the Social Context of these Legal Changes?

How could Korea, a one-nation country which emphasized “pure blood” of Korean people turned so easily to policy promoting international marriage?” Why could the women marriage migrants whose proportion among the foreigners residing in Korea is low, only 10.4%, become the main target of multiculturalism and social integration? In answering these questions, I will rely on Beck’s theory of second modernity²⁹.

According to Beck, second modernity is a civilizational condition in which various (mostly negative) “side-effects” of (first) modernity add up to a qualitatively different situation in which the fundamental values of first modernity are still respected, but have to be pursued with radically different social means and institutions under a cosmopolitan paradigm.³⁰ Utilizing this theory, I argue that Korean government tried to respond to risks of two kinds.

²⁹ Ulrich Beck. *Risk Society: Towards a New Modernity*. Trans. Mark Ritter. London: Sage Publications, 1992, Ulrich Beck and Elisabeth Beck-Gernsheim, *Individualization: Institutionalized Individualism and its Social and Political Consequences*. London and Thousand Oaks, CA: Sage Publications. 2002, Ulrich Beck and Edgar Grande. *Varieties of Second Modernity: Extra-European and European Experiences and Perspectives*, BRITISH JOURNAL of SOCIOLOGY vol 61(3) 2010.

³⁰ *Ibid.* Beck disputes “methodological nationalism” in social theory and analysis and instead advocates “methodological cosmopolitanism” in order to reflect international and global processes by which the nature of modernity in late-modernizing societies is critically determined.

1. Industrialization and the Risks of the First Modernity

The first kinds of risks are risks resulting from the side-effects of “the first modernity”³¹, or government-initiated rush-to industrialization and rapid urbanization³². At the background of the increase of transnational marriages is the issue of “unmarriageable rural bachelors.” The emergence of “unmarriageable rural bachelors” is a result of rapid industrialization, rapid urbanization, and severe uneven development between urban and rural areas. Due to this uneven development, the rural standard of living has become lower than that of the city, and this tendency has become further aggravated. The price of grain product has been kept low to help urban workers to survive with low wages. The monetary value of rural land as assets has decreased. Thus peasants and rural residents are caught with a higher degree of poverty and deprivation.

In addition, with the industrialization and urbanization there also rose the problem of inequality in sex ratio and distortion in marriage market in the rural areas in Korea. Many young girls and women leave rural areas for more opportunities and for more freedom. However, young men, particularly, the eldest sons cannot leave. They are supposed to succeed the home enterprise which is mostly agriculture, support their parents and live together with them, since they are considered as the successor of the family, according to the patriarchal system of Korea³³. Besides, young girls in the cities do not want to get married with rural bachelors, because the sexual division of labor and patriarchy is stronger in the rural areas

The rural family had not only difficulty in providing material necessities, but the most basic function of reproduction of the family itself became more difficult with the increase of “unmarriageable rural bachelors.” Thus many single men who live in rural areas have difficulty in getting married with Korean women. These people who could not find their spouses in the domestic marriage market have no choice but to turn to international marriage.

³¹ *Ibid.*

³² Sang-Jin Han and Young-Hee Shim. *Redefining Second Modernity for East Asia: A Critical Assessment*, BRITISH JOURNAL of SOCIOLOGY vol 61(3) 2010. Young-Hee Shim and Sang-Jin Han. 2010. *op. cit.* This rapid industrialization was followed by rapid urbanization as well. Urban population which amounted to only 18.3% of the total population in 1950 increased to 80% in 1990³². Also severe uneven development between the urban and rural areas resulted.

³³ In the rural areas there still exists the old patriarchal tradition of preferring sons to daughters, and it is still strong. In the patri-lineal system only sons can succeed the family, not the daughter. (The head of the family system, in which legally only sons could be the head of the family, was abolished only in 2005.) Once a daughter gets married, she is considered not as a member of the family any more, but as a member of her husband’s family. If a family has no son, they try to adopt a son, because they think that the family line has been “cut off.” Also, in the situation where no welfare state system is established, the only thing to rely on when you get old is the son. Thus the preference to son has been strong particularly in the rural area.

2. Globalization, Individualization, and the Risks of the Second Modernity

The second kinds of risks are risks resulting from the globalization and individualization. In Korea in the 1990s serious pathological consequences of the rush-to-development began to appear. They emerged as large-scale accidents on the sea and land, and in the sky³⁴. The economic crisis of 1997 was the first time that Korean people began to realize the world outside Korea. Almost all the existing institutions seemed to fail. On the verge of state bankruptcy, most of the corporations had to go through structural adjustment, many people were laid out, and irregular job were prevalent with labor flexibilization, etc.

The family which was the backbone of the rush-to industrialization was not an exception. With many laid-out fathers the families were materially, culturally, emotionally less capable of providing resources. Many wives went out to make money for the family. However, this resulted in the increase of double burden. With sexual division of labor and patriarchy still firm in the family, the domestic work for wives increased. Furthermore, this brought about the disintegration of the family, since there was no one in the family to take care of the husband, children and the elderly during the daytime. The unchanged gender inequality made women with high education and gender equality in mind³⁵ fall in conflict³⁶.

This in turn resulted in the individualization of women, represented in decrease on marriage, increase of divorce rate, decrease in birth rate, and change of attitude toward marriage. While crude marriage rate decreased from 10.6 in 1980, to 9.3 in 1990, 7.0 in 2000 and 6.5 in 2005, crude divorce rate increased rapidly from 0.6 in 1980 to 1.1 in 1990, 2.5 in 2000, and 2.6 in 2005. With this ratio of divorce to marriage also decreased from 5.9 in 1980, to 11.4 in 1990, 35.9 in 2000, and 40.6 in 2005.³⁷

Birth rate also dropped, total fertility rate dropping from 4.53 in 1970 to 2.83 in 1980, 1.59 in 1990, 1.30 in 2000, and 1.08 in 2005. The

³⁴ For example, a ferry boat in the Yellow Sea sank, leaving several hundreds of people dead (1993); another ferry boat caught fire (1994); a train was derailed and overturned near Pusan, leaving many dead (1993); an urban gas pipe exploded in the middle of Seoul (1994) and again in Taegu (1995); a bridge across the Han'gang river collapsed (1992, 1994); a luxurious department store in a middle-class neighborhood in southern Seoul collapsed (1995); airplanes crashed in Southern Korea (1993) and in Guam (1997), leaving most of the passengers dead; and finally in November 1997, the ever-expanding Korean economy suddenly collapsed under the foreign exchange crisis, requiring a bail-out request to the IMF. Please refer to Young-Hee Shim 1998 *Sexual Violence and Sexual Harassment in a Risk Society*, KOREA JOURNAL vol 38, no. 2.

³⁵ Women's education level has been heightened. And women's socio-economic participation rate also improved. Women's economic activity participation rate was 26.8% in 1960, 36.5% in 1970, 42.8% in 1980, 47.0% in 1990, 49.5% in 1997, 47.0% in 1998 (economic crisis period), 48.5% in 2000, 48.9% in 2005 (Korean Women Development Institute, Yearbook of Women Statistics, 2007). With this women's consciousness was also raised. Also many women-related laws were legislated to improve gender equality in Korea.

³⁶ Young-Hee Shim 1998, *op. cit.*

³⁷ Korean Women Development Institute, 2007, *op. cit.*,

proportion of Korean women who think that they have to get married decreased significantly from 30.5% in 1998 to 21.9% in 2002, and 21.6% in 2006³⁸. Together with a drastically fast ageing trend in Korea this certainly was a crisis for the government to solve.

All these problems are risks which emerged as side-effects of “the first modernity”, or government-initiated rush-to industrialization and rapid urbanization, on the one hand, and globalization, failure of the family, and individualization of women in the second modernity³⁹, on the other. In this situation, promoting the international marriage was an alternative which the government could not but take to solve not only the problem of “unmarriageable rural bachelors” but also the problem of low fertility crisis.

VI. Summary and Conclusion

In this paper I tried to review the change of marriage migration-related laws and find out the characteristics and meanings of the changes. I also tried to analyze the social context of these changes and suggest the relationship between the law and society. As objects of analysis I chose Nationality Act, Act on the Regulation of Marriage Brokerage Agencies, Multicultural Family Support Act, and Government Instructions on Social Integration Program.

The changes were characterized as 1) changes from *laissez faire* to more regulations, 2) changes from denationalization of reproduction to re-nationalization of reproduction, and 3) changes from pure blood ideology to multiculturalism and social integration,.

When seen from a macroscopic perspective, most of these changes turned out to be the government’s response to risks of the first modernity, that is, side-effects of rapid industrialization and urbanization, on the one hand, and risks of the second modernity, that is, globalization and individualization, on the other. However, when seen from a more microscopic perspective, there were government’s role and initiative in making these multicultural policies.

In this sense it can be concluded that the relationship between the law and society, as far as the marriage migration-related laws are concerned, seems to be one of interrelationship between law and society, showing “society first, and law follows” relationship on the one hand, and the government taking an initiative relationship on the other.

³⁸ *ibid.*, Young-Hee Shim and Sang-Jin Han. 2010. *op. cit.*

³⁹ *ibid.*

Revisiting the Risk Assessment under the SPS Agreement

Jaemin Lee¹, Seoul

I. Introduction

Trade disputes are not merely confined to the territory of antidumping duties, countervailing duties or safeguards measures anymore. Trade disputes are now taking place in various other areas which have not been traditionally regarded as trade sectors. The currency manipulation dispute between the United States and China provides a good example. Nobody would have thought that a currency policy of a country could lead to a trade dispute of this magnitude.

One of such new areas of trade disputes concern the sanitary and phytosanitary (SPS) regulation of a country. This issue arises when a government of a Member of the WTO introduces and imposes an import restriction measure against a foreign product from another WTO Member because of a health concern about the product. Such an import restriction is called an SPS measure. Now, many countries are increasingly considering and adopting SPS measures. It appears that two reasons have prompted this new trend. First is the increasing health awareness of the governments globally concerning products from foreign countries: expanding trade liberalization through the WTO regime and Free Trade Agreements (FTAs) has also increased the inflow of foreign agricultural products that are consumed by the respective domestic constituents. Secondly, and more importantly, sometimes governments resort to this SPS measure to protect their respective domestic agricultural industries from foreign competition. The more fundamental problem in this regard is that sometimes these two reasons are intertwined and it is really difficult to discern which of the two is the underlying or predominant reason for a particular measure.

As trade volumes in the agricultural sector usually take a significant portion for most of the countries, such import restrictions lead do severe trade disputes among countries concerned. These disputes are raised in the context of the *1994 General Agreement on Tariffs and Trade* ("GATT 1994") and/or *Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures* ("SPS Agreement"), both of which are subsidiary agreements of the

¹ Professor of Law, School of Law, Hanyang University. This article summarizes the presentation with the same title made at the fourth trilateral conference among Konstanz University of Germany, Kansai University of Japan and Hanyang University of Korea held at Kansai University on March 12, 2010. Please refrain from citing this article without prior permission of the author.

Agreement Establishing the World Trade Organization (“WTO Agreement”) contained in its Annex 1. As its title indicates, the SPS Agreement provides more detailed provisions to deal with the SPS measures, and most of the SPS disputes are thus raised and resolved through the SPS Agreement. One of the key elements of the SPS Agreement is the concept called “risk assessment” with respect to a particular SPS measure in question. Although this concept is obviously laudable in principle and indispensable for the successful operation of the SPS Agreement, there also seems to be a fatal weakness: it is too ambiguous how to satisfy the requirement. As this weakness turns out to be the cornerstone of major SPS disputes, this paper aims to discuss the problems of the risk assessment as it appears in the current SPS Agreement and attempts to offer suggestions on how to make the agreement more operable in the real world.

II. Risk Assessment under the SPS Agreement

The SPS Agreement is premised upon two basic principles: that is, (i) scientific evidence basis and (ii) risk assessment implementation. In other words, any SPS Agreement-consistent measure must be based on risk assessment, which is, in turn, based on *scientific evidence*. The scientific evidence principle and risk assessment requirements are complementary to each other and address two different questions. First, broadly speaking, the scientific evidence principle addresses “substance” about various relevant issues of an SPS measure. On the other hand, the risk assessment principle addresses “procedure” through which scientific evidence is reviewed. So, put simply, there must be risk assessment based on scientific evidence for any SPS measure to be consistent with the SPS Agreement.

In this regard, Article 5 of the SPS Agreement basically stipulates in relevant part that:²

² Article 5 of the SPS Agreement provides that:

Article 5

*Assessment of Risk and Determination of the Appropriate Level
of Sanitary or Phytosanitary Protection*

1. Members shall ensure that their sanitary or phytosanitary measures are based on an assessment, as appropriate to the circumstances, of the risks to human, animal or plant life or health, taking into account risk assessment techniques developed by the relevant international organizations.
2. In the assessment of risks, Members shall take into account available scientific evidence; relevant processes and production methods; relevant inspection, sampling and testing methods; prevalence of specific diseases or pests; existence of pest- or disease-free areas; relevant ecological and environmental conditions; and quarantine or other treatment.
3. In assessing the risk to animal or plant life or health and determining the measure to be applied for achieving the appropriate level of sanitary or phytosanitary protection from such risk, Members shall take into account as relevant economic factors: the potential damage in terms of loss of production or sales in the event of the entry, establishment or spread of a pest or disease; the costs of control or eradication in the territory of the importing Member; and the relative cost-effectiveness of alternative approaches to limiting risks.
4. Members should, when determining the appropriate level of sanitary or phytosanitary protection, take into account the objective of minimizing negative trade effects.
5. With the objective of achieving consistency in the application of the concept of appropriate level of sanitary or phytosanitary protection against risks to human life or health, or to animal and plant life or health, each Member shall avoid arbitrary or unjustifiable distinctions in the levels it considers to be appropriate in different situations, if such distinctions result in discrimination or a disguised restriction on international trade. Members shall cooperate in the Committee, in accordance with paragraphs 1, 2 and 3 of Article 12, to develop guidelines to further the practical implementation of this provision. In developing the guidelines, the Committee shall take into account all relevant factors, including the exceptional character of human health risks to which people voluntarily expose themselves.
6. Without prejudice to paragraph 2 of Article 3, when establishing or maintaining sanitary or phytosanitary measures to achieve the appropriate level of sanitary or phytosanitary protection, Members shall ensure that such measures are not more trade-restrictive than required to achieve their appropriate level of sanitary or phytosanitary protection, taking into account technical and economic feasibility.²
7. In cases where relevant scientific evidence is insufficient, a Member may provisionally adopt sanitary or phytosanitary measures on the basis of available pertinent information, including that from the relevant international organizations as well as from sanitary or phytosanitary measures applied by other Members. In such circumstances, Members shall seek to obtain the additional information necessary for a more objective assessment of risk and review the sanitary or phytosanitary measure accordingly within a reasonable period of time.
8. When a Member has reason to believe that a specific sanitary or phytosanitary measure introduced or maintained by another Member is constraining, or has the potential to constrain, its exports and the measure is not based on the relevant international standards, guidelines or recommendations, or such standards, guidelines or recommendations do not exist, an explanation of the reasons for such sanitary or phytosanitary measure may be requested and shall be provided by the Member maintaining the measure.

- Paragraph 1
All SPS measures must be based on risk assessment.
- Paragraph 2
Members must consider available scientific evidence, relevant production processes, etc in risk assessment.
- Paragraph 3
In conducting risk assessment, Members must consider all relevant economic factors.
- Paragraph 4
In determining ALOP (Appropriate Level of Protection), Members must consider the objective of minimizing negative trade effect.
- Paragraph 5
Members must avoid arbitrary or unjustifiable distinction in establishing and applying the ALOP.
- Paragraph 6
Members must ensure that an SPS measure is not more trade restrictive than necessary.

Furthermore, Annex A of the SPS Agreement, which provides definition of the terms in the agreement, defines the term “risk assessment” as:

The evaluation of the likelihood of entry, establishment or spread of a pest or disease within the territory of an importing Member...or the evaluation of the potential for adverse effects on human and animal health...(emphasis added).

These provisions in Article 5 and Annex A provide an interesting aspect of the risk assessment under the SPS Agreement. As can be seen from the above provisions, there is no specific provision for forms or format of the risk assessment in Article 5. Some key elements to be included in a risk assessment are indeed provided for in Article 5, but other than that specific form or format of a risk assessment is not discussed in the article. Also, since this is the only provision about a risk assessment under the SPS Agreement, other provisions of the SPS Agreement hardly provide any more insight regarding guidelines for the form or format of the risk assessment. In addition, according to the definition in the Annex A, a risk assessment is an “evaluation” of whatever form. In other words, as long as an evaluation is proved to have been conducted, that is sufficient to satisfy the requirements of the SPS Agreement.

In short, relevant provisions of the SPS Agreement would basically mean the following: all Members must conduct risk assessments based on scientific evidence, but there is no specific form that a Member must follow in this process. As such, a risk assessment can take any form. More practically speaking, a risk assessment does not even have to be a written document. As long as there is an “evaluation” of relevant elements, it can be done even orally. Furthermore, even if there is a written document, it can take a wide range of different forms, such as report, picture, diagram, database, graph, governmental document, or private document commissioned by a government, etc.

More importantly, there is no requirement at all for publication or disclosure of the risk assessment in the course of adopting a particular SPS measure. Neither Article 5 nor any other provision in the SPS Agreement discusses the requirement of publication or disclosure of the risk assessment. Nor does the risk Assessment have to be communicated or explained to the other Member or interested parties. The only obligation under Article 5 is to conduct risk assessment, not to communicate or publish it.

Furthermore, the temporal element of a risk assessment is also quite loose. Paragraph 1 of Article 5 does state to the effect that a risk assessment should be conducted at the time of imposition of the measure, which would basically mean that a risk assessment should precede any SPS measure. That requirement, however, hardly has any teeth because the measure imposing Member does not have to disclose or publish the risk assessment at all. Practically speaking, under these circumstances it is almost impossible for outsiders to confirm whether a risk assessment has been conducted at all, let alone the contents of the risk assessment including an analysis of scientific evidence if the assessment is not released to the public or at least to the interested parties. If a WTO disputes arises from the SPS measure, the complaining Member (i.e., exporting Member) may succeed in showing that a risk assessment was not conducted at the time of the imposition of the measure in question, and this does constitute violation of the paragraph 1 of Article 5 on the part of the Member complained against (the SPS measure imposing Member).

Theoretically it seems simple and straightforward. But the practical problem here is that chances are the Member complained against would have conducted a risk assessment *ex post facto*, that is, after the measure is imposed and most probably long after the measure was initially imposed. As long as the risk assessment is conducted even *ex post facto*, however, the reviewing panel would simply note it (the absence of risk assessment at the time of the measure imposition) and proceed with the review of the case anyway to determine the consistency of the risk assessment with the substantive requirements of the SPS Agreement. As the apparent absence of a risk assessment has been subsequently cured by the time of the establishment of the panel, the relevant WTO jurisprudence would dictate the panel to proceed regardless. It usually takes about 1-2 years from the initial imposition of an SPS measure to the initiation of a WTO challenge, so it is not unusual for the Member complained against prepare or commission a risk assessment after the measure imposition or even right before a WTO dispute settlement proceeding.

So, a risk assessment can be done entirely within the competent governmental agencies virtually at any time and its status, proceeding and outcome do not have to be conveyed to the interested parties, including foreign exporters to be adversely affected by the SPS measure and their home countries. The exporters and their governments can only see that an import restriction has been imposed because of the health concerns but they do not know whether the measure is consistent with the SPS Agreement because a risk assessment, the most important element of any SPS measure,

is not available to them. As noted above, as there is no requirement of disclosure or publication, there is no knowing whether a risk assessment has been conducted. Without the risk assessment available, there is no knowing either whether the risk assessment has been based on scientific evidence.

So, an SPS measure by a Member usually stands alone. Unlike the basic design of the SPS Agreement, in which the risk assessment is treated as if it were a Bible to any SPS measure, there is no actual requirement that a risk assessment should be immediately conducted and attached to an SPS measure in question. Rather, the imposing Member think about the risk assessment only afterwards, or only when facing a WTO challenge.

III. The Problems Caused by the Risk Assessment Provisions under the Current SPS Agreement

Such being the case, it appears that the current SPS Agreement has some inherent weaknesses. These weaknesses may lead to more controversies and frictions among Members with respect to various SPS measures and ensuing disputes. These weaknesses are explained below in detail.

1. Other Members Are Kept in the Dark

First and foremost, under the current SPS Agreement scheme, other Members are not able to obtain relevant key information in the course of development of an SPS measure and ensuing dispute. The SPS Agreement is premised upon the fundamental thinking that a risk assessment is an indispensable element in every SPS measure and dispute, but at the same time it imposes almost no obligation as to how to conduct the risk assessment. Particularly, there is simply no requirement for the measure imposing Member to disclose or publish the risk assessment before or immediately after the imposition of the measure.

Under these circumstances, two things may occur: (i) a Member may impose an SPS measure without conducting a risk assessment at all, taking full advantage of the loophole in the agreement, or (ii) a Member may impose an SPS measure after conducting a risk assessment in a timely fashion such as before, upon or right after the imposition of the SPS measure. The problem is, regardless of the path the measure imposing Member takes, the affected Member (i.e., exporting country) and its exporters may face the same problem anyway: in the absence of the disclosure and publication requirement they are not able to become aware of the scientific basis and analysis of the SPS measure in question, which is to be included in the risk assessment. Of course, it is also possible that the measure imposing Member may voluntarily decide to disclose a risk assessment in the case of the second category. But this is simply based on comity as opposed to legal obligation. Such voluntary disclosure is unpredictable and in practice rarely happens.

In other words, there is basically no incentive for a measure imposing Member to prepare a risk assessment either. Likewise, even if an SPS measure is *bona fide* one with a proper risk assessment, there is little

incentive for imposing Member to publicize it. Not only is there no legal obligation, but also such disclosure may invite more criticism from the affected Members about the logic and scientific basis regarding the SPS measure. More importantly, such disclosure may undermine the imposing Member's position at the prospective WTO dispute settlement procedure in the future.

As publication or public notice obligation does not exist for a risk assessment, affected Members cannot obtain relevant information. Most of the time, the affected Members and their exporters are kept in the dark regarding the ins and outs of the measure. The only thing they would see is the import restriction measure and a short description of reason. You really do not know what in fact has prompted the measure imposing Member to impose the measure. In the absence of key information, the affected Members do not have a wherewithal to explain away any misunderstanding, clarify factual information or submit rebuttal information. In short, virtually everything is within the discretion of the measure imposing Member at the time of the measure imposition.

On the one hand the SPS Agreement stipulates that the risk assessment is the central pillar of any SPS measure, but on the other the agreement also permits the situation where an SPS measure is adopted without a risk assessment and even without providing relevant information to other affected Members. If the objective of inserting the risk assessment obligation in the agreement is to have a measure imposing Member confirm scientific evidence, conduct two-way communication to gather relevant information including that from the relevant Members and exporters, and think hard before the imposition of the measure, the current formulation of the SPS Agreement has a significant disconnect between the objective set forth and the specific provisions adopted. This disconnect between the two causes more tension and distrust between the measure imposing Member and exporting Members.

2. Invites More Controversy

As a result, an SPS dispute tends to get more controversial than necessary. It would be difficult for affected Members to accept an SPS measure in question as legitimate. They have never seen or been briefed about the risk assessment, which is the key element of the legitimacy of the SPS measure imposed by the imposing Member. In the absence of the specific information about the risk assessment, a meaningful discussion would be simply out of the possibility. Negative reactions to the SPS measure seem to be inescapable and the suspicion is bound to build on quickly on the part of the affected Members. This negative reaction and the suspicion may then lead to the allegation that the measure is in fact a disguised restriction of import.

In short, the current architecture of the SPS Agreement is somehow designed to invite controversies and disputes regarding an SPS measure. This is not in line with one of the basic principles of the WTO Agreement either. By way of example, Article 3.3 of the Understanding on Rules and

Procedures Governing Settlement of Disputes (“DSU”) stipulates that the purpose of the WTO dispute settlement procedure is a prompt settlement of dispute. The article provides that:

Article 3: General Provisions

3. The prompt settlement of situations in which a Member considers that any benefits accruing to it directly or indirectly under the covered agreements are being impaired by measures taken by another Member is essential to the effective functioning of the WTO and the maintenance of a proper balance between the rights and obligations of Members.

Fostering more disputes arguably contributes to the extension or expansion of a dispute, which in turn is far from the prompt settlement of a dispute. If that is the case, the current scheme of the SPS Agreement should be reconsidered so as to compatible with other important principles of the WTO Agreement.

3. Unreasonable When Compared to Other Trade Remedy Measures

In addition, this situation of the risk assessment in the context of the SPS Agreement is incompatible with comparable situations in other trade remedy measures. Trade remedy measures refer to antidumping, countervailing duty and safeguard measures, and they take up the bulk of trade disputes worldwide. These conventional and common trade measures do require thorough and advance disclosure and publication of relevant materials and evidence that substantiate the basis of the measures at issue. So, antidumping, countervailing duty, and safeguard measures all require publication of their preliminary findings, final findings, and key information and materials obtained during the course of the consideration (i.e., investigation) of the measures.

For instance, Article 12 of the *Agreement to Implement Article VI of the General Agreement on Trade and Tariffs 1994* (“Antidumping Agreement”), Article 22 of the *Agreement on Subsidies and Countervailing Measures* (“SCM Agreement”), and Article 4 of the *Agreement on Safeguards* (“Safeguards Agreement”) respectively provide for detailed rules about public notification and disclosure. By way of example, Article 12 of the Antidumping Agreement provides that:

Article 12

Public Notice and Explanation of Determinations

12.1 When the authorities are satisfied that there is sufficient evidence to justify the initiation of an anti-dumping investigation pursuant to Article 5, the Member or Members the products of which are subject to such investigation and other interested parties known to the investigating authorities to have an interest therein shall be notified and a public notice shall be given.

12.1.1 A public notice of the initiation of an investigation shall contain, or otherwise make available through a separate report [FN 23],

adequate information on the following: (i) the name of the exporting country or countries and the product involved; (ii) the date of initiation of the investigation; (iii) the basis on which dumping is alleged in the application; (iv) a summary of the factors on which the allegation of injury is based; (v) the address to which representations by interested parties should be directed; (vi) the time-limits allowed to interested parties for making their views known.

12.2 Public notice shall be given of any preliminary or final determination, whether affirmative or negative, of any decision to accept an undertaking pursuant to Article 8, of the termination of such an undertaking, and of the termination of a definitive anti-dumping duty. Each such notice shall set forth, or otherwise make available through a separate report, in sufficient detail the findings and conclusions reached on all issues of fact and law considered material by the investigating authorities. All such notices and reports shall be forwarded to the Member or Members the products of which are subject to such determination or undertaking and to other interested parties known to have an interest therein.

FN 23: Where authorities provide information and explanations under the provisions of this Article in a separate report, they shall ensure that such report is readily available to the public.

So, a thorough analysis is indeed required before a conventional trade remedy measure is ever imposed. There are also lengthy and detailed procedural safeguards applicable to these conventional trade measures.

Quite to the contrary, in the area of SPS measures which arguably involve more delicate and controversial information such as scientific data and analysis and are thus by nature more amenable to difference of opinion among Members, an imposing Member need not provide anything in the course of formulating and imposing the measure. Only a final notice of import restriction is published in the government gazette. To the extent an SPS measure operates as an import barrier like trade remedy measures, it is difficult to understand the current SPS Agreement's rationale behind dispensing with the publication and disclosure requirements. One could argue that the complexity of the nature of the dispute perhaps require more stringent requirements to disclose and publish relevant information in the case of SPS measures.

Sometimes novel scientific issues are presented in an SPS measure, but there is no physical report of the measure imposing Member discussing these issues. Given the fact that meaningful discussion and challenge against the conventional trade measure are usually triggered and initiated with the disclosure or publication of preliminary finding, final finding or key facts and materials, the silence of such procedure in the area of SPS measures is quite noteworthy. There does not seem to be any compelling reason to eliminate such requirements in the context of the SPS Agreement.

Perhaps, the unique aspects of an SPS measure compared to conventional trade remedy measures seem to be science and complexity. But apparently they tend to beg more disclosure and publication of relevant information and facts regarding a specific SPS measure. If a procedural due process is an important consideration aspect of a trade remedy measure,³ it should also be an indispensable element for an SPS measure.

4. Difficult to Resolve a Dispute

Thus, SPS disputes are not usually amenable to an easy resolution. First of all, disputing Members do not have the report (i.e., risk assessment) before them to facilitate their discussions early on. Any risk assessment, if there is any, will only come to the light or be produced only at the WTO panel procedure, which is already late. And first meaningful discussion of the risk assessment between the disputing Members only takes place at the panel meetings. Although the possibility of settling the dispute politically is always an option, when a panel procedure is initiated most of the time the dispute has already escalated to the practical point of no return.⁴

The late opening and sharing of key information and rationale of the disputing Members and the inertia contained in the dispute settlement procedure would then require full completion of the WTO dispute settlement procedure including the appellate procedure and implementation procedure, which could take up to 3-5 years depending on the situation. Yet again, this is hardly compatible with the basic principle of the WTO Agreement which aims to ensure prompt settlement of disputes among Members.

5. Inconsistent with Concept of Science

Furthermore, this situation is even incompatible with the spirit of the SPS Agreement. As mentioned, the SPS Agreement is based on the concept of science and scientific evidence. By nature, science would require objectivity, persuasiveness and reliability. Arguably, science cannot stand without producing anything tangible in a verifiable manner. So, conceptually, one could argue that the SPS Agreement's treatment of risk assessment contains an element of inconsistency with the concept of science.

³ For instance, various obligations contained in Article 6 and Annex II of the Antidumping Agreement collectively stand for the proposition that fundamental due process rights must be ensured at all times in an anti-dumping investigation. See, e.g., *U.S.-OCTG from Argentina (AB)*, para. 241; *Guatemala – Definitive Anti-Dumping Measures on Grey Portland Cement from Mexico*, WT/DS156/R, adopted 17 November 2000, para. 8.119; *United States – Sunset Review of Anti-Dumping Duties on Corrosion-Resistant Carbon Steel Flat Products from Japan*, WT/DS244/R, adopted 9 January 2004, para. 7.255.

⁴ Article 5 of the DSU provides that:

Article 5
Good Offices, Conciliation and Mediation

1. Good offices, conciliation and mediation are procedures that are undertaken voluntarily if the parties to the dispute so agree.
3. Good offices, conciliation or mediation may be requested at any time by any party to a dispute. They may begin at any time and be terminated at any time. Once procedures for good offices, conciliation or mediation are terminated, a complaining party may then proceed with a request for the establishment of a panel.

On the one hand, the SPS Agreement imposes obligation to conduct a risk assessment based on scientific evidence. On the other, the agreement imposes no obligation on the form or format of the risk assessment. In fact, the former and the latter cannot be separated. An analytical tool and methodology are as much important as the underlying scientific data and information. As such, one could argue that the form is as important as the substance in science. If the SPS Agreement is formulated in a way that increases disconnect between the two, it could actually distance itself from the notion of science, which is presumably the cornerstone of the SPS Agreement.

IV. Revising the SPS Agreement

Such being the case, new provisions should be contemplated in this regard. As it currently stands, the SPS Agreement explicitly pronounce that publication and disclosure of a risk assessment are not required. Given the obvious language in the text, this issue cannot be resolved through interpretation techniques by a reviewing panel or the Appellate Body of the WTO in accordance with Article 31 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties.⁵ The “ordinary meaning” principle of the article, simply put, requires the application of a treaty as it is written down. The way it is written in the SPS Agreement probably does not allow a maneuvering room for an interpreter. As such, the only way out seems to be amending the agreement and inserting clarifying words in this regard.

Needless to say, it may be difficult to amend the SPS Agreement, but Members should explore the possibility. Apparently, this issue has not been discussed in the DDA negotiations appropriately.⁶ But a proper opportunity should be explored continuously. This is necessary because as mentioned before SPS disputes are on the rise these days. In fact, currently three disputes are pending at the WTO: they are Korea-Beef (DS391), U.S.-Poultry (DS392) and Australia-Apples (DS367). And on the bilateral level, there are various SPS disputes such as melanin-tainted foods, lead-painted toys,

⁵ The article provides in pertinent part that:

Article 31

General rule of interpretation

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:

(a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty;

(b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

⁶ The Doha Declaration does not include a specific mandate to amend the SPS Agreement. Rather, the declaration only includes a passing reference of the SPS Agreement in the context of the trade and environment issue. Thus, it states that “[Work on trade and environment] shall not add to or diminish the rights and obligations of members under existing WTO agreements, in particular the Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures...” Ministerial Declaration, WT/MIN(01)/DEC/1 (20 November 2001), at para. 31.

chemical-overused cosmetic products, etc. So, it is reasonably expected that this issue will resurface over and over again.

Under these circumstances, it would make sense to introduce and establish a workable system. This may reduce future disputes and expedite the resolution of SPS disputes. This would also introduce the environment in which imposing Members think more carefully before formulating and imposing an SPS measure, which creates controversial disputes among Members.

Thus, a prospective amendment may require:

- Adopting a basic procedure for an investigation to impose an SPS measure: information to be collected, basic procedures of the investigations and deadlines for each step of the investigation may be elaborated in this respect.
- Publication of a risk assessment within a designated amount of time: also the procedure to publish, disclose or otherwise inform interested parties concerning information collected and analyses and evaluation of the imposing Member, most preferably including a requirement to produce a written report before a measure is imposed.
- Disclosure of all key scientific documents and articles relied upon by the imposing Member: at the same time, all relevant information and materials collected by imposing Member and relied upon should also be disclosed or made otherwise available to interested parties or to the general public.
- Regular review and revisit of an existing risk assessment during the pendency of an SPS measure: also, given the reality that scientific information changes and a scientific analysis evolves, it is also necessary to introduce a mechanism to regularly assess even existing SPS measures for the possibility of fine-tuning and self-adjustment.

There may be other provisions to be revised, but these may be the key elements to be reflected in any prospective amendment of the SPS Agreement.

V. Conclusion

In principle, the SPS Agreement is properly stipulated to be based on scientific evidence and risk assessment for any SPS measure. But by failing to provide specific forms and format of a risk assessment, it created a significant, though unintended, loophole. This loophole tends to foment and intensify SPS disputes. Unfortunately, this loophole cannot be cured through interpretation due to the clear language of the text. For that matter, dealing with this problem through jurisprudence development would also be quite difficult.

As such, when a proper opportunity arises, the Members should seriously consider including further rules and regulations in the SPS Agreement to address various procedural issues regarding the risk assessment, including specific forms and formats thereof. This could make the agreement more compatible with the reality of the disputes as we see

them recently. This is particularly important now that we are observing a clear surge of SPS disputes worldwide.

Das Schicksal der ultra-vires-Lehre im koreanischen Verbandsrecht

Ho Young Song*, Seoul

I. Einleitung

Wenn man davon ausgeht, dass juristische Personen jeweils zur Verfolgung bestimmter, objektiver Interessen geschaffen werden, die im statutenmäßigen Zweck¹ oder im Gegenstand des Unternehmens² ihren Niederschlag finden, dann stellt sich die Frage, ob juristische Personen außerhalb dieses durch den statutarischen Zweck oder Gegenstand des Unternehmens abgegrenzten Wirkungskreises wirksam Rechtsakte setzen können. Das ist die Frage der ultra-vires-Lehre.

Nach der im anglo-amerikanischen Rechtskreis anerkannten ultra-vires-Lehre hat die juristische Person Rechts- und Handlungsfähigkeit nur für den Zweck, für den sie geschaffen wurde,³ d.h. die Rechts- und Handlungsfähigkeit der juristischen Person ist durch den satzungsmäßigen Zweck beschränkt. Wenn die juristische Person unter Überschreitung dieses Betätigungsbereiches ein Rechtsgeschäft vornimmt, so ist ihre Handlung ultra vires und deshalb nichtig. Die Konsequenz der Nichtigkeit der ultra-vires vorgenommenen Rechtsgeschäfte bringt beträchtliche Nachteile mit sich. So ergibt sich für den Vertragspartner oftmals ein erhebliches Risiko, wenn er nämlich an der Erfüllung des nunmehr nichtigen Vertrags interessiert war. In dieser Hinsicht ist die ultra-vires-Lehre evidentermaßen verkehrsschutzfeindlich.

Die ultra-vires-Lehre geht historisch in der Zeit des Vereinigten Königreichs von der Situation eines Systems staatlicher Konzessionen für die privatwirtschaftliche Betätigung von Gesellschaften aus. Der Ansatzpunkt dieser Lehre ist, dass der Konzessionsnehmer seine Aktivitäten auf den Bereich beschränken muss, für den ihm die staatliche Genehmigung erteilt wurde. Gesetzgeberisch gesehen hat das deutsche Recht einen ganz anderen Weg beschritten. Zwar hat das ADHGB von 1861 zur Errichtung einer AG – wie das damalige englische Recht – das Oktroisystem⁴ verfolgt, aber es hat dem Vorstand der AG gesetzlich eine allgemeine Vollmacht eingeräumt.

* Professor an der Hanyang University, School of Law, Dr. iur.

¹ Vgl. §§ 21, 22, 57, 87 BGB, § 1 GmbHG, § 1 GenG; §§ 32, 39 KBGB, § 169 KHGB.

² Vgl. §§ 4, 23 AktG, § 3 GmbHG, § 6 GenG.

³ Vgl. *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. I, München 1980, S. 813; Zur Entwicklung und zum Anwendungsbereich dieser Lehre vgl. u.a. *Gower*, L.C.B., Principles of modern company law, 5. Aufl., London 1992, S. 166 ff.

⁴ Das Oktroisystem wurde im Rahmen der Aktienrechtsnovelle 1870 durch das Registrierungssystem ersetzt.

Außerdem konnte die AG die sachlichen Beschränkungen der Vorstandsvollmacht durch Statuten oder Beschlüsse der Generalversammlung gegen Dritte nicht geltend machen.⁵ So steht der Gedanke der Sicherheit des Rechtsverkehrs im deutschen Recht im Vordergrund. Seitdem ist die ultra-vires-Lehre im deutschen Recht - abgesehen vom öffentlichen Recht - unbekannt.

Das koreanische BGB hat das System des deutschen BGB größtenteils - besonders in Bezug auf das Personenrecht - rezipiert. Das koreanische Recht hat jedoch für die Rechtsfähigkeit der juristischen Person zugleich die im anglo-amerikanischen Rechtskreis entwickelte ultra-vires-Doktrin übernommen und in § 34 KBGB normiert. Deswegen kommt der ultra-vires-Doktrin in der koreanischen Rechtspraxis eine Kardinalbedeutung zu. Das Problem des Umfangs der Rechtsfähigkeit juristischer Personen ist einer der schwierigsten Streitpunkte im Bereich des Zivilrechts in Korea. Im Folgenden wird untersucht, auf welchem Weg die ultra-vires-Doktrin im KBGB rezipiert worden ist und wie sie in der Rechtspraxis behandelt wird.

II. Die Problematik des das ultra-vires-Prinzip aufnehmenden § 34 KBGB

1. Allgemeines

§ 34 KBGB schreibt für die Rechtsfähigkeit juristischer Personen Folgendes vor: „Die juristische Person ist ein Rechtssubjekt im Rahmen der durch die entsprechenden Vorschriften ihrer Satzung bestimmten Zwecke.“ Aus dieser Vorschrift leitet die koreanische Wissenschaft die Begrenztheit der Rechtsfähigkeit juristischer Personen ab. Vom Wortlaut der Vorschrift her ergebe sich die Begrenzung durch die Gesetzesbestimmung und die Begrenzung durch den Zweck. Außerdem zieht man die Begrenzung durch die natürliche Eigenschaft in Betracht.

Als erste Kategorie sieht man die Begrenzung der Rechtsfähigkeit juristischer Personen durch die natürliche Eigenschaft an. Zwar gibt es keine dem Art. 53 des schweizerischen ZGB entsprechende Vorschrift im koreanischen Recht, aber die koreanische Wissenschaft legt das koreanische Recht auf die gleiche Weise aus. So kann die juristische Person die Rechte haben, die nicht natürliche Eigenschaften des Menschen voraussetzen. Von daher hat die juristische Person z.B. kein Recht auf Leben (vgl. § 752 KBGB), sie kennt kein Familienoberhaupt (§§ 778 ff. KBGB) und keine elterliche Sorge (§§ 909 KBGB) und körperliche Freiheit gibt es auch nicht (vgl. § 12 KGG; § 751 KBGB). Die juristische Person kann aber Vermögensrechte (Forderungs-, Sachen- und Immaterialgüterrechte) inne haben und Personenrechtsschutz (Namensschutz, Ehrenschaft, Kreditschutz, Urheberrecht, etc.) genießen. Während das deutsche BGB einer juristischen Person aktive Erbfähigkeit zuerkennt (§§ 2044 Abs. 2, 2101 Abs. 2, 2105 Abs. 2, 2106 Abs. 2, 2109 Abs. 2, 2163 Abs. 2 BGB), hat die juristische Person im koreanischen Recht keine Erbfähigkeit, weil das KBGB als Erben nur natürliche Personen anerkennt (§§ 1000, 1004 KBGB). Jedoch kann die juristische Person im koreanischen Recht durch Universalvermächtnis dasselbe erhalten, weil die

⁵ *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. II, München 1989, S. 117.

Institution des Vermächtnisses den juristischen Personen offensteht (vgl. § 1078 KBGB⁶).

Bei der zweiten Kategorie handelt es sich um die Begrenzung der Rechtsfähigkeit durch Gesetzesbestimmung. Es gibt kein Gesetz in Korea, das eine allgemeine Einschränkung der Rechtsfähigkeit juristischer Personen regelt. Nur einige Vorschriften lassen sich zitieren, die im einzelnen die Rechtsfähigkeit der juristischen Person einschränken. Als Beispiel dafür sind § 81 KBGB, §§ 245, 269, 542, 613 KHGB und § 173 KHGB zu nennen. Nach § 81 KBGB bestehen die Rechte und Pflichten der in Liquidation befindlichen juristischen Person (Verein und Stiftung) nur insoweit fort, als der Zweck der Liquidation es erfordert. Gleichermaßen gilt eine in Liquidation befindliche Handelsgesellschaft im Rahmen des Liquidationszwecks als fortbestehend (§§ 245, 269, 542, 613 KHGB)⁷. Gemäß § 173 KHGB darf eine Handelsgesellschaft nicht eine persönlich haftende Gesellschafterin einer anderen Handelsgesellschaft werden. Demnach ist eine GmbH & Co. KG nicht zulässig.

Am schwierigsten und wichtigsten ist die dritte Kategorie, nämlich das Problem der Begrenzung der Rechtsfähigkeit durch den Zweck. Aus dem Wortlaut des § 34 KBGB ist eine solche Begrenzung ersichtlich. Was den Umfang der Rechtsfähigkeit juristischer Personen betrifft, konzentriert sich die koreanische Wissenschaft im wesentlichen auf dieses Problem. Deshalb geht die folgende Untersuchung diesem Problem nach, das sich unmittelbar auf die ultra-vires-Lehre bezieht.

2. Der gesetzgeberische Ursprung des § 34 KBGB

§ 34 KBGB regelt unter der Überschrift „Rechtsfähigkeit“ allgemein den Wirkungskreis juristischer Personen. Nach dieser Vorschrift ist die juristische Person im Rahmen des nach den entsprechenden Vorschriften in der Satzung bestimmten Zwecks ein Rechtssubjekt. Bezüglich der Bestandselemente des § 34 KBGB geht man allgemein davon aus, dass § 34 KBGB gesetzgeberisch aus dualistischen Elementen konstruiert ist, die aus gegensätzlichen Rechtskreisen stammen: nämlich aus der ultra-vires-Lehre des anglo-amerikanischen Rechts und aus dem Begriff der Rechts- und Handlungsfähigkeit des deutschen Rechts.⁸ Im Hinblick auf die Rezeption des Rechts wird allgemein angenommen, dass das koreanische Recht sich systematisch und dogmatisch sehr stark an dem deutschen Recht orientiert hat. Wenn es so ist, hätte das koreanische Recht die im anglo-amerikanischen Rechtskreis verbreitete ultra-vires-Lehre nicht übernommen. Besser gesagt, das

⁶ § 1078 KBGB lautet: [Universalvermächtnis] Wird die Erbschaft dem Vermächtnisnehmer als Ganzes zugewendet, so hat er die gleichen Rechte und Pflichten wie der gesetzliche Erbe.

⁷ § 245 KHGB lautet: [Gesellschaft in Liquidation] Die Gesellschaft gilt für Zwecke der Liquidation selbst nach der Auflösung als bestehend.
§ 245 KHGB, der für die OHG gilt, findet gem. § 269 KHGB auf die KG, gem. § 542 KHGB auf die AG und § 613 KHGB auf die GmbH entsprechende Anwendung.

⁸ *Sang-Yong Ko*, AT des BGB, S. 195; *Yong-Han Kim*, AT des BGB, S. 173; *Sang-Yong Kim*, AT des BGB, S. 256; *Seok-In Huang*, *Modernes Zivilrecht I*, S. 111; *Dong-Yun Chung*, *Gesellschaftsrecht*, S. 47; (alle koreanisch).

koreanische Recht hätte keine Einschränkung der Rechtsfähigkeit juristischer Personen vorgesehen oder zumindest wie das deutsche BGB zur Rechtsfähigkeit juristischer Personen keine Aussage getroffen. Soweit jedoch § 34 KBGB von der Beschränkung der Rechtsfähigkeit juristischer Personen durch den in der Satzung bestimmten Zweck spricht, steht außer Zweifel, daß die im anglo-amerikanischen „case law“ entwickelte ultra-vires-Lehre im koreanischen Recht rezipiert worden ist.⁹ Hier drängt sich die Frage auf, warum und auf welchem Weg ausgerechnet die anglo-amerikanische ultra-vires-Lehre in § 34 KBGB normiert worden ist.

Eine wichtige Erkenntnisquelle kann der Wille des Gesetzgebers sein.¹⁰ Da es aber leider keine Motive zum KBGB-Entwurf gibt,¹¹ kann man den Willen der historischen Gesetzgeber des KBGB auf diese Weise nicht ermitteln. In den stenographischen Protokollen des damaligen Parlaments sucht man ebenfalls vergeblich nach einer Aufklärung, weil der damals vorgeschlagene Entwurf des § 33 KBGB (der dem geltenden § 34 KBGB entspricht) ohne Einwand verabschiedet worden ist. Deshalb muss man sich bezüglich des § 34 KBGB, um die Regelungsabsicht des Gesetzgebers zu erkennen, mit ähnlichen ausländischen Rechtsordnungen beschäftigen. Sang-Yong Ko, der sich besonders auf das japanische Recht spezialisiert hat, legt dar, dass der Gesetzgeber des KBGB in § 34 KBGB die Bestimmung des § 43 des japanischen BGB übernommen hat. § 43 JBGB lautet¹²: „Rechte und Pflichten juristischer Personen ergeben sich aus Gesetzen und Verordnungsbestimmungen und innerhalb des durch Satzung oder Stiftungsgeschäft bestimmten Zwecks“. Die Inhalte der beiden Gesetzestexte (§ 34 KBGB und § 43 JBGB) sind im wesentlichen gleich. Das hängt mit der Gesetzgebungsgeschichte des KBGB zusammen und gibt Anlass, einen Blick auf die Entstehungsgeschichte des § 43 JBGB zu werfen.

⁹ *Seok-In Huang*, Modernes Zivilrecht I, S. 111 (koreanisch)

¹⁰ Dazu vgl. *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin u.a. 1991, S. 316 ff.

¹¹ Nach der Befreiung von der japanischen Besatzung im Jahre 1945 hat die koreanische Regierung 1948 eine Redaktionskommission zum KBGB eingesetzt. Im Verlauf der Arbeit dieser Kommission brach 1950 der sog. Korea-Krieg aus. Während dieses Krieges war das Entwurfsmaterial verschwunden und einige Kommissionsmitglieder wurden nach Nordkorea entführt. So wurde die Arbeit der Kommission zwangsläufig unterbrochen. Das ist der Grund dafür, daß es in Korea keine Motive zum KBGB-Entwurf gibt. Die Redaktionsarbeit zum KBGB wurde erst nach dem Krieg 1953 wieder fortgesetzt. Die Redaktionskommission legte 1954 den neuen Entwurf zum KBGB ohne Motive vor. Dieser Entwurf wurde im Legislationskomitee des Parlaments geprüft und schließlich 1958 in der Vollsitzung des Parlaments beschlossen. Das heute geltende KBGB trat am 1. 1. 1960 in Kraft. Hinsichtlich der Gesetzgebung des KBGB wurde kritisiert, dass sie in zu kurzer Zeit vorgenommen wurde. Dazu *Chong-Hyu Chung*, Der legislative Verlauf des koreanischen BGB, in: Festschrift für *Yoon-Jik Gwack*, S. 29 (koreanisch).

¹² Diese Übersetzung wurde aus *Ischikawa/Leetsch*, Das japanische BGB in deutscher Sprache, Köln u.a. 1985, S. 8, übernommen.

Im Jahre 1893¹³ hat die damalige japanische Regierung eine Redaktionskommission (法典調査會) eingesetzt und drei junge Hochschulprofessoren - *Kenjiro Ume* (梅謙次郎), *Nobushige Hozumi* (穂積陳重) und *Masaaki Tomii* (富井政章) - beauftragt, einen neuen Entwurf zum JBGB auszuarbeiten. Sie haben systematisch den damals bereits vorliegenden „Ersten Entwurf“ des deutschen BGB und inhaltlich teilweise den französischen „Code civil“ übernommen. Der Entwurf des Allgemeinen Teils, des Sachenrechts und des Schuldrechts wurde im Jahre 1895, der Entwurf des Familien- und Erbrechts im Jahre 1897 vorgelegt. Die beiden Entwürfe wurden 1896 und 1897 als Gesetze verkündet und traten am 16. 7. 1898 in Kraft. Dieses JBGB gilt noch heute.

In der Redaktionskommission hat Professor *Hozumi*, der als einer der Kommissionsmitglieder gearbeitet hat, folgendermaßen den Entwurf des § 43 JBGB begründet: „Die juristische Person ist eine Schöpfung des Staates und des Gesetzes und sie existiert zugunsten eines bestimmten Zwecks. Sie besitzt daher nur innerhalb der Bestimmung des Gesetzes und im Rahmen des bestimmten Zwecks Rechtsfähigkeit. Außerhalb dieser Grenze ist die juristische Person rechtlich nicht existent. ... Seit dem Mittelalter wurde der Tätigkeitsbereich juristischer Personen meist durch Fiktion erheblich erweitert. Der juristischen Person wurden schließlich die gleichen Fähigkeiten wie der natürlichen Person eingeräumt. In neuester Zeit geht man jedoch davon aus, dass die juristische Person nur beschränkte Fähigkeiten hat und diese Fähigkeiten sich nach dem Gründungszweck richten. Also, falls eine juristische Person außerhalb dieses Gründungszwecks gehandelt hat, bedeutet das eine Überschreitung der erteilten Macht (*ultra vires*). Es bedarf daher keiner Erörterung, dass diese Handlung nichtig ist.“¹⁴

Wie dieses Zitat zeigt, hat Hozumi in seiner Begründung ausdrücklich „*ultra vires*“ erwähnt. Vor diesem Hintergrund besteht in Japan Einigkeit darüber, dass in § 43 JBGB unter dem Gesichtspunkt der Fiktionstheorie die *ultra-vires*-Lehre des anglo-amerikanischen Rechts verankert ist.¹⁵ Wie bereits erwähnt, lehnte sich das JBGB stark an das deutsche und französische Gegenstück an. Auffallend ist die Tatsache, daß das JBGB hinsichtlich des Tätigkeitsbereichs der juristischen Person vom deutschen und französischen Recht abweicht und statt dessen die im anglo-amerikanischen Rechtskreis herausgebildete *ultra-vires*-Lehre aufgenommen hat. Der entscheidende Grund für die Aufnahme dieser Lehre ins JBGB liegt in der „zufälligen Sach-

¹³ Im ganzen gesehen kann die Entstehungsgeschichte des japanischen BGB in drei Stufen eingeteilt werden: (1) Erste Stufe (1870 - 1878), (2) Zweite Stufe (1879 - 1892), (3) Letzte Stufe (1893 - 1898) (Vgl. *Kitakawa Zentaro*, Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan, S. 27 ff.). Zur Entstehungsgeschichte des japanischen BGB siehe *Urakawa/ v. Bar*, Verschuldens- und Gefährdungshaftung im japanischen Recht, Eine vergleichende Betrachtung unter dem Blickwinkel des deutschen Rechts, *RabelZ* 43 (1979), S. 147, 148 ff.

¹⁴ Abgedruckt in: *Sang-Yong Ko*, Die Fähigkeit der juristischen Person und Tragweite des Zwecks, in: *Zivilrechtsvorlesung*, S. 97 (koreanisch).

¹⁵ *星野英一 (Eiichi Hosino)*, *民法論集* (Gesammelte Aufsätze für Zivilrecht), Bd. I (japanisch), Tokyo 1970, S. 123.

lage“¹⁶, dass *Hozumi*, der für die rechtsvergleichenden Vorarbeiten zum Gesetzesentwurf einmal in England studiert hat und daher ein Fachmann der englischen Rechtswissenschaft war,¹⁷ bei der Redaktionsarbeit gerade den Abschnitt über die juristische Person (§ 33 - § 84 JBGB) verfasst hat.

Daraus kann man folgern, dass das koreanische Recht mittelbar durch diese „zufällige Sachlage“ die ultra-vires-Lehre aufgenommen hat, weil § 34 des geltenden KBGB direkt aus § 43 des alten KBGB ohne Veränderung - abgesehen von einer sprachlichen Abrundung - übernommen worden ist. Dieses alte KBGB, das vom Beginn der japanischen Besatzungszeit bis zum Inkrafttreten des jetzigen KBGB gegolten hat, entspricht dem 1898 in Kraft gesetzten JBGB, welches in Japan immer noch gilt.¹⁸ Folglich kann man sagen, dass die ultra-vires-Lehre nicht durch direkten Einfluss des anglo-amerikanischen Rechts, sondern durch die Übernahme des Wortlautes des JBGB Eingang in das KBGB gefunden hat.

3. Diskrepanz des § 34 KBGB zu den handelsrechtlichen Normen

Die vor diesem Hintergrund entstandene Regelung des § 34 KBGB führt bei näherer Betrachtung zu einer nicht zu übersehenden Diskrepanz zu einigen Vorschriften des Handelsrechts. Alle Handelsgesellschaften (AG, GmbH, KG und OHG) sind nach § 171 KHGB juristische Personen. Die Rechtsfähigkeit der Handelsgesellschaft wird im KHGB nicht geregelt. Im Fall eines Mangels an handelsrechtlichen Vorschriften sind nach § 1 KHGB¹⁹ die Vorschriften des KBGB zu berücksichtigen. Da alle Handelsgesellschaften als juristische Person anerkannt sind und dem Handelsgesetzbuch eine einschlägige Vorschrift über den Umfang ihrer Rechtsfähigkeit fehlt, könnte es sein, dass die Handelsgesellschaften auch in Bezug auf den Umfang ihrer Rechtsfähigkeit unter § 34 KBGB fallen.²⁰ Demnach könnte man behaupten, dass das ultra-vires-Prinzip auch für die Handelsgesellschaften gilt. Dem widerspricht nach meiner Ansicht aber § 209 KHGB²¹: Nach § 209 Abs. 1 KHGB können die zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigten Gesellschafter alle gerichtlichen und außergerichtlichen Handlungen vornehmen, die die Geschäfte der Gesellschaft betreffen. Da die Bestimmung

¹⁶ 竹下昭夫(*Akio Takeuchi*), 會社法における **ultra vires**の原則の廢棄 (Aufhebung des ultra-vires-Prinzips im Gesellschaftsrecht), in: **アメリカ法** (Das amerikanische Recht), Vol. 1 (1965) (japanisch), S. 23.

¹⁷ Vgl. *Urakawa/ v. Bar*, RabelZ 43 (1979), S. 147, 150 Fn. 14.

¹⁸ In der japanischen Besatzungszeit wurde das JBGB von 1898 nach der „Durchführungsordnung zum Zivilrecht für Korea von 1912“ zwangsweise in Korea eingeführt.

¹⁹ § 1 KHGB lautet: [Auf Handelssachen anwendbare Vorschriften] Soweit sich aus dem Handelsgesetzbuch nichts anders ergibt, kommt das im Handelsverkehr geltende Gewohnheitsrecht auf Handelssachen zur Anwendung. Besteht kein im Handelsverkehr geltendes Gewohnheitsrecht, so kommt das Bürgerliche Gesetzbuch zur Anwendung.

²⁰ Es ist streitig, ob die Handelsgesellschaften unter § 34 KBGB fallen.

²¹ § 209 KHGB hat folgenden Wortlaut: [Rechte der vertretungsberechtigten Gesellschafter]
(1) Die Gesellschafter, die zur Vertretung der Gesellschaft befugt sind, können sie in allen Geschäftsangelegenheiten gerichtlich und außergerichtlich vertreten.
(2) Eine Beschränkung der Vertretungsmacht ist gutgläubigen Dritten gegenüber unwirksam.

über die Befugnis der Organpersonen ein fakultativer Satzungsinhalt ist,²² kann der Umfang der Befugnis solcher Gesellschafter durch Satzung beschränkt werden. Die Beschränkungen solcher Befugnis können jedoch nach § 209 Abs. 2 KHGB einem gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden. Hier steht der Gedanke der Verkehrssicherheit im Mittelpunkt. § 209 KHGB, der für die OHG gilt, ist über § 269 KHGB auf die KG, über § 389 Abs. 3 KHGB auf die AG und über § 567 KHGB auf die GmbH entsprechend anzuwenden. Bezüglich der Handelsgesellschaften stützt sich der Gesetzgeber des KHGB m.E. nicht auf das ultra-vires-Prinzip, sondern er schließt die Anwendung des ultra-vires-Prinzips auf die Handelsgesellschaften eindeutig aus. Denn wenn sich ein gutgläubiger Dritter für die Gültigkeit des mit einer Organperson abgeschlossenen Geschäftes auf die wirksame Handlung der Organperson beruft, gibt es gemäß § 209 Abs. 2 KHGB für die Beschränkungen der Befugnis der Organpersonen durch Satzung keinen Raum mehr.

Die Diskrepanz des § 34 KBGB zu den handelsrechtlichen Normen, besonders zu § 209 KHGB, ist auf die Gesetzgebung des KHGB zurückzuführen: Das geltende KHGB, das am 1. 1. 1963 in Kraft getreten ist, basiert redaktionell und inhaltlich auf dem japanischen Handelsgesetz von 1899. Angesichts der Schaffung des japanischen HGB hat der japanische Gesetzgeber das ADHGB und die Entwürfe zum deutschen HGB von 1897 zum Vorbild genommen.²³ § 209 KHGB ist mit dem § 78 JHGB identisch. § 78 JHGB geht wiederum auf § 126 des deutschen HGB von 1897 zurück, der für die OHG gilt. Der Bestimmungsinhalt des § 209 Abs. 1 KHGB entspricht auch den heutigen deutschen §§ 26 Abs. 2 BGB, 78 Abs. 1 AktG, 35 Abs. 1 GmbHG und 24 Abs. 1 GenG. Daraus lässt sich folgern, dass das KHGB unter dem Einfluss des deutschen HGB das ultra-vires-Prinzip nicht eingeführt hat. Die „zufällige Sachlage“, die bei der Schaffung des JBGB bzw. des KBGB eine gewisse Rolle gespielt hat, hatte bei der Entstehung des JHGB bzw. KHGB keine Bedeutung.

III. Rechtsprechung und Lehrmeinungen zur Auslegung und Anwendung des § 34 KBGB

1. Rechtsprechung

In der Praxis wendet man den § 34 KBGB an, wenn eine juristische Person im Streitfall die Zurechnung der Rechtsfolge der von ihrem Vertreter vorgenommenen Rechtsgeschäfte mit dem Argument vermeiden will, die getätigten Rechtsgeschäfte lägen außerhalb des in der Satzung festgelegten Zwecks. Erweist sich, dass die Handlungen des Vertreters einer juristischen Person außerhalb des Satzungszwecks (*ultra vires*) liegen und daher nichtig sind, kann der Geschäftspartner, der im Vertrauen auf die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte mit dem Vertreter einer juristischen Person etwa einen Vertrag abgeschlossen hat, einen erheblichen Schaden erleiden. Ein solches

²² Vgl. *Dong-Yun Chung*, Gesellschaftsrecht, S. 111 (koreanisch).

²³ Vgl. *Ichiro Kawamoto*, Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Berlin/New York 1994, S. 51; *Ju-Chan Sonn*, Die Entwicklung des koreanischen Gesellschaftsrechts, in: *Zur Rezeption des deutschen Rechts in Korea*, Baden-Baden 1990, S. 75.

Ergebnis schadet der Verkehrssicherheit. So ist die Frage, ob die Handlungen des Vertreters einer juristischen Person von ihrem Satzungszweck abgedeckt werden, von großer Bedeutung für die Interessen des Geschäftspartners. Hinsichtlich der Frage, welche Handlungen als innerhalb des Satzungszwecks liegend angesehen werden, steht der KOGH in ständiger Rechtsprechung²⁴ auf folgendem Standpunkt: Die Handlungen, die innerhalb des Satzungszwecks liegen, beschränken sich nicht allein auf die zur Zweckerfüllung in der Satzung ausdrücklich aufgezählten Handlungen. Sie umfassen darüber hinaus alle Handlungen, die unmittelbar oder mittelbar zur Zweckdurchführung notwendig sind. Eine solche Notwendigkeit ist nicht nach dem subjektiven, konkreten Willen der Geschäftsparteien, sondern nach der objektiven Natur der Handlungen abstrakt zu entscheiden.

Diesen Formulierungen des KOGH lässt sich jedoch kein eindeutiges Auslegungskriterium entnehmen, auf das sich ein Geschäftspartner für den Fall weiterer Rechtsgeschäfte mit einem Vertreter der juristischen Person verlassen kann. Daher ist es zum Verständnis des Standpunkts des KOGH notwendig und auch sinnvoll, die Rechtsprechung anhand von konkreten Fällen zu analysieren. Insoweit hat ein großer Teil der Literatur²⁵ festgestellt, dass der KOGH bei der Interpretation des Satzungszwecks von einem Unterschied zwischen der wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen juristischen Person ausgeht. Während die Rechtsprechung bei den nichtwirtschaftlichen juristischen Personen die Tragweite des Satzungszwecks im Prinzip relativ eng fasst, legt sie bei den wirtschaftlichen juristischen Personen den Satzungszweck weit aus. Bei näherer Betrachtung zeigt sich die Rechtsprechung jedoch schwankend.

Zunächst einmal sind die Fälle der nichtwirtschaftlichen juristischen Personen zu prüfen. Der KOGH hat folgende Handlungen als innerhalb des Satzungszwecks angesehen: Die Leistung an Erfüllung Statt einer privaten Schule (Stiftung), die sich für den Ausbau des Schulgebäudes und Anschaffung von Schulinstrumenten verschuldet hat²⁶; die Einwilligung einer öffentlichen juristischen Person in die Abtretung einer ihr gegenüber bestehenden Forderung an Dritte²⁷; Darlehen oder Ausgabe eines Wechselbriefs zur Finanzierung der Produktion und des Handels einer Genossenschaft, die nach dem Einzelfallgesetz gegründet wurde²⁸. Bei den nichtwirtschaftlichen juristischen Personen neigt die Rechtsprechung überwiegend zur Verneinung der Gültigkeit der Rechtsgeschäfte unter Hinweis auf die Überschreitung des Satzungszwecks i.S. des § 34 KBGB. Dafür sind beispielsweise folgende Fälle anzuführen, in denen es um Wirtschaftsbetriebe der Landwirtschaftsgenossenschaften²⁹ geht. Eine Brauerei einer Landwirtschaftsgenossenschaft soll gewinnorientiert arbeiten und deswegen

²⁴ KOGH v. 8. 2. 1946, 4278 minsang 179; KOGH 8. 9. 1987, daka 1349; KOGH 8. 12. 1987, 86 daka 1230.

²⁵ Vgl. nur *Sang-Yong Ko*, AT des BGB, S. 196; *GwakKomm-Hong*, S. 580 ff. (alle koreanisch)

²⁶ KOGH v. 28. 11. 1957, 90 minsang 613.

²⁷ KOGH v. 23. 3. 1976, 73 da 2088.

²⁸ KOGH v. 13. 1. 1981, 80 da 1049, 1050.

²⁹ Genossenschaften gehören nach der Klassifikation *Karsten Schmidts* zu den wirtschaftlichen juristischen Personen. Dagegen sieht die koreanische Wissenschaft Genossenschaften als nichtwirtschaftliche juristische Personen an.

nicht unter die zur Zweckdurchführung erforderlichen Handlungen zu subsumieren sein.³⁰ Im Gegensatz dazu nimmt der KOGH an, dass der Reisreinigungsbetrieb derselben Genossenschaft innerhalb des Satzungszwecks liegt.³¹ Den Fall, dass eine Landwirtschafts-genossenschaft mit den nicht von Genossen erzeugten Waren ein Engros-geschäft betreibt, betrachtet der KOGH als mit dem Satzungszweck nicht vereinbar. In diesen Urteilen zeigt sich, dass der KOGH bei der nichtwirtschaftlichen juristischen Person den Auslegungsradius des Satzungszwecks ziemlich eng fasst.

Als Zweites werden die Fälle der wirtschaftlichen juristischen Personen überprüft. Bei diesen Fällen legt der KOGH den Umfang des Satzungszwecks vergleichsweise weit aus. Ein Schulbeispiel liefert ein Urteil des KOGH v. 21. 5. 1968, 68 da 461: Klägerin ist eine Aktiengesellschaft, die Papier erzeugt und exportiert. Sie ist Genossin in der Dachgenossenschaft für Papierhersteller. Sie hinterlegte zum Import des Papierstoffs bei dieser Dachgenossenschaft eine bestimmte Summe Geld. Ein Vorstand der Dachgenossenschaft unterschlug das hinterlegte Geld und wurde deshalb verhaftet. Die Dachgenossenschaft war dadurch nicht in der Lage, das Geld zurückzuzahlen. Der Vater des verhafteten Vorstandes, Vorstandsvorsitzender einer zweiten AG, vereinbarte mit der Dachgenossenschaft die Schuldübernahme und stellte dafür einen Wechsel aus. Diesen Wechsel händigte die Dachgenossenschaft der Klägerin aus, die damit von der zweiten, nun der beklagten AG, eine Rückzahlung verlangte. Die beklagte AG verweigerte die Einlösung des Wechsels mit der Begründung, der Vorstandsvorsitzende habe den Wechsel nur ausgestellt, um eine Freilassung seines inhaftierten Sohnes zu erreichen. Die beklagte AG erhob den Einwand, dass die Schuldübernahme bzw. Wechselausgabe ihres Vorstandsvorsitzenden nicht in den Rahmen des Satzungszwecks einbezogen werden könne. Der KOGH befand in seiner Entscheidung, die Schuldübernahme sei bei den Handelsgesellschaften eine der notwendigen Handlungen zur Geschäftsführung und liege daher innerhalb des Satzungszwecks. Obwohl der KOGH in dieser Entscheidung vom Satzungszweck als Beurteilungskriterium ausging, erweiterte er den Umfang der wirksamen Handlungen der Handelsgesellschaft erheblich. Einen gegenteiligen Standpunkt der Rechtsprechung zeigt ein anderes Urteil³²: Ein Geschäftsführer einer Baugesellschaft (AG) übernahm eine Solidarbürgschaft³³ für Verbindlichkeiten eines Dritten, zu denen sich der Dritte im Rahmen der Durchführung eines Auftrags verpflichtet hatte. Der KOGH betrachtete in diesem Urteil die Übernahme der Solidarbürgschaft nicht als eine vom Satzungszweck der Baugesellschaft gedeckte Handlung und deswegen als nichtig. Bemerkenswert ist, dass diese Nichtigkeit auch nachträglich nicht heilbar ist, selbst wenn die Aktionäre und Vorstandsmitglieder der Baugesellschaft der Solidarbürgschaft zustimmen.

³⁰ KOGH v. 5. 7. 1966, 66 nu 57.

³¹ KOGH v. 31.8. 1970, 70 do 1267.

³² KOGH v. 26. 11. 1974, 74 da 310.

³³ Von Solidarbürgschaft spricht man im koreanischen Recht, wenn ein Bürge sich mit dem Hauptschuldner solidarisch verpflichtet. Der Unterschied zu einer normalen Bürgschaft liegt darin, dass für die Solidarbürgschaft kein Subsidiaritätsprinzip gilt.

Dieses Urteil wurde in der Literatur³⁴ mit Blick auf die Verkehrssicherheit vielfach kritisiert. Der KOGH vertritt zumindest in diesem Urteil die gleichen Prinzipien wie die anglo-amerikanische ultra-vires-Lehre.³⁵

2. Lehrmeinungen in der Literatur

a) Auffassungen zur Auslegung des § 34 KBGB

Der Wortlaut des § 34 KBGB („im Rahmen des ... Zwecks“) hat in der koreanischen Wissenschaft darüber Diskussionen ausgelöst, worauf sich die Einschränkung des § 34 KBGB eigentlich bezieht. Die Auffassungen weichen voneinander ab.

Die h.M.³⁶ vertritt die Ansicht, dass der Sinn des § 34 KBGB in der Einschränkung der Rechtsfähigkeit besteht. Diese Auffassung stützt sich offensichtlich unmittelbar auf den Gesetzeswortlaut des § 34 KBGB. Nach dieser Auffassung kann eine juristische Person lediglich innerhalb des durch die Satzung vorgegebenen Zwecks Rechte genießen und ebenso Pflichten haben. Damit begrenzt diese Auffassung in erster Linie die Rechtsfähigkeit der juristischen Person. Sie läuft jedoch gleichzeitig auf eine Begrenzung der Handlungsfähigkeit der juristischen Person hinaus.³⁷ Wenn ein Organ einer juristischen Person ein außerhalb des Satzungszwecks liegendes Rechtsgeschäft vorgenommen hat, ist dieses Rechtsgeschäft nichtig. Der Geschäftspartner kann nur unter bestimmten Voraussetzungen einen Schadensersatzanspruch aufgrund deliktischer Handlungen (§ 35 Abs. 1 KBGB³⁸) oder einen Bereicherungsanspruch (§ 741 KBGB³⁹) geltend machen.

Wie die angeführten Urteile gezeigt haben, vertritt auch der KOGH diese Auffassung. Nach ihr hängt die Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes maßgeblich von der Auslegung des Satzungszwecks ab. Hieraus ergibt sich die

³⁴ *Deok-Sung Lee*, Die Rechtsfähigkeit der juristischen Person (Anmerkung zum Urteil des KOGH v. 26. 11. 1974, 74 da 310), in: Zivilrechtliche Rechtsprechung I, S. 56, 60; *Kiuon Tsche*, Gesellschaftsrecht, S. 84. (alle koreanisch)

³⁵ *Ki-Bom Kwon*, Die Rechtsfähigkeit der Handelsgesellschaft, in: Festschrift für *Hee-Chul Chung*, S. 101 (koreanisch).

³⁶ *Yoon-Jik Gwack*, AT des BGB, S. 244; *Yong-Han Kim*, AT des BGB, S. 173; *Kyung-Hak Chang*, AT des BGB S. 320; *Hyon-Tae Kim*, AT des BGB, S. 179; *Joo-Soo Kim*, AT des BGB, S. 199; *Seok-In Huang*, Modernes Zivilrecht I, S. 104. *Yong-Woo Kwon*, Die Rechtsfähigkeit der juristischen Person, WGKS 90/2 S. 190 (alle koreanisch).

³⁷ Deswegen wird diese Auffassung in der Literatur unterschiedlich bezeichnet, nämlich als die Lehre von der Begrenzung der Rechtsfähigkeit, die Lehre von der Begrenzung der Handlungsfähigkeit oder die Lehre von der Begrenzung der Rechts- und Handlungsfähigkeit. Jedoch erübrigt es sich, auf einzelne Unterschiede dieser Lehren einzugehen, weil die Inhalte der Lehren im Ergebnis gleich sind. Vgl. dazu *Anoldi*, Die Haftung der juristischen Person für ihre Organe nach deutschem und koreanischem Recht, Berlin 1997, S. 139 ff.

³⁸ § 35 Abs. 1 KBGB hat folgenden Wortlaut: Die juristische Person ist für den Ersatz des Schadens verantwortlich, den der Vorstand oder ein anderer Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangenen Handlung einem Dritten zufügt. Die persönliche Haftung des Handelnden bleibt jedoch dadurch unberührt.

³⁹ § 741 KBGB lautet: [Inhalt der ungerechtfertigten Bereicherung] Wer durch eine Leistung aus dem Vermögen oder den Diensten eines anderen einen Vorteil ohne rechtlichen Grund erlangt und dadurch diesem einen Schaden zufügt, ist ihm zur Herausgabe des erlangten Vorteils verpflichtet.

Notwendigkeit, einen Auslegungsmaßstab einzubringen. Bisher haben sich im wesentlichen zwei Meinungen herausgebildet. Die eine Meinung⁴⁰ rechnet zum inneren Satzungszweck solche Handlungen, die aktiv darauf ausgerichtet sind, den Zweck zu erreichen und zu fördern. Das ist in der Praxis kaum befriedigend, weil nach diesem Kriterium der Kreis der wirksamen Handlungen sehr eng gefasst wird. Eine andere Meinung⁴¹ grenzt den Satzungszweck negativ ab und legt ihn damit sehr weit aus. Sie sieht im inneren Satzungszweck jede Handlung, die dem in der Satzung festgelegten Zweck nicht zuwiderläuft. Diese Meinung führt zwar zu einer Erweiterung des Satzungszwecks; indem sie jedoch weiterhin auf ihn abstellt, befreit sie sich nicht ganz vom ultra-vires-Gedanken.

Während sich die h.M. in Bezug auf § 34 KBGB mit der Begrenzung der Rechts- oder Handlungsfähigkeit beschäftigt, rückt eine Minderheitsmeinung⁴² die Vertretungsmacht der Organe bei der Vertretung juristischer Person in den Mittelpunkt. Der entscheidende Unterschied zwischen der h.M. und dieser Meinung liegt darin, dass nach der h.M. die Nichtigkeit eine unumstößliche Rechtsfolge von ultra-vires-Handlungen ist, da die juristische Person für solche Handlungen rechtsunfähig ist. Nach der Minderheitsmeinung ist dagegen die juristische Person bei ultra- und intra-vires-Handlungen gleichermaßen rechtsfähig. Stellt sich heraus, dass ein durch ein Organ vorgenommenes Rechtsgeschäft außerhalb des Satzungszwecks liegt, führt das nach dieser Meinung nicht direkt zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, sondern lediglich zur Frage des Vertreterhandelns ohne Vertretungsmacht (vgl. § 130 KBGB⁴³): Wenn die juristische Person das Rechtsgeschäft des Organs (also des Vertreters) nachträglich genehmigt oder wenn das Verhalten des Organs die Voraussetzungen für die Annahme einer Anscheinsvollmacht gemäß § 126 KBGB⁴⁴ erfüllt, ist die Handlung des Organs rechtlich wirksam.⁴⁵ Daran ist erkennbar, dass diese Ansicht den deutschen Lösungen angenähert ist und sie damit mehr Gewicht auf die Sicherheit des Rechtsverkehrs als auf den Bestandsschutz der juristischen Person legt.

⁴⁰ *Young-Sub Lee*, AT des BGB, S. 198; *Tae-Jae Lee*, AT des BGB, S. 146; *Chung-Han Kim*, AT des BGB, S. 197. (alle koreanisch)

⁴¹ *Sun-Won Bang*, AT des BGB, S. 107; *Hyon-Tae Kim*, AT des BGB, S. 179; *Yoon-Jik Gwack*, AT des BGB, S. 251; *Yong-Han Kim*, AT des BGB, S. 178; *Kyung-Hak Chang*, AT des BGB, S. 319; *Sang-Yong Kim*, AT des BGB, S. 257; *Ki-Son Kim*, AT des BGB, S. 147: (alle koreanisch)

⁴² Grundlegend *Sang-Yong Ko*, AT des BGB, S. 198; *ders.*, Zivilrechtsvorlesung, S. 101; *Ju & KimKomm-Park*, S. 367; *Deok-Sung Lee*, Zivilrechtliche Rechtsprechung I, S. 59: (alle koreanisch)

⁴³ § 130 KBGB lautet: [Vertretung ohne Vertretungsmacht] Schließt jemand als Vertreter ohne Vertretungsmacht einen Vertrag, so wirkt der Vertrag nicht für den Vertretenen, wenn dieser das Geschäft nicht genehmigt.

⁴⁴ § 126 KBGB lautet: [Vertretung bei Überschreitung] Hat ein Vertreter ein Rechtsgeschäft über die ihm zustehenden Befugnisse hinaus vorgenommen, so ist der Vertretene für die Folgen des Rechtsgeschäfts nur dann verantwortlich, wenn der andere einen triftigen Grund dafür hat, dass er sich auf die Befugnisse des Vertreters verlässt.

⁴⁵ Vgl., *Ju & KimKomm-Park*, S. 367 (koreanisch).

b) Diskussion um die Anwendbarkeit des § 34 KBGB auf die Handelsgesellschaften

In der gesellschaftsrechtlichen Wissenschaft ist vielfach die Frage diskutiert worden, ob § 34 KBGB überhaupt auf Handelsgesellschaften Anwendung findet. Diese Frage wird gerade deshalb gestellt, weil sich das KHGB bezüglich der Anwendung des § 34 KBGB auf Handelsgesellschaften nicht festlegt. Die Diskussion hat bislang keine einheitliche Antwort hervorgebracht.

Einige Autoren behaupten, dass § 34 KBGB auf Handelsgesellschaften analog anzuwenden und deswegen die Rechtsfähigkeit der Handelsgesellschaft durch den in der Satzung festgelegten Gesellschaftszweck beschränkt sei.⁴⁶ Sie gehen davon aus, dass eine Handelsgesellschaft ebenso wie ein BGB-Verein eine juristische Person ist (vgl. § 171 Abs. 1 KHGB). Es bestehe daher kein Grund, Handelsgesellschaften anders zu behandeln. Der Kritik, dass nach dieser Ansicht wegen der Beschränkung der Rechtsfähigkeit der Handelsgesellschaften der Schutz der Verkehrssicherheit nicht befriedigend sei, halten die Autoren⁴⁷ entgegen, es könne kaum passieren, dass dem Geschäftspartner ein unberechenbarer Schaden zugefügt wird, weil der Gesellschaftszweck sowohl in der Satzung als auch im Handelsregister veröffentlicht sei. Dieses Argument erscheint jedoch nicht überzeugend, weil der Geschäftspartner im Ergebnis gezwungen wird, zur Prüfung der Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts eine Auslegung des Gesellschaftszwecks vorzunehmen.

Im Großteil der handels- und gesellschaftsrechtlichen Literatur⁴⁸ wird heute die Ansicht vertreten, dass der in der Satzung niedergelegte Gesellschaftszweck der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft keine Grenze setzt. Zur Begründung dafür wird Folgendes angeführt: § 34 KBGB gelte lediglich für die nichtwirtschaftlichen juristischen Personen, weil das KHGB keine Vorschrift enthalte, die für die Handelsgesellschaften auf § 34 KBGB verweise. Das sei ein Beweis dafür, dass der Gesetzgeber des KHGB bezüglich der Handelsgesellschaften die Verkehrssicherheit vorrangig behandle. Zwar sei der Gesellschaftszweck in der Satzung und im Handelsregister veröffentlicht, für den Geschäftspartner sei es jedoch schwierig zu prüfen, ob ein Rechtsgeschäft im Katalog des Gesellschaftszwecks enthalten sei. Dies stelle ein großes Hindernis bei dem Bemühen dar, den Rechtsverkehr zu vereinfachen. Daher dürfe eine Beschränkung der Rechtsfähigkeit der Handelsgesellschaft durch ihren Gesellschaftszweck nicht angenommen werden. Diese Ansicht

⁴⁶ *Hee-Chul Chung*, Handelsrecht, Bd. I, S. 293; *Byung-Tae Lee*, Handelsrecht, Bd. I, S. 408; *Won-Son Park/Chung-Han Lee*, Gesellschaftsrecht, S. 70; *Chung & Chung*, Handelsrecht, Bd. I, S. 416: (alle koreanisch).

⁴⁷ Vgl. *Hee-Chul Chung*, Handelsrecht, Bd. I, S. 293; *Chung & Chung*, Handelsrecht, Bd. I, S. 416 (koreanisch).

⁴⁸ *Wi-Du Kang*, Gesellschaftsrecht, S. 56; *Don-Gak Seo*, Handelsrecht, Bd. I, S. 204; *Ju-Chan Sonn*, Handelsrecht, Bd. I, S. 307; *Wan-Seok Lee*, Handelsrecht, Bd. I, S. 279; *Mu-Dong Chung*, Handelsrecht, Bd. I, S. 138; *Kiuon Tsche*, Gesellschaftsrecht, S. 90 ff.; *Dong-Yun Chung*, Gesellschaftsrecht, S. 49 ff.; *Lee & Lee*, Gesellschaftsrecht, S. 60; *Ki-Bom Kwon*, Die Rechtsfähigkeit der Handelsgesellschaft, in: Festschrift für *Hee-Chul Chung*, S. 106 ff.; *Choong-Kee Lee*, The Doctrine of ultra vires in English and Korean Laws, Seoul Law Journal (Vol. 36, No. 1) 1995/5, S. 198 ff: (alle koreanisch)

weist darüber hinaus rechtsvergleichend auf die heutige Tendenz hin, den Aspekt der Verkehrssicherheit zu bevorzugen. Außerdem bezieht sie sich auf die Aufhebung der ultra-vires-Doktrin durch „the Companies Act 1989“ in England und auf den Ausschluss des ultra-vires-Einwandes nach dem R.M.B.C.A. in den USA.

IV. Fazit - Zugleich zur Reformdiskussion in Korea

Während in der gesellschaftsrechtlichen Diskussion sich in den letzten 20 Jahren die Ansicht durchzusetzen beginnt, dass § 34 KBGB auf Handelsgesellschaften nicht anzuwenden und demnach die Rechtsfähigkeit der Handelsgesellschaft nicht durch ihren Gesellschaftszweck beschränkt ist, herrscht auf der zivilrechtlichen Ebene noch die Ansicht vor, wonach die juristische Person (Verein und Stiftung) nach § 34 KBGB im Rahmen des Satzungszwecks rechtsfähig ist. In der Rechtspraxis zeigt sich die Tendenz, dass die Rechtsprechung bei den wirtschaftlichen juristischen Personen - hauptsächlich den Handelsgesellschaften - den Tätigkeitsbereich ihrer Organe möglichst weit auslegt und bei den nichtwirtschaftlichen juristischen Personen vergleichsweise eng fasst. Immerhin spielt es für den KOGH eine gewisse Rolle, ob ein Geschäft mit dem satzungsgemäßen Zweck vereinbar ist. Die Ursache für solche unterschiedlichen Entwicklungen ist mit dem gesetzgeberischen Hintergrund zu erklären: Während der Gesetzgeber des KBGB über die japanische Gesetzgebung das anglo-amerikanische ultra-vires-Prinzip aufgenommen hat, hat sich der Gesetzgeber des KHGB am deutschen Handels- bzw. Gesellschaftsrecht orientiert.

Die ultra-vires-Doktrin ist im Rechtsverkehr sicher ein großes Hindernis. Deswegen werden heute im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum mehr und mehr Stimmen laut, die fordern, § 34 KBGB *de lege ferenda* aufzuheben oder zumindest für Handelsgesellschaften die Nichtanwendbarkeit des § 34 KBGB klarzustellen. Einen solchen Vorschlag halte ich im Hinblick auf die Verkehrssicherheit für plausibel. Im Vergleich dazu ist im zivilrechtlichen Schrifttum von der Streichung des § 34 KBGB noch nicht die Rede. Nichtsdestoweniger ist die Minderheitsmeinung bemerkenswert, die bei der Auslegung des § 34 KBGB von einer Begrenzung der Vertretungsmacht ausgeht. Das ist ein Weg, um die ultra-vires-Lehre im geltenden § 34 KBGB zu überwinden. Wünschenswert ist freilich die Aufhebung des § 34 KBGB *de lege ferenda*.

Neuerdings ist die Diskussion über § 34 KBGB und die ultra-vires-Doktrin wieder aufgelebt. Dies hängt damit zusammen, dass Anfang 2009 das koreanische Justizministerium eine „Kommission für die KBGB-Reform“ gebildet hat. Als erste prüfte die Kommission im Jahre 2009 den Allgemeinen Teil des KBGB. Die Kommission gliedert sich in insgesamt sechs Unterkommissionen, die sich auf spezielle Themengebiete konzentrieren. Die 3. Unterkommission ist für das Thema der juristischen Personen zuständig; dieser Kommission gehöre ich an. Die 3. Unterkommission beschäftigte sich mit der Problematik, ob der ultra-vires-Gedanke des § 34 KBGB aufgehoben werden soll. Die 3. Unterkommission besteht aus sechs Kommissionsmitgliedern. Sie konnten sich nicht einigen; die Abstimmung ergab drei Stimmen für die Aufhebung des ultra-vires-Gedankens und drei Stimmen dagegen.

Daher wurde die Angelegenheit am Ende an die Vollkommission überwiesen. An der Sitzung vom 21.1.2010 nahmen 28 Kommissionsmitglieder teil. Dort stimmten 14 Mitglieder für die Aufhebung des ultra-vires-Gedankens und - bei einem Vorbehalt - 13 Mitglieder dagegen. Der Vorschlag zur Aufhebung fand keine Mehrheit. Demzufolge ist es abzusehen, dass die ultra-vires-Lehre im koreanischen Zivilrecht nicht einfach aussterben wird.

Moderne Konzeptionen und Aufgaben der Verbandsklage

Astrid Stadler, Konstanz

I. Einleitung

In der modernen Dienstleistungs- und Konsumgesellschaft rückt der Verbraucher immer mehr in den Mittelpunkt gesetzgeberischer Aktivitäten. Dies gilt in besonderem Maße für die Europäische Union, die seit den 1980er Jahren wichtige Maßnahmen zum Schutz von Verbrauchern ergriffen hat und im Vertrag von Amsterdam 1999 den Verbraucherschutz explizit in den Katalog ihrer politischen Ziele aufnahm. Die Mitgliedstaaten hatten zahlreiche Richtlinien in ihr nationales Recht zu integrieren, so dass inzwischen die Normfülle des Verbraucherrechts auf europäischer und nationaler Ebene in hohem Maße unübersichtlich geworden ist. Von einem einheitlichen Verbraucherrecht in Europa kann letztlich noch nicht die Rede sein, weil die Richtlinien den Mitgliedstaaten bislang jeweils nur einen Mindeststandard vorgeben, der es ihnen erlaubt, an strengeren Regeln zum Schutz ihrer Verbraucher festzuhalten oder solche einzuführen. Seit 2002 arbeitet daher eine spezielle Kommission (Acquis Group¹) für die Europäische Kommission an der Aufarbeitung des gegenwärtigen Standes des Europäischen Verbraucherrechts (*acquis communautaire*). Die Ergebnisse der Arbeit wurden im letzten Jahr zusammen mit den rechtsvergleichenden Arbeiten der sog. Study Group vorgelegt und bilden heute den Vorschlag für einen Gemeinsamen Referenzrahmen eines Europäischen Vertrags- und Zivilrechts. Über dessen politisches Schicksal lässt sich derzeit keine Prognose treffen, es darf jedoch als unwahrscheinlich gelten, dass der Europäische Gesetzgeber kurz- oder mittelfristig das Projekt einer verbindlichen Harmonisierung des kompletten Vertrags- oder gar Zivilrechts in Europa in Angriff nehmen wird. Der Verbraucherschutz wird aber auch künftig einen Tätigkeitsschwerpunkt bilden. Die bis vor kurzem im Amt befindliche EU-Kommission legte 2008 einen Vorschlag einer Richtlinie über Verbraucherrechte vor, welcher bisheriges Richtlinienrecht überformt und zusammenführt.² Neu ist dabei, dass die Kommission nunmehr den sehr umstrittenen Ansatz der sog. Vollharmonisierung verfolgt. Dies bedeutet, dass künftig eine Umsetzung in nationales Recht einheitlich erfolgen müsste und die Mitgliedstaaten keine strengeren Regeln erlassen dürften. Verständlicherweise laufen hiergegen Mitgliedstaaten mit einem hohen Verbraucherschutzniveau Sturm – sie befürchten zu Recht, dass man sich europaweit auf einem deutlich niedrigeren Niveau treffen müssen. Grundsätzlich fällt auf, dass der europäische

¹ Vgl. zu deren Aktivitäten: <http://www.acquis-group.org/>.

² KOM (2008) 614.

Gesetzgeber zunehmend Abstriche im Verbraucherschutz in Kauf nimmt, um einheitliche Wettbewerbsbedingungen für Anbieter zu schaffen. Der Ansatz, durch Wettbewerb Verbraucher zu schützen, scheint sich in gewisser Weise in einen Gegensatz Wettbewerbs- contra Verbraucherrecht umzukehren.

Unabhängig von dieser mit Sorge zu betrachtenden Entwicklung, bemühen sich europäische und nationale Gesetzgeber in den letzten Jahren aber vor allem um eine effektive Durchsetzung von Verbraucherrechten – dies reicht vom Wettbewerbs- über das Kartellrecht bis zu den Kerngebieten des Verbrauchervertrages. Da die europäischen Staaten hier bislang sehr verschiedene Konzepte verfolgen und unterschiedliche Institutionen mit der Wahrnehmung von Verbraucherrechten betrauen, läuft die Diskussion auf die paradigmatische Frage hinaus, ob Gesetzesverstöße im Wege öffentlicher oder privater Rechtsverfolgung geahndet werden sollen. Eine Art Mittelweg nimmt dabei die Verbandsklage ein, die sich in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts in Deutschland und einigen anderen EU-Mitgliedstaaten etablieren konnte, aber lange Zeit einen sehr engen Wirkungsbereich hatte. Ich möchte im Folgenden kurz auf die Diskussion zur Frage *public v. private enforcement* eingehen, die derzeitigen Aufgaben der Verbandsklage und ihre dogmatische Einordnung beleuchten und einen Blick auf die künftige Entwicklung werfen.

II. Stärkung privater Rechtsdurchsetzung zum Schutz von Verbrauchern?

1. Alternative staatlicher und privater Rechtsdurchsetzung

Auf europäischer Ebene haben verschiedene Generaldirektionen der EU-Kommission (Wettbewerb, Verbraucherschutz und Gesundheit) aus dem amerikanischen Recht den Gedanken des *private enforcement* aufgenommen. Er geht davon aus, dass sich Rechtsverstöße zulasten einer Vielzahl Verbrauchern wie wir sie im Kartellrecht, in der Produkthaftung oder im Antidiskriminierungsrecht antreffen, möglicherweise effektiver verfolgen und ahnden lassen, wenn man diese Aufgabe nicht in die Hände staatlicher Behörden legt, sondern einzelnen Betroffenen erlaubt, im Wege von Gruppen- oder Popularklagen (Stichwort: *class action*) zivilrechtlich gegen rechtsbrüchige Unternehmen vorzugehen. Die Verfolgungskapazität staatlicher Behörden ist regelmäßig durch begrenzte Personal- und Finanzressourcen eingeschränkt, straf- und verwaltungsrechtliche Sanktionen haben häufig keinen wirklich abschreckenden Effekt. Daher verspricht man sich von einem *private enforcement* eine effektivere und breiter gestreute Ahndung von Rechtsverstößen. Dies soll durch Schadensersatz- und Unterlassungsklagen privater Interessenvertreter geschehen, denen man die notwendigen prozessualen Instrumente in die Hand gibt und den Zugang zu Gericht durch die Bündelung von Ansprüchen und pekuniäre Anreize für Klägeranwälte (Erfolgshonorar) sichert. Initiiert ist die Debatte letztlich durch eine europaweit zu beobachtende Deregulierung. Die Rücknahme präventiver Kontrollmechanismen im Kapitalmarkt-, Kartell- und Wirtschaftsrecht soll durch repressive Maßnahmen aufgefangen werden. Die Idee, verstärkt Anreize für eine private Rechtsdurchsetzung zu setzen, verändert dabei auch

den Charakter privater Schadensersatzansprüche. Während diese Ansprüche primär eine kompensatorische Funktion zugunsten der Geschädigten haben, werden sie mehr und mehr zu einem Instrument der Marktregulierung mit stark präventivem Einschlag. In den USA ist dies mit den exorbitanten, teilweise Existenz bedrohenden Schadensersatzklagen, die im Kartellrecht durch *class actions* geltend gemacht werden, sehr deutlich.

Die Diskussion zur Frage *public* oder *private enforcement* nahm in Europa einen erstaunlichen Verlauf. Sie konzentrierte sich nämlich schnell darauf, wie man die private Rechtsdurchsetzung organisieren kann. Hingegen ging man der Frage, ob sie wirklich in allen Bereichen effektiver sein kann als staatliche Kontrolle, nicht wirklich nach. So liegt für das Kartellrecht seit 2008 ein Weißbuch der Europäischen Kommission vor, das sich für die Einführung von Verbandsklagen und privaten Gruppenklagen ausspricht. Für das Verbraucherrecht gibt es ähnliche Überlegungen. Nicht alles, was in den USA gut oder immerhin leidlich funktioniert, muss aber das passende Konzept für Europa sein. Es wäre daher zunächst zu untersuchen gewesen, ob man in den Mitgliedstaaten, die wie Großbritannien den Verbraucherschutz ganz einer Behörde anvertrauen (Office of Fair Trading), schlechtere Erfahrungen gemacht hat als dort, wo die Rechtsdurchsetzung schon immer Privaten und Verbänden überlassen wurde. Immerhin galt das Modell des Verbraucherschutzes durch Verbraucherombudsleute in Skandinavien, welche eine behördenähnliche Stellung haben, lange Jahre als Vorbild in Europa. Allerdings wendet sich Schweden, regelmäßig ein Protagonist neuer Modelle, seit 2003 von diesem Konzept teilweise ab und ergänzt es um private Gruppenklagen, von denen man sich eine größere Breitenwirkung verspricht. Im Kartellrecht, das erhebliche Auswirkungen auf den Verbraucher haben kann, setzen die meisten Staaten auf Überwachung und Sanktion durch Behörden – schon wegen der notwendigen Ermittlungen, die staatsanwaltliche Befugnisse voraussetzen. Breit angelegte, vergleichende Untersuchungen, welcher Weg der bessere sein könnte, fehlen bislang. Regelmäßig begnügt man sich mit der Feststellung, die öffentlichen Institutionen könnten sich nur der großen Fälle annehmen, aber nicht flächendeckend agieren. Dass private Interessenvertreter hingegen kleine, weniger spektakuläre Fälle aufgreifen und allein wegen der Vielzahl möglicher Akteure letztlich flächendeckend handeln, ist aber eine noch unbewiesene Hypothese. Sie wird sich nur bewahrheiten, wenn man ideale prozessuale und materielle Rahmenbedingungen schafft. Wahrscheinlicher dürfte es sein, dass man je nach Rechtsgebiet zu unterschiedlichen Vorzügen staatlicher und privater Rechtsdurchsetzung gelangt. Eine europaweite Einheitslösung, die gewachsene Strukturen und unterschiedliche Rechtskultur missachtet, ist nicht erforderlich. In Deutschland hat man im Verbraucher- und Wettbewerbsrecht traditionell auf private Akteure gesetzt – mit gutem Erfolg, während die Durchsetzung kartellrechtlicher Regelungen ebenso wie die Produkt- und Lebensmittelüberwachung primär in staatlicher Hand ist. Schließlich ist auch eine Kombination staatlicher und privater Rechtsdurchsetzung denkbar, wenn klare Abgrenzungen erfolgen.

Interessanterweise zeigt die rechtspolitische Diskussion, dass die Unternehmensseite (jedenfalls in Deutschland) offenbar eher bereit ist, eine Stärkung staatlicher als privater Kompetenzen zu akzeptieren. Der Ein-

führung privater Klagebefugnisse im großen Stil nach dem Vorbild amerikanischer *class actions* bringt sie geschlossene Ablehnung entgegen. Man befürchtet, dass übergroße Klageanreize gesetzt werden könnten, die zum Missbrauch einladen, wie man ihn aus den USA hinlänglich kennt. Staatlichen Behörden traut man offenbar mehr Augenmaß bei der Rechtsverfolgung zu. Vielleicht ist die Haltung der Wirtschaft aber auch nur ein Beleg dafür, dass man sich mit einer derzeitig lückenhaften und unzureichenden Rechtsdurchsetzung gut arrangiert hat.

2. Verbände als Interessenvertreter und Akteure privater Rechtsdurchsetzung

Viele Staaten Europas haben seit einigen Jahren einen Mittelweg eingeschlagen, indem sie die Wahrnehmung von Verbraucherinteressen auf verschiedenen Rechtsgebieten Verbraucherverbänden und ähnlichen Interessenorganisationen übertrugen. Sie sind häufig – allerdings in sehr unterschiedlichem Ausmaß in den Mitgliedstaaten der EU – staatlich finanziert. Dies beruht darauf, dass sie letztlich große Gesellschaftsgruppen repräsentieren und damit im öffentlichen Interesse handeln. Man möchte ihnen damit aber auch ihre sachliche Unabhängigkeit sichern, die bei einer kommerziell ausgerichteten Betätigung nicht mehr gewährleistet wäre. Von echten Behörden unterscheiden sich die Verbraucherverbände vor allem dadurch, dass sie als private Institutionen auch nur mit den Mitteln des Privatrechts agieren können und – anders als teilweise die skandinavischen Ombudsleute – regelmäßig keine hoheitlichen Befugnisse haben. Allerdings haben Verbandsprozesse, obwohl sie in der herkömmlichen Form des Zwei-Parteien-Zivilprozesses geführt werden, grundsätzlich einen anderen Hintergrund und eine größere Tragweite als der gewöhnliche Zivilprozess. Wenn Verbraucherverbände für einzelne Verbraucher Musterprozesse führen oder mit Unterlassungsklagen gegen wettbewerbswidrige Geschäftspraktiken oder rechtswidrige Allgemeine Geschäftsbedingungen vorgehen, geschieht dies in einem breiten, um nicht zu sagen öffentlichen Interesse. Insoweit besteht Einigkeit, dass eine exakte Abgrenzung zwischen dem Interesse großer Gesellschaftsgruppen und einem öffentlichen Interesse schwer möglich ist.

Die Verbandskultur ist in Europa sehr unterschiedlich. Deutschland hat schon aufgrund seiner föderalen Struktur besonders zahlreiche Verbraucherverbände, die nahezu vollständig aus Steuermitteln der Länder finanziert werden. Viele konzentrieren sich jedoch auf den Bereich der Verbraucherberatung und überlassen die gerichtliche Auseinandersetzung wenigen großen Verbänden³. In kleineren EU-Staaten wie Österreich oder den Niederlanden gibt es hingegen nur eine einzige bzw. einige wenige aktive Verbraucherorganisationen.

³ Dies sind die Verbraucherzentralen (VZ) Hamburg und Nordrhein-Westfalen sowie die Dachorganisation der Verbraucherzentralen der Länder, der vzbv (Verbraucherzentrale Bundesverband) mit Sitz in Berlin.

III. Die Verbandsklage im deutschen Recht

1. Unterlassungsklagen im Wettbewerbs- und AGB-Recht

In Deutschland wurden erste Verbandsklagebefugnisse in den 1960-70er Jahren im Wettbewerbsrecht und für den Bereich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen eingeführt. Im Jahre 2001 wurden sie allgemein auf Verstöße gegen das Verbraucherrecht erweitert. Sie beschränkten sich darauf, dass die Verbände bei Verstößen gegen das entsprechende Unternehmen auf Unterlassung klagen können. Eine erfolgreiche Klage kommt, wenn das rechtswidrige Verhalten damit in Zukunft unterbleibt, allen Verbrauchern zu Gute, ohne dass es einer förmlichen Rechtskrafterstreckung bedürfte. Rechtspolitisches Ziel ist es, mit der Verbandsklage eine Lücke in der Rechtsdurchsetzung zu schließen, da einzelne Verbraucher erfahrungsgemäß aus vielen Gründen davor zurückschrecken, gegen Unternehmen zu klagen und beispielsweise lieber fragwürdige oder rechtswidrige Vertragsklauseln in Kauf nehmen. Allerdings trägt das deutsche Recht dem Gedanken Rechnung, dass die Tätigkeit der Verbände auch dem einzelnen Verbraucher konkret zu Gute kommen soll. Daher kann sich im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ein Verbraucher, der gegen seinen Vertragspartner wegen einer rechtswidrigen Klausel klagt, auf ein Unterlassungsurteil berufen, das ein Verband bereits wegen derselben Klausel gegen das Unternehmen erstritten hat.⁴ Es handelt sich um einen Sonderfall der einseitigen Rechtskrafterstreckung. Sie greift nicht ein, wenn die Verbandsklage abgewiesen wurde. Einzelne Verbraucher sind dann nicht gehindert, individuell gegen das Unternehmen wegen derselben Klausel(n) in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorzugehen und erneut zu versuchen, diese für unzulässig erklären zu lassen.

Die klagebefugten Verbände haben in Deutschland eine sehr rege Klage­tätigkeit entfaltet. Allein im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ergehen schätzungsweise bundesweit 500 Unterlassungsurteile im Jahr. Die Verbände konzentrieren sich dabei typischerweise abwechselnd auf bestimmte Branchen, etwa das Bankgewerbe oder Reiseunternehmen. Die Verbraucherorganisationen beklagen allerdings, dass das rechtliche Repertoire für eine effektive Bekämpfung von Missständen nicht ausreicht. Insbesondere fehle es an einer Regelung, die einer Gerichtsentscheidung über eine für rechtswidrig erklärte Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen allgemeine Wirkung zuspricht. Grundsätzlich entfaltet nämlich auch das Urteil im Verbandsklageprozess nur Rechtskraftwirkung zwischen den Prozessparteien. Es bindet insbesondere nur den Beklagten, nicht aber andere Unternehmen, welche dieselbe oder eine funktionsgleiche Klausel in ihren AGB verwenden. In der Praxis verwenden tatsächlich viele Unternehmen Klauseln, die in einem Verfahren gegen ein anderes Unternehmen bereits für unzulässig erklärt wurden, weiterhin – wohl wissend, dass sie einer gerichtlichen Kontrolle nicht standhalten würden. Sie lassen es darauf ankommen, selbst verklagt zu werden. Auch einsatzfreudige Verbände schaffen es nicht, insoweit flächendeckend gegen Verstöße vorzugehen. Eine Regelung, die eine Art „Allgemeinverbindlicherklärung“ von Verbandsurteilen bewirken

⁴ § 11 Unterlassungsklagengesetz.

könnte, erweist sich jedoch unter dem Aspekt der Gewährung rechtlichen Gehörs als sehr problematisch.

2. Die dogmatische Einordnung der Verbandsklage

Seit Einführung der Verbandsklage vor mehr als 30 Jahren streitet die deutsche Prozessrechtswissenschaft darüber, wie die Klagebefugnis von Verbänden dogmatisch einzuordnen und wie es überhaupt zu rechtfertigen ist, dass Verbände Klagerechte im Interesse Dritter wahrnehmen dürfen. Dabei stehen sich zwei Ansichten gegenüber: Ein Teil der Wissenschaft möchte die Verbandsklagebefugnis rein prozessual einordnen und begreift die Frage, ob ein Verband klagen könne, als eine solche der Prozessführungsbefugnis⁵ oder des Rechtsschutzinteresses⁶. Damit würde den berechtigten Verbänden lediglich formal ein prozessuales Klagerecht im Interesse des Verbraucherschutzes zugestanden, auf die Einkleidung in einen Anspruch des materiellen Rechts wird verzichtet.

Die Gegenansicht verlagert die Frage hingegen ganz in das materielle Recht und ging von Anfang davon aus, dass der Gesetzgeber dem berechtigten Verband – im öffentlichen Interesse – einen ihm selbst zustehenden materiellrechtlichen Unterlassungsanspruch zugesteht, den dieser im Einzelfall geltend mache. Beide Ansichten waren mit dem Wortlaut der einschlägigen Vorschriften des deutschen Rechts vereinbar. Die Rechtsprechung hatte sich mit der Lehre von der Doppelnatur⁷ aus der Affäre gezogen und die Voraussetzungen der Klagebefugnis des Verbandes sowohl in der Zulässigkeit als auch der Begründetheit geprüft.

Im Jahre 2001 wurden die einschlägigen Normen anlässlich der Umsetzung der Richtlinie 98/27/EG neu gefasst und der Gesetzgeber entschied sich eindeutig für einen materiellrechtlichen Anspruch⁸ der klageberechtigten Verbände. Gleichwohl ist der Streit damit nicht beendet. Nach wie vor ist streitig, ob die gesamte Problematik damit in den Bereich der Begründetheit, d.h. der Aktivlegitimation, verlagert ist⁹ oder ob die Lehre von der Doppelnatur weiter gilt. Schließlich wird auch immer noch ein Umdenken in Richtung einer rein prozessualen Deutung der Verbandsklagebefugnis eingefordert, nicht zuletzt weil sich dies besser in ein europäisches Konzept einer Verbandsklage einfügen würde.

⁵ Unlängst ausführlich *Halfmeier*, Popularklagen im Privatrecht, 2006, S. 275 ff.; Der kollektive Rechtsschutz der Verbraucher in der Europäischen Union, 1997, S. 124; einige Autoren sprechen von einer im öffentlichen Interesse verliehenen „Aufgreifzuständigkeit“, s. *Leipold*, Die Verbandsklage, S. 74, 65 f; *MünchKomm/Gerlach*, 3. Aufl. 1993, § 13 AGBG Rn. 3 ff; *Wolf/Horn/Lindacher*, AGBG, 3. Aufl. 1994, vor § 13 Rn. 7; ähnlich *Koch*, KritV 1989, 323, 329.

⁶ *MünchKomm-ZPO/Micklitz*, 3. Aufl., § 3 UKlaG Rn. 7.

⁷ BGHZ 133, 316, 319; NJW 1996, 3276; NJW 1998, 1227; u.a. aus der Lit. *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 8. Aufl. 2002, Kap. 13 Rn. 25.

⁸ S. die Gesetzesbegründung BT-Drucks. 14/2658, S. 52, wonach die Regelung eine solche der Aktivlegitimation darstelle, statt vieler auch *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, 10. Aufl. § 1 UKlaG Rn. 23 mit Nachw.

⁹ So *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. § 47 Rn. 11; *Greger*, NJW 2000, 2457 f, 2462.

Die vom Gesetzgeber gewählte Anspruchskonstruktion lässt offen, ob es sich dabei um einen eigenen Anspruch des Verbandes handelt oder ob es des Rückgriffs auf einen fremden Anspruch im Wege der gesetzlichen Prozessstandschaft bedarf, der Verband also nur einen fremden Anspruch in eigenem Namen einklagen darf. Die zuerst genannte Variante – dem Verband steht ein eigener Anspruch zu – erscheint deshalb vielen unbefriedigend, weil sie letztlich nicht mit dem allgemein anerkannten Anspruchsverständnis des deutschen Rechts harmoniert. Seit *Windscheid* hat sich die Differenzierung zwischen prozessualer Geltendmachung und materiellrechtlichem Anspruch als juristisches Gemeingut im deutschen Zivilrecht etabliert. Daran schließt sich die Erkenntnis an, dass der Anspruch dabei als „Mittler“¹⁰ zwischen dem umfassenderen subjektiven Recht (z.B. dem Eigentum oder Persönlichkeitsrecht) und der Klagemöglichkeit zu begreifen ist. Akzeptiert man die Unterscheidung zwischen Anspruch und subjektivem Recht als umfassendem „Stammrecht“¹¹, so erhebt sich die Frage, auf welchem individuell zugeordneten Stammrecht des Verbandes der Unterlassungsanspruch eigentlich beruhen soll.¹² Der Verband ist eindeutig nicht in eigenen Rechten betroffen, wenn er im allgemeinen Verbraucherinteresse klagt.¹³ Die gesetzliche Regelung stellt noch nicht einmal darauf ab, dass konkrete Verbandsmitglieder in ihren Rechten betroffen sind. Daher kann man sich nur mit der Überlegung helfen, dass der Gesetzgeber dem Verband mit der Zuerkennung eines konkreten Anspruchs gleichzeitig auch eine eigene subjektive Rechtsposition einräumen wollte.¹⁴ Allerdings ist es bislang nicht gelungen, deren Inhalt oder Konturen näher zu konkretisieren.¹⁵ In Betracht kommt wohl nur das Recht, die Einhaltung verbraucherschützender Normen überwachen zu dürfen. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um ein klassisches subjektives Recht des Privatrechts,¹⁶ es weist vielmehr schon darauf hin, dass es letztlich um die Privatisierung staatlicher Aufgaben geht.

In ähnliche Schwierigkeiten, die Rechtsposition bzw. den zugehörigen Rechtsträger genau zu benennen, geraten aber auch diejenigen, die davon ausgehen, dass der Verband nicht eigene Ansprüche, sondern im Wege gesetzlicher Prozessstandschaft fremde Rechte geltend macht. Dies könnten entweder solche der konkret beeinträchtigten Verbraucher sein, aber auch deren – jedenfalls als konkreter Anspruch schwer fassbares – Kollektiv-

¹⁰ *Münch*, Vollstreckbare Urkunde und prozessualer Anspruch, 1988, S. 59.

¹¹ *Raiser*, JZ 1961, 465, 466; *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil, Halbband 1, S. 431; *Rüthers/Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, 16. Aufl. § 4 Rn. 2; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 364 f; unklar insoweit *Bork*, Allgemeiner Teil des BGB, 2. Aufl., Rn. 280.

¹² *Halfmeier* (a.a.O. Fn. 5), S. 261, der zu Recht darauf hinweist, dass der Verzicht auf eine solche Stammposition und die Reduktion des Anspruchs auf die reine Klagemöglichkeit letztlich einen Rückfall hinter die Erkenntnis *Windscheid's* bedeutet und den Gedanken der römischen *actio* wieder aufgreift.

¹³ *Stürner*, FS. Baur, 1981, S. 647 ff, 652; *Marotzke*, ZZP 98 (1985), 160, 179.

¹⁴ So etwa *Henckel*, AcP 174 (1974), 138; *Wolf*, ZZP 94 (1981), 109.

¹⁵ Krit. auch *Micklitz/Stadler*, Das Verbandsklagerecht in der Informations- und Dienstleistungsgesellschaft, 2005, S. 1185, 1284.

¹⁶ *Gaul*, FS Beitzke, 1979, S. 997, 1024 spricht daher von einem „Zwittergebilde“.

interesse¹⁷ oder ein (öffentliches) Allgemeininteresse¹⁸. Teilweise wird auch auf einen staatlichen Anspruch rekurriert¹⁹, den der Verband wahrnehme. Dann müsste dieser allerdings als zivilrechtlicher konzipiert sein und müsste auf Einhaltung der eigenen Gesetze gerichtet verstanden werden – eine wenig überzeugende Konzeption. Letztlich laufen alle diese Erklärungsversuche darauf hinaus, auf ein subjektives Recht im klassischen Sinne zu verzichten und im Kollektiv²⁰- oder Allgemeininteresse einem nicht in eigenen Rechten betroffenen Unbeteiligten – dem Verband – die Durchsetzung des Rechts anzuvertrauen. Die Konstruktion über einen materiellrechtlichen Anspruch hat dabei den Vorteil, dass die Prüfung der Befugnis des Verbandes ganz in die Begründetheit verlagert werden kann. Die Prozessführungsbefugnis erweist sich als dann als unproblematisch, denn wer behauptet, einen eigenen Anspruch geltend zu machen, ist immer prozessführungsbefugt.²¹

Der Streit um die Einordnung ist nicht rein theoretischer Art, wie man zunächst vermuten könnte. Spätestens bei grenzüberschreitenden Verbandsklagen führen die Konzeptionen zu Unterschieden bei der Frage nach dem anwendbaren Recht. Prozessuale Fragen entscheiden sich traditionell allein nach der *lex fori*. Ordnet man die Frage der Verbandsklagebefugnis also als verfahrensrechtliche ein, wäre die Befugnis immer nach dem Ortsrecht des Gerichts zu prüfen. Wenn man jedoch der Lösung über einen materiellrechtlichen Anspruch folgt, muss man das internationale Privatrecht bemühen, um eine Rechtsgrundlage für die Verbandsklagebefugnis zu finden und wird außerhalb Deutschlands häufig gar keinen solchen materiellen Anspruch des klagenden Verbandes finden. Die meisten Nachbarstaaten begreifen die Verbandsklage nämlich als Frage der Prozessführungsbefugnis. Ohne dies hier näher auszuführen, kann man im Ergebnis feststellen, dass sich keine der beiden Konzeptionen einer Verbandsklage bei grenzüberschreitenden Fällen konsequent durchhalten lässt. Vielmehr muss man – wie die Rechtsprechung dies schon immer vormachte – der Verbandsklagebefugnis prozessuale und materiellrechtliche Elemente zugestehen.

Wenn man die Entwicklung über die Jahre betrachtet, drängt sich insgesamt der Verdacht auf, dass man sich von der Idee eines einheitlichen Konzepts der Verbandsklage wohl verabschieden muss. Der Streit zeigt, dass es schon für die traditionellen Unterlassungsklagen ein schwieriges Unterfangen war, eine dogmatisch klare Antwort zu finden. Für die bloße Abwehr rechtswidriger Verhaltensweisen durch eine Unterlassungsklage ließ sich der

¹⁷ So *Gilles*, ZZP 98 (1985) 1, 9; ähnlich *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 400, die von einer treuhänderischen Interessenwahrnehmung sprechen, welche keinen konkret individualisierbaren Treugeber notwendig mache.

¹⁸ *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (a.a.O. Fn. 9), § 47 Rn. 12 aE; *MünchKomm-ZPO/Micklitz*, § 3 UKlaG Rn. 4; hiergegen vor allem *Habscheid*, FS Rammos, Athen 1979, S. 275 ff, 292.

¹⁹ So letztlich *Marotzke*, ZZP 98 (1985), 160, 188 f.

²⁰ Die Richtlinie 98/27/EG definiert als ihr Ziel den Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher, *MünchKomm-ZPO/Micklitz*, § 2 UKlaG Rn. 18.

²¹ Nach *Greger*, ZZP 113 (2000), 399, 402 hatte die Lehre von der Doppelnatur ohnehin primär den Zweck, dem BGH die revisionsrechtliche Nachprüfbarkeit der (Prozess-)Voraussetzungen zu eröffnen, die bei einer Verortung der Klagebefugnis des Verbandes nur in der Begründetheit an §§ 557, 559 ZPO scheitert. *Ahrens* (WRP 1994, 649, 654) rechtfertigte die Rspr. noch damit, dass es an einer eigenen Betroffenheit des Verbandes fehle und daher der Gefahr des Verfahrensmissbrauchs vorgebeugt werden müsse.

Verzicht auf einen eigenen materiellrechtlichen Anspruch des Verbandes noch plausibel begründen und man konnte stattdessen auf eine bloße Prozessführungsbefugnis im allgemeinen Verbraucherinteresse zurückgreifen. Bei einer Ausweitung der Verbandsklagebefugnis über die reine Unterlassungsklage hinaus – auf die ich noch zu sprechen komme –, lässt sich dieser Ansatz nicht mehr durchhalten. So sind die Gewinnabschöpfungsansprüche, die der deutsche Gesetzgeber 2005 einigen Verbänden zugestanden hat, klar als eigener Leistungsanspruch des Verbandes konzipiert.²² Die Rückführung auf einen einheitlichen dogmatischen Grundgedanken wird endgültig aufzugeben sein, sollten künftig Verbände auch befugt sein, Gruppenklagen im Interesse von geschädigten Verbrauchern zu initiieren und durchzuführen²³ – wie dies etwa in Schweden schon der Fall ist (vgl. § 5 Abs. 1 des dortigen Gruppenklagegesetzes). Hier geht es nicht um die Geltendmachung eigener Ansprüche, sondern um eine gewillkürte oder gesetzliche Prozesstandschaft zugunsten einzelner Verbraucher oder einer Gruppe von möglicherweise gar nicht individuell identifizierbaren Verbrauchern. Damit verändert auch der von dem Verband initiierte Zivilprozess seinen Charakter. Die Grundsatzdiskussion um die Stärkung privater Rechtsdurchsetzung erhofft sich von der Aktivität Privater vermehrte Abschreckungs- und Marktregulierungseffekte. Der deutsche Gesetzgeber ist diesen Weg mit einer Gewinnabschöpfungsklage bereits ein Stück weit gegangen und wendet sich – aus eher praktischen Gründen – von der Idee der Kompensation durch Schadensersatzansprüche ab, um mit der drohenden Abschöpfung des rechtswidrig erlangten Gewinns Unternehmen von Rechtsverstößen zulasten von Verbrauchern abzuhalten. Dann kann man aber nicht länger daran festhalten, dass der Zivilprozess allein der Durchsetzung subjektiver (Individual-)Rechte dient – zumindest könnte eine Modifikation des Begriffs des subjektiven Rechts von Nöten sein.²⁴

IV. Europäische Vorgaben für Verbandsklagen

1. Grenzüberschreitende Betätigung von Verbänden

Der Europäische Gesetzgeber hat sich der Verbandsklage bislang nur sehr zurückhaltend angenommen. In den 1990er Jahren setzte sich die Erkenntnis durch, dass es konkreter Regelungen für grenzüberschreitende Fälle bedurfte. Die 1998 erlassene sog. Unterlassungsklagen-Richtlinie (98/27/EG)

²² *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, Möglichkeiten und Perspektiven eines kollektiven Schadensersatzanspruchs im UWG, 2003, S. 95 ff. Sie sind allerdings auf Leistung an einen Dritten, den Bundeshaushalt, gerichtet.

²³ Vgl. den Vorschlag im Weißbuch der Europäischen Kommission zu Schadensersatzklagen bei der Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, KOM (2008) 185 endg. Derzeit ist offen, welche Vorschläge die Kommission endgültig unterbreiten wird. Da die Wiederwahl Barrosos möglicherweise politisch davon abhängig gemacht wurde, dass keine opt-out Gruppenklagen eingeführt werden (s. FAZ v. 20.10. 2009, S. 13 „Barroso verheddert sich im Sammelklagen-Dickicht“), bleibt abzuwarten, welchen Spielraum die neuen Kommissare haben.

²⁴ S. schon den Hinweis bei *MünchKomm/Micklitz*, 4. Aufl. 2001, § 13 AGBG Rn. 13 a.E., wonach das Gemeinschaftsrecht das subjektive Recht aus seinem individuellen Fesseln befreie und die Vorstellung zulasse, dass auch ein Verbraucherverband aus eigenem Recht klage.

beschränkte sich aber im Ergebnis darauf, eine Klagebefugnis von Verbänden und Verbraucherschutzbehörden für bestimmte Fälle festzulegen. Insbesondere verpflichtet sie aber die Mitgliedstaaten zur wechselseitigen Anerkennung dieser Klagebefugnis. Damit sollte eine Lücke geschlossen werden, die sich in folgendem Beispiel ergeben konnte:

Ein deutsches Unternehmen schließt in Frankreich Verträge mit Verbrauchern, welche Allgemeine Geschäftsbedingungen enthalten, die gegen entsprechendes Richtlinienrecht verstoßen. Deutsche Verbraucherverbände klagten dann häufig nicht zugunsten der französischen Verbraucher in Deutschland gegen das Unternehmen. Sie sahen (und sehen) es primär als ihre Aufgabe an, die Interessen deutscher Verbraucher wahrzunehmen. Französischen Verbraucherverbänden fehlte in Deutschland aber das Recht zu klagen. Die Regelungen der deutschen Verbandsklage bezogen sich nur auf deutsche Organisationen. In gleicher Weise verfahren typischerweise auch andere Mitgliedstaaten.

Die Richtlinie von 1998 bestimmt, dass sog. „qualifizierte Einrichtungen“, die von einem Mitgliedstaat als klagebefugte Organisation an die EU-Kommission gemeldet und dort in ein Register eingetragen werden, in allen Staaten der Europäischen Union klagen können. Die Richtlinie überlässt es dabei den Mitgliedstaaten zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen eine Organisation ein Klagerecht bekommt.²⁵ Deren diesbezügliche Berechtigung muss europaweit anerkannt werden und darf nicht in jedem Prozess neu geprüft werden. Auch nach der Umsetzung der Richtlinie blieb die in Deutschland erhobene AGB-Unterlassungsklage jedoch auf den Verstoß gegen inländisches Recht beschränkt.²⁶ Hier greift nun seit 2004 eine europäische Verordnung (2006/2004) ein, welche die Rechtsdurchsetzung verbessern soll, wenn das Kollektivinteresse von Verbrauchern gerade durch eine Handlung oder Unterlassung beeinträchtigt ist, die ihren Ursprung in einem anderen Mitgliedstaat als dem Heimatstaat der betroffenen Verbraucher hat.²⁷

2. Anforderungen an die Klagebefugnis

Spätestens mit der Unterlassungsklagen-Richtlinie 1998 hat eine Diskussion eingesetzt, die sich mit der Frage befasst, welche Voraussetzungen ein Verband oder eine Organisation erfüllen muss, um vor Gericht auftreten und Verbraucherinteressen vertreten zu dürfen. Die Richtlinie überlässt dies konkret den einzelnen Mitgliedstaaten. Es besteht jedoch Einigkeit über bestimmte Mindestvoraussetzungen, die gewährleistet sollen, dass die Verbände auch in der Lage sind, Verbraucherinteressen zuverlässig zu repräsentieren: eine stabile Organisation des Verbandes, eine gewisse Mindestgröße, welche die auf Dauer angelegte Tätigkeit dokumentiert sowie die Festlegung auf eine allgemein akzeptierte verbraucherpolitische Be-

²⁵ Art. 3 der Richtlinie 98/27/EG.

²⁶ Vgl. § 1 Unterlassungsklagengesetz.

²⁷ Sie hat im deutschen Recht ihren Niederschlag 2006 in § 4a Unterlassungsklagegesetz gefunden.

tätigung.²⁸ Damit sollte verhindert werden, dass ad hoc anlässlich eines konkreten Falles gegründete Vereine klagebefugt sind. Diese würden häufig nicht die Gewähr einer sachgerechten Prozessführung bieten und für die Gerichte eher eine zusätzliche Belastung darstellen. Im Einzelnen variieren aber selbstverständlich die Vorstellungen über die erforderliche Größe und Ausstattung.

In Deutschland wurden die Grundvoraussetzungen dahin konkretisiert, dass der Verband z.B. mindestens 75 natürliche Personen als Mitglieder haben muss. Er muss mindestens seit einem Jahr bestehen und aufgrund der bisherigen Tätigkeit Gewähr für eine sachgerechte Aufgabenerfüllung bieten.²⁹ Bei Verbraucherzentralen und Verbraucherverbänden, die aus öffentlichen Mitteln gefördert werden, wird unwiderleglich vermutet, dass sie die Vorgaben erfüllen. Dennoch wird immer wieder Kritik an der allgemeinen Fassung dieser Voraussetzungen geübt und kritisiert, dass es zu viele klagebefugte Einrichtungen gebe, die nicht über genügend juristischen Sachverstand und hinreichende forensische Erfahrung verfügen. So ist es bezeichnend, dass viele Mitgliedstaaten der EU nur eine oder einige wenige Verbände als klagebefugte Einrichtung an die EU-Kommission gemeldet haben – von deutscher Seite sind es über 70 solcher Einrichtungen (auf dem 2. Platz liegt Frankreich mit 18 gefolgt von Italien bzw. Spanien mit 17 Meldungen)!³⁰ Bislang ist diese Meldung für viele dieser Einrichtungen rein theoretisch und sie enthalten sich einer gerichtlichen Tätigkeit, insbesondere einer grenzüberschreitenden. Sollte es jedoch im Zuge einer Verstärkung privater Rechtsdurchsetzung neue Anreize für Verbandsklagen geben, wird man den Kreis der berechtigten Verbände sicher enger ziehen müssen, um eine adäquate Interessenvertretung sicher zu stellen. Hier darf man nicht davor zurückschrecken, sehr strenge Kontrollkriterien aufzustellen.

V. Ausweitung von Verbandsklagebefugnissen – die Zukunft der Verbandsklage

Mit der Umsetzung der Unterlassungsklagen-Richtlinie hat in vielen Mitgliedstaaten, einschließlich Deutschland, auch eine Debatte darüber eingesetzt, ob es nicht an der Zeit wäre, die Klagebefugnisse von Verbänden über den Bereich der Unterlassungsklagen hinaus auf Leistungs- oder Feststellungsklagen auszuweiten. Musterverfahren für einzelne Verbraucher dürfen sie bereits in einigen Staaten führen.³¹ Insbesondere wird inzwischen auch von Seiten der EU angeregt, Verbandsklagen zur Geltendmachung von sog. Streuschäden einzusetzen – also in Fällen, in denen einer Vielzahl von Verbrauchern geringe Schäden entstehen (etwa durch kartellrechtswidrige Preisabsprachen auf Herstellerebene, die am Ende der Absatzstufe beim einzelnen Verbraucher zu geringen Preiserhöhungen führen). Hier könnte die Verbandsklage die Passivität der Geschädigten ersetzen, die sich typischer Weise nicht die Mühe machen, wegen Kleinbeträgen vor Gericht zu gehen.

²⁸ *Docekal/Kolba/Micklitz/Rott*, Rechtliche und praktische Umsetzung der Richtlinie Unterlassungsklagen 98/27/EG in 25 EG-Mitgliedstaaten, Wien 2006, S. 143.

²⁹ § 4 Absatz 2 Unterlassungsklagengesetz.

³⁰ S. die Übersicht bei *Docekal/Kolba/Micklitz/Rott* (a.a.O. Fn. 28), S. 144-146.

³¹ In Deutschland folgt dies aus § 79 Zivilprozessordnung.

Die Diskussion hat eine Reihe von dogmatischen und rechtspolitischen Implikationen. Dogmatisch stellt sich die Frage, wie sich solche Schadensersatzklagen von Verbänden zum Individualanspruch verhalten, ob und ggf. wie der Verband eingeklagte Beträge unter den Beteiligten verteilen soll oder muss etc. Rechtspolitisch steht auf dem Spiel, dass die bislang fein austarierte Verbandsmacht – man gibt den Verbänden nur so viele Befugnisse, wie im öffentlichen Interesse unabdingbar sind, stärkt sie aber politisch nicht zu sehr – aus der Balance gerät. Diese Gefahr ergibt sich aus der Tatsache, dass es nach Aufwand und Kosten häufig keinen Sinn macht, die vom Verband eingeklagten Schadensersatzsummen als Kleinbeträge an einzelne Verbraucher auszuzahlen. Infolgedessen mehren sich rechtspolitische Vorschläge, dem erfolgreich klagenden Verband den Betrag zur Verwendung für satzungsgemäße Zwecke ganz oder teilweise zu belassen. Dies würde für die Verbände einen völlig neuen Anreiz für die Durchführung von Gerichtsverfahren bilden und bliebe nicht ohne Auswirkung auf ihre wirtschaftliche Situation. Eine solche finanzielle Stärkung hätte jedoch erhebliche Folgen für einen Wettbewerb der klagebefugten Verbände untereinander und würde insgesamt die Verbandsmacht stärken. Die Verbraucherorganisationen wären damit über kurz oder lang auch nicht mehr ausschließlich auf staatliche Finanzierung angewiesen und erlangten damit eine größere Unabhängigkeit.

Eine solche Stärkung der Verbände ist politisch schwer durchzusetzen. Daher gibt es auf nationaler Ebene in Europa bislang keine wirklich nennenswerte Ausweitung der Verbandsklagebefugnisse. Deutschland ist immerhin im Jahre 2005 soweit gegangen, bestimmten Verbänden das Recht zuzugestehen, dass sie bei Verstößen im Kartell- und Wettbewerbsrecht, von denen eine Vielzahl von Verbrauchern betroffen ist, gegen Unternehmen auf Herausgabe des damit rechtswidrig erzielten Gewinns klagen dürfen.³² Es handelt sich nicht um einen Schadensersatzanspruch im Interesse einzelner Verbraucher, sondern um ein bewusst zu präventiven Zwecken eingesetztes Instrument. Dem Widerstand seitens der Wirtschaft, die Verbände zu sehr zu stärken und zu große Anreize für solche Klagen zu setzen, ist der Gesetzgeber nachgekommen, indem er festlegt, dass die Verbände den abgeschöpften Gewinn nicht behalten, sondern in vollem Umfang an den Bundeshaushalt abführen müssen. Damit wird besonders deutlich, dass es um eine Klage geht, die im öffentlichen Interesse zur besseren Rechtsdurchsetzung zur Verfügung gestellt wird – ein solcher Gewinnabschöpfungsanspruch könnte letztlich ebenso gut in staatliche Hände gelegt und über das Straf- oder Verwaltungsrecht erreicht werden.

In der Praxis hat sich der Anspruch allerdings genau aus diesem Grunde bislang als untauglich erwiesen: Die klageberechtigten Verbände sind nicht bereit, ein hohes Prozessrisiko einzugehen, wenn sie dafür keinerlei finanziellen Anreiz haben. Im Prinzip ist der Ansatz jedoch richtig: Dort, wo nicht damit zu rechnen ist, dass der einzelne Verbraucher bereit ist, Prozessrisiken einzugehen, sollten Befugnisse zur effektiven Rechtsdurchsetzung auf die Verbandsebene verlagert werden. Dabei ist jedoch darauf zu achten, dass die Verbände sich nicht solcher Ansprüche bemächtigen können, deren

³² § 10 Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb; §§ 33 ff Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

Durchsetzung man getrost dem Einzelnen überlassen kann. Damit würde man nicht nur in die Dispositionsbefugnis des Einzelnen eingreifen, sondern auch im Hinblick auf potentielle Beklagte Mehrfachprozesse provozieren. Sind daher die Individualschäden hinreichend groß, so dass zu erwarten ist, dass der geschädigte Verbraucher ein Prozessrisiko eingeht, sollte man davon absehen, den Verbänden auch insoweit weitere Kompetenzen zu gewähren. Diese sollten sich auf Fälle konzentrieren, in denen sie ein wirkliches Defizit kompensieren müssen.

Wenn und soweit man aber quasi öffentliche Aufgaben in die Hände der Verbände legt, muss man auch für eine ausreichende Ausstattung sorgen. Dies geschieht am besten, indem man ihnen aus erfolgreichen Leistungsklagen Teilbeträge belässt oder diese in einen Fonds einbringt, der seinerseits zur Finanzierung der Verbraucherverbände herangezogen werden kann. Letzteres schafft einen allgemeinen Klageanreiz für Verbände, ohne die Konkurrenz unter diesen anzuhetzen und ein „race to the courthouse“ auszulösen.

Hinsichtlich weiterer Reformen ist derzeit in allen Mitgliedstaaten große Zurückhaltung zu verzeichnen. Man wartet ab, wie die gerade neu konstituierte EU-Kommission mit den Vorschlägen ihrer Vorgängerin zu neuen Verbands- und Gruppenklagen umgeht. Eine spezielle Stärkung der Verbandsklage wird man sich davon aber nur bedingt erhoffen dürfen. Die Kommission wird und muss insoweit den Mitgliedstaaten einen eher großen Umsetzungsspielraum belassen, um den unterschiedlichen Strukturen Rechnung zu tragen. Nicht überall gibt es gut funktionierende und vergleichsweise gut ausgestattete Verbraucherverbände wie in Deutschland. Für das deutsche Recht darf man allerdings in Anspruch nehmen, dass die Verbandsklage im Prinzip ein Erfolgsmodell ist. Es würde sich daher auch bei künftigen Reformen, die von der Europäischen Union verordnet werden, anbieten, die Klagebefugnis von Verbänden vorsichtig zu erweitern. Hierbei sollte man auch darüber nachdenken, wie man die komplette Abhängigkeit der Verbände von staatlicher Finanzierung einen Schritt weit aufgibt.

Intra-Group Liability

Chadong Kim*, Seoul

I.

Introductory Remarks

I would first like to extend my sincere thanks to the organizers and sponsors of this symposium for inviting me. And I am also very appreciative for the opportunity to interact with the other distinguished speakers and discussants.

I carry a legal topic, intra-group liability, for this session which is really hot in Korea. As you know, there are many conglomerates in Korea. Conglomerates can be defined as a cluster of companies which have no industrial or distributive relations among them and are governed by a person and his/her family.¹ In fact, Koreans have very complicated opinions toward conglomerates because of their performance and influence. For example, Koreans can not deny the contribution to the economic development by very influential conglomerates such as Samsung, Hyundai Motors, LG, SK etc. And we complain that we suffer economic and social chaos when Daewoo went to bankruptcy in August of 1999 which was the third largest group in Korea at that time. We have seen some scandals caused by very prestigious groups like Samsung. A former inhouse counsel of Samsung confessed in 2006 that he was reluctantly involved with illicit bribery, embezzlement (or corporate fraud), and illegal tax evasion during the transfer of controlling shares on the Samsung group from its president Mr. Lee, Gunhee to his only son, Mr. Lee, Jaeyong. Finally, Korean National Assembly passed the resolution to introduce a special prosecutor to inspect the scandal. The special prosecutor reviewed all the evidences and filed information against Mr. Lee, Gunhee who was finally sentenced to probation. When Koreans faced such a scandal, they have in mind an idea that they need to regulate conglomerates in spite of their great contribution to the Korean economy. I have researched and studied this issue after I am appointed as professor since March of 2006. I presented and published the relevant paper titled as "Implication of prohibition of reciprocal shareholding and rights of shareholders their performance and influence". This paper is a following research to it to extend the concern of the legal issue to next step.

* Professor of the College of Law at Hanyang University

¹ Kang, Cheolkyu, "財閥改革의 經濟學" 茶山出版社, 2003, 25p

II.**he Conflict of Interests among Relevant Parties and the Struggle against one another****1. The Conflict of Interests among Relevant Parties (Stakeholders)**

Conglomerates are governed by the one leadership originated by controlling shares.

It means that controlling shareholders can dominate over the stakeholders not only of the company itself but also of affiliated companies by exercising the extended controlling power. The commercial code traditionally deals with the conflict of interests within a company through all kinds of institution of protection of minority shareholders and further shareholders, articulating the obligation and liability of directors and officers. In Korea, its commercial code is sufficient to give a sufficient protection to the minority shareholders and stakeholders as the foreign counterparts can do. But, it is not enough to cover the legitimate legal solution to the conflict of interests surrounding conglomerates, because the traditional commercial law solution remain to solve the issues of intra-company transaction excluding the issues of intra-group transaction. The controlling shareholders of a company which control subsidiaries are not a fiduciary to the stakeholders of the subsidiaries. Therefore, they owe no fiduciary duty to the stakeholders of the subsidiaries. Therefore, the devises which come from the traditional commercial codes don't provide any legitimate solution to the conflicts.

2. Facts Found by Cases Regarding Conglomerates

The facts were painfully revealed from the top-secrecy through the activity of very powerful prosecutorf butvestigation. The controlling shareholders seem to be seduced to transfer their controlling powers to their descendents, mainly sons. But, their sons dontheir sons donnir sons dontrrolling power. The commercial code traditiroup. They can give money to their son, but it incurs high rate of gift tax up to 40% proportionate to the amount of the gift. After paying the tax, the inheriting son will not have sufficient financial capacity to keep the controlling shares on the entire group and expose a risk to lose their power on considerable numbers of subsidiaries. But, it is not desirable from their perspective. This momentum is an important cause of intra-group transactions. The incumbent controlling shareholders give a small amount of money to their son, paying gift tax on behalf of him as well. The son acquires controlling shares of a company with the money. And the company engages in many transactions to its affiliates. Through the transaction, the son finally acquires the controlling shares of the entire group. It definitely follows the sacrifice of stakeholders of each affiliate.

III.

he Statutes in Korea Regulating the Conflict of Interests among Relevant Parties

1. Korean Monopoly regulation and fair trade act(hereinafter, MRFTA)

Some relevant articles are as following in MRFTA.

Article 2 (Definitions)

2. The term “Business Group” pertains to a group of companies whose businesses are substantially controlled by the same person according to the following pursuant to the standards prescribed by the Presidential Decree:

A. The “same person” is a company or a group composed of such person and one or more companies he/she controls.

B. The “same person” is not a company or a group composed of two or more companies he/she controls.

3. The term “affiliated company” refers to the case wherein two or more companies belong to the same Business Group; each company is an “affiliated company” of the others.

Chapter 5 Prohibition on Unfair Business Practices

Article 23 (Prohibition on Unfair Business Practices)

① No enterpriser shall commit any of the following acts that are likely to impede fair trade (hereinafter referred to as “unfair business practices”) or make an affiliated company or other enterprisers perform such acts: <Amended on December 30, 1996, February 5, 1999, April 13, 2007>

7. Act of assisting a person with special interest or other companies by providing advanced payment, loans, manpower, immovable assets, stocks and bonds, or intellectual properties or by transacting under substantially favorable terms

② The categories or standards for unfair business practices shall be prescribed by the Presidential Decree.<Amended on December 30, 1996>

Here are some relevant articles of the presidential decree

Article 2 (Classification of a Holding Company)

① “Any company... whose total asset exceeds the amount set forth in the Presidential Decree” as stipulated in Item 1-2, Article 2 (Definitions) of the Act pertains to a corporation whose net assets as indicated in the balance sheet exceed KRW100 billion as of the end of the previous business year [for corporations that were newly established or those that underwent a merger or a division/merger through division/real division (hereinafter referred to as “Division”) during the year in question, the establishment date, merger date, or division date, respectively; the same shall apply hereinafter]. <Amended on March 27, 2001, March 30, 2002, March 31, 2005>

Chapter 5 Prohibition on Unfair Business Practices

Article 36 (Designation of Unfair Business Practices)

① The types of and criteria for Unfair Business Practices as per Clause (2), Article 23 (Prohibition on Unfair Business Practices) of the Act are listed in Appendix 1.

[Appendix 1] <Amended on March 30, 2002>

Types of and Criteria for Unfair Business Practices [related to Clause (1), Article 36]

10. Undue financial, asset, and manpower support

The following acts constitute the act of unreasonably "providing specially related persons or other corporations with temporary payment, loan, manpower, real estate, securities, intangible property rights, etc., or aiding a special related person or other corporations by trading under extremely favorable terms" as per Item (1), Clause 7, Article 23 (Prohibition on Unfair Business Practices) of the Act:

A. Undue financial support

Aiding a specially related person or other corporations through the provision of excessive economic benefits by providing or transacting funds, e.g., temporary payment, loan, etc., at substantially high or low costs or by providing or transacting such funds in substantial amounts

B. Undue asset support

Aiding a specially related person or other corporations through the provision of excessive economic benefits by providing or transacting assets such as real estate, securities, intangible property rights, etc., at substantially high or low costs or by providing or transacting such assets in substantial volumes

C. Undue manpower support

Aiding a specially related person or other corporations through the provision of excessive economic benefits by providing them with manpower at substantially high or low costs or by providing such manpower in substantial number

2. The 6th category was introduced through the 1996 revision of the MRFT Act. This aims at regulating so called intra-group transactions which are either discriminatory outsiders or detrimental to fair competition. This features one of the distinctive characteristics of Korean MRFTA.²

IV. **onclusion**

I have a research idea relevant to the conflicts of interests among controlling shareholders and stakeholders of conglomerates.

² Chung, Hoyul/Yang, Meongcho, "Competition Law in Korea: focused on International aspects", 競爭法研究(15 vol.), 2007.5. 韓國競爭法學會

The Trend of the Insurance Contract Law's Revision in Korea

Woohyun Chun, Korea

I. Preface

The Part IV of Commercial Act (Insurance Act) of Korea has not been revised since the last amendment by Act No. 4770 on Dec 31, 1991. In the mean time Korean insurance industry has ranked among the top 10 countries in terms of the premium revenue, and the insurance system has become well acquainted to Korean people. Now the insurance industry of Korea has entered into the heated competition of the world owing to Korea's OECD membership, the opening of the insurance market; and the liberalization of insurance premium. Thus the part IV of Commercial Act (Insurance Act) is necessary to be revised according to the expansion of the volume of the insurance industry with its growing level of people's consciousness.

II. The Embodiment of the Effect of any Breach of the Duty to Deliver and Explain the Standard Insurance Terms

1. The Existing Provisions

Article 638-3 (Obligation to Deliver and specify Standard Insurance Terms)

(1) When an insurer enters into an insurance contract, it shall deliver the standard insurance terms to the policyholder, and inform him of their important contents.

(2) If the insurer violates the provisions of paragraph (1), the policyholder may cancel the contract within one month after the contract is made.

[This Article Newly Inserted by Act No. 4470, Dec. 31, 1991]

2. Problems (Issues)

a) The Opposite Views between Dual Application Theory and Commercial Act Application Theory

According to Article 638-3 clause 2, if an insurer had not delivered the standard insurance terms to the policyholder or informed him of their

important contents, the policyholder may cancel the contract within one month after the contract is made. In this case, if the policyholder fails to cancel the contract within this period, even if there was neither delivery nor explanation of the terms, the policyholder could be subject to the terms. However, under Regulation of Standardized Contracts Act(RSCA) Article 3 clause 3, these terms cannot apply since it stipulates that the standard terms, which are not delivered or explained to the policyholder, are not to be incorporated into the contract. In this regard, there exist the opposite opinions concerning this article.

In Dual Application Theory, the policyholder may cancel the contract within the revocation period under Commercial Act Article 638-3 clause 2, or he can demand the exclusion from application of the terms of the article which have not been delivered or explained to him. The grounds for this argument is as follows. ① Commercial Act Article 638-3 clause 2 only prescribes that the policyholder can cancel the contract within one month after the contract is made, but it does not prescribe any legal relation in which he or she does not cancel the contract. Therefore, in this case(when not canceled), RSCA Article 3 clause 3 may be applied. ② The application of RSCA is an advantage to the policyholder. ③ Because the rescission given by Commercial Act Article 638-3 clause 2 is not a duty but only a right for the insured, the insurer does not have to exercise it.

He or she can demand the application of RSCA Article 3 clause 3 in this case.

On the contrary, according to Commercial Act Application Theory, only Commercial Act Article 638-3 clause 2 may apply, and therefore, as long as the policyholder does not cancel the contract within the revocation period, the standard insurance terms are still in effect. The grounds for this argument is as follows. ① RSCA is a general law which applies to any standard terms, and Part IV of Commercial Act applies only to the standard insurance terms. Thus, as for the standard insurance terms, Part IV of Commercial Act(Insurance Act) is a special law to RSCA, and therefore Part IV of Commercial Act(Insurance Act) should be applied. ② If the standard terms apply only to some policyholders to whom the terms have been delivered and explained, and on the other hand if the standard terms do not apply to other policyholders to whom the terms have not been delivered or explained, it is not possible to embody the equal treatment for all the policyholders. ③ The legal principles of rescission shows that if the right of rescission is not exercised within its period, the indefinite privity of contract becomes fixed and valid. ④ If the standard insurance terms are fair, when the terms apply, it does not mean only the policyholder are put in adverse condition. Therefore it cannot be said that the aspect of transaction of insurance is unfair.

b) Abuse of Contention of Breach of Duty to Explain the Insurance terms and Exemption of the Duty

Since Supreme Court had set several precedents where it, following Dual Application Theory, excluded the application of the standard terms under RSCA Article 3 clause 3 severally, the world of transaction was followed by evils like whenever the insurer takes any disadvantageous action to the

policyholder, then the policyholder brings out the issue of the violation of the duty to explain the terms all the time.

Furthermore ① the burden of proof on delivery and explanation of the terms goes upon the insurer. Therefore in business practice there is a confirmation clause in the written application form of insurance which asks for the policyholder's autograph to prove that the insurer did deliver and explain the terms. However, if the policyholder denies the delivery and explanation of the terms, the insurer must establish the fact of delivery and explanation again. That is why the confirmation clause in the application form does not hold the power of the legal presumption but only has the power of the presumption of the fact even though there is the policyholder's autograph unless there is a legal ground. ② In Commercial Act or RSCA, as for the duty to explain, these Acts prescribe the duty to explain only "Important" standard terms, which is different from the duty to explain or deliver the terms. This is why it is meant not to hold off the conclusion of a contract due to performing the duty to explain. But since the terms, which the policyholder insist he did not hear the explanation on, always affects the privity of contract, eventually the insurer face the situation where he or she must explain every single standard term. ③ The standard insurance terms contains professional and technical jargons and contents, and so it is hard to make an ordinary person understood. Thus even though an insurer did make explanations it is possible for the policyholder to believe the insurer did not. Therefore there lies a serious problem in proving the fact of explanation unless the insurer records every single explanation.

Supreme Court set a couple of new precedents where the strictness of the insurer's duty of explanation has been eased off considering this circumstance. That is, it is not necessary for the insurer to explain the things which the policyholder are already familiar with, or which in business transaction it is so common that without extra explanation it's possible to expect, or which is already fixed in a statute therefore explanation is no more than repetition of the statute.

c) The Application of Insurance Business Act Article 102

If executives or staff members of an insurance company or an insurance salesman or an insurance agency did not explain the exemption clause or, even if they did, if they did not explain it correctly, or if they exaggerated the benefit clause, the policyholder may demand damages against the insurance company under Insurance Business Act Article 102. In this case, as for the amount of damages, once there was a leading case where the ruling says the amount should be up to the amount equivalent to the premium which the policyholder has paid. But now there is a tendency that the maximum amount should be the amount which the policyholder was expecting to receive as "Insured Amount"(or "exaggeratingly-explained Insured Amount"). Thus the policyholder may request the damages within the maximum limit of insured amount under Insurance Business Act Article 102 even when the standard insurance terms were not properly explained.

d) Opinion on Revision

To solve the problem explained above, we try to revise the Article concerning this issue.

The Commercial Act 638-3 ② should be prescribed: Even when the terms of insurance were not delivered or explained, if the policyholder does not cancel this contract, the policyholder should be subject to the terms.

III. Clarification on Right to Terminate Contract Regarding Breach of Duty to Disclose without a Causal Relationship with Insured Event**1. The Existing Provisions**

Article 655 (Termination of Contract and Right to Demand Insured Amount)

Even after the insured events have occurred, if the insurer has terminated the contract under the provisions of Articles 651,, it is not liable for paying the insured amount and may demand the return of the insured amount which has been already paid: Provided, That this shall not apply when it was proved that the occurrence of the insured events was not affected by the non-disclosure or misrepresentation or <Amended by Act No. 4470, Dec. 31, 1991>

2. Problems (Issues)**a) The Intent of the Main Sentence and the Provision of Commercial Act Article 655**

The main sentence of Commercial Act Article 655 prescribes that even after the insured events have occurred, if the insurer has terminated the contract under the provisions of Articles 651,, the insurer is not liable for paying the insured amount and may demand the return of the insured amount which has been already paid. Under this provision, the termination of contract, resulting from the violation of the duty to disclose, has a retroactive effect which terminates the privity of contract "retroactive prior to the past insured event" whereas under Civil Act the usual termination of contract operates "only toward the future". That is why considering that the fact that there was a breach of the duty to notify is often found usually after the occurrence of the insured accident, there is the intent to secure the performance of the duty to notify.

On the other hand, the proviso of Commercial Act Article 655, to protect the policyholder, asks for a causal relationship between the fact of breach to disclose and the insured accident as the requirement in order for the insurer to be exempted from obligation. That is, the main sentence of Article 655 prescribes that if the insurer terminates the contract for the reason of the breach of the duty to disclose, the insurer becomes immune from the obligation on the insured accident which already occurred. And the proviso of article 655 prescribes that in case where there is no causal relationship between the breach of the duty to disclose and the occurrence of

the insured accident, this "shall not apply". Under this provision of the proviso of article 655 the insurer must take the liability of the payment of the amount insured as if there were no breach of the duty to notify on the insured event which already occurred.

b) The Conflict of the Theories when there is no Causal Relationship

It is clear that the provision of "shall not apply" in the proviso of article 655, which is the provision of exception, means that the insurer cannot evade from its responsibility of payment of the amount insured when there is no causal relationship between the breach of the duty to disclose and the insured accident which already occurred. And yet it is not clear whether this provision means furthermore that the insurer cannot terminate the contract by reason of the breach of the duty to disclose. This issue is of no practical benefit to discuss this issue in the case of the termination of a contract resulting from the occurrence of the insured accident. However, even though the insurance money gets paid after the insured accident happens, there is practical benefit to discuss this issue if the insurance money gets restored or if the privity of contract still last with the limit of the insurance money left.

As for the duty to disclose, in Korea it is the majority opinion that it is impossible to terminate the contract when there is no causal relationship found. Also the Supreme Court ruling shows, " When it is proven that the occurrence of the insured accident did not result from the policyholder's nondisclosure or the misrepresentation, under the provision of Commercial Act Article 655 the insurer can not terminate the insurance contract arguing it. On the contrary the precedents of dispute conciliation of former Insurance Supervisory Service or Financial Supervisory Service have shown that it is possible to terminate the contract without a causal relationship.

When we think of it, the provision of "shall not apply" in the proviso of Commercial Act Article 655 should be interpreted as that it is possible to terminate the contract by reason of the breach of the duty to disclose along with the responsibility of payment of the insurance money on the insured accident which already happened without a causal relationship between the breach and the accident. The reason is as follows. ① The important matters are to be disclosed as of the point when the contract is signed, not as of the point when the insured accident occurs or whether there is a causal relationship. ② If it is not possible to terminate the contract due to the negation of a causal relationship, the privity of contract, where the risk which was never estimated at the time of signing the contract, continue to last. And so it becomes a barrier to maintaining an insurance organization (the protection of many policyholders). Thus, it is fair that this faulty contract itself should be eliminated from an insurance organization considering the principle of insurance. ③ Paying the insurance money for the insured accident which already happened could be thought as enough protection for the policyholder, but, by not allowing terminating the contract, whenever an insured accident (but without a causal relationship) happens, if the insurer should pay the insurance money, it would be unfair when compared with the case that the duty to disclose has been fulfilled. (If the duty to disclose had

been fulfilled properly, the contract should not have been at all or should have paid a higher premium.

3. Opinion on Revision

As scrutinized above, it is desirable to change the proviso of Commercial Act 655 into "Provided, That the insurance money should be paid even if the contract has been terminated when it was proved that the occurrence of the insured accidents was not affected by the non-disclosure or misrepresentation" Furthermore, when there is undisclosed or misrepresentation by the policyholder or the insured person in bad faith, it is desirable to allow terminating the contract even without a causal relationship.

IV. New Establishment of a Fictitious Provision on Arrival of Notice of the Insurance Company when Changing the Policyholder's Address or Name

1. Provision of the Standard Terms

Standard Life Insurance Terms prescribes "① The policyholder should inform the insurance company of any changes on the address or contact information. ② If the policyholder failed to do so as prescribed in clause 1, anything sent by the company to the final address or contact information are deemed to have reached the policyholder after the reasonable lapse of time for arrival. Standard Fire Insurance Terms Article 11 clause 3 and Standard Automobile Insurance Terms also prescribe articles to this effect. That is the provision resulting from the necessity of insurance business transaction that the insurer should frequently notify the policyholder.

Civil Act Article 111 clause 1 prescribes that the declaration of intention of one contractual party become valid when it arrives at the other party. When the notification did not arrive at the policyholder, the effect of notification does not occur. But at the Provision of the Standard Terms, in case that the policyholder did not inform the insurer of his address changes, if the insurer sends a notice to the former address that the insurer knows as the last, then regardless of whether it arrives at the policyholder or not, the arrival of notice is deemed to be valid.

2. Problems (Issues)

Regarding the provisions of a standard terms similar to above, Fair Trade Commission made a judgement under Regulation of Standardized Contracts Act, and it concluded the provision was void and gave an order to correct it. That's why Civil Act Article 111 clause 1 prescribes that the declaration of intention with the other party takes effect from the point of its arrival at the other party. And because the failure of arrival or the late arrival of the declaration of intention by reason without the customer's liability was deemed as a valid arrival, even if the particularity was taken into account, the provision of the standard terms above mentioned lost its fairness.

The current provision which had been revised after the corrective order of Fair Trade Commission prescribed the legal fiction of arrival only in the case where there exist the policyholder's responsibility. But in order to secure the reasonableness as exception of Civil Act and to avoid a conflict of provisions with Regulation of Standardized Contracts Act and to smoothen massive dispatch, it is required to acknowledge the fiction of arrival, but the fiction should be acknowledged only when the insurer send notification by registered mail, and it is also required to establish a provision of Commercial Act which clearly defines a period for the legal fiction of arrival. Also, in case of the change of names as well as addresses, the legal fiction of arrival needs to be acknowledged.

3. Opinion on Revision

Commercial Act 642-2(Change of Policyholder's Address of Name)

Provided, that the policyholder did not inform the insurance company of the change of his address or name, the insurance company's notice is deemed to be reached at the policyholder 3 days after the insurance company dispatched it by registered mail.

V. New Establishment of a Provision for Protection from an Insurance Fraud

1. Deprivation of the Right of Claim on the Insurance Money

a) Specially Classified Standard Terms Article 22

There are some cases where the policyholder claim for the insured amount by inflating the actual damages(the grade of disability or the medical cost). These behaviours also fall under insurance fraud in the respect that the policyholder defrauds the insurer even though he did not cause the insured accident on purpose. Commercial Act or Standard Life Insurance Terms(Under this Standard Terms, this standard terms secure not only death or life covered by life insurance but also injury covered by accident insurance) does not have a special provision for this behaviour. But the Specially Classified Standard Terms Article 22 prescribes that in the case where "the policyholder, the insured person or the beneficiary enters what is different from the truth in the document on purpose, or forges or falsify the document or the evidence" or in the case where "The policyholder, the insured person or the beneficiary obstructs or avoids damage assessment", he or she loses the right to claim for the insured amount.

b) Validity of Provisions of Standard Terms

The Specially Classified Standard Terms Article 22 has no ground in Commercial Act. Thus it is open to question whether this provision becomes void because it is against Verbot der reformatio in peius of Commercial Act Article 663 which prescribes "The provisions of this Part shall not be changed as being disadvantageous to the policyholder, the insured or the beneficiary through an agreement by the parties." Commercial Act Article 663 merely

nullifies the standard terms or the individual agreement which are prescribed more disadvantageously to the policyholder than 'what Commercial Act prescribes', so it does not apply to any standard terms or individual agreement which prescribed what Commercial Act does not prescribe. However, there is no provisions in Commercial Act Part IV (Insurance Act) for sanctions against claim for excessive insurance amount in bad faith.

But the standard terms to which *Verbot der reformatio in peius* does not apply is not always said to be valid. Since Commercial Act Part IV (Insurance Act) only has the minimum provisions on the right and obligation of an insurance contract, and it is not a complete self-sufficient law, it is sufficient only if supplemented by the provisions of standard terms. Therefore, the details which are not prescribed by Commercial Act Part IV (Insurance Act) should be supplemented by the standard terms 'equivalent to' the principle of insurance contract law and the principle of transaction. Therefore even if *Verbot der reformatio in peius* does not apply to the standard terms, if the terms are against the principle of insurance contract law or the principle of transaction, the effect of the terms shall not be allowed. The false entry or forgery of the document or evidence and the avoidance or obstruction of damage assessment without probable cause, which the Specially Classified Standard Terms Article 22 prescribes, are the means for the policyholder to receive the insured amount by inflating damage. Thus the provision of this standard terms is a fair one considering the protection of fraudulent claim for the insured money. About this matter, by depriving the policyholder of all the right to claim, if he loses the part of right to claim for the actual damage, Some people may think this might be excessive sanctions. But as considering the following, the proximate causal relation is acknowledged in the light of 'the purpose of prevention'. And this provision of standard terms needs to be prescribed into Standard Life Insurance Terms which secures injury.

c) Problems on Payment of the Insured Money Related with Actual Damage

It is natural that the insurer should not take responsibility of paying the insured amount for the part of excessively inflated damage. That is why that part of damage did not result from the insured accident. But, there is a problem whether or not to pay for the actual damage. Since this part resulted from the insured event, at first glance it seems that the insurer should pay the insurance money. However, even when the policyholder claim for the money by inflating damage in bad faith, if the insurer should pay the insured money, this will result in giving the impression that "Trying wouldn't hurt" (They have nothing to lose). Consequently this will instigate the policyholders to claim excessive damages. If this behavior is rampant, it is not easy for the insurer to disclose the actual damage one by one, then eventually it is foreseeable that the majority of the policyholders in good faith will have to bear the burden of the money that goes to the policyholders in bad faith, and so it will not be easy to maintain and manage the insurance body. To cut off the claim for excessive insured money in advance (that is, for the purpose of prevention), in the case that the policyholder dares this behavior, as a

sanction the right to claim for the insured amount should be deprived so that he or she does not get even a penny.

2. Problems on Revocation of Contract resulting from Claim for Excessive Insured Money in Bad Faith

Even if the insurer had paid the insured money in response to the claim for excessive insured, the insurer cannot revoke the insurance contract. That is because Civil Act Article 110 prescribes that in the case where one party deceives the other party into making a defective declaration of intent, the other party is allowed to revoke his own defective "declaration of intention". That is, even if the insurer had paid the excessive insurance money by fraud, the payment of insurance money is not the declaration of intention, and therefore it is not a revocable matter under Civil Act Article 110. As long as the insurance contract itself was not formed by fraud, the contract is not revocable under Civil Act Article 110. The payment of insurance money by fraud falls under a crime of fraud under Criminal Act, but it is only the cause of action for the right to claim for damage or the right to claim for unjust enrichment resulting from torts under Civil or Commercial Act.

But in the case where the policyholder etc. claimed for excessive insurance money hiding the actual damage by false entry, forgery or falsification of a document or an evidence, or by obstructing or avoiding the damage assessment without probable cause, it should be allowed to revoke the contract. The reason is that, considering the good nature of insurance contract, there is no reason to maintain the contractual relationship with the policyholders in bad faith. Nevertheless, in the case where the third party holds the right to claim for the insured money, then the revocation is not right because it is a disadvantage for the policyholder. Thus, by prescribing a provision under Commercial Act that in case where the third party did the behavior mentioned above his right to claim for the insured amount is to be invalid, it is required to set the legal ground to prevent the claim for excessive insurance amount in bad faith.

Steuerhinterziehung im Ausland und Steuergerechtigkeit in Europa aus strafrechtlicher Sicht

Rudolf Rengier, Konstanz

I. Aktueller Fall: Ankauf einer Compact Disc (CD) mit Daten von Steuerhinterziehern

Am 29. Januar 2010 wurde in Deutschland bekannt, dass eine unbekannte Person Steuerbehörden im Bundesland Nordrhein-Westfalen zum Preis von 2,5 Millionen Euro den Kauf einer CD angeboten hat, auf der sich Daten von weit über 1.000 insbesondere deutschen Staatsbürgern befinden, die in der Schweiz Gelder angelegt und nicht ordnungsgemäß versteuert haben sollen. Zum Test wurden den deutschen Steuerbehörden die Daten von fünf Personen überlassen. Die Auswertung hat ergeben, dass diese fünf Personen dem deutschen Staat fünf Millionen Euro Steuern schulden. Nachdem in ersten Schätzungen angenommen worden war, man könne mit Hilfe der CD Steuernachzahlungen in Höhe von bis zu 100 Millionen Euro erlangen, wurden zuletzt sogar Beträge bis zu 400 Millionen Euro genannt.

Bei dem Informanten dürfte es sich um einen – vermutlich früheren – Mitarbeiter einer Schweizer Bank handeln, der während seiner Beschäftigung systematisch Daten von ausländischen Kapitalanlegern gesammelt hat, die Gelder in der Schweiz angelegt haben und nicht im Heimatland versteuern.

Dem deutschen Staat bietet sich also die Möglichkeit, durch den Ankauf einer vermutlich illegal hergestellten CD für den Preis von 2,5 Millionen Euro eine zusätzliche Einnahme von mindestens 100 Millionen Euro zu erzielen.

Nach dem Bekanntwerden des Kaufangebots hat in Deutschland eine intensive und kontroverse Diskussion darüber eingesetzt, ob der Ankauf erfolgen soll. Nachdem aber bereits am 2. Februar 2010 sowohl der deutsche Finanzminister, Wolfgang Schäuble, als auch die deutsche Bundeskanzlerin, Angela Merkel, den Ankauf der Steuer-CD befürwortet haben, ist der Ankauf politisch entschieden. Am 4. Februar 2010 hat der letztlich zuständige (damalige) nordrhein-westfälische Finanzminister, Helmut Linssen, erklärt, die rechtlichen Prüfungen hätten ergeben, dass sich Amtsträger mit dem Ankauf der Daten nicht strafbar machten; man habe die Rechtslage ausführlich geprüft.

Während man in Deutschland die Entscheidung, die CD zu kaufen, meistens begrüßt, ist in unserem Nachbarstaat Schweiz die Empörung über das deutsche Verhalten teilweise sehr groß.

II. Hintergrund: Kapitalflucht von Deutschland in die Schweiz

Von Kapitalflucht spricht man insbesondere, wenn Gelder ins Ausland transferiert werden, um beispielsweise Steuern zu sparen. Das Kapital wird in Ländern angelegt, die Steuervorteile anbieten und ein strenges Bankgeheimnis kennen. Als ein solches Land gilt unter anderem die Schweiz. Denn ausländische Anleger profitieren von einer großzügigeren Haltung der Schweizer gegenüber der Steuerhinterziehung und von Lücken in Doppelbesteuerungsabkommen.

Die Schweiz ist einer der beliebtesten Finanzmärkte weltweit. Sie ist mit einem Weltmarktanteil von 28% Marktführerin in der grenzüberschreitenden Vermögensverwaltung. Das verwaltete Vermögen der Schweizer Banken wird auf 5.400 Milliarden Schweizer Franken geschätzt (drei Schweizer Franken entsprechen etwa zwei Euro). Davon entfallen 3.000 Milliarden Schweizer Franken, also mehr als die Hälfte, auf ausländische Kunden. Vermutet wird, dass 3 bis 6 Millionen Anleger ihre Gelder vor den jeweiligen *nationalen* Steuerbehörden verstecken. Vermutet wird ferner, dass ungefähr 200 bis 300 Milliarden Euro von deutschen Staatsbürgern auf Schweizer Bankkonten lagern (dazu *Sahan/Ruhmannseder*, Internationales Steuerrecht 2009, S. 715; *Swiss Banking*, Der Finanzplatz Schweiz und seine Bedeutung, November 2009).

Für die Schweiz hat ihr Finanzplatz in wirtschaftlicher Hinsicht mindestens dieselbe Bedeutung wie für Deutschland, Korea und Japan etwa die Automobilindustrie. Der Bankensektor produziert in der Schweiz mehr als 10% des Bruttoinlandsproduktes und über 100.000 Personen finden Arbeit darin.

III. Zur Diskussion um den Ankauf der CD in Deutschland und in der Schweiz

Die Annahme ist sicher berechtigt, dass der Informant, der die Steuerdaten auf die CD gebrannt hat, sich wegen Ausspärens von Daten (in Deutschland § 202a deutsches Strafgesetzbuch – dStGB) und/oder wegen des Verrats von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen strafbar gemacht hat, indem er Daten von Bankkunden in der CD verkörpert hat (in Deutschland Straftat gemäß § 17 Abs. 2 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb – dUWG). Daran knüpft der Haupteinwand gegen den Ankauf der CD an. In einem übertragenen Sinne kann man davon sprechen, dass der Informant einen „Datendiebstahl“ begangen habe. Von daher wird argumentiert: Diebstahl bleibt Diebstahl. Mit Dieben sollte der Staat keine Geschäfte machen. Der Staat dürfe nicht in den Verdacht geraten, dass er selbst als Datenhehler agiere. Wenn der Staat die CD ankaufe und insoweit sich wie ein Hehler verhalte, dann würde das Nachahmungstäter motivieren. Auch wenn die Schweizer Steuerhinterziehungen unterstützten und daher keineswegs

rechtmäßig handeln, dürfe auf Unrecht nicht mit Unrecht reagiert werden; dadurch verliere man seine moralische Legitimation.

Der rechtliche und moralische Anspruch, der hinter solchen Einwänden steckt, ist anerkennenswert. Es ist richtig, dass zur Aufklärung von Straftaten die Wahrheit nicht um jeden Preis erforscht werden darf. Man kann auch die Nachahmungseffekte kaum leugnen; inzwischen ist in der deutschen Öffentlichkeit bekannt geworden, dass den Steuerbehörden weitere CDs zum Ankauf angeboten worden sind. Der Staat sollte auch möglichst Geschäfte mit Straftätern vermeiden. Auf der anderen Seite: Es ist ja nicht so, dass der Staat, um schwere Straftaten aufklären zu können, vor Ermittlungsmethoden zurückschreckt, die auch strafrechtliche Relevanz haben. Insoweit denke man vor allem an die Zusammenarbeit mit Kronzeugen und die Aktivitäten von Verbindungsleuten der Polizei.

Aus kriminalpolitischer Sicht mag man einerseits sagen, der Staat dürfe nicht auf Unrecht mit Unrecht reagieren (wobei noch zu untersuchen sein wird, ob der Ankauf strafbares Unrecht darstellt). Auf der anderen Seite muss man die negativen Folgen bedenken, die entstehen, wenn der Staat die sich ihm bietende Chance nicht wahrnimmt, große Steuersünder zu fassen. In diesem Fall könnte nämlich bei dem ehrlichen Steuerbürger der Eindruck entstehen beziehungsweise sich verfestigen, dass der Ehrliche wieder einmal der Dumme ist, während man den großen Betrüger laufen lässt.

Die Ausländer und die Deutschen, die viel Geld in die Schweiz transferieren, werden oft als „Steuerflüchtlinge“ bezeichnet. Das klingt fast so, als ob man mit ihnen als „Flüchtlinge“ Mitleid haben müsste. Demgegenüber haben sowohl Politiker als auch Journalisten immer wieder hervorgehoben, dass Steuerhinterziehung kein Kavaliersdelikt, sondern eine erhebliche Straftat ist. Um das zu unterstreichen, hat der deutsche Bundesgerichtshof vor einiger Zeit sogar dafür plädiert, gegen einen Straftäter, der mehr als eine Million Euro Steuern hinterzogen hat, nicht mehr eine zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe zu verhängen. Anders formuliert: Wer mehr als eine Million Euro Steuern hinterzieht, ist zu einer Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren ohne Bewährung zu verurteilen (vgl. BGHSt 53, 71).

Um die für einen Ankauf der CD sprechende Position weiter zu legitimieren, beruft man sich auch mehr oder weniger bewusst auf ein „notwehähnliches“ Verhalten. Man wirft den Schweizer Banken vor, in einem großen Maße Beihilfe zur Steuerhinterziehung zu leisten. Es sei schließlich die Schweiz, die ihre Geschäfte mit Steuergeldern mache, die dem deutschen Staat gehörten. Insoweit mag man in den Schweizer Banken Hehler des flüchtigen Geldes sehen. So betrachtet ist es dann scheinheilig, wenn die Schweiz deutschen Behörden hehlerisches Verhalten vorwirft. Vielmehr hat man es von dieser (deutschen) Perspektive aus lediglich mit einer Mithilfe bei der Aufklärung von Straftaten zu tun.

So werfen sich der Rechtsstaat Deutschland und der Rechtsstaat Schweiz gegenseitig rechtsstaatswidriges Verhalten vor. In Deutschland versteht man nicht, dass die Schweizer ihr Bankgeheimnis wie ein Nationalheiligtum oder als Grundwert wie die Menschenwürde verteidigen (vgl. *Prantl* in *sueddeutsche.de* vom 1.2.2010).

Dies leitet über zur Schweizer Position: In der Schweiz sind die Aufregung und die Empörung über die Pläne der deutschen Regierung, die CD zu kaufen, sehr groß. Man betont, dass das Bankgeheimnis tief im Bewusstsein der Schweiz verankert sei. Die freiheitsliebenden Schweizer stünden, so wird gesagt, einem zu starken Staat mit einer aufgeblähten Verwaltung kritisch gegenüber. Entsprechend tief sind die Steuern, und Steuerhinterziehung sieht man durchaus als eine Art Kavaliersdelikt an. Man befürchtet, dass die Bundesrepublik Deutschland durch den Ankauf der Daten-CD Anreize für immer weitere Rechtsbrüche in der Schweiz schafft. Dahinter steckt natürlich die Furcht der Schweiz, dass ihr Finanzplatz erheblich an Attraktivität verlieren könnte, wenn (deutsche) Kapitalanleger ihr Geld in der Schweiz als nicht mehr vor den eigenen (deutschen) Finanzbehörden sicher angelegt ansehen.

In der Schweiz sieht man in der Kapitalflucht von Deutschland in die Schweiz oft ein Misstrauensvotum gegen den deutschen Staat; die Schweiz könne nichts dafür, wenn die deutschen Bürger ihre Gelder in die Schweiz transferierten; es sei Aufgabe des deutschen Staates, das Steuersystem so zu gestalten, dass die Kapitalflucht aufhöre oder zumindest zurückgehe. Steuergerechtigkeit werde nicht durch noch mehr Kontrolle und noch mehr Datendiebstahl erreicht.

Während auf der einen Seite in der Schweiz die Empörung groß ist, dass die deutsche Regierung sich auf ein Geschäft mit einem Verbrecher, der Daten geklaut hat, einlässt, gibt es andererseits auch besonnenere Stimmen. So hat die Schweizer Außenministerin, Micheline Calmy-Rey, eine gewisse Sympathie für den deutschen Standpunkt erkennen lassen, als sie sagte, als Finanzministerin würde sie ebenfalls über den Ankauf der CD nachdenken. Freilich hat diese Äußerung wieder für sehr viel Unruhe in der Schweiz gesorgt. Jedenfalls wächst in der Schweiz die Einsicht, dass man mit Blick auf das Bankgeheimnis international zunehmend in eine gewisse Isolierung gerät (zu den damit zusammenhängenden Doppelbesteuerungsabkommen noch später).

IV. Ähnliche Fälle

Ein ähnlicher Fall wie der aktuelle hat Deutschland in der sogenannten „Liechtenstein-Affäre“ bereits im Jahre 2008 bewegt. Damals hat ein krimineller Mitarbeiter der liechtensteinischen LGT-Bank dem deutschen Bundesnachrichtendienst eine CD mit Daten von deutschen Kapitalanlegern angeboten. Mit Unterstützung des Bundesnachrichtendienstes hat der deutsche Staat die Daten für etwa 4,5 Millionen Euro gekauft. Man geht davon aus, dass mit Hilfe der gekauften Daten die deutschen Finanzbehörden etwa 200 Millionen Euro eingenommen haben. Das prominenteste Opfer war der ehemalige Vorstandsvorsitzende der Deutschen Post-AG, der nicht ganz eine Million Euro Steuern hinterzogen hatte und deswegen zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren mit Bewährung und zur Zahlung einer Geldbuße in Höhe von einer Million Euro verurteilt wurde.

Im Gegensatz zur Schweiz ist Liechtenstein Mitglied der Europäischen Union; wirtschaftlich ist Liechtenstein freilich sehr stark mit der Schweiz verbunden. Die Liechtenstein-Affäre hat gezeigt, dass es das Problem der

Steuerflucht auch innerhalb der Europäischen Union gibt. Insoweit muss weiter noch Österreich genannt werden. Auch Österreich kennt ein verhältnismäßig strenges Bankgeheimnis und hat viele Deutsche veranlasst, Gelder in dieses Land zu transferieren.

V. Die strafrechtliche Lage aus deutscher Sicht

Die Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung ist in § 370 der deutschen Abgabenordnung (dAO) geregelt. Aus den Steuergesetzen ergibt sich, dass alle Einnahmen, dazu gehören auch Einnahmen aus Kapitaleinkünften, steuerpflichtig sind. Wer also Gelder ins Ausland transferiert und insbesondere Kapitaleinkünfte nicht ordnungsgemäß versteuert, macht sich demnach strafbar. Klar ist: Es ist überhaupt nicht illegal, wenn ein deutscher Staatsbürger Gelder in der Schweiz oder in irgendeinem anderen Land anlegt. Nur müssen die dort erzielten Einkünfte in Deutschland versteuert werden, solange der Deutsche seinen Wohnsitz in Deutschland hat.

In der deutschen Rechtsprechung sind inzwischen auch die Voraussetzungen geklärt, unter denen sich Mitarbeiter von deutschen Banken strafbar machen, die einem deutschen Staatsbürger helfen, Gelder im Ausland (z.B. in der Schweiz) anzulegen, die offensichtlich nicht versteuert werden sollen. Zu dieser Problematik gibt es eine verhältnismäßig umfangreiche dogmatische Diskussion, die unter dem Stichwort der „neutralen“ Beihilfe läuft (zusammenfassend *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2010, § 45 Rn. 101 ff.). Danach gelten die üblichen Beteiligungsregeln nur eingeschränkt. Für eine Strafbarkeit wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung genügt es also nicht, wenn der Bankmitarbeiter nur im Sinne des *dolus eventualis* damit rechnet, dass der Kunde Steuern hinterzieht. Vielmehr liegt erst dann eine strafbare Beihilfe vor, wenn entweder – erstens – das Handeln des Kunden darauf abzielt, eine Steuerhinterziehung zu begehen, und dies der Bankmitarbeiter im Sinne des *dolus directus* 2. Grades sicher weiß, oder – zweitens – der Bankmitarbeiter einen objektiv erkennbar tatgeneigten Täter unterstützt, das heißt einen Täter, bei dem konkrete Anhaltspunkte für geplante Steuerhinterziehungen vorliegen.

Überträgt man diese Rechtsprechung auf Mitarbeiter ausländischer, also insbesondere Schweizer Banken, so dürfte es zahlreiche Fälle geben, in denen aus dogmatischer Sicht Schweizer Bankangestellte die Voraussetzungen einer Beihilfe zur Steuerhinterziehung erfüllt haben. Insoweit erscheint also der etwa von deutschen Politikern gegen Schweizer Banken erhobene Vorwurf, sie leisteten systematisch Beihilfe zur Steuerhinterziehung, nicht ganz unberechtigt. Nach den Regeln des internationalen Strafrechts, die sich in den §§ 3 und 9 dStGB finden, gelten die in der Schweiz vorgenommenen Beihilfehandlungen auch als in Deutschland begangen. Insoweit könnten die Schweizer Mitarbeiter auch nach deutschem Strafrecht wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung strafrechtlich verfolgt werden.

Was im aktuellen Fall die Strafbarkeit von deutschen Amtsträgern hinsichtlich des Ankaufs der CD betrifft, so nehmen die deutschen Behörden offenbar an, dass darin kein strafrechtlich relevantes Verhalten liegt. So ganz klar ist die Rechtslage nicht.

Richtig ist, dass es keine „Datenhehlerei“ gibt. Die klassische Hehlerei ist auf Sachen beschränkt. Nur wer etwa eine gestohlene Sache, also etwa ein gestohlenen Auto erwirbt, macht sich wegen Hehlerei strafbar. Für Daten gibt es einen vergleichbaren Straftatbestand nicht.

Jedoch spricht vieles dafür, dass sich der Informant, der sich die Steuerdaten in strafbarer Weise verschafft hat (§ 162 schweizerisches StGB beziehungsweise § 17 Abs. 2 Nr. 1 dUWG), strafbar macht, wenn er diese Geschäftsgeheimnisse einem anderen mitteilt (§ 17 Abs. 2 Nr. 2 dUWG). § 17 Abs. 1 und Abs. 2 dUWG lautet:

(1) Wer als eine bei einem Unternehmen beschäftigte Person ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis, das ihr im Rahmen des Dienstverhältnisses anvertraut worden oder zugänglich geworden ist, während der Geltungsdauer des Dienstverhältnisses unbefugt an jemand zu Zwecken des Wettbewerbs, aus Eigennutz, zugunsten eines Dritten oder in der Absicht, dem Inhaber des Unternehmens Schaden zuzufügen, mitteilt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer zu Zwecken des Wettbewerbs, aus Eigennutz, zugunsten eines Dritten oder in der Absicht, dem Inhaber des Unternehmens Schaden zuzufügen,

1. sich ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis durch
 - a) Anwendung technischer Mittel,
 - b) Herstellung einer verkörperten Wiedergabe des Geheimnisses oder
 - c) Wegnahme einer Sache, in der das Geheimnis verkörpert ist, unbefugt verschafft oder sichert oder

2. ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis, das er durch eine der in Absatz 1 bezeichneten Mitteilungen oder durch eine eigene oder fremde Handlung nach Nummer 1 erlangt oder sich sonst unbefugt verschafft oder gesichert hat, unbefugt verwertet oder jemandem mitteilt.

(3) ...

Wenn man davon ausgeht, dass in der Weitergabe der CD vom Informanten an die deutschen Behörden eine Mitteilung liegt, dann muss diskutiert werden, inwieweit in der Bereitschaft, die CD für 2,5 Millionen Euro anzukaufen, eine Anstiftung oder zumindest eine Beihilfe liegt. Man könnte daran denken, in der Weitergabe der CD kein „unbefugtes“, also kein strafbares Handeln zu sehen mit der Folge, dass ohne rechtswidrige Haupttat auch eine Teilnahme daran ausscheidet. Ein denkbarer Ansatz wäre, in dem Informanten einen Zeugen zu sehen, dessen Zeugnispflicht sich auch auf die auf der CD festgehaltenen Daten erstreckt. Als Zeuge wäre der Informant gegenüber den Strafverfolgungsorganen zur Aussage verpflichtet und dürfte die Daten nicht geheim halten. Indes kann man nicht den gesamten Inhalt der CD als Vernehmungsgegenstand einstufen (keine eigenen Wahrnehmungen). Außerdem ist der Informant ein „verdächtiger“ Informant und hat daher zumindest ein Auskunftsverweigerungsrecht gemäß § 55 der deutschen Strafprozessordnung. Weiter wird auf die Ermittlungsgeneral Klausel des § 163 dStPO hingewiesen; doch dürfte diese kaum die „Befugnis“ verleihen, Straftaten zu begehen. Daher muss § 17 Abs. 2 Nr. 2 dUWG als erfüllt angesehen werden.

Teilt man diesen Standpunkt, so kann nicht geleugnet werden, dass die Erklärung der verantwortlichen Amtsträger, die CD zu kaufen, zumindest eine Beihilfehandlung darstellt. Einen eigenen Rechtfertigungsgrund für eine

solche Beihilfe zu finden, sofern man beim Informanten von einem „unbefugten“ Handeln ausgeht, dürfte schwerfallen. Vor diesem Hintergrund sind gegen den deutschen Finanzminister und die deutsche Bundeskanzlerin inzwischen erstattete Strafanzeigen nicht von vornherein als unbegründet hinzustellen. Doch selbst wenn man in der Befürwortung des Ankaufs eine strafbare Beihilfe zum Geheimnisverrat sähe, käme es niemals tatsächlich zu einer Strafverfolgung. Denn bei dem Tatbestand des § 17 dUWG handelt es sich um ein sogenanntes Privatklagedelikt, das nur dann verfolgt wird, wenn die Strafverfolgungsbehörde ein öffentliches Interesse bejaht (vgl. § 374 Abs. 1 Nr. 7 und § 376 der dStPO). Ein solches öffentliches Interesse wird keine Staatsanwaltschaft annehmen.

VI. Wege zur Steuergerechtigkeit in Europa

Die Schweiz kennt ein strenges Bankgeheimnis und hat dadurch ihr Land für Steuerhinterzieher mit großem Erfolg zu einem attraktiven Finanzplatz gemacht. Um das zu verstehen, muss man wissen, dass in der Schweiz spitzfindig zwischen Steuerbetrug und Steuerhinterziehung unterschieden wird. Den meisten ausländischen Staaten wird Amts- und Rechtshilfe nur in Fällen von sogenanntem Steuerbetrug geleistet. Ein Steuerbetrug liegt nach dem Schweizer Recht aber nur dann vor, wenn der Täter etwa gefälschte Belege vorlegt oder Bilanzen fälscht. Der typische Fall, dass jemand Einnahmen, die er hat, einfach verschweigt, wird nicht erfasst. Denn eine solche „einfache“ Steuerhinterziehung ist nach dem Schweizer Recht keine Straftat, sondern nur geringer bewertetes Verwaltungsunrecht. Daher sind in der Masse der Fälle, in denen es „nur“ um eine Steuerhinterziehung geht, die „Steuerflüchtigen“ gut geschützt. Genau darauf beruhte lange Zeit die besondere Attraktivität des schweizerischen Finanzplatzes auch für deutsche Kapitalanleger, genau darin sah (nicht nur) Deutschland eine nicht akzeptable Rechtslage.

Das Fernziel Deutschlands und der Europäischen Union dürfte darin liegen, die Schweiz zu einem automatischen Informationsaustausch zu bewegen, so wie er in der Zinsbesteuerungsrichtlinie der Europäischen Union geregelt ist. Auf der Grundlage dieser Richtlinie haben fast alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union untereinander einen derartigen automatischen Informationsaustausch eingeführt (Ausnahmen: Belgien, Luxemburg, Österreich). Das automatische Auskunftsverfahren besteht darin, dass sich jeder Staat verpflichtet, Zinseinnahmen von Ausländern automatisch dem ausländischem Staat mitzuteilen.

In den vergangenen Jahren haben sich die Bemühungen mit Blick auf die Schweiz darauf konzentriert, die Differenzierung zwischen Steuerbetrug und bloßer Steuerhinterziehung zu beseitigen und im Bereich der Rechtshilfe durch Auskünfte den Standard durchzusetzen, den ein Musterabkommen der OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development) vorsieht. Bei der OECD, die ihren Sitz in Paris hat, handelt es sich um eine von 30 Industriestaaten getragene Organisation. Neben Deutschland und der USA gehören ihr etwa auch Korea, Japan, die Schweiz und Österreich an. Das Musterabkommen der OECD sieht vor, dass die Vertragsstaaten die Informationen austauschen, die der Durchsetzung eines Steueranspruchs

dienen und im eigenen Land nicht beschafft werden können. Der anfragende Staat muss also zunächst alle innerstaatlichen Mittel anwenden, um die gewünschten Informationen zu erlangen. Ist dies nicht möglich, kann ein anderer Staat um Auskunft ersucht werden. In dem Auskunftersuchen ist darzulegen, inwieweit die erbetenen Informationen voraussichtlich für die Steuererhebung relevant sind. Um an den anderen Vertragsstaat ein Auskunftersuchen stellen zu dürfen, ist es nicht notwendig, dass der Verdacht einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit besteht.

Die ersten Teilerfolge, die erzielt worden sind, gehen auf eine Entscheidung der Gruppe der 20 wichtigsten Industrie- und Schwellenländer (G-20) von Anfang 2009 zurück. Die G-20-Staaten hatten bei ihrem Treffen Ende März 2009 in London eine „schwarze Liste“ und eine „graue Liste“ sogenannter „Steueroasen“ beschlossen. Auf der „schwarzen Liste“ befinden sich Staaten, die mit anderen Staaten überhaupt nicht kooperieren, also für Steuerflüchtlinge besonders gute Bedingungen bieten. Auf die „graue Liste“ haben die G-20-Staaten unter anderem die Schweiz, Österreich und Luxemburg gesetzt. Dabei handelt bzw. handelte es sich um Staaten, die zumindest ihre Bereitschaft angekündigt hatten, bestimmte internationale Standards bei Auskunftersuchen anzuerkennen. Den Ländern auf der „grauen Liste“ wurde zugesagt, von der Liste gestrichen zu werden, sobald sie mit 12 anderen Staaten Doppelbesteuerungsabkommen geschlossen haben, die dem Auskunftsstandard des OECD-Musterabkommens genügen. Diese Forderungen haben die Schweiz, Österreich und Luxemburg im Jahre 2009 verhältnismäßig schnell erfüllt, weil der Platz auf der „grauen Liste“ für das internationale Ansehen schädlich war. Die Bedingungen waren ja auch verhältnismäßig leicht zu erfüllen. Denn die Größe und Bedeutung der Staaten, mit denen die Doppelbesteuerungsabkommen geschlossen wurden, spielten keine Rolle.

Aus deutscher Sicht ist positiv zu vermerken, dass zunächst mit Liechtenstein ein Doppelbesteuerungsabkommen abgeschlossen wurde, das dem Standard des OECD-Musterabkommens genügt. Die Unterscheidung zwischen Steuerbetrug und bloßer Steuerhinterziehung gibt es insoweit also nicht mehr. Auch ist das Bankgeheimnis erheblich gelockert. Wenn man an die „Liechtenstein-Affäre“ von 2008 und an die damalige Aufregung zurückdenkt, so hat Liechtenstein recht schnell seinen strikten Standpunkt aufgegeben, der mit dem der Schweiz vergleichbar war.

Im Rahmen der weiteren Verhandlungen zwischen Deutschland, der Europäischen Union und der Schweiz mit dem Ziel, die vorhandenen Doppelbesteuerungsabkommen zu reformieren, ist auch in der Schweiz die Einsicht gewachsen, dass man die Unterscheidung zwischen Steuerbetrug und Steuerhinterziehung nicht mehr aufrechterhalten können. Dabei hat die deutsche Seite die Diskussion um den Ankauf der CD durchaus als Druckmittel eingesetzt. So hat der deutsche Regierungssprecher in diesem Zusammenhang erklärt, wenn mit der Schweiz ein Doppelbesteuerungsabkommen auf der Basis der OECD-Regelungen abgeschlossen werde, dann werde sich die Frage eines Ankaufs von Steuerdaten in dieser Form nicht mehr stellen. Das Ziel liege darin, eine so umfassende Zusammenarbeit zu erreichen, dass der Ankauf derartiger CDs mit Steuerdaten

überflüssig werde. Im Oktober 2010 ist es Deutschland in der Tat gelungen, mit der Schweiz ein neues Doppelbesteuerungsabkommen mit dem OECD-Standard abzuschließen.

Nunmehr dürften auch entsprechende Verhandlungen der Europäischen Union mit der Schweiz leichter fallen. Freilich bedarf dazu die Europäische Union eines einstimmigen Verhandlungsauftrages. Insoweit haben Österreich und Liechtenstein bisher noch nicht ihre Zustimmung gegeben. Dies wiederum hängt damit zusammen, dass diese drei Länder gewisse eigene Interessen verfolgen, was ihre Positionierung als Finanzplatz für die Zeit betrifft, in der das Bankgeheimnis aufgelockert ist und nicht mehr von allein ausländische Gelder anlockt.

Das gegenwärtige Doppelbesteuerungsabkommen der Europäischen Union mit der Schweiz sieht vor, dass die Schweiz auf Zinserträge im Jahre 2010 ein Quellensteuer von 20% und ab 2011 von 35% erheben muss. Davon werden 75% an den Staat, dem der Anleger zugehört, weitergeleitet, und 25% darf die Schweiz einbehalten. Es hat so den Anschein, als ob demnach zumindest ab 2011, wenn 35% der Zinserträge abgezogen werden, eine Kapitalanlage in der Schweiz eher unattraktiv würde. Dies ist freilich nur auf den ersten Blick der Fall. Denn die einschlägige Zinsrichtlinie beschränkt sich ausdrücklich auf natürliche Personen. Die Praxis hat gezeigt, dass es überhaupt kein Kunststück ist, die in die Schweiz transferierten Gelder so zu steuern, dass sie bei juristischen Personen landen und dann nicht der besonderen Quellensteuer unterliegen. Reformbemühungen sehen daher vor, dass sich die Zinsrichtlinie der Europäischen Union in Zukunft insbesondere auch auf juristische Personen erstreckt.

VII. Fazit

Wege zu mehr Steuergleichheit und mehr Steuergerechtigkeit in Europa tun sich also auf. Wenn die sich aus der aktuellen Diskussion ergebende Einsicht, dass der grenzüberschreitende Handel mit Steuerdaten auch aus strafrechtlicher Sicht problematisch ist, dazu beiträgt, die Wege zur Steuergerechtigkeit zu beschleunigen, dann hat diese Diskussion ihren Sinn gehabt. Ob freilich am Ende die deutschen Steuerzahler ehrlicher werden und sich bestimmte Finanzströme nicht in Länder außerhalb Europas verlagern, kann im Augenblick nicht prognostiziert werden. Unabhängig davon bleibt die Aufgabe des deutschen wie des europäischen Gesetzgebers bestehen, die Steuersysteme so auszugestalten, dass die Versuchungen zu Steuerhinterziehungen abnehmen.

Literatur

Bielefeld/Prinz, Riskante Hilfe zur Hinterziehung deutscher Steuern aus dem Ausland?, Deutsches Steuerrecht 2008, S. 1122 ff.

Bock/Leuk, Quo vadis Luxemburger Bankgeheimnis? – Wohl und Wehe des Luxemburger Bankgeheimnisses im Lichte der jüngsten Entwicklungen, Internationales Steuerrecht 2009, S. 792 ff.

Czakert, Der Vorschlag der Kommission zur Revision der Zinsrichtlinie, Internationales Steuerrecht 2009, S. 164 ff.

Franzen/Gast/Joecks, Steuerstrafrecht, 7. Aufl. 2009, § 370 AO Rn. 215 ff.; § 399 AO Rn. 121 ff.

Heine, Die Verletzung des Bankgeheimnisses: neue Strafbarkeitsrisiken der Bank bei grenzüberschreitenden Sachverhalten, in: *Emmenegger* (Hrsg.), Cross-Border Banking, 2009, S. 159 ff.

Ignor/Jahn, Der Staat kann auch anders – Die Schweizer Daten-CDs und das deutsche Strafrecht, Juristische Schulung, 2010, 390 ff.

Korts/Korts, Ermittlungsmöglichkeiten deutscher Finanzbehörden bei Auslandssachverhalten, Internationales Steuerrecht 2006, S. 869 ff.

Sahan/Ruhmannseder, Steuerstrafrechtliche Risiken für Banken und ihre Mitarbeiter bei Kapitaltransfers in die Schweiz, Internationales Steuerrecht 2009, S. 715 ff.

Schünemann, Die Liechtensteiner Steueraffäre als Menetekel des Rechtsstaats, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2008, S. 305 ff.

Sieber, Ermittlungen in Sachen Liechtenstein – Fragen und erste Antworten, Neue Juristische Wochenschrift 2008, S. 881 ff.

Trüg, Steuerdaten-CDs und die Verwertung im Strafprozess, Strafverteidiger 2011, 111 ff.

Internet

Als Suchworte beispielsweise eingeben: „Liechtenstein-Affäre“; „Steuersünder-CD“; „Steuer-CD“; „Doppelbesteuerungsabkommen Schweiz“; „Musterabkommen OECD“; „Zinsbesteuerungsrichtlinie“.

Beginn und Ende des strafrechtlichen Lebensschutzes in der globalisierten Gesellschaft

Hirokazu Kawaguchi, Osaka

I. Einführung

Die Reichweite des strafrechtlichen Lebensschutzes war und ist immer noch von Land zu Land unterschiedlich. Typische Beispiele bilden die strafrechtlichen Regelungen über Abtreibungen bzw. Schwangerschaftsabbrüche.¹ Seit langem ist die Problematik des sog. Abtreibungstourismus bekannt. Ähnliche Probleme gibt es auch bei der Sterbehilfe. Die strengeren Regelungen über die Forschung an menschlichen embryonalen Stammzellen in Deutschland haben zur Folge, dass viele deutsche Forscher in die USA auswandern, um dort diese Forschung durchzuführen. In Japan gibt es relativ wenige Probleme bezüglich Schwangerschaftsabbruch und Stammzellenforschung, weil die einschlägigen Regelungen viel lockerer als in Deutschland sind. Aber die Organentnahmen bei Hirntoten waren² und sind immer noch in Japan sehr problematisch, weil die gesetzlichen und auch gesellschaftlichen Bedingungen für sie streng sind und sehr viele Organtransplantationen für Japaner im Ausland – besonders in den USA, aber auch in Deutschland – durchgeführt wurden und werden. Man spricht von Organtransplantationstourismus. In einer solchen Situation bedarf es mindestens einer gemeinsamen Bestimmung darüber, wann der Schutz des menschlichen Lebens beginnt und endet. Darüber gibt es ziemlich unterschiedliche Ansichten. Das möchte ich anhand einiger Beispiele zeigen.

II. Beginn des Lebensschutzes

1. Ist eine befruchtete Eizelle in vitro eine Sache?

Vor etwa einem Monate habe ich zusammen mit Herrn Yamanaka in einer BT-Klausur³ unsere Studenten gefragt, ob eine vorsätzliche Zerstörung einer befruchteten Eizelle eine „Sachbeschädigung“ im Sinne von § 262 des

¹ Zur Problematik zusammenfassend *Eser/Koch*, Schwangerschaftsabbruch und Recht – Vom internationalen Vergleich zur Rechtspolitik, 2003.

² Zur Debatte bis zur Entstehung des japanischen Organtransplantationsgesetzes a. F., *Kawaguchi*, Strafrechtliche Probleme der Organtransplantation in Japan, 2000, S. 35 ff.

³ Strafrecht BT WS 2009/2010 an der Law School der Universität Kansai.

japanischen StGB und eine Verwendung einer befruchteten Eizelle eines anderen Ehepaars zur Schwangerschaft ohne dessen Einwilligung eine „Unterschlagung“ im Sinne von § 252 des japanischen StGB ist:

Fall 1: Im Auftrag der Eheleute A (Mann) und B (Frau) erzeugt C, ein Arzt in einer Frauenklinik, deren befruchtete Eizelle in vitro. C plant, diesen Embryo auf M, die Mutter von B, die bereit ist, Ersatzmutter zu werden, zu übertragen.

Aber D, die ehemalige Geliebte von A, tötet das Embryo in vitro. C, der den Tod des Embryos bemerkt, transferiert eine andere befruchtete Eizelle, die von den anderen Eheleuten E und F stammt, ohne deren Einwilligung in den Uterus der M, woraufhin M schwanger wird.

Nach *Yamanaka*⁴ (und über 90 % der Studenten, die an der Klausur teilgenommen haben) ist D wegen Sachbeschädigung und C wegen Unterschlagung strafbar. Yamanaka begründet dieses Ergebnis wie folgt: Hält man die Beschädigung der gespendeten Samen wegen Sachbeschädigung und die Tötung des Embryos nach Nidation wegen Abtreibung für strafbar, so entstünde eine nicht zu rechtfertigende Strafbarkeitslücke, wenn die dazwischen liegende Tötung des Embryos nach Befruchtung und vor Nidation, wie im Fall 1 in vitro, straffrei wäre.

In Deutschland qualifiziert man dagegen die befruchtete Eizelle nach Befruchtung und vor Nidation nicht als Sache. Daher scheidet eine Strafbarkeit wegen Sachbeschädigung bzw. Unterschlagung aus. Außer der Strafbarkeit wegen der Übertragung des Embryos auf die Ersatzmutter M (§ 1 I Nr. 7 EschG) ist eine Strafbarkeit nur wegen missbräuchlicher Verwendung (§ 2 I ESchG) oder wegen eigenmächtiger Embryoübertragung (§ 4 I Nr. 2 EschG) denkbar, weil das EschG „kein explizites Tötungsverbot“⁵ des Embryos enthält.

In Japan gibt es die Lehrmeinung, dass ein Embryo keine Sache sein könne, weil er eine Art „menschliches Leben“ sei⁶. Früher war ich auch dieser Meinung. Doch wie sollte man dann die Strafbarkeitslücke de lege ferenda behandeln? Wenn man darüber nachdenkt, dass in Japan die embryonale Stammzellenforschung gesetzlich – unter bestimmten Bedingungen – erlaubt ist, so behandelt man Embryonen mindestens insoweit als Sachen. Denkbar wäre auch, dass im Konkurrenzkampf unter Forschern Embryonen beschädigt oder gestohlen werden. Solche Fälle lassen sich doch besser mit Yamanakas Lösung lösen.⁷

2. Wann beginnt das Leben des „Menschen“ im Sinne der Tötungsdelikte nach dem deutschen und dem japanischen StGB?

Fall 2: A tötet das Kind während der Geburt, a) nach den Eröffnungswehen, doch bevor ein Teil des Körpers des Kindes aus dem Uterus

⁴ *Yamanaka*, Keiho Kakuron (Strafrecht BT), 2. Aufl. 2009, S. 233.

⁵ *Taupitz*, in Günther/Taupitz/Kaiser, Embryonenschutzgesetz, 2008, Einf. B 20 (S. 91).

⁶ So *Yamaguchi*, Keiho Kakuron (Strafrecht BT), 2. Aufl. 2010, S. 5 f.

⁷ Befürwortend im Prinzip, aber mit einiger Einschränkung, *Saeki*, in Yamaguchi/Ida/Saeki, Rironkeihogaku no saizensen II, 2006, S. 2 ff.

ausgetreten ist, b) nach dem Zeitpunkt der partiellen Exhibition, doch vor Vollendung der Geburt, c) erst nach der Vollendung der Geburt.

In Japan stellt die sog. partielle Exhibitionstheorie die herrschende Meinung dar, die auf den Zeitpunkt abstellt, bei dem ein Teil des Körpers des Kindes aus dem Uterus austritt. Denn erst dann entstehe die Möglichkeit eines direkten Angriffs auf das Kind. Deswegen seien die vorsätzlichen und fahrlässigen Tötungsdelikte erst ab dem Zeitpunkt b) anwendbar. In Deutschland dagegen setzt der Schutz des strafrechtlich geschützten Rechtsguts Mensch nach herrschender Meinung schon mit dem Einsetzen der Eröffnungswehen⁸ ein, also bereits ab dem Zeitpunkt a) im Fall 2.

Interessanterweise gibt es sowohl in Deutschland als auch in Japan den Vorschlag einer Vorverlegung der Menschwerdung auf den *Zeitpunkt der Lebensfähigkeit des ungeborenen Kindes* (Gropp/K. Ito⁹). Den genau umgekehrten Weg gehen Herzberg/Herzberg¹⁰ und Hirano¹¹. Sie vertreten, dass der Fötus erst mit Eintritt der Rechtsfähigkeit, also mit der Vollendung der Geburt zum Menschen werde¹². Ich tendiere vor allem wegen der Klarheit der Abgrenzung zu dieser „Geburtsvollendungstheorie“.

3. Pränatale Einwirkungen

Die dritte Frage betrifft pränatale Einwirkungen. Der Fall 3 stammt aus einer neueren BGH-Entscheidung, die auch andere strafrechtsdogmatische Fragen wie die nach dem sog. fehlgeschlagenen Versuch aufwirft. Ich möchte mich auf die Frage nach den Folgen von pränatalen Einwirkungen konzentrieren. – Zuerst fasse ich den Fall ganz kurz zusammen:

A stieß seiner schwangeren Freundin S in Tötungsabsicht mit Wucht ein Küchenmesser mehrmals in die Brust und auch in den Hals. S konnte durch das sofortige Eingreifen des Notarztes und einer Notoperation gerettet werden. Sie wurde noch im Erstaufnahmerraum des Krankenhauses durch einen Notfallkaiserschnitt von einer Tochter C entbunden. C verstarb in der Frühgeborenenintensivstation auf Grund ihrer zu frühen Geburt und eines infolge der Stichverletzungen ihrer Mutter erlittenen Herz-Kreislauf-Stillstandes.

Fall 3 (nach BGH NStZ 2008, 393): A ging eine intime Beziehung mit der 16-jährigen S ein, die gemeinsam mit ihm in einer Wohnung lebte und kurz darauf von ihm schwanger wurde. S zog eines Tages aus der Wohnung aus, weil sie sich von A trennen wollte und zog zu ihrer

⁸ BGHSt 31, 348, 350 ff. m. Anm. Lüttger NStZ 1983, 481 ff.; BGHSt 32, 194 ff.; Rengier, Strafrecht BT II, 12. Auflage 2011, § 3 Rn. 3.

⁹ Gropp, Der Embryo als Mensch: Überlegungen zum pränatalen Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit, GA 2000, 1: de lege ferenda; Kensuke Ito, Gendaishakai to Keiho Kakuron (Moderne Gesellschaft und Strafrecht BT), 2. Aufl., 2002, S. 18 f.: sogar schon de lege lata per Auslegung.

¹⁰ Rolf Herzberg / Annika I. Herzberg, Der Beginn des Menschseins im Strafrecht: Die Vollendung der Geburt, JZ 2001, 1106.

¹¹ Hanzairon no shomondai Bd.2 : BT, 1982, S. 28 f.

¹² Hirano aaO, S. 29; Herzberg/Herzberg aaO 1112, zust. Merkel NK § 218 RN 29 ff; dagegen Ingelfinger, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots, 2004, S. 124 ff. mwN

Mutter. A suchte in den folgenden Tagen regelmäßig telefonischen und persönlichen Kontakt zu ihr. Bei einem Gespräch in der Wohnung ihrer Mutter am Tattage erklärte S dem A auf dessen Frage, dass sie ihm keine neue Chance geben, sondern nur noch eine freundschaftliche Beziehung wegen des gemeinsamen Kindes führen wolle. A stieß ihr darauf in Tötungsabsicht mit Wucht ein von ihm mitgeführtes Küchenmesser mit einer 12 cm langen Klinge in die Brust. Er tat dies, weil er S ganz für sich alleine haben wollte und sie keinem anderen Mann gönnte. S schrie auf, zog sich das Messer selbst aus der Brust und legte es auf einem Tisch ab. Daraufhin nahm A das Messer vom Tisch und versetzte ihr in Tötungsabsicht mindestens sieben weitere Stiche in den Hals und die Brust, bevor er von dem im Nebenzimmer anwesenden W, einem Bekannten von S, von ihr weggezogen wurde. A stieß den W zur Seite. Obwohl es ihm aufgrund seiner körperlichen Überlegenheit möglich gewesen wäre, setzte er den Angriff auf S nicht fort, sondern ging auf den Balkon und warf das Tatmesser auf die Schienen einer vorbeiführenden Straßenbahnlinie. Danach rief er mit seinem Mobiltelefon die Notrufnummer 112 an und verständigte, ohne seinen Namen zu nennen, einen Notarzt, bevor er die Wohnung verließ. Er tat dies, weil ihm die S leid tat und er sie nun doch noch retten wollte. S konnte durch das sofortige Eingreifen des Notarztes und einer schwierigen Notoperation gerettet werden. Sie wurde noch im Erstaufnahmeraum des Krankenhauses durch einen Notfallkaiserschnitt von einer Tochter entbunden. Nach der sofortigen Herzoperation musste sie sich zwei weiteren Operationen unterziehen. In Folge der Operationen trug sie mehrere auffällige Narben am Oberkörper davon. Ihre Tochter C, die nach der Entbindung auf die Frühgeborenenintensivstation verlegt wurde, verstarb dort auf Grund ihrer zu frühen Geburt und eines in Folge der Stichverletzungen ihrer Mutter erlittenen Herz-Kreislauf-Stillstandes. Ohne diesen Herz-Kreislauf-Stillstand hätte eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit für das Überleben des Kindes bestanden.

Bei Einwirkungen auf den Fötus, deren Folgen erst nach der Geburt eintreten oder sichtbar werden, richtet sich die Strafbarkeit gemäß der herrschenden Meinung in Deutschland danach, wann die erfolgsverursachende Handlung erfolgt ist. Hat der Täter die für den Erfolgseintritt maßgebliche Handlung vor der Geburt vorgenommen, dann greifen die §§ 218 ff. StGB ein. Die §§ 211 ff. StGB sind nur einschlägig, sofern die den Todeseintritt auslösende Handlung nach dem Beginn der Geburt erfolgt¹³. So löst der BGH¹⁴ den Fall 3 wie folgt: Wirkt der Täter auf die Leibesfrucht bereits vor der Geburt ein, tritt der tatbestandmäßige Erfolg, der Tod des Kindes, aber erst nach dessen Geburt ein, so ist der Täter wegen eines Schwangerschaftsabbruchs, nicht wegen eines Tötungsdelikts zu bestrafen, da maßgeblich für die Abgrenzung der Anwendungsbereiche des § 218 StGB einerseits und der Tötungsdelikte andererseits der Zeitpunkt ist, zu dem die

¹³ Rengier, BT II, § 13 Rn. 2; Fischer, StGB 58. Aufl. 2011 Vor §§ 211-216, Rn. 84; BeckOK-Eschelbach, § 211 Rn 7; HK-GS/Rössner/Wenkel StGB Vor §§ 211 ff. Rn 8.

¹⁴ NStZ 2008, 393.

für die Herbeiführung des Erfolgs ursächliche Täterhandlung auf das Opfer einwirkt.

Demgegenüber würde der japanische Oberste Gerichtshof (OGH) den Fall 3 anders lösen. Denn der OGH entschied im berühmten „Minamata-Krankheitsfall“¹⁵ wie folgt: „Die Leibesfurcht ist nach dem geltenden StGB wie ein Teil der Mutter zu behandeln; nur durch die Sonderregelung zu den Abtreibungsdelikten wird sie als eigenständiges Objekt geschützt“. Deswegen könne im Fall 3 der auf die Tötung eines „Menschen“ M gerichtete Vorsatz auch den Tod eines Menschen C nach der Geburt decken (Vollendung der Tötung). Die in Japan herrschende Meinung folgt dem wohl, obwohl ich mich eher der in Deutschland vorherrschenden Ansicht anschließen möchte. Hier gibt es einen großen Meinungsunterschied zwischen den beiden Ländern.

III. Ende des Lebens - zugleich einige Bemerkungen über die Änderung des japanischen Organtransplantationsgesetzes (OTG)

Das menschliche Leben als Schutzgut der Tötungsdelikte **endet mit dem Tode**, wobei innerhalb dieses durchaus zeitlich gestreckten Prozesses heute in Deutschland regelmäßig auf den Hirntod abgestellt wird¹⁶. Rengier begründet das Hirntodkonzept wie folgt: „Geht es nämlich um den Schutz menschlichen Lebens, so muss dieses enden, wenn das, was das Personsein des Menschen ausmacht, völlig ausfällt.“¹⁷

Demgegenüber hat in Japan die herrschende Meinung lange Zeit auf das Kriterium des Herz- und Kreislaufstillstands abgestellt (sog. Drei-Indikationen-Theorie: Pulsschlag- und Atemstillstand sowie Ausfall der Pupillenreflexion).¹⁸ Im letzten Jahr wurde das japanische Organtransplantationsgesetz reformiert. Nach dem Willen des Gesetzgebers setzt das neue Gesetz den Hirntod für den Tod eines Menschen voraus. Ist das eine gute Nachricht? Ist Japan in diesem Punkt endlich globalisiert? Leider bereitet das neue Gesetz immer noch viele Probleme, wie ich im Folgenden zeigen möchte. Zuerst gehe ich auf den Hintergrund und den Inhalt des neuen Gesetzes ein¹⁹:

1. Hintergrund der Änderung

Die Bedingungen für eine Entnahme nach dem alten OTG waren zu streng. Bis heute gab es nur 86 Fälle (seit 1998). Beispielsweise konnte man nicht Organe von Hirntoten unter 15 Jahren (analog § 961 jap. BGB: Testierfähigkeit) entnehmen. Das war nur im Ausland möglich.²⁰

Die WHO schlug im Januar 2009 ein grundsätzliches Verbot von Organtransplantationen im Ausland vor, doch wurde die Angelegenheit nicht entschieden. Insbesondere die Patientengruppen, die sich Organtrans-

¹⁵ *Yamanaka*, Strafrechtsdogmatik in der japanischen Risikogesellschaft, 2008, S.122 ff.

¹⁶ *Fischer StGB* Vor § 211 Rn 6

¹⁷ *Rengier*, BT II, § 3 Rn. 7.

¹⁸ Zum japanischen Meinungsstand vgl. *Yamanaka*, BT, S. 12 ff.

¹⁹ *Machino*, Keijiho-Journal, Nr. 20 (2010), 2 ff.

²⁰ *Furukawa*, Keijiho-Journal, Nr. 20 (2010), 21 f.

plantationen im Ausland wünschten, und die Transplantationsärzte baten die Abgeordneten der damals regierenden Parteien (Koalition LDP und Komei-Partei) um eine schnelle Änderung des Gesetzes. Eine Gruppe von sechs Abgeordneten schlug am 31.3.2009 die Änderung des OTG vor. Die Gesetzesänderung wurde am 18.6.2009 im Unterhaus des Parlaments (263 Stimmen dafür, 167 Stimmen dagegen und 56 Enthaltungen) und am 13.7.2009 im Oberhaus des Parlaments (138 Stimmen dafür, 82 Stimmen dagegen) angenommen. Obwohl auch Gegenentwürfe vorlagen, gab es dazu keine ausführliche Diskussion im Parlament, da die Legislative zu viele andere politische Probleme lösen musste.

2. Das geänderte Gesetz

a) Bisheriges Gesetz

Das frühere Gesetz sah die vorherige schriftliche Einwilligung des Verstorbenen selbst als eine *conditio sine qua non* für die Feststellung des Hirntodes und basierte auf der Theorie der Wahlmöglichkeit oder Selbstmöglichkeit hinsichtlich des Todesbegriffs.²¹

§ 6 (1) Ein Arzt darf Organe, die für Transplantationen bestimmt sind, Leichen (einschließlich Körpern von Hirntoten) nur dann entnehmen, wenn der Verstorbene darin schriftlich eingewilligt hatte, seine Hinterbliebenen vom Arzt über diese Einwilligung informiert wurden und der Entnahme nicht widersprechen oder wenn der Verstorbene darin schriftlich eingewilligt hatte und keine Hinterbliebenen vorhanden sind.
(2)....

(3) Eine Feststellung gemäß Abs. 2 darf nur dann getroffen werden, wenn der Verstorbene schriftlich eingewilligt hatte, die Angehörigen vom Arzt über diese Einwilligung informiert wurden und der Feststellung nicht widersprechen oder wenn der Verstorbene darin schriftlich eingewilligt hatte und keine Angehörigen vorhanden sind.

b) Geändertes Gesetz

Dagegen hält das Gesetz n. F. nicht mehr die vorherige schriftliche Einwilligung des Verstorbenen selbst für notwendig. Eher spielt der Wille der Familien nun eine entscheidende Rolle. Das japanische Familienmodell²² wird damit verstärkt.

§ 6 (1) Ein Arzt darf Organe, die für Transplantationen bestimmt sind, Leichen (einschließlich Körpern von Hirntoten) nur dann entnehmen,
1. wenn der Verstorbene darin schriftlich eingewilligt hatte, seine Hinterbliebenen vom Arzt über diese Einwilligung informiert wurden und der Entnahme nicht widersprechen oder wenn der Verstorbene darin schriftlich eingewilligt hatte und keine Hinterbliebenen vorhanden sind, oder

²¹ Vgl. *Kawaguchi*, o. Fn. 2, S. 88 f.

²² Zum Modell, *Kawaguchi*, o. Fn. 2, S. 31 f.

2. wenn seine Hinterbliebenen schriftlich darin eingewilligt hatten, falls der Verstorbene nicht darin schriftlich eingewilligt hatte oder es keine Erklärung des Verstorbenen gibt, dass er der Entnahme widerspricht.

(2)....

(3) Eine Feststellung gemäß Abs. 2 darf nur dann getroffen werden,
1. wenn der Verstorbene schriftlich eingewilligt hatte, die Angehörigen vom Arzt über diese Einwilligung informiert wurden und der Feststellung nicht widersprechen oder wenn der Verstorbene darin schriftlich eingewilligt hatte und keine Angehörigen vorhanden sind,
2. wenn seine Angehörigen schriftlich darin eingewilligt hatten, falls der Verstorbene nicht darin schriftlich eingewilligt hatte oder es keine Erklärung des Verstorbenen gibt, dass er der Entnahme widerspricht.

§ 6a Der Verstorbene, der in die Entnahme seiner Organe schriftlich eingewilligt hatte, kann schriftlich erklären, dass seine Verwandten die Organe vorzugsweise erhalten.

c) **Absicht des Gesetzgebers (die Gruppe der sechs Abgeordneten)**

Der Hirntod ist ihrer Meinung nach von der Bevölkerung als Kriterium für den Tod des Menschen akzeptiert²³. Wenn der Verstorbene seinen Willen nicht bekundete, kann man seine Organe nur mit der schriftlichen Einwilligung der Hinterbliebenen entnehmen (§ 6 I u. III OTG). Auch ist Organentnahme bei unter 15-jährigen Personen möglich. Der Verstorbene kann vor seinem Tod schriftlich erklären, dass seine Verwandten die Organe vorzugsweise erhalten (§ 6a OTG).

3. **Probleme des neuen Gesetzes**

Ich halte diese Änderung für außerordentlich problematisch²⁴. Das möchte ich anhand des folgenden Falles verdeutlichen:

Fall 4: Die Eheleute A und B haben ein einziges Kind C, das fünf Jahre alt ist. Nach einem schweren Unfall befindet es sich im Koma. Der behandelnde Arzt geht davon aus, dass C schon hirntot ist. Aber A und B verweigern die Feststellung des Hirntodes von C.

Zuerst ist zu fragen, ob man durch die Änderung allgemein, d.h. nicht nur im Bereich der Transplantationsmedizin, den Hirntod als Todeskriterium akzeptiert hat. Fall 4 zeigt die Problematik. In diesem Fall ist C objektiv schon hirntot. Trotzdem wird C als noch lebendig angesehen, wenn die Eltern A und B die Feststellung verweigern. Nishida vertritt in der neuen Auflage seines Lehrbuchs die Ansicht, dass das Hirntodkriterium nur in Fällen der Organtransplantation gelte, ansonsten sei das herkömmliche Herztodkriterium maßgeblich.²⁵ Dies könnte eine pragmatische Lösung sein.²⁶

²³ Dazu *Furukawa*, Keijiho-Journal, Nr. 20 (2010), 18 ff., 21 Fn. 2.

²⁴ Kritisch *Matsumiya*, Horitsujiho Bd. 81 (2009) Nr. 11, 1 ff.; *Motoyama*, Hogaku-Seminar Nr. 660 (2009), 1 ff. (aus zivilrechtlicher Sicht); *Komatsu*, Sekai Nr. 794 (2009), 47 ff. (aus philosophischer Sicht). Vgl. auch *Siroshita*, Keijiho-Journal, Nr. 20 (2010), 11 ff.

²⁵ *Nishida*, Keiho Kakuron (Strafrecht BT), 5. Aufl. 2010, S 12.

²⁶ Befürwortend für den neuen Modell, *Higuchi*, Jurist Nr. 1393 (2010), 38 ff. Nach dem Zeitungsartikel (Asahi-Zeitung vom 26. 9. 2010, S. 38) fanden schon 11 Fälle der

Aber theoretisch und sozialetisch bleiben noch viele Probleme, die ich im Folgenden zusammenfassend erwähnen möchte:

- a) Theoretisch ist es nicht erklärbar, warum man für die Feststellung des Hirntodes die Einwilligung des Verstorbenen oder der Angehörigen braucht, wenn der Hirntod als Tod des Menschen angesehen wird.
- b) Faktisch steht es nicht fest, dass der Hirntod, wie der Gesetzgeber behauptet, von der Bevölkerung schon als Tod des Menschen wirklich akzeptiert wird. Die Frage ist auch nicht im Gesetz ausdrücklich geregelt.
- c) Die Feststellung des Hirntodes bei kleinen Kindern ist technisch sehr schwierig. Es besteht diesbezüglich eine gewisse Gefahr von fehlerhaften Feststellungen.
- d) Aus dem Gesetz ist nicht klar ersichtlich, welchen Umfang die Begriffe „Hinterbliebene“, „Angehörige“ und „Verwandte“ besitzen²⁷.
- e) Die mögliche Bevorzugung von Verwandten auf der Empfängerseite könnte zur ungerechten Organverteilung führen.

Organentnahme von Hirntoten (darunter 10 Fälle ohne schriftliche Zustimmung der Verstorbenen) seit dem Inkrafttreten des neuen §§ 6 und 6a im Juli 2010 statt. Die Anzahl der Organspende innerhalb eines Jahres beträgt voraussichtlich etwa 90. Das ist über 10-fach mehr als früher.

²⁷ Gegen die Einschränkung des Verwandtenbegriffs, *Higuchi*, Jurist Nr. 1393 (2010), 38, 43 f.

Die Bilanz des AIDS-Skandals in Japan – Strafrechtliche Haftung wegen der Produktion und ärztlichen Verschreibung von AIDS- kontaminierten Blutprodukten und wegen Aufsichtspflichtverletzungen

Keiichi Yamanaka, Osaka

I. Einführung

1. AIDS-Skandal in Japan

Zwischen 1983 und 1985 wurden in Japan mehr als 1800 Personen, hauptsächlich Bluter und Leberkranke, mit dem HI-Virus angesteckt, weil sie HIV-kontaminierte, nicht sterilisierte („inaktivierte“) Blutprodukte erhielten („AIDS-Skandal“). Von den Infizierten starben mehr als 500 Personen am Ausbruch des Krankheitsvollbildes AIDS (Acquired Immune-Deficiency Syndrome).

Obwohl bereits 1983 wirksame Verfahren zur Hitzeinaktivierung von HI-Viren entwickelt und 1983 in den USA¹ genehmigt worden waren, wurden in Japan noch mehr als zwei Jahre lang nicht sterilisierte Blutprodukte weiter verkauft und verwendet, wodurch das Ausmaß der HIV-Infizierungen erheblich vergrößert wurde.

Im Jahre 1989 wurden gegen die Pharma-Unternehmen, die die Blutprodukte produziert und verkauft hatten, sowie gegen das Gesundheitsministerium, das dies genehmigt hatte, Schadensersatzklagen erhoben². Nachdem sich der damalige Gesundheitsminister entschuldigt hatte, wurden diese Prozesse 1996 durch Vergleiche abgeschlossen³. Im Jahre 1996 wurde eine Klage „stockholder's representative action“ gegen den

¹ In den USA wurde die Hitzeinaktivierung von HI-Viren im März 1983 genehmigt. Erst im Juli 1985 ist dieses Verfahren in Japan genehmigt worden.

² Zu den gesamten Materialien des AIDS-Skandals vgl. Verteidigergruppe des Tokyo-HIV Prozesses (Hrsg.): Yakugai AIDS Saibansi (Prozess-Geschichte des AIDS-Skandals), Bd. 1-5, 2002.

³ Eine Voraussetzung des Vergleichs war die Gründung des „International Medical Center of Japan“ zur Forschung und Behandlung von Aids. Es wurde 1997 gegründet.

damaligen Direktor der *Grün-Kreuz AG (Green Cross Corporation)*⁴ erhoben; 2002 kam es zum Vergleich.

Erst im August 1996 wurden ein Arzt der Teikyo-Uniklinik, ein Beamter und der Präsident des Gesundheitsministeriums sowie zwei weitere Topmanager der *Grün-Kreuz-AG* wegen fahrlässiger Tötung im Betrieb (§ 211 jStGB) strafrechtlich verfolgt.⁵ Es war das erste Mal, dass ein Pharma-Skandal zu einer strafrechtlichen Verfolgung führte. Das Misstrauen der Bevölkerung gegen die Sicherheit von pharmazeutischen Produkten scheint eine strafrechtliche Verfolgung erfordert zu haben.⁶

Es zeigte sich, dass der Schutz gegen pharmazeutische Puscherei Mängel aufwies. Es fehlte an einem ausreichenden, die Patienten schützenden Rechtssystem. Ferner erwies sich das Genehmigungsverfahren der pharmazeutischen Verwaltung als verbesserungsbedürftig. Erst durch die Ergebnisse der Prozesse im Zusammenhang mit den Pharma-Skandalen und durch das Engagement von Bürgerinitiativen, die auf nötige gesetzliche Verbesserungen zum Opferschutz aufmerksam gemacht haben, wurde der Rechtsschutz der potentiellen Opfer verbessert.

In strafrechtlicher Hinsicht stellt sich die Frage, inwieweit der AIDS-Strafprozess als einziges Strafverfahren im Bereich der vielen pharmazeutischen Skandale dazu beigetragen hat, die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Pharma-Unternehmen, Krankenhäusern und der Gesundheitsverwaltung zu klären.

Zuvor soll jedoch ein Blick auf die zivilistischen Auseinandersetzungen im Bereich der verschiedenen Pharma-Skandale in Japan geworfen werden.

⁴ Die Korporation wurde im November 1950 als *Nippon Bloodbank AG* gegründet. 1964 hat sie ihren Geschäftsnamen in *Grün-Kreuz AG* geändert. 1998 fusionierte sie mit der *Yoshitomi-Pharmazeutische AG*. Heute heisst sie *Tanabe-Mitsubishi-Pharmazeutische AG*.

⁵ Hier nenne ich die Hauptliteratur zu den strafrechtlichen Problemen des Aids-Skandals: *Makoto Ida*, Keiho Zasshi Bd. 42, Heft 3, S. 333 ff.; *Masato Okabe*, Himeji Hogaku Nr. 49, 2009, S. 1 ff.(316 ff.); *Hiroshi Otsuka*, Gendai Keijiho Bd. 4, Heft 3 (2002, S. 69 ff.; *ders.*, Keiho Zasshi Bd. 42, Heft 3, S. 347 ff.; *ders.*, Keijiho no Riron to Genjitsu (Festschrift für, Shiro Sasaki, (2002), S. 145 ff.; *Katsunori Kai*, Ijiho Hanrei Hyakusen 2006, S. 62 ff.; *ders.*, Nenpo Ijihogaku Nr. 17, 2002, S. 87 ff.; *Kiyohiko Katahira*, Jurist Nr. 1216, 2002, S. 28 ff.; *Kazunori Karei*, Jurist Nr. 1361, 2008, S. 166 ff.; *Kayoko Kitagawa*, Hogaku Kyoshitsu Nr. 258, 2002, S. 44 ff.; *Soichiro Shimada*, Keijiho Journal Nr. 3, 2006, S. 26 ff.; *Mikito Hayashi*, Hanrei Jiho 1775, 2002, S. 11 ff.; *Saku Machino* usw., (Gespräch über Aids-Fall), Hogaku Kyoshitsu Nr. 258, 2002, S. 22 ff.; *Masahide Maeda*, Hanrei Ties Nr. 1076, 2002, S. 3 ff.; Takaaki Matsumiya, Festschrift für Sasaki 2002, S. 169 ff.; *Takayoshi Tsuneoka*, Jurist Nr. 1216, 2002, S. 19 ff.; *Atsushi Yamaguchi*, Jurist Nr. 1216, 2002, S. 10 ff.

⁶ Das heutige Misstrauen in Japan gegenüber der Sicherheit pharmazeutischer Erzeugnisse hat auch zu einem zunehmenden Misstrauen gegenüber der medizinischen Sicherheit in Krankenhäusern geführt. Die Anzahl der strafrechtlichen Klagen bei ärztlichen Behandlungsfehlern in Krankenhäusern nimmt seit kurzem erheblich zu. Vgl. *Hideo Iida*, Keiji Iryo Kago (Strafrechtliche Fälle von Behandlungsfehlern) Bd. 2, 2006, S. 6 ff.; *ders.*, Strafjustiz und medizinische Behandlung, Jurist Nr. 1339 (2007), S. 60 ff.; nach *Iida* wurden zwischen Kriegsende und 1999 nur 137 Fälle strafrechtlich verfolgt. In den 5 Jahren zwischen 1999 und 2004 waren es dagegen allein schon 79 Fälle (Jurist Nr. 1339, S. 61). *Hitoshi Saeki*, Gegenwärtige Situation der Strafjudikatur in Bezug auf die medizinischen Sicherheit, Jurist Nr. 1323 (2006), S. 27 f.

2. Aufsehenerregende Zivilprozesse gegen Pharma-Unternehmen in Japan

a) Thalidomid-Skandal: Der erste große Zivilprozess wegen eines schädlichen Arzneimittels fand in Japan im Zusammenhang mit dem sog. „Thalidomid-Skandal“ Ende der 50er Jahre statt. Thalidomid (α -Phthalimidoglutaramid) ist ein Arzneistoff, der als Schlaf- und Beruhigungsmittel verkauft worden war⁷ und zahlreiche Schädigungen von Neugeborenen hervorgerufen hatte, deren Mütter Thalidomid während der Schwangerschaft eingenommen hatten. In Japan wurde ein thalidomidhaltiges Arzneimittel durch das Pharmazieunternehmen *Dai-Nippon-Seiyaku* mittels einer eigenen Methode entwickelt und seit dem 20. Januar 1958 unter dem Name „Isomin“ und vom 22. August 1959 an unter dem Namen „Proban M“ als Heilmittel gegen Magen- und Darmkrankheiten verkauft. Zunächst kam es zu einer unerklärlichen Häufung von Missbildungen Neugeborener. Die *Grünenthal GmbH* hatte sich am 26. November 1961 für den Rückruf des Arzneimittels entschieden. Erst am 13. September 1962 hatte dann auch die *Dai-Nippon-Seiyaku* Produktion und Versand dieses Arzneimittels eingestellt und die bereits ausgelieferten Produkte zurückgerufen. Bis dahin war es schon bei mehr als 3000 Neugeborenen zu Missbildungen gekommen.

Der erste Schadensersatzprozess gegen *Dai Nippon Seiyaku* wurde am 28. Juni 1963 beim Landgericht Nagoya anhängig. Am 26. Oktober 1974 wurde dieser Prozess mit einem Vergleich beendet.

Der Thalidomid-Skandal war nicht nur der erste Pharmazie-Skandal, sondern wurde in Japan als eine Art großes „Kogai“s (public nuisance, Umweltkatastrophe) nach dem Zweiten Weltkrieg bezeichnet.⁸

b) SMON⁹-Skandal: Symptomatisch für die SMON-Krankheit ist ein Nervenleiden, das zunächst mit Darmbeschwerden und Durchfall beginnt, dann zu Empfindungsstörungen und Lähmungserscheinungen in den Beinen führt und schließlich sogar Schädigungen des Sehnervs und Erblindung nach sich ziehen kann¹⁰. Ursächlich hierfür ist Chinoform (Clioquinol), das in Arzneimitteln zur Bekämpfung von Beschwerden im Darmbereich enthalten ist. In Japan wurde Chinoform aus Basel von *Ciba-Geigy*¹¹ importiert und durch die beiden pharmazeutischen Unternehmen *Takeda* und *Tanabe* verkauft. Die SMON-Erkrankung tauchte ab 1955 gelegentlich auf und erreichte 1969, ohne dass damals die Ursache bekannt war, ihren Höhepunkt¹². Zuerst wurde die Theorie vertreten, SMON werde durch ein Virus verursacht. Im September 1969 setzte der Gesundheitsminister einen Beratungsausschuss

⁷ Dieser Arzneistoff ist durch die *Grünenthal GmbH* in Deutschland entwickelt und unter dem Markennamen „Contergan“ seit dem 1. Oktober 1957 verkauft worden. 1961 wurde das Medikament wegen seiner Gefährlichkeit in Deutschland vom Markt genommen.

⁸ Zur geschichtlichen Entwicklung der public nuisance (Umweltkatastrophe) vgl. mein Buch „Strafrechtsdogmatik in der japanischen Risikogesellschaft“, 2008, S. 60 ff.

⁹ SMON ist eine Abkürzung von „Subakute Myelo-Optico Neuropathie“ (subacute myelo-optico-neuropathy).

¹⁰ Vgl. Nanzando's Medical Dictionary, 18. Aufl., 1998, S. 1120.

¹¹ Im Zivilprozess 1971 wandte Ciba-Geigy ein, "the SMON problem is a peculiarly Japanese one and that they are not responsible to Japanese patients".

¹² Vgl. *Takehisa Awaji*, SMON Jiken to Ho (SMON-Fall und Recht), 1981, S. 3 ff.

für die Ursachenuntersuchung von „SMON“ ein. Erst 1970 kam die Vermutung auf, dass Chinoform die Ursache für die Erkrankungen bilden könnte. Diese Theorie wurde durch den Beratungsausschuss 1972 bestätigt. Der Gesundheitsminister ordnete im September desselben Jahres die Einstellung der Produktion des Arzneimittels an. Mehr als 11.000 Personen waren bis dahin an SMON erkrankt. Nach der Rückrufmaßnahme nahm die Anzahl der Erkrankungen dramatisch ab.

Im Mai 1971 begann der erste Prozess gegen die drei pharmazeutischen Firmen (*Takeda, Ciba-Geigy Japan und Tanabe*) sowie gegen den Staat. In diesem Jahr erhoben etwa 4.800 Personen Klagen bei den 27 Landgerichten in Japan. Im August 1978 hat das Landgericht Tokyo zum ersten Mal sowohl die Haftung der Unternehmen als auch des Staates bejaht¹³. 1979 hat sich das Landgericht Yokohama erstmals für die Fahrlässigkeitshaftung eines Arztes in der städtischen Universitätsklinik Yokohama ausgesprochen¹⁴.

c) Chloroquin-Skandal: Chloroquin ist eigentlich ein Arzneistoff zur Vorbeugung gegen Malaria. Darüber hinaus wird Chloroquin als Mittel zur Behandlung rheumatischer Erkrankungen, dem Lupus erythematodes und der Porphyria cutanea tarda, angewandt. Nebeneffekte können in Form von gastrointestinalen Problemen (z.B. Magenbeschwerden), Kopfschmerzen und Einschränkung des Sehbereichs auftreten¹⁵. Das Arzneimittel wurde 1934 in Deutschland zum ersten Mal produziert. In Japan wurde es 1961 durch die *Ono Pharmazeutische AG*¹⁶ mit viel Werbeaufwand als Arzneimittel für Nierenerkrankungen verkauft. Bei etlichen Patienten¹⁷ führte die längerfristige Einnahme dieses Mittels zur Trübung der Hornhaut und zu Veränderungen an der Netzhaut¹⁸.

In Japan wurde erstmals 1961 über solche Nebenfolgen berichtet. 1973 hat ein Patient beim Landgericht Yokohama und 1975 ein anderer Patient beim Landgericht Tokyo Klage erhoben. Im selben Jahr wurde der Verkauf von Chloroquin in Japan verboten. Etwa 1.000 Personen litten inzwischen an dieser Krankheit; hiervon klagten ca. 100. 1977 hat sich das Landgericht Tokyo für die Fahrlässigkeitshaftung des behandelnden Arztes ausgesprochen. Hingegen lehnte der Oberste Gerichtshof am 23. Juni 1995 eine Haftung des Staates ab¹⁹.

d) Creutzfeld-Jakob-Skandal: Die Creutzfeld-Jakob-Krankheit²⁰ (Creutzfeld-Jacob-Disease=CJD) ist eine beim Menschen sehr selten auf-

¹³ Urteil des LG Tokyo vom 3. August 1978, Hanrei Jiho. Nach dem LG ist Chinoform die einzige Ursache von SMON; (Zweite Instanz) Urteil des Obergerichts Tokyo vom 7. Dezember 1990, Hanrei Jiho 1373, 3.

¹⁴ Urteil des LG Yokohama vom 26. September 1979, Hanrei Jiho 944, 8.

¹⁵ Vgl. Nanzando's Medical Dictionary, 18. Aufl., 1998, S. 545.

¹⁶ 1947 wurde die *Ono Seiyaku Kogyo AG* gegründet.

¹⁷ Siehe hierzu auch den Artikel "Chloroquin" in Wikipedia.

¹⁸ Das Krankheitsbild heißt "Chloroquin Retinopathie".

¹⁹ Urteil des LG Tokyo vom 1. Februar 1982, Hanrei Jiho 1044, 19., Urteil des Obergerichts Tokyo, 11. März 1988, Hanrei Jiho 1271, 3; Urteil des OGH vom 23. Juni 1995, Minshu Bd. 49, Heft 6, S. 1600.

²⁰ Die Krankheit wurde erstmals 1920 vom Neurologen *Hans-Gerhard Creutzfeldt* beschrieben und 1922 nach ihm benannt.

tretende, tödlich verlaufende und durch atypische Eiweiße (Prionen) gekennzeichnete übertragbare spongiforme Enzephalopathie (transmissible spongiform encephalopathy=TSE). Charakteristisch für die Krankheit ist, dass die abnorm gefalteten Prionproteine vor allem im Gehirn den dort normalerweise vorhandenen Vettern mit gesunder Struktur ihre veränderte Struktur aufzwingen und so einen verhängnisvollen biochemischen Prozess auslösen, der letztlich zu einer Degeneration des Gehirns führt. Der schleichende Beginn der Krankheit hat anfänglich psychische Veränderungen, Schlaf- und Gedächtnisstörungen zur Folge. Im weiteren Verlauf kommt es zu schweren Bewegungsstörungen und Persönlichkeitsveränderungen.

In Japan wurde im November 1996 zum ersten Mal ein Schadensersatzprozess beim Landgericht Otsu anhängig. Die Klägerin war durch eine Implantation der harten Hirnhaut (dural graft) an CJD erkrankt. Zusammen mit ihrem Mann verklagte sie das Pharmazie-Unternehmen, das die harte Hirnhaut importiert und verkauft hatte, sowie den Staat, der den Import und Verkauf genehmigt hatte. Das Landgericht Otsu hatte 2001 einen Vergleich empfohlen. Am 25. März 2002 stimmten die Kläger, der Arbeitsminister sowie das verklagte Unternehmen einem Vergleich zu.

e) Hepatitis C-Skandal: In Japan leiden etwa zwei Millionen Menschen an Hepatitis C. Die Übertragung des Hepatitis C Virus (HCV) erfolgt zumeist über das Blut. Heutzutage ist eine Infektion durch Bluttransfusionen selten. Probleme bereiten hingegen mit Hepatitis C kontaminierte Blutprodukte.

Im Jahre 2002 hatten 16 Patienten zum ersten Mal Schadensersatzklagen gegen den Staat und drei Pharma-Unternehmen (*Tanabe-Mitsubishi, Benesis, Nihon-Seiyaku*²¹) aufgrund derer Fibrinogenblutprodukte²² erhoben. Die Zahl der Kläger stieg später auf mehr als 200. Am 23. März 2007 bejahte das Landgericht Tokyo zum ersten Mal teilweise die Haftung von Firmen und des Staates.²³ Auch andere Gerichte schlossen sich diesem Urteil an.²⁴

Der Gesetzesentwurf „Grundlagengesetz zur Bekämpfung des Hepatitis-Virus“, der die wirtschaftliche Entlastung der Patienten und eine Förderung der Hepatitisprävention bezweckt, wurde am 30. November 2009 vom japanischen Unterhaus verabschiedet.

II. Strafrechtliche Aufarbeitung des AIDS-Skandals

1. Einführung

Die Zivilprozesse gegen die Pharmazie-Unternehmen und den Staat haben zu einem besseren gesetzlichen Schutz der Patienten sowie zu einer

²¹ 2007 fusionierten *Tanabe-Mitsubishi* und *Benesis*. Die *Nihon Seiyaku AG* wurde 1946 gegründet. Sie ist eine Tochtergesellschaft von *Takeda*. Seit den 50er Jahren produzierte sie die fraglichen Blutprodukte.

²² Fibrinogen ist ein Eiweißbestandteil, der einen blutstillenden Effekt hat. Der Stoff des Fibrinogenprodukts wird aus einem Plasmapool („pool of blood plasma“), der tausende von Menschen umfasst, zusammengemischt. Fibrinogen wird als Hämostatikum (blutstillendes Mittel) bei Geburten und Operationen benutzt.

²³ Urteil des LG Tokyo vom 23. März 2007, Hanrei Jiho 1975, 2

²⁴ Urteil des LG Nagoya vom 31. Juli 2007, Shomu Geppo 54, 10, 2143; Urteil des LG Sendai vom 7. September 2007, Shomu Geppo 54, 11, 2171.

Verbesserung der Sicherheitspolitik innerhalb der pharmazeutischen Industrie geführt und hatten somit große Bedeutung für den Patienten- und Verbraucherschutz.

Im Hinblick auf die oben genannten Skandale wurde nur im AIDS-Skandal durch die Staatsanwaltschaft eine Anklage erhoben. Dem AIDS-Skandal kommt deshalb unter den vielen Pharma-Skandalen eine Sonderstellung zu.

2. Überblick über die Fälle

Im Rahmen dieses Beitrags sind die strafrechtlichen Entscheidungen zum AIDS-Skandal genauer zu prüfen. Insgesamt handelt es sich um drei Prozesse gegen fünf Angeklagte. In allen Verfahren ging es um den Vorwurf der fahrlässigen Tötung des Opfers im Betrieb (§ 211 jap. StGB).

Die folgenden Ausführungen knüpfen an die Entscheidungen in den drei Verfahren an. Es handelt sich erstens um die Entscheidung im „Grün-Kreuz-Fall“²⁵ (unten III.), zweitens um die im „Teikyo-Universitäts-Fall“²⁶ (unten IV.) und drittens um die im „Gesundheitsministeriums-Fall“²⁷ (unten V.). Im ersten Fall waren der Präsident (A), Vizepräsident (B) und Hauptgeschäftsführer (C) der Firma angeklagt. Im zweiten Fall war der Direktor der Abteilung der Inneren Medizin und Vizerektor der Teikyo Universität, Professor Dr. A, der Angeklagte. A starb nach seiner erstinstanzlichen Verurteilung im Laufe des Berufungsverfahrens am 25. April 2005. Im dritten Verfahren wurde der Abteilungschef der Bio-Produktionsabteilung des Gesundheitsministeriums, M, angeklagt. Im ersten Verfahren kam es zu einer Verurteilung, während im zweiten Verfahren ein Freispruch und im dritten eine teilweise Verurteilung erging.

In diesen Fällen wurden unter den zahlreichen Verletzten nur zwei Personen als Opfer ausgewählt. Eines der Opfer (Opfer X) war ein Bluter, dem an der Teikyo-Universitätsklinik seit Mai 1984 Blutprodukte gegeben wurden, die nicht HIV-inaktiviert waren. X wurde ebenfalls für das zweite und teilweise auch für das dritte Verfahren als Opfer ausgewählt. Dem zweiten Patienten (Opfer Y) war im April 1986 nicht sterilisiertes Blut im Zusammenhang mit einer aufgrund einer Lebererkrankung notwendigen Verhärtungsoperation der Venenknoten im Bereich der Speiseröhre in der Klinik der Medizinischen Hochschule Osaka verabreicht worden. Y stand sowohl als Opfer im ersten Verfahren als auch teilweise im dritten Verfahren zur Verfügung. Unter vermutlich vielen Opfern wurden nur diese beiden ausgewählt, da in den anderen Fällen die Beweisführung, was die Kausalität und Vorhersehbarkeit des Todes betrifft, sehr schwer gewesen wäre.

²⁵ (Erste Instanz) Urteil des LG Osaka vom 24. Februar 2000, Hanrei Jiho 1728, 163; (Zweite Instanz) Urteil des Obergerichts Osaka vom 21. August 2002, Hanrei Jiho 1804, 146.

²⁶ Urteil des LG Tokyo vom 28. März 2001, Hanrei Jiho 1763, 17.

²⁷ Erste Instanz) Urteil des LG Tokyo vom 28. September 2001, Hanrei Jiho 1799, 21; (Zweite Instanz) Urteil des Obergerichts Tokyo von 25. März 2005, Keishu 62, 4, 1187; (Dritte Instanz) Beschluss des OGH vom 3. März 2008, Keishu 62, 4, 567.

III. Grün-Kreuz-Fall

1. Urteil des Landgerichts Osaka

Das Landgericht Osaka hat den Angeklagten A wegen fahrlässiger Tötung im Betrieb (§ 211 jap. StGB) zu einer Gefängnisstrafe von zwei Jahren, B zu einer Gefängnisstrafe von eineinhalb Jahren und C zu einer Gefängnisstrafe von einem Jahr und vier Monaten verurteilt. Der Verteidiger hatte im Berufungsverfahren u.a. eine unangemessene Strafzumessung gerügt. Das Obergericht Osaka hob das Urteil der ersten Instanz auf. Es stellte fest:

2. Tatsachen des Falles

In der Klinik der Medizinischen Hochschule Osaka wurde beim leberkranken Opfer Y am 1. April 1986 eine Verhärtungsoperation der Venenknoten im Bereich der Speiseröhre durchgeführt. Der behandelnde Arzt hatte dem Patienten bis zum 3. April „Christmassin“²⁸ als blutgerinnendes Mittel gegeben, das die Grün-Kreuz AG in den Verkehr gebracht hatte, obwohl es nicht sterilisiert worden war. Das Opfer wurde dadurch mit dem HI-Virus, der im nicht erhitzten Christmassin enthalten war, infiziert. Etwa im September 1993 brach beim Opfer AIDS aus. Der Patient starb am 4. Dezember 1995 im Krankenhaus.

Angeklagt wurden der Präsident (A), der Vize-Präsident (und zugleich Forschungsdirektor B) und der Hauptgeschäftsführer (zugleich Produktionsdirektor C) der Grün-Kreuz AG. Der Leiter der Betriebsabteilung der *Grün-Kreuz AG* hatte im Namen der *Grün-Kreuz AG* damit geworben, dass Christmassin aus sichererem inländischen Blut hergestellt worden sei, obwohl auch importiertes Plasma verarbeitet worden war.

3. Urteil des Obergerichts Osaka

Die ärztliche Verschreibung des Christmassins war ursächlich für die Übertragung des HI-Virus und dem späteren Ausbruch der AIDS-Krankheit. Ohne Verschreibung des nicht sterilisierten Christmassins wäre das Opfer nicht an AIDS gestorben. Das Blutprodukt wurde durch die *Grün-Kreuz AG* produziert und am 27. und 29. März 1986 an die Klinik der medizinischen Hochschule Osaka verkauft.

Die *Grün-Kreuz-AG* hatte bis März 1986 nicht sterilisiertes Christmassin produziert und verkauft. Die Gefährlichkeit dieses Produkts war damals nicht nur in den USA, sondern auch in Japan bekannt. Unter den Blutern, die dieses Blutprodukt erhielten, befanden sich viele HIV-Infizierte. Deswegen bemühte sich das Gesundheitsministerium darum, das sterilisierte Produkt einzuführen. Die *Grün-Kreuz AG*, der am 17. Dezember 1985 der Import von sterilisiertem „Christmassin HT“ aus den USA genehmigt wurde, begann sofort nach dessen Erhalt ab dem 10. Januar 1986 mit dem Verkauf des sterilisierten Christmassin. Trotzdem vertrieb die *Grün-Kreuz AG* auch

²⁸ „Christmassin“ ist der Markenname des Blutprodukts, das zur Behandlung von Blutern produziert wurde.

weiterhin nicht sterilisiertes Christmassin, obwohl die Hitzeinaktivierung gerade auf die Bekämpfung des HIV-Infizierungsrisikos abzielte.

Das Gericht begründete die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Angeklagten wie folgt:

Der Angeklagte A war der Direktor der *Grün-Kreuz AG*, die das Geschäft mit der Produktion und dem Verkauf des Arzneimittels betrieb. Er leitete als Vorsitzender den Geschäftsausschuss und das Betriebskomitee. Diese beiden Organisationen hatten die Zuständigkeit, über die wichtigen Angelegenheiten der Gesellschaft zu beraten und zu entscheiden. Der Angeklagte B stand als Vize-Präsident dem Präsident bei. Als Mitglied des ständigen Geschäftskomitees hatte er an der Willensentscheidung des Unternehmens mitgewirkt und war auch allgemein an allen Geschäften des Unternehmens beteiligt. Zudem war er der Forschungsdirektor des Unternehmens. Er verwaltete alle Geschäfte im Rahmen der Forschung und Entwicklung des Arzneimittels inklusive der Datenerfassung, was den etwaigen Zusammenhang des Blutprodukts mit AIDS betraf. A und B waren deshalb in der Lage, Gefahren vorzubeugen, die sich aus der Produktion und dem Verkauf des Arzneimittels ergaben.

Die Angeklagten konnten vorhersehen, dass sich Patienten mit HIV anstecken und am Ausbruch des Krankheitsvollbildes AIDS sterben konnten, wenn nicht sterilisiertes Christmassin weiter verkauft und bereits ausgelieferte Blutprodukte nicht zurückgerufen würden. Sie erkannten, dass die Hitzeinaktivierung als AIDS-Bekämpfungsmaßnahme außerordentlich wichtig zur Lösung dieses Problems war. Folglich hatten sie die Sorgfaltspflicht, den Verkauf von nicht sterilisiertem Christmassin sofort einzustellen und eine Rückrufaktion einzuleiten. Trotzdem kamen beide Angeklagten ihren jeweiligen Pflichten nicht nach. Deshalb machten sie sich durch ihre Zustimmung, weiterhin nicht sterilisiertes Christmassin zu verkaufen und keinen Rückruf zu veranlassen, wegen fahrlässiger Tötung strafbar.

4. Die dogmatische Bedeutung der Entscheidung

Das Gericht hat den Angeklagten vorgeworfen, aufgrund der Zustimmung zum Verkauf des nicht sterilisierten Christmassin und des unterbliebenen Rückrufs der bereits ausgelieferten Produkte ihre Sorgfaltspflicht verletzt zu haben. Das Gericht hielt sowohl die Kausalität zwischen der Verschreibung des nicht sterilisierten Christmassin und dem Tod des Patienten als auch die Vorhersehbarkeit des Ansteckungsrisikos für gegeben. Der entscheidende Fehler war der weitere Verkauf des nicht sterilisierten Christmassin auch nach dem Verkaufsbeginn des hitzeinaktivierten Produkts. Den Einwand des Verteidigers, es sei nicht genügend HIV-freies Christmassin verfügbar gewesen, weshalb weiterhin nicht sterilisiertes Christmassin habe verkauft werden dürfen, wies das Gericht zurück. Vielmehr stellte es fest, dass die Angeklagten vorrätiges Christmassin mit der falschen Behauptung, dass es aus sicherem inländischen Blut hergestellt worden sei, verkaufen wollten. Umstritten ist, inwieweit bei der Vermeidbarkeitsbeurteilung zu berücksichtigen ist, dass der weitere Verkauf als erlaubtes Risiko aufgefasst werden könnte. Darüber hinaus wird in der

Literatur diskutiert, ob der Entscheidung die klassische oder die neue Fahrlässigkeitstheorie²⁹ zu Grunde liegt.

Über die strafrechtliche Produzentenhaftung ist in Japan auch schon zuvor diskutiert worden. Hierzu sind zudem einige Entscheidungen³⁰ ergangen, die die Diskussion um die theoretische Begründung von Rückrufflichten der Produzenten entfacht haben. Nach der Grün-Kreuz-Entscheidung bietet nicht nur der Verkauf des nicht sterilisierten Christmassins als positives Tun, sondern auch das pflichtwidrige Unterlassen des Rückrufs schon verkauften Christmassins einen strafrechtlichen Anknüpfungspunkt. Diesbezüglich wird der Entstehungsgrund der Handlungspflicht diskutiert.³¹

IV. Teikyo-Universitäts-Fall

In diesem Verfahren hatte es der angeklagte Abteilungschef der Teikyo-Universitätsklinik zugelassen, dass einem Patienten vom 12. Mai bis zum 7. Juni 1984 vom behandelnden Arzt der Inneren Abteilung nicht sterilisiertes Christmassin verabreicht wurde³². Der Patient starb im Dezember 1991 an AIDS.

²⁹ Dazu vgl. *Yamanaka*, Strafrechtsdogmatik in der japanischen Risikogesellschaft, 2008, S. 214 ff.

³⁰ Zur fahrlässigen Haftung aufgrund mangelhafter Produkte (Autos) in der Judikatur vgl. Urteil des Landgerichts Sendai vom 2. 7. 1981, Hanrei Times Nr. 469, S. 161 (Gebratene Satsuma-Vergiftungsfall); Beschluss des OGH vom 19. 11. 1979, Keishu Bd. 33, Heft 7, S. 728 (Sauna-Badezimmer-Fall); Urteil des Landgerichts Tokushima vom 28. 11. 1973 (Morinaga-Trockenmilch-Fall), Hanrei Jiho Nr. 721, S. 7; Urteil des Landgerichts Fukuoka vom 24. 3. 1978, Hanrei Jiho Nr. 885, S. 17 (Kanemi-Öl-Fall); Urteil des Amtsgerichts Otsu vom 5. April 2000 (nicht veröffentlicht). Neuerdings vgl. Urteil des Landgerichts Yokohama vom 13. 12. 2007, Hanrei Times Nr. 1285, 2009, S. 300 (Fall der mangelhaften Autoproduktion). Vgl. auch Beschluss des OGH vom 7. 12. 2009 (noch nicht veröffentlicht) zu einem Fall, in dem die Haftung von Aufsichtspersonen in Frage gestellt wurde, die Vermeidungsmaßnahmen zum Einsturz des Sandstrandes treffen sollten. Zur Literatur vgl. *Yasuhiro Kanrei*, Bemerkungen zum Rückruf von mangelhaften Produkten und ihre Grenzen, *Gendaishakaigata Hanzai no Shomondai* (Festschrift für Hiroshi Itakura), 2004, S. 183 ff.; *Kayoko Kitagawa*, Die Problematik der strafrechtlichen Produzentenhaftung, *Waseda Hogaku* Bd. 71, Heft 2, S. 171 ff.; *dies.*, Pflicht zum Rückruf mangelhafter Produkte und die strafrechtliche Haftung, *Festschrift für Toshio Kamiyama*, Bd. 1, 2006, S. 181 ff.; *dies.*, Die Fahrlässigkeitsdogmatik in den drei Aids-Entscheidungen, *Hogaku Kyoshitsu* Nr. 258, 2002, S. 47 f.; *Emi Hiyama*, Die strafrechtliche Produzentenhaftung und die Tatsubjektivität des Direktors, *Hiroshima Hogaku* Bd. 26, Heft 4, 2003, S. 161 ff.; *Tetsuya Morimoto*, Entgegnung zu den mangelhaften Produkten und fahrlässigen Tötungs- oder Körperverletzungsdelikten im Betrieb, *NBL* Nr. 868, S. 8 ff.

³¹ Dazu vgl. *Okabe*, *Himeji Hogaku* Nr. 49, S. 310 ff. Zur Ingerenztheorie vgl. *Kanrei*, *Festschrift für Itakura*, S. 193 f.

³² Zwei Verteidiger des Angeklagten haben später ein Buch herausgegeben: *Harumitsu Muto/Junichiro Hironaka*, „Abe Takeshi Ishi- Yakugai-AIDS Jiken no Shinjitsu“ („Arzt Takeshi Abe – Die Wahrheit des AIDS-Skandals“), 2008.

1. Tatsachen des Falles

a) Zuständigkeit des Angeklagten

Der Angeklagte, Dr. A³³, war vom 1. September 1971 bis zum 31. März 1987 in der Teikyo-Uniklinik Leiter des Bereichs der Inneren Medizin. Er war zuständig sowohl für die Erstellung des Behandlungsplans der Bluterpatienten als auch für die Überwachung ihrer Behandlung.

b) Festgestellte Tatsachen bezüglich der Vorhersehbarkeit

Im Mai 1984 hatte *Dr. Robert C. Gallo*³⁴ im „National Cancer Institute“ in den USA das HI-Virus als Pathogenese identifiziert. Dadurch wurde herausgefunden, dass AIDS eine Virus-Infektionskrankheit ist, die Blut als Zwischenträger hat. Zudem wurde es möglich, mittels Antikörpertests zu überprüfen, ob eine Infektion besteht. Aufgrund von Tests in den USA wurde bekannt, dass die Infektionsrate bei Blutern hoch war und die Ursache in der Verschreibung von HIV-kontaminierten Blutprodukten lag. Dr. A beauftragte im September desselben Jahres *Dr. Gallo*, durch Antikörpertests das Blut der 48 Bluter, die in seiner Uniklinik untersucht wurden, zu überprüfen. Dabei stellte sich heraus, dass 23 Patienten positiv und somit mit HIV infiziert waren. Außerdem wurde bekannt, dass die Fälle des Ausbruchs von AIDS bei Blutern in den USA allmählich zunahmen und die Todesrate der an AIDS erkrankten Patienten sehr hoch war. Zwei positiv getestete Patienten, deren Blut zur Untersuchung durch Dr. Gallo in die USA geschickt worden war, starben im November 1984, während Dr. A sie behandelte. Er konnte deshalb vorhersehen, dass sich die Bluterpatienten bei der weiteren Verschreibung des nicht sterilisierten, HIV-kontaminierten Blutprodukts mit hoher Wahrscheinlichkeit mit HIV anstecken, an AIDS erkranken und daran sterben können.

c) Festgestellte Tatsachen in Bezug auf die Vermeidbarkeit

Es wäre möglich gewesen, nicht in Lebensgefahr schwebende Bluter mit Kryopräzipitat (cryoprecipitate) zu behandeln, bei dem keine Infektionsgefahr bestand. Indem A es unterließ, seine behandelnden Ärzte anzuweisen,

³³ Professor Dr. A (1916-2005) machte 1941 an der Medizinischen Fakultät der Universität Tokyo seinen Abschluss. Im selben Jahr wurde er Assistent in der neugegründeten Abteilung für Innere Medizin der Medizinischen Fakultät der Universität Tokyo. Er promovierte 1951. Nach einem Forschungsaufenthalt an der Cornell Universität (USA) wurde er 1964 Dozent an der Tokyo Universität. Seit 1971 war er Professor an der Teikyo Universität. Er war als Fachmann im Bereich der Bluterbehandlung in Japan bekannt. Er wurde Chef der Forschungsgruppe beim Gesundheitsministerium, die im Jahre 1983 gegründet wurde. Er hat sich in dieser Gruppe anfangs für ein totales Verbot der weiteren Verwendung von nicht sterilisierten Blutprodukten ausgesprochen. Aber am Ende hat er seine Meinung gändert und sich für die weitere Verwendung solcher Blutprodukte trotz anderer Meinungen innerhalb der Gruppe entschieden.

³⁴ *Gallo* wurde 1937 in Connecticut geboren. Er wurde berühmt als Entdecker der ersten menschlichen Retroviren Anfang der 80er Jahre und wurde 1988 für die Entdeckung des HI-Virus mit dem Japan-Preis ausgezeichnet. Das französische Team am Pasteur Institut in Paris, das durch *Luc Montagnier* geleitet wurde, hatte fast gleichzeitig den HI-Virus (Human Immunodeficiency Virus) isoliert, das zum Ausbruch der AIDS-Erkrankung führt.

außer im Falle akuter Lebensgefahr auf die Verordnung nicht sterilisierter Blutprodukte zu verzichten, verletzte er seine Sorgfaltspflicht, und zwar insbesondere dadurch, dass er seine behandelnden Ärzte bei lediglich inneren Blutungen am Handgelenk nicht hinderte, weiterhin hitzeinaktivierte Blutprodukte zu verschreiben.

2. Urteil des Landgerichts Tokyo

a) Vorhersehbarkeit

In Bezug auf die Vorhersehbarkeit des Erfolges ist festzuhalten, dass die Kenntnisse über AIDS durch die Virus-Forschungen von *Dr. Gallo* und *Dr. Montagnier*³⁵ erstaunlich rasch gewachsen waren. Trotzdem gab es damals in Bezug auf die Bedeutung des HI-Virus noch viele Unklarheiten in der internationalen Forschungsliteratur. Eindeutige Erkenntnisse lagen noch nicht vor. Auch wenn man die eigenen Informationen in der Universitätsklinik, also das Ergebnis der Antikörper-Tests durch *Dr. Gallo* sowie die beiden AIDS-Infizierungen, die es in der Uniklinik gab, berücksichtigte, konnte der Angeklagte nicht vorhersehen, dass bei „vielen“ der Patienten, die positiv auf HIV getestet wurden, AIDS ausbrechen würde. Es ließ sich deshalb damals schwer feststellen, dass die Verschreibung des nicht hitzeinaktivierten Blutprodukts mit „hoher“ Wahrscheinlichkeit zum Tod durch AIDS führen würde. Es war zwar vorhersehbar, dass ein Bluterpatient an AIDS sterben könnte, aber der Wahrscheinlichkeitsgrad erschien niedrig. Weichenstellend im Rahmen dieser geringen Vorhersehbarkeit war deshalb die Frage, ob eine Vermeidungspflicht bestand.

b) Vermeidbarkeit

Was die Erfolgsvermeidbarkeit betrifft, so muss mit Blick auf die Effektivität der Behandlung zwischen den Risiken und Chancen der Behandlung mit dem nicht sterilisierten, risikobehafteten Blutprodukt und den Risiken und Chancen der Behandlung mit „Kryopräzipitat“ abgewogen werden. Die strafrechtliche Haftung greift, wenn der normale Facharzt in der Situation des Angeklagten nicht die mit dem AIDS-Risiko behaftete Behandlungsmethode gewählt hätte. Es gibt allerdings Fallkonstellationen, in denen jede Wahl nicht falsch ist, weil die Interessenabwägung sehr heikel ist. So lag es in diesem Fall. Deshalb haben sich viele Fachärzte in Japan nach der Abwägung aller Risiken und Chancen dafür entschieden, das nicht sterilisierte Blutprodukt zur Behandlung von Blutererkrankungen zu verwenden. Folglich konnte auch dem Angeklagten nicht zur Last gelegt werden, den Entschluss gefasst zu haben, weiterhin inaktivierte Produkte zu verschreiben.

³⁵ *Luc Montagnier* wurde im französischen Chabris geboren. Er promovierte 1960 an der Universität Paris. 1974 erhielt er die Stelle des Forschungsdirektors am Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS). Er erlangte 1983 Bekanntheit durch die Entdeckung des HI-Virus, das zu dem Krankheitsvollbild Aids führt. Zwischen Robert Gallo und ihm gab es einen langen Rechtsstreit darüber, wer als Erster das HI-Virus entdeckte.

3. Die dogmatische Bedeutung des Urteils – Beurteilungskriterien für die Vorhersehbarkeit und die Vermeidbarkeit

Bei der Entscheidung im Teikyo-Universitäts-Verfahren dreht sich die Frage der Strafbarkeit hauptsächlich um die Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit des Erfolgs sowie die maßgeblichen Beurteilungskriterien.

Bezüglich der Vorhersehbarkeit wurde entscheidend darauf abgestellt, ob bei „vielen“ der Patienten AIDS ausbrechen könnte. Das Urteil bejahte zwar die Vorhersehbarkeit des Erfolges, hielt jedoch die Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts aus der ex-ante-Sicht eines verständigen Beobachters für gering. Wenn der Wahrscheinlichkeitsgrad des (voraussehbaren) Erfolgseintritts nur als gering erachtet wird, begründet die Voraussehbarkeit nicht automatisch eine Vermeidungspflicht, vielmehr ergibt sich diese erst aus einer gesonderten Abwägung.

Dabei werden Nutzen und Schaden der Behandlung gegeneinander abgewogen. Bei dieser Beurteilung wurde als Kriterium nicht der individuelle Arzt „A“ als Täter³⁶ oder der Durchschnittsarzt, sondern ein „normaler Facharzt für Blutererkrankungen“ in der Situation des Täters herangezogen.³⁷ Aus dieser Perspektive hat das Gericht mehr Nutzen als Schaden bei der weiteren Verwendung des nicht sterilisierten Christmassins festgestellt und die Erfolgsvermeidbarkeit verneint.³⁸ Gegen diese Interessenabwägung wird in einer Urteilsrezension eingewandt, dass der Schutz des Lebens, dessen Verletzung vorhersehbar gewesen sei, schwerer wiege als der Nutzen des Arzneimittels.³⁹ Im Lösungsansatz des Urteils schwingt der Gedanke des erlaubten Risikos mit. Es gibt sowohl zustimmende als auch kritische Stellungnahmen.⁴⁰

In der Fahrlässigkeitsdogmatik wird die Vermeidbarkeitserwägung und das hierfür herangezogene Kriterium, welches auf dem theoretischen Ansatz des „erlaubten Risikos“ fußt, angesichts der verschiedenen Fahrlässigkeits-theorien⁴¹ breit diskutiert.

V. Gesundheitsministeriums-Fall

Zum Sachverhalt und Urteil des Landgerichts Tokyo⁴²:

³⁶ In dem Fall hatte A als Chef der Forschungsgruppe im Gesundheitsministerium wesentlich mehr Informationen und Wissen über die Gefährlichkeit der nicht erhitzten Blutprodukte. Die dadurch erhöhte subjektive Vorhersehbarkeit sollte nicht berücksichtigt werden. Denn ein besonderes Wissen oder bessere Fähigkeiten wirken nicht unrechtsbegründend, weil es nur auf die durchschnittlichen Fähigkeiten ankommt.

³⁷ Das Kriterium knüpft als Maßstab an den in den verschiedenen Berufs- oder Lebenskreisen typisierten Durchschnittsmenschen an. Nach *Ida*, Keiho Zasshi Bd. 42, Heft 3, S. 333 ff.

³⁸ Dieses Urteil unterstützend: *Hayashi*, Hanrei Jiho Nr. 1775, S. 12 f.

³⁹ Vgl. *Yamaguchi*, Jurist Nr. 1216, S. 16.

⁴⁰ Zustimmend: *Hayashi*, Hanrei Jiho Nr. 1775, S. 12; *Ida*, Keiho Zasshi Bd. 42, Heft 3, S. 342 ff. Ablehnend: vgl. *Otsuka*, Keiho Zasshi Bd. 42, Heft 3, S. 357.; *Kai*, Hiroshima Hogaku Bd. 25, Heft2, S. 74; *ders.*, Ijiho Hanrei Hyakusen S. 63.

⁴¹ Gemeint sind damit: die alte Fahrlässigkeitstheorie, die neue Theorie und die Besorgnistheorie. Zu diesen Theorien vgl. *Yamanaka*, Strafrechtsdogmatik in der japanischen Risikogesellschaft, S. 216 ff.

⁴² Urteil des Landgerichts Tokyo vom 28. September 2001, Keishu Bd. 62, Heft 4, S. 791.

1. Tatsachen des Falles

Der Angeklagte M war verbeamteter Abteilungschef im Gesundheitsministerium und für den Bereich der Bio-Produktion zuständig. Er hatte die Sicherheit der Bio-Produktion zu überwachen und dafür Sorge zu tragen, dass die Öffentlichkeit vor von dieser Sparte ausgehenden Gefahren geschützt wird. Er stoppte jedoch weder den weiteren Verkauf nicht sterilisierter und somit risikobehafteter Blutprodukte aus den USA noch deren Verschreibung durch die Ärzte. Auch sah er sich nicht dazu angehalten, eine Rückrufaktion zu initiieren. Folglich unternahm er ebenfalls nichts gegen die weitere Verschreibung nicht sterilisierter Blutprodukte, durch die Bluter X und Leberkranker Y mit dem HI-Virus infiziert wurden, an AIDS erkrankten und schließlich starben.

2. Urteil des Landgerichts Tokyo

a) Zum Opfer X

Im Ergebnis sprach das Gericht den Angeklagten bezüglich des X frei, obwohl es zunächst die Vorhersehbarkeit des Erfolgseintritts bejahte. Das Gericht sah es jedoch im Rahmen der Vorhersehbarkeit nicht als erwiesen an, dass die AIDS-Erkrankung „mit großer Wahrscheinlichkeit“ ausbrechen könnte. Deshalb stellte wiederum die Vermeidbarkeit das Zünglein an der Waage dar.

Das Landgericht prüfte anhand verschiedener Gesichtspunkte die Vermeidbarkeit und kam jeweils zu dem Ergebnis, dass diese aus damaliger Sicht nicht bestand. Der Schwerpunkt der Prüfung lag in der Abwägung zwischen den „Wirkungen der Behandlung“ und ihren „Nebenwirkungen“: Der Urteilsbegründung zu Folge kann „die medizinische Behandlung mit nicht sterilisierten Blutprodukten dann durchgeführt werden, wenn die Nichtbehandlung zur Entstehung von Gefahren für Leib oder Leben führen würde, mit der Folge, dass die Behandlung auch dann nicht einfach einzustellen ist, wenn dadurch neue Risiken entstehen können. Arzneimittel an sich stellen einen Fremdkörper für den menschlichen Organismus dar. Es sei deshalb unvermeidlich, dass mit den positiven Effekten auch gewisse schädliche Nebenwirkungen einhergingen. Die Verwendung von Arzneimitteln sei dann erlaubt, wenn sich ihre Nützlichkeit daraus ergebe, dass die positiven Effekte die schädlichen Nebenwirkungen überwögen. Es sei im allgemeinen auch selbstverständlich, dass die Verschreibung von Arzneimitteln gewisse Nebenwirkungen und Risiken in sich berge. Auch wenn man dies nicht für selbstverständlich hält, wird man eine Behandlung, bei der die guten Effekte überwiegen, als angemessen erachten. Deshalb lässt sich in diesem Fall eine strafrechtliche Fahrlässigkeitshaftung nicht ohne weiteres begründen, auch wenn der Erfolg vorhersehbar ist“.

b) Zum Opfer Y

Das Landgericht bejahte in einem ersten Schritt die Vorhersehbarkeit des Erfolgseintritts. Für den Angeklagten sei der Kausalverlauf – tödliche

AIDS-Erkrankung infolge der Verwendung des Blutprodukts bei einem nicht Bluterkranken – vorhersehbar gewesen.

Was die Vermeidbarkeit anbelangt, so bejahte das Landgericht in einem zweiten Schritt auch diese: „Nachdem die Lieferungen des erhitzten Blutprodukts einsetzten, wäre die Ersetzung des nicht sterilisierten Produkts durch ein erhitztes Blutprodukt auch in quantitativer Hinsicht möglich und die Behandlung ausreichend gewesen, um die Blutungen des Leberkranken zu stillen“.

3. Urteil des Obergerichts Tokyo

Gegen das Urteil des Landgerichts Tokyo⁴³ legten sowohl die Staatsanwaltschaft als auch die Verteidigung Berufung zum Obergericht Tokyo ein. Das Obergericht Tokyo bestätigte das Urteil der ersten Instanz. Im Hinblick auf X verneinte das Obergericht die Vermeidbarkeit und Vermeidungspflicht. Bezüglich Y bejahte das Obergericht sie. Interessant ist die Begründung in Bezug auf Y.

a) Drei Umstände bei der Vermeidbarkeitsbeurteilung

Das Urteil nahm die Interessenabwägung zwischen dem Nutzen des gefährlicheren Arzneimittels und dem des sichereren alternativen Arzneimittels genauer unter die Lupe. Dabei berücksichtigte es drei Umstände: Erstens: Die Gefahr des Ausbruchs von AIDS und der damit verbundenen Todesfolge, die durch den Verkauf des Produkts in Japan entstanden. Zweitens: Die Schwierigkeit für normale Ärzte, die Gefährlichkeit des nicht sterilisierten Blutprodukts zu erkennen. Drittens: Dass – obwohl man eigentlich von dem Verkauf und der Verschreibung dieses Blutprodukts loskommen musste – durch die staatliche Genehmigung, der aufgrund ihres Gütesiegelcharakters vertraut wurde, die Gefahr der weiteren Verwendung des Blutprodukts bestand. Das Ergebnis beschrieb das Gericht wie folgt:

b) Vermeidbarkeit

Die allgemein-abstrakte berufliche Aufgabe des Bio-Produktionschefs M liegt darin, für „die Sicherheit pharmazeutischer Erzeugnisse zu sorgen und den durch die Verwendung entstehenden Gefahren vorzubeugen. Folglich war er in diesem Rahmen verpflichtet, nicht dringend notwendigen Verschreibungen des nicht erhitzten Blutprodukts Einhalt zu gebieten. Die Verletzung einer solchen Sorgfaltspflicht sollte auch strafrechtliche Konsequenzen für den Angeklagten nach sich ziehen“.

Zu den Ausführungen der Revision, dass dem Angeklagten keine rechtliche Pflicht obliege, das Blutprodukt zurückzurufen, äußerte sich das Gericht wie folgt:

„In diesem Fall scheint es das letzte Mittel zur Erfolgsvermeidung und zugleich die notwendige und unentbehrliche Maßnahme zu sein, um den Ärzten die Verschreibung des nicht erhitzten Blutprodukts zu verbieten und

⁴³ Urteil des Obergerichts Tokyo vom 25. März 2005, Keishu Bd. 62, Heft 4, S. 1187.

ihnen dadurch die Gefährlichkeit unmittelbar vor Augen zu führen“. Im Hinblick auf Stellung und Befugnis des Angeklagten wird es deshalb durchaus als adäquat angesehen, ihm die Pflicht aufzuerlegen, Maßnahmen zur Gefahrenverhütung zu treffen, soweit er über die Gefahren des Blutprodukts informiert war. „Dies umfasst auch die Pflicht, seine in seiner Behörde zuständigen Mitarbeiter dementsprechend anzuweisen.“

4. Vertiefung

a) Grundsätzliche Aufgabe des Amtes

Das Gericht führt weiter aus, dass grundsätzlich keine rechtliche Pflicht des Beamten bestanden habe, eine bestimmte Maßnahme anzuordnen. Die „Gyosei Shido“ (Verwaltungsanleitung) als mögliche Maßnahme stelle lediglich eine tatsächliche Maßnahme dar, die zwar ein bestimmtes Verhalten nahelegen könne, die Entscheidung darüber aber letztlich den angesprochenen Entscheidungsträgern überlasse. Die Verhütung der Schadensentstehung durch Arzneimittel sei primär die Aufgabe der das Medikament verkaufenden pharmazeutischen Unternehmen und der verschreibenden Ärzte. Das Gesundheitsministerium habe nur eine sekundäre und vormundschaftliche Stellung, in deren Rahmen es erforderlich sei, verschiedene Maßnahmen gegeneinander abzuwägen. Daher lasse sich lediglich durch die Unterlassung der Maßnahme nicht unmittelbar eine individuelle, strafrechtliche Verantwortung des Beamten begründen.

b) Die Begründung der strafrechtlichen Sorgfaltspflicht aufgrund der speziellen Gefahrensituation

Damals waren den Betroffenen die Erkenntnisse über die Gefahren des Blutprodukts nicht gemeinhin bekannt. Mangels klarer Vorgaben durch den Staat entstand die Gefahr, dass der Verkauf und die Verwendung dieses Blutprodukts weiterhin fortgesetzt würden.

In einer solchen Situation liegt die von § 69 b Arzneimittelgesetz geforderte große Gefahr vor, die den Gesundheitsminister zum Erlass einer entsprechenden Notmaßnahme ermächtigt. Daraus lässt sich nicht nur die Pflicht zum Handeln ableiten, sondern auch, dass eine solche Maßnahme arzneimittelrechtlich notwendig und angemessen war. Somit bestand für die Personen der pharmazeutischen Verwaltung, die für die Produktion, Verwendung und Sicherheitsaspekte des nicht erhitzten Blutprodukts zuständig waren, auch strafrechtlich eine Sorgfaltspflicht, der sie als für die Verhütung der von Arzneimitteln ausgehenden Gefahren zuständige Stellen nachzukommen hatten.

c) Notwendige und freiwillige Kontrollmaßnahmen

Unter den Verhütungsmaßnahmen stellt nicht nur die zwanghafte Kontrollmaßnahme, sondern auch eine freiwillige Maßnahme wie „Gyosei Shido“ (Verwaltungsanleitung) eine rechtlich angemessene Maßnahme dar, wenn vernünftigerweise erwartet werden kann, dass damit der Verhütungszweck erfüllt wird. Dann stellt auch die freiwillige Maßnahme eine rationale

Maßnahme des Gesundheitsministers im Rahmen seiner Kontrollbefugnisse gegenüber den Pharmazieunternehmen dar.

d) Verantwortung des Angeklagten

Dem Angeklagten oblag als Leiter der Bio-Produktionsabteilung, da nicht erhitzte Blutprodukte seinem Ressort unterfielen, die zentrale Aufgabe, alle von ihnen ausgehenden (AIDS-)Gefahren zu bekämpfen. Er hatte dem Gesundheitsminister in dieser Frage mit Rat und Tat zur Seite zu stehen und Schritte zur Verhütung der Gefahren gemeinschaftlich mit ihm voranzutreiben. Folglich war er im Rahmen der Verwaltung verpflichtet, notwendige und angemessene Gegenmaßnahmen einzuleiten. Dazu gehörte auch die Pflicht, notwendige Maßnahmen in Kooperation mit anderen Abteilungen einzuleiten. Es konnte nicht festgestellt werden, dass wichtige gesetzliche oder tatsächliche Hindernisse vorhanden gewesen wären, die die in der zweiten Instanz angezeigten Maßnahmen erschwert oder unmöglich gemacht hätten. Auch wenn selbstverständlich die Verantwortung für den Tod des Opfers nicht ausschließlich beim Angeklagten liegt, kann er sich seines Teils der Verantwortung nicht entziehen.

5. Die dogmatische Bedeutung der Entscheidungen

Im Gesundheitsministeriums-Fall geht es in erster Linie um die fahrlässige Unterlassungsstrafbarkeit von Amtsträgern. Zum ersten Mal hat ein japanisches Gericht die strafrechtliche Verantwortung eines Amtsträgers bejaht, der für die verwaltungsrechtliche Genehmigung und Kontrolle privater Betriebe zuständig ist. Im Mittelpunkt steht hierbei die Frage nach der Garantenstellung des Amtsträgers hinsichtlich der Sicherheit des durch pharmazeutische Unternehmen produzierten Arzneimittels.⁴⁴

Hinsichtlich des Entstehungsgrundes der Garantenstellung ist in diesem Fall umstritten⁴⁵, ob sie aus Gesetz bzw. Verordnung⁴⁶, aus tatsächlicher Ausübung der amtlichen Befugnis⁴⁷, aus Ingerenz⁴⁸, aus exklusiver Herrschaft über den Erfolg oder aus der Aufsichtspflicht über eine Gefahrenquelle⁴⁹ abzuleiten ist.

⁴⁴ Vgl. *Soichiro Shimada*, Staatsschadenersatz und Fahrlässigkeitsdelikte, Jochi Hogakuronshu Bd. 48, Heft 1, 2004, S. 1 ff.; *Akiko Saito*, Unterlassung als amtliche Pflichtwidrigkeit des Amtsträgers und strafrechtliche Haftung, Keiho Zasshi Bd. 47, Heft 2, 2008, S. 220 ff.; *Jun Shiomi*, Die mangelhafte Amtshandlung des Amtsträgers und seine strafrechtliche Haftung, Gendai Keijiho Bd. 6, Heft 3, 2004, S. 74 ff.; *Mikito Hayashi*, Handlungspflicht des Staatsamtsträgers, Gendai Keijiho Bd. 4, Heft 9, 2002, S. 20 ff.

⁴⁵ Dazu vgl. *Okabe*, Himeji Hogaku Nr. 49, S. 7 ff.(310 ff.).

⁴⁶ *Otsuka*, Gendai Keijiho Bd. 4, Heft 3, S. 72.

⁴⁷ Das Urteil des Landgerichts Tokyo begründet die Garantenpflicht nicht nur aus Gesetz und Verordnung, sondern auch aus ihrer tatsächlichen Ausübung. Vgl. LG Tokyo vom 28. 9. 2001, Hanrei Jiho Nr. 1799, S. 21, S. 25. Vgl. *Hayashi*, Gendai Keijiho Nr. 41, S. 22.

⁴⁸ *Kanrei*, Festschrift für Itakura, S. 194 ff.

⁴⁹ *Kai*, Ijiho Hanrei Hyakusen, S. 64; *Kitagawa*, Hogaku Kyoshitsu Nr. 258, S. 47; *Hayashi*, Gendai Keijiho Nr. 41, S. 24; *Okabe*, Himeji Hogaku Nr. 49, S. 18 ff.

Mit Blick auf den konkreten Tod des Y hat der OGH drei Voraussetzungen für die Erfolgsvermeidungspflicht verlangt. Erstens: Die Vorhersehbarkeit des Todeserfolgs infolge AIDS-Erkrankung, wenn nicht sterilisierte Blutprodukte verwendet werden. Zweitens: Die Verpflichtung des Staates, Arzneimittelfirmen und Ärzten eindeutige Richtlinien vorzugeben, um klarere Kriterien für die Voraussehbarkeit des Erfolges zu schaffen. Drittens wird es als ausreichend erachtet, wenn anstatt von Zwangsmaßnahmen freiwillige Maßnahmen zur Verhütung der Gefahr ergriffen werden.

VI. Fazit

Die Entscheidungen zum AIDS-Skandal zeigen, dass neben den Pharmafirmen, die gefährliche Arzneimittel produzieren, auch die diese Mittel verwendenden Ärzte und die Amtsträger, die diese Mittel genehmigen und kontrollieren müssen, dem Opfer gegenüber strafrechtlich verantwortlich sind, wenn die zuständigen Personen ihre Sorgfaltspflichten nicht erfüllen. Die drei Lösungsansätze im Falle des AIDS-Skandals erweitern in einer immer arbeitsteiligeren und komplexeren Gesellschaft den Rechtsgutsschutz durch Erfolgsvermeidungspflichten für Produzenten, Verwender und Aufsichtspflichtige eines gefährlichen Produktes. Bei diesem Zusammenspiel potentiell fahrlässiger Handlungen zwischen verschiedenen sozialen Trägern spielt der Vertrauensgrundsatz eigentlich keine Rolle. Vielmehr handelt es sich um jeweils eigenständige Sorgfaltspflichten. Zu klären bleibt im vorliegenden Fall im Rahmen der Fahrlässigkeitsdogmatik noch die Struktur⁵⁰ und die systematische Einordnung der Vorhersehbarkeits- und Vermeidbarkeitsbegriffe sowie die Begründung der Handlungspflicht beim fahrlässigen Unterlassungsdelikt.

Die Bürgerinitiativen, die sich für den Patientenschutz bei Schäden durch Pharma-Produkte eingesetzt haben, haben die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit geweckt und zu Gesetzesneuregelungen zugunsten des Patientenschutzes im Bereich der durch Arzneimittel verursachten Schäden geführt. So ist z.B. das „Gesetz zur Infektionsprävention und medizinischen Behandlung von Patienten einer Infektionskrankheit“⁵¹ im Jahre 2002 (Gesetz Nr. 114) erlassen worden. § 1 lautet: „Dieses Gesetz hat den Zweck, die Entstehung der Infektion zu verhüten und ihrer Verbreitung vorzubeugen. Der Fortschritt und die Stärkung des Gesundheitswesens sollen durch vorgeschriebene Maßnahmen zur Infektionsprävention und medizinischen Behandlung von Patienten einer Infektionskrankheit gewährleistet werden“. Im Jahre 2002 ist auch das alte „Gesetz zur Kontrolle der Betriebe für die Vermittlung von Blutentnahmen und -spenden“ reformiert worden und heißt jetzt: „Gesetz zur Sicherung einer stabilen Versorgung mit sicheren Blutprodukten“. Es ist seit dem 30. Juli 2003 in Kraft. Nach § 1 hat das Gesetz „den Zweck, der Entwicklung des bürgerlichen Gesundheitswesens dadurch

⁵⁰ Zur Struktur der Fahrlässigkeitsdelikte vgl. *Yamanaka*, Die Normstruktur der Fahrlässigkeitsdelikte – Betrachtungen zur Fahrlässigkeitsdogmatik anhand der japanischen Entscheidungen, in: Joerden/Scheffler/Sinn/Wolf (Hrsg.), Vergleichende Strafrechtswissenschaft. Frankfurter Festschrift für Andrzej Szwarc zum 70. Geburtstag, 2009, S. 279 ff.

⁵¹ Es ist am 2. Oktober 2002 verkündet worden und seit 1. April 2003 in Kraft.

zu dienen, dass die notwendigen Maßnahmen zur Verbesserung der Blutproduktssicherung, der Versorgungsstabilität und der angemessenen Verwendung getroffen werden. Dadurch sollen zugleich notwendige Regulierungen zur Verwirklichung einer angemessenen Verwendung menschlichen Bluts und zum Schutz des Spenders verwirklicht werden“.

Am 11. Januar 2008 ist das “Gesetz zur Hilfe durch Blutprodukte⁵² infizierter Hepatitis-Opfer“ zustande gekommen und am 16. Januar in Kraft getreten. Am 30. November 2009 ist das „Grundlagengesetz zur Bekämpfung von Hepatitis“ verabschiedet worden; es gilt seit Januar 2010.

⁵² Das ist die Abkürzung des formalen langen Titels des Gesetzes. Dieses Gesetz wurde nicht von der Regierung, sondern von einer Abgeordnetengruppe vorgeschlagen.

Criteria for Evaluating the Legality of Entrapment

Eun-MO Lee, Korea

I. Definition of Entrapment

Entrapment means an investigation method in which an undercover law enforcement agency or its representative instigates or abets an offense in order to arrest a criminal and collect evidence. It is usually applied to covert offenses involving crime rings such as narcotics, organized crime, bribery, prostitution, and gambling, among others. The justification typically given for the use of entrapment is that, due to the nature of these victimless or consensual crimes, apprehension of suspects and gathering of evidence by any other method would be difficult in many cases. However, just because an investigation method is necessary to apprehend a criminal does not mean that it is always permitted. This is because, although the Criminal Procedure Law allows various types of investigation methods in order to meet the goal of public justice, it requires even voluntary investigations to meet the conditions of necessity and properness.

II. Types and Permitted Scope of Entrapment

According to Korean scholars, entrapment investigations can be divided into a type where a person with no criminal intent is led to commit a criminal act by the undercover investigator (crime induction-type), and a type where a person with criminal intent is given the opportunity to commit the crime by the undercover investigator (provision of opportunity-type). When the first type of entrapment is considered in the light of the due process of law, it violates the requirement of properness.

The problem is whether the second type of entrapment can be recognized as lawful. The views on the subject can be largely classified into two perspectives: the view that, while crime induction-type entrapment is unlawful, provision of opportunity-type entrapment is lawful, and the view that while entrapment, even provision of opportunity-type, is unlawful in principle, exceptions can be made to allow its usage in some investigations of narcotics, bribery and organized crime, among others. However, when we consider that the necessity of entrapment is primarily recognized for crimes such as narcotics crimes or organized crime, the view that provision of opportunity-type entrapment is permissible depending on the type of crime being investigated will necessarily result in the conclusion that almost all

provision of opportunity-type entrapment is lawful, which is not valid reasoning.

In short, although both crime induction-type and provision of opportunity-type entrapment should be considered unlawful in principle, it is still the case that a review of the criteria used for evaluating their lawfulness or unlawfulness is necessary. Even as there is no reason that someone with criminal intent must be guided into a trap by an agent, the fact that the exact same investigation can entrap someone with no criminal intent and could also not trap someone who has criminal intent violates the basic principles of the criminal law. This is because as long as criminal intent remains in the realm of an individual's mind, it is not subject to the regulations of the penal code. Accordingly, the act of an undercover agent inciting a person to commit a crime must also be considered an entrapment investigation as the instigation of a crime.

Although the Supreme Court did not allow crime induction-type entrapment in the past based on its status as an unlawful investigation method, it held the opinion that in cases where the committing of the crime was only made easier by the investigator, or it was simply the case that an opportunity was provided by the investigator, this should not be considered entrapment and was allowed. But it recently took the position that provision of opportunity-type entrapment is not allowed in principle, and it may still be permitted on an exceptional basis.

III. Basis for Judging the Lawfulness of Entrapment

1. Japan

Regarding entrapment, The Supreme court of Japan held that "In situations where a person committed a crime and their criminal intent arose from or was strengthened by another party's actions, the fact of that third party being a private person or an investigator should not invalidate the crime of the criminal actor, nor should it invalidate the right of prosecution or violate the procedural rules of the prosecution" (March 5th, 1953). Basically, Japanese courts can be said to recognize the criminal liability of the criminal actor, even in cases where their crime was induced by an investigator. Decisions after this point continued to uphold this judgement. However, theory in Japan has criticized this viewpoint, saying that the limitless use of deceptive methods by detectives violates the due process of law. Scholars have also been influenced by the "defense of entrapment" mentioned in American precedent, and divide entrapment into crime induction-type and provision of opportunity-type. In other words, crime induction-type entrapment, in which an investigation causes criminal intent and criminal action to arise in a person who previously had no criminal intent, and provision of opportunity-type entrapment, in which an opportunity to commit a crime is provided to a person who already had criminal intent, are clearly differentiated, and provision of opportunity-type entrapment is generally permitted while crime induction-type entrapment is considered unlawful.

In the meantime, in 2004 The Supreme Court of Japan issued a new decision on entrapment, “at least for victimless crimes such as narcotics crimes, we must interpret the law to say that in cases where it would be difficult to expose crimes using regular investigative methods, taking advantage of the opportunity to use entrapment on a person who is suspected of criminal motivation is allowed as a form of voluntary investigation” (July 12th, 2004). However, some people question the theoretical legitimacy of this viewpoint, stating that if crime induction-type is not allowed because it is the creation or instigation of crime by the state, and then this raises the question of whether provision of opportunity-type should not have to be seen in the same light and that, furthermore, there are many cases in which crime induction-type and provision of opportunity-type are not clearly distinguishable.

2. Germany

In German criminal procedure code section 110 (a)-(e), the usage of undercover detectives (verdecktes Ermitteln) is covered in detail. The regulation regarding undercover detectives is typically used to handle organized crime, and the main area of debate is the legality of undercover detectives’ information collection methods. And since the regulation only applies to government agents, there is a problem in determining whether the above rules apply to informants (agent provocateurs) as well.

Germany began to proactively use entrapment as a response to an increase in crime rings, including international organized crime and drug rings, that took place after the 1970s. This led to the development of legal theories and legal precedents concerning the permissible scope of entrapment, requirements for entrapment, and the decision-making criteria for the usage of entrapment, among others. The first decision to set a precedent regarding the problem of unlawfulness of entrapment was a decision passed on June 10th, 1975, by the Federal Supreme Court.¹ In this case, an undercover police officer asked the defendant to sell him drugs, upon which the defendant agreed to the sale and sold the officer the drugs he was carrying. The Federal Supreme Court ruled that in “especially dangerous or difficult to prove crimes” such as narcotics crimes, allowing the use of entrapment for the sake of the investigation is “suitable according to the normally approved principle of the law.” Furthermore, in this case the court found that due to the fact that the accused had “the intent of selling the narcotics that he was carrying on his person” and the fact that “no special persuasion at all was needed” for the undercover policeman to convince the accused to make the sale, and based on the reason that the accused action was merely “acting out of an already extant criminal intent,” in the case in question, entrapment was lawful. However, this decision did not clearly define what type of entrapment violates law and what the standard of judgement on entrapment is.

¹ BGH Urt. Vom 10. 6. 1975, GA 1975, S. 333f.

On the other hand, in a decision from April 15th, 1980, the Federal Supreme Court clearly stated the basis on which entrapment can violate the law.² The case is as follows: a policeman undercover as a drug-buyer purchased a small amount of heroin from the defendant, whom the policeman had been observing for some time before the arrest. At the time, the defendant told the undercover investigator that he could procure a large amount of heroin, the investigator stated his interest in purchasing a large amount of heroin, and convinced the defendant to make the sale. Several days later, the defendant sold the investigator the heroin which he had procured according to their agreement. In this decision, the court found entrapment unlawful on the grounds of “the principle of the rule of law,” and specifically found that the entrapment was unlawful in the “situation where the defendant became the simple object of the activities of the state” violated the dignity of man as laid forth in the constitution. And the court recognized the investigation was lawful in this case.

Next, on February 6th, 1981, the Federal Supreme Court ruled on a case where an agent attempted to purchase heroin from a defendant, who had no criminal record and was not the object of any investigation. The court found that sanctioning the defendant to cause him to return to the law after it had been the agent, acting on behalf of the state, who had exercised the crucial influence on the defendant which caused him to violate the law in the first place, should be criticized as contradictory and crafty behavior, and ruled that this could not be permitted under the order of a constitutional state.³ Thus, in cases where continuous or repetitive attempts to persuade or tempt the defendant are made over an extended period of time, even if the defendant committed the crime by himself, the investigation is seen to be in violation of the law. Other decisions following this one also continue the tendency to find entrapment’s violation out of the principle of rule of law to be the grounds for its unlawfulness.⁴

In conclusion, although the German Federal Supreme Court basically uses both objective and subjective criteria to judge whether or not entrapment is lawful, they give more emphasis to objective criteria. So in cases where the agent exercised critical influence over the accused, the courts recognize the unlawfulness of entrapment.

3. United States of America

In the United States, entrapment is usually considered in accordance with the established requirements of the penal code, rather than in accordance with the criminal procedure code. The Supreme Court recognized an “entrapment defense” for an entrapment investigation that involved the instigation of crime for the first time in the 1932 Sorrels case.⁵ In this case, an undercover investigator and a friend of the defendant visited the defendant’s home, where the undercover investigator repeatedly asked the

² BGH NJW 1980, S. 1761.

³ BGH NJW 1981, S. 1626.

⁴ BGH StV 1982, S. 151; BGH StV 1984, S. 406; BGH StV 1985, S. 273.

⁵ Sorrels v. United States, 287 U.S. 435 (1932).

defendant to sell him alcohol or to otherwise procure it for him. When the defendant agreed, he was found to have violated dry laws. The majority opinion was that according to the subjective test, the concerned criminal design arises from the agent and an innocent person is induced to commit a crime, the crime took place due to a situation created by the state, and therefore the argument against entrapment applies. However, in a situation where someone with a predisposition was provided with the opportunity or facilities for the commission of the offense, the argument against entrapment is not recognized.⁶ In the dissenting opinion Justice Roberts provided the basis of the objective test, writing that if the crime met the stipulated established requirements, negating the validity of the crime is not appropriate, while in a case where the defendant was prosecuted as a result of an improper investigation, the charges should be dismissed.⁷

The grounds for the conflict with entrapment defense can also be found in the 1958 Sherman case.⁸ This case involved a defendant who was an addict in the process of drug rehabilitation treatment when he encountered an undercover agent who told the defendant that he was also in rehabilitation but suffering from withdrawal symptoms and tenaciously demanded that the defendant procure drugs for him until the defendant finally complied with the request. In response to the entrapment defense of the defendant, the majority opinion quoted the Sorrels case and maintained the subjective test by writing that while an innocent civilian who would not have committed any crime had it not been for an agent's action and who only came to have criminal intent because of the agent, should not be punished, while in a case where the agent merely provided an opportunity to a defendant to commit the crime more easily, an entrapment defense cannot be recognized. In other words, in order for an entrapment defense to be recognized, the defendant's criminal act must be "the product of the creative activity of law-enforcement officials." On the other hand, the minority opinion maintained the Objective Test, stating that whether or not the investigator's actions are permitted or not does not depend on the defendant.⁹ In short, in the judgment of whether or not an entrapment defense is lawful, the subjective test is based on whether or not the defendant has a predisposition towards the crime, while the objective test is focused on the form of the inducement used by the agent. The Subjective Test established by the majority opinions in the Sherman and Sorrels cases are referred to as the Sherman-Sorrels Doctrine.

After this, the Supreme Court again used the Subjective Test in the 1973 Russell case¹⁰ and in the 1976 Hampton case,¹¹ and also took the same attitude in the 1988 Matthews case¹² and 1992 Jacobson case.¹³ However in the Jacobson verdict the Supreme Court showed an acceptance of a significant portion of the Objective Test in their requirement of the

⁶ Ibid. at 451.

⁷ Ibid. at 457.

⁸ Sherman v. United States, 356 U.S. 369 (1958).

⁹ Ibid. at 379.

¹⁰ United States v. Russell, 411 U.S. 423 (1973).

¹¹ Hampton v. United States, 425 U.S. 484 (1976).

¹² Matthews v. United States, 485 U.S. 58 (1988).

¹³ Jacobson v. United States, 503 U.S. 540(1992).

prosecutor to prove beyond a reasonable doubt that the defendant had the aforethought.

Meanwhile, the Model Penal Code created by the American Law Institute explicitly adopted the Objective Test. In addition, since the Alaskan State Supreme Court first adopted the Objective Test in the 1969 Grossman case,¹⁴ relatively many states have introduced laws or passed verdicts which support the position of the Model Penal Code. Furthermore, some states combine the subjective and objective tests and meet the requirements of both tests, or else allow an entrapment defense if one of the two tests is met.

Irrespective of the fact that the Supreme Court has adopted the Subjective Test, most academics and some states approve of the Objective test, leading to a situation of uncertainty regarding entrapment in the current U.S. legal environment.

4. Korea

There are currently also many divergent arguments surrounding entrapment in Korea.

(1) There is a view that entrapment should be divided into crime induction-type and provision of opportunity-type, and only crime induction-type is unlawful (Subjective Test). If the U.S. Supreme Court's position is relied on, predisposition becomes an important standard. In many cases of entrapment where the defendant has a prior criminal career, the entrapment cannot be considered crime induction-type and therefore may bring negative results for the defendant.

(2) There is an opinion that emphasized the actions that the investigator took in order to ensnare the defendant. In this opinion, if the actions of the investigator objectively violated the principles of the due process of law as set forth in the constitution or if enough persuasion or temptation was applied by investigator that an average person would have committed a crime, the actions correspond to unlawful entrapment (objective test). Because this view only takes the actions of the investigator into account as it ensnared the defendant, it does not take into account whether the defendant had any criminal intent before encountering the investigator. Therefore, in cases where the investigator's actions were not considered enough to objectively cause criminal behavior, even if in fact the criminal intent did arise due to the investigator, the investigation corresponds to the lawful investigation.

(3) Finally, there is a view which takes into account both the subjective and the objective tests in order to determine the lawfulness of the entrapment (combined test). However, the combined test advanced in Korea only supports decisions on the legality of entrapment where judges consider, among others, the type and severity of the crime, the position and role of the investigator, the details and method of the entrapment, the reaction of the entrapped party to the entrapment, the entrapped party's criminal record, and the lawfulness of the entrapment method itself. However, these factors

¹⁴ Grossman v. States, 457 p.2d 226(Alaska 1969).

may be insufficient to clearly determine the legality of entrapment. There is a problem in guaranteeing the objectivity of decisions if they must combine simple factors such as precedent to determine entrapment's lawfulness.

5. Conclusion

Determining the lawfulness or unlawfulness of entrapment using a combined objective and subjective test appears to be appropriate. However, if both tests should be applied to determine legality, it may result in a disadvantage to the defendant because even when a law enforcement agent has deceived the defendant, depending on method or degree, the deception could be accepted as legal. Therefore, the most reasonable method of judgement is that if, within the combined test, either the subjective test or objective test can be applied, and the entrapment was found to be unlawful according to the test, then the entrapment should be considered unlawful. Regardless of whether or not someone has aforethought, if the investigation procedure violates the due process of law, or else provided a strong enough motivation or temptation to cause even an average person to commit a crime, the entrapment should be considered unlawful.

Zunehmende Punitivität in Deutschland – Realität oder Mythos?

Wolfgang Heinz, Konstanz

In den USA hat seit den 1980er Jahren ein „punitive turn“ der Kriminalpolitik stattgefunden. Die Gefangenenzahlen haben sich seither mehr als verdreifacht (vgl. **Schaubild 1**), die Strafzumessungsvorschriften für Rückfalltäter wurden drastisch verschärft, die Vollstreckung der Todesstrafe wurde in einigen Einzelstaaten wieder aufgenommen, Sexualstraftäter werden öffentlich bekannt gemacht und stigmatisiert.¹ Diese wachsende Punitivität blieb nicht auf die USA beschränkt. Weltweit beobachten schon seit Jahren Strafrechtswissenschaftler und Kriminologen, inwieweit in ihren Ländern eine steigende Punitivität festzustellen ist. Ida² und Yoshida³ haben z.B. unlängst über zunehmende Punitivität in Japan berichtet. Aus einer „Welt von Gestern“⁴ scheinen sowohl die Radbruch'sche Vision zu stammen, das Strafrecht werde einst über die Strafe hinwegschreiten,⁵ als auch die Annahme von Schüler-Springorum, das kriminalrechtliche Sanktionensystem strebe einem „Wärmetod“ der Strafe zu, oder gar die Gewissheit des deutschen Bundesverfassungsgerichts,⁶ „die Geschichte der Strafrechtspflege zeigt deutlich, dass an die Stelle grausamster Strafen immer mildere Strafen getreten sind“.⁷

¹ „Harsher sentencing and increased use of imprisonment, 'three strikes' and mandatory minimum sentencing laws; 'truth in sentencing' and parole release restrictions; 'no frills' prison laws and 'austere prisons'; retribution in juveniles court and the imprisonment of children; the revival of chain gangs and corporal punishment; boot camps and supermax prisons; the multiplication of capital offences and executions; community notification laws and pedophile registers; zero tolerance policies and Anti-Social Behavior Orders. There is now a long list of measures that appear to signify a punitive turn in contemporary penalty" (Garland, D.: *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford 2001, S. 142).

² Ida, M.: Der Ruf nach einem schärferen Strafrecht und die Strafrechtswissenschaft in Japan, in: Festschrift für H. Stöckel, Berlin 2010, S. 361 ff.

³ Yoshida, T.: Strafrecht, Sanktionen und Einstellungen zu Sanktionen in Japan, in: Kury, H. (Hrsg.): *Strafrecht und Kriminalität. Entwicklungen in Mittel- und Osteuropa*, Bochum 2004, S. 189 ff.; ders.: Problems Associated with Harsher Sanctioning. Trends in Returning to More Severe Punishment in Japan, in: Kury, H. (ed.): *Fear of Crime – Punitivity*, Bochum 2008, S. 393 ff.; Kury, H.; Brandenstein, M.; Yoshida, T.: Kriminalpräventive Wirksamkeit härterer Sanktionen – Zur neuen Punitivität im Ausland (USA, Finnland und Japan), *ZStW* 2009, S. 190 ff.

⁴ Zweig, St.: *Welt von Gestern*, Stockholm 1942.

⁵ Radbruch, G.: *Rechtsphilosophie*. 8. Aufl., Stuttgart 1975, S. 269.

⁶ Schüler-Springorum, H.: Prügel und Pranger, in: Festschrift für H. Henkel. Berlin, New York 1974, S. 141.

⁷ BVerfGE 45, 187, 229.

Spätestens seit der ehemalige Vize-Präsident des Bundesverfassungsgerichts, W. Hassemer, für Deutschland eine „Straflust“ feststellte, der sich das Strafrecht konfrontiert sehe, die „von allgemeiner Zustimmung ... außerhalb, aber auch innerhalb der Strafrechtspraxis und Strafrechtswissenschaft“ getragen sei,⁸ wird diese „neue Lust auf Strafen“⁹ intensiv erörtert. Allerdings wird die Frage, ob und in welchem Maße Punitivität festzustellen sei, von empirisch arbeitenden Kriminologen höchst unterschiedlich beantwortet. Die Bandbreite der Stellungnahmen reicht von uneingeschränkter Bejahung¹⁰ bis hin zur (fast uneingeschränkten) Verneinung¹¹ punitiver Tendenzen.

Dass Befunde und Bewertungen so weit auseinanderliegen, beruht darauf, dass einerseits ungeklärt ist, was unter Punitivität genau zu verstehen ist und wie dieses Konzept valide gemessen werden kann, dass andererseits höchst verschiedene Dimensionen von Punitivität Gegenstand der Aussagen sind. Dies soll in den folgenden 6 Thesen erläutert werden, mit denen der Forschungsstand in Deutschland skizziert und aktuelle Daten vorgestellt werden sollen.

1. These: Die Frage „Worüber sprechen wir, wenn wir über Punitivität sprechen?“¹² ist eine keineswegs nur rhetorische. Denn „Punitivität“ ist als Begriff vage und mehrdeutig. Die Operationalisierung der einzelnen Dimensionen ist alles andere als geklärt. Die jeweiligen Messprobleme sind noch nicht zufrieden stellend gelöst. Sicher ist nur: „Die“ Punitivität gibt es nicht.

⁸ Hassemer, W.: Gründe und Grenzen des Strafens, Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte 2, 2000/2001, S. 477, Erstabdruck in: Festschrift für D. Spinellis, Athen 2001, 399 ff., gekürzte Wiedergabe der Rede unter „Die neue Lust auf Strafe“ in „Frankfurter Rundschau“ Nr. 296 vom 20.12.2000, S. 16.

⁹ Rode, I.; Kammeier, H.; Leipert, M. (Hrsg.): Neue Lust auf Strafen, Münster 2005. Vgl. vor allem die wiederholten Stellungnahmen von Sack zur Bewertung vor allem der Strafrechtspolitik (Sack, F.: Deutsche Kriminologie: auf eigenen (Sonder)Pfadern?, in: Festschrift für H. Kury, Frankfurt a.M. 2006, S. 35 ff.; ders.: Gesellschaftliche Entwicklung und Sanktionseinstellungen – Anmerkungen zur deutschen kriminalpolitischen Diskussion, Soziale Probleme 17, H. 2, 2006, S. 155 ff.; ders.: Die deutsche Kriminologie – von „draußen“ betrachtet, Kriminologisches Journal 39, 9. Beiheft, 2007, S. 205 ff.; Ökonomie und Kriminalität, in Festschrift für G. Albrecht, Wiesbaden 2008, S. 153 ff.; ders.: Symbolische Kriminalpolitik und wachsende Punitivität, in: Dollinger, B.; Schmidt-Semisch, H. (Hrsg.): Handbuch Jugendkriminalität, Wiesbaden 2010, S. 63 ff.).

¹⁰ Meier, B.-D.: Kriminalpolitik in kleinen Schritten - Entwicklungen im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem, StV 2008, S. 263 ff.; Streng, F.: Befunde und Hintergründe zunehmender Punitivität, in: DVJJ (Hrsg.): Verantwortung für Jugend, Mönchengladbach 2006, S. 354 ff.; derselbe: Straffmentalität und gesellschaftliche Entwicklung – Aspekte zunehmender Punitivität, in: Behr, R.; Cremer-Schäfer, H.; Scheerer, S. (Hrsg.): Kriminalitäts-Geschichten, Hamburg 2006, S. 211 ff.

¹¹ Dünkel, F.: Werden Strafen immer härter? – Anmerkungen zur strafrechtlichen Sanktionspraxis und zur Punitivität, Vortrag auf der KrimG-Tagung Münster 2009 (unveröff.); Heinz, W.: Zunehmende Punitivität in der Praxis des Jugendkriminalrechts? Analysen aufgrund von Daten der Strafrechtspflegestatistiken, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.): Das Jugendkriminalrecht vor neuen Herausforderungen?, Mönchengladbach 2009, S. 29 ff.

¹² Kury, H.; Kania, H.; Oberfell-Fuchs, J.: Worüber sprechen wir, wenn wir über Punitivität sprechen? Versuch einer konzeptuellen und empirischen Begriffsbestimmung, in: Lautmann, R.; Klimke, D.; Sack, F. (Hrsg.): Punitivität, Kriminologisches Journal, 8. Beiheft, 2004, S. 51 ff.

Als Begriff meint Punitivität, abgeleitet vom lat. punire (bestrafen), zunächst einmal nur die Haltung oder Tendenz, auf Normabweichungen mit negativen Sanktionen zu reagieren. In der neueren Diskussion wird der Begriff dagegen in einem engeren Sinne verwendet, nämlich zur Bezeichnung eines Abschnittes auf einem gedachten Kontinuum „permissiv – punitiv“.¹³ Mit punitiv wird dann gemeint „mehr, härtere oder längere Strafen“.¹⁴ Mit diesem „mehr, härter oder länger“ kann gemeint sein

- die Forderung nach Strafverschärfungen im gesellschaftlichen Diskurs,
- die Erwartung härterer/längerer Strafen durch die Bürger,
- Neukriminalisierung oder Verschärfung bestehender Strafvorschriften, insbesondere durch Erhöhung der Strafdrohungen,
- die Verhängung von mehr, härteren oder längeren Strafen durch die Gerichte sowie schließlich
- Verschärfungen bei der Strafvollstreckung.

Das Konstrukt Punitivität weist also mindestens vier Hauptdimensionen¹⁵ auf, nämlich eine

- gesellschaftliche (öffentliche bzw. veröffentlichte Meinung, politische Rhetorik), eine
- individuelle (Strafeinstellungen bzw. Straferwartungen der Bevölkerung), eine
- legislative (Gesetzgebung) und eine
- justizielle (Sanktionierung und Vollzug),

die mit verschiedenen Indikatoren (mit jeweils eigener Problematik) gemessen werden können und von einer Vielzahl von Akteuren getragen werden bzw. unterschiedliche gesellschaftliche Kreise und Ebenen betreffen.

2. These: Am kriminalpolitischen Diskurs beteiligen sich die unterschiedlichsten Akteure. Fragen von Kriminalität und Kriminalitätskontrolle werden problematisiert von Medien und Fachverbänden, von Opfern und Opferverbänden sowie von politischen Parteien jeglicher Couleur. Entsprechend unterschiedlich sind auch die kriminalpolitischen Stellungnahmen. Insgesamt gesehen ist die politische Rhetorik zwar punitiver geworden, gleichzeitig haben sich aber auch die zwischen den Parteien bestehenden kriminalpolitischen Unterschiede deutlich vergrößert. Ebenso vielfältig sind die Stellungnahmen von Gruppierungen außerhalb der Parteien. Während Strafschärfungen häufig von Gruppierungen von (virtuellen) Opfern unterstützt werden, lehnen Fachwelt und Fachverbände sie als kontraproduktiv ab. In Mediendemokratien sind freilich die Medien einer der einflussreichsten Akteure. Kriminaldarstellungen und -berichter-

¹³ Lautmann, R.; Klimke, D.: Punitivität als Schlüsselbegriff für eine Kritische Kriminologie, in: Lautmann et al. (Anm. 12), S. 10.

¹⁴ Dinges, Martin; Sack, Fritz: Unsichere Großstädte?, in: Dinges, Martin; Sack, Fritz (Hrsg.): Unsichere Großstädte? Vom Mittelalter bis zur Postmoderne. Konstanz 2000, S. 10.

¹⁵ Vgl. Kury et al. (Anm. 12), S. 52. Zustimmend Simonson, J.: Punitivität: Methodologische und konzeptionelle Überlegungen zu einem viel verwendeten Begriff, ZJJ 20, 2009, S. 30 ff.

stattungen haben deutlich zugenommen, Gewalt- und Sexualkriminalität werden einseitig betont und dramatisiert; punitiv orientierte Stellungnahmen überwiegen.

Auch in Deutschland haben Politiker, und zwar parteiübergreifend, Kriminalität und Kriminalpolitik als Mittel der Profilierung entdeckt, mit dem Stimmung gemacht und Stimmen gewonnen werden können („governing through crime“).¹⁶ Im Unterschied aber zu US-amerikanischen Wahlkämpfen¹⁷ war in Deutschland "Innere Sicherheit" bislang in bundesweiten Wahlkämpfen noch kein beherrschendes Thema,¹⁸ wohl aber auf Landesebene, etwa in Hamburg 2001¹⁹ und in Hessen 2008.²⁰ Dagegen hat es in Deutschland deutliche Verschiebungen der parlamentarisch mehrheitsfähigen kriminalpolitischen Grundorientierungen gegeben. Derzeit wäre ein Vorhaben wie die große Strafrechtsreform von 1969²¹ ebenso wenig parlamentarisch mehrheitsfähig wie die JGG-Reform 1990²² oder die für ein 2. JGGÄndG geplanten Vorhaben.²³ Andererseits hat aber der Zwang zu Kompromissen in

¹⁶ Begriff von Simon, J.: *Governing through Crime*, in: Friedman, L. M.; Fisher, G.: *The Crime Conundrum: Essays on Criminal Justice*, Boulder 1997, S. 171 ff.

¹⁷ Vgl. Beckett, K.: *Making crime pay*, New York u.a. 2000, S. 58 f.; Beckett, K.; Sasson, T.: *The Politics of Injustice*, California 2000, S. 47 ff. Weitere Nachweise bei Sack, F.: *Wie die Kriminalpolitik dem Staat aufhilft*, in: Lautmann et al. (Anm. 12), S. 30 ff.

¹⁸ Vgl. Reuband, K.-H.: *Kriminalitätsentwicklung und Medienwirklichkeit*, in: Walter, M.; Kania, H.; Albrecht, H.-J. (Hrsg.): *Alltagsvorstellungen von Kriminalität*. Münster 2004, S. 235 ff.

¹⁹ Dass die von Ronald Schill gegründete „Partei Rechtsstaatlicher Offensive“ bei den Hamburger Bürgerschaftswahlen 2001 19,4% der Stimmen erhielt, war nicht zuletzt dem law and order-Kurs zu verdanken, zu dem u.a. die Forderung der (freiwilligen) Kastration nicht therapierbarer Sexualstraftäter gehörte oder die Ankündigung einer Halbierung der Gewaltkriminalität binnen 100 Tagen (vgl. http://de.wikipedia.org/wiki/Ronald_Schill).

²⁰ Den am 22.12.2007 in einer Münchener U-Bahn erfolgten brutalen Überfall zweier junger Ausländer auf einen Rentner nahm der Spitzenkandidat der CDU und amtierende Ministerpräsident, Roland Koch, zum Anlass, das Thema Jugendgewalt zu thematisieren und Verschärfungen des Jugendstrafrechts zu fordern einschließlich einer schnelleren Abschiebung straffällig gewordener ausländischer Jugendlicher. Diese Positionen machte sich der Bundesvorstand der CDU Deutschlands in der "Wiesbadener Erklärung" (<http://www.cdu.de/doc/pdfc/080105-wiesbadener-erklaerung.pdf>) zu Eigen.

²¹ Durch das Erste Gesetz zur Reform des Strafrechts (1. StrRG) vom 25.06.1969 (BGBl. I S. 645) sowie das Zweite Gesetz zur Reform des Strafrechts (2. StrRG) vom 04.07.1969 (BGBl. I S. 717) erhielt das bisherige, auf Schuldvergeltung ausgerichtete Strafrecht eine spezialpräventive Ausrichtung. Dementsprechend wurde das Sanktionensystem neu geordnet und insbesondere die kurze, als resozialisierungsfeindlich erkannte Freiheitsstrafe zurückgedrängt (zu Einzelheiten vgl. Heinz, W.: *Das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionierungspraxis in Deutschland 1882 – 2006*, I.2.1 <http://www.uni-konstanz.de/rtf/kis/sanks06.htm>).

²² Durch das Erste Gesetz zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes (1. JGGÄndG) vom 30.08.1990 (BGBl. I S. 1853) wurde die JGG-Reform durch die Praxis, die neue, spezialpräventiv orientierte Instrumente (Arbeits- und Betreuungsweisung, Täter-Opfer-Ausgleich, sozialer Trainingskurs) eingeführt und erprobt hatte, institutionalisiert, stabilisiert und auf Dauer gestellt.

²³ Im Zusammenhang mit der Annahme des 1. JGGÄndG wurde ein weit reichender Entschließungsantrag des Rechtsausschusses für ein 2. JGGÄndG (BT-Drucksache 11/7421 vom 19.6.1990, S. 4, Buchstabe c) einstimmig angenommen, der bislang aber noch nicht aufgegriffen worden ist.

den jeweiligen Koalitionsregierungen²⁴ in Deutschland bislang einen Großteil der in die parlamentarische Beratung eingebrachten Verschärfungsvorschläge verhindert. Deshalb kam es einerseits nicht zum 2. JGGÄndG mit dem Inhalt, den der Bundestag noch 1990 geregelt wissen wollte,²⁵ andererseits wurden aber auch die vom Bundesrat eingebrachten Gesetzesvorhaben zur Reform (= Verschärfung) des Jugendstrafrechts²⁶ nicht umgesetzt. Insgesamt gesehen sind die kriminalpolitischen Unterschiede zwischen den im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien größer geworden. Konservative Parteien setzen zunehmend auf strafrechtliche Verschärfung, die von der Linksfraktion als auch von Bündnis90/Die Grünen überwiegend abgelehnt werden.

Eine mögliche Erklärung dafür, dass das Thema „Innere Sicherheit“ in Deutschland bundesweit noch nicht diese Rolle spielte wie in anderen Ländern,²⁷ ist im politischen Parteiensystem zu sehen. Eine „harte“ Kriminalpolitik ist wahrscheinlicher in einem Zwei-Parteien-System, wo der Wettbewerb um Wählerstimmen zu einer Konkurrenz um die mehr Sicherheit versprechende Politik führt. In Mehr-Parteien-Systemen wird eine derartige Gefahr dann gesehen, „wenn starke rechte Parteien ... entstanden sind, die insbesondere mit einer Rhetorik der Ausgrenzung von Fremden und Außenstehenden den anderen Parteien Mehrheiten streitig machen.“²⁸

Im politischen Tagesgeschäft aber ist vor allem bei medienrelevanten Straftaten der Ruf nach schärferen Strafgesetzen auch bei führenden Politikern die Regel. Bekannt ist der Satz von Alt-Bundeskanzler Schröder „Wegschließen, und zwar für immer!“²⁹ Denn „mit nichts anderem lassen sich Handlungsfähigkeit und scheinbar wirksame Problemlösung so drastisch demonstrieren und durch die Massenmedien vermitteln wie durch eine Verschärfung des Strafrechts, sei es über die Neukriminalisierung, die Erhöhung

²⁴ Die deutschen Regierungen nach 1949 waren – fast immer (Ausnahme die CDU/CSU-Alleinregierung 1957-1961) – Koalitionsregierungen, ausnahmsweise – für wenige Wochen – Minderheitsregierungen. Sie waren also immer auf Konsens angewiesen. Die Strafrechtsreform 1969 wurde von der Koalition von CDU, CSU und SPD (Kabinett Kiesinger), das 1. JGGÄndG 1990 wurde von der Koalition von CDU, CSU und FPD (Kabinett Kohl III) beschlossen.

²⁵ Im Zusammenhang mit der Annahme des 1. JGGÄndG wurde ein weit reichender Entschließungsantrag des Rechtsausschusses für ein 2. JGGÄndG (BT-Drucksache 11/7421 vom 19.6.1990, S. 4, Buchstabe c) einstimmig angenommen.

²⁶ Vgl. die Nachweise auf der homepage der DVJJ (www.dvj.de → Themenschwerpunkte → Gesetzgebung). Zu den Vorschlägen selbst vgl. Darstellung und Kritik bei Heinz, W.: Bekämpfung der Jugendkriminalität durch Verschärfung des Jugendstrafrechts!? ZJJ 1/2008, S. 60 ff.

²⁷ Vgl. zu Frankreich und Italien Shea, E.: Elections and the Fear of Crime: the Case of France and Italy, *European Journal on Criminal Policy and Research* 15, 2009, S. 83 ff.

²⁸ Vgl. Groenemeyer, A.: Punitivität im Kontext – Globale Konvergenzen der Kriminalpolitik oder Pfadabhängigkeit der Konstruktion abweichenden Verhaltens, in: Groenemeyer, A.: *Soziale Probleme und politische Diskurse*, Bielefeld 2003, S. 69 f.; Tonry, M.: *Determinants of Penal Policies*, in: Tonry, Michael: *Crime, punishment, and politics in comparative perspective*. Chicago [u.a.], Univ. of Chicago Press, 2007, S. 1 ff.

²⁹ „Was die Behandlung von Sexualstraftätern betrifft, komme ich mehr und mehr zu der Auffassung, dass erwachsene Männer, die sich an kleinen Mädchen vergehen, nicht therapierbar sind. Deswegen kann es nur eine Lösung geben: wegschließen – und zwar für immer“ (Alt-Bundeskanzler G. Schröder, Interview, Bild am Sonntag vom 8.7.2001).

von Mindest- oder Höchststrafandrohungen oder die unbestimmte und ggfs. lebenslange Verwahrung.“³⁰

Während die politische Rhetorik vor allem der konservativen Parteien in zunehmendem Maße punitive Tendenzen aufweist,³¹ findet sich in den strafrechtspolitischen Stellungnahmen außerparlamentarischer Gruppierungen eine überaus große Bandbreite. Diese reichen von zumeist abgewogenen Forderungen der großen Opferverbände³² und den sich regelmäßig gegen Strafschärfungen aussprechenden Fachverbänden³³ bis hin zu Bürger-

³⁰ Albrecht, H.-J.: Die Determinanten der Sexualstrafrechtsreform, ZStW 111, 1999, S. 870; ders.: Antworten auf Gefährlichkeit - Sicherungsverwahrung und unbestimmter Freiheitsentzug, in: Festschrift für H.-D. Schwind, Heidelberg 2006, S. 198. Ebenso Streng (Modernes Sanktionenrecht, ZStW 111, 1999, S. 857).

³¹ Als paradigmatisch kann die Parlamentsrede des Vorsitzenden der Arbeitsgruppe Recht der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, N. Geis, anlässlich der Verabschiedung des „Gesetzes zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten“ am 14.11.1997 gelten: „Diese Gesetze zeigen zusammen mit den heute zu verabschiedenden Gesetzen, dass eine Umorientierung im Strafrecht stattgefunden hat. Wir gehen weg von dem Versuch, immer nur den Täter in den Mittelpunkt zu stellen, hin zu dem Versuch, mehr das Opfer zu sehen und vor allem die öffentliche Sicherheit, die Sicherheit unserer Bevölkerung und hier im Sexualstrafrecht insbesondere die Sicherheit unserer Kinder in den Vordergrund zu stellen. Es geht in der Rechtspolitik ganz offensichtlich, und zwar übereinstimmend, wieder mehr darum, das Strafrecht und das Strafvollzugsrecht auch als ein Mittel der Verbrechensbekämpfung anzusehen. ... Nach unserer Auffassung kann Kriminalität aber auch dadurch bekämpft werden, dass wir dem Täter sagen: Wir haben eine gut funktionierende Polizei; du musst damit rechnen, dass du entdeckt wirst; wenn du entdeckt wirst, wirst du hart verurteilt; wenn du verurteilt wirst, dann wird die verhängte Strafe auch vollstreckt. Diese ganz simple Abschreckung mit Hilfe des Strafrechts haben wir in der Vergangenheit vielleicht etwas zu sehr vernachlässigt“ (BT-Protokoll, 13. Wahlperiode, 204. Sitzung, S. 18433).

Ein weiteres Beispiel ist die von der englischen Labour-Partei übernommene programmatische Aussage der rot-grünen Koalition im Koalitionsvertrag 1998 „Entschlossen gegen Kriminalität und entschlossen gegen ihre Ursachen“ (Koalitionsvereinbarung zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands und Bündnis 90/Die GRÜNEN vom 20. Oktober 1998 (<http://www.spd.de/de/pdf/-Koalitionsvertrag1998.pdf>), IX). Im Parteimanifest 1997 von Labour hieß es „We will be tough on crime and tough on the causes of crime“ (<http://www.bbc.co.uk/election97/background/parties/manlab/labman6.html>).

³² Vgl. z.B. die strafrechtspolitische Stellungnahme des Weissen Ring <<https://www.weisser-ring.de/internet/standpunkte/strafrechtspolitische-forderungen/index.html>>.

³³ Vgl. nur die ablehnenden Stellungnahmen der verschiedensten Fachverbände sowie von Kriminologen und Justizpraktikern zu den im hessischen Landtagswahlkampf 2008 erhobenen Verschärfungsforderungen bzgl. des Jugendstrafrechts (vgl. die Nachweise der zahlreichen Stellungnahmen unter http://www.dbh-online.de/html/body_service.html#juggew), ferner die Stellungnahmen des Richterbunds und des Anwaltvereins (<http://www.spiegel.de/politik/-deutschland/0,1518,526512,00.html>).

gruppierungen, die sich um ihre und die Sicherheit ihrer Kinder fürchten³⁴ und deshalb Strafschärfungen fordern.

Medien kommt in diesem Konzert der Meinungen eine herausragende Rolle zu. Sie sind einerseits der Resonanzboden für publicity-trächtige kriminalpolitische Forderungen; sie sind andererseits aber selbst „wirkungsvolle Kriminalpolitiker“.³⁵

- Zum einen findet zwischen Medien und Politik vielfach ein „politisch-publizistischer Verstärkerkreislauf“³⁶ statt. Stärker als früher scheint die Kriminalpolitik auf Unsicherheitsgefühle zu reagieren und von den Medien (mit)beeinflusst zu sein.
- Zum anderen beeinflussen Medien durch ihre Berichterstattung die Kriminalitätswahrnehmung und -deutung der Rezipienten. Kriminalitätsdarstellungen und -berichterstattungen haben in Bild- wie in Printmedien³⁷ aus nachvollziehbaren Gründen – „crime and sex sell“ – zugenommen. Sie zeichnen sich aus durch Selektion, Verdichtung und der Verallgemeinerung von zumeist schrecklichen Einzelfällen.³⁸ Überbetont werden insbesondere Gewalt- und Sexualdelikte, und zwar nicht nur von den sog. Boulevardmedien.³⁹ Dies ist folgenreich. Denn es wird nicht nur die Bedrohung durch Kriminalität in der Bevölkerung stark

³⁴ Beispielhaft hierfür ist der Fall eines mehrfach vorbestraften Sexualstraftäters, der insgesamt rund 20 Jahre Gefängnis verbüßt hatte und der nach seiner Haftentlassung bei seinem Bruder lebt. „Dort wird der Ex-Häftling seither rund um die Uhr von der Polizei bewacht - zur eigenen Sicherheit. Bürger protestieren gegen den Mann, nachdem der Landrat des Kreises Heinsberg öffentlich vor dem verurteilten Sexualstraftäter gewarnt hatte. Wochenlang hatten jeden Abend Menschen vor dem Haus des früheren Gabelstaplerfahrers demonstriert, um ihn zum Wegziehen zu zwingen. Sie fürchteten, dass der Mann erneut rückfällig werden könnte“
(<http://www.spiegel.de/panorama/justiz/0,1518,671646,00.html>)

Der BGH hat aus Rechtsgründen die nachträgliche Sicherungsverwahrung abgelehnt. Sowohl der Bundesvorsitzende der Deutschen Polizeigewerkschaft als auch die Deutsche Kinderhilfe forderten deshalb eine Reform der Sicherungsverwahrung
(<http://www.faz.net/s/RubCD175863466D41BB9A6A93D460B81174/Doc~E16D3B7086E B94407B45634387CF07A66~ATpl~Ecommon~Scontent.html>).

³⁵ Walter, M.: Kriminalpolitik in der Mediengesellschaft: Was kann die Kriminologie ausrichten?, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.): Das Jugendkriminalrecht vor neuen Herausforderungen?, Mönchengladbach 2009, S. 241.

³⁶ Scheerer, S.: Der politisch-publizistische Verstärkerkreislauf. Zur Beeinflussung der Massenmedien im Prozess strafrechtlicher Normgenese, KrimJ 1978, S. 223 ff.

³⁷ Vgl. die Nachweise bei Simonson (Anm. 15), S. 32.

³⁸ Zuletzt Simonson (Anm. 15), S. 32; Walter (Anm. 35). S. 239 ff.

³⁹ Eine Auswertung von drei überregionalen Qualitätszeitungen durch Kepplinger – FAZ, Süddeutsche Zeitung und WELT – für die Jahre 1951 bis 1995 ergab z.B., dass Gewaltverbrechen 45% aller Berichte ausmachten, 17% entfielen allein auf Mordberichte. Auf Gewaltdelikte entfielen dagegen im damaligen Untersuchungszeitraum weniger als 3%, auf Mordfälle weniger als 0,1% der polizeilich registrierten Kriminalität (Kepplinger, H.M.: Die Entwicklung der Kriminalitätsberichterstattung, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.): Kriminalität in den Medien, Mönchengladbach 2000, S. 63). Zusammenfassend Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Hrsg.): Medien und Gewalt. Befunde der Forschung seit 1998 (<http://www.bmfsfj.de/-RedaktionBMFSFJ/Abteilung5/Pdf-Anlagen/medien-und-gewalt-lang,property=pdf.pdf>).

überschätzt,⁴⁰ sondern diese Fehlvorstellung geht mit einer negativen Bewertung der Sanktionierungspraxis einher⁴¹ und führt zu gesteigerten Erwartungshaltungen an die Politik.

- Schließlich beschränken sich Medien nicht nur auf Berichterstattung, sie erheben - nicht immer, aber doch gelegentlich - auch kriminalpolitische Forderungen und weisen Schuld zu, dem Richter, dem Gutachter oder dem Politiker.⁴²

Dieses Bild der Medien in Deutschland wäre einseitig und überzeichnet, würde nicht auch betont, dass es durchaus den anti-punitiven, medienkritischen Journalismus gibt.⁴³ Dass im hessischen Landtagswahlkampf 2007/2008 die Thematisierung der Kinder- und Jugendkriminalität nicht zum gewünschten Stimmengewinn führte, beruhte nicht zuletzt auf heftiger Kritik von Teilen der Medien.⁴⁴

3. These: Ob individuelle Strafeinstellungen punitiver geworden sind, ist umstritten. Die Befunde deuten darauf hin, dass entsprechende Tendenzen zumindest bei jungen Menschen bestehen. Dass die Entwicklung punitiver Einstellungen in der Bevölkerung unterschiedlich beurteilt wird, beruht darauf, dass bislang die verschiedenen Objektbereiche von Sanktionseinstellungen - Strafphilosophie, Strafhärteeinstellung, konkrete, deliktbezogene Strafmaßvorstellung - nicht hinreichend durch valide Messinstrumente an repräsentativen Stichproben in Längsschnittstudien differenziert erfasst worden sind. Die Resultate einzelner Studien sind deshalb nur eingeschränkt miteinander vergleichbar.

Strafeinstellungen oder Straferwartungen von Bürgern wurden in der Vergangenheit häufig mit der Frage nach der Befürwortung oder Ablehnung der Todesstrafe (sog. Standard-Item) gemessen. Vergleichende Analysen haben aber gezeigt, dass die Ergebnisse je nach Frageformulierungen und

⁴⁰ Vgl. Pfeiffer, C.; Windzio, M.; Kleimann, M.: Die Medien, das Böse und wir, MSchrKrim 2004, S. 417, Tab. 1.

⁴¹ Vgl. Finney, A.: Perceptions of Changing Crime Levels. In: Nicholas, S.; Walker, Al. (eds.): Crime in England and Wales 2002/2003. London 2004, S. 31 (<http://www.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs2/hosb0204.pdf>).

⁴² Vgl. Beispiele bei Heinz, W.: „Wegschließen, und zwar für immer!“ Das deutsche Strafrecht auf dem Weg zum Sicherheitsstrafrecht?, in: Festschrift für H.-W. Strätz, Regenstauf 2009, S. 265.

⁴³ Vgl. z.B. die medienkritische Passage in einem Beitrag in der Wochenzeitung Die ZEIT: „Das Thema wird gefühlsgeladen präsentiert, es wird mit allen Mitteln Stimmung gemacht gegen einen, der ohnehin auf niemandes Unterstützung rechnen kann – den Täter. Das bringt Einschaltquoten und erzeugt bei allen Beteiligten ein gutes Gefühl und nebenbei politischen Druck auf die Justiz und den vermeintlich zu weichen Gesetzgeber. Bloß gedient ist damit niemandem – dem Recht nicht, der Öffentlichkeit nicht und am allerwenigsten den Opfern. Der Sender ist der Einzige, der profitiert – auch in Carolins schrecklichem Schicksal war noch ausreichend Platz für Werbung“ (Rückert, S: Ab in den Knast“, Die ZEIT, 24.5.2006 <http://www.zeit.de/2006/22/Strafe_xml?page=all>).

⁴⁴ Funke, H.: Vom Landesvater zum Polarisierer. Eine Nachlese der Landtagswahlergebnisse in Hessen 2008, in: Brumlik, M. (Hrsg.): Ab nach Sibirien? Wie gefährlich ist unsere Jugend?, Weinheim und Basel 2008, S. 18 ff.

Antwortalternativen erheblich voneinander abweichen.⁴⁵ Längsschnittvergleiche als auch interkulturelle Vergleiche sind deshalb wegen unterschiedlicher Frageformulierungen schwierig. Wie z.B. Bowers⁴⁶ zeigen konnte, beruht die (vermeintlich) starke Unterstützung der Amerikaner für die Todesstrafe vor allem auf solchen Umfragen, die nur das Standard-Item vorgeben. Bei alternativer Frageformulierung und bei Vorgabe von anderen harten Strafen als Alternative (z.B. lebenslange Inhaftierung ohne Möglichkeit einer vorzeitigen Entlassung) sank die Zustimmung zur Todesstrafe deutlich, und zwar um mehr als die Hälfte.⁴⁷

Um die Reliabilität gegenüber Ein-Item-Messungen zu erhöhen, wurden zunehmend verschiedene Items verwendet, die auch geeignet sind, die verschiedenen Aspekte von Strafeinstellungen und Straferwartungen anzusprechen:

- die Strafphilosophie, welche die Prinzipien der Strafanwendung beinhaltet,
- die abstrakte Forderung nach härteren Strafen und
- die konkrete, deliktbezogene Strafmaßvorstellung oder -bewertung.

Die in Deutschland zu diesen Dimensionen erhobenen Befunde sind freilich nicht eindeutig und wegen der unterschiedlichen Frageformulierung nur schwierig miteinander zu vergleichen. Wiederholte Befragungen mit demselben Instrument beziehen sich oft nur auf regional begrenzte Stichproben, weshalb die Verallgemeinerungsfähigkeit der Ergebnisse fraglich ist.

- Hinsichtlich der Strafzwecke ergaben die Befragungen von Schwind et al. in Bochum einen deutlichen Rückgang der Befürwortung der Resozialisierung von Straftätern und eine Zunahme der Zustimmung zum Ziel der Abschreckung und Vergeltung.⁴⁸ In seinen regelmäßig wiederholten Befragungen von Jura-Studienanfängern in Erlangen-Nürnberg stellte Streng fest, dass seit 1993 unter den spezialpräventiven Strafzwecken die „Sicherung der Allgemeinheit“ dominiert; bei den

⁴⁵ Es macht z.B. einen Unterschied aus, ob allgemein gefragt wird („Sind Sie grundsätzlich für oder gegen die Todesstrafe“) oder ob die Frage spezifisch auf ein schweres Delikt bezogen wird („Sind Sie dafür oder dagegen, dass ein Mörder, für den keine mildernden Umstände sprechen, mit dem Tode bestraft wird?“). Es macht ferner einen Unterschied, ob und welche neutrale Antwortkategorie („keine Angabe“ oder „Unentschieden“) angeboten wird. Vgl. Kury, H.; Oberfell-Fuchs, J.: Zur Punitivität in Deutschland, Soziale Probleme 17, H. 2, 2006, S. 128 f.; Kury, H.; Kania, H.; Oberfell-Fuchs, J. (Anm. 12), S. 62 ff.; Vgl. Reuband, K.-H.: Sanktionsverlangen im Wandel. Die Einstellungen zur Todesstrafe in der Bundesrepublik Deutschland seit 1950, KZfSS 32, 1980, S. 535 ff.

⁴⁶ Bowers, W. J.: Capital Punishment and Contemporary Values: People's Misgivings and the Court's Misperception, Law and Society Review 27, 1993, S. 157 ff.

⁴⁷ Bei Vorgabe des Standard-Items lag die Zustimmung zwischen 64% und 86%, bei Vorgabe der Alternative „lebenslange Inhaftierung mit möglicher vorzeitiger Entlassung nicht vor 25 Jahren“ sank die Zustimmungsrage für die Todesstrafen ab auf Werte zwischen 45% und 62%, bei Vorgabe der Alternative „lebenslange Inhaftierung ohne Möglichkeit einer vorzeitigen Entlassung“ betrug die Zustimmungsrage für die Todesstrafen nur noch zwischen 23% und 43% (vgl. Bowers et al., A New Look at Public Opinion on Capital Punishment, American Journal of Criminal Law 22, 1994, S. 77 ff.).

⁴⁸ Schwind, H.-D.; Fetchenhauer, D.; Ahlborn, W.; Weiß, R.: Kriminalitätsphänomene im Langzeitvergleich am Beispiel einer deutschen Großstadt. Bochum 1975 - 1986 - 1998, Neuwied/Kriftel 2001, S. 204.

generalpräventiven Zwecken hat in den letzten Jahren vor allem der Gesichtspunkt Vergeltung an Bedeutung gewonnen.⁴⁹ Auch in bundesweiten, repräsentativen Befragungen dominiert der Strafzweck „Abschreckung“, der Stellenwert der Resozialisierung hat hier jedoch nur in geringem Maße an Unterstützung verloren;⁵⁰ am stärksten verloren hat er bei den jüngeren Altersjährgängen.⁵¹

- Studien, die Langzeitvergleiche zur Strafhärte und zum Strafverlangen erlauben, sind in Deutschland selten, wegen der beschränkter Verfügbarkeit von Vorläuferstudien sind sie zudem zumeist auf einige wenige Delikte beschränkt, die nicht zur klassischen Kriminalität zählen. Zwischen 1998 und 2006 wurde z.B. vom Institut für Demoskopie in Allensbach in bundesweiten Repräsentativbefragungen gefragt, ob man in Deutschland schärfere Gesetze gegen die Kriminalität benötige. Der Anteil der Befürworter schärferer Gesetze blieb in Westdeutschland 1998 und 2003 unverändert bei 64%, 2006 lag die Quote der Befürworter nur bei 49%.⁵² Freilich ist diese Frage nur bedingt als Beleg abnehmender Punitivität geeignet. Denn es ist nicht nur unklar, ob Zufriedenheit mit den bestehenden Gesetzen oder mit deren Anwendung gemessen wird, sondern auch wie die Antworten interpretiert werden können vor dem Hintergrund zwischenzeitlich erfolgter gesetzlicher Verschärfungen.

Aufschluss über Änderungen des Strafverlangens scheinen vor allem die Sanktionsvorschläge auf fiktive Fälle zu geben, wengleich auch hier nicht ausgeschlossen werden kann, dass die knappe Fallschilderung von den Befragten gedanklich – in unterschiedlicher Weise – ergänzt wird.⁵³ Wiederholt wurden z.B. in den letzten Jahren national wie international die Strafmaßvorstellungen bezüglich eines 21jährigen Täters abgefragt, der wiederholt in Privatwohnungen eingebrochen ist.⁵⁴ In drei Befragungen zwischen 1989 und 2009 gab es in Deutschland eine insgesamt nur geringe Verschärfung punitiver Orientierungen. Die Befürwortung der Option „Gefängnis“ hat sich in Westdeutschland zwischen 1989 und 2002 leicht erhöht (von 13% auf 19%), sie ist dann jedoch wieder auf 16% gesunken. Auffallend ist aber, dass die jüngeren Befragten zwischen 18 und 29 Jahren im Zeitver-

⁴⁹ Streng, F.: Sanktionseinstellungen bei Jura-Studenten im Wandel, Soziale Probleme 17, 2006, S. 210 ff.

⁵⁰ Reuband, K.-H.: Konstanz und Wandel in der "Strafphilosophie" der Deutschen – Ausdruck stabiler Verhältnisse oder steigender Punitivität? Ergebnisse eines Langzeitvergleichs (1970-2003), Soziale Probleme 18, 2007, S. 193, Tab. 1: 1970 41%, 2003 36%.

⁵¹ Reuband (Anm. 50), S. 198, Tab. 4: 18-29 Jahre 1970: 44%, 2003: 34%; 30-39 Jahre: 1970: 43%, 2003: 36%; 40-49 Jahre: 1970: 45%, 2003: 39%; 50-59 Jahre: 1970: 39%, 2003: 37%.

⁵² Reuband, K.-H.: Steigende Punitivität in der Bevölkerung - ein Mythos?, Neue Kriminalpolitik 2006, S. 101 f.

⁵³ Zu weiteren Fehlerquellen vgl. Simonson (Anm. 15), S. 35.

⁵⁴ Frageformulierung: „Es gibt verschiedene Ansichten, wie Straftäter bestraft werden sollen. Nehmen wir einmal den Fall eines 21jährigen Mannes, der zum zweiten Mal wegen Einbruchs verurteilt wird. Dieses mal hat er aus einer Privatwohnung einen Fernseher gestohlen. Welche der folgenden Strafen halten Sie in einem solchen Fall für angemessen? Eine Geldstrafe – Eine Gefängnisstrafe – Gemeinnützige soziale Arbeit – eine zur Bewährung ausgesetzte Strafe – oder eine andere Strafe, welche?“

lauf punitive Tendenzen zeigten.⁵⁵ Dies deckt sich mit den Befunden von Streng, der bei seinen Studienanfängern einen deutlichen Anstieg der Strafmaßvorstellungen bei Affekttotschlag feststellte.⁵⁶ Im interkulturellen Vergleich zeigt sich, dass die Bevölkerung in Japan ausgesprochen punitiv ist. Der Anteil derjenigen, der für den Einbrecher eine Gefängnisstrafe fordert, war 2004 fast dreimal so hoch wie in Deutschland (vgl. **Schaubild 2**).

4. These: Die Änderungen im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem der letzten drei Jahrzehnte in Deutschland haben zu Strafschärfungen und zu einer Erweiterung des Sanktioneninstrumentariums geführt. Es gab allerdings auch gegenläufige Änderungen. Insgesamt wurde das deutsche Sanktionensystem zu einem mehrspurigen System umgebaut, dessen „Sicherungsschiene“ in der aktuellen Strafrechtspolitik freilich überbetont wird. Deshalb ist das Etikett „punitiv“ für die deutsche Strafrechtsentwicklung einseitig und wird der Gesamtentwicklung nicht gerecht.

Die materiellrechtliche „Sicherungsschiene“ wurde im Strafverfahrensrecht flankierend ergänzt durch den Ausbau von umfassenden Ermittlungsmaßnahmen und Zwangsmitteln.

Die Phase materiellrechtlicher Entkriminalisierung endete in Deutschland 1975. In der Folgezeit wurde Forderungen nach materiellrechtlicher Entkriminalisierung, von wenigen Ausnahmen abgesehen, nicht mehr entsprochen. Mit der Ergänzung bestehender oder der Schaffung neuer Straftatbestände wurde vielmehr auf tatsächliche oder vermeintliche Risiken reagiert.⁵⁷ Neukriminalisierung und die Vorverlagerung des Rechtsgüterschutzes durch Gefährdungstatbestände oder die Einführung der Versuchsstrafbarkeit, gilt Vielen als „Irrweg“⁵⁸. Kritiker diagnostizieren einen Übergang vom liberalen zum „sozial-autoritären Rechtsstaat“⁵⁹, zum „Präventionsstaat“⁶⁰ oder zum „Schutzstaat“⁶¹, sie sehen das Strafrecht auf dem Weg zum „Gefahrenabwehrrecht“⁶², zum „Präventionsstrafrecht“⁶³, zu einem „hochgradig flexiblen Sicherheitsrecht“⁶⁴ oder zu einem Strafrecht „mit

⁵⁵ Reuband, K.-H.: Steigende Punitivität oder stabile Sanktionsorientierungen der Bundesbürger? Das Strafverlangen auf der Deliktebene im Zeitvergleich (unveröff. Mskr.).

⁵⁶ Streng (Anm. 49), S. 218 f.

⁵⁷ Vgl. Hilgendorf, E.: Die deutsche Strafrechtsentwicklung 1975-2000. Reformen im Besonderen Teil und neue Herausforderungen, in: Vormbaum, T.; Welp, J. (Hrsg.): Das Strafgesetzbuch. Sammlung der Änderungsgesetze und Neubekanntmachungen. Supplementband I: 130 Jahre Strafgesetzgebung - Eine Bilanz, Berlin 2004, S. 258 ff.

⁵⁸ Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M. (Hrsg.): Irrwege der Strafgesetzgebung. Frankfurt a.M. u.a. 1999.

⁵⁹ Calliess, R.-P.: Strafzwecke und Strafrecht. 40 Jahre Grundgesetz - Entwicklungstendenzen vom freiheitlichen zum sozial-autoritären Rechtsstaat? In: NJW 1989, S. 1338 ff.

⁶⁰ Denninger, E.: Der Präventions-Staat, Kritische Justiz 1988, S. 1 ff.

⁶¹ Hesse, H.-A.: Der Schutzstaat. Rechtssoziologische Skizzen in dunkler Zeit. Baden-Baden 1994, S. 115 ff.

⁶² Hassemer, W.: Sicherheit durch Strafrecht. In: Hassemer, W.: Strafrecht. Sein Selbstverständnis, seine Welt. Berlin 2008, S. 269.

⁶³ Wohlers, W.: Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, Berlin 2000.

⁶⁴ Hilgendorf (Anm. 57), S. 380.

feindstrafrechtlichen Strängen und Partikeln“,⁶⁵ befürchten ein Umschlagen der Kriminalpolitik in einen „populistischen Sicherheitswahn“. ⁶⁶ Freilich ist es schwierig, jedenfalls die Neukriminalisierung pauschal mit dem Etikett „punitiv“ zu versehen, jedenfalls dort, wo teils Rechtsgüter neu bewertet wurden (z.B. Umweltschutz), wo teils technische Neuerungen zu bisher unbekanntem Kriminalitätsformen geführt haben (z.B. Computer- und Internetkriminalität) oder wo Opfergruppen bislang nur unzulänglich geschützt waren (z.B. Behinderte, Kinder).

Die gesetzlichen Änderungen im Sanktionensystem bestanden in den letzten 20 Jahren vor allem in Strafschärfungen und in einer Erweiterung des Sanktioneninstrumentariums.

- Strafschärfungen gab es vor allem im Bereich des organisierten Verbrechens, insbesondere der Drogendelinquenz, sowie der Gewalt- und Sexualkriminalität. Es wurden neue Qualifikationstatbestände geschaffen (z.B. §§ 244a, 260a StGB, §§ 29a, 30a BtMG); bei den Delikten zum Schutz höchstpersönlicher Rechtsgüter wurden Mindeststrafen erhöht. Im Unterschied zum japanischen Strafrecht wurde aber in Deutschland die Höchstgrenze der zeitigen Freiheitsstrafe von 15 Jahren nicht angehoben, derartiges ist auch nicht geplant. Im Koalitionsvertrag der jetzigen Bundesregierung ist allerdings vorgesehen, im Jugendstrafrecht die Höchststrafe für Mord auf 15 Jahre (derzeit: 10 Jahre) zu erhöhen und den sog. Warnschussarrest⁶⁷ einzuführen.⁶⁸
- Das Sanktionsinstrumentarium wurde ausgebaut mit dem Ziel, organisierter Kriminalität sowie der Gruppe der als gefährlich bewerteten Täter besser begegnen zu können.
 - Organisierter Kriminalität sollten vor allem die wirtschaftlichen Grundlagen für Aufbau und Erhalt einer auf kriminellen Erwerb gerichteten Organisation entzogen werden können.⁶⁹ Dem dienen u.a. der 1992 eingeführte erweiterte Verfall (§ 73d StGB) sowie die Weiterentwicklung des bisherigen materiell-prozessualen Vermögens-

⁶⁵ So die These von Jakobs zum geltenden allgemeinen Strafrecht (Jakobs, G.: Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS 3/2004, S. 93). „Bürger-, und „Feinstrafrecht“ werden von Jakobs als „Idealtypen“ verstanden, „die sich kaum je rein verwirklicht finden lassen“ (ebd., S. 88). Zur Diskussion in Deutschland um das Konzept des Feindstrafrechts vgl. die Nachweise bei Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch, 56. Aufl., München 2009, Einleitung, Rdnr. 12a, ferner die Beiträge in Vormbaum, Th.: Kritik des Feindstrafrechts, Münster 2009.

⁶⁶ Kreuzer, A.: Zur Entwicklung äußerster kriminalpolitischer Instrumente, in: Festschrift für H. Katoh, Berlin u.a. 2008, S. 62.

⁶⁷ Zu diesen und früheren, umfassenderen Reformvorschlägen des Jugendstrafrechts vgl. Heinz (Anm. 26), S. 60 ff.; speziell zum Warnschussarrest vgl. Radtke, H.: Der sogenannte Warnschussarrest im Jugendstrafrecht – Verfassungsrechtliche Vorgaben und dogmatisch-systematische Einordnung, ZStW 2009, S. 416 ff.

⁶⁸ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, 17. Legislaturperiode, 2009, S. 72 <<http://www.cdu.de/doc/pdfc/091026-koalitionsvertrag-cducsu-fdp.pdf>>

⁶⁹ Vgl. Heinz, W.: Neuere Entwicklungen im Sanktionenrecht der Bundesrepublik Deutschland, in: Heinz, W. (Hrsg.): Globalisierung und neue rechtliche Tendenzen in einzelnen Staaten, Vorträge des 1. trilateralen - deutsch-japanisch-koreanischen - Seminars, 25.-26. Juli 2005, in Seoul (http://kops.uni-konstanz.de/volltexte/2009/8286/pdf/Band_1.pdf), S.112 ff.

abschöpfungsmodell durch einen Auffangrechtserwerb des Staates (§ 111i StPO).

- Zunehmend konzentrierte sich die Kriminalpolitik aber auf den als gefährlich eingestuften Rechtsbrecher.⁷⁰ Wiederentdeckt und ausgebaut wurde das Arsenal der freiheitsentziehenden Maßregeln, insbesondere durch Erweiterung der bereits im Urteil angeordneten Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB) sowie durch die Einführung der vorbehaltenen (§ 66a StGB) und der nachträglichen (§ 66b StGB) Sicherungsverwahrung, schließlich deren Erstreckung auf heranwachsende und jugendliche Straftäter (§§ 109, 7 JGG).⁷¹

Im Strafvollstreckungsbereich wurden die Voraussetzungen für die Entlassung aus dem Straf-, Maßregel- und Jugendstrafvollzug angehoben, indem die Entscheidungen der Strafvollstreckungskammern an die Berücksichtigung der

⁷⁰ Vgl. Heinz (Anm. 69), S. 115 ff.

⁷¹ Zur Entwicklung der Vorschriften über die Sicherungsverwahrung (SV) bis 1998 vgl. Schewe, J.: Die Geschichte der Sicherungsverwahrung, Hamburg 1999, S. 12 ff.; zur weiteren Entwicklung nach 1998 vgl. Brandt, R.: Sicherheit durch nachträgliche Sicherungsverwahrung? Konstanz 2008, S. 3 ff.

1988 wurde durch den neu eingefügten § 66 III StGB die formelle Voraussetzung für die Unterbringung in der SV gesenkt. Waren bisher für den sog. Hangtäter als formelle Voraussetzungen zwei Vorverurteilungen zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr erforderlich (§ 66 I StGB), so genügen nunmehr bei einem Gewalt- oder Sexualstraftäter zwei schwere Straftaten, eine Vorverurteilung ist nicht mehr erforderlich (§ 66 III S. 2 StGB). Ferner wurde die durch das 2. StrRG 1969 eingeführte Höchstdauer von 10 Jahren bei erstmaliger Unterbringung in SV aufgehoben. Damit waren freilich nach Auffassung des Gesetzgebers noch nicht alle „Sicherheitslücken“ geschlossen, insbesondere hinsichtlich jener Gruppe von Straftätern nicht, deren Gefährlichkeit zwar zum Zeitpunkt des Urteils nicht prognostiziert worden war oder nicht mit der erforderlichen Sicherheit prognostiziert werden konnte, deren Gefährlichkeit aber zum Zeitpunkt der Entlassung aus dem Vollzug der Freiheitsstrafe prognostisch gesichert schien. 2002 wurde deshalb zunächst die vorbehaltene SV (§ 66a StGB), 2004 die nachträgliche SV (§ 66b StGB) eingeführt. Selbst im Jugendstrafrecht gibt es inzwischen Formen der SV; zunächst wurde die vorbehaltene (2003), dann (2004) die nachträgliche SV bei nach allgemeinem Strafrecht verurteilten Heranwachsenden eingeführt, 2008 schließlich die nachträgliche SV auch gegenüber Jugendlichen und nach Jugendstrafrecht verurteilten Heranwachsenden (§§ 7, 105 JGG).

- Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit gebunden wurden (§§ 57 I, 67d II StGB, 88 I JGG).⁷² Die Notwendigkeit, ein Prognosegutachten vor der Aussetzungsentscheidung einzuholen, wurde erweitert; die Fragestellung daraufhin zugespitzt, „ob bei dem Verurteilten keine Gefahr mehr besteht, dass dessen durch die Tat zutage getretene Gefährlichkeit fortbesteht“ (§ 454 II S. 2 StPO).

Entgegen vielen Stimmen in der Literatur, die nur diese Verschärfungen betonen, ist festzuhalten, dass es auch gegenläufige Änderungen im Sanktioneninstrumentarium gab:

- 1986 wurde der Täter-Opfer-Ausgleich (TOA) in den Katalog der Strafzumessungstatsachen (§ 46 II StGB) aufgenommen; TOA und Schadenswiedergutmachung wurden 1994 als fakultative Strafmilderungsvorschrift ausgestaltet (§ 46a StGB). 1999 wurde die Förderung des TOA strafprozessual verankert (§ 155a StPO) und der TOA in den Katalog von § 153a StPO eingefügt.
- Für Sexualstraftäter wurde 1998 der Weg in die Sozialtherapie weit geöffnet (§ 9 I StVollzG)⁷³.

⁷² Die bisherige „Erprobungsklausel“ („wenn verantwortet werden kann zu erproben“) bei der Aussetzung der Vollstreckung des Restes einer Freiheitsstrafe wurde ersetzt durch eine Regelung, wonach eine Strafrestausssetzung nur erfolgen kann, wenn „dies unter Berücksichtigung des Sicherheitsinteresses der Allgemeinheit verantwortet werden kann“ (§§ 57 I S. 1 Nr. 2 StGB, § 88 I JGG).

In § 67d II StGB (Aussetzung der Vollstreckung der Unterbringung einer freiheitsentziehenden Maßregel) wurde die Erprobungsklausel ersetzt durch „wenn zu erwarten ist, dass der Untergebrachte außerhalb des Maßregelvollzugs keine rechtswidrigen Taten mehr begehen wird.“

Bislang musste nur bei der Aussetzung des Strafrestes einer lebenslangen Freiheitsstrafe ein Gutachten eingeholt werden, ob die Gefährlichkeit fortbesteht. Nunmehr ist für die wegen einer Katalogtat i.S. des § 66 III StGB zu einer zeitigen Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren Verurteilten, bei denen nicht auszuschließen ist, dass „Gründe der öffentlichen Sicherheit einer vorzeitigen Entlassung des Verurteilten entgegenstehen“, vor der Entscheidung über eine Strafrestausssetzung ein Gutachten eingeholt werden, das sich zur Frage äußern soll, „ob bei dem Verurteilten keine Gefahr mehr besteht, dass dessen durch die Tat zutage getretene Gefährlichkeit fortbesteht“ (§ 454 II S. 2 StPO).

Diese Regelungen haben in der Wissenschaft überwiegend Ablehnung erfahren (statt vieler Nedopil, N.: Prognostizierte Auswirkungen der Gesetzesänderungen vom 26.1.1998 auf die Forensische Psychiatrie und was daraus geworden ist, MSchrKrim 2002, S. 208 ff.; Schöch, H.: Das Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26.1.1998, NJW 1998, S. 1257 ff.), und zwar wegen der Überschätzung prognostischer Möglichkeiten, der unrealen Maßstäbe in § 454 StPO und der zu erwartenden erheblichen Einschränkungen der bedingten Entlassung, namentlich aus dem Maßregelvollzug.

⁷³ § 9 Verlegung in eine sozialtherapeutische Anstalt

(1) Ein Gefangener **ist** in eine sozialtherapeutische Anstalt zu verlegen, wenn er wegen einer Straftat nach den §§ 174 bis 180 oder 182 des Strafgesetzbuches zu zeitiger Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren verurteilt worden ist und die Behandlung in einer sozialtherapeutischen Anstalt nach § 6 Abs. 2 Satz 2 oder § 7 Abs. 4 angezeigt ist. Der Gefangene ist zurückzuverlegen, wenn der Zweck der Behandlung aus Gründen, die in der Person des Gefangenen liegen, nicht erreicht werden kann.

(2) Andere Gefangene **können** mit ihrer Zustimmung in eine sozialtherapeutische Anstalt verlegt werden, wenn die besonderen therapeutischen Mittel und sozialen Hilfen der

- 2007 wurde durch das 2. JGGÄndG erstmals ausdrücklich das Resozialisierungsziel im Jugendstrafrecht festgeschrieben.⁷⁴

Insgesamt wurde das Sanktioneninstrumentarium des Strafrechts von einem „ein-“ bzw. „zweispurigen“ in ein „mehrspuriges“ System umgebaut (vgl. **Schaubild 3**).

- (1) Es erlaubt dem Rechtsanwender, im Bereich der leichten bis mittelschweren Kriminalität von Anklage oder Verurteilung ganz abzusehen und stattdessen informell zu reagieren, sei es durch folgenlose Einstellung, sei es unter Auflagen oder Weisungen, also mit einer „konsensualen“ Sanktionierung.
- (2) Es ermöglicht die Förderung des Ausgleichs der Folgen der Tat durch Wiedergutmachung und Täter-Opfer-Ausgleich.
- (3) Es erlaubt im Rahmen der Bestrafung sowohl die Unterstützung der Resozialisierung durch ambulante wie stationäre Betreuungs- und Behandlungsmaßnahmen als auch die Verhängung ahndender „Denkzettelsanktionen“ oder schuldvergeltender Strafen.
- (4) Dem Täter kann ferner das entzogen werden, was er für die Tat oder aus der Tat erlangt hat, nicht nur damit sich Verbrechen nicht lohnt, sondern auch um ihm – insbesondere bei organisierter Kriminalität – die wirtschaftliche Grundlage für weitere kriminelle Betätigungsmöglichkeiten zu entziehen, nicht zuletzt aber auch zugunsten des Geschädigten (sog. „Rückgewinnungshilfe“).
- (5) Es ermöglicht die sichere Verwahrung, die Behandlung psychischer Störungen oder von Suchtproblemen.

Die Gewichtung dieser Spuren hat sich freilich im letzten Jahrzehnt in der Gesetzgebung deutlich zugunsten der Betonung von Sicherheitsinteressen verschoben. Hieran knüpft die Kritik mit Recht an.

Im Strafverfahren wurden Ermittlungsmaßnahmen und Zwangsmittel deutlich ausgebaut (Rasterfahndung - §§ 98a, b StPO, Schleppnetz fahndung - § 163d StPO, Telekommunikationsüberwachung - § 100a StPO; „kleiner“ Lauschangriff - § 100f StPO, „großer“ Lauschangriff - §§ 100c, d StPO), so dass sich – Volk zufolge – „kaum noch ein Eingriff denken lässt, zu dem die Strafverfolgungsbehörden nicht schon heute befugt wären.“⁷⁵ Das BVerfG hat dem Gesetzgeber freilich immer wieder Grenzen gesetzt,⁷⁶ zuletzt durch Urteil vom 2.3.2010 zur Vorratsdatenspeicherung.⁷⁷

Anstalt zu ihrer Resozialisierung angezeigt sind. In diesen Fällen bedarf die Verlegung der Zustimmung des Leiters der sozialtherapeutischen Anstalt. ..

⁷⁴ § 2 I JGG: „Die Anwendung des Jugendstrafrechts soll vor allem erneuten Straftaten eines Jugendlichen oder Heranwachsenden entgegenwirken. Um dieses Ziel zu erreichen, sind die Rechtsfolgen und unter Beachtung des elterlichen Erziehungsrechts auch das Verfahren vorrangig am Erziehungsgedanken auszurichten.“

⁷⁵ Volk, K.: Grundkurs StPO, 6. Aufl., München 2008, S. 53.

⁷⁶ Vgl. zu § 98a StPO BVerfGE 115, 320; „großer“ Lauschangriff BVerfGE 109, 279; präventive Telefonüberwachung BVerfGE 113, 348; Online-Durchsuchung BVerfGE 120, 274

⁷⁷ 1 BvR 256/08.

5. These: Die von etlichen Kriminologen auch für Deutschland vertretene These, es habe eine Trendwende in der Sanktionierungspraxis stattgefunden, diese sei deutlich punitiver geworden, hält der empirischen Prüfung nicht stand. Die Daten der Strafrechtspflegestatistiken zeigen vielmehr eine erstaunliche Konstanz der Sanktionierungspraxis, die sich offenbar wenig bis nicht durch tagesaktuelle Ereignisse oder durch Verschärfungsforderungen beeinflussen lässt. In rein quantitativer Betrachtung gab es lediglich geringe Verschärfungen im Bereich der Freiheitsstrafen von mehr als 2 Jahren, die häufiger verhängt werden. Dies betrifft indes nur 1,4% der Verurteilten. Mit 0,3% ist der von Verschärfungen im Bereich der Unterbringung im Maßregelvollzug betroffene Anteil der Abgeurteilten nochmals deutlich geringer.

Die deliktspezifische Analyse zeigt, dass sich diese Verschärfungstendenzen nur bei einigen Delikten feststellen lassen, insbesondere im Bereich der Gewalt- und Sexualkriminalität. Insofern lässt sich lediglich von sektoraler, auf einen sehr kleinen Teil der Verurteilten beschränkter Punitivität sprechen. Nicht nur der traditionelle Konservatismus des Juristenstandes, sondern vor allem das System verbeamteter unabhängiger Richter und Staatsanwälte und der geringe Einfluss der Laiengerichtbarkeit dürften für dieses Beharrungsvermögen mitentscheidend sein.

Ob die Sanktionierungspraxis in Deutschland punitiver geworden ist, ist unter Kriminologen umstritten. Die Bandbreite der Stellungnahmen reicht, wie erwähnt,⁷⁸ von der uneingeschränkten Bestätigung der Punitivitätsthese bis zur Feststellung, lediglich für eine kleine Deliktsgruppe lasse sich eine Verschärfung feststellen, die deutsche Sanktionierungspraxis zeichne sich insgesamt durch Konstanz aus.

Dass die Befunde so stark voneinander abweichen, beruht vor allem auf Unterschieden hinsichtlich der einbezogenen Delikte bzw. Sanktionsarten. Punitivität wurde dann bejaht, wenn sich die Analyse auf eine ausgewählte Gruppe von Gewalt- und Sexualdelikten beschränkte und die Verhängung von längeren Freiheitsstrafen geprüft wurde;⁷⁹ sie wurde dann verneint, wenn auch andere Delikte bzw. das gesamte strafrechtliche Reaktionsspektrum berücksichtigt wurden.⁸⁰ Aber wenn bei vorsätzlichen Tötungs- oder Körperverletzungsdelikten eine Verschärfung festgestellt wird, dann kann daraus nicht geschlossen werden, dass entsprechende Verschärfungen auch bei anderen Straftatbeständen erfolgt sind. Und wenn festgestellt wird, unter den Verurteilten sei der Anteil unbedingter Freiheitsstrafen von mehr als zwei Jahren gestiegen, dann besagt dies nur etwas über Austauschprozesse in einer Größenordnung von 1,4%.⁸¹

⁷⁸ Vgl. oben Anm. 10 und 11.

⁷⁹ Vgl. insbesondere Streng und Meier (Anm. 10).

⁸⁰ Vgl. Dünkel und Heinz (Anm. 11).

⁸¹ 2008 wurden 10.843 Freiheitsstrafen mit einer Strafdauer von mehr als 2 Jahren verhängt, dies sind 1,4% aller nach allgemeinem Strafrecht Verurteilten.

Die bisherigen empirischen Prüfungen⁸² stützten sich auf die Aggregatdaten der Strafrechtspflegestatistiken.⁸³ Als Indikator für (zunehmende) Punitivität diente die Veränderung der Anteile der Straforten (zum Teil differenziert nach Strafdauer) an der Gesamtzahl der Verurteilten (insgesamt oder des untersuchten Straftatbestands). Die Interpretation von Veränderung/Konstanz dieser Anteile ist freilich eine Schlussfolgerung, die methodisch voraussetzt, dass die Verurteiltenstruktur unter Strafzumessungsgesichtspunkten im Wesentlichen unverändert geblieben ist. Veränderungen (wie Konstanz) des Ergebnisses der Strafzumessung können aber auf Änderungen entweder der Strafzumessungstatsachen oder der Strafzumessungspraxis beruhen. So kann die Zunahme des Anteils langer Freiheitsstrafen entweder darauf beruhen, dass die Strafzumessungstatsachen schwerer geworden sind (insbesondere durch Zunahme der Deliktschwere) oder darauf, dass gleiche Strafzumessungstatsachen nunmehr als schwerer beurteilt werden (oder auf beiden Gründen). Die Schwere der zur Verurteilung gelangenden Delikte kann sich aber nicht nur im faktischen Bereich, sondern – unter den deutschen Rahmenbedingungen – auch dadurch verändert haben, dass immer mehr Fälle der leichten und mittelschweren Kriminalität nicht mehr angeklagt (und verurteilt), sondern aus Opportunitätsgründen⁸⁴ eingestellt werden.⁸⁵

⁸² Vgl. Albrecht, H.-J.: Öffentliche Meinung, Kriminalpolitik und Kriminaljustiz. In: Walter, M.; Kania, H.; Albrecht, H.-J. (Hrsg.): Alltagsvorstellungen von Kriminalität, Münster 2004, S. 491 ff.; Dünkel (Anm. 11); Heinz (Anm. 11); Heinz (Anm. 42); Kury/Kania/Obergfell-Fuchs (Anm. 15), S. 51 ff.; Kury, H.; Brandenstein, M.; Obergfell-Fuchs, J.: Dimensions of Punitivity in Germany, *European Journal on Criminal Policy and Research* 15, 2009, S. 63 ff.; Kury, H.; Ferdinand, T. N.; Obergfell-Fuchs, J.: Punitivity in Germany: Attitudes to Punishment, Sentencing, and Prison Rates, in: Kury, H.; Ferdinand, T. N. (ed.): *International Perspectives on Punitivity*, Bochum 2008, S. 107 ff.; Kury, H.; Obergfell-Fuchs, J.: Punitivität in Deutschland - Zur Diskussion um eine neue "Straflust", in: *Festschrift für H.-D. Schwind*, Heidelberg 2006, S. 1021 ff.; Kury, H.; Obergfell-Fuchs, J.: Zur Punitivität in Deutschland, *Soziale Probleme* 17, H. 2, 2006, S. 119 ff.; Meier, B.-D.: Strafrecht im Wandel – die Veränderungen im Sanktionssystem als Ausdruck zunehmender Punitivität?, in: *Festschrift für H. Rüping*, München 2008, S. 73 ff.; Streng (Anm. 10).

⁸³ In Deutschland kommen hierfür in Betracht:

- Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS) mit Nachweisen über polizeilich registrierte Fälle und ermittelte Tatverdächtige.
- Staatsanwaltschaftsstatistik (StA-Statistik), die über die Geschäftserledigung bei den Staatsanwaltschaften informiert, also insbesondere über die Einstellungen aus Opportunitätsgründen.
- Justizgeschäftsstatistik in Strafsachen, in der u.a. die Opportunitätseinstellungen durch die Gerichte nachgewiesen werden.
- Strafverfolgungsstatistik (StVerfStat), die Nachweise über die gerichtlich Verurteilten und deren Strafen enthält.
- Strafvollzugsstatistik (StVollzStat), die die Zahl der zum Stichtag inhaftierten Gefangenen und in Sicherungsverwahrung befindlichen Personen ausweist.

⁸⁴ §§ 153, § 153a, 153b StPO, §§ 45, 47 JGG, §§ 31a, 37 BtMG.

⁸⁵ Zur Größenordnung der Ausfilterung vgl. unten Schaubild 3.

Da die deutschen Strafrechtspflegestatistiken keine adäquaten Indikatoren für die Tatschwere – außer dem jeweiligen Straftatbestand⁸⁶ – beinhalten, kann der auf Veränderungen des tatsächlichen Kriminalitätsaufkommens beruhende Fehler nicht kontrolliert werden. Dagegen kann die Größenordnung des durch die Ausweitung von Opportunitätsentscheidungen möglichen Fehlers durch Bezugnahme auf die Gesamtheit der Sanktionierten⁸⁷ bestimmt werden.

Validere Ergebnisse über Veränderung der Strafzumessungspraxis könnten zwar durch Aktenanalysen gewonnen werden, weil in den Urteilen die wesentlichen Strafzumessungstatsachen dargestellt sind. Voraussetzung für eine Überprüfung der Punitivitätsthese ist aber, dass die Aktenanalysen an repräsentativem Material durchgeführt und in Zeitabständen wiederholt werden – was in Deutschland bislang nicht der Fall war und regelmäßig nicht der Fall sein wird. Deshalb bleibt aus pragmatischen Gründen nur die Möglichkeit der Aggregatdatenanalyse amtlicher Statistiken, in der die möglichen Verzerrungen, wenn sie schon nicht kontrolliert werden können, so doch zumindest transparent gemacht werden sollten.

Unter diesen methodischen Vorbehalten – im Wesentlichen unveränderte Strafzumessungstatsachen – wäre bei Annahme der Punitivitätsthese zu erwarten:

1. Zunehmende Punitivität führt dazu, dass häufiger angeklagt und verurteilt wird, dass insbesondere
 - 1.1 die Verurteiltenrate zunimmt,
 - 1.2 die Rate der von der Staatsanwaltschaft gem. § 170 Abs. 2 StPO mangels hinreichenden Tatverdachts eingestellten Verfahren zugunsten von Einstellungen aus Opportunitätsgründen (= Diversion) oder von Anklagen/Strafbefehlsanträgen zurückgeht,
 - 1.3 die Diversionsrate zugunsten von Anklagen/Strafbefehlsanträgen zurückgeht und
 - 1.4 innerhalb der Opportunitätseinstellungen vermehrt Einstellungen unter Auflage statt Einstellungen ohne Intervention verhängt werden.
2. Zunehmende Punitivität führt dazu, dass häufiger Untersuchungshaft angeordnet wird.

⁸⁶ Im Diversionsbereich – StA-Statistik – fehlt selbst dieses Merkmal. Erst seit 2004 werden die Erledigungsarten für Straftatengruppen (z.B. „Diebstahl und Unterschlagung“, „vorsätzliche Körperverletzungen“) aufgeschlüsselt.

⁸⁷ Unter Sanktionierten wird die Gesamtheit der Personen verstanden, die entweder informell (konsensual durch Opportunitätsentscheidungen) oder formell (durch Verurteilung) sanktioniert worden sind.

3. Zunehmende Punitivität führt dazu, dass Heranwachsende häufiger nach allgemeinem Strafrecht verurteilt werden.⁸⁸
4. Zunehmende Punitivität der Strafgerichte führt dazu, dass
 - 4.1 vermehrt Verurteilungen zu stationären statt zu ambulanten Sanktionen erfolgen,
 - 4.2 innerhalb der verhängten Freiheits- oder Jugendstrafen häufiger nicht zur Bewährung ausgesetzte Strafen
 - 4.3 sowie Freiheits- oder Jugendstrafen von längerer Dauer verhängt und
 - 4.4 vermehrt freiheitsentziehende Maßregeln der Besserung und Sicherung angeordnet werden.
5. Zunehmende Punitivität führt dazu, dass die Strafvollstreckung „härter“ wird und Strafrestaussetzungen seltener gewährt werden.

Diese Annahmen werden indes durch die Daten der Strafrechtspflege-statistiken im Wesentlichen nicht bestätigt. Die Daten zeigen vielmehr:

1. Anklage- und Verurteiltenraten:

- Entgegen der Punitivitätsthese gibt die Gegenüberstellung von Tatverdächtigen- und Verurteiltenzahlen keinerlei Hinweise darauf, dass mehr verurteilt wird. Auf 100 Tatverdächtige kommen seit Jahren insgesamt um die 30 Verurteilte (vgl. **Schaubild 4**). Wenn es eine Tendenz gibt, dann die einer in der zweiten Hälfte der 1980er Jahre rückläufigen Entwicklung.
- Entgegen der Punitivitätsthese ging unter den durch die Staatsanwaltschaften (StA) erledigten Ermittlungsverfahren der Anteil der Einstellungen mangels hinreichenden Tatverdachts nicht zurück (vgl. **Schaubild 5**). Vielmehr ging die Anklage-/Strafbefehlsrate zurück, und zwar zugunsten von Opportunitätseinstellungen.
- Entgegen der Punitivitätsthese ist auch die Diversionsrate⁸⁹ weder der Staatsanwaltschaften noch der Gerichte rückläufig. Es wird vielmehr unverändert in hohem und auch weiterhin noch leicht zunehmenden

⁸⁸ Heranwachsende, d. h. zur Tatzeit 18 bis unter 21 Jahre alte Personen können nach Jugendstrafrecht oder nach allgemeinem Strafrecht verurteilt werden. Eine Verurteilung nach Jugendstrafrecht erfolgt dann, wenn der Heranwachsender entweder "zur Zeit der Tat nach seiner sittlichen und geistigen Entwicklung noch einem Jugendlichen gleichstand" oder wenn es sich um eine "Jugendverfehlung" handelt (§ 105 I JGG). In diesem Fall sind die jugendstrafrechtlichen Rechtsfolgen anzuwenden. Das Höchstmaß der Jugendstrafe beträgt 10 Jahre.

Werden die Voraussetzungen des § 105 JGG nicht bejaht, dann wird der Heranwachsende nach allgemeinem Strafrecht verurteilt (§ 106 JGG). Es gelten dann die dortigen Strafrahmen, so dass unter Umständen eine lebenslange oder aber eine zeitige Freiheitsstrafe bis 15 Jahre verhängt werden kann. § 109 JGG sieht freilich eine fakultative Strafmilderungsmöglichkeit vor.

Zu den in den letzten Jahrzehnten immer wieder von Teilen der Politik erhobenen Forderungen gehört die regelmäßige Einbeziehung der Heranwachsenden in das allgemeine Strafrecht.

⁸⁹ Diversionsrate bezeichnet den Anteil der informell Sanktionierten (=Diversions) an der Gesamtheit der informell und formell Sanktionierten.

Maße von den Möglichkeiten der Einstellungen aus Opportunitätsgründen Gebrauch gemacht (vgl. **Schaubild 6**).

- Entgegen der Punitivitätsthese hat innerhalb der Opportunitätseinstellungen auch der Anteil der unter Auflagen eingestellten Verfahren nicht zugenommen, vielmehr ist der Anteil der unter Auflagen erfolgten Einstellungen deutlich zurückgegangen (vgl. **Schaubild 6**). Zugenommen haben dagegen die Opportunitätseinstellungen ohne Auflagen. Diese Befunde gelten sowohl hinsichtlich der Opportunitätseinstellungen im allgemeinen Strafrecht als auch im Jugendstrafrecht.

2. Untersuchungshaftraten:

- Die - auf Verurteilte bezogenen - Untersuchungshaftraten sind im JGG seit Mitte der 1990er Jahre, im allgemeinen Strafrecht seit Ende der 1990er Jahre rückläufig (vgl. **Schaubild 7**).

3. Einbeziehung der Heranwachsenden in das Jugendstrafrecht

- Entgegen der Punitivitätsthese ist die Einbeziehungsrate der Heranwachsenden in das JGG mit etwas über 65% (in den früheren Bundesländern) höher denn je (vgl. **Schaubild 8**).⁹⁰

4. Sanktionierungspraxis der Gerichte

- Im Langfristvergleich ist für die deutsche Strafzumessungspraxis kennzeichnend die - bezogen auf Verurteilte - nachhaltige Zurückdrängung der unbedingt verhängten freiheitsentziehenden Sanktionen (stationäre Sanktionen) zugunsten ambulanter Sanktionen, namentlich der Geldstrafe. 1882 betrug der Anteil der unbedingt verhängten freiheitsentziehenden Sanktionen 76,8% (vgl. **Schaubild 9**).⁹¹ 2008 entfielen auf stationäre Sanktionen (unbedingte Freiheits- oder Jugendstrafe, unbedingter Strafverhaft, Jugendarrest) lediglich noch 8,3% (früheres Bundesgebiet) aller Verurteilungen. Das volle Ausmaß der Zurückdrängung stationärer zugunsten ambulanter Sanktionen zeigt sich indes erst, wenn auch die Opportunitätseinstellungen (§§ 153, 153a, 153b StPO, §§ 45, 47 JGG, §§ 31a, 37 BtMG) berücksichtigt werden, die ja 1882 (jedenfalls in der Theorie) alle zur Verurteilung führten. Denn dann dürften gegenwärtig (2008) lediglich noch 3,3% aller sanktionierbaren Personen zu einer unmittelbar mit Freiheitsentziehung verbundenen Sanktion verurteilt worden sein.
- Aber auch bei Beschränkung auf die letzten 30 Jahre sind - entgegen der Punitivitätsthese - innerhalb der durch Urteil verhängten Strafen weder die

⁹⁰ Der nach 1988 erfolgte Rückgang der Einbeziehungsrate von 65% auf 58% ist vor allem einer Sonderentwicklung gegenüber ausländischen Heranwachsenden geschuldet. Bei deutschen Heranwachsenden änderte sich die Einbeziehungsrate nur geringfügig.

⁹¹ Lediglich bei 22,2% der Verurteilten war auf Geldstrafe erkannt worden. Der Anteil der auf Todesstrafe lautenden Urteile betrug 0,03%; in der Folgezeit schwankte dieser Anteil zwischen 0,01% und 0,05% (1939). Die in Schaubild 9 dargestellten sonstigen Sanktionen spiegeln im Wesentlichen die Sanktionierungspraxis gegenüber jungen Menschen (bis 1923) bzw. im Jugendstrafrecht wider.

Anteile der ambulanten Sanktionen noch die Aussetzungsrate der freiheitsentziehenden Sanktionen deutlich und nachhaltig zurückgegangen (vgl. **Schaubild 10**). Relativiert werden die ohnedies nur temporären Anstiege der auf die Verurteilten bezogenen Anteile stationärer Sanktionen bei Bezugnahme auf die insgesamt Sanktionierten. Seit Anfang der 1980er Jahre war der Anteil der unbedingt verhängten freiheitsentziehenden Sanktionen (an den insgesamt Sanktionierten) noch nie so gering wie derzeit.

- Im allgemeinen Strafrecht ist freilich innerhalb der Freiheitsstrafen der Anteil der längerfristigen Freiheitsstrafen von mehr als zwei Jahren gestiegen (vgl. **Schaubild 11**), und zwar vor allem im Bereich der Strafen zwischen 2 und 5 Jahren. Dieser Befund zeigt sich, wenngleich deutlich abgeschwächt, auch bei Berücksichtigung der Opportunitätseinstellungen (vgl. **Schaubild 12**). In quantitativer Hinsicht betrifft diese Verschärfung eine insgesamt sehr kleine Gruppe von derzeit 1,4% der Verurteilten.
- Im Jugendstrafrecht hat, was als Indiz für Punitivität gedeutet werden kann, der Anteil der zu Jugendarrest Verurteilten zugenommen. Freilich kann dies auch Folge der deutlich gestiegenen Ausfilterung leichter und mittelschwerer Kriminalität durch Diversion sein. Immerhin stieg die Diversionsrate im Jugendstrafrecht von 44% (1981) auf 70% (2008). Bezogen auf Sanktionierte ergibt sich kein eindeutiger Anstieg der Jugendarrestrate (vgl. **Schaubild 13**). Wie im allgemeinen Strafrecht sind auch im Jugendstrafrecht die Anteile - auf Verurteilte bezogen - der Jugendstrafen gestiegen. Ausgeprägt zugenommen haben indes nur die Jugendstrafen zwischen 2 und drei Jahren (vgl. **Schaubild 14**). Im Unterschied zum allgemeinen Strafrecht sind diese Anteile bei Bezugnahme auf die Sanktionierten aber rückläufig (vgl. **Schaubild 15**).
- Bei sehr kleinen absoluten Zahlen - es geht um 0,3% der Abgeurteilten - haben hingegen die gesetzlichen Änderungen im Bereich der freiheitsentziehenden Maßregeln deutliche Spuren hinterlassen. Die Zahl der Unterbringungsanordnungen (vgl. **Schaubild 16**) wie die Zahl der Untergebrachten zum Stichtag (vgl. **Schaubild 17**) sind deutlich gestiegen.
- Die deliktspezifische Sanktionierungspraxis, die in Deutschland (wegen der Verzerrung durch diversionsbedingte Ausfilterungsprozesse) nur bei schweren Delikten einigermaßen aussagekräftig ist, zeigt, dass selbst bei diesen Delikten nicht von einer durchgängigen Verschärfung die Rede sein kann. Verschärfungstendenzen zeigen sich bei vorsätzlichen Tötungsdelikten und bei Vergewaltigung⁹², wo der Anteil der längeren Freiheits- und Jugendstrafen zugenommen hat (vgl. **Schaubild 18 und 19**). Bei gefährlicher Körperverletzung ist zwar der Anteil der verhängten Freiheits- und Jugendstrafen deutlich gestiegen, wegen der gleichzeitigen Zunahme des Anteils der zur Bewährung ausgesetzten Strafen blieb aber der Anteil der stationären Sanktionen weitgehend konstant (vgl. **Schaubild 20**). Bei Einbruchsdiebstahl (vgl. **Schaubild 21**) und bei Raub (vgl. **Schaubild 22**) werden - entgegen der Punitivitätsthese - weniger

⁹² Wegen der 1998 erfolgten Erweiterung des Straftatbestandes, ist nur die Entwicklung bis dahin aussagekräftig.

Freiheits- und Jugendstrafen und auch weniger stationäre Sanktionen verhängt.⁹³

5. Strafvollstreckungspraxis

- Als Indikatoren für Punitivität werden international zumeist – nicht zuletzt wegen der leichteren Verfügbarkeit der Daten – Gefangeneneraten, d.h. Zahl der Gefangenen (zumeist zu einem Stichtag) pro 100.000 der Wohnbevölkerung - verwendet. Gefangeneneraten sind indes als Indikatoren für Punitivität kaum geeignet, weil sie ununterscheidbar sowohl Dimensionen von Punitivität als auch von Nicht-Punitivität messen.⁹⁴ Werden sie gleichwohl zur Einordnung und Bewertung der nationalen Befunde verwendet, dann zeigt sich,
 - dass der US-amerikanische „Punitivitätsvirus“ noch nicht auf Deutschland übergelassen ist. Denn während die US-amerikanischen Gefangeneneraten (jail and prison) zwischen 1980 und 2008 von 221 auf 758 gestiegen sind, stieg in Deutschland die (auf 100.000 der Wohnbevölkerung berechnete) Rate der Gefangenen,⁹⁵ in Sicherungsverwahrung befindlichen sowie aufgrund strafrichterlicher Anordnung im psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB) oder in einer

⁹³ Befragte Praktiker haben hierzu zwei unterschiedliche Erklärungen: Eine Gruppe geht davon aus, dass nicht die Strafzumessungspraxis milder geworden sei, sondern dass vermehrt schadensleichte Fälle angeklagt werden würden. Eine andere Gruppe geht dagegen von einer Verschärfung der Strafzumessungspraxis bei Körperverletzungsdelikten aus, die die ohne körperliche Verletzung durchgeführten Raubüberfälle in einem „milderen Lichte“ erscheinen lassen.

⁹⁴ Als Indikatoren für Punitivität sind Gefangeneneraten aus folgenden Gründen nicht – allenfalls schlecht – geeignet:

- Es handelt sich (jedenfalls in Deutschland) um Stichtagsdaten. Stichtagsdaten sind aber eine Funktion der Zahl der Zugänge und der Verweildauer. Gefangeneneraten können deshalb für unterschiedliche Indikatoren von Punitivität stehen – für eine Ausweitung der Zahl der Verurteilungen (mehr Strafen - Internierungsrate) oder für eine Verlängerung der durchschnittlichen Haftdauer (sei es durch die Verhängung von Strafen mit längerer Dauer, sei es durch Einschränkungen der vorzeitigen Entlassung) oder für eine Kombination von beiden. Dies ist deshalb bedeutsam, weil ein „Mehr“ nicht gleichbedeutend mit Punitivität ist. Denn bei steigender Kriminalität kommt es auch bei unveränderter Strafzumessungspraxis zu einem „Mehr“ an Zugängen in den Strafvollzug (vgl. hierzu Schaubild 26).
- Ein Teil der Gefangenen ist nicht primär zu einer Freiheitsstrafe verurteilt, sondern verbüßt eine Freiheitsstrafe als sog. „Ersatzfreiheitsstrafe“ wegen einer nicht beitreibbaren Geldstrafe oder wegen Widerrufs einer zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe.
- Ein weiterer Teil der Gefangenen ist nur deshalb so lange inhaftiert, weil die Voraussetzungen für die Strafrestausschüttung durch den Gesetzgeber angehoben worden sind oder weil sich die Strafrestausschüttungspraxis – oder beides - geändert hat.
- Hinzu kommt schließlich (in Deutschland) noch ein Schätzfehler durch unvollständige Bevölkerungszahlen (Touristen, Durchreisende, Berufspendler, sowie die zwar meldepflichtigen, aber nicht gemeldeten Personen, z.B. Illegale). Dieser Fehler dürfte in den letzten Jahren aufgrund von Migrationsbewegungen deutlich größer geworden sein.

⁹⁵ Hier: Freiheitsstrafe, Jugendstrafe, Untersuchungshaft.

Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) untergebrachten Personen von 98 auf 104 (vgl. **Schaubild 23**).

- Der Vergleich der deutschen mit den japanischen Gefangenenraten zeigt, dass Japan zwar weiterhin deutlich geringere Gefangenenraten aufweist als Deutschland, dass diese aber in den letzten Jahren in Japan stärker gestiegen sind als in Deutschland (vgl. **Schaubild 24**).
- Die Analyse der deutschen Gefangenenraten nach der Vollzugsdauer (vgl. **Schaubild 25**) zeigt, dass der Anstieg der Gefangenenrate seit 1990 überwiegend nicht auf Verschärfung der Sanktionierungspraxis beruht. Denn die größten Zuwächse erfolgten im (überdies unterschätzten) Bereich der Gefangenzahlen bis 2 Jahre, also bei jener Freiheitsstrafengruppe, bei der gerade keine Verschärfungstendenzen feststellbar sind (vgl. **Schaubild 11**). Die Zuwächse dürften hier auf der Zunahme der Verurteilten, der Ersatzfreiheitsstrafen sowie von Bewährungswiderrufen beruhen. Auf die – bei Stichtagszählungen – überschätzten Gefangenzahlen⁹⁶ mit einer Vollzugsdauer von mehr als 2 Jahren entfallen weniger als 50% der Zuwächse seit 1990.
- Selbst bei den Delikten, die sich durch Verschärfungstendenzen auszeichnen, ist der Beitrag zur Internierungsrate (als Bestandteil der Gefangenenrate) vor allem dem Anstieg der Verurteiltenzahlen und weniger den Verschärfungstendenzen geschuldet (vgl. **Schaubild 26**).⁹⁷
- Im Strafvollstreckungsregime zeigen sich freilich punitive Tendenzen. Die Rate der im „offenen“ Vollzug befindlichen Gefangenen ist zurückgegangen (vgl. **Schaubild 27**). Nach Berichten aus einzelnen Anstalten ist davon auszugehen, dass die Rate der Strafrestaussetzungen ebenfalls zurückgegangen ist, d.h. dass sich deshalb die durchschnittliche Dauer der Strafverbüßung erhöht.⁹⁸ Aus demselben Gründen wird auch aus den psychiatrischen Krankenhäusern von einer Verlängerung der durchschnittlichen Unterbringungszeiten berichtet.⁹⁹

⁹⁶ Methodisch bedingt werden bei jährlichen Stichtagszählungen die Zahl der Gefangenen mit Strafen von mehr als einem Jahr überschätzt, diejenige der Gefangenen mit kürzeren Strafen unterschätzt. Bei gleichmäßiger Belegung wird von 12 Gefangenen mit einer Freiheitsstrafe von 1 Monat nur ein Gefangener erfasst, bei einer Freiheitsstrafe von genau 5 Jahren wird dieser Gefangene aber in 4 Jahren jedes Mal erfasst.

⁹⁷ Unter der Annahme, dass sich keine Strafzumessungstatsachen, sondern lediglich die Strafzumessung geändert hat, wären 2008 – wie 1990 – 5,4% zu einer unbedingten Jugend- oder Freiheitsstrafe verurteilt worden, also 46.830 (Zeile 2, Spalte 4 von Datenblatt zu Schaubild 26). Tatsächlich wurden aber 48.504 verurteilt, also 1.674 (Zeile 2, Spalte 5) mehr als beim Strafniveau 1990 zu erwarten gewesen wäre. Die Zahl der zu einer unbedingten Strafe Verurteilten ist zwar um 11.436 gestiegen (Zeile 3, Spalte 2), aber nur 1.674 (=14,6%, Zeile 2, Spalte 6) beruhen auf verschärfter Strafzumessung, der Rest ist schlicht Folge einer Zunahme der Verurteiltenzahlen.

⁹⁸ Vgl. die Nachweise bei Ostendorf, H.: Strafverschärfungen im Umgang mit Jugendkriminalität, in: Dollinger, B.; Schmidt-Semisch, H. (Hrsg.): Handbuch Jugendkriminalität. Kriminologie und Sozialpädagogik im Dialog, Wiesbaden 2010, S. 94 ff.

⁹⁹ Dessecker, A.: Lebenslange Freiheitsstrafe, Sicherungsverwahrung und Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus. Dauer und Gründe der Beendigung im Jahr 2007, Wiesbaden 2009, S. 35 und Tab. 3.3b
<http://krimz.de/fileadmin/dateiablage/forschung/texte/LF_SV_PKH_2006.pdf> .

Nach den vorliegenden Daten handelt es sich bei der These von zunehmender oder gar dramatisch gestiegener Punitivität der deutschen Sanktionierungspraxis um einen zwar dem Zeitgeist entsprechenden, empirisch aber nicht hinreichend belegten Mythos. Richtig ist lediglich, dass es eine auf bestimmte, in quantitativer Hinsicht insgesamt sehr kleine Straftäter- und Deliktsgruppe beschränkte Tendenz zu mehr Punitivität gibt. Es handelt sich einerseits um die Gruppe der als besonders „gefährlich“ eingestuften Täter sowie um Täter der Sexual- und Gewaltkriminalität. Für die weit überwiegende Mehrheit der informell oder formell Sanktionierten lassen sich jedoch keine wesentlichen Änderungen feststellen.¹⁰⁰

Derzeit liegen in den Strafrechtspflegestatistiken noch keine Daten vor über die Praxis der Handhabung von vorbehaltener (§ 66a StGB) oder nachträglicher (§ 66b StGB) Sicherungsverwahrung.

Das von vielen Beobachtern gezeichnete Bild einer punitiven Sanktionierungspraxis kann freilich nicht nur empirisch nicht bestätigt werden, es ist auch noch aus einem weiteren Grund unvollständig. Soweit ersichtlich weist keiner der Kritiker darauf hin, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung mit Unterstützung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen eine insgesamt restriktive Linie hinsichtlich der Anordnung von nachträglicher Sicherungsverwahrung vertritt. Dies wiederum hat die jetzige Regierungskoalition zu der Vereinbarung veranlasst, „Schutzlücken im geltenden Recht, wie sie bei Strafverfahren in jüngster Zeit aufgetreten sind, schließen“ zu wollen.¹⁰¹

Nicht erwähnt werden ferner Entscheidungen des deutschen Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) aus den letzten drei Jahrzehnten, die punitive Tendenzen des Gesetzgebers beschränkt haben:

- Im strafprozessualen Bereich hat das BVerfG dem Gesetzgeber wiederholt Grenzen gesetzt.¹⁰²
- Im Sanktionenrecht des StGB hat es die Vermögensstrafe (§ 43a StGB) wegen Verstoßes gegen das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot für verfassungswidrig erklärt. In mehreren Entscheidungen hat es dagegen die Sicherungsverwahrung bestätigt und sogar die als unvereinbar mit der Verfassung erklärten Landesunterbringungsgesetze für eine Übergangsfrist von mehr als einem halben Jahr als weiterhin anwendbar angeordnet, damit als gefährlich eingestufte Täter inhaftiert bleiben

¹⁰⁰ Ebenso Meier (Anm. 82 FS Rüping), S. 86: „Nicht die Kriminalität insgesamt, wohl aber eine kleine Zahl von Fällen wird in Staat und Gesellschaft in herausgehobener – und wenn man so will: exemplarischer – Weise als bedrohlich wahrgenommen und löst den Griff zu einem härteren Vorgehen aus.“

¹⁰¹ Koalitionsvertrag 2009 (Anm. 68), S. 107. Dies wird freilich schwierig werden, nachdem der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die Verlängerung der Sicherungsverwahrung über die ursprüngliche Höchstfrist von 10 Jahren in sog. „Altfällen“ wegen Verstoßes gegen das Rückwirkungsverbot der Europäischen Menschenrechtskonvention aufgehoben und hierbei die Sicherungsverwahrung als Strafe eingestuft hat (Urteil vom 17.12.2009, Az.: 19359/04. Das BVerfG - BVerfGE 109, S. 133 - hatte in einem vergleichbaren Fall die Verfassungswidrigkeit verneint.

¹⁰² Vgl. oben Fn. 76.

konnten.¹⁰³ Freilich hat es durch Betonung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes¹⁰⁴ und der Beweislastumkehr bei Sicherungsverwahrung von mehr als 10 Jahren¹⁰⁵ die verfassungsrechtlichen Grenzen betont.

- Im Jugendstrafrecht hat es nicht nur den Gesetzgeber verpflichtet, ein Jugendstrafvollzugsgesetz zu erlassen, sondern bei dieser Gelegenheit u.a. das Resozialisierungsziel des Jugendstrafvollzugs festgeschrieben, insbesondere gegen Stimmen, die den Schutz der Allgemeinheit in den Rang eines Vollzugsziels heben wollen.¹⁰⁶ Den Warnschussarrest hat es für das geltende JGG für unzulässig erklärt.¹⁰⁷

Dass die deutsche Sanktionierungspraxis dem punitiven Trend weitestgehend nicht erlegen ist, kann nicht nur mit dem traditionellen Konservatismus der Justiz erklärt werden. Die Wurzeln liegen eher im Rechtssystem selbst. Wo Richter und Staatsanwälte gewählt werden, wo der Einfluss der Laienrichter groß ist, ist der Einfluss der öffentlichen Meinung größer als in einem System mit verbeamteten, unabhängigen Entscheidungsträgern und einem Laienrichtersystem, das die Entscheidungen über Schuld und Strafe nicht allein trifft und bei Kapitaldelikten in der stimmenzahlmäßigen Minderheit ist.

6. These: Auch wenn danach die Beweislage für eine „neue Straflust“ in der Sanktionierungspraxis in Deutschland dürftig ist, gilt es, rechtsstaatlich bedenklichen Anfängen zu wehren. Diese liegen in einer Hypertrophie des Strafrechts, in einer Instrumentalisierung des Opferschutzes für Verschärfungsforderungen, in einer schleichenden Verschiebung des Strafrechts in ein „Furchtpräventionsstrafrecht“ und dem Versprechen, Sicherheit durch Strafrecht gewähren zu können.

Ein Haupttrend der Strafrechtsentwicklung der letzten 30 Jahre ist die Neu- und Vorfeldkriminalisierung sowie der zunehmende Schutz von über-

¹⁰³ Vgl. zur Verfassungsmäßigkeit der Streichung der zehnjährigen Höchstgrenze bei einer erstmalig angeordneten Sicherungsverwahrung BVerfGE 109, S. 133; zur Frage der Gesetzgebungskompetenz für die nachträgliche Sicherungsverwahrung BVerfGE 109, S. 190.

¹⁰⁴ Je länger die Unterbringung dauere, umso strenger müssten die Voraussetzungen für die Verhältnismäßigkeit des Freiheitsentzugs sein (vgl. BVerfGE 70, 297, 313).

¹⁰⁵ BVerfGE 109, 133. § 67d III StGB wird als Regel-Ausnahme-Prinzip interpretiert, d.h. kann keine neue Straftat positiv vorhergesagt werden, gehen Zweifel zu Lasten der Allgemeinheit.

¹⁰⁶ BVerfGE 116, 69. „Mit dem aus Art. 1 Abs. 1 GG folgenden Gebot, den Menschen nie als bloßes Mittel zu gesellschaftlichen Zwecken, sondern stets auch selbst als Zweck - als Subjekt mit eigenen Rechten und zu berücksichtigenden eigenen Belangen - zu behandeln ..., und mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist die Freiheitsstrafe als besonders tiefgreifender Grundrechtseingriff nur vereinbar, wenn sie unter Berücksichtigung ihrer gesellschaftlichen Schutzfunktion konsequent auf eine straffreie Zukunft des Betroffenen gerichtet ist. Zugleich folgt die Notwendigkeit, den Strafvollzug am Ziel der Resozialisierung auszurichten, auch aus der staatlichen Schutzpflicht für die Sicherheit aller Bürger. Zwischen dem Integrationsziel des Vollzugs und dem Anliegen, die Allgemeinheit vor weiteren Straftaten zu schützen, besteht insoweit kein Gegensatz“ (C. I,4b)

¹⁰⁷ BVerfG NJW 2005, S. 2140.

individuellen Rechtsgütern. Während es bei Neukriminalisierungen vielfach um den Schutz bislang vernachlässigter (Behinderte - § 179 StGB, Minderjährige - §§ 176 ff. StGB) oder neuer Opfergruppen (Computerbereich, unbarer Zahlungsverkehr) geht, wird Strafrecht bei Vorfeldkriminalisierungen (Risikostrafrecht) sowie bei Einführung von Universalrechtsgütern nicht mehr als ultima, sondern als prima ratio eingesetzt.¹⁰⁸ Diese Kriminalpolitik führte zu einer ständigen Ausdehnung des Strafbarkeitsbereichs, der prozessual insbesondere durch verfahrensrechtliche Entkriminalisierung (Ausweitung des Opportunitätsprinzips) und Ausbau vereinfachter Verfahren begegnet wurde.¹⁰⁹ Es fehlt an einer grundsätzlichen Erörterung darüber, "wie viel Sicherheit vor Kriminalität der Staat mit welchen Mitteln seinen Bürgern überhaupt gewähren kann und wie viel an Freiheit diese zur Gewährleistung ihrer Sicherheit innerhalb der Grenzen, welche die Verfassung hoheitlichen Eingriffen schlechthin zieht, zu opfern bereit sind."¹¹⁰ Denn in einem rechtsstaatlichen, also begrenzten Strafrecht sind Rückfalltaten ebenso unvermeidbar wie die Verletzung des Freiheitsanspruchs des Verurteilten, der, weil fälschlich als gefährlich eingestuft, zu lange inhaftiert/verwahrt bleibt.¹¹¹

Materielles Strafrecht hat berechtigten Opferbelangen durch Rechtsgüterschutz Rechnung zu tragen. Zu diesen Belangen gehört es aber nicht, Strafbedürfnisse des Opfers zur Richtschnur der Strafzumessung zu machen.¹¹² Reemtsma hat richtig darauf hingewiesen: „Der Wunsch des

¹⁰⁸ „Soweit Recht überhaupt als geeignetes Mittel in Betracht kommt oder gezogen wird, fällt rechts- und kriminalpolitisch der rasche Zugriff auf Strafrecht als Instrument der Problembewältigung auf. Die einst als Ideale formulierten und bis heute in der Theorie hochgehaltenen Grundsätze von der subsidiären und fragmentarischen Natur des Strafrechts finden rechtspraktisch vielfach keinen entsprechenden Anwert. Vielmehr haben wir es eher mit einer Expansion des Strafrechts als Mittel der 'Konfliktlösung' zu tun" (Müller-Dietz, H.: Prävention durch Strafrecht: Generalpräventive Wirkungen, in: Jehle, H.-J. (Hrsg.): Kriminalprävention und Strafjustiz, Wiesbaden 1996, S. 233). Ebenso Jareborg, Nils: Criminalisation as ultima ratio, in: Festschrift für A. Eser, München 2005, S. 1341 ff.

¹⁰⁹ Vgl. hierzu Heinz, W.: Der schöne Schein des Strafrechts

http://www.uni-konstanz.de/FuF/Jura/heinz/Heinz_Schoener_Schein_StrafR.pdf.

¹¹⁰ Müller-Dietz, H.: Verfassungsrechtliche Schutz- und Pönalisierungspflichten, in: Gedächtnisschrift für H. Zipf, Heidelberg 1999, S. 133.

¹¹¹ Jede Prognose kann fehlerhaft sein; sie kann entweder einen Täter zu Unrecht als gefährlich (falscher Positiver) oder als ungefährlich (falscher Negativer) einstufen. Die Wahrscheinlichkeit, den Fehler zu erkennen, ist indes ungleich verteilt. Der falsche Negative wird, weil in Freiheit, aufgrund seiner Straftat erkannt; der falsche Positive hat, weil in Unfreiheit, keine Chance, seine Ungefährlichkeit in Freiheit unter Beweis zu stellen. Selbst wenn er nach Entlassung nicht rückfällig wird, ist dies kein Beleg für eine Fehlprognose, sondern kann als Beleg für die Wirksamkeit der Behandlung gedeutet werden. Dies bedeutet ferner, dass Verbesserungen der Prognosemethoden durch „Lernen aus den Fehlern“ sich vorwiegend am Fehler „falscher Negativer“ orientieren. Die Annahme, Gutachter neigten zur Überschätzung des Risikos, ist deshalb nicht unbegründet.

¹¹² So hat z.B. der baden-württembergische Justizminister „kein Verständnis“ für die Anwendung des Jugendstrafrechts auf Heranwachsende gezeigt, weil dies dazu führe, dass „junge Straftäter auch für schwere Taten nicht selten mit vergleichsweise niedrigen Strafen belangt (werden). Denn die Richter schöpfen selten den geltenden Strafraum von derzeit maximal 10 Jahren bis ganz nach oben aus. Und wenn dies einmal doch der

Opfers nach Rache ist legitim; ihn zu verwirklichen, kann nicht gestattet werden. Der Wunsch ist privat; das Recht ist öffentlich. Die kriminalpolitische Instrumentalisierung des privaten Rachewunschs in öffentlicher Rhetorik ist ein Mittel zur Steigerung der Gewaltbereitschaft einer Gesellschaft.“¹¹³

Kriminalitätsfurcht ist in den letzten Jahren eine kriminalpolitisch relevante Größe geworden. Dass Kriminalpolitik die Sorgen und Ängste der Bürger ernst zu nehmen hat, ist richtig. Dort, wo sie begründet sind, sollten die Bedingungen reduziert werden, die Kriminalitätsfurcht auslösen; wo sie unbegründet sind, sollte aufgeklärt werden. Neu ist aber, dass die „subjektive“ Sicherheit, das Sicherheitsgefühl, zu einem eigenständigen Ziel zu werden droht und die Auffassung vertreten wird, es gebe einen grundrechtlichen Anspruch des Bürgers auf Furchtprävention.¹¹⁴ „Das Vertrauen in die Integrität des Rechtsguts ist Teil seiner Integrität.“¹¹⁵ Aufgabe des Strafrechts ist aber Rechtsgüterschutz, nicht Furchtbekämpfung.¹¹⁶ Der Ängste wegen dürfen Grundrechte - und darum geht es beim Strafrecht - nicht eingeschränkt werden; ganz abgesehen davon, dass Strafrecht hierfür völlig ungeeignet ist. Denn nach allen Befunden sind Ausmaß und Entwicklung der Kriminalitätsfurcht unabhängig von der objektiven Sicherheitslage.

Wer Sicherheit durch Strafrecht verspricht, täuscht und wird letztlich zum Totengräber eines rechtsstaatlichen Strafrechts. „Sicherheit durch Strafrecht“ zu versprechen, ist nicht nur nicht einlösbar, es führt „in einen Kreislauf steigender Repressivität“¹¹⁷, in einen Überbietungswettbewerb der

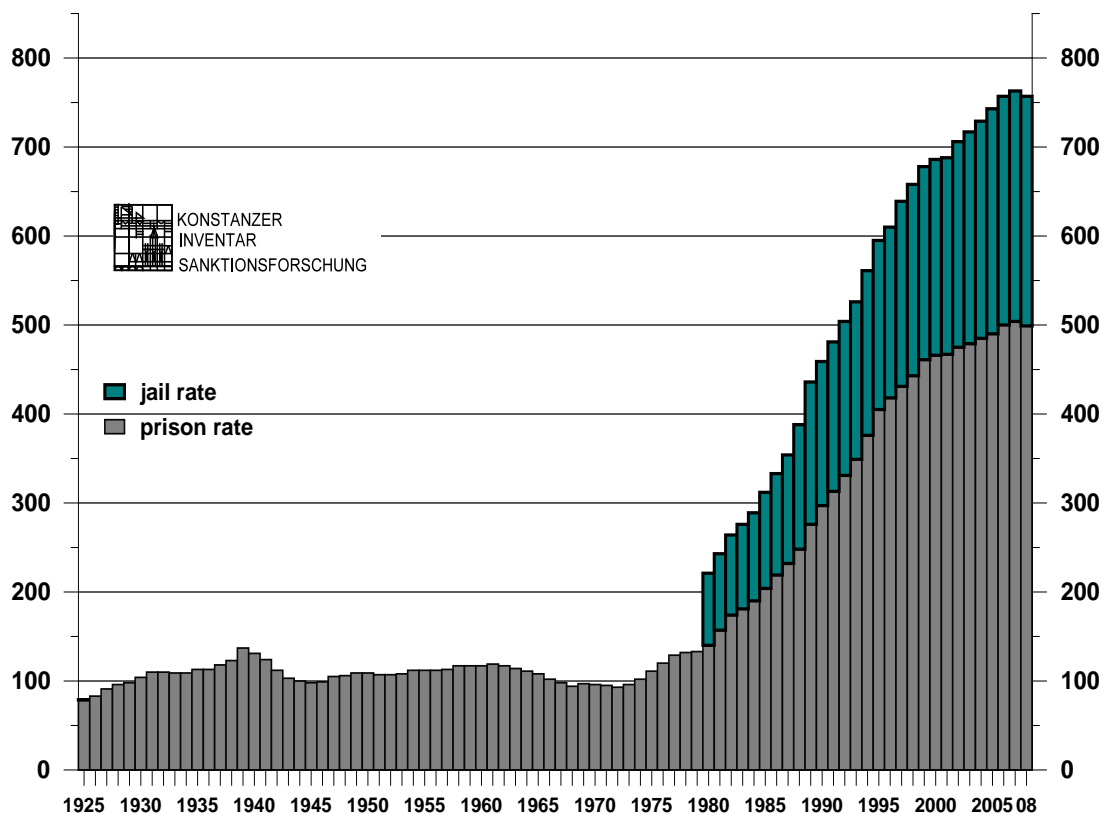
Fall ist, aber wir sogar den schlimmsten Mörder nach spätestens zehn Jahren wieder aus der Haft entlassen müssen, fühlen sich die Opfer oft zu recht verhöhnt“ (Pressemitteilung des Justizministeriums Baden-Württemberg vom 10.08.2005 <<http://www.jum.baden-wuerttemberg.de/servlet/PB/menu/1187449/index.html>>).

- ¹¹³ Reemtsma, J. Ph.: Das Interesse des Opfers am strafenden Staat, in: Hassemer, W.; Reemtsma, J. Ph.: Verbrechensopfer, Gesetz und Gerechtigkeit, München 2002, S. 126 f.
- ¹¹⁴ Vgl. m.w.N. Holz, W.: Justizgewähranspruch des Verbrechensopfers. Berlin 2007, S. 64 ff. Mit einer Mindermeinung vertritt Holz die Auffassung: „Die aus den Grundrechten fließende staatliche Sicherheitsgewährspflicht verpflichtet den Staat sowohl zur Gewährleistung der objektiven Sicherheit im Sinne einer Abwesenheit von Gefahr wie auch subjektiver Sicherheit im Sinne eines ausreichenden Sicherheitsgefühls des Grundrechtsberechtigten. M.a.W.: Die Schutzpflichten verpflichten den Staat zum Schutz der objektiven wie subjektiven Integrität der Grundrechtsgüter. Aus der grundrechtlichen Sicherheitsgewährspflicht folgen unter Umständen verfassungsrechtliche Pönalisierungsgebote. Da die Schutzpflichtendimension der Grundrechte vollständig subjektiviert ist, entspricht der Pönalisierungspflicht ein Anspruch der virtuellen Opfer auf Erlass entsprechender individualrechtsgutschützender Strafrechtsnormen“(aaO., S. 219 f.).
- ¹¹⁵ Robbers, G.: Sicherheit als Menschenrecht. Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion, Baden-Baden 1987, S. 225.
- ¹¹⁶ Ebenso Schöch, H.: Neue Punitivität in der Jugendkriminalpolitik?, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.): Das Jugendkriminalrecht vor neuen Herausforderungen?, Mönchengladbach 2009, S. 22.
- ¹¹⁷ Albrecht (Anm. 30), S. 210. Ebenso Rzepka (Punitivität in Politik und Gesetzgebung, in: Lautmann et al. [Anm. 12], S. 148): „Da dieses Versprechen totaler oder zumindest weitgehender Sicherheit nicht einzuhalten ist, es also immer wieder das Sicherheitsgefühl der Bevölkerung beeinträchtigende Vorfälle geben wird, führt das ‚politische Spiel‘ zu einer nicht enden wollenden Spirale von Forderungen nach mehr sozialer Kontrolle, insbesondere durch das Strafrecht“.

politischen Akteure – „gegen Sicherheit“ kann, darf und wird schließlich niemand sein – und letztlich zur Auflösung des Strafrechts. Lückenlose „Sicherheit durch Strafrecht“ kann und wird es aber nicht geben. Die generalpräventive Wirkung des Strafrechts ist begrenzt. Dies gilt selbst für die Androhung schwerster Strafen. Es wird keinem Strafrecht gelingen, schwerste Straftaten von Ersttägern zu verhindern. Es wird auch nicht möglich sein, schwerste Straftaten bereits Verurteilter auszuschließen. Eine irrtumsfreie Erfassung sämtlicher rückfallgefährdeter Täter ist wegen der Irrtumsanfälligkeit von Prognosen unmöglich. In einem rechtsstaatlichen Strafrecht, zu dessen Unverzichtbarem der Schuld- und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gehören, werden deshalb Rückfalltaten unvermeidbar sein. Der totale Zugriff auf den Menschen verbietet sich unter einem Gesetz, das den Bürger sowohl vor dem Täter als auch vor dem Staat zu schützen hat. Strafrecht ist „Bürgerstrafrecht“ und kein „Feindstrafrecht“, auch nicht in Ausnahmefällen.¹¹⁸ Deshalb war das bekannte Wort des deutschen Alt-Bundeskanzlers Schröder falsch und gefährlich: „Wegschließen – und zwar für immer“ verspricht Sicherheit für immer vor dem Weggeschlossenen. Aber Wegsperrungen eines als gefährlich eingeschätzten Täters ist in einem Rechtsstaat nur solange zulässig, wie die Gefahr besteht. „Für immer“, das ist in einem Rechtsstaat die prinzipiell falsche Aussage.

¹¹⁸ Die Literatur zu dem auf Jakobs (Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 1985, S. 751, 783 f.; ders.: Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS 3/2004, S. 88 ff.; ders.: Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit, HRRS 8-9/2006, S. 289 ff.) zurückgehenden Begriff ist inzwischen fast unübersehbar. Zuletzt Heinrich, B.: Die Grenzen des Strafrechts bei der Gefahrprävention. Brauchen oder haben wir ein „Feindstrafrecht“?, ZStW 2009, S. 94 ff.; ferner die Beiträge in Vormbaum, T.: Kritik des Feindstrafrechts, Münster 2009.

Schaubild 1: Gefangenenraten (jail und prison) in den USA. Raten (pro 100.000 der Wohnbevölkerung).



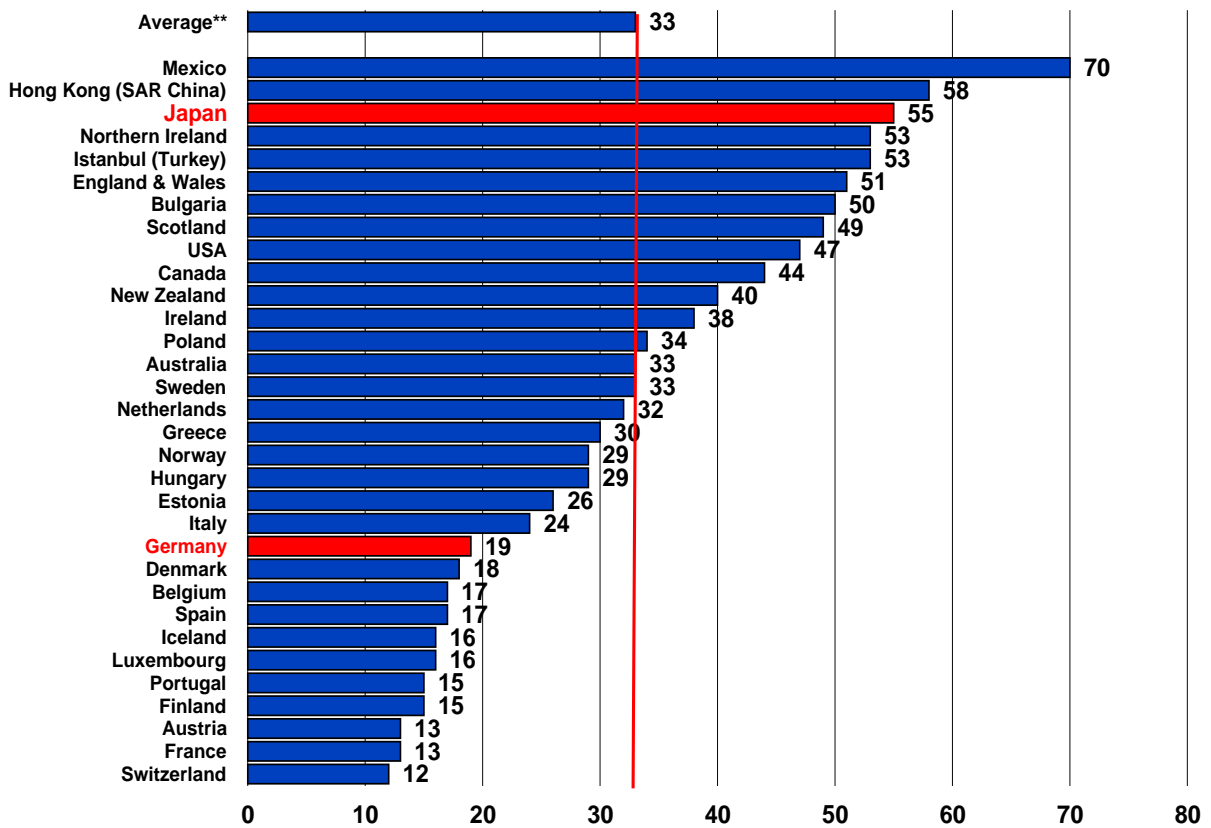
Legende:

Prison: confinement in a state or federal correctional facility to serve a sentence of more than 1 year, although in some jurisdictions the length of sentence which results in prison confinement is longer.

Jail: confinement in a local jail while pending trial, awaiting sentencing, serving a sentence that is usually less than 1 year, or awaiting transfer to other facilities after conviction..

Datenquelle: bis 1980: <http://www.angelfire.com/rnb/y/ratesusa.htm#years>; seit 1980: <http://bjs.ojp.usdoj.gov/content/glance/corr2.cfm>

Schaubild 2: Sanktionseinstellungen in der Bevölkerung – Anteile der Befragten, die Gefängnisstrafe für einen 21jährigen vorschlagen, der zum zweiten Mal einen Einbruch begangen und ein Farbfernsehgerät gestohlen hat. Ergebnisse des International Crime Victim Survey 2004/05 und des European Crime Survey 2005

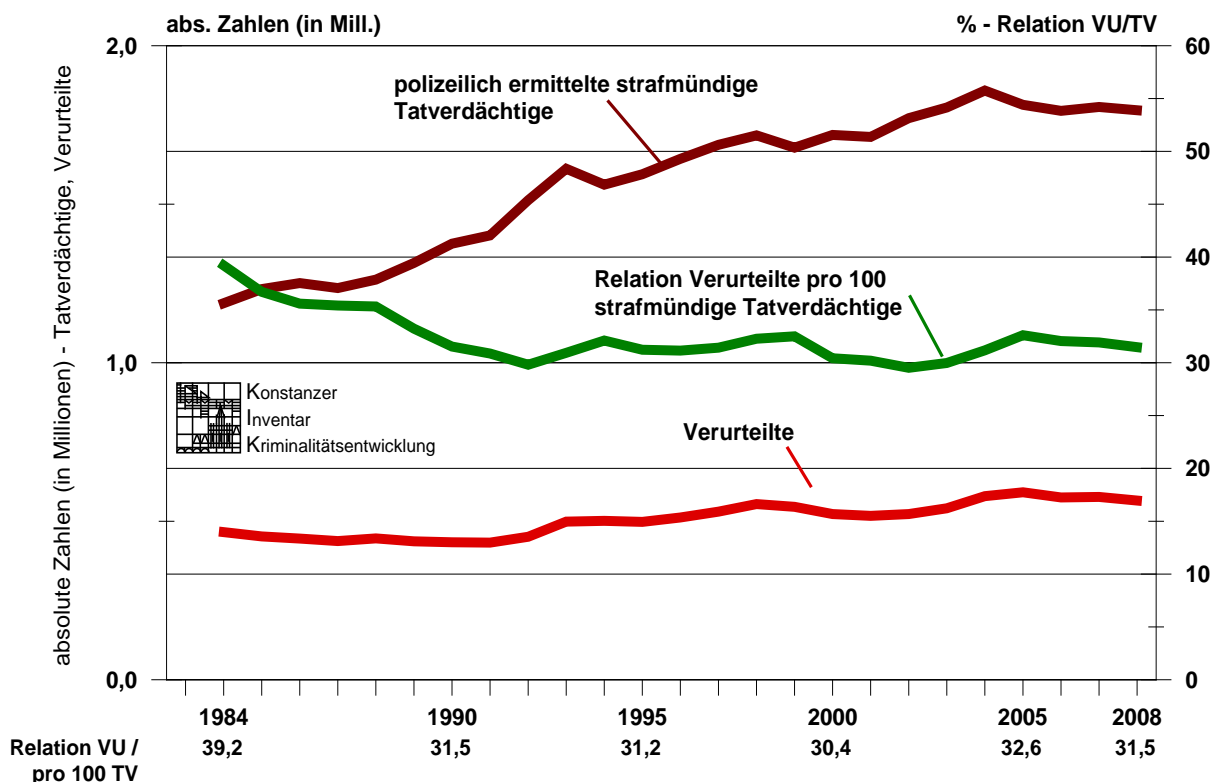


Datenquelle: Dijk, Jan van; Kesteren, John van; Smit, Paul: Criminal Victimization in International Perspective Key findings from the 2004-2005 ICVS and EU ICS, S. 149, Tab. 32.

Schaubild 3: Rechtsfolgen im Kriminalrecht (Übersicht)

Rechtsfolgen im Kriminalrecht				
1. Spur	2. Spur	3. Spur	4. Spur	5. Spur
Verfahrenseinstellung aus Opportunitäts- bzw. Subsidiaritätsgründen („Diversions“)	Wiedergutmachung/ Täter-Opfer-Ausgleich	Strafen bzw. Rechtsfolgen im Jugendstrafrecht	Vermögensabschöpfende Maßnahmen	Maßregeln der Besserung und Sicherung
Reaktionsverzicht bei fehlendem öffentlichem Interesse an der Strafverfolgung oder Beseitigung des öffentlichen Strafverfolgungsinteresses durch Weisungen/ Auflagen	Wiedergutmachung/ Täter-Opfer-Ausgleich als Verantwortungsübernahme	Strafe als Schuldausgleich und mit präventiver Zielrichtung	Einziehung des für oder aus einer Straftat Erlangten mit den Zielen der - Zerstörung krimineller Strukturen durch deren „Austrocknung“ oder - Rückgewinnungshilfe zugunsten des Opfers	Maßregeln als Gefahrenverbeugung

Schaubild 4: Polizeilich registrierte strafmündige Tatverdächtige und Verurteilte (ohne Straftaten im Straßenverkehr). Absolute Zahlen und Relation „Verurteilte / Tatverdächtige“. Früheres Bundesgebiet mit Westberlin, seit 1991 (PKS) bzw. seit 1995 (StVerfStat) mit Gesamtberlin.



Legende:

PKS: Polizeiliche Kriminalstatistik.

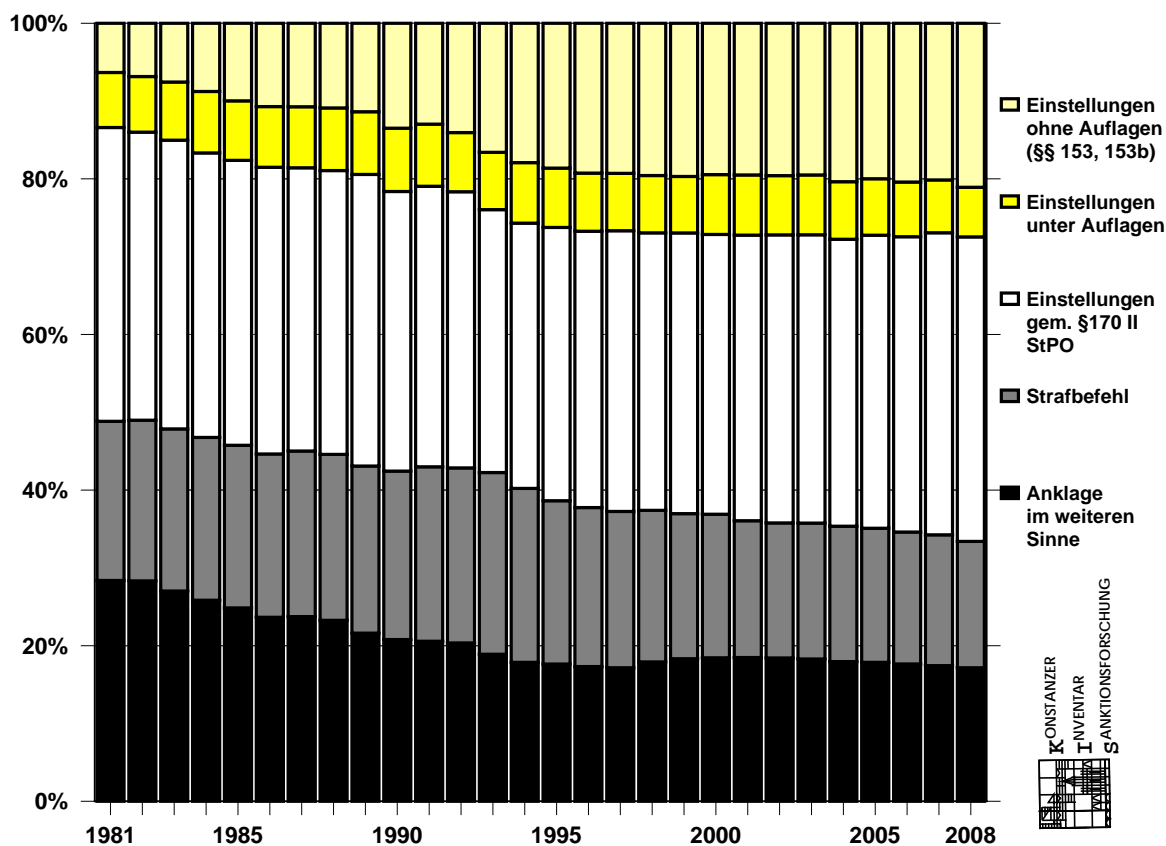
StVerfStat: Strafverfolgungsstatistik.

TV bzw. polizeilich ermittelte strafmündige Tatverdächtige: Personen, die zum Zeitpunkt der Tat das 14. Lebensjahr vollendet haben und nach dem polizeilichen Ermittlungsergebnis aufgrund zureichender tatsächlicher Anhaltspunkte verdächtig sind, eine rechtswidrige (Straf-)Tat begangen (ohne Vergehen im Straßenverkehr) zu haben.

VU bzw. Verurteilte: Angeklagte, gegen die nach allgemeinem Strafrecht Freiheitsstrafe, Strafarrrest oder Geldstrafe (auch durch einen rechtskräftigen Strafbefehl) verhängt worden ist, oder deren Straftat nach Jugendstrafrecht mit Jugendstrafe, Zuchtmittel oder Erziehungsmaßregeln geahndet wurde. Nicht berücksichtigt sind hier Verurteilungen wegen Vergehen im Straßenverkehr.

Datenquellen: Polizeiliche Kriminalstatistik 1984 .. 2008; Strafverfolgungsstatistik 1984 .. 2008.

Schaubild 5: Erledigung der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren gegen bekannte Tatverdächtige 1981-2008. Anteile. Seit 1981 früheres Bundesgebiet (ohne Berlin, Hessen, Schleswig-Holstein), seit 1984 mit Westberlin, seit 1988 mit Hessen, seit 1989 mit Schleswig-Holstein, seit 1991 mit Gesamtberlin, seit 1993 mit Sachsen und Sachsen-Anhalt, seit 1994 mit Brandenburg und Thüringen, seit 1995 mit Mecklenburg-Vorpommern



Legende:

Anteile: Die im Schaubild ausgewiesenen Anteile sind bezogen auf die jeweilige Gesamtzahl der durch Einstellungen mangels hinreichenden Tatverdachts oder aus Opportunitätsgründen sowie durch Anklage oder Strafbefehlsantrag erledigte Ermittlungsverfahren insgesamt.

Einstellungen ohne Auflagen (§§ 153, 153b): Einstellung gem. §§ 153 Abs. 1, 153b Abs. 1 StPO/29 Abs. 5 BtMG, § 45 Abs. 1 und 2 JGG, § 31a Abs. 1 BtMG.

Einst. unter Auflagen: Einst. gem. § 153a StPO, § 45 Abs. 3 JGG, § 37 Abs. 1 BtMG.

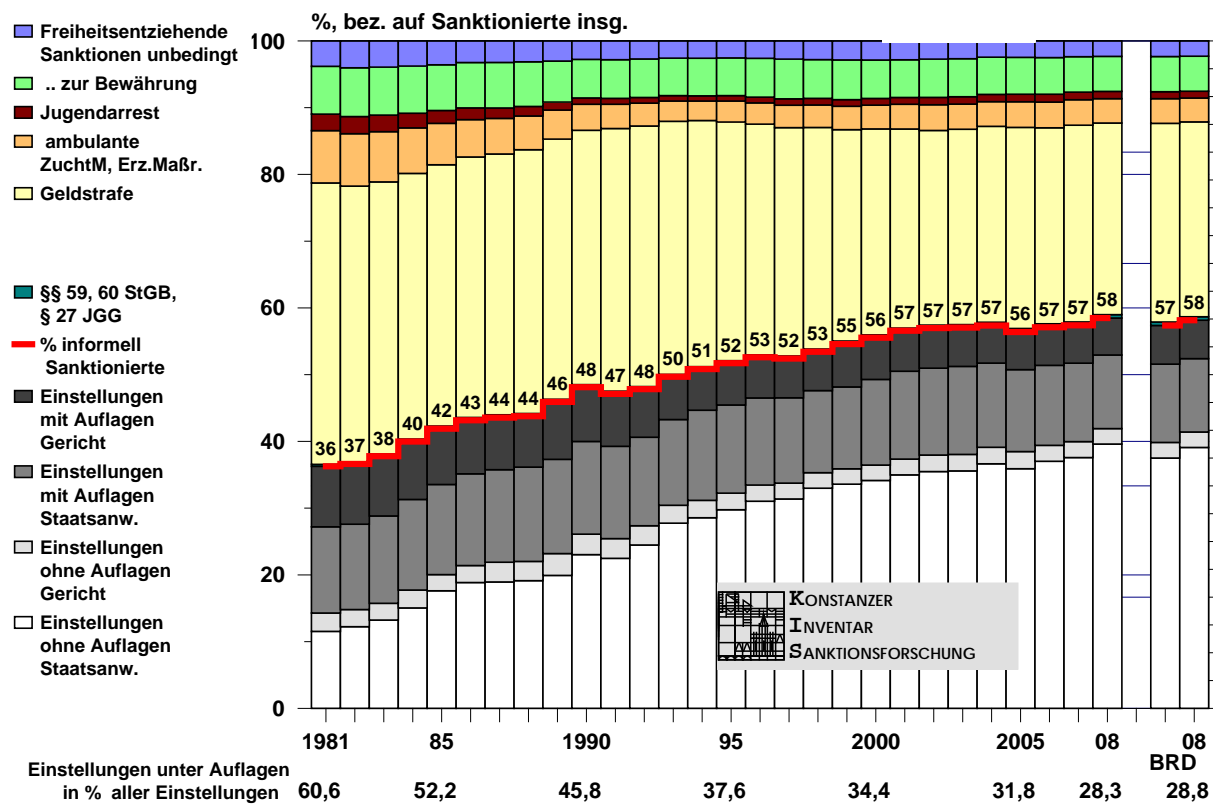
Einstellungen gem. § 170 Abs. 2 StPO: Einstellung gem. § 170 Abs. 2 StPO, Einstellung wegen Schuldunfähigkeit (bis 1997 auch wegen Todes) des Beschuldigten.

Strafbefehl: Anträge auf Erlass eines Strafbefehls.

Anklage im weiteren Sinne: Anklagen, Antrag auf Eröffnung eines Sicherungsverfahrens, Antrag auf Durchführung eines objektiven Verfahrens, Antrag auf sofortige Hauptverhandlung [bzw. auf Entscheidung im beschleunigten Verfahren - § 417 StPO], Antrag auf vereinfachtes Jugendverfahren.

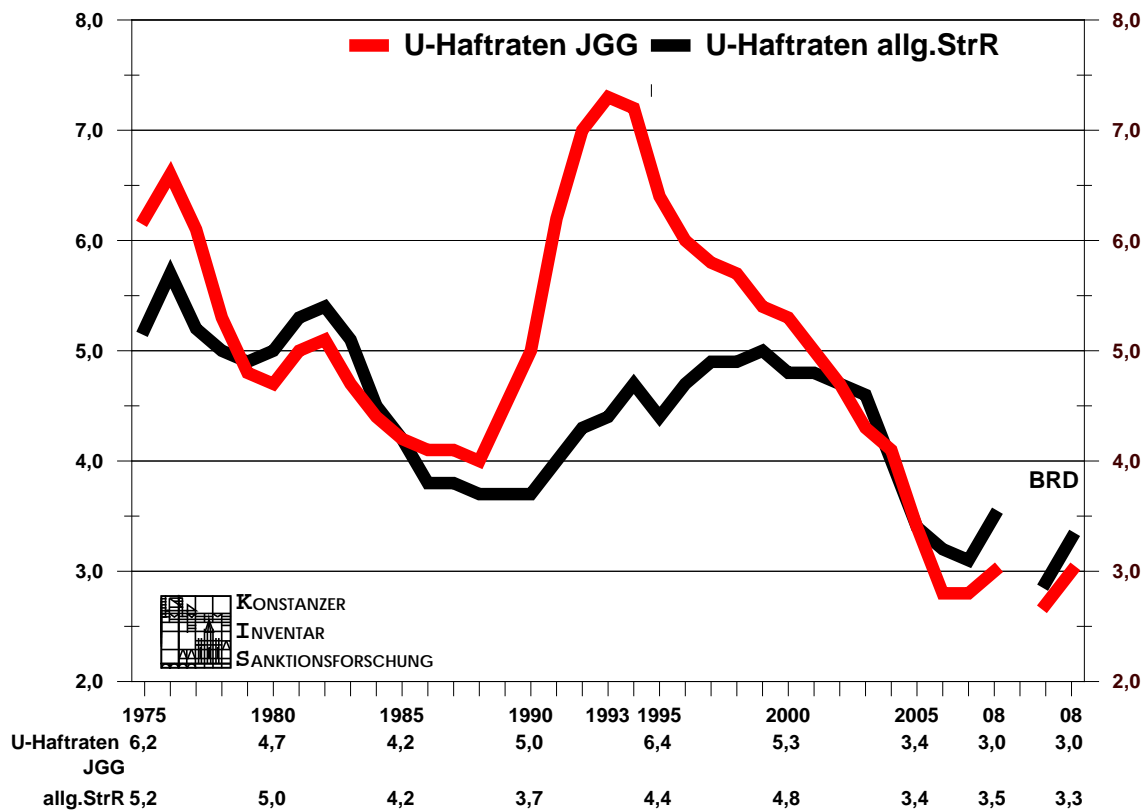
Datenquellen: Staatsanwaltschaftsstatistik 1981 ... 2008.

Schaubild 6: Informell oder formell Sanktionierte insgesamt (mit BtMG), 1981 – 2008. Anteile, bezogen auf Sanktionierte. Früheres Bundesgebiet mit Westberlin, seit 1995 mit Gesamtberlin, seit 2007 Deutschland (2007 und 2008 auch früheres Bundesgebiet)



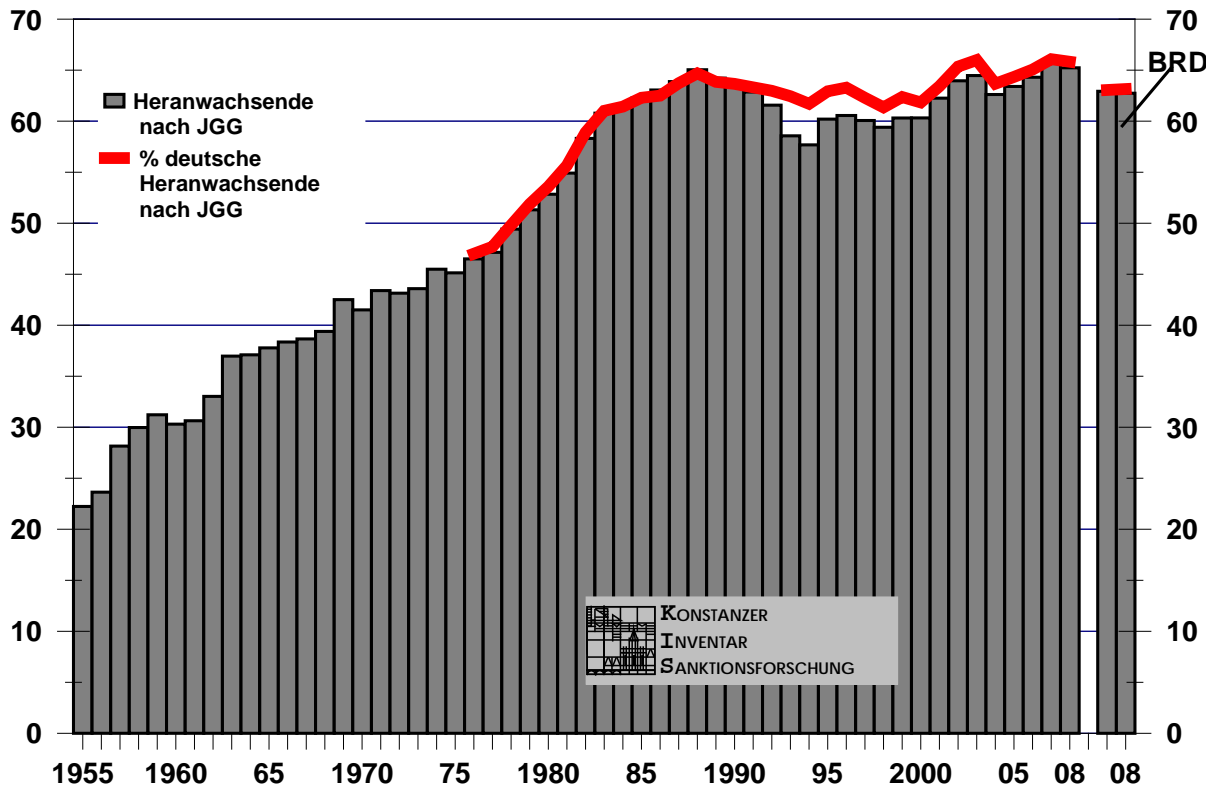
Datenquellen: Staatsanwaltschaftsstatistik 1981 ... 2008; Justizgeschäftsstatistik in Strafsachen 1981 ... 2008; Strafverfolgungsstatistik 1981 ... 2008.

Schaubild 7: Untersuchungshaftraten nach Jugendstrafrecht und nach allgemeinem Strafrecht, 1975 – 2008.
Anteile, bezogen auf Verurteilte insgesamt.
Früheres Bundesgebiet mit Westberlin, seit 1995 mit Gesamtberlin



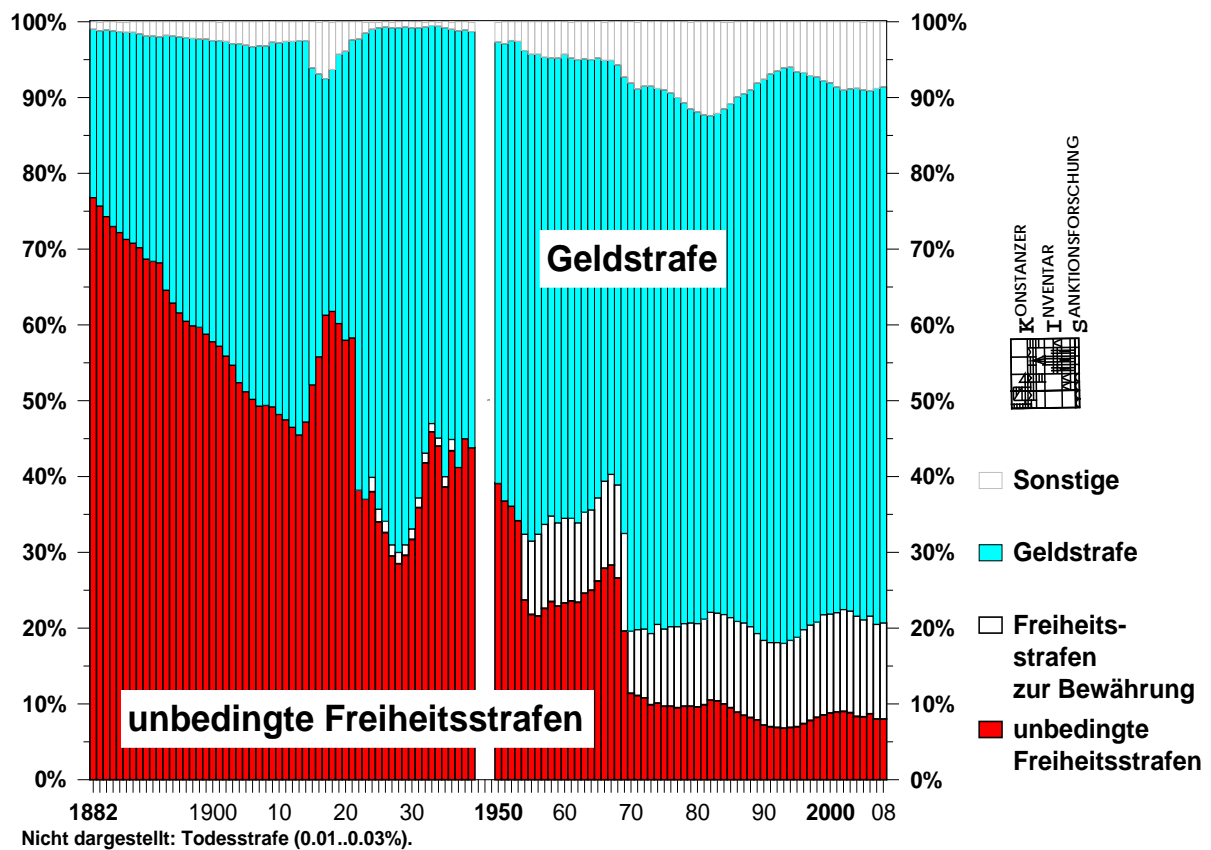
Datenquellen: Strafverfolgungsstatistik 1976 .. 2008.

Schaubild 8: Die Einbeziehung der Heranwachsenden in das Jugendstrafrecht, 1955 - 2008
 Anteile, bezogen auf verurteilte Heranwachsende insgesamt.
 Früheres Bundesgebiet mit Westberlin, seit 1995 mit Gesamtberlin, seit 2007 Deutschland (2007 und 2008 auch früheres Bundesgebiet)



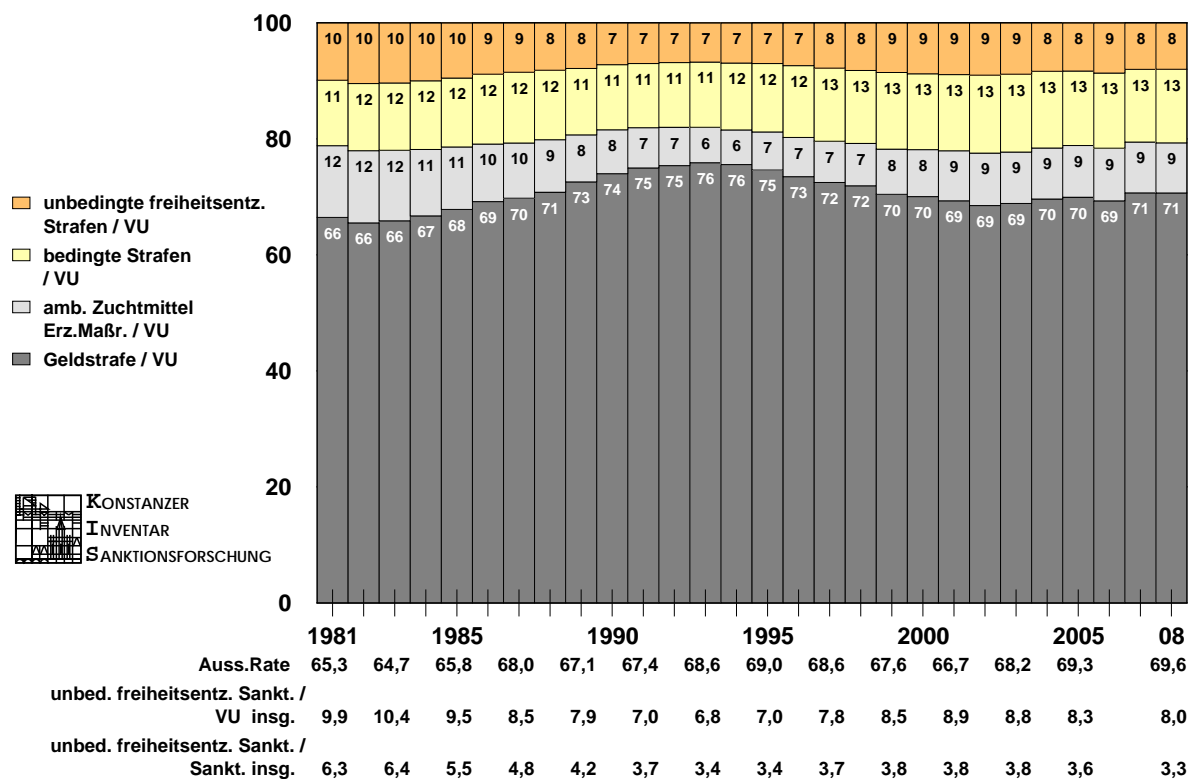
Datenquellen: Strafverfolgungsstatistik 1955 .. 2008.

Schaubild 9: Entwicklung der Sanktionierungspraxis, aber ohne informelle Sanktionen, 1882 .. 2008. Anteile, bezogen auf nach allgemeinem und nach Jugendstrafrecht Verurteilte. Deutsches Reich bzw. früheres Bundesgebiet mit Westberlin, seit 1995 mit Gesamtberlin, seit 2007 Deutschland



Datenquellen: "Die Entwicklung der Strafen im Deutschen Reich seit 1882", in: Kriminalstatistik für das Jahr 1928, S. 65, 69; Reichskriminalstatistik 1929 .. 1939; Strafverfolgungsstatistik 1950-2008.

Schaubild 10: Zu ambulanten und stationäre Sanktionen Verurteilte, 1981 .. 2008. Anteile, bezogen auf nach allgemeinem und nach Jugendstrafrecht Verurteilte (VU) sowie auf Sanktionierte (Sankt.). Früheres Bundesgebiet mit Westberlin, seit 1995 mit Gesamtberlin, seit 2007 Deutschland



Legende:

Unbedingte freiheitsentziehende Strafen / VU: Nicht zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe, Strafarrrest, Jugendstrafe sowie Jugendarrest in % aller Verurteilten.

Bedingte Strafen / VU: Zur Bewährung ausgesetzte Strafen (Freiheitsstrafe, Strafarrrest, Jugendstrafe) in % aller Verurteilten.

Amb. Zuchtmittel / Erz.Maßr. / VU: Ambulante Zuchtmittel nach JGG (Verwarnung, Auflagen) und ambulante Erziehungsmaßregeln nach JGG (Weisung, Anordnung von Hilfen gem. § 12 JGG) in % aller Verurteilten.

Aussetzungsrate: Anteil der zur Bewährung ausgesetzten Strafen (Freiheitsstrafe, Strafarrrest, Jugendstrafe) an allen verhängten Strafen dieser Art.

Datenquellen: Staatsanwaltschaftsstatistik 1981 ... 2008; Justizgeschäftsstatistik in Strafsachen 1981 ... 2008; Strafverfolgungsstatistik 1976 ... 2008.

Schaubild 11: Nach allgemeinem Strafrecht zu unbedingter Freiheitsstrafe Verurteilte nach der Dauer der verhängten Freiheitsstrafen, 1976 – 2008. Anteile, bezogen auf Verurteilte insgesamt. Früheres Bundesgebiet mit Westberlin, seit 1995 mit Gesamtberlin, seit 2007 Deutschland (2007 und 2008 auch früheres Bundesgebiet)

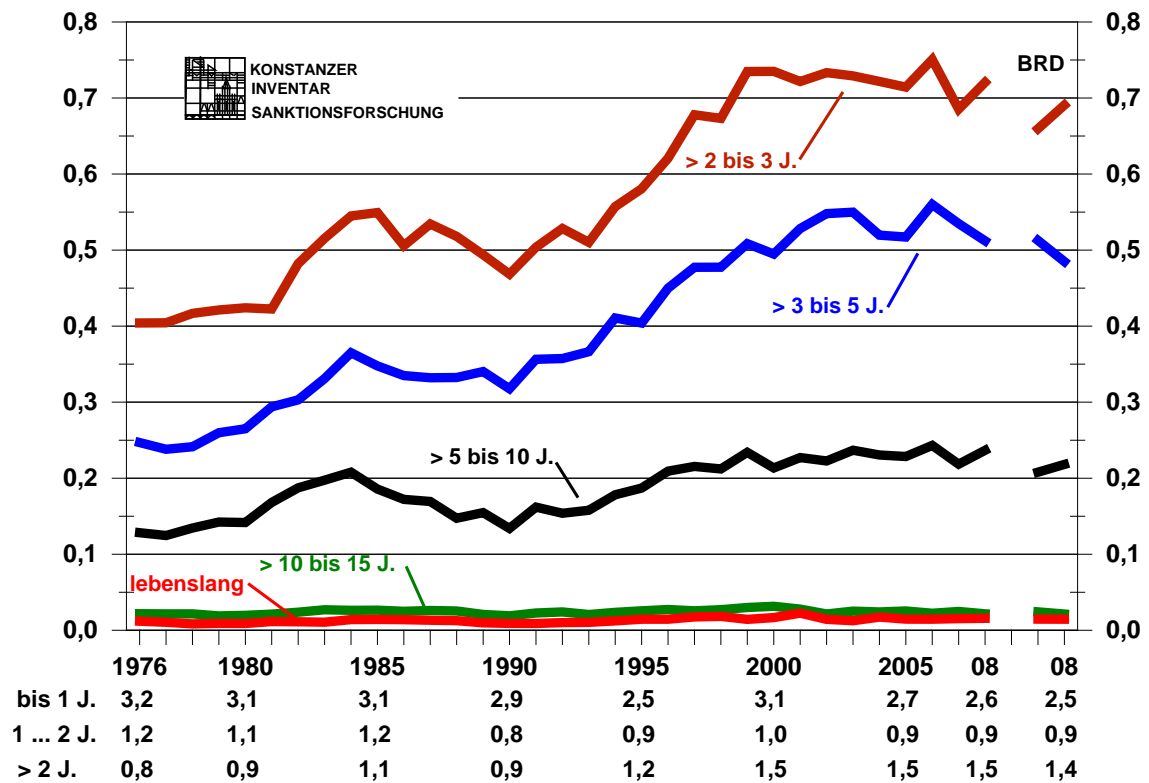
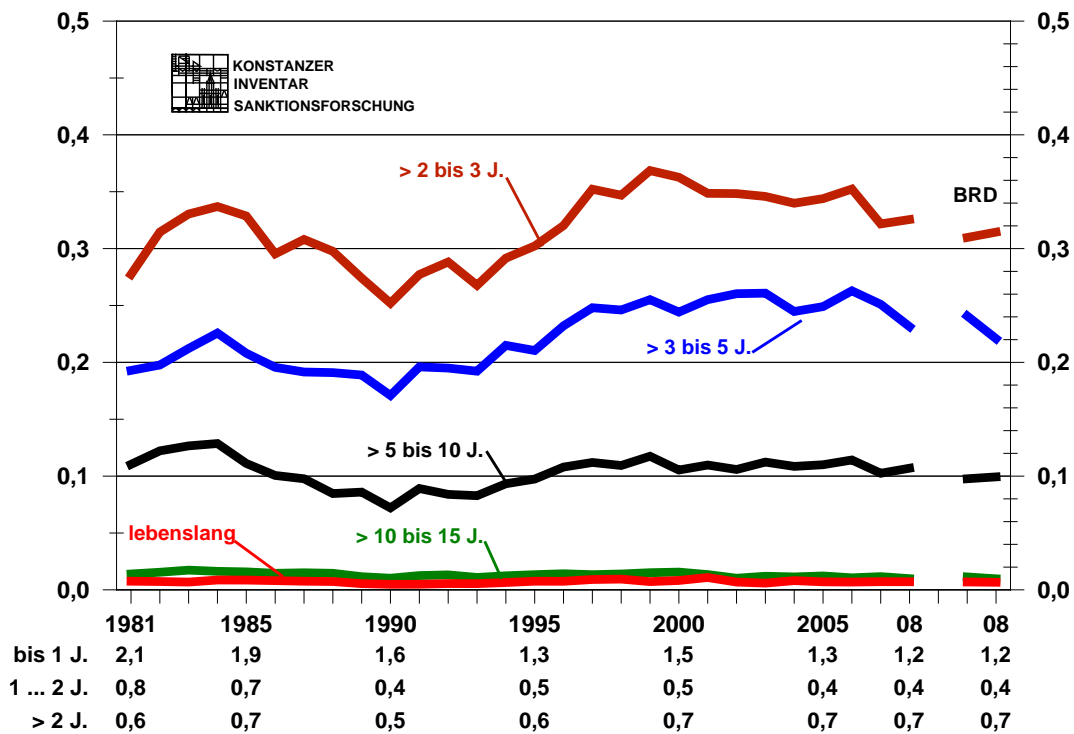
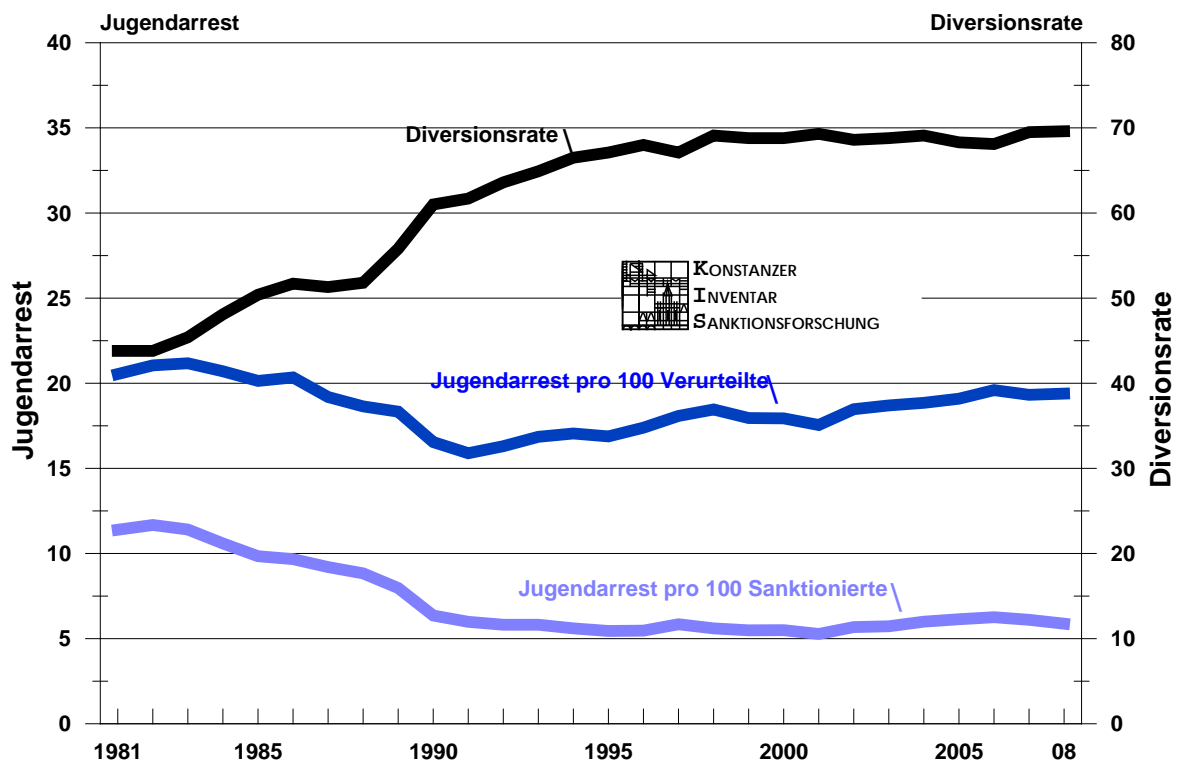


Schaubild 12: Nach allgemeinem Strafrecht zu unbedingter Freiheitsstrafe Verurteilte nach der Dauer der verhängten Freiheitsstrafen, 1981 – 2008. Anteile, bezogen auf Sanktionierte insgesamt. Früheres Bundesgebiet mit Westberlin, seit 1995 mit Gesamtberlin, seit 2007 Deutschland (2007 und 2008 auch früheres Bundesgebiet)



Datenquellen: Staatsanwaltschaftsstatistik 1981 .. 2008;
Justizgeschäftsstatistik in Strafsachen 1981 .. 2008;
Strafverfolgungsstatistik 1981 .. 2008.

Schaubild 13: Diversionsrate im JGG und nach Jugendstrafrecht zu Jugendarrest Verurteilte, 1981 – 2006. Anteile, bezogen auf nach JGG Verurteilte bzw. Sanktionierte. Früheres Bundesgebiet mit Westberlin, seit 1995 mit Gesamtberlin, seit 2007 Deutschland (2007 und 2008 auch früheres Bundesgebiet)



Datenquellen: Staatsanwaltschaftsstatistik 1981 . 2008;
Strafverfolgungsstatistik 1981 . 2008.

Schaubild 14: Nach Jugendstrafrecht zu unbedingter Jugendstrafe Verurteilte nach der Dauer der insgesamt verhängten Jugendstrafen, 1950 - 2008. Anteile, bezogen auf nach Jugendstrafrecht Verurteilte. Früheres Bundesgebiet mit Westberlin, seit 1995 mit Gesamtberlin, seit 2007 Deutschland (2007 und 2008 auch früheres Bundesgebiet)

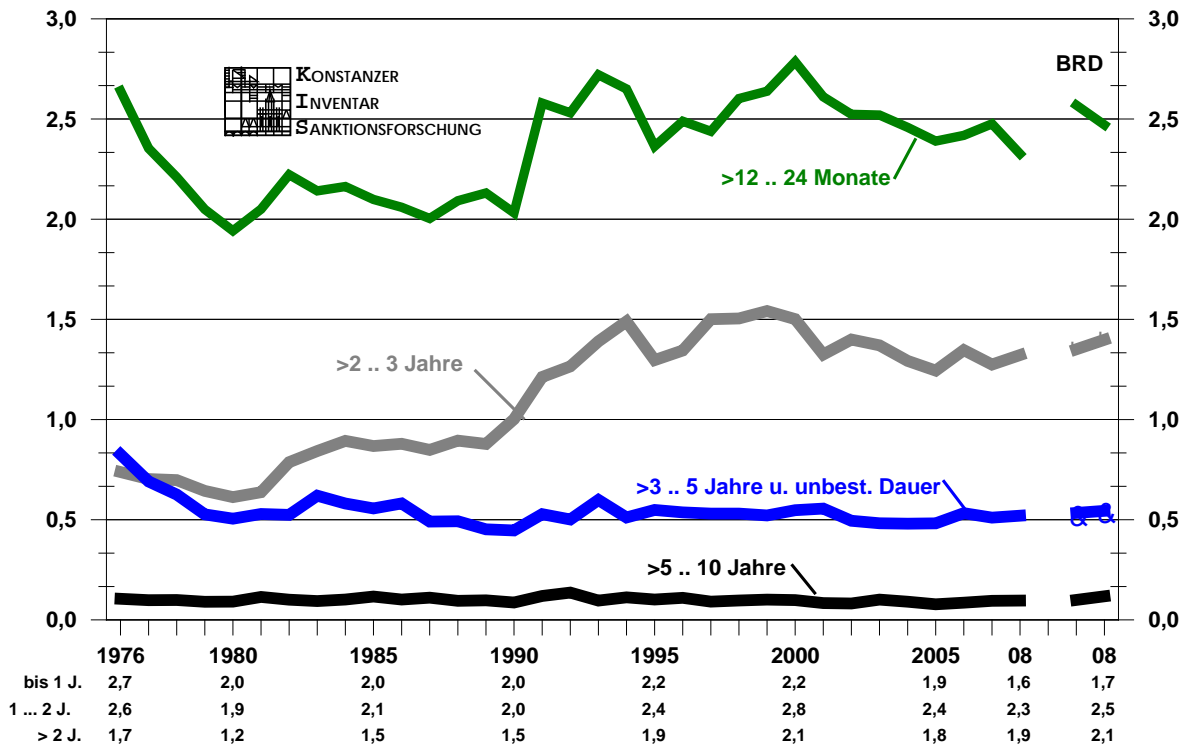
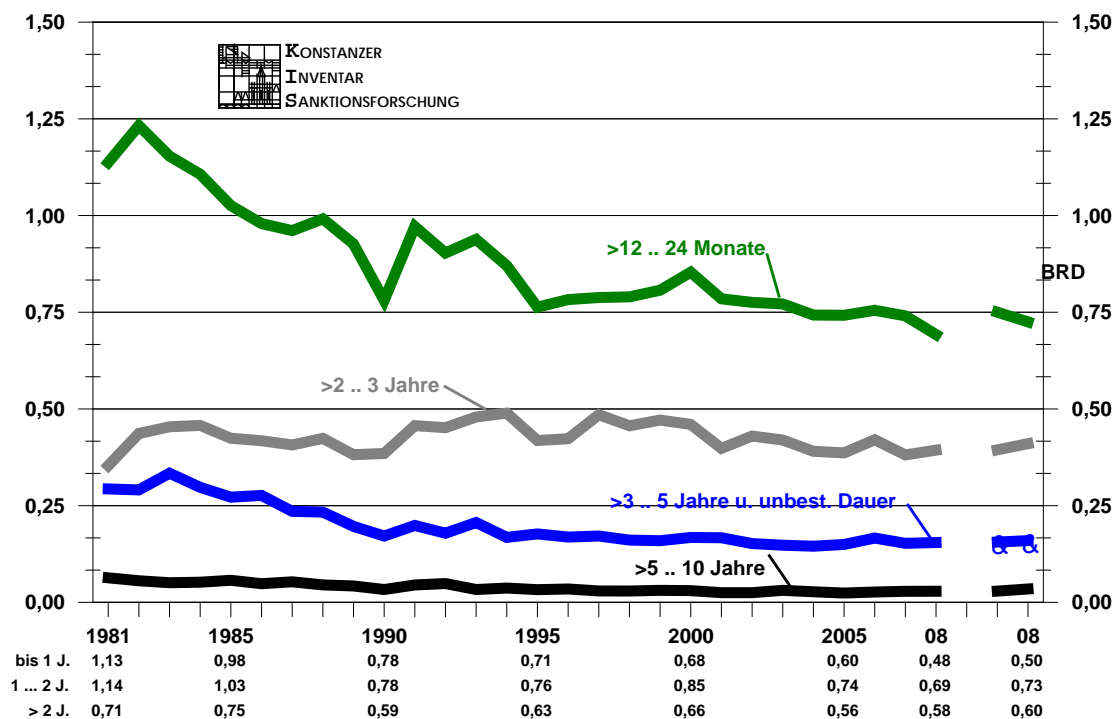
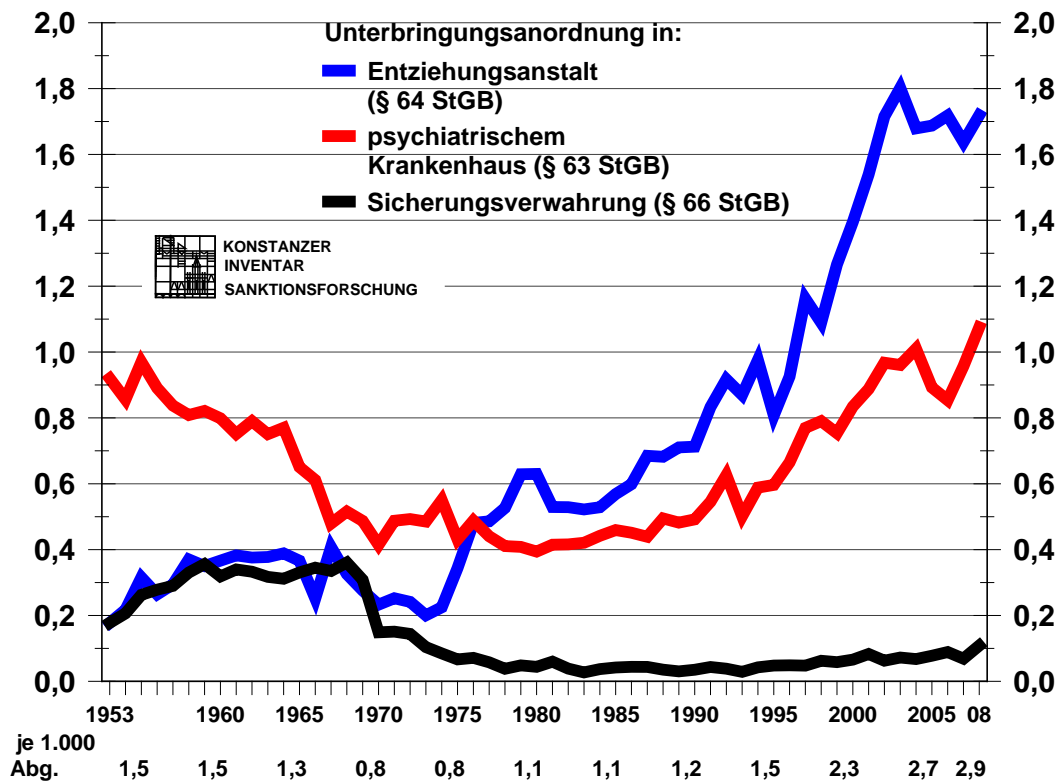


Schaubild 15: Nach Jugendstrafrecht zu unbedingter Jugendstrafe Verurteilte nach der Dauer der insgesamt verhängten Jugendstrafen, 1950 - 2008. Anteile, bezogen auf nach Jugendstrafrecht Sanktionierte. Früheres Bundesgebiet mit Westberlin, seit 1995 mit Gesamtberlin, seit 2007 Deutschland (2007 und 2008 auch früheres Bundesgebiet)



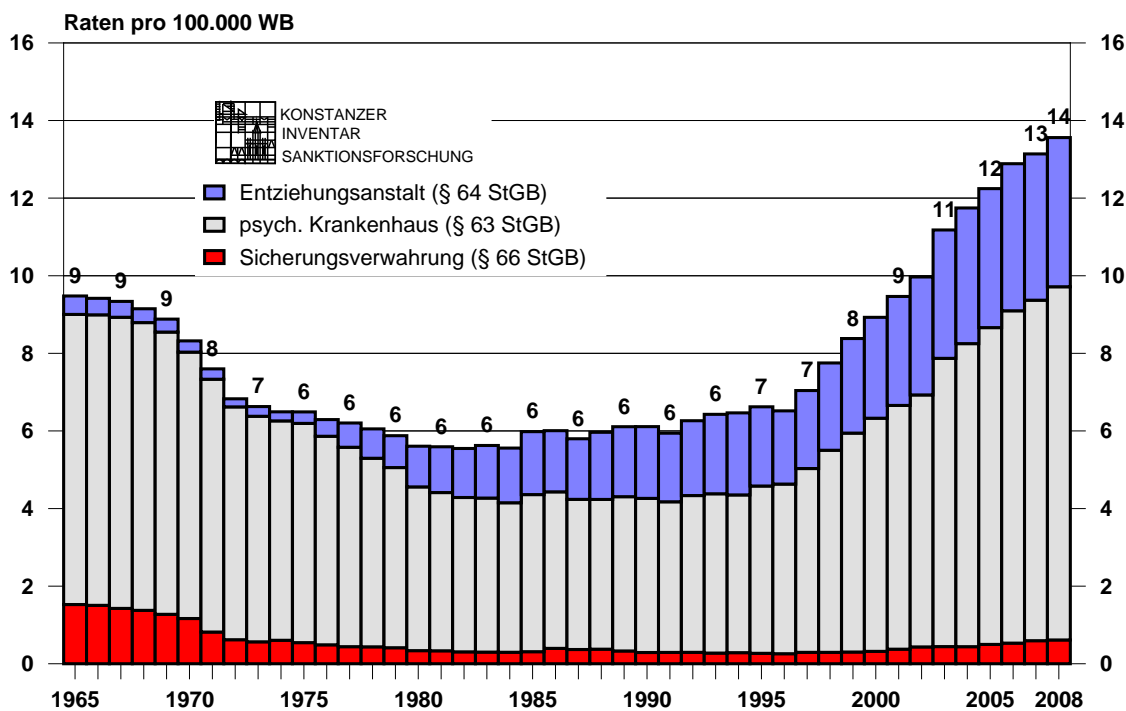
Datenquellen: Staatsanwaltschaftsstatistik 1981 .. 2008;
Strafverfolgungsstatistik 1976 .. 2008.

Schaubild 16: Abgeurteilte mit Anordnung einer Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus, in einer Entziehungsanstalt oder in Sicherungsverwahrung, 1953 .. 2008. Anteile bezogen auf 1.000 Abgeurteilte. Früheres Bundesgebiet mit Westberlin, seit 1995 mit Gesamtberlin



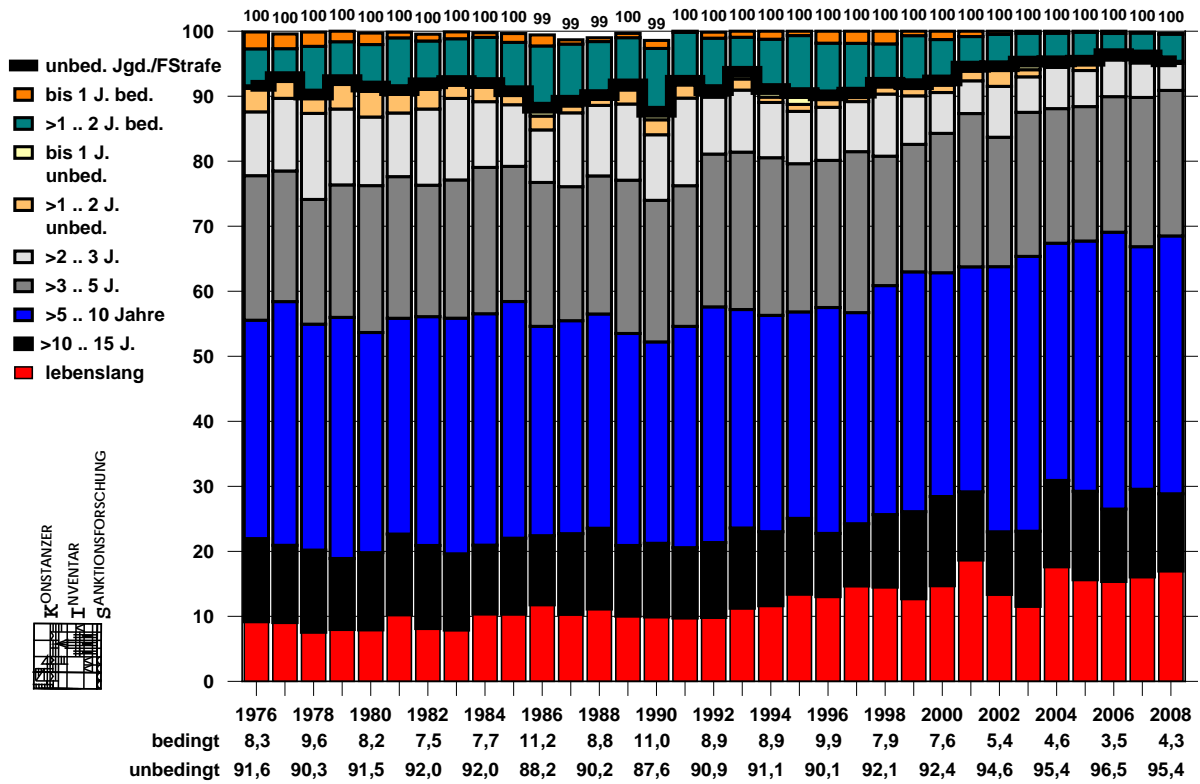
Datenquellen: Strafverfolgungsstatistik 1953 ... 2008.

Schaubild 17: Im psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB), in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) aufgrund strafrichterlicher Anordnung untergebrachte sowie in Sicherungsverwahrung befindliche Personen (Stichtagszählung, jeweils 31.3.). Häufigkeitszahlen (100.000 der Wohnbevölkerung). Früheres Bundesgebiet mit Westberlin, seit 1992 (Sicherungsverwahrte) bzw. seit 1996 (Maßregelvollzug) mit Gesamtberlin



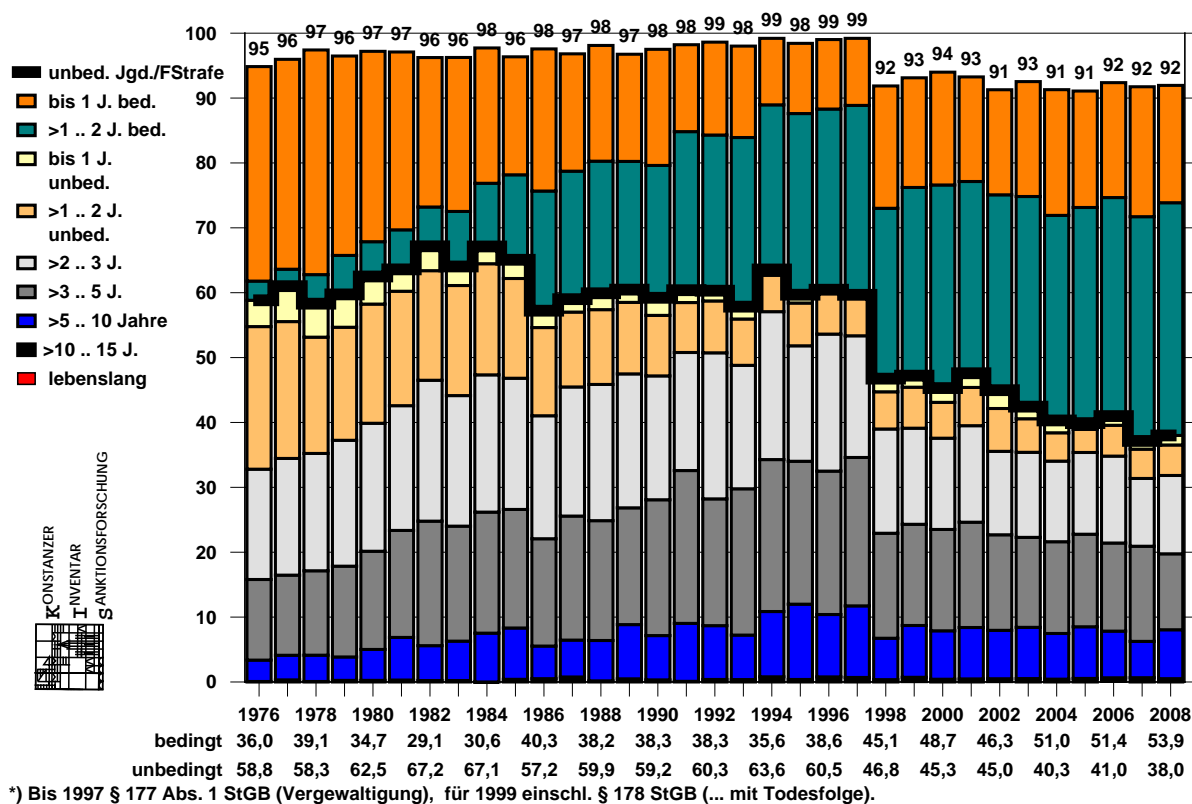
Datenquellen: Strafvollzugsstatistik 1965 ... 2008; Maßregelvollzugsstatistik 1965 ... 2008.

Schaubild 18: Wegen vorsätzlicher Tötungsdelikte (§§ 211, 212 StGB) zu Jugend- oder Freiheitsstrafe (insgesamt) Verurteilte nach der Strafdauer. Anteile bezogen auf Verurteilte. Früheres Bundesgebiet mit Westberlin, seit 2005 mit Gesamtberlin, seit 2007 Deutschland



Datenquellen: Strafverfolgungsstatistik 1976 ... 2008.

Schaubild 19: Wegen Straftaten nach § 177 StGB (sexuelle Nötigung / Vergewaltigung, auch schwere) zu Jugend- oder Freiheitsstrafe (insgesamt) Verurteilte nach der Strafdauer. Anteile bezogen auf Verurteilte. Früheres Bundesgebiet mit Westberlin, seit 2005 mit Gesamtberlin, seit 2007 Deutschland

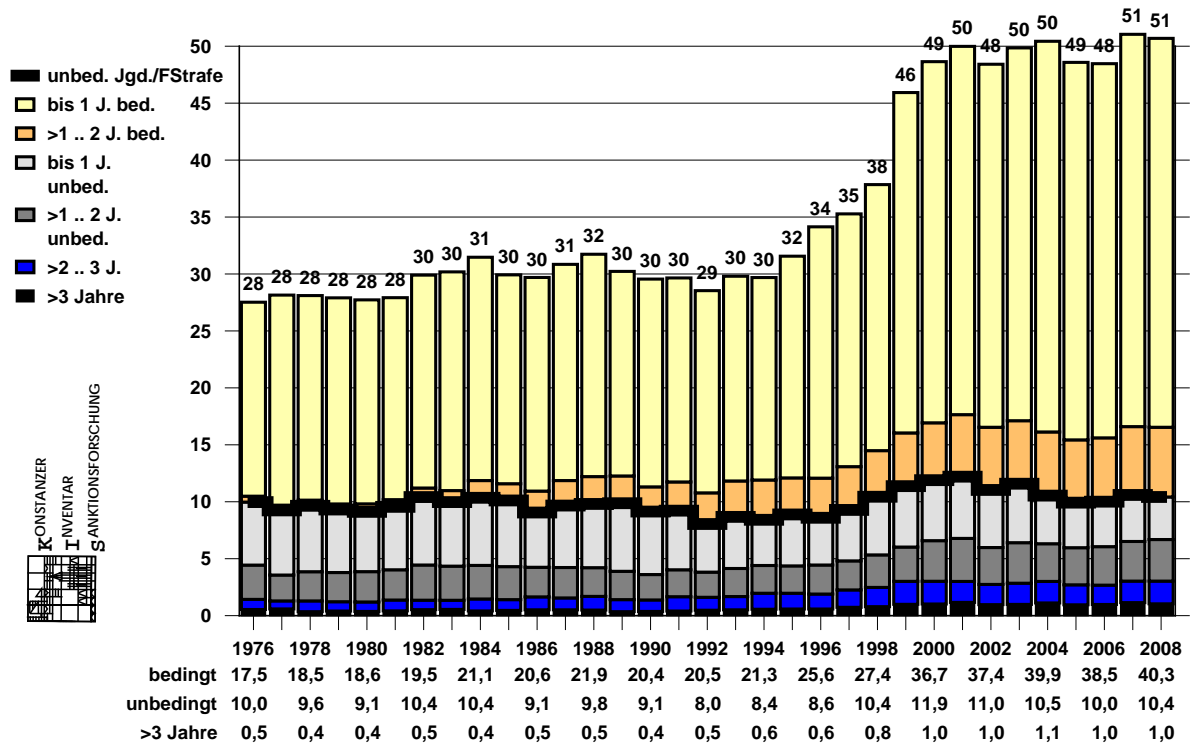


Legende:

- * Bis 1997 § 177 Abs. 1 StGB (Vergewaltigung), für 1999 einschl. § 178 StGB (... mit Todesfolge).
Seit 2000: § 177 sexuelle Nötigung / Vergewaltigung.

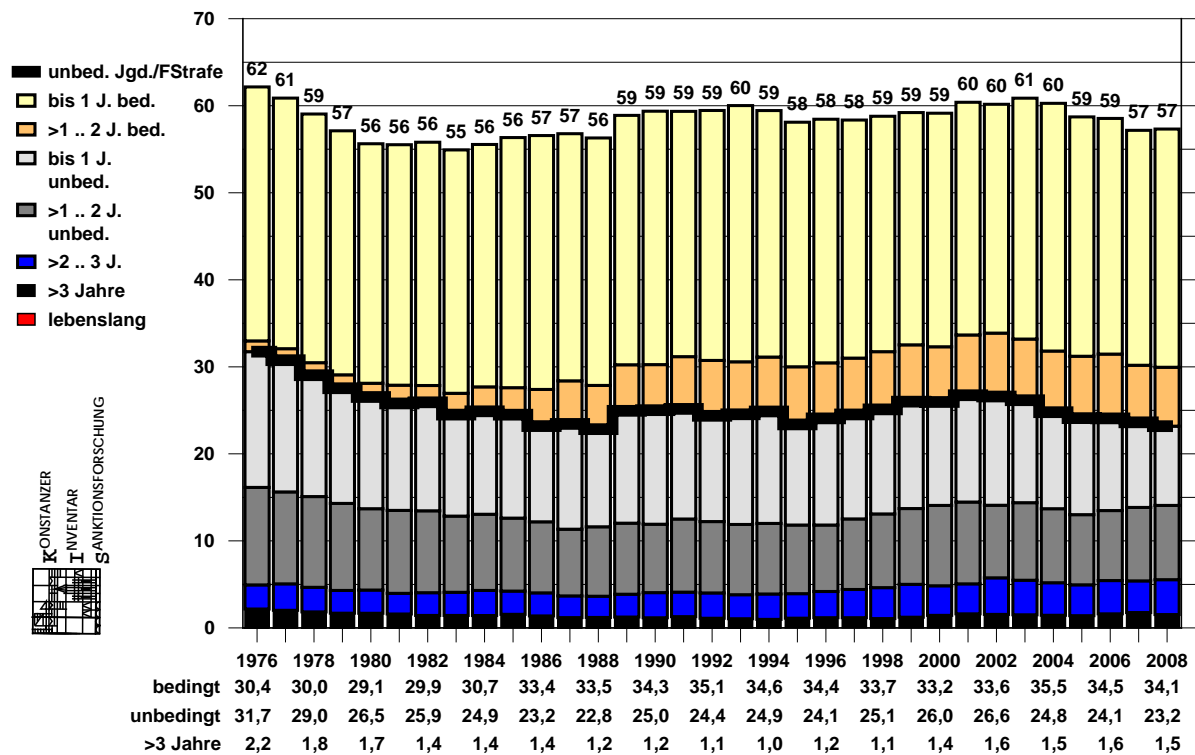
Datenquellen: Strafverfolgungsstatistik 1976 ... 2008.

Schaubild 20: Wegen gefährlicher Körperverletzung (§ 224 StGB) zu Jugend- oder Freiheitsstrafe (insgesamt) Verurteilte nach der Strafdauer. Anteile bezogen auf Verurteilte. Früheres Bundesgebiet mit Westberlin, seit 2005 mit Gesamtberlin, seit 2007 Deutschland



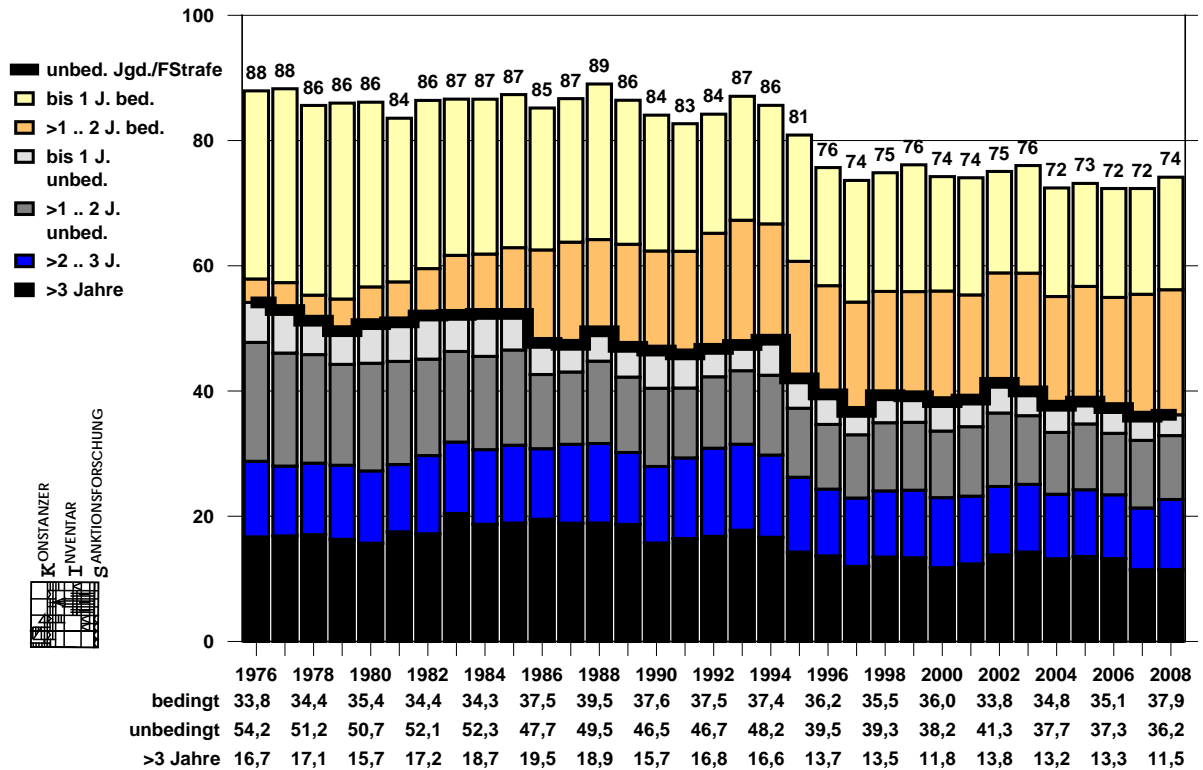
Datenquellen: Strafverfolgungsstatistik 1976 ... 2008.

Schaubild 21: Wegen Einbruchsdiebstahls (§§ 243 I Nr. 2 StGB, seit 1998 auch § 244 I Nr. 3 StGB) zu Jugend- oder Freiheitsstrafe (insgesamt) Verurteilte nach der Strafdauer. Anteile bezogen auf Verurteilte. Früheres Bundesgebiet mit Westberlin, seit 2005 mit Gesamtberlin, seit 2007 Deutschland



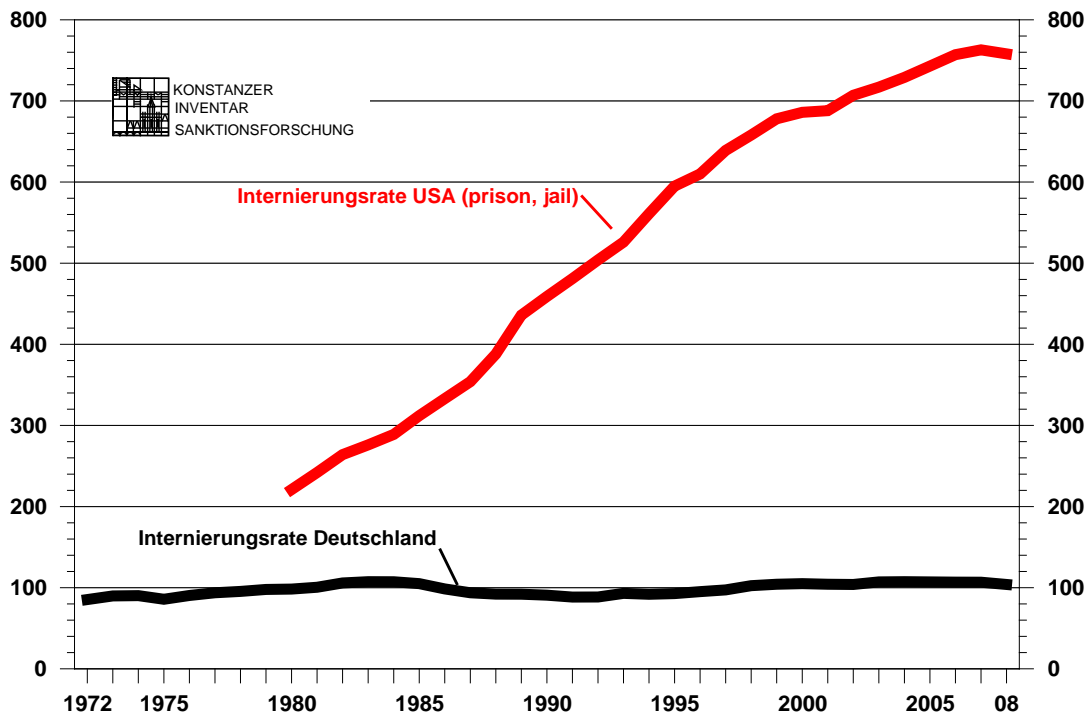
Datenquellen: Strafverfolgungsstatistik 1976 ... 2008.

Schaubild 22: Wegen Raubes (§§ 249, 250 StGB) zu Jugend- oder Freiheitsstrafe (insgesamt) Verurteilte nach der Strafdauer. Anteile bezogen auf Verurteilte. Früheres Bundesgebiet mit Westberlin, seit 2005 mit Gesamtberlin, seit 2007 Deutschland



Datenquellen: Strafverfolgungsstatistik 1976 ... 2008.

Schaubild 23: Gefangenenraten in den USA, in Japan und in Deutschland. Raten (pro 100.000 der Wohnbevölkerung).
 Deutschland: Früheres Bundesgebiet mit Westberlin, seit 1992 mit Gesamtberlin

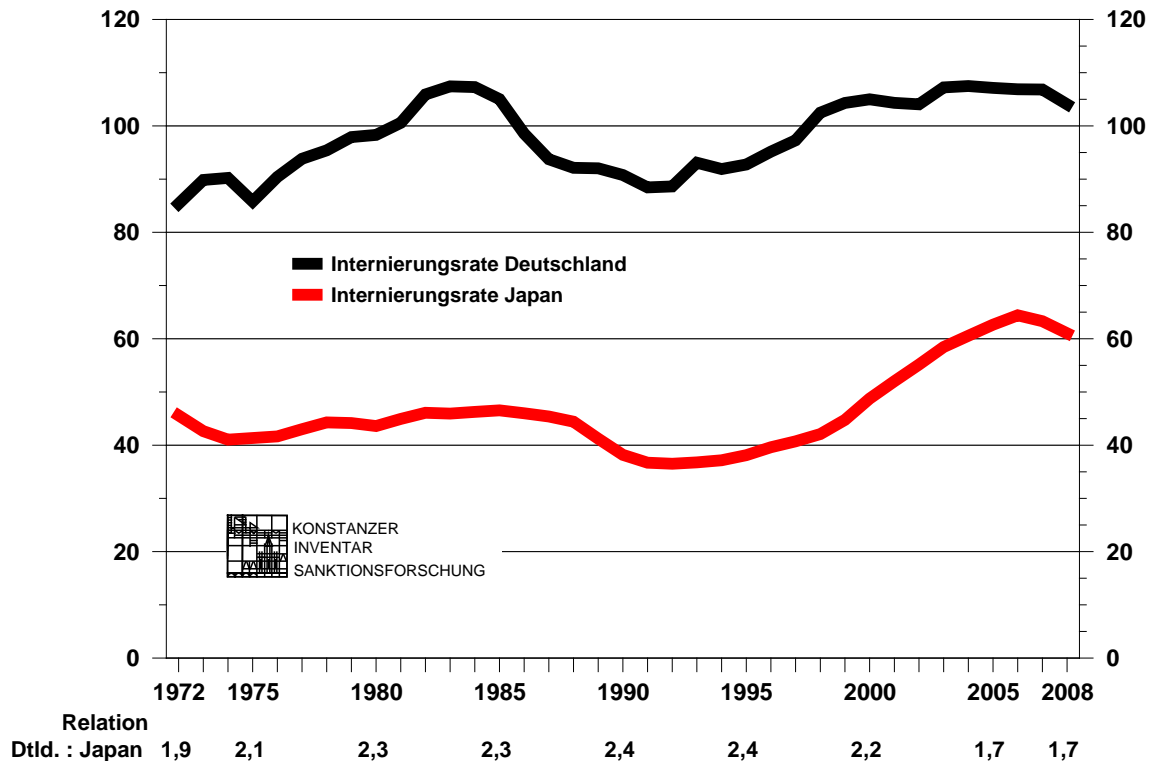


Legende:

Internierungsrate Deutschland: Gefangene (in Freiheitsstrafe, Jugendstrafe, Untersuchungshaft), in Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB) befindliche sowie aufgrund strafrichterlicher Anordnung im psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB) oder in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) Untergebrachte (Stichtag, jeweils 31.3., Untersuchungshaftgefangene jeweils 31.12, ab 2003: 30.11. eines jeden Jahres) pro 100.000 der Wohnbevölkerung.

Datenquelle: USA: <http://bjs.ojp.usdoj.gov/content/glance/corr2.cfm>
 Deutschland: Strafvollzugsstatistik 1972-2008.

Schaubild 24: Gefangeneneraten in Japan und in Deutschland. Raten (pro 100.000 der Wohnbevölkerung).
 Deutschland: Früheres Bundesgebiet mit Westberlin, seit 1992 mit Gesamtberlin

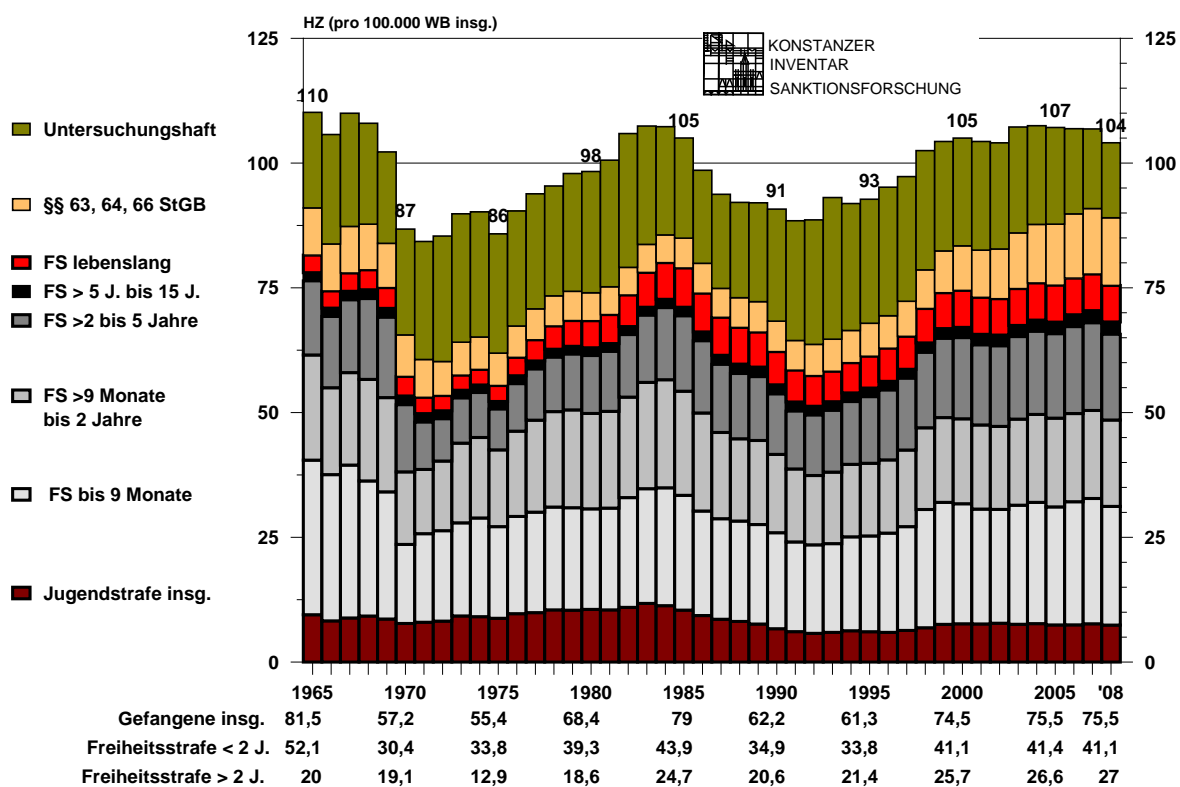


Legende:

Internierungsrate Deutschland: Gefangene (in Freiheitsstrafe, Jugendstrafe, Untersuchungshaft), in Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB) befindliche sowie aufgrund strafrichterlicher Anordnung im psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB) oder in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) Untergebrachte (Stichtag, jeweils 31.3., Untersuchungshaftgefangene jeweils 31.12, ab 2003: 30.11. eines jeden Jahres) pro 100.000 der Wohnbevölkerung.

Datenquelle: Japan: Gefangenenzahlen Japan: White paper on crime 2008, appendix 2-5.
 Bevölkerungsdaten Japan: <http://www.mhlw.go.jp/english/database/db-hw/populate/index.html>
 Deutschland: Strafvollzugsstatistik 1972-2008.

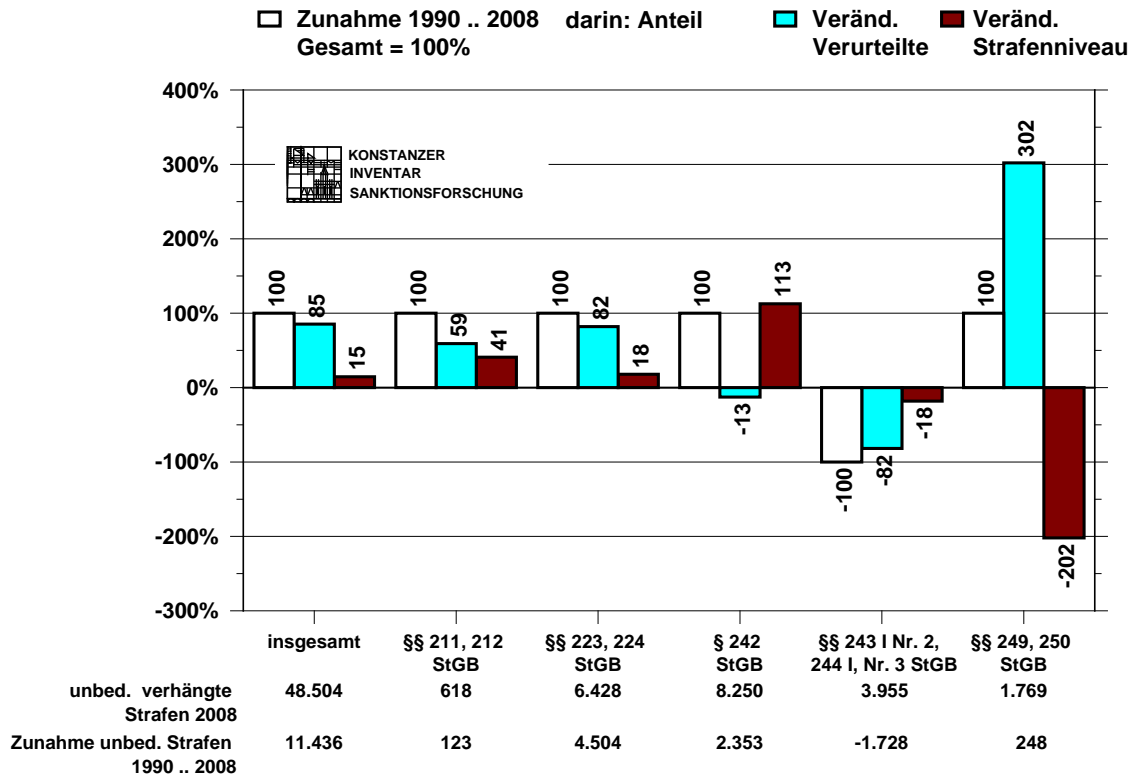
Schaubild 25: Gefangene, Sicherungsverwahrte, im Maßregelvollzug aufgrund strafrichterlicher Anordnung Untergebrachte (Stichtagszählung, jeweils 31.3. eines jeden Jahres) sowie Untersuchungsgefingene (Stichtag: 31.12, ab 2003: 30.11.). Raten pro 100.000 der Wohnbevölkerung. Früheres Bundesgebiet mit Westberlin, seit 1992 (Gefangene, Verwahrte) bzw. seit 1996 (Maßregelvollzug) mit Gesamtberlin



Anmerkung: Bis 1970 Dauer der erkannten Strafe, ab 1971 voraussichtliche Vollzugsdauer (d.h. ausschließlich einer angerechneten Untersuchungshaft, aber einschließlich eines evtl. auszusetzenden Strafrestes).

Datenquelle: Strafvollzugsstatistik 1965-2008.

Schaubild 26: Zunahme unbedingt verhängter Jugend- und Freiheitsstrafen 1990 .. 2008 aufgrund von gestiegenen Verurteiltenzahlen oder einer Veränderung des Strafniveaus. 1990 Früheres Bundesgebiet mit Westberlin, 2008 Deutschland



Datenquellen: Strafverfolgungsstatistik 2008.

Auszüge aus dem Datenblatt zu Schaubild 26:

		Verurteilte insgesamt	zu un- bedingten Strafen Verurteilte	Unbeding- te Strafen in % Verurt.	Berechnung mit Strafenniveau 1990	Zunahme der unbedingten Strafen (in%) wegen Punitivität	wegen Verurteilt- enzahlen	
		(1)	(2)	(3)	n	Differenz (real-fiktiv)	(6)	(7)
Verurteilte insgesamt (Jugendstrafrecht und allgemeines Strafrecht)								
1	1990	692.363	37.068	5,4				
2	2008	874.691	48.504	5,5	46.830	1.674	14,6	85,4
	Differenz 2008- 1990	182.328	11.436	0,2				
Mord und Totschlag (§§ 211, 212 StGB)								
4	1990	565	495	87,6				
5	2008	648	618	95,4	568	50	40,9	59,1
	Differenz 2008- 1990	83	123	7,8				
Einfache vorsätzliche und gefährliche Körperverletzung (§§ 223, 224 StGB)								
7	1990	28.881	1.924	6,7				
8	2008	84.293	6.428	7,6	5.615	813	18,0	82,0
	Differenz 2008- 1990	55.412	4.504	1,0				
Einfacher Diebstahl (§ 242 StGB)								
10	1990	122.111	5.897	4,8				
11	2008	115.907	8.250	7,1	5.597	2.653	112,7	-12,7
	Differenz 2008- 1990	-6.204	2.353	2,3				
Einbruchdiebstahl einschließlich Wohnungseinbruchdiebstahl (§§ 243 I Nr. 2, 244 I Nr. 3 StGB)								
13	1990	22.712	5.683	25,0				
14	2008	17.063	3.955	23,2	4.270	-315	18,2	81,8
	Differenz 2008- 1990	-5.649	-1.728	-1,8				
Raub und schwerer Raub (§§ 249, 250 StGB)								
16	1990	3.274	1.521	46,5				
17	2008	4.886	1.769	36,2	2.270	-501	-202,0	302,0
	Differenz 2008- 1990	1.612	248	-10,3				

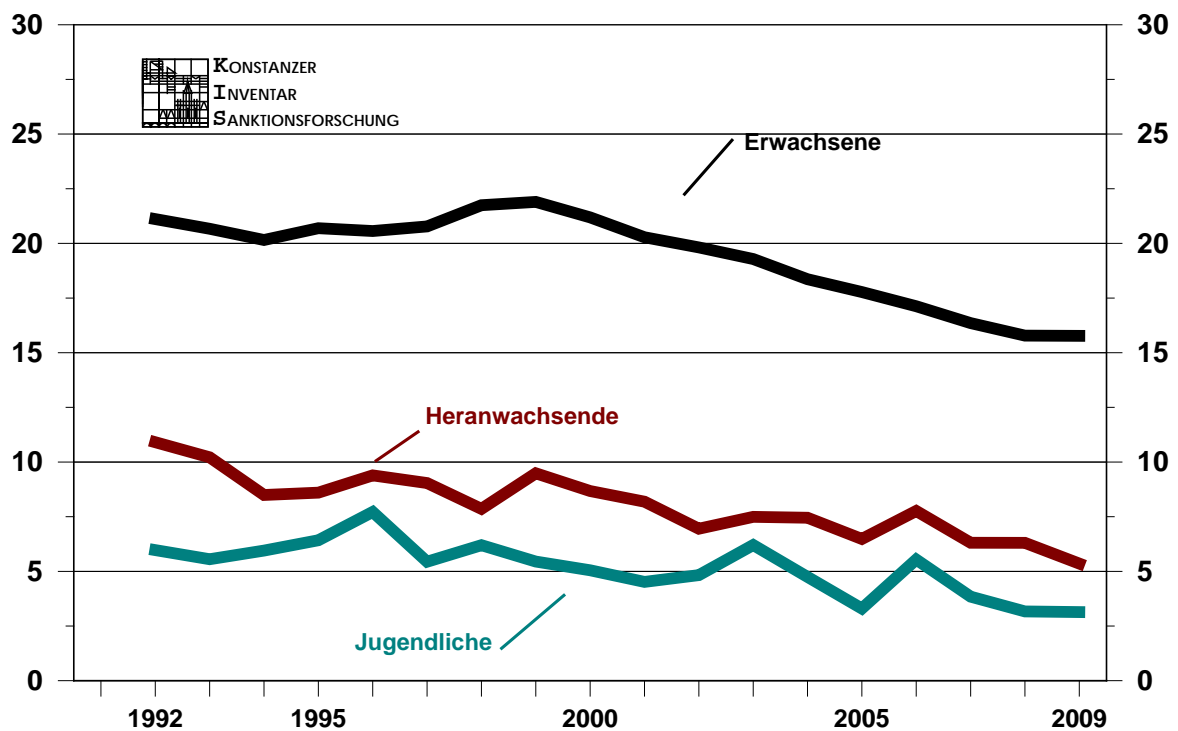
Legende:

Zunahme der unbedingten Strafen (in%): Bezogen auf die Zunahme der unbedingt verhängten Strafen (=Differenz 2009-1990).

Wegen Punitivität: Differenz zwischen den 2008 tatsächlich verhängten unbedingten Strafen und der Zahl der bei dem Strafniveau 1990 erwartbaren Strafen, bezogen auf die Zunahme (insgesamt) der unbedingt verhängten Strafen.

Wegen Verurteiltenzahlen: Differenz zwischen der Zunahme (insgesamt) der unbedingt verhängten Strafen und dem Unterschied zwischen fiktiv (Strafniveau 1990) und real verhängten unbedingten Strafen, bezogen auf die Zunahme (insgesamt) der unbedingt verhängten

Schaubild 27: Im offenen Vollzug untergebrachte Strafgefangene nach Altersgruppen. Anteile, bezogen auf die Gesamtzahl der jeweiligen Altersgruppen der Strafgefangenen. Deutschland.



Datenquelle: Strafvollzugsstatistik 1992 .. 2009.