
Aktuelle Rechtsprobleme in Japan, Deutschland und Korea

Vorträge des 3. trilateralen – deutsch–japanisch–koreanischen –
Seminars
4. – 5. August 2008
in Seoul

herausgegeben von
Wolfgang Heinz und Young–Whan Kim

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

Vorwort

Das im Rahmen der Kooperation zwischen dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Konstanz, dem College of Law der Hanyang Universität sowie der School of Law der Kansai Universität, Osaka, regelmäßig stattfindende Seminar wurde zum dritten Mal vom 4.–5. August 2008 in Seoul durchgeführt. Generalthema war „Aktuelle Rechtsprobleme in Japan, Deutschland und Korea“. Bereichert wurde das Seminar durch die beiden Professoren Miguel Polaino-Navarrete und Miguel Polaino-Orts, beide aus Sevilla, die sich zu einem Forschungsaufenthalt an der Kansai Universität aufhielten.

Am ersten Tag wurden in der Plenarsitzung drei Vorträge gehalten. Bernd Rütters exemplifizierte seine These, jeder Staats- und Gesellschaftsordnung liege eine bestimmte Wertordnung zugrunde (Systemideologie), am Arbeitsrecht, einem in „besonderer Weise und Intensität politisch und ideologisch beeinflussten Teilgebiet der Rechtsordnung“. Öffentliches Recht als Recht der Überordnung des Staates über den Bürgern kannte lange Zeit nur den Verwaltungsakt als Regelungsinstrument. Hartmut Maurer zeigte, dass sich in Deutschland nicht nur der Verwaltungsvertrag neben dem Verwaltungsakt als grundsätzlich gleichwertiges Regelungsinstrument durchgesetzt hat, sondern dass es in Form des Kooperationsvertrags ein neues Instrument gibt. Ken Takeshita ging in seinem Vortrag den Zusammenhängen zwischen Kultur, menschlicher Umwelt und Recht in Soziologie, Kulturanthropologie und japanischer Philosophie nach.

In den folgenden zwei Sitzungen wurden in fünf Vorträgen aktuelle Fragen des Öffentlichen Rechts sowie des Wirtschafts- und Verbraucherschutzrechts erörtert. Taira Nishi erörterte am Beispiel des Problems der Entschädigung ausländischer Staatsangehöriger für Kriegsverbrechen die Haltung der japanischen Gerichte zur völkerrechtlichen Stellung von Individuen. Seungju Bang analysierte rechtsvergleichend den Gleichheitsgrundsatz in der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts und des koreanischen Verfassungsgerichts. Jaemin Lee ging auf aktuell diskutierte Verbesserungen des Streitschlichtungsverfahrens der Welt handelsorganisation ein. Die Frage, wie die Durchsetzbarkeit von Verbraucherinteressen verbessert werden kann, stand im Mittelpunkt des Referats von Astrid Stadler zur Entwicklung des kollektiven Rechtsschutzes im Europäischen Verbraucherrecht. Mit Fragen der Überkreuzbeteiligungen ("cross-ownership") und der Rechte der Aktionäre beschäftigte sich Chadong Kim.

Die sieben Referate, die am zweiten Tag gehalten wurden, waren ausschließlich der Erörterung strafrechtlicher Fragen gewidmet. Miguel Polaino-Navarrete zeigte Zusammenhänge auf zwischen der von Austin entwickelten Lehre von den Sprechakten und der modernen Konstruktion des funktionalen Strafrechtssystems. Mit der Frage, zu welchen Lösungen Staatsanwaltschaften und Strafgerichte kommen, wenn die Ressourcen wegen

steigender Kriminalität immer knapper werden, beschäftigte sich Wolfgang Heinz unter empirischen und rechtlichen Gesichtspunkten. Dass die Kriminalitätsrate in Japan im Vergleich mit anderen modernen Ländern unvergleichbar gering und kaum gestiegen sei, gehört, wie Keiichi Yamanaka zeigte, in das Reich der Mythen. Allerdings ist mangels Dunkelfeldforschung derzeit noch unklar, ob die Kriminalität oder nur die Anzeigebereitschaft gestiegen ist. Aktuelle Fragen des deutschen Korruptionsstrafrechts standen im Mittelpunkt der Ausführungen von Rudolf Rengier. Rikizo Kuzuhara stellte die derzeitige strafrechtliche Regelung des Verbots von Kinderpornografie dar und ging auf aktuelle kriminalpolitische Probleme dieses Verbots ein. Das Thema Feindstrafrecht gibt, wie Miguel Polaino-Orts belegte, derzeit das augenfälligste Beispiel ab für die grenzüberschreitende Ausstrahlung der deutschen Strafrechtsdogmatik. Seine Ausführungen galten der Entmythifizierung des Begriffs, d.h. auch in einem Rechtsstaat kann und muss es, seiner Auffassung nach, legitimes und normales Feindstrafrecht geben. Spätestens seit dem Entführungsfall Metzler wird in Deutschland das Folterverbot intensiv diskutiert. Hirokazu Kawaguchi beschäftigte sich mit dem gedanklichen Extrembeispiel, ein Terrorist habe in einer Großstadt eine tickende Atombombe versteckt. Ist es gerechtfertigt, in solchen Extremsituationen Ausnahmen vom Folterverbot zuzulassen? Wegen seiner derzeitigen starken zeitlichen Inanspruchnahme durch berufliche Verpflichtungen konnte Herr Kawaguchi seinen Vortrag noch nicht ausarbeiten.

Auch dieses Mal ist es den Herausgebern eine angenehme Aufgabe, denjenigen zu danken, die durch ihre ideelle oder finanzielle Zuwendung diese Tagung ermöglicht haben. Der Dank gilt insbesondere dem Auslandsreferat/International Office der Universität Konstanz und dem Deutschen Akademischen Austauschdienst. Auf der koreanischen Seite bedanken wir uns ganz herzlich für die tatkräftige Unterstützung durch das Korean Institute of Criminology und Yulchon, Attorney at Law. Zu danken haben wir auch dem rechtswissenschaftlichen Institut der Hanyang Universität, ohne dessen Unterstützung diese Tagung so nicht hätte organisiert und durchgeführt werden können.

Prof. Dr. Wolfgang Heinz

Prof. Dr. Young-Whan Kim

Konstanz und Seoul, Juli 2009

INHALT

Bernd Rüthers*	Arbeitsrecht und Ideologie	1
Hartmut Maurer*	Grundlagen des Verwaltungs- vertrags	17
Ken Takeshita**	Culture and Environment in the Law – Referring to Japanese Philosophy	31
Taira Nishi**	Die völkerrechtliche Subjektivität des Individuums vor dem inner- staatlichen Gericht – Theorie und Praxis in Japan	37
Seungju Bang***	Der allgemeine Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungs- gerichts und des koreanischen Verfassungsgerichts – Eine rechtsvergleichende Betrachtung über die Prüfungsformel	49
Jaemin Lee***	Proposed Amendment of the Dispute Settlement Understanding in DDA Negotiations – Current Status and Its Implications	71
Astrid Stadler*	Enforcement of Private Law by Way of Collective Action in the European Union – an Overview of the Development in the European Member States	91
Chadong Kim***	The Implication of Cross Ownership and Its Voting Right	105
Miguel Polaino-Orts & Miguel Polaino Navarrete**	Sprechakttheorie und funktionales Strafrechtssystem. Skizze einer Wechselwirkung	119

Wolfgang Heinz*	Steigende Kriminalität und knappe Ressource Justiz – ein Problem und seine fragwürdigen Lösungen in Deutschland	139
Keiichi Yamanaka**	Neue Tendenzen der Kriminalität in Japan im Lichte der Kriminalitätsstatistik – Ist der Sicherheitsmythos in Japan zusammengebrochen?	171
Rudolf Rengier*	Aktuelle Fragen der Korruption in Deutschland	183
Rikizo Kuzuhara**	Die strafrechtliche Regelung der Kinderpornografie und ihre Weiterentwicklung in Japan	191
Miguel Polaino-Orts & Miguel Polaino Navarrete**	Feindstrafrecht: Sinnpotential und funktionale Entmythifizierung eines Begriffs	199

* Universität Konstanz, Fachbereich Rechtswissenschaft

** Kansai University, School of Law, Osaka

*** Hanyang University, College of Law, Seoul

Arbeitsrecht und Ideologie

Bernd Rütters, Konstanz

A. Der Rang des Ideologie-Themas für die Rechtswissenschaft

These 1:

Jeder Staats- und Gesellschaftsordnung liegt eine bestimmte Wertordnung zugrunde. Ich nenne sie, weil sie auf geglaubten Prämissen beruht, Systemideologie. Diese jeweilige Systemideologie ist ein dominant prägender Faktor für die Rechtsordnung.

Fragt man nach prägenden Ereignissen und Erlebnissen, die das gegenwärtige Staatsbewusstsein und das Rechtsbewusstsein in Deutschland bestimmt haben, so sind m.E. zuerst die politischen Systemwechsel zu nennen.

Bis 1918	- Kaiserreich
1919 – 1933	- Weimarer Republik
1933 – 1945	- NS-Staat
1945 – 1949	- Besatzungsregime
1949 – 1990	- Bundesrepublik Deutschland alt - DDR
Seit 1990	- Bundesrepublik Deutschland neu mit der Integration in die Europäische Union.

Fünf verschiedene politische Verfassungen und Systeme hatten fünf jeweils spezifische, das herrschende Regime rechtfertigende Basisideologien. Die Kerngehalte dieser Systemideologien setze ich voraus und nenne nur fünf Stichworte:

- Gottesgnadentum
- uneingeschränkte Mehrheits Herrschaft
- NS-Weltanschauung
- Grundrechtsdemokratie
- Marxismus-Leninismus.

Jedes der fünf politischen Systeme bildete auf der Grundlage der jeweiligen Systemideologie seine spezifische Rechtsordnung aus.

Die Rechtsordnung war und ist immer die normative Ausprägung der politischen Basisideologie; sie dient dazu, die bestehenden Strukturen der Machtverteilung, also die politischen und gesellschaftlichen Herrschaftsverhältnisse, zu legitimieren und zu festigen.

Was ich für Deutschland geschildert habe, gilt in ähnlicher Weise nicht nur für die meisten europäischen Länder, sondern ebenso für viele Staaten in allen Kontinenten der Welt, auch und vielleicht ganz besonders für Korea.

Das Thema "Recht und Ideologie" ist also ein Dauerproblem für Jurisprudenz und Justiz. Rechtsordnung und Systemideologie waren und sind – immer! – eng miteinander verschränkt.¹

Diese Feststellung deutet nicht nur ein enges Beziehungsverhältnis zwischen Recht und Ideologie an; dasselbe gilt vielleicht auch zwischen Juristen und Ideologen?² Die Frage berührt viele Juristen unangenehm, wirkt befremdlich.

Das hat Gründe. Im Ausbildungskonzept der Juristen in Deutschland hat die jüngere Ideologie- und Rechtsgeschichte keinen festen Platz. Erst recht zählen die Erfahrungen aus politischen Systemwechseln bisher nicht zum kanonisierten Lehr- und Prüfungsstoff junger Juristen. Die von Justiz und Rechtswissenschaft betriebenen Rechtsumwälzungen und Persionen wurden und werden in der Juristenausbildung überwiegend wie peinliche Betriebsunfälle der Disziplin verschwiegen oder verdrängt. Wenn die Studenten davon etwas erfahren wollen, sind sie auf individuelle Neugier angewiesen. Die Abstinenz geht noch weiter. Seit 60 Jahren fristen die Fächer Rechtsgeschichte, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre eine Randexistenz in der Juristenausbildung.

B. Staatsverfassung und Arbeitsverfassung

Hier soll der Zusammenhang von "Arbeitsrecht und Ideologie" näher analysiert werden.

These 2:

Das Arbeitsrecht ist eine systemspezifisch ausgeformte Kerndisziplin aller Industriegesellschaften. Es ist ein in besonderer Weise und Intensität politisch und ideologisch beeinflusstes Teilgebiet der Rechtsordnung.

Das ist ausdrücklich hervorzuheben, weil die herkömmlichen Lehr- und Handbücher des Arbeitsrechts für den akademischen Unterricht, aber auch für die Justizpraxis, in der Regel von der privatrechtlichen oder gemischt-rechtlichen, immer aber offen oder unbewusst oft von der vermeintlich "unpolitischen" Natur des Arbeitsrechts ausgehen;

und das nicht selten in der geschichtlichen Entwicklung aus dem römischen Recht. So erhalten die Studenten oft bis heute subtile Kenntnisse über die römisch-rechtlichen Wurzeln des Dienstvertrages im BGB. Die für das Arbeitsrecht konstitutiven Grundlagen der Verfassung und des gesellschaftlichen Systems hingegen bleiben ihnen in der Ausbildung oft verborgen oder unklar.

These 3:

Die Einstellung der Gerichte zu den von ihnen real wahrgenommenen normsetzenden ("ersatzgesetzgebenden") Funktionen ist eine zentrale, verfassungsrelevante Frage der "Justizideologie".

Sie betrifft u.a. die Macht- und Aufgabenverteilung zwischen Parlament und Justiz, also den Grundsatz der Gewaltenteilung. Das Leugnen oder

¹ Rütters, Rechtsordnung und Wertordnung, Konstanz 1986.

² Vgl. dazu Rütters, Ideologie und Recht im Systemwechsel, München 1992.

Verdrängen der richterlichen Normsetzung einschließlich der Folgeverantwortung ist mit einem rechtspolitischen Blindflug ohne Blindflugeinrichtung vergleichbar.

Das Arbeitsrecht hat eine wichtige Rolle bei der Integration der Arbeitnehmer in das jeweilige gesellschaftliche und politische System, ist also ein zentraler Faktor für die Stabilisierung oder Destabilisierung der jeweiligen Staats- und Gesellschaftsordnung.

These 4:

Jede Staatsverfassung prägt eine für sie spezifische Arbeitsverfassung aus.

Die These lässt sich am Beispiel der deutschen Betriebsverfassung augenfällig belegen:

WRV 1919	Betriebsrätegesetz 1920
NS-Staat 1933	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit (AOG) 1934
Kapitulation 1945	Kontrollratsgesetz 1946
Grundgesetz 1949	BetrVG 1959
DDR-Verfassung 1949	Beseitigung der Betriebsräte 1950

These 5:

Die jeweilige "Arbeitsverfassung" ist untrennbar (auch) ein Teil der Wirtschaftsverfassung. Beide sind nicht "verfassungsneutral" – wie das deutsche Bundesverfassungsgericht lange irrig für die Wirtschaftsverfassung angenommen hat (Investitionshilfe-Entscheidung³ /Mitbestimmungsurteil⁴).

Beide, Arbeits- und Wirtschaftsverfassung, sind auf bestimmte "ideologische" (weltanschauliche) Leitvorstellungen ausgerichtet.

Sie haben bereits bemerkt: Ich benutze die Begriffe Ideologie und ideologisch nicht zur Diffamierung/Verurteilung fremder Wertvorstellungen, sondern wertfrei, besser unwertfrei. Ich schlage den folgenden, von der Alltagssprache abweichenden Wortgebrauch vor:

These 6:

Jede glaubens- oder weltanschauungsbezogene, also geglaubte, nicht beweisbare Prämisse ist als Ideologie/ideologisch zu bezeichnen.

Das erlaubt es, in einer weltanschaulich pluralen Gesellschaft mit jedem Vertreter abweichender Positionen rational über Wertfragen zu diskutieren, ohne den Partner oder Gegner terminologisch sogleich des Irrtums zu bezichtigen, weil er eine andere Position in Glaubensfragen einnimmt.

In diesem Sinne also zur Ideologie im Arbeitsrecht:

Um die Relevanz der jeweils vorausgesetzten Basisideologien für das Arbeitsrecht zu erkennen und augenfällig zu machen, genügt es bereits, die

³ BVerfGE 4, 7 (17).

⁴ BVerfGE 50, 290 (336 f.).

verschiedenen Erläuterungen des Begriffs "Arbeitsrecht" in bestimmten Verfassungsepochen einerseits, aber auch von verschiedenen Autoren derselben Epoche und desselben Systems andererseits, neben- oder besser gegeneinander zu stellen.

So meinte etwa R. Wiethölter⁵ 1968, bereits die Existenz abhängiger Arbeitnehmer weise auf "unerledigte Emanzipationsprozesse" hin. Das gesamte Arbeitsrecht in bürgerlichen Staaten sei "Herrschaftsrecht" oder "Gewaltrecht". Einfachste Einsichten, wie die in die Notwendigkeit industrieller, arbeitsteiliger Produktionsweisen, die weisungsgebundene Arbeit unvermeidbar – auch im "Sozialismus" – einschließt, wurden im Schwung der neomarxistischen Aufbruchstimmung von 1968 verdrängt. Dasselbe gilt für den Tatbestand, dass jede Rechtsordnung ‚qua definitione‘ Macht verteilt und konserviert, also "Herrschaftsrecht" ist.

These 7:

Der Wettbewerb der Arbeitsrechtsdefinitionen zeigt die besondere, quasi "naturwüchsige" und dauerhafte Ideologie-Bezogenheit des Arbeitsrechts zu allen Zeiten. Für die Betreiber des Arbeitsrechts bedeutet die Einsicht in diese ideologische Verstrickung ihrer Disziplin eine mögliche Warnung vor blauäugiger rechtsphilosophischer und rechtsmethodischer Naivität.

Was immer Rechtsanwender tun, welche weltanschaulich begründete Basis-Ideologie sie wählen: Sie wirken mit an der Umsetzung ideologisch geprägter Leitbilder der jeweiligen Normgeber in gesellschaftliche und politische Realität.

Dazu noch eine Vorbemerkung: Verfassungen und politische Systeme gehen in ihren systemspezifischen ideologischen Leitvorstellungen in der Regel von einem bestimmten "Menschenbild" aus, auf das die gesamte Rechtsordnung im Sinne einer personalen Zielorientierung zugeschnitten ist. Im Folgenden wird der Versuch gemacht, dies am Beispiel des Arbeitsrechts näher zu belegen.

C. Die Arbeitsrechtsideologie des NS-Staates

I. Führerprinzip und Gemeinschaftsgedanke im Arbeitsordnungsgesetz von 1934

Ausgangspunkt der Umwälzung aller Werte im Arbeitsrecht der NS-Zeit war das Arbeitsordnungsgesetz (AOG) vom 20.1.1934.

Es war die erste "zivilrechtliche" Kodifikation der neuen Machthaber. Das zeigt zugleich die Bedeutung der Betriebsverfassung für die Stabilität und Legitimation eines Industriestaates. Der führende, in vier Auflagen erschienene Kommentar wurde von drei namhaften Arbeitsrechtlern verfasst: A. Hueck, H.C. Nipperdey und R. Dietz. Die §§ 1 und 2 AOG enthielten die Grundsätze der Gemeinschaft aller im Betrieb Tätigen, des Führerprinzips, der Arbeit als Dienst am Volk und Staat sowie der wechselseitigen Treue- und Fürsorgepflicht zwischen Betriebsführer und Gefolgschaft.

⁵ Rechtswissenschaft, 1968, S. 281.

Die Gesetzessprache war offen und eindeutig:

Aus dem "Arbeitgeber" war der "Betriebsführer", aus der "Belegschaft" die "Gefolgschaft" geworden, die dem "Führerprinzip" unterstand. Arbeit war "Dienst am Volk und Staat" und damit eine "Ehrenpflicht".

These 8:

*Die nationalsozialistische Weltanschauung und der Gemeinschaftsgedanke im Sinne einer rassistisch begründeten Volksgemeinschaft waren die Ausgangspunkte einer umfassenden völkischen Erneuerung des deutschen Arbeitsrechts⁶. Entscheidend für die Rechtsstellung des Einzelnen war "nicht mehr sein Personsein überhaupt, sondern sein konkretes Gliedsein ..."*⁷

Diese Gemeinschaftsabhängigkeit der Rechtsstellung des Einzelnen wurde zu einem der beherrschenden Themen der Rechtserneuerung, auch im Arbeitsrecht:

"Wir kennen dann also keine 'Rechtsperson an sich' mehr, wir kennen nur noch Volksgenossen (Gliedpersönlichkeiten) und konkrete volksgenössische Berechtigungen (Gliedschaftsrechte)" ... "Jedenfalls ist der abstrakte Begriff Mensch oder Rechtsperson für uns wertlos geworden."⁸

Diese scheinbare Gemeinschaftsromantik stand sehr bald im Dienste ganz unromantischer, grausamer rassenpolitischer Zwecke.

II. Konkretes Ordnungsdenken und konkret-allgemeine Begriffe

"Für den Aufbau der Gemeinschaft ist im nationalsozialistischen Staat vor allem der Rassegedanke, die Einsicht in die blutsmäßige Bedingtheit des Volkstums, bestimmend." (W. Siebert)

Die sog. "Eingliederungstheorie", die den Arbeitsvertrag zweitrangig werden ließ, maßte sich an, das Recht aus "der Wirklichkeit des Arbeitslebens" und aus der "lebensgesetzlichen Ordnung" des deutschen Volkes zu schöpfen. Jede Arbeit begründete hiernach eine Arbeitsgemeinschaft i. S. eines "personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses."⁹

These 9:

Das "Denken in konkreten Ordnungen" von Carl Schmitt und die Konstruktion "konkret-allgemeiner Begriffe" von Karl Larenz bewirkten im Arbeitsrecht die von den Machthabern nachdrücklich geforderte völkisch-rassistische Rechtserneuerung.

Die Eingliederungstheorie schuf rechtliche Verpflichtungen für den Eintretenden wie für den Betrieb ohne Rücksicht auf einen Vertragsabschluss i.S. des BGB. Beide wurden der Parole unterstellt, dass die Arbeit im neuen Staat ein politischer Tatbestand sei und notwendig dem Wohl des

⁶ Rütters, Die unbegrenzte Auslegung, 4. Aufl., 1991, S. 381 ff.

⁷ Larenz, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, 1934, S. 40.

⁸ Siebert DRWI (1936), 23 (28).

⁹ Siebert, Die deutsche Arbeitsverfassung, 2. Aufl., 1942; derS., DArbR 1937, 14 u. 44; derS., DR 1935 ,481; 1936, 101; 1941, 181.

deutschen Volkes diene.¹⁰ Der Eingegliederte hatte aufgehört, sein eigener Herr zu sein. Die Privatautonomie war ausgehebelt. An ihrer Stelle wurde ein neues, nationalsozialistisch inspiriertes "Ethos des Dienens" verkündet.¹¹ Die "lebendige (konkrete)" Betriebsgemeinschaft wurde zum "Kernstück nationalsozialistischer Ordnung der Arbeit" erklärt.¹²

Die Zugehörigkeit zu, das "Gliedsein" in dieser Gemeinschaft verpflichtete beide Teile als "Arbeitsbeauftragte des ganzen Volkes"¹³ auf eine gemeinsame, gesamtvölkische Aufgabe im Dienste des NS-Staates und seiner aggressiven Weltanschauung. Das "gemeinschaftliche Sollen" bestimmte jetzt das "individuelle Sein."¹⁴ Unternehmer ("Betriebsführer") und Beschäftigte ("Gefolgschaft") standen in einer "Leistungsgemeinschaft."¹⁵ Ihre Arbeit war eine Ehrenpflicht gegenüber Volk und Staat, ein "Dienst am völkischen Ganzen."¹⁶

Das methodisch Bemerkenswerte an dieser Argumentationsstrategie ist dies:

These 10:

Die erwünschte Rechtsänderung des Arbeitsrechts i.S. der "völkischen Rechtserneuerung" geschah primär nicht durch eine Novellierung der Gesetzesordnung in allen ihren Verzweigungen, sondern durch die gesetzliche Einführung weniger zentraler neuer Grundbegriffe in den §§ 1 und 2 AOG: Gemeinschaftsgedanke, Führerprinzip, Arbeit als Dienst an Volk und Staat.

Diese Generalklauseln wurden als beherrschende Prinzipien nicht nur der NS-Betriebsverfassung, sondern des gesamten Arbeitsrechts verstanden.¹⁷

Das Arbeitsverhältnis war jetzt nicht mehr ein schuldrechtlicher Austauschvertrag, also kein Dauerschuldverhältnis im Sinne des BGB. Es wurde als ein "personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis" verstanden.¹⁸

These 11:

Mit Hilfe dieser Umdeutung der Grundbegriffe und Prinzipien des Arbeitsrechts wurde der Wandel von der liberalen zur nationalsozialistischen Arbeitsverfassung theoretisch vorbereitet und praktisch herbeigeführt.¹⁹

¹⁰ Siebert, Die deutsche Arbeitsverfassung, 1942, S. 31 f.; ders., Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit, 1935, S. 10 ff., 53 ff.

¹¹ Nikisch, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis, 1941, S. 38 f.

¹² Siebert, Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit, 1935, S. 14.

¹³ Siebert, RabelsZ, 11. Sonderheft 1937, 199 (211) unter Berufung auf eine Äußerung HitlerS.

¹⁴ Siebert, Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit, 1935, S. 15.

¹⁵ Siebert, JW 1937, 1002 (1004); Mansfeld, DArbR 1936, 118 (123); Nikisch, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis, 1941, S. 44.

¹⁶ E.R. Huber, JW 1937, 1111 (1113); Oppermann, JW 1937, 5 (7).

¹⁷ Hueck, Deutsches Arbeitsrecht, 2. Aufl., 1944, S. 67; Dietz, in: Hueck/Nipperdey/Dietz, AOG, 4. Aufl., 1943, § 1 Rdnr. 1; Siebert, Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit, 1935, S. 9 f.

¹⁸ Siebert, Die deutsche Arbeitsverfassung, 2. Aufl., 1942, S. 37 f.; Hueck, Deutsches Arbeitsrecht, 2. Aufl., 1944, S. 66; Staudinger/Nipperdey, 10. Aufl., 1941 Vorbem. 26 zu § 611; Nikisch, Arbeitsrecht, 2. Aufl., 1944, S. 71 f.

¹⁹ Vgl. Siebert, Die deutsche Arbeitsverfassung, 2. Aufl., 1942, S. 15 ff., 30 ff., 41 ff.

Die theoretischen Hinweise und Orientierungshilfen wurden zugleich als unmittelbar umsetzbare, praktische Ratschläge für die Richter der Instanzgerichte verstanden und von diesen auch überwiegend befolgt.

Die Justiz erwies sich nach 1933 weitgehend als ein willfähiges Instrument zur Umgestaltung des geltenden überkommenen Rechts auch ohne rechtsändernde Eingriffe des Gesetzgebers. Die primären Gebiete der Rechtsumdeutung waren besonders die weltanschaulich sensiblen Materien wie das Ehe- und Familienrecht, der Mieterschutz und besonders das Arbeitsrecht.

Die Rechtswissenschaft hat diese Perversion der Rechtsordnung im Sinne der totalitären NS-Ideologie ganz überwiegend maßgeblich unterstützt.

III. Die "volksgenössische Rechtsstellung" oder "Rechtsstandschaft"

Das rechtspolitische Dogma, jede Rechtsstellung sei von der Mitgliedschaft in der jeweiligen Gemeinschaft abhängig, erwies sich bald als eine interpretative Wunderwaffe. Erstes Anwendungsfeld war das Kündigungsrecht (§§ 123 ff. GewO). Die fristlose Entlassung gewerblicher Arbeitnehmer war dort – wegen der kurzen Kündigungsfrist von drei Tagen – durch eine abschließende Aufzählung der Kündigungsgründe (Raufen am Arbeitsplatz und "liederlicher Lebenswandel") geregelt. Die staats- oder parteifeindliche Einstellung oder Betätigung war darin nicht vorgesehen.

Dem Landesarbeitsgericht Karlsruhe etwa genügte als "wichtiger Grund" zur fristlosen Entlassung nach § 124a GewO der Umstand, dass der betroffene Arbeitnehmer Mitglied der Religionsgemeinschaft der "Ernsten Bibelforscher" war, nicht mit dem "Deutschen Gruß" (Heil Hitler!) grüßte, die Nationalhymnen nicht mitsang und an Feiern und Umzügen der Belegschaft nicht teilnahm.²⁰ Die Entscheidungsgründe des LAG Karlsruhe enthalten einen Satz, der zeigt, wie bereitwillig die Lehre von der Gemeinschaftsabhängigkeit jeder Rechtsstellung (Larenz, Siebert) von der Justiz aufgenommen wurde:

"Der Kläger hat sich durch sein Verhalten bewusst außerhalb der Volksgemeinschaft gestellt."²¹

Die Argumentation ist klar: Wer sich selbst aus der Volksgemeinschaft entfernt, schließt sich damit auch aus deren Teilordnungen, hier der Betriebsgemeinschaft, aus. Das bedeutet, konsequent zu Ende gedacht, den möglichen Verlust der Rechtsfähigkeit und aller subjektiven Rechte. Wer gemeinschaftswidrig handelt, wird ehrlos und wehrlos.

These 12:

Die Jurisprudenz und die Justiz kehrten zu den mittelalterlichen Institutionen von „Acht und Bann“ zurück.

²⁰ ARS 21, 95.

²¹ ARS 21, 97.

Nahm z.B. ein Arbeiter nicht an der Reichstagswahl (1936) teil, so stellte er sich nach Ansicht des LAG Essen²² ebenfalls außerhalb der Volksgemeinschaft:

Durch sein Fernbleiben bekunde er die völlige Interessenlosigkeit für die Lebensnotwendigkeiten der Nation. Aus ähnlichen Gründen verlor seinen Arbeitsplatz, wer am Sonntagmorgen vor der Wahl zunächst zum Paddeln ging, sich dabei verletzte und deshalb an der Wahl nicht teilnahm.

Besonders geeignet war das Argument der "Betriebsgemeinschaft" zur teilweisen oder völligen Verdrängung jüdischer Arbeitnehmer aus ihren vertraglich und/oder gesetzlich geschützten Rechtspositionen.

Die Rechtsprechung zu betrieblichen Ruhegeldansprüchen,²³ zu den Lohnfortzahlungsansprüchen jüdischer Arbeiter an nationalen Feiertagen²⁴ und zu rassepolitisch motivierten Druckkündigungen²⁵ bietet zahlreiche Beispiele. Dabei fällt auf, dass die Arbeitsgerichtsbarkeit diesen Prozess der staatlich propagierten "Entjudung" des deutschen Arbeits- und Wirtschaftslebens nicht von Anfang an mit Eifer und Konsequenz betrieb, sondern eher zögernd und mit der erkennbaren Tendenz vorging, den jüdischen Anspruchsinhabern ihre Rechtspositionen wenigstens teilweise und mit Übergangsfristen zu erhalten.²⁶

IV. Methodisch-kritische Analyse

Die Eingliederungstheorie war – wie das "konkrete Ordnungsdenken" und die "konkret-allgemeinen Begriffe" – keine rechtsdogmatische, sondern eine rechtspolitische, auf Rechtsänderung ausgerichtete Theorie. Sie war getragen von der Überzeugung eines inneren Gegensatzes zwischen dem Vertragsrecht des BGB und der neuen Sicht völkischer (rassischer) Gemeinschaftsverhältnisse.²⁷

These 13:

Der absolute Vorrang, den die Eingliederungstheorie der Betriebsgemeinschaft für das gesamte Arbeitsrecht einräumte, bedeutete die Einführung einer radikal neuen, systemumwälzenden Wertgrundlage in das geltende Recht.²⁸

Die Proklamation der "Betriebsgemeinschaft" in § 1 AOG wurde zum Instrument beliebiger Ablehnungen überkommener gesetzlicher Vorschriften und zugleich zur sprudelnden Quelle neuer, politisch systemkonformer Rechtsschöpfungen durch die Arbeitsgerichtsbarkeit.

Alle im Betrieb Tätigen wurden einer weltanschaulich definierten "Leistungsgemeinschaft" unterworfen, die den völkischen Gemeinschafts-

²² ARS 28, 203 mit bes. ideologisch gefärbten Gründen.

²³ Vgl. Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, 4. Aufl., 1991, S. 224 ff.

²⁴ Vgl. Rüthers, a.a.O., S. 243 ff.

²⁵ Vgl. Rüthers, a.a.O., S. 250 ff.

²⁶ Vgl. Rüthers, a.a.O., S. 243 ff.

²⁷ Siebert, Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit, 1935, S. 118.

²⁸ Vgl. die mystische Verherrlichung der Gemeinschaftsideologie bei Freisler, Grundlegende Denkformen des Rechts im Wandel unserer Rechtserneuerung, 1941, S. 18 ff., für das Arbeitsrecht, S. 30 f.

zielen verpflichtet war. Die primär vermögensrechtlichen Eigeninteressen der Parteien des Arbeitsverhältnisses wurden durch die mystische Überhöhung des Gemeinschaftsgedankens abgewertet und zurückgedrängt. Dem entsprach die Beseitigung der Betriebsräte und Gewerkschaften als unabhängiger Repräsentanten von Arbeitnehmerinteressen. "Betriebsführer" und "Gefolgschaft" waren nicht zuerst Vertreter ihrer eigenen Belange, sondern "Arbeitsbeauftragte" des ganzen Volkes. Sie erfüllten nicht einen frei abgeschlossenen Vertrag, sondern ihre "volksgenössische Arbeitspflicht."²⁹

Die Eingliederungstheorie zusammen mit dieser Gemeinschaftsideologie bedeutete nach dem stolzen Bekenntnis eines ihrer begeisterten Vertreter die Übernahme und Verwirklichung des nationalsozialistischen Programmsatzes "Du bist nichts, dein Volk ist alles!" für dieses wichtige Teilgebiet der Rechtsordnung (Wolfgang Siebert).³⁰

These 14:

Aus ehemals privatautonomen Vertragspartnern waren durch die totalitäre Gemeinschaftsideologie unfreie, willenlose Knechte einer "Weltanschauung" geworden.

Die arbeitsrechtlichen Errungenschaften des liberalen Verfassungsstaates von Weimar wurden in einer mystisch verbrämten "Volks"- und "Betriebs-Gemeinschaft" zersetzt und beseitigt.

Jurisprudenz und Justiz funktionierten als Transmissionsriemen des inhumanen totalitären Zeitgeistes.

D. Die Arbeitsrechtsideologie der DDR

Mit dem Zusammenbruch des NS-Regimes 1945 setzte eine vierjährige Zwischenphase des Besatzungsregimes ein, in der, nach Besatzungszonen verschieden, neue staatliche und gesellschaftliche Ordnungsstrukturen angestrebt wurden. Der Alliierte Kontrollrat bildete ein wenig wirksames Instrument, die staatliche Einheit von Deutschland als Ganzem zu erhalten. Immerhin kam für das Arbeitsrecht ein Kontrollratsgesetz zur Betriebsverfassung zustande, das an die Tradition des BRG 1920 anknüpfte.

I. Die ideologischen Vorgaben der DDR-Verfassung

1949 wurden dann zwei deutsche Teilstaaten mit sehr unterschiedlicher, ja gegensätzlicher Systemideologie gegründet. Die für die sozialistische Staats- und Gesellschaftsordnung der DDR maßgebenden Grundgedanken hat der Staatsratsvorsitzende der DDR anlässlich der Vorlage des Entwurfes der 2. DDR-Verfassung am 31.1.1968 umrissen:³¹

"In der Epoche der sozialistischen Umwälzung der Welt unter den Bedingungen der wissenschaftlich-technischen Revolution kann ein Staat und ein Volk nur dann geschichtlich bestehen, wenn durch die sozialistische

²⁹ Siebert, RabelsZ, 11. Sonderheft 1937, 199 (211).

³⁰ Dazu Siebert bei Frank (Hrsg.), Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, 2. Aufl., 1935, S. 955 (959); vgl. auch Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts, 1957, S. 353 Fn. 222.

³¹ Verfassung der DDR, Dokumente, Kommentar, Bd. I, 1969, S. 52.

Umgestaltung der gesellschaftlichen Verhältnisse die volle Entfaltung aller körperlichen und geistigen Fähigkeiten des Volkes ermöglicht wird. Das setzt die Übernahme der entscheidenden Produktionsmittel in die Hände des Volkes voraus."

Die Volkswirtschaft in der DDR diene als "sozialistische Planwirtschaft" primär "der Stärkung der sozialistischen Ordnung". Es galt "der Grundsatz der Planung und Leitung der Volkswirtschaft sowie aller anderen gesellschaftlichen Bereiche" (Art. 9 Abs. 2 und 3 DDR-Verf. 1968).

Die Arbeitsrechtstheorie der DDR ging von dem Verfassungssatz aus, dass nach der sozialistischen Umwälzung der Gesellschaftsordnung alle politische Macht von den Werktätigen ausgeübt wurde. Die Ausbeutung des Menschen durch den Menschen war – nach der Verfassung – für immer beseitigt. Was des Volkes Hände schufen, sollte des Volkes eigen sein.³²

Die Eigentumsverhältnisse an den Produktionsmitteln sind in der Tat für die Ausprägung der jeweiligen Arbeitsverfassung konstitutiv. Anders gesagt: Die Arbeitsrechtsordnung ist eine abhängige Variable der jeweiligen Eigentumsverfassung, die ihrerseits von einer ganz bestimmten Eigentumsideologie getragen wird.

These 15:

Mit der sozialistischen Eigentumsordnung war nach dem Selbstverständnis der DDR eine qualitativ neue Gesellschaftsformation hervorgebracht und auf Dauer verankert worden, die sehr bildhaft und plakativ als "sozialistische Menschengemeinschaft" bezeichnet wurde.

II. Die Gemeinschaftsideologie

Sieht man von der Banalität ab, dass Menschen, wenn sie denn Gemeinschaften bilden, immer zu "Menschen"-Gemeinschaften kommen – zu was auch sonst? – fällt sofort der hohe Rang auf, der dem Gemeinschaftsgedanken auch im realen Sozialismus der DDR zugeschrieben wurde. Hier haben realer Sozialismus und Nationalsozialismus eine deutliche Parallele, die nicht durch Vergleichsverbote verdrängt werden kann. Der scheinbar wissenschaftlich-objektive Charakter der sozialistischen Menschengemeinschaft wurde an zentraler Stelle in die Verfassung von 1968 aufgenommen. Art. 2 Abs. 4 lautete dort:

"Die Übereinstimmung der politischen, materiellen und kulturellen Interessen der Werktätigen und ihrer Kollektive mit den gesellschaftlichen Erfordernissen ist die wichtigste Triebkraft der sozialistischen Gesellschaft."

Diese Proklamation einer gleichsam historisch-philosophisch notwendigen totalen Harmonie aller relevanten Interessen, also die verbürgte Konfliktsfreiheit und Homogenität der sozialistischen Gesellschaftsordnung der DDR, war die Grundlagenthese auch des Arbeitsrechts der DDR. Die Behauptung von realen Konflikten war ein Verstoß gegen die herrschende Staatsideologie.

³² Art. 2 Abs. 1 u. 3 Verf. 1968.

Der Satz von der notwendigen Interessenübereinstimmung im Sozialismus war folgerichtig auch eine der meistzitierten Floskeln im amtlichen Lehrbuch "Arbeitsrecht der DDR" gewesen, das 1983 unter der Leitung von Kunz/Thiel von einem Autorenkollektiv im Staatsverlag herausgegeben wurde.

These 16:

Diese juristisch verbrämte "Gemeinschaftsklausel" in der Verfassung der DDR hatte, wie die vergleichbaren Klauseln im AOG der NS-Zeit, wichtige Herrschafts- und Disziplinierungsfunktionen im Verbund mit dem Prinzip der zentralen Planung und Leitung der Volkswirtschaft und aller anderen gesellschaftlichen Bereiche (Art. 9 DDR-Verf. 1968). Sie diente erneut der totalen Disziplinierung der Arbeiterschaft bis zur Versklavung im Dienste einer totalitären Ideologie.

Der Gemeinschaftscharakter der sozialistischen Gesellschaftsordnung beruhte nicht zuletzt auf der sozialistischen Eigentumsordnung. Sie hatte den Gegensatz zwischen Kapital und Arbeit, zwischen Ausbeutern und Ausgebeuteten aus der Sicht des Systems für immer aufgehoben.

Die Werktätigen galten als Eigentümer der Produktionsmittel. Ein möglicher Interessengegensatz zwischen den produzierenden Werktätigen und den zentralen Planungs- und Leitungsinstanzen wurde über die Grundsätze des demokratischen Zentralismus und der notwendigen Übereinstimmung aller Interessen mit den gesellschaftlichen Erfordernissen theoretisch ausgeschlossen. Folgerichtig konnte es keine rechtmäßigen Arbeitskämpfe geben. Jeder Streik richtete sich gegen die Interessen der Gemeinschaft, war also ein staatsfeindlicher Akt der Konterrevolution.

Die angebliche Teilhabe der Werktätigen am Volkseigentum brachte den „Eigentümern“ keine Rechte. Sie hatte primär Verpflichtungscharakter. Sie hatten durch ihre Arbeit am Aufbau des Sozialismus mitzuwirken.³³ Die Parallele zur Deutung der "Betriebsgemeinschaft" als "Leistungsgemeinschaft" und der Arbeit als "Dienst an Volk und Staat" zur Zeit des Nationalsozialismus liegt auf der Hand.

Die "Arbeitsrechtsverhältnisse" wurden als "Verhältnisse der kameradschaftlichen Zusammenarbeit und der gegenseitigen sozialistischen Hilfe" angesehen, "gerichtet auf die freie Entfaltung aller schöpferischen Potenzen der Werktätigen, die ihre Funktion als Eigentümer der Produktionsmittel und Produzenten in gemeinschaftlicher, auf freiwilliger Organization und bewusster Disziplin beruhender Arbeit realisieren."³⁴

These 17:

Das Selbstverständnis der DDR zum Arbeitsrecht erschließt sich aus der systemspezifischen Wertung menschlicher Arbeit in der Lehre des Marxismus-Leninismus.

Das Arbeitsrecht der DDR ging von der marxistischen Lehre aus, dass gesellschaftlich nützliche Arbeit dasjenige Merkmal ist, das den Menschen

³³ Autorenkollektiv, Arbeitsrecht der DDR, 1968, S. 19, 2. Aufl., 1970, S. 41 f.

³⁴ Autorenkollektiv, Arbeitsrecht der DDR, 2. Aufl., S. 42.

vom Tier unterscheidet und ihn erst im Vollsinn zum Menschen macht. Nur der arbeitende Mensch hat bewusstes Sein, und nur der mit Bewusstsein begabte Mensch arbeitet. Arbeit in diesem Sinne ist nur gesellschaftliche Tätigkeit.

In Kunst und Kultur der DDR spielte diese Lehre, ja das Heldentum der Arbeit eine zentrale Rolle. Insgesamt wird deutlich, dass auch die sozialistische Variante des Gemeinschaftsgedankens den Einzelnen zum Werkzeug des Kollektivs erniedrigte. Die NS-Parole "Du bist nichts – dein Volk ist alles!" fand hier ihre Fortsetzung.³⁵

III. Der Betrieb als Erziehungsstätte

These 18:

Auf diesem ideologischen Vorverständnis beruhte auch die zentrale gesellschaftliche Stellung der volkseigenen Betriebe in der DDR. Der Betrieb war nicht nur die Stätte der Produktion. Er war zugleich ein Faktor der Erziehung der Werktätigen zu vollentwickelten sozialistischen Persönlichkeiten.

Er war der Ort, an dem in besonderem Maße individuelles und kollektives Bewusstsein gebildet werden sollte mit dem Ziel der Orientierung auf den endgültigen Sieg des Sozialismus.

Der Betrieb war eine wichtige Brutstätte der sozialistischen Menschen-gemeinschaft.

Diese Erziehungsfunktion der Betriebe wurde im Arbeitsrecht der DDR durchgängig sehr hoch bewertet. Besonders augenfällig wurde das am gesetzlichen Auftrag und an der Funktionsweise der "Betrieblichen Konflikt-kommissionen" (BKK) als eines Zweiges der sog. Gesellschaftlichen Gerichte.

Sie waren Instrumente zur Hebung der Arbeitsdisziplin und zur sozialistischen Erziehung und Selbsterziehung der Werktätigen wie auch der leitenden Kader im Betrieb. Sie bestanden in allen Betrieben, Behörden, öffentlichen Einrichtungen und gesellschaftlichen Organisationen der DDR, die mehr als 50 Beschäftigte hatten.

These 19:

Die für liberale Verfassungsstaaten kennzeichnende Trennung zwischen gesellschaftlichen, betrieblichen und privaten Sphären galt in der sozialistischen Ordnung der DDR – wie in allen totalitären Systemen – als überwunden.

Die "gesellschaftlichen Gerichte" mit ihren bezeichneten und bezeichnenden Verfahrensregeln sind ein Beweis für den totalen Machtanspruch des Systems über die Einzelperson.

These 20:

Die ideologische Vorprägung arbeitsrechtlicher Institutionen zeigt sich beispielhaft auch an der Rolle der Kündigung von Arbeitsrechtsverhältnissen in der DDR.

³⁵ Erwin Strittmatter hat später in seinem Buch "Der Wundertäter", Bd. III 1980, dieses System gekonnt verspottet, ohne dass die Zensur dies erkannte.

Ich lasse das hier aus. Die systemspezifischen Besonderheiten der Kündigung in der DDR erklären sich daraus, dass es dort im Grundsatz nur einen "Arbeitgeber" gab, den Staat. Deshalb war es sinnlos, leistungs-unwillige oder -unfähige Werktätige durch eine Kündigung aus dem Betrieb zu entfernen. Sie mussten nach der Systemideologie entweder umerzogen oder entsprechend ihren Fähigkeiten im Betrieb integriert werden.³⁶

E. Ideologie im Arbeitsrecht der Bundesrepublik?

Wir haben bisher die Arbeitsrechtsideologie zweier deutscher Staatsordnungen betrachtet: NS-Staat und DDR. Beide waren totalitäre Diktaturen. Man könnte geneigt sein anzunehmen, die ideologische Durchwirkung des Arbeitsrechts sei eine Spezialität totalitärer Staatssysteme. Die Bundesrepublik Deutschland als ein freiheitlich-demokratischer Verfassungsstaat sei davon nicht betroffen. Das Grundgesetz und das Arbeitsrecht der Bundesrepublik Deutschland seien im Grundsatz unideologisch und weltanschauungsneutral.

I. Ideologie im Grundgesetz?

Diese Annahme ist aus meiner Sicht unzutreffend. Es gibt kein weltanschauungsneutrales, "unideologisches" Recht, schon gar nicht auf dem emotional sensiblen Gebiet des Arbeitsrechts. Auch dem Grundgesetz liegt ein "Menschenbild", die Vorstellung einer selbstverantwortlichen, entscheidungsfähigen, gemeinschaftsgebundenen Persönlichkeit, zugrunde. Es hat sich u.a. für Privateigentum an Produktionsmitteln, für Vertragsfreiheit, Wettbewerb, Tarifautonomie und Arbeitskampffreiheit entschieden. Der Staat wird in der Verfassung als ein sozialer Staat – nicht als ein "Sozialstaat"! – definiert; was das bedeutet, ist bis heute unklar. Nicht nur das BVerfG und das BAG sind darüber uneins.

These 21:

Das Grundgesetz enthält viele weltanschaulich ("ideologisch") vorgeprägte, generalklauselartige Begriffe und Grundsätze, die für die Arbeitsverfassung und die Auslegung des Arbeitsrechts bedeutsam sind.

Die Wirksamkeit weltanschaulicher Vorverständnisse bei der Schaffung und Anwendung von Arbeitsrecht kennt gewisse Schwerpunkte. Sie können hier nur angedeutet werden.

Es geht in der Regel um solche Regelungsbereiche und Streitfälle, in denen Grundfragen der Gesellschaftsordnung entschieden werden.

II. Richterrecht und ideologische Vorverständnisse

These 22:

Das Problem der Basisideologien im Arbeitsrecht hat in der Bundesrepublik besondere Brisanz gewonnen, weil durch die Zurückhaltung der Gesetzgebung der Umfang des Richterrechts ein Maß angenommen hat, das zu dem

³⁶ Vgl. Rütters, Arbeitsrecht und politisches System, 1972, S. 37, 73 ff.

Gewaltenteilungsprinzip des Grundgesetzes in einem deutlichen Spannungsverhältnis steht.

Die Gerichte der Arbeitsgerichtsbarkeit sind in Deutschland auf weiten Gebieten zu vorrangigen Normsetzern avanciert, teils gezwungen durch die Untätigkeit der Gesetzgebung, teils freiwillig, weil sie mit den vorgefundenen gesetzlichen Wertungen unzufrieden waren und diese richterrechtlich zu novellieren trachteten.

Richterliche Normsetzung bedeutet immer auch die Umsetzung von weltanschaulichen (ideologischen) Vorverständnissen (Prämissen) der Gerichte in geltendes Recht.

Die entscheidende Frage geht dahin, ob diese Prämissen den individuellen Überzeugungen der Mitglieder des jeweiligen Richterkollegiums entspringen, also die Richter zu autonomen Gesetzgebern aufsteigen, oder ob die verbindlichen Wertmaßstäbe der Verfassung und der übrigen gesetzlichen Rechtsordnung entnommen werden (Art. 1 Abs. 2 Schweiz ZGB).

Es wäre reizvoll, einzelne Entscheidungen der Arbeitsgerichtsbarkeit und des Bundesverfassungsgerichts daraufhin zu analysieren, in welchem Umfang sich richterliche Eigenideologie in Grundsatzfragen nachweisen lässt. Ich muss mir das hier versagen, nenne aber gern ein paar Entscheidungen, die eine solche Analyse als lohnend erscheinen lassen.

Ein Wechsel der Basisideologie, also des Leitbildes rechtmäßiger Arbeitskämpfe, hat sich etwa in der Rechtsprechung des 1. Senats beim BAG zum Arbeitskampfrecht vollzogen. Ich beschränke mich auf den Hinweis, dass in den zwei Entscheidungen des Großen Senats dem ultima-ratio-Grundsatz ein hoher Rang zugemessen wird. Jede Abweichung davon ist nach § 45 ArbGG vorlagepflichtig. Der 1. Senat des BAG ist vielfach, besonders deutlich in seiner Rechtsprechung zur sog. neuen Beweglichkeit, vom Großen Senat abgewichen. Er hat die Abweichungen nicht vorgelegt.

Fazit:

Das Vorstehende ist nicht mehr als eine essayistische Skizze. Sicher ist manches überzeichnet oder falsch. Für jeden Irrtumsnachweis bin ich dankbar. Meine Absicht war es, die These von der ideologischen Wertgrundlage jeder Rechtsordnung am Beispiel des Arbeitsrechts in drei deutschen Verfassungsepochen nachzuweisen. In meinem (neutralen) Verständnis des Ideologiebegriffs hat jedes Recht, ja jede einzelne Rechtsnorm einen weltanschaulich, also ideologisch begründeten Wertmaßstab als wesentlichen Inhalt. Es gibt also nicht das gute unideologische und das böse ideologische Recht. Alles Recht ist ideologisch, setzt eine bestimmte Wertordnung als gültig voraus.

Werturteile sind nicht wissenschaftlich beweisbar, sondern durch rationale Argumentationen begründbar, die sich ihrerseits auf geglaubte Überzeugungen stützen. Die Überzeugungen können religiös, philosophisch, weltanschaulich oder durch unreflektierten Konsens gesellschaftlicher Konventionen bedingt sein. Das alles gilt auch für das Arbeitsrecht. Folgt

man dieser Sicht, so ist auch das Arbeitsrecht nicht "richtig" oder "falsch", sondern "systemgerecht", "angemessen", "vertretbar" oder das Gegenteil.

Die Möglichkeiten seiner Normsetzer und Betreiber zur kritischen und selbstkritischen Distanz zu ihrer Rechtsmaterie und zu ihrem Handwerk werden durch diese Sicht vielleicht erweitert und verstärkt.

Grundlagen des Verwaltungsvertrags

Hartmut Maurer, Konstanz

I. Einleitung

Der Verwaltungsvertrag, insbesondere der Vertrag zwischen der Verwaltung und dem Bürger auf dem Gebiet des Öffentlichen Rechts, der im Folgenden näher behandelt werden soll, hat sich heute in Deutschland fest etabliert. Er wird in der Praxis herangezogen, ist in der Literatur und Rechtsprechung anerkannt und hat inzwischen nicht nur in Einzelfällen, sondern auch generell eine gesetzliche Regelung erfahren. Die Verwaltung verfügt damit über zwei rechtliche Handlungsinstrumente, nämlich den Verwaltungsakt als einseitige Regelung durch die Verwaltungsbehörde und den Verwaltungsvertrag als einvernehmliche Regelung im Zusammenwirken mit einer Privatperson. Das war nicht immer so. Es dauerte einige Jahrzehnte, bis sich der Verwaltungsvertrag neben dem Verwaltungsakt als grundsätzlich gleichwertiges Regelungsinstrument durchgesetzt hat.

Ich werde im Folgenden – in der gebotenen Kürze – zunächst die Entwicklung des Verwaltungsvertrages behandeln, dann auf die allgemeinen Vertragsregelungen des VwVfG näher eingehen, sodann den Verwaltungsvertrag und den Verwaltungsakt in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht miteinander vergleichen und schließlich eine neuere Erscheinung, nämlich den Kooperationsvertrag im Rahmen der funktionalen Privatisierung, vorstellen.

II. Entwicklung

Das heutige Verwaltungsrecht hat sich als eigenständige und moderne Rechtsdisziplin erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts herausgebildet. Das typische und prägende Handlungsinstrument war von vornherein der Verwaltungsakt, dagegen hat der Verwaltungsvertrag zunächst nur wenig Beachtung gefunden. Das lag vor allem an der ablehnenden Haltung von Otto Mayer, der als Begründer des modernen Verwaltungsrechts gilt, jedenfalls führend an dessen Ausgestaltung mitwirkte und als maßgebende Autorität allgemein anerkannt war. Er erklärte im Blick auf Verträge zwischen dem Staat und dem Bürger, dass „wahre Verträge auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts überhaupt nicht möglich“ seien, weil der Vertrag die Gleichordnung der Rechtssubjekte voraussetze, das Öffentliche Recht aber durch die einseitige Überordnung des Staates als Hoheitsträger bestimmt werde.¹ Diese These wurde zwar selten so zugespitzt akzeptiert, hat aber doch lange Zeit

¹ Otto Mayer, Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Verträge, AöR Bd. 3 (1888), S. 3, 42.

die Akzeptanz des Verwaltungsvertrags in der Literatur und Praxis gehemmt und beeinträchtigt.²

Das Verdikt Otto Meyers lässt sich nur verstehen, wenn man die staatstheoretischen und verwaltungspraktischen Vorstellungen und Gegebenheiten des ausgehenden 19. Jahrhunderts in die Betrachtung einbezieht.

Staatstheoretisch war das damalige konstitutionelle Staatsrecht maßgebend, das monarchisch-obrigkeitsstaatliche, rechtsstaatliche und demokratisch-parlamentarische Elemente miteinander verknüpfte. Die überkommene Monarchie wurde zwar bestätigt, die monarchische Exekutive aber an die Gesetze gebunden, die ihrerseits durch übereinstimmende Beschlüsse des Monarchen und der Volksvertretung zustande kamen. In diese Konzeption passte der Verwaltungsakt. Er war – traditionell – Ausdruck der hoheitlichen, dem Bürger übergeordneten Staatsgewalt, aber auch – damals fortschrittlich – Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips, da er das geltende Recht im Einzelfall konkretisieren und verbindlich feststellen sollte. Die Vorstellung, dass der Staat mit Privatpersonen paktiere, schien dagegen abwegig. Der Einzelne war, wie man damals sagte, „Untertan“, Objekt der staatlichen Verwaltung, nicht Subjekt mit eigenen Rechten. Das Rechtsstaatsprinzip hatte nur die erste Stufe erreicht, die Bindung der Staatsgewalt an das objektive Recht. Daran änderten auch die (nur in den Landesverfassungen, nicht in der Reichsverfassung festgelegten) Grundrechte kaum etwas, da sie nach überwiegender Auffassung nur objektive, den Staat bindende Rechte darstellten, ganz abgesehen davon, dass auch ein ausreichender Rechtsschutz fehlte.

Der so verfasste konstitutionelle Staat fand 1918 mit dem Zusammenbruch der Monarchie sein Ende. Unter der Weimarer Reichsverfassung von 1919, die die Grundlagen für Republik und Demokratie schuf, bahnten sich zwar Änderungen an, sie konnten sich aber in den wenigen, zudem sehr turbulenten Jahren bis 1933 nicht mehr entfalten.

Zu einer grundlegenden Weiterentwicklung kam es jedoch nach 1945/1949. Das Grundgesetz stellt im Blick auf die schrecklichen Erfahrungen mit der menschenverachtenden Diktatur des Nationalsozialismus den Menschen in den Mittelpunkt der Verfassungs- und Rechtsordnung. Es anerkennt ausdrücklich die Würde und damit die Personhaftigkeit des Menschen (Art. 1 I GG), gewährleistet umfassend die Grundrechte als unmittelbar geltende, subjektive Rechte (Art. 1 III, Art. 2 ff GG) und verbürgt einen lückenlosen Rechtsschutz (Art. 19 IV GG). Damit hat das Rechtsstaatsprinzip seine zweite, entscheidende Stufe erreicht. Es orientiert sich nicht nur am Staat, um dessen „gute Ordnung“ zu gewährleisten, sondern auch und vor allem am Einzelnen, dem es subjektive Rechte gegenüber dem Staat verleiht und sichert. Aus dem „Untertan“ wird der Bürger, aus dem Objekt staatlichen Handelns, das mit eigenen Rechten ausgestattete Subjekt. Das wird auch im Verwaltungsprozess deutlich, wo sich Bürger und Staat als grundsätzlich gleiche, mit eigenen Rechten

² Vgl. die Nachweise bei Maurer, Der Verwaltungsvertrag – Probleme und Möglichkeiten, DVBl. 1989, 798, 799 f.

ausgestattete Prozessparteien gegenüber stehen. Die „Subjektivierung des Staat-Bürger-Verhältnisses“ bildet einen wesentlichen Grundzug des derzeitigen Verwaltungsrechts.

Parallel dazu nahmen Gegenstand und Umfang der Verwaltungstätigkeit erheblich zu. Sie beschränkte sich im 19. Jahrhundert – zumindest soweit sie damals verwaltungsrechtsdogmatisch zur Kenntnis genommen wurde – auf die Gewährleistung und Durchsetzung von Recht und Ordnung. Dazu bedurfte sie des Verwaltungsakts als rechtlich disziplinierter Eingriffsakt. Inzwischen haben sich die Aufgaben der Verwaltung – auch in der Wahrnehmung der Verwaltungsrechtsdogmatik – erheblich erweitert. Der Staat der modernen Industriegesellschaft kann sich nicht auf die Ordnungsverwaltung und damit die Gefahrabwehr beschränken, sondern muss Leistungen erbringen – für die Allgemeinheit durch Infrastruktureinrichtungen (etwa den Bau und die Unterhaltung von Straßen), durch Unterstützung und Förderung wirtschaftlicher Betriebe oder sogar ganzer Wirtschaftszweige (etwa durch Subventionen) oder durch Hilfe und Förderung einzelner Bürger (etwa durch die Sozialhilfe und Bildungsangebote). Diese Leistungen können durch Verwaltungsakt erbracht werden (sog. Leistungsbescheide); häufig erweist sich jedoch das Arrangement zwischen Staat und Bürger und damit der Vertrag als günstiger, vor allem dann, wenn es um eine längerfristige Beziehung geht.

In dieser Sicht können auch die staatsrechtlichen und verwaltungsbezogenen Gründe, die früher tatsächlich oder vermeintlich gegen die Annahme des Verwaltungsvertrags zwischen dem Staat und dem Bürger sprachen, heute nicht mehr durchgreifen. Im Gegenteil, die Anerkennung des Bürgers als eigenständiges Rechtssubjekt und die Bedürfnisse der Verwaltungspraxis weisen sogar geradezu auf den Verwaltungsvertrag als alternatives Handlungsinstrument hin. Der Verwaltungsakt wird damit nicht verabschiedet. Er hat sich zwar seit Otto Mayer begrifflich nicht oder kaum verändert,³ steht aber nunmehr in anderen Rahmenbedingungen, die ihn sogar dem Verwaltungsvertrag annähern. Darauf ist noch zurückzukommen (vgl. unten IV).

Entsprechend dieser Entwicklung hat sich auch die Einstellung gegenüber dem Verwaltungsvertrag geändert. Bereits 1958 erschienen gleich drei grundlegende Publikationen zum Verwaltungsvertrag,⁴ denen im Laufe der Zeit zahlreiche Monografien und Aufsätze folgten.⁵ In der Rechtsprechung wurde der Verwaltungsvertrag, der dort in Einzelfällen schon lange anerkannt

³ Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Aufl. 1895, S. 95; 3. Aufl. 1924, S. 93; dazu auch Engert, Die historische Entwicklung des Rechtsinstituts Verwaltungsakt, 2002, S. 122 ff mit weiteren Nachw.

⁴ Vgl. Imboden, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, 1958; Salzwedel, Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags, 1958; Stern, Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrags, VerwArch. Bd. 49 (1958), S. 106 ff

⁵ Vgl. die Habilitationsschriften von Spannovsky, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, 1994; Schlette, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000; Gurlit, Verwaltungsvertrag und Gesetz, 2000; ferner die Nachweise bei Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, § 14 Rn. 59 ff – Allerdings kam es vereinzelt auch zu Kritik und Ablehnung, vgl. Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, 1962; Burmeister, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, VVDStRL 52 (1993), S. 190 ff.

war, durch ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts von 1965 auch grundsätzlich bestätigt.⁶ Der endgültige Durchbruch erfolgte schließlich 1976 mit der gesetzlichen Regelung des Verwaltungsvertrages im Verwaltungsverfahrensgesetz.⁷

III. Das geltende Vertragsrecht

1. Die Vertragsregelungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG)

Das 1976 erlassene VwVfG enthält nicht nur verfahrensrechtliche Vorschriften, sondern erfasst auch sog. konnexe Materien, d.h. mit dem Verfahrensrecht eng verknüpfte Bereiche des materiellen Verwaltungsrechts. Dazu gehören vor allem die rechtlichen Handlungsinstrumente der Verwaltung, nämlich der Verwaltungsakt und der Verwaltungsvertrag. Während die Regelungen über den Verwaltungsakt im Wesentlichen die bisherigen, von der Literatur und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze kodifizieren konnten, stießen die Vorschriften über den Vertrag in Neuland vor. Sie sind dementsprechend auch knapp, zurückhaltend und lückenhaft, geben aber doch ein markantes Gerüst für das Verwaltungsvertragsrecht. Eine Ergänzung und Erweiterung der nun schon über 30 Jahre alten Vertragsregelungen ist geplant, aber über das Entwurfsstadium bisher nicht hinausgekommen.⁸

Die Vertragsregelungen sind im Anhang abgedruckt. Ich gebe dazu noch einige zusätzliche Hinweise:

a) § 54 ist gleichsam die Eingangsnorm. Er bestimmt zum einen den Begriff und zum anderen die Zulässigkeit des Verwaltungsvertrages. Das Gesetz geht vom allgemeinen, in allen Rechtsbereichen anerkannten Vertragsbegriff aus und bestimmt den Verwaltungsvertrag nach seinem Gegenstand, nämlich die Begründung, Änderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. Da sich das VwVfG auf das Verwaltungsrecht beschränkt, wie sich aus §§ 1 und 9 und der Gesamtkonzeption ergibt, geht es nur um verwaltungsrechtliche Rechtsverhältnisse. Staatsrechtliche und völkerrechtliche Verträge, die ebenfalls dem öffentlichen Recht angehören, scheiden aus. Der Hinweis auf das öffentliche Recht dient der Abgrenzung zu den privatrechtlichen Verträgen, die die Verwaltung in verschiedenen Bereichen, etwa im Beschaffungswesen, bei der wirtschaftlichen Tätigkeit und bei der Erledigung von öffentlichen Aufgaben in der Form des sog. Verwaltungsprivatrechts abschließen kann. § 54 VwVfG entspricht § 35 VwVfG, der den Verwaltungsakt definiert als Regelung einer Behörde auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts.

⁶ BVerwGE 23, 213; vgl. ferner die weiteren Nachweise bei Maurer (Fn. 5), § 14 Rn. 62

⁷ §§ 54–62 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) vom 25.05.1976 (BGBl. I S. 1253) in der Fassung der Bekanntmachung vom 23.01.2003 (BGBl. I S. 102); vgl. dazu etwa die Kommentare von Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, 10. Aufl. 2008; Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Aufl. 2008; Knack/Henneke, Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Aufl. 2009

⁸ Schmitz, „Die Verträge sollen sicherer werden“. – Zur Novellierung der Vorschriften über den öffentlich-rechtlichen Vertrag, DVBl 2005, 17 ff

b) Die früher umstrittene Frage, ob die Wahl der Vertragsform einer gesetzlichen Ermächtigung bedarf, wird durch § 54 entschieden. Die Verwaltung ist danach generell befugt, in der Form des Vertrags zu handeln, sofern keine Rechtsvorschrift entgegensteht. § 54 Satz 2 weist sogar nachdrücklich auf den Vertrag als Alternative zum Verwaltungsakt hin.

c) In den folgenden §§ 55 und 56 werden zwei Vertragstypen hervorgehoben, nämlich der Vergleichsvertrag, der bei nicht behebbaren Zweifel in sachlicher oder rechtlicher Hinsicht einen Ausweg ermöglicht, und der Austauschvertrag, der darin besteht, dass die Leistung der Behörde und die Gegenleistung des Bürgers miteinander verknüpft sind. Diese beiden Vertragstypen werden deshalb besonders aufgeführt, weil für sie besondere rechtliche Voraussetzungen bestehen, die später bei der Fehlerfolgenregelung wieder bedeutsam werden.

d) Nach § 57 muss der Vertrag schriftlich abgeschlossen werden. Das Erfordernis der Schriftform hat – wie auch sonst – eine doppelte Funktion: Sie soll zum einen die Vertragspartner, insbesondere den Bürger, vor übereilten Vertragsabschlüssen schützen (Warnfunktion) und zum anderen den Vertragsabschluss und den Vertragsinhalt dokumentieren (Beweisfunktion). Bei kleineren Alltagsgeschäften, etwa dem Erwerb einer Eintrittskarte für ein städtisches Museum, erscheint die Schriftform überzogen, so dass entsprechende Ausnahmen gemacht werden sollten.

e) Die Bestimmung des § 58, dass ein Vertrag, der in Rechte eines Dritten eingreift, erst wirksam wird, wenn der Dritte zustimmt, erscheint selbstverständlich, da die Vertragspartner nicht über die Rechte eines unbeteiligten Dritten verfügen können. Fehlt die Zustimmung, dann ist der Vertrag schwebend unwirksam; wird sie verweigert, dann ist er endgültig unwirksam. Das Problem ist nun, dass der zustimmungsberechtigte Dritte möglicherweise – aus Unkenntnis oder aus Nachlässigkeit – erst nach längerer Zeit den Vertragsabschluss erfährt und nunmehr die Zustimmung verweigert, so dass der Vertrag, auf dessen Gültigkeit beide Vertragspartner vertraut haben, doch noch scheitert. Daher ist diese Regelung unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit auch auf massive Kritik gestoßen. Die Lösung könnte darin liegen, dass der betroffene Dritte über den Vertrag informiert werden muss und ein zeitlich beschränktes Widerspruchsrecht erhält.

f) Von erheblicher Bedeutung ist ferner die Fehlerfolgenregelung des § 59. Vor Erlass des VwVfG wurden rechtswidrige Verträge von der überwiegenden Literatur und Rechtsprechung als nichtig qualifiziert. Das VwVfG beschränkt nun die Nichtigkeit auf eine Reihe von Nichtigkeitsgründen. In § 59 II werden einige Nichtigkeitsgründe genannt, von denen die ersten beiden praktisch kaum aktuell werden, die letzten beiden nur die bereits erwähnten Vergleichs- und Austauschverträge mit ihren besonderen Voraussetzungen betreffen. Im Übrigen wird auf die Nichtigkeitsgründe des Bürgerlichen Rechts verwiesen (§ 59 I). Dort wird vor allem § 134 BGB bedeutsam, der bestimmt, dass ein Vertrag nichtig ist, wenn er „gegen ein gesetzliches Verbot verstößt“. Die analoge Anwendung und Reichweite dieser Bestimmung, die im bürgerlichen Recht wurzelt, ist fraglich und strittig. Die h. L. behilft sich mit einer mittleren Formel. Danach soll nicht jede

Rechtswidrigkeit, sondern nur eine „qualifizierte Rechtswidrigkeit“ des Vertrags seine Nichtigkeit herbeiführen, was wiederum der Konkretisierung im Einzelfall bedarf.⁹ Festzuhalten ist jedenfalls, dass es nach dem VwVfG Verwaltungsverträge geben kann, die trotz Rechtswidrigkeit rechtswirksam werden und unangreifbar rechtswirksam bleiben, was rechtsstaatlich nicht unproblematisch ist.

g) Von der ursprünglichen Rechtswidrigkeit ist der Fall zu unterscheiden, dass sich nachträglich die dem Vertrag zugrunde liegenden tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse wesentlich geändert haben. In diesem Fall kann jede Vertragspartei die Änderung oder Auflösung des Vertrages verlangen. Die Verwaltung hat überdies noch ein Kündigungsrecht, „um schwere Nachteile für das Gemeinwohl zu verhüten oder zu beseitigen“, muss dann aber Entschädigung leisten (§ 60).

h) Besondere Regelungen bestehen auch für die Vollstreckung, d.h. für die zwangsweise Durchsetzung, falls sich ein Vertragspartner weigert, die vertraglich übernommene Leistungspflicht zu erfüllen. Im Gegensatz zum Verwaltungsakt, der auch Vollstreckungstitel ist und von der erlassenden Behörde selbst vollstreckt werden kann, ist der Verwaltungsvertrag kein Vollstreckungstitel. Die Behörde muss daher – ebenso wie der Bürger – bei Streitigkeiten über die vertraglichen Leistungspflichten das Verwaltungsgericht anrufen und mit dem gerichtlichen Urteil einen Vollstreckungstitel erwirken. Allerdings gibt es auch hier einen Ausweg. Beide Vertragsparteien können sich gem. § 61 VwVfG der „sofortigen Vollstreckung unterwerfen“. Wenn sich der Bürger der sofortigen Vollstreckung unterwirft, was die Behörde meistens erwartet bzw. verlangt, dann kann die Behörde auf dieser Grundlage den Verwaltungsvertrag wie einen Verwaltungsakt vollstrecken.

i) Schließlich ist noch auf § 62 hinzuweisen, der u.a. besagt, dass ergänzend die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches entsprechend anzuwenden sind. Da die Vertragsregelungen des VwVfG sehr knapp sind, kommt dieser Regelung erhebliche Bedeutung zu. Allerdings sind die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften nur analog anzuwenden, so dass stets zu prüfen ist, ob und inwieweit sie auch passen. Werden sie herangezogen, dann werden sie in das öffentliche Recht integriert und erlangen damit auch dessen Rechtsqualität.

k) Neben diesen allgemeinen Vertragsregelungen gibt es noch eine ganze Anzahl von speziellen Vertragsregelungen, insbesondere im Baurecht, im Gewerberecht, im Kommunalrecht, im Sozialrecht u.s.w. Sie gehen als Spezialvorschriften vor, ändern aber nichts an der dargelegten Gesamtkonzeption des Verwaltungsvertragsrechts.

2. Die materiell-rechtlichen Bindungen

Die dargelegten Vorschriften des VwVfG betreffen nur die formelle Seite des Vertragshandelns. Die materiell-rechtlichen Bindungen ergeben sich entsprechend dem Vertragsgegenstand aus dem jeweils maßgeblichen

⁹ Vgl. BVerwGE 89, 7, 10; 98, 58, 63; Gurlit, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2006, § 31 Rn. 21; Maurer (Fn. 5), § 14 Rn. 42

Fachrecht; so muss z.B. die Baubehörde auch dann, wenn sie vertraglich vorgeht, die zwingenden Vorschriften des Bauplanungs- und Bauordnungsrechts einhalten. Sie muss ferner die allgemeinen Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätze beachten. Die Verwaltung kann sich nicht auf die in der Privatautonomie wurzelnde Vertragsfreiheit berufen und im Blick darauf ihre Kompetenzen vertraglich ausdehnen und erweitern. Vielmehr bleibt sie durchweg – in welchem Bereich und mit welchen Mitteln sie immer tätig wird – an die Verfassung, insbesondere die Grundrechte, ferner an die allgemeinen Verwaltungsgrundsätze, die Kompetenzvorschriften und die im konkreten Fall maßgeblichen gesetzlichen Vorschriften gebunden. Der eigentliche Anwendungsbereich des Verwaltungsvertrags liegt somit dort, wo der Verwaltung gesetzlich Gestaltungs- und Ermessensspielräume eingeräumt werden oder wo gesetzliche Vorgaben ganz fehlen. Die Befugnis zum Verwaltungshandeln dispensiert also nicht von der Rechtsbindung, sondern eröffnet nur alternative Möglichkeiten im Rahmen des geltenden Rechts.

Anders liegt es auf der Seite des Bürgers. Er ist als Vertragspartner nur insoweit an das öffentliche Recht gebunden, als es sich auch an ihn richtet. Er ist – auch als Vertragspartner der Verwaltung – nicht dem Gemeinwohl verpflichtet, sondern kann seine Interessen verfolgen, wobei er sich freilich nur dann durchsetzen wird, wenn sie sich mit den Intentionen der rechtlich gebundenen Verwaltung in Einklang bringen lassen. Die Rechtsbindungen der beiden Vertragspartner decken sich also nicht. Als Grundrechtsberechtigter kann der Bürger sogar auf bestimmte Grundrechtspositionen verzichten und damit den Vertragsrahmen erweitern.

Der Vertrag zwischen der Verwaltung und dem Bürger weist somit eine eigenartige Disparität auf. Auf der einen Seite steht die rechtlich gebundene und begrenzte Verwaltung, auf der anderen Seite der privat-autonome und damit grundsätzlich freie Bürger. Otto Mayer, von dem eingangs die Rede war, hatte also doch in gewisser Weise Recht,¹⁰ wenn auch seine Schlussfolgerungen nicht überzeugen. Die unterschiedlichen Positionen und unterschiedlichen rechtlichen Bindungen schließen jedoch nicht aus, dass die Vertragspartner eine gemeinsame Regelung aushandeln und verbindlich festlegen.

IV. Vergleich zwischen Verwaltungsvertrag und Verwaltungsakt

Vergleicht man den Verwaltungsvertrag mit dem Verwaltungsakt, dann sind vor allem drei Aspekte von Interesse, nämlich die Einbeziehung des Bürgers in den Entscheidungsprozess, die Flexibilität der angestrebten Regelung und die Bestandskraft der getroffenen Entscheidung.

1. Einbeziehung des Bürgers

Der Verwaltungsvertrag vermittelt dem Bürger ein Mitsprache- und Mitentscheidungsrecht. Er kann seinen Standpunkt nachdrücklich geltend machen und begründen und auf diese Weise die Entscheidung beeinflussen.

¹⁰ Vgl. Krebs, Grundfragen des öffentlich-rechtlichen Vertrages, in: Ehlers/Krebs (Hg.), Grundfragen des Verwaltungsrechts und Kommunalrechts, 2000, S. 41 ff.

Das ist vor allem bei komplexen und vielschichtigen Sachverhalten, etwa bei der Genehmigung einer Industrieanlage, von Bedeutung. Allerdings hat er nur ein Mitentscheidungsrecht. Die Behörde kann ihn auf die Bindungen des öffentlichen Rechts und damit auf ihre rechtlichen Grenzen hinweisen. Zudem hat die Behörde meistens noch die Möglichkeit, auf einen Verwaltungsakt auszuweichen, wenn der Vertrag nicht zum gewünschten oder vertretbaren Ergebnis führt.

Der Verwaltungsakt wird dagegen einseitig erlassen, so dass es auf die alternativen oder ablehnenden Vorstellungen des Bürgers nicht ankommt. Indessen ist doch zu beachten, dass die bereits dargelegte Entwicklung von der obrigkeitsstaatlichen zur bürgerbezogenen Verwaltung auch Auswirkungen für das Handeln durch Verwaltungsakt hat. Die Begriffsmerkmale sind zwar geblieben, aber das den Verwaltungsakt prägende Umfeld hat sich geändert. Der Bürger wird auch im Verwaltungsakt-Verfahren als selbstständiges Rechtssubjekt anerkannt und mit eigenen Verfahrensrechten ausgestattet. Er hat vor allem ein Anhörungsrecht, das durch Auskunfts-, Beratungs- und Informationsansprüche ergänzt und verstärkt und durch die Pflicht der Behörde, ihren Verwaltungsakt zu begründen, abgesichert wird.¹¹ Anhörung bedeutet nicht nur, dass der Bürger auch etwas sagen darf, sondern verpflichtet die Behörde, seine tatsächlichen und rechtlichen Ausführungen zur Kenntnis zu nehmen und bei ihrer Entscheidungsfindung zu berücksichtigen.¹² Das liegt übrigens auch im Interesse der Behörde selbst, da sie häufig auf die speziellen Kenntnisse des Bürgers angewiesen ist. Handelt es sich um strittige und komplizierte Fragen, dann wird es möglicherweise sogar zu eingehenden Verhandlungen kommen. Der sonach „ausgehandelte“ Verwaltungsakt unterscheidet sich letztlich nur noch dadurch vom Vertrag, dass nur das abschließende Verhandlungsprotokoll, nicht aber die abschließende Entscheidung selbst von beiden Seiten unterzeichnet wird. Der Bürger ist in diesen Fällen zwar nicht Vertragspartner, aber doch Verhandlungspartner der Verwaltung.

2. Flexibilität der Regelung

Der Verwaltungsvertrag ermöglicht eine flexible Regelung, da er auch komplizierte Sachverhalte und ihre Eventualitäten differenziert erfassen und bestimmen kann. Indessen ist das auch beim Verwaltungsakt möglich, da er nicht in einem knappen, dem gerichtlichen Urteil vergleichbaren Verfügungssatz bestehen muss, sondern durch Zusätze und Einschränkungen sowie durch Bedingungen, Befristungen und Auflagen ergänzt werden kann. In rechtlicher Sicht gewährleistet allerdings der Verwaltungsvertrag ggf. einen größeren Spielraum, da die Rechtsbindung durch die Zustimmung des Bürgers gelockert werden kann, während beim Verwaltungsakt die rechtlichen Bindungen stets eingehalten werden müssen.

¹¹ Vgl. § 28 VwVfG, der sich zwar auf „eingreifende Verwaltungsakte“ und „Tatsachen“ beschränkt, aber durch zahlreiche Einzelregelungen und verfassungsrechtliche Grundsätze (Rechtsstaatsprinzip, Grundrechte) ergänzt wird.

¹² Das Anhörungsrecht wird durch Auskunfts-, Beratungs- und Informationsansprüche einschließlich dem Anspruch auf Akteneinsicht ergänzt, und durch die Verpflichtung der Behörde zur Begründung ihrer Verwaltungsakte abgesichert (vgl. § 25, 29, 36 VwVfG).

3. Rechtsschutz und Bestandschutz

Der Verwaltungsakt wird mit seinem Erlass rechtswirksam und mit seiner Unanfechtbarkeit bestandskräftig. Das gilt zunächst auch für den rechtswidrigen Verwaltungsakt. Der in seinen Rechten Betroffene kann jedoch den Verwaltungsakt anfechten und seine Aufhebung im Widerspruchs- oder Verwaltungsgerichtsverfahren erreichen. Ferner kann der bestandskräftige Verwaltungsakt, wenn auch nur noch beschränkt, von der Behörde im Falle seiner Rechtswidrigkeit zurückgenommen und im Falle der späteren Änderung der zugrunde liegenden Verhältnisse widerrufen werden. Es besteht also ein abgestimmtes und austariertes System zur optimalen Gewährleistung sowohl der Rechtssicherheit als auch der materiellen Gerechtigkeit. Ein entsprechend ausgewogenes System des Bestandschutzes und der Fehlerkorrektur fehlt (noch) beim Verwaltungsvertrag. Der Gesetzgeber beschränkt sich mit der ausschließlichen Differenzierung zwischen Nichtigkeit und Rechtswirksamkeit rechtswidriger Verträge auf die Alternative „alles oder nichts“ und lässt drittbelastende Verträge möglicherweise für längere Zeit in der Schwebe.¹³ Hier besteht noch Regelungsbedarf.

4. Wahlrecht der Behörde

Die Behörde kann gem. § 54 VwVfG nach ihrem Ermessen zwischen dem Verwaltungsvertrag und dem Verwaltungsakt entscheiden, sofern die rechtlichen Voraussetzungen für beide Handlungsformen vorliegen. Maßgebende Gesichtspunkte für die Entscheidung sind die Effektivität, die Zügigkeit und die Zweckmäßigkeit der durch die jeweiligen Handlungsformen bedingten Verfahren. Aber auch rechtlich-strukturelle Gesichtspunkte können eine Rolle spielen. Als Beispiel sei auf die Subventionierung, d. h. die Gewährung von geldwerten Leistungen durch den Staat an Private ohne marktmäßige Gegenleistung zur Förderung eines im öffentlichen Interesse liegenden Zwecks, verwiesen. Subventionsdarlehen wurden früher und werden auch heute noch weitgehend nach der sog. Zweistufentheorie vergeben: Auf der ersten Stufe wird durch Verwaltungsakt darüber entschieden, ob die beantragte Subvention zu bewilligen ist; wird das bejaht, dann werden auf der zweiten Stufe in einem privatrechtlichen Darlehensvertrag zwischen der Behörde und dem Bürger die einzelnen Bedingungen festgelegt (Auszahlung, Zinsen, Rückzahlung usw.). Die Zweistufentheorie hatte früher trotz ihrer Kompliziertheit ihren Sinn, weil man sich das Darlehen nur privatrechtlich vorstellen konnte, aber die Subventionsentscheidung selbst doch öffentlich-rechtlich bestimmen wollte, was durch den bewilligenden Verwaltungsakt geschieht. Heute lässt sich das einfacher und besser durch einen einheitlichen öffentlichrechtlichen Vertrag erreichen.

V. Der Kooperationsvertrag

Als der Gesetzgeber 1976 das VwVfG erließ, hatte er vor allem die Verwaltungsverträge im Auge, die einen Verwaltungsakt ersetzen oder ergänzen. Die Entwicklung ist inzwischen weitergegangen. Zunehmend setzt

¹³ Vgl. dazu oben III 1e

sich auch in Deutschland die aus den USA und England stammende Konzeption der Public Private Partnerships (PPP)¹⁴ durch, die auf eine Zusammenarbeit von Verwaltung und privaten Wirtschaftsunternehmen bei der Erledigung öffentlicher Aufgaben angelegt ist. Sie steht im engen Zusammenhang mit der Privatisierung. Bekanntlich werden drei Formen der Privatisierung unterschieden. Die formelle Privatisierung führt dazu, dass die Verwaltung bislang von ihr in öffentlich-rechtlicher Form wahrgenommene Aufgaben nunmehr in privatrechtlichen Organisations- und Handlungsformen besorgt, insbesondere durch privatrechtliche Gesellschaften, etwa eine Aktiengesellschaft oder eine GmbH, die von ihr gegründet werden und auch weiterhin von ihr beeinflusst werden können. Materielle Privatisierung bedeutet, dass bislang von der Verwaltung wahrgenommene Aufgaben eingestellt und damit dem Privatbereich überlassen werden. Dazwischen liegt gleichsam die funktionale Privatisierung. Sie besteht darin, dass die Verwaltung zwar die Zuständigkeit und Verantwortung für bestimmte Aufgaben behält, aber zur Erfüllung dieser Aufgaben private Unternehmer heranzieht, etwa beim Straßenbau, der Abfallbeseitigung, der Sicherung bestimmter Anlagen usw. Die übertragenen Aufgaben können verschiedene Verfahrensabschnitte betreffen, etwa die Planung, die Vorbereitung, die Durchführung, die Erhaltung oder die Prüfung bestimmter Projekte. Die Verwaltung nutzt damit die besondere Sachkunde und Fähigkeiten der Privatunternehmen, entlastet ihren eigenen Apparat und schont meistens auch noch ihre Finanzen, indem sie die Privatunternehmer zur Einziehung von Gebühren ermächtigt.

Es versteht sich von selbst, dass solche Kooperationen nicht durch Verwaltungsakt, sondern nur durch Verwaltungsvertrag oder ähnliche Kooperationsakte begründet werden können.¹⁵ Der Kooperationsvertrag ist denn auch eine bereits bekannte Erscheinung in der Praxis. In der Literatur wird er eingehend diskutiert. Seit einigen Jahren liegt auch ein Entwurf zur Ergänzung des VwVfG vor,¹⁶ der den Kooperationsvertrag erwähnt und damit legalisiert. Die Behörde kann, so heißt es in dem Entwurf, „einen öffentlich-rechtlichen Vertrag auch schließen, um Private an der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben zu beteiligen“. Im Folgenden werden dann noch einige Anforderungen an den Kooperationsvertrag gestellt, die eigentlich selbstverständlich sind, aber doch zweckmäßigerweise auch noch rechtlich festgelegt werden. Die Behörde muss danach vertraglich „sicherstellen, dass ihr ein hinreichender Einfluss auf die ordnungsgemäße Erfüllung der öffentlichen Aufgaben verbleibt“, und sie muss „einen Vertragspartner auswählen, der fachkundig, leistungsfähig und zuverlässig ist“.

¹⁴ Öffentlich Private Partnerschaften (ÖPP); vgl. Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für öffentlich private Partnerschaften vom 01.09.2005 (BGBl I, S. 2676).

¹⁵ In Betracht kommen im Bereich der funktionalen Privatisierung auch privatrechtliche Verträge. Die Abgrenzung ist in der Literatur noch nicht abschließend geklärt.

¹⁶ Vgl. dazu Schmitz, DVBl. 205, 21; Stelkens, NWVBl. 2006, 1 ff.

VI. Schlusswort

Damit bin ich am Ende meiner Ausführungen angekommen. Der Verwaltungsvertrag hat, wie sich gezeigt hat, während der letzten 100 Jahre eine erhebliche Aufwertung in grundsätzlicher, rechtlicher und politischer Sicht erfahren. Aus dem vertragsfernen „Untertan“ ist der vertraglich akzeptierte Bürger und aus diesem wiederum der echte Vertragspartner der Verwaltung geworden. Das Recht kann freilich nur den Rahmen abstecken und Maßstäbe geben. Der Verwaltungsvertrag ist nicht weniger der Gefahr des Missbrauchs ausgesetzt als der Verwaltungsakt. Das gilt nicht nur für die Verwaltung, die versucht ist, ihre Macht gegenüber dem Bürger auszuspielen, sondern auch für den Privatunternehmer, der sich gewisse Leistungen, etwa die von der Gemeinde dringend erwünschte Ansiedlung seines Gewerbebetriebs, durch Zugeständnisse „bezahlen“ lässt. Diese Gefahren sprechen jedoch nicht gegen den Verwaltungsvertrag, sondern fordern ausreichende Kontrollmechanismen und eine solide Rechtsmoral.

Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)

Teil IV

Öffentlich-rechtlicher Vertrag

§ 54 Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags

¹Ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts kann durch Vertrag begründet, geändert oder aufgehoben werden (öffentlich-rechtlicher Vertrag), soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen. ²Insbesondere kann die Behörde, anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit demjenigen schließen, an den sie sonst den Verwaltungsakt richten würde.

§ 55 Vergleichsvertrag

Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag im Sinne des § 54 Satz 2, durch den eine bei verständiger Würdigung des Sachverhalts oder der Rechtslage bestehende Ungewissheit durch gegenseitiges Nachgeben beseitigt wird (Vergleich), kann geschlossen werden, wenn die Behörde den Abschluss des Vergleichs zur Beseitigung der Ungewissheit nach pflichtgemäßem Ermessen für zweckmäßig hält.

§ 56 Austauschvertrag

(1) ¹Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag im Sinne des § 54 Satz 2, in dem sich der Vertragspartner der Behörde zu einer Gegenleistung verpflichtet, kann geschlossen werden, wenn die Gegenleistung für einen bestimmten Zweck im Vertrag vereinbart wird und der Behörde zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben dient. ²Die Gegenleistung muss den gesamten Umständen nach angemessen sein und im sachlichen Zusammenhang mit der vertraglichen Leistung der Behörde stehen.

(2) Besteht auf die Leistung der Behörde ein Anspruch, so kann nur eine solche Gegenleistung vereinbart werden, die bei Erlass eines Verwaltungsaktes Inhalt einer Nebenbestimmung nach § 36 sein könnte.

§ 57 Schriftform

Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag ist schriftlich zu schließen, soweit nicht durch Rechtsvorschrift eine andere Form vorgeschrieben ist.

§ 58 Zustimmung von Dritten und Behörden

(1) Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, der in Rechte eines Dritten eingreift, wird erst wirksam, wenn der Dritte schriftlich zustimmt.

(2) Wird anstatt eines Verwaltungsaktes, bei dessen Erlass nach einer Rechtsvorschrift die Genehmigung, die Zustimmung oder das Einvernehmen einer anderen Behörde erforderlich ist, ein Vertrag geschlossen, so wird dieser erst wirksam, nachdem die andere Behörde in der vorgeschriebenen Form mitgewirkt hat.

§ 59 Nichtigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags

(1) Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag ist nichtig, wenn sich die Nichtigkeit aus der entsprechenden Anwendung von Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs ergibt.

(2) Ein Vertrag im Sinne des § 54 Satz 2 ist ferner nichtig, wenn

1. ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt nichtig wäre;

2. ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt nicht nur wegen eines Verfahrens- oder Formfehlers im Sinne des § 46 rechtswidrig wäre und dies den Vertragschließenden bekannt war;
3. die Voraussetzungen zum Abschluss eines Vergleichsvertrags nicht vorlagen und ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt nicht nur wegen eines Verfahrens- oder Formfehlers im Sinne des § 46 rechtswidrig wäre;
4. sich die Behörde eine nach § 56 unzulässige Gegenleistung versprechen lässt.

(3) Betrifft die Nichtigkeit nur einen Teil des Vertrags, so ist er im Ganzen nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass er auch ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre.

§ 60 Anpassung und Kündigung in besonderen Fällen

(1) ¹Haben die Verhältnisse, die für die Festsetzung des Vertragsinhalts maßgebend gewesen sind, sich seit Abschluss des Vertrags so wesentlich geändert, dass einer Vertragspartei das Festhalten an der ursprünglichen vertraglichen Regelung nicht zuzumuten ist, so kann diese Vertragspartei eine Anpassung des Vertragsinhalts an die geänderten Verhältnisse verlangen oder, sofern eine Anpassung nicht möglich oder einer Vertragspartei nicht zuzumuten ist, den Vertrag kündigen. ²Die Behörde kann den Vertrag auch kündigen, um schwere Nachteile für das Gemeinwohl zu verhüten oder zu beseitigen.

(2) ¹Die Kündigung bedarf der Schriftform, soweit nicht durch Rechtsvorschrift eine andere Form vorgeschrieben ist. ²Sie soll begründet werden.

§ 61 Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung

(1) ¹Jeder Vertragschließende kann sich der sofortigen Vollstreckung aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag im Sinne des § 54 Satz 2 unterwerfen. ²Die Behörde muss hierbei von dem Behördenleiter, seinem allgemeinen Vertreter oder einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes, der die Befähigung zum Richteramt hat oder die Voraussetzungen des § 110 Satz 1 des Deutschen Richtergesetzes erfüllt, vertreten werden.

(2) ¹Auf öffentlich-rechtliche Verträge im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 ist das Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz des Bundes entsprechend anzuwenden, wenn Vertragschließender eine Behörde im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 ist. ²Will eine natürliche oder juristische Person des Privatrechts oder eine nichtrechtsfähige Vereinigung die Vollstreckung wegen einer Geldforderung betreiben, so ist § 170 Abs. 1 bis 3 der Verwaltungsgerichtsordnung entsprechend anzuwenden. ³Richtet sich die Vollstreckung wegen der Erzwingung einer Handlung, Duldung oder Unterlassung gegen eine Behörde im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 2, so ist § 172 der Verwaltungsgerichtsordnung entsprechend anzuwenden.

§ 62 Ergänzende Anwendung von Vorschriften

¹Soweit sich aus den §§ 54 bis 61 nichts Abweichendes ergibt, gelten die übrigen Vorschriften dieses Gesetzes. ²Ergänzend gelten die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend.

Culture and Environment in the Law

– Referring to Japanese Philosophy

Ken Takeshita, Osaka

I. Three Types of Classification

1. Stability Perspective

On considering the relationship between law and culture in the field of legal philosophy, we can find some grand types of classification. One type is based on sociology, and another one on cultural anthropology. Then under earlier type, there are two types of classification.

The first type of sociologist theory about the relationship between law and culture comes from sociological functionalism and its representative scholar is Talcott Parsons. His theory starts from theory of action and divides social system as one of human action systems into four subsystems such as economy, politics, social control (including law) and cultural motivation. Parsons thinks here four requirements for system continuance, that is: adaptation, goal gratification, integration and latent pattern maintenance. Each four subsystems meet these requirements in this order. In this theory, culture and law stand in a row. Culture functions through motivating action by symbols or meanings and law through controlling action by legal sanctions.

A legal theorist, Lawrence M. Friedman, seems to take over this theory. He allocates function of such social control to law, as social control in a narrow sense, dispute resolution, distribution and reformation. Legal system with this function is made from structure, substance and culture. Structure is for example court or police office; substance is pattern of behaviour under these structures. Culture in question is demand for law, that is: thought, attitude, belief, expect or opinion about law. Namely demand for law is the motivating force of making up substance, and then structure of law. Culture in this sense exists outside of law and products demand for law. Culture coexists with law in the same way as Parsons'.

2. Organic Perspective

Contrary to this understanding of the relationship between law and culture, cultural anthropology regards culture as identical with society. This is the second type. A cultural anthropologist, B. K. Malinowski, grasps social organization as collectivity of cooperating acts by group members, which are motivated by cultural equipments. This culture as equipment is complex of

material things and mental habits. Those things are for example tools, weapons, house, clothes etc. The mental habits are more important, because they cooperate acts related to those material things and attain collectivity of acts. Habit is understood in a wide sense of attained usually acts and is included as pattern of behaviour, explicitly or implicitly, to social norm such as law and moral. According to this theory, content of society is culture and law introduces culture to its substance. Here in this relationship of law to mental habit, we find unity of law and culture contrary to stability perspective, according to which behaviour was analytically distinguished from its meaning.

Corresponding to this tendency, legal anthropologist, E. Adamson Hoebel, defines culture as system, which integrates characteristic patterns of behaviours learned by members in a society. This word 'integration' is similar to the word 'cooperation' by Malinowski, and possibly goes back to the word 'configuration' by Ruth Benedict. She insists, that cultural configuration is the central concept of cultural anthropology and a sociological unit at the same time. From such basic theory, Hoebel thinks, that every society chooses a certain one among many possible behaviours and here 'postulate' as presupposed criterion regulates this choice. He says, that main subject of legal culture theory is to explicate this choice process of behaviours in connection with legal norms.

Comparing two types of classification of law and culture before turning to the third type of classification, the first and the second type belong both to functionalism and are variants inside functionalism. There is basic difference in conception of integration. We can find a key word 'mechanism for maintaining structures' in the first type's theory of Parsons. This means necessary conditions for existence of social system. But the second type of Malinowski presents the keyword 'integrative imperatives based on organic need'. This means organic integration after biological model contrary to mechanic model in the first type. Here in context of legal theory, I notice, that sociological type pays attention to form of legal norm with social control function, anthropological type to its substance as concrete behaviour inside a society.

3. Conflict Perspective

The third type of classification belongs to sociology as well as the first type. There is a difference between both types in the point, that the third type emphasizes collision of valuations and order through negotiation and compromise in conflicts, while the first type looks upon social order as mechanism of controlling deviating behaviour and attaining stability. The beginning of the third type is in the theory of Robert King Merton. He brings conflict perspective into role structure theory by Parsons and makes conflict model of social system. This conflict perspective became more prevalent than stability perspective.

Subculture research belongs to the conflict perspective, but goes over it at the same time. This research takes notice especially of various sorts of subculture in minorities, they were conflicting, subordinate and indifferent subcultures against main culture. This research moves on toward to

anthropological type as to concept of culture, according to which culture is expression of meaning and valuation in a way of a certain group's life contains both behaviour and meaning. So culture composes substance of law as mentioned above. This applies generally to cultural studies.

Cultural studies are named to a wider group including subculture research. It comprehends postcolonial criticism. This group has Edward W. Said as one of opinion leaders. He, a Palestinian, insists, that in a famous book 'Orientalism' western culture has made a self-righteous image of eastern culture, and that it is 'epistemic violence' of cultural imperialism. Against this violence, he emphasizes intercultural discourse, but Gayatri Spivak as post-colonial critic thinks, that people inside one culture including manhood and the Occident can not understand another culture of 'subaltern', that is the oppressed. In countries with constitution protecting human rights, one should nevertheless take more notice of subcultural valuation, because guarantee of rights should be realized more concretely and substantially.

Under cultural studies, we can further pay attention to creole studies. Creole means originally common speaking language based on French, which is used in a wide area from South America over Caribbean Sea to Louisiana in USA. It is practical language, mixed with native one and made especially for communication in plantation farm society of French using countries. It's image is connected with human mixed breed. Creole studies teach us, that creole mentality is spontaneously formed by creole language, and that through escaping from subordinate colonial mentality, creole mentality is indeed mixed, but independent and postcolonial. I think, that we can liken basic structure of culture to this creole mentality, because almost culture is a mixed one. When we find our own mentality formed by mixed culture, then we get a passage for understanding subcultures.

4. Significance of Cultural Studies

This type of culture theory, cultural studies, has not yet corresponding legal theory, but I think, this is most important among three types mentioned above. Because in considering and understanding substance of legal norms we cannot dispense with conflict perspective nowadays. Namely legal system is a cluster of accumulated cultures in this meaning. Normally legal system accepts valuation of main culture and some subcultures, which become substance of some legal norms. But of course this opinion comes from the view point of cultural studies. According to the stability perspective, culture functions through motivating action by symbols or meanings and law functions through controlling behaviour by legal sanctions. They function separately, but both for the sake of integration of social system. Because the conflict perspective, more exactly cultural studies, deal with law and culture as unified one, this perspective is more useful for inquiring into legal substance.

Here acceptance of cultures by legislation is important, whether enactive or judicial. Even main culture is not accepted automatically, but is selected by legislative organ, which has some criteria of legal norm. Revolutionary or reforming legislature can make law enlightening against main

culture and can also accept subculture. This possibility teaches us, that law exists not on the dimension of social psychological fact of valuation, but on the dimension of norm or value. Maintenance of society as idea of value on this dimension grounds integration of society in the stability perspective. At this place we move from sociology to philosophy.

II. Watsuji's Theory and Law

1. Human Environment

From now, I try to give a theoretical frame to this interdisciplinary situation, and that under referring to philosophy of Tetsuro WATSUJI, a Japanese scholar. Watsuji is an ontologist, not a cognitivist, and he is a phenomenologist, not an essentialist. Object of his philosophical research is nature, but not nature in the sense of natural science. Nature in his sense (in Japanese 'Fuudo': Japanese original meaning is 'wind and land') means environment as phenomenon, which consists of land with its own climate and human work. For example, coldness make up a part of phenomenon. Cold climate determines ecology of land and mankind makes clothes, houses and food inside cold ecology. Under this climate, they form further practice, custom, religion, art, etc. This sort of nature is human environment.

Human environment means the place of self-understanding by individual mankind. This human being has a body as passage leading to environment. The body is generally determined by time and space as a whole. But in concrete situation, time and space change respectively to history and human environment. Because space of human being has social structure, space turns to history. Human being is not only 'man', but also 'society'. Because history is structure of social being and the same applies to human environment, history attains substance through its combining with this environment. Human being carries historical environment on his back, which is an inseparable unity of human environment and history.

Watsuji refers to philosophical anthropology in western tradition. As it had an interest only in 'man', that is one side of human being, and ignored 'society', that is its other side, it dispelled human body into the world of material things and built up dualistic theory of body and mind. The former theory leads to natural anthropology and physiology and the latter to psychology and philosophical epistemology. These disciplines cannot grasp human being with double character of 'man' and 'society'. In order to reach real body and mind, it needs restoration of human environment.

According to Watsuji, individual consciousness connects with community one through 'relationship', which is the joint place of 'man' and 'society'. When human being goes out from inside to outside 'relationship', he gets meanings including about his own. Human environment based on this relationship, because many artificial tools and equipments are products needed by community consciousness, which wants a certain way of being under a certain climate. So his ontology of human being points out 'being regulated by human environment' as fundamental ontological structure. But this ontology does not teach us special and concrete figure of human

environment, which is subject of hermeneutics about its actual structure. And Watsuji himself grapples with this subject and presents three patterns of mentalities in the world as his result.

2. Law and Culture

After being acquainted with Watsuji's ontological theory of human environment, we find, that this theory is very similar to above mentioned anthropological perspective on culture and society. He doesn't use the word 'culture', but deals in fact with culture through consideration of human environment, which consists of land with its own climate and human work. Human work is not only material, but also mental, not only tools or equipments, but also practice, custom, religion, or art. Law seems to belong to such mental human work.

In this respect, his theory stands also near that of cultural studies, but far from this theory as well as traditional sociology and anthropology, in understanding community in a certain land with limited area as foundation of culture. Contrary to that, cultural studies concentrates its interest on expression of meaning and valuation in a way of a certain group's life, indifferent to landed foundation such as oppressed minority of women or younger generation. This view point is indeed important especially for research on legislature background, but at the same time, it is important to notice, that concrete valuation, for example actual women discrimination, is much influenced by each community consciousness.

This consideration teaches us about law, that legal system is founded on community, which is totally one with main culture and subcultures, because legal system has whole territory as jurisdiction area, and that therefore culture is accumulated in many folds on the one hand, main culture as main human environment is to investigate at first for legal foundation study on the other hand. As for not only present, but also creating and changing situation of legal system, we can grasp sufficiently its substance only through understanding human environment.

Watsuji indicates basic significance of this conception from ontological viewpoint. This is very important in comparison with universalism, which insists dogmatically on essential of human culture, either ontologically or epistemologically. But I find his weak point, that his theory tends to make light of individual dimension of human being. In this dimension, we can grasp ground of norm including law, on which we can make law against some contents of culture, but under culture. We don't forget this transcendence of human being to legal study at the same time.

Bibliography

Talcott Parsons and N. J. Smelser, *Economy and Society*, London 1956.

Lawrence M. Friedman, *Law and Society*, Engelwood Cliffs 1977.

Blonislaw Kasper Malinowski, *Culture*, in: *Encyclopedia of the Social Sciences*, New York 1931.

E. Adamson Hoebel, *Man in the Primitive World*, 2nd. ed., New York 1958.

Ruth Benedict, *Patterns of Culture*, New York 1946.

Robert King Merton, *Social Problem and Sociological Theory*, in: R. K. Merton and P. A. Nisbet, eds., 2nd. ed., *Contemporary Social Problems*, New York 1966.

Edward W. Said, *Orientalism*, New York 1978.

Gayatri Chakravorty Spivak, *Can the Subaltern Speak?* in: Cary Nelson and Lawrence Crossberg, eds., *Marxism and the Interpretation of Culture*, Urbana 1988.

Édouard Glissant, *Traité du Tout-Monde*, Poétique IV, Paris 1997.

Tetsuro Watsuji, *Climate(Fuudo)*, in Japanese, Tokyo 1962.

Die völkerrechtliche Stellung des Individuums vor dem innerstaatlichen Gericht — Theorie und Praxis in Japan —

Taira Nishi, Osaka

Einleitung

Die völkerrechtliche Stellung des Individuums vor dem innerstaatlichen Gericht ist nach wie vor eine umstrittene Frage sowohl theoretisch wie praktisch. In der Praxis hängt die Frage untrennbar mit dem Problem der Entschädigung für das Kriegsverbrechen zusammen. Daran hat man großes Interesse in Korea, Deutschland und Japan, obwohl Umstände und Standpunkte natürlich unterschiedlich sind. Seit den 1990er Jahren haben ausländische Opfer illegaler Kriegshandlungen, die die kaiserlichen japanischen Truppen während des Zweiten Weltkrieges begangen hatten, zahlreiche Klagen auf Entschädigung an japanischen Gerichten eingereicht. Ein Anlass zu der plötzlichen Zunahme der Klagen war die Aussage eines leitenden Mitarbeiters des japanischen Außenministeriums vor dem japanischen Parlament: Die im Friedensvertrag enthaltene Klausel über die endgültige Lösung des Anspruchsproblems bedeute nicht den Verzicht auf die Ansprüche des Individuums, sondern nur die Aufgabe des staatlichen diplomatischen Schutzes.

Die Frage nach der völkerrechtlichen Stellung des Individuums vor dem nationalen Gericht ist in drei theoretischen Aspekten diskutiert worden; erstens die Völkerrechtssubjektivität des Individuums, zweitens die unmittelbare Anwendbarkeit des Völkerrechts auf die nationalen Rechtsverhältnisse und drittens schließlich die Bedeutung des Anspruchsverzichts im Friedensvertrag.

Für die erste Frage, ob und inwieweit dem Individuum völkerrechtliche Rechte und Pflichten zugeordnet werden, interessiert man sich überwiegend rein wissenschaftlich. Aber die wissenschaftliche Erkenntnis der Völkerrechtssubjektivität beeinflusst nicht selten die Auslegung der Völkerrechtsregeln. Wenn die Völkerrechtssubjektivität z.B. nur dem Staat zufällt, dann darf ein internationaler Vertrag, der ausdrücklich vorschreibt, dass ein Individuum ein Recht auf etwas hat, nicht interpretiert werden, der Vertrag gestehe ihm das Recht auf der völkerrechtlichen Ebene zu. Darüber hinaus stellt die Erkenntnis des Völkerrechtssubjekts immer eine Stellungnahme dar, ob und inwieweit die klassische zwischenstaatliche Struktur des Völkerrechts

aufrechterhalten werden soll. Deshalb übt sie zumindest potenziell einen Einfluss auf den Standpunkt über die letzten beiden Aspekte aus.

Das Problem der unmittelbaren Anwendbarkeit des Völkerrechts ist viel wichtiger als früher geworden, weil bis heute viele individualschützende multilaterale Völkerrechtsverträge abgeschlossen worden sind. Die Veränderung der Situation scheint die herrschende Lehre jedoch nicht erschüttert zu haben.

Die Frage, ob der Friedensvertrag auch dem Individuum den Anspruch entzog, spielte die wichtigste Rolle im letzten Jahrzehnt. Nur wenn die Tragweite der Verzichtsklausel durch die Interpretation eingeschränkt wird, kann das Individuum den Anspruch auf Entschädigung an die Täter (Staat oder Unternehmer) aufgrund des Landesrechts stellen. Zu der Interpretation der Klausel stellt die japanische Regierung eine ziemlich komplizierte Behauptung auf, um ihrer ehemaligen eigenen Äußerung nicht zu widersprechen.

In Prozessen über die Entschädigung für Kriegsverbrechen hat man um jeden der drei Aspekte gestritten. In der vorliegenden Arbeit möchte ich die hinter der Position des japanischen Gerichts liegende Theorie feststellen. Davor ist zunächst die geschichtliche Entstehung der herrschenden Lehre zu betrachten.

I. Diskussion über die völkerrechtliche Subjektivität des Individuums

1. Die herrschende Lehre in Japan

Hinsichtlich der völkerrechtlichen Stellung des Individuums diskutierte man zuerst die Frage, ob Individuen völkerrechtliche Subjekte sind. Nach der klassischen Lehre wurde die völkerrechtliche Subjektivität des Individuums einfach geleugnet, weil das Völkerrecht seinem Charakter nach zwischenstaatliches Recht sei.

In Japan war Sakutaro Tachi (1874–1943), Professor des Völkerrechts und der diplomatischen Geschichte an der Universität Tokio, dieser Ansicht. Freilich schloss er nicht die Möglichkeit aus, andere Subjekte des Völkerrechts als Staaten anzuerkennen (z.B. Kriegführende).

„Was das aktuelle Völkerrecht angeht, kann man sagen, dass dieses Recht grundsätzlich die gegenseitige Beziehung zwischen Staaten regelt, und man muss sagen, dass die Einzelnen keine Subjekte des Völkerrechts sind und keine Rechte und Pflichten haben können.“¹

Die nächste Generation dagegen kritisierte die Einstellung, die kategorisch dem Individuum Rechte und Pflichten auf der Ebene des Völkerrechts absprach. Kisaburo Yokota (1896–1993), Professor des Völkerrechts an der Universität Tokio, behauptete, dass auch den Einzelnen die unmittelbar von dem Völkerrecht begründeten Rechte und Pflichten zukommen können, und dass sie insofern als völkerrechtliche Subjekte

¹ Sakutaro Tachi, Heiji Kokusaiho (Das Völkerrecht im Frieden), Tokio, Nihonhyoronsha, 1932, S. 11.

betrachtet werden sollen.² Also sollte man die Individuen für Subjekte und Personen im Völkerrecht halten, wenn Normen des Völkerrechts ihre Rechte oder Pflichten unmittelbar bestimmen.

Nach der Meinung von Shigejiro Tabata (1911–2001), Professor des Völkerrechts an der Universität Kyoto, ist Yokotas Begriff des Subjekts zu weit gefasst. Die völkerrechtlichen Normen, die die Interessen des Individuums berühren, begründen nicht immer seine Rechte oder Pflichten. Selbst wenn ein internationaler Vertrag seinem Wortlaut nach unmittelbar dem Individuum Rechte zuzugestehen scheint, bedeutet das oft nur, dass damit die Vertragsparteien sich gegenseitig versprechen, ihren Staatsangehörigen die innerstaatlichen Rechte zu gewähren. Nach Tabatas Meinung kann das Individuum dann ein Träger des Rechts auf völkerrechtlicher Ebene sein, wenn das Völkerrecht ihm die Fähigkeit zuerkennt, sich vor einer internationalen Instanz selbst durchzusetzen. Also sei das Individuum ein Subjekt des Völkerrechts nur dann, wenn es ein internationales Verfahren gibt, an dem das Individuum unmittelbar beteiligt ist.³ Tabatas Meinung herrscht heute noch in Japan. Die japanische Diskussion über die Völkerrechtssubjektivität des Individuums steht in Zusammenhang mit den europäischen Doktrinen.

2. Kontext in Europa

Ob dem Individuum völkerrechtliche Rechte und Pflichten zuerkannt werden, war auch in Europa eine sehr umstrittene Frage.

Georges Scelle (1878–1961), der Nachfolger von Léon Duguit im Bereich des Völkerrechts, behauptete, dass die Völkerrechtssubjekte nur Individuen sein können. Seiner Meinung nach sind Rechtssubjekte immer nur die Individuen, und die Persönlichkeit des Staats oder anderer Gruppen sei nur eine unwissenschaftliche Fiktion.⁴

„Les individus seuls sont sujets de droit en droit international public. ... Une déclaration unilatérale de volonté, un traité, un acte illicite dont on dit qu'ils engagent l'Etat, sont toujours des actes émanant d'individus, agents ou gouvernants, investis d'une compétence représentative, et jamais de l'être fictif qu'on appelle l'Etat. La compétence qui permet aux gouvernants et agents de créer des situations juridiques internationales leur est attribuée par le Droit international.“⁵

Ein scheinbar staatlicher Akt ist also tatsächlich nur ein Akt des regierenden Individuums, dem das Völkerrecht die Kompetenz zuerkennt, eine staatliche Kollektivität auf internationaler Ebene zu vertreten.

Zwar war Scelles eigentümliche Theorie auch in Japan ziemlich einflussreich, aber es gab wahrscheinlich keine Völkerrechtswissenschaftler, die ihm vollständig zustimmten. Die deutsche Lehre dagegen fand wesentlich

² Kisaburo Yokota, *Kokusaiho (Das Völkerrecht)*, Tokio, Yuhikaku, 1933, S. 94–95.

³ Shigejiro Tabata, *Kokusaiho (Das Völkerrecht)*, 1. Teil, Tokio, Yuhikaku, 1957, S. 183–184.

⁴ Georges Scelle, *Précis de droit des gens, 1ère partie*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1932, S. 9–13.

⁵ Ebenda, S. 42.

mehr Zustimmung. Jede der oben angeführten drei japanischen Lehren hat ihren Ursprung in Deutschland oder Österreich.

Im ausgehenden 20. Jahrhundert wurde in Deutschland die Lehre als herrschend betrachtet, dass das Völkerrecht nur für und zwischen den Staaten gilt.⁶ Paul Heilborn, ein Vertreter der damaligen herrschenden Lehre, war der Auffassung:

„Das Völkerrecht ist der Inbegriff der Rechtsnormen für das Verhalten der Staaten zu einander. Wenn diese Definition richtig ist, so sind die Staaten völkerrechtliche Personen, so sind sie es aber auch allein, so sind es weder die zu staatlicher Organization noch nicht gelangten Volksstämme, noch die einzelnen Menschen.“⁷

Aber auch damals war diese Ansicht nicht selbstverständlich, weil es schon im 19. Jahrhundert internationale Verträge gab, die das Recht des Individuums vorzuschreiben schienen.

„In den Handels-, Schifffahrts- und Niederlassungsverträgen, in den Verträgen über Urheberrecht, Patentrecht, Muster- und Markenschutz, über Fischerei- und Holzungsgerechtigkeiten, überhaupt in den im Interesse der Staatsbürger geschlossenen Verträgen finden sich regelmäßig Wendungen wie diese: ‚Die Unterthanen des einen der vertragschliessenden Teile dürfen im Gebiet des anderen u.s.w.‘, oder: ‚haben das Recht u.s.w.‘

Ihrem Wortlaute nach begründen derartige Verträge subjektive Rechte für die Angehörigen der Signaturmächte...“⁸

Seiner Meinung nach begründen solche Verträge keine Rechte der Einzelnen. Er führt zwei Gründe an. Erstens können die einzelnen Staatsangehörigen der Vertragsparteien nicht über die im Vertrag vorgeschriebenen Rechte verfügen. U.a. können die Einzelnen auf die Rechte nicht verzichten. Zweitens sind keine Individuen fähig, ihre im Vertrag erwähnten „Rechte“ aus eigener Initiative auf der internationalen Ebene geltend zu machen.

„Kein Staatsangehöriger kann nun einen fremden Staat auf Erfüllung eines Staatsvertrages ansprechen, von ihm in völkerrechtlich anerkannter und zugelassener Weise Erfüllung verlangen. Kein Mensch kann die Beobachtung einer Völkerrechtsnorm von einem Staate fordern.“⁹

Wenn eine Vertragspartei das dem Individuum durch den Vertrag gewährleistete Interesse vernachlässigt, kann nur der Heimatstaat, selbst unabhängig von dem Willen des betreffenden Individuums, den verletzenden Staat zur Verantwortung ziehen.

Zwar gibt Heilborn zu, dass sowohl das Verfügen nicht „den Inhalt des Recht“ bilde,¹⁰ und die Erzwingbarkeit „kein dem Rechtsbegriffe wesentliches

⁶ „Die Doktrin, die man heute als die herrschende bezeichnen kann, sagt: das Völkerrecht gilt nur für und zwischen den Staaten, oder die Staaten sind die alleinigen Subjekte des Völkerrechts“ (Heinrich Triepel, Völkerrecht und Landesrecht, Leipzig, 1899, S. 13, Fussnote 1).

⁷ Paul Heilborn, System des Völkerrechts, Berlin, 1896, S. 58.

⁸ Ebenda, S. 64.

⁹ Ebenda, S. 69.

¹⁰ Ebenda, S. 66.

Merkmal“ sei.¹¹ Aber sein Gedankengang ist folgender: Dass die Rechte wirklich dem Individuum zugeordnet werden, setzt voraus, dass es sowohl über die Rechte verfügen wie sie geltend machen kann.¹² Diese dem Individuum die Subjektivität absprechende Lehre wurde in Japan von Sakutaro Tachi vertreten und von den Kritikern „die klassische Lehre“ genannt. Gegen die klassische Lehre spricht Hans Kelsen:

„[C]ette thèse, acceptée par la plupart des théoriciens du droit international: seuls les Etats sont sujets du droit international, est théoriquement fausse, et même, une fois rectifiée théoriquement, elle reste encore contraire au droit positif.“¹³

Seiner Meinung nach steht zur Anerkennung der Subjektivität des Individuums dem Völkerrecht kein wesentliches Hindernis im Weg. Wenn man annimmt, dass das Völkerrecht die höchste Rechtsordnung sei, soll sein persönliches, territoriales und temporales Geltungsgebiet niemals a priori begrenzt werden.

„Si l'on suppose qu'un certain ordre est l'ordre suprême, c'est-à-dire si l'on admet qu'il n'y a aucun autre au-dessus de lui, il faut en conclure que son domaine de validité est illimité.“¹⁴

Tatsächlich gebe es einige Völkerrechtsnormen, die unmittelbar dem Individuum eine Pflicht auferlegen, z.B. die Norm des allgemeinen Völkerrechts, die dem Individuum die Piraterie verbietet.¹⁵

In Japan war Hans Kelsen einer der einflussreichsten Rechtswissenschaftler. Unter seinem Einfluss entwickelte Kisaburo Yokota, bekennender Kelsenist, die Lehre, dass die Völkerrechtssubjektivität dem Individuum zufallen soll, wenn die Völkerrechtsnorm unmittelbar seine Rechte oder Pflichten bestimmt, obwohl Kelsen in Bezug auf das völkerrechtliche Recht des Individuums eine andere Meinung als Yokota geäußert hat.¹⁶

¹¹ Ebenda, S. 69.

¹² „Haben nun die Unterthanen des einen Kontrahenten gegen den anderen einen völkerrechtlichen Anspruch, können sie für ihre Person Erfüllung des Vertrages, die in ihm zugesagten Handlungen oder Unterlassungen fordern?

Hätten sie einen Anspruch, so würden sie wohl in völkerrechtlich gültiger Weise über ihn verfügen können. Bildet das Verfügen auch nicht den Inhalt des Rechts, setzt es vielmehr eine besondere Fähigkeit, ein rechtliches Können voraus, so kann doch der Regel nach nur derjenige über ein Recht verfügen, wer es hat. Die Staatsangehörigen müssten also auf die aus den Verträgen ihnen zustehenden Ansprüche Verzicht leisten können. Das vermögen sie aber nicht.“ (Ebenda, S. 66).

„Die Erzwingbarkeit ist zwar kein dem Rechtsbegriffe wesentliches Merkmal, wohl aber fordert jede Rechtsnorm ihre Erfüllung. Deshalb hat jeder Berechtigte einen Anspruch, kann und darf er vom Verpflichteten Erfüllung der Verbindlichkeit fordern. Wer der hierzu erforderlichen Fähigkeit entbehrt, der ist auch nicht rechtsfähig, der hat kein Recht. ... Kein Staatsangehöriger kann nun einen fremden Staat auf Erfüllung eines Staatsvertrages ansprechen, von ihm in völkerrechtlich anerkannter und zugelassener Weise Erfüllung verlangen.“ (Ebenda, S. 69).

¹³ Hans Kelsen, „Théorie générale du droit international public,“ Recueil des Cours, Académie de droit international, 1932 IV, S. 145–146.

¹⁴ Ebenda, S. 139–140.

¹⁵ Ebenda, S. 148–151.

¹⁶ „Individuals can have international rights only if there is an international court before which they can appear as plaintiffs“ (Kelsen, General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1945, S. 347).

Die Existenz der völkerrechtlichen Normen, die die Rechte oder Pflichten des Individuums erwähnen, erschütterte nicht grundsätzlich die klassische Lehre, die nur den Staaten die Völkerrechtssubjektivität zuerkannte. Denn es ist auch plausibel, dass die völkerrechtlichen Normen Rechte oder Pflichten des Einzelnen nicht unmittelbar begründen, sondern dass die Normen die Staaten veranlassen, diese Rechte oder Pflichten durch das nationale Recht durchzuführen. Also die Einzelnen seien „unmittelbar nur dem staatlichen Rechte unterworfen“.¹⁷ Deshalb seien die Rechte oder Pflichten des Individuums nicht die internationalen, sondern die inländischen. Auch diejenigen herkömmlichen Völkerrechtsnormen, die unmittelbar das Individuum zu sanktionieren und zu verpflichten scheinen – wie das sogenannte Verbot der Piraterie,¹⁸ oder das staatliche Beschlagnahme – und Wegnahmerecht bei Verletzung der Blockade – seien in diesem Rahmen zu erklären: Die Normen begründen „keinerlei völkerrechtlichen Pflichten“, sondern sie „ermächtigen“ bestimmte Staaten, „Einzelnen solche Pflichten aufzuerlegen, die sie ihnen normalerweise nicht vorschreiben dürfen.“¹⁹

„So will z.B. die gewohnheitsrechtliche Norm, die die Seeräuberei zum Gegenstand hat, weder den Seeräubern noch auch ihren Heimatstaaten völkerrechtliche Pflichten auferlegen, sondern sie räumt allen Staaten die ausnahmsweise Zuständigkeit ein, die in Rede stehenden Menschen, welcher Staatsangehörigkeit sie auch sein mögen, auf hoher See zu verhaften und ihren Strafgesetzen gemäß zu behandeln, während es den Staaten auf hoher See grundsätzlich verboten ist, auf fremden Schiffen oder mit Wirkung auf fremde Schiffe Staatsakte zu setzen.“²⁰

Aber die im 20. Jahrhundert erschienenen neuen völkerrechtlichen Institutionen machten es schwierig, den ausschließlich zwischenstaatlichen Begriff des Völkerrechts, oder die Mediatisierung des Individuums durch den Staat, aufrechtzuerhalten. Die erste wichtige dieser Institutionen waren die gemischten Schiedsgerichte, die durch die den Ersten Weltkrieg abschließenden Friedensverträge gegründet wurden. Vor den Schiedsgerichten konnte der einzelne Staatsangehörige der „Puissances alliées ou associées“ eine Klage gegen die besiegten Staaten auf die Entschädigung ohne Vermittlung des Heimatstaats stellen. Die Friedensverträge überließen nicht den Staaten die Durchführung der Ansprüche ihrer Angehörigen, sondern die Verträge räumten unmittelbar dem Einzelnen ein völkerrechtliches Klagerecht gegenüber dem Staat ein.

„Würde ... auch der Heimatstaat seinen Staatsangehörigen die Verfolgung solcher Ansprüche vor dem gemischten Schiedsgericht untersagen, so hätte das gemischte Schiedsgericht die Klage des Einzelnen dennoch entgegenzunehmen und das Verfahren unbekümmert um jenes Verbot durchzuführen. Damit wird aber offenkundig dargetan, dass es sich

¹⁷ Alfred Verdross, Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, Berlin, 1926, S. 157.

¹⁸ „Jeder Staat kann auf Hoher See ein Seeräuberschiff oder ein in der Gewalt von Seeräubern stehendes, erbeutetes Schiff ... aufbringen, die sich an Bord aufhaltenden Personen festnehmen und die dort befindlichen Vermögenswerte beschlagnehmen.“ (Knut Ipsen, Völkerrecht, 4. Auflage, München, S. 773).

¹⁹ Verdross, ebenda (N. 17), S. 157.

²⁰ Ebenda.

nicht um Rechte des Staates, sondern um völkerrechtliche Ansprüche der Einzelnen selbst handelt.²¹

Es scheint, dass in den 1920er Jahren in Deutschland die Lehre vorherrschend wurde, die dem Individuum eine begrenzte Subjektivität anerkennt. Ein heutiges Lehrbuch des Völkerrechts schreibt: „Von der Völkerrechtssubjektivität der Individuen spricht man ... insoweit nur dann, wenn das Individuum die ihm durch das Völkerrecht gewährten Rechte ... vor einer internationalen Instanz selbst durchsetzen kann.“²²

Diesen Meinungswechsel in Europa in Betracht ziehend, behauptete 1934 Ryoichi Taoka (1898–1985), dass man angesichts der Begründung der gemischten Schiedsgerichte die klassische Lehre nicht mehr aufrechterhalten könne.²³ Unter seinem Einfluss stellte Tabata die bis heute noch herrschende Lehre der begrenzten Subjektivität des Individuums auf.

Ob und inwieweit die Völkerrechtssubjektivität dem Individuum zufällt, hängt davon ab, welchen Begriff des Subjekts man adoptiert. In diesem Sinn scheint es nur eine rein wissenschaftliche Frage zu sein. Aber darüber hinaus hat die Frage manchmal normative Bedeutung.²⁴ Falls die vom rechtswidrigen Kriegsakt verletzten Einzelnen aufgrund des Völkerrechts eine Klage gegen das Ausland auf Entschädigung führen, muss man darüber urteilen, ob das Völkerrecht unmittelbar dem Einzelnen das Recht zuordnet. In diesem Fall hängt die Auslegung der völkerrechtlichen Normen oft davon ab, wie man die vom Völkerrecht geregelten Rechtsverhältnisse konstruiert. Also kommt es darauf an, wer die Völkerrechtssubjekte sind.

Das war der Fall, als die Opfer der von den USA abgeworfenen Atombomben eine Klage vor dem japanischen Gericht gegen die japanische Regierung auf Entschädigung erhoben (Genbaku-hanketsu/ Atomic bombs case).²⁵

II. Die Frage nach der Völkerrechtssubjektivität vor dem japanischen Gericht

Die Grundlage der Schadenersatzpflicht der japanischen Regierung sei nach der Behauptung der Kläger die Folgende:

„[T]he acts of atomic bombing by the United States were contrary to international law; and with regard to such act, not only the defendant State [d.h. Japan] but also the injured individuals may claim damages in international law, both as the subject of rights in international law. ...

Article 19(a) of the Japanese Peace Treaty provides that: ‘Japan waives all claims of Japan and its nationals against the Allied Powers and their

²¹ Ebenda, S. 161.

²² Albert Bleckmann, Völkerrecht, Baden-Baden, 2001, S. 46.

²³ Ryoichi Taoka, „Kongochusaisaibansho to Kojin no Kokusaihojo no Chii (Die gemischten Schiedsgerichte und die völkerrechtliche Stellung des Individuums)“, in Hogaku Ronshu (Tohoku Universität, Sendai), 1934.

²⁴ Bleckmann, Ebenda (N. 22), S. 33–34.

²⁵ Tokyo District Court, Judgment, December 7, 1963, Übersetzung ins Englische, The Japanese Annual of International Law, No. 8, 1964, S. 212–S. 253.

nationals arising out of the war or out of actions taken because of the existence of a state of war.’ Japan has waived the claims in municipal law as well as the claims in international law against the United States.... Consequently, the plaintiffs legally have completely lost the claims for damages against the United States....

In every democratic country, the government has the obligation to respect the rights of the people to the maximum. The defendant State illegally concluded the Japanese Peace Treaty and waives the plaintiffs’ claims for damages against the United States ... in accordance with article 19(a) of the Peace Treaty... Therefore, the defendant State assumed the responsibility to compensate the damage suffered, in accordance with article 1 of the State Compensation Law, to the plaintiffs who lost their claims by the defendant’s illegal act and suffered damage.”²⁶

Die japanische Regierung sei also schuldig, weil sie auf die Ansprüche der Kläger gegen die USA verzichtet habe.

Das Gericht erkannte zuerst die Rechtswidrigkeit der Atombombe an. Dann erwägte es die Völkerrechtssubjektivität des Individuums, damit es darüber urteilte, ob die Kläger Ansprüche gegen die USA auf der völkerrechtlichen Ebene hatten.

„[H]as the individual who suffered damage by the illegal act in international law a claim for damages in accordance with international law against the country which has caused the damage?

In the argument of this point, we must first of all consider the question whether an individual can be the subject of rights in international law. ...

Generally speaking, the subject of a right in law is a person, who has the possibility of asserting his rights and of being bound by his duties in his own name. Accordingly, in order for a person to be a subject of a right in international law, there must be the possibility for him to assert his right and be bound by his duty in his name.“²⁷

Das Gericht adoptierte die herrschende Lehre der begrenzten Völkerrechtssubjektivität des Individuums. Das Individuum sei nur insofern ein Völkerrechtssubjekt, als das Völkerrecht ihm die Fähigkeit zur Klageerhebung vor internationalen Instanzen – wie vor den gemischten Schiedsgerichten – zugesteht. Aufgrund des Mangels einer solchen Instanz verweigerte das Gericht die völkerrechtlichen Ansprüche der Kläger gegen die USA.

In diesem Fall handelte es sich auch um die Tragweite des im Friedensvertrag festgelegten Anspruchsverzichts. Während die Kläger behaupteten, dass durch den Verzicht auch die Ansprüche der einzelnen Angehörigen erloschen waren, war die Regierung der Ansicht, dass die Ansprüche des Individuums bestehen blieben:

„It is the right of a state to negotiate with foreign countries on the basis of its individual citizens’ claims for damages in international law, and

²⁶ Ebenda, S. 219–220.

²⁷ Ebenda, S. 243–244.

there is no doubt that a state can waive this right by agreement with foreign countries. However, since an individual citizen's right to claim damages directly against a foreign country independently without the medium of his home government is different from the right of the state, it is not directly influenced by whatever agreement the state concludes with foreign countries by treaty.

Therefore, it should be understood that the "claims of Japanese nationals" provided for in article 19(a) of the Japanese Peace Treaty only means claims for damages by the State of Japan on the basis of the national's own claims, that is, the so-called right of diplomatic protection.²⁸

An diese Stellungnahme hält sich die japanische Regierung konsequent. Ein Grund dafür ist, dass die alliierten Mächte die im Ausland befindlichen Vermögen der japanischen Staatsangehörigen als Kriegsreparation einzogen und Japan durch den Friedensvertrag auf Ansprüche auf Ersatz für diese Enteignungen verzichtete. Wenn Japan dadurch über die Vermögensrechte seiner Angehörigen verfügt hätte, würde die japanische Regierung vielleicht nach dem Verfassungsrecht verpflichtet, den Schaden zu ersetzen. Um diese Ersatzleistungspflicht zu vermeiden, musste die Regierung darauf bestehen, dass sie nicht auf die Ansprüche des Individuums verzichtet hatte.

Diese Position der japanischen Regierung bot jedoch später einen Anlass dazu, dass ausländische Opfer von Kriegsverbrechen durch die kaiserlichen japanischen Truppen während des Zweiten Weltkrieges viele Klagen gegen Japan auf Entschädigung vor japanischen Gerichten stellen.

Der Chef der Vertragsabteilung des japanischen Außenministeriums bestätigte den bisherigen Standpunkt am 27. 8. 1991 im Parlament: Das staatliche Recht des diplomatischen Schutz sei erloschen, aber die Ansprüche des Individuums blieben gültig. Danach wurden von den Opfern viele Klagen gegen Japan vor japan-ischen Gerichten erhoben, um Entschädigung für Kriegsschäden zu verlangen.

III. Wendung des Problems: Die unmittelbare Anwendbarkeit des Völkerrechts

Dass die Völkerrechtssubjektivität des Individuums von der Parteifähigkeit des Individuums in der internationalen Instanz abhängt, bedeutet nicht, dass das Individuum sich vor nationalen Gerichten nur dann auf das Völkerrecht berufen kann, wenn ihm Völkerrechtssubjektivität zugestanden wird. Es wäre Unsinn zu behaupten, dass das Individuum vor nationalen Gerichten nur dann auf völkerrechtlichem Recht bestehen kann, wenn es fähig ist, auf diesem Recht vor irgendeinem internationalen Gericht zu bestehen.

In Prozessen, in denen ausländische Opfer vor japanischen Gerichten gegen Japan Klagen auf die Entschädigung für den Kriegsschaden erhoben haben, ist deshalb die Frage nach der Völker-rechtssubjektivität des Individuums in den Hintergrund getreten, obwohl in manchen Fällen diese

²⁸ Ebenda, S. 228-229.

Frage erwähnt wurde. Statt dessen ist das Problem der unmittelbaren Anwendbarkeit des Völkerrechts auf die japanische Rechtsordnung in den Fokus gerückt.

Die am meistens umstrittene Frage ist die unmittelbare Anwendbarkeit des Artikels 3 des Abkommens, der die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs (IV. Haager Abkommen) betrifft. Der Artikel lautet:

„Die Kriegspartei, welche die Bestimmungen der bezeichneten Ordnung verletzen sollte, ist gegebenen Falles zum Schadensersatz verpflichtet. Sie ist für alle Handlungen verantwortlich, die von den zu ihrer bewaffneten Macht gehörenden Personen begangen werden.“

Nach der herrschenden Lehre akzeptiert die japanische Verfassung umfassend die Völkerrechtsnormen, und auch die internationalen Verträge sind auf der Ebene des nationalen Rechts ohne besondere Umsetzung gültig. Im Brennpunkt steht daher die Frage, ob der Artikel 3 des IV. Haager Abkommens das auf das Individuum anwendbare Recht bestimmt. Dazu gibt es verschiedene theoretischen Positionen. Aber das japanische Gericht verleugnet die Anwendbarkeit, aus folgenden Gründen:

„Though Article 3 of the Hague Convention is about the liability of a defaulting State to compensate, it does not explicitly describe the recipient of this compensation. There also are no procedural provisions regarding how an individual might file a suit against that State for Compensation. Moreover ... under international law at the time of the conclusion of the Hague Convention, in principle the subjects of international law were States. Individuals are recognized as subjects of international law only exceptionally, when there are concrete provisions in international law regarding their rights and obligations.

Nothing in the preparatory work of Article 3 of the Hague Convention suggests that the delegates of participating States engaged in full discussion with the intention of offering individuals who suffered injury during wartime the right to claim compensation for their suffering directly from a belligerent State.“²⁹

Hinter dieser Interpretation des Haager Abkommens liegt die grundsätzlich zwischenstaatliche Konstruktion des Völkerrechtsverhältnisses, oder, mit anderen Worten, der Begriff der begrenzten Völkerrechts-subjektivität des Individuums.

IV. Die Tragweite des Anspruchsverzichts

Die Opfer illegaler Kriegshandlungen können einen internationalen Anspruch nicht nur auf der Grundlage des Völkerrechts, sondern auch des nationalen Rechts erheben. Die Klagen auf Kriegsschadensersatz gegen Japan oder japanische Unternehmen begründen sich sehr oft im japanischen Privatrecht, insbesondere im Deliktsrecht bei Kriegsverbrechen oder in der Nichterfüllung der Sicherheitsfürsorgepflicht bei der Zwangsarbeit. Das

²⁹ Tokyo High Court, Judgment, October 11, 2001, abgekürzte Übersetzung ins Englische, The Japanese Annual of International Law, No. 45, 2002, S. 145.

japanische Gericht leugnet nicht die Geltung des normalen Privatrechts während des Kriegs.

Andererseits schreiben die Friedensverträge die endgültige Lösung des Problems der Ansprüche auf Schadenersatz vor, wie der Artikel 14(b) des Friedensvertrages von San Francisco, auf den manche anderen Friedensverträge mit Japan verweisen:

„[T]he Allied Powers waive all reparations claims of the Allied Powers, other claims of the Allied Powers and their nationals arising out of any actions taken by Japan and its nationals in the course of the prosecution of the war.“

Abgesehen von privatrechtlichen Beschränkungen wie Verjährung oder Ablehnungsfrist,³⁰ hängt es daher von der Tragweite des Anspruchsverzichts ab, ob das Opfer den durch das japanische Privatrecht begründeten Anspruch durchsetzen kann.

Gegen diesen Anspruch erhob die japanische Regierung einen ziemlich komplizierten Einwand. Seit dem Atomic bomb case hat sie immer an der Stellungnahme festgehalten, dass die Friedensverträge Ansprüche des Individuums nicht aufgegeben hätten. Trotz dieser Position will sie immer die Durchsetzung desjenigen Restanspruchs des Individuums aus dem Grund verweigern, weil durch den vertraglichen Anspruchsverzicht die Pflicht des Staats und seiner Angehörigen erloschen sei, Ansprüchen der Staatsangehörigen der anderen Vertragspartei zu entsprechen.

Die japanische höchstrichterliche Rechtsprechung willigt grundsätzlich in diese Stellungnahme ein. Der Zweck des Anspruchsverzichts im Friedensvertrag von San Francisco sei es zu vermeiden, dass die Lösung des Anspruchsproblems dem Zivilprozess übergeben wird. Mit Rücksicht auf diesen Zweck müsse man die Verzichtsklausel interpretieren: Der Anspruchsverzicht habe zwar nicht den Anspruch materiellrechtlich ausgelöscht, aber er habe die Befugnis dazu außer Kraft gesetzt, „auf Grund dieses Anspruchs eine Klage vor dem Gericht zu stellen.“³¹

Aber auch wenn der Staat von der völkerrechtlichen Pflicht zur Entschädigung entbunden wurde, bedeutet das nicht immer, dass auch jede inländische Rechtspflicht des Staats und seiner Staatsangehörigen erloschen ist, die Opfer von illegalen Handlungen zu entschädigen. Allgemein gesagt bleibt grosser Raum für das Ermessen des Staats darüber, wie und inwieweit er die Völkerrechtsnormen in seiner nationalen Rechtsordnung verwirklicht. Deshalb ist es möglich, dass das innerstaatliche Recht den Staat und die individuellen Täter zur Entschädigung für Kriegesverbrechen verpflichtet, obwohl solche Pflicht auf völkerrechtlicher Ebene erloschen ist.

Die Rechtsprechung bejaht jedoch zu einfach die unmittelbare Anwendbarkeit der völkerrechtlichen Verzichtsklausel auf die nationale Rechtsordnung:

³⁰ In Bezug auf die Entschädigung für die Kriegsoffer neigt die japanische Rechtsprechung in den letzten Jahren dazu, den Einwand der Verjährung oder die Ablehnungsfrist zu verneinen.

³¹ 27. 4. 2007, Saiko Saibansho Minji Hanreishu (Höchstrichterliche Entscheidungssammlung) 61. Bd, Nr. 3, S. 232.

„Im Rahmen des Friedensvertrag von San Francisco bedeutet der Anspruchsverzicht das Erlöschen der Befugnis dazu, auf Grund des Anspruchs vor dem Gericht eine Klage zu stellen. Deshalb braucht man keine Maßnahme im nationalen Recht, um den Inhalt des Verzichts zu verwirklichen.“³²

Es bleibt aber noch zu fragen, ob es nach dem innerstaatlichen Recht erlaubt ist, selbst vor der Schadensfeststellung jeden Anspruch auf die Entschädigung endgültig unerfüllbar zu machen.

Ausblick

In Japan herrscht die Lehre der begrenzten Subjektivität des Individuums sowohl in der Theorie wie auch in der Praxis. Solche Konstruktionen des Völkerrechtsverhältnisses beeinflussten die Lehre der unmittelbaren Anwendbarkeit der Völkerrechtsnormen. Die die grundsätzlich zwischenstaatlichen Verhältnisse regelnden Völkerrechtsnormen seien auf die innerstaatlichen Verhältnisse nur selten anwendbar. Andererseits bejaht die japanische Rechtsprechung unüberlegt die unmittelbare Anwendbarkeit der Verzichtsklausel, um den auf dem nationalen Recht begründeten Anspruch des Individuums abzulehnen. Unter den gegenwärtigen Zuständen scheint es sehr schwierig, den Anspruch auf Kriegsschadensersatz vor dem japanischen Gericht zu durchsetzen.

Wenn man aber die Anwendbarkeit der völkerrechtlichen Norm auf die innerstaatlichen Verhältnisse und das staatliche Ermessen bei der Durchführung des Völkerrechts überlegt, kann man vielleicht einen Weg finden, die höchstrichterliche Position zu überwinden.

³² Ebenda, S. 237.

Der allgemeine Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts und des koreanischen Verfassungsgerichts – Eine rechtsvergleichende Betrachtung über die Prüfungsformel – Seung-Ju Bang, Seoul

I. Einführung

In seiner Entscheidung im Verfassungsbeschwerdeverfahren gegen das Gesetz über die Beihilfe für ausgeschiedene Soldaten (98 hunma 363) hat das Koreanische Verfassungsgericht zum ersten Mal die Willkürformel und eine strikte Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse ausdrücklich unterschieden und damit den Prüfungsmaßstab bei der Prüfung der Gleichheitswidrigkeit eines Gesetzes ausführlich behandelt. Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts hängt der Prüfungsmaßstab und die Kontrollintensität bei der Gleichheitswidrigkeit eines Gesetzes von der dem Gesetzgeber gebührenden Gestaltungsfreiheit ab. Grundsätzlich wird dem Gesetzgeber ein weitgehender Gestaltungsspielraum bei der Verwirklichung des allgemeinen Gleichheitssatzes nach Art. 11 Koreanische Verfassung (im Folgenden: „KVerf“) zuerkannt. Deshalb beschränkt sich der Prüfungsmaßstab grundsätzlich auf die Frage, ob der Gesetzgeber Gleiches willkürlich ungleich, oder Ungleiches willkürlich gleich behandelt hat (Willkürformel). Zudem prüft das Gericht die Gleichheitswidrigkeit eines Gesetzes nach den Erfordernissen der Verhältnismäßigkeit, wenn die Verfassung ausdrücklich eine Gleichbehandlung gebietet oder eine Ungleichbehandlung verbietet, oder wenn durch die gesetzgeberischen Differenzierungen ein erheblicher Eingriff in andere Grundrechte vorgenommen wird. In dieser Entscheidung hat das Verfassungsgericht die sog. neue Formel teilweise rezipiert, nach der das BVerfG, abweichend von der bisherigen Willkürformel, die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der gesetzgeberischen Ungleichbehandlung von Personengruppen vorgenommen hat (BVerfGE 88, 87).

Das BVerfG hat die sog. neue Formel ausführlich in seiner Entscheidung von BVerfGE 88, 87 aufgegriffen, nachdem es sie in der Entscheidung BVerfGE 55, 72 erstmals entwickelt hat.

Obwohl das Koreanische Verfassungsgericht den wesentlichen Inhalt der neuen Formel in seine Rechtsprechung aufgenommen hat, gibt es einen

gewissen Unterschied zwischen den Modalitäten der Prüfung in den beiden Ländern. Dieser Unterschied ergibt sich zuerst aus dem unterschiedlichen Wortlaut der beiden Verfassungen. Art 11 Abs. 1 Koreanische Verfassung lautet: „Alle Bürger sind vor dem Recht¹ gleich. Niemand darf aufgrund seines Geschlechts, seiner Religion oder seines sozialen Standes in den Bereichen des politischen, wirtschaftlichen, gesellschaftlichen oder kulturellen Lebens benachteiligt werden.“ Nach der Argumentation des Koreanischen Verfassungsgerichts soll die gesetzgeberische Differenzierung aufgrund der nicht genannten personenbezogenen Merkmale (z.B. Rasse, Hautfarbe, Sprache, Abstammung, Heimat usw.) allein anhand der Willkürformel geprüft werden, weil die Ungleichbehandlung aufgrund dieser Merkmale in der Verfassung nicht ausdrücklich verboten ist. Meiner Meinung nach hat das Koreanische Verfassungsgericht bei der Rezeption der neuen Formel die bedeutsamsten Elemente der „Ungleichbehandlung von Personengruppen“ außer Acht gelassen. Vielmehr beschränkt sich die Prüfung der strengen Verhältnismäßigkeitserfordernisse formell auf die Frage, ob die Verfassung ausdrücklich die Gleichbehandlung gebietet oder die Ungleichbehandlung verbietet. Die in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale sind zumeist personenbezogen, so dass sie mit der schutzbedürftigen Minderheit eng zusammenhängen. Aber das ausdrückliche Gebot der Gleichbehandlung bzw. das Verbot der Ungleichbehandlung in der Koreanischen Verfassung enthält nicht nur die personenbezogenen Merkmale, sondern fast alle Bereiche, einschließlich der sozialen Position, die man nach der Geburt durch seine Bemühungen erwerben kann.

Darüber hinaus beinhalten die meisten gesetzgeberischen Differenzierungen oder Ungleichbehandlungen einen Eingriff in andere Grundrechte der dadurch benachteiligten Gruppen. Dann müsste man die Gleichheitsmäßigkeit in den meisten Fällen der Konkurrenzen mit der freiheitsrechtlichen Grundrechte an die strenge Verhältnismäßigkeitsformel messen, was zu dem Verlust der Eigenart der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Fall der Gleichheitswidrigkeit führen mag. Deshalb muss man die Voraussetzungen der vom Koreanischen Verfassungsgericht aufgenommenen neuen Formel etwas präzisieren. Zu diesem Zweck ist eine rechtsvergleichende Betrachtung im Hinblick auf die Entwicklungen der neuen Formel in der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts und des koreanischen Verfassungsgerichts von großer Wichtigkeit.

Das BVerfG hat inzwischen den zwischen der Willkürformel und der strengen Verhältnismäßigkeitsformel liegenden mittleren Maßstab fortentwickelt, den das BVerfG früher nur in einem einzigen Fall erwähnt hat,² was zu der Überlegung führt, ob dieser mittlere Maßstab nicht eine

¹ Es ist zu beachten, dass seit der Verfassung der 3. Republik vom 26. Dezember 1962 die Gleichheit in Abweichung von der ursprünglichen Fassung nicht "vor dem Gesetz", sondern "vor dem Recht" besteht. Deshalb gibt es meines Erachtens keinen Spielraum mehr darüber zu streiten, ob der Gleichheitssatz auch den Gesetzgeber bindet oder nicht, weil der Begriff "Recht" nicht nur Gesetz und Rechtsverordnung, sondern auch die Verfassung selbst umfasst, so dass es selbstverständlich ist, dass auch der Gesetzgeber an den Gleichheitssatz gebunden ist.

² Dazu vgl. Seung-Ju Bang, Übergangsregelungen in Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Diss. Hannover 1996, S. 106.

eigenartige Formel darstellt. In der koreanischen Rechtsprechung gibt es auch einen mittleren Maßstab, der allerdings inhaltlich abweichend von der deutschen Formel entwickelt wurde.

In der vorliegenden Arbeit werden die Inhalte der beiden verfassungsgerichtlichen Entscheidungen über die gesetzgeberische Ungleichbehandlung und die diesbezüglich verschiedenen Prüfungsmaßstäbe rechtsvergleichend behandelt, um damit deren Problematik und Verbesserungsmöglichkeiten vor allem der koreanischen Rechtsprechung zu diagnostizieren und zu ermöglichen.

II. Der allgemeine Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des BVerfG

In der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts hat der Erste Senat die sog. neue Formel entwickelt, während der Zweite Senat etwas zurückhaltend hauptsächlich die herkömmliche Willkürformel beibehalten, aber manchmal auch auf die neue Formel des ersten Senats verwiesen hat.

1. Erster Senat

(1) Willkürformel

Der allgemeine Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG verbietet, dass der Gesetzgeber Gleiches willkürlich ungleich und Ungleiches willkürlich gleich behandelt. Es ist Sache des Gesetzgebers zu entscheiden, was gleich, und was ungleich bzw. verschieden zu behandeln ist. In diesem Sinne gebührt dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum bei der Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes. Deshalb fungiert der allgemeine Gleichheitssatz als eine Handlungsnorm für den Gesetzgeber, während er für das Verfassungsgericht eine Kontrollnorm darstellt. Mit anderen Worten, erklärt das Bundesverfassungsgericht ein Gesetz für verfassungswidrig und nichtig, wenn der Gesetzgeber die Personen oder Sachverhalte evident ohne sachliche Gründe oder ohne einleuchtende sachliche Gründe ungleich behandelt. Man kann diese Willkürformel auch als eine judizielle Selbstbeschränkung (judicial self-restraint) gegenüber dem Gesetzgeber bewerten. Bevor das BVerfG die neue Formel in seiner Entscheidung von BVerfGE 55, 72 entwickelt hat, hat das BVerfG diese Willkürformel als nahezu einzigen Maßstab bei der Prüfung des Gleichheitsgebots angewendet.

(2) Neue Formel: eine strenge Bindung an die Verhältnismäßigkeitsanfordernisse

In BVerfGE 55, 72 hat der Erste Senat die sog. neue Formel entwickelt. In der Entscheidung von BVerfGE 88, 87 hat das BVerfG seine neue Formel unter Verweis auf BVerfGE 55, 72 ausführlich wie folgt zusammengefasst:

"Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitsanfordernisse reichen. Die

Abstufung der Anforderungen folgt aus Wortlaut und Sinn des Art. 3 Abs. 1 GG sowie aus seinem Zusammenhang mit anderen Verfassungsnormen.

Da der Grundsatz, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind, in erster Linie eine ungerechtfertigte Verschiedenbehandlung von Personen verhindern soll, unterliegt der Gesetzgeber bei einer Ungleichbehandlung von Personengruppen regelmäßig einer strengen Bindung (vgl. BVerfGE 55, 72 <88>). Diese Bindung ist umso enger, je mehr sich die personenbezogenen Merkmale den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten annähern und je größer deshalb die Gefahr ist, dass eine an sie anknüpfende Ungleichbehandlung zur Diskriminierung einer Minderheit führt. Die engere Bindung ist jedoch nicht auf personenbezogene Differenzierungen beschränkt. Sie gilt vielmehr auch, wenn eine Ungleichbehandlung von Sachverhalten mittelbar eine Ungleichbehandlung von Personengruppen bewirkt. Bei lediglich verhaltensbezogenen Unterscheidungen hängt das Maß der Bindung davon ab, inwieweit die Betroffenen in der Lage sind, durch ihr Verhalten die Verwirklichung der Merkmale zu beeinflussen, nach denen unterschieden wird (vgl. BVerfGE 55, 72 <89>). Überdies sind dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers um so engere Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann (vgl. BVerfGE 60, 123 <134>; 82, 126 <146>).

Der unterschiedlichen Weite des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums entspricht eine abgestufte Kontrolldichte bei der verfassungsgerichtlichen Prüfung. Kommt als Maßstab nur das Willkürverbot in Betracht, so kann ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG nur festgestellt werden, wenn die Unsachlichkeit der Differenzierung evident ist (vgl. BVerfGE 55, 72 <90>). Dagegen prüft das Bundesverfassungsgericht bei Regelungen, die Personengruppen verschieden behandeln oder sich auf die Wahrnehmung von Grundrechten nachteilig auswirken, im Einzelnen nach, ob für die vorgesehene Differenzierung Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können (vgl. BVerfGE 82, 126 <146>)."

(3) Mittlere Formel

In einigen wenigen Entscheidungen kann man eine als Mittelweg zu bewertende Formel finden, in welcher das BVerfG weder die Willkürformel noch die strenge Bindung an die Verhältnismäßigkeitserfordernisse für geeignet hält.

In BVerfGE 89, 365, deutet das BVerfG die mittlere Formel zum ersten Mal an: "Als Vergleichsgruppen sind hier die Versicherten zu betrachten, die verschiedenen Krankenkassen angehören und bei gleichem Einkommen und im Wesentlichen gleichen Leistungen der Kasse unterschiedlich hohe Beiträge zu erbringen haben. Danach ist weder eine strenge Prüfung der Verhältnismäßigkeit geboten noch eine bloße Willkürkontrolle ausreichend. Denn es geht um eine Ungleichbehandlung von Personengruppen, die nicht an personengebundene Merkmale anknüpft, sondern an den Sachverhalt der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Krankenkasse. Deshalb kommt hier den Besonderheiten des geregelten Lebens- und Sachbereichs für die Frage, ob

die Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist, erhebliche Bedeutung zu (vgl. BVerfGE 62, 256 <274> m.w.N.).³

Danach hat das BVerfG in der Entscheidung BVerfGE 91, 346 noch einmal eine solche Stellungnahme bezogen: "Die Zuweisung des landwirtschaftlichen Betriebs an einen der Miterben führt dazu, dass dieser gegenüber den anderen Miterben, die derselben Erbenordnung im Sinne der §§ 1924 ff. BGB angehören, vermögensmäßig insofern bevorzugt wird, als er den landwirtschaftlichen Betrieb unter Abfindung der weichenden Miterben auf der Grundlage des Ertragswerts übernehmen darf, der regelmäßig wesentlich geringer ist als der Verkehrswert. Die darin liegende Ungleichbehandlung betrifft zwar Personengruppen, ist aber nicht an personengebundene Merkmale geknüpft. Sie bedarf einer besonderen Rechtfertigung, ohne dass der Gesetzgeber streng an Verhältnismäßigkeitserfordernisse gebunden ist."⁴

Das BVerfG hat diese mittlere Formel im Montan-Mitbestimmungsurteil (BVerfGE 99, 367) deutlich bestätigt: "Bei der Neuregelung der Montan-Mitbestimmung im Montan-Mitbestimmungssicherungsgesetz war der Gesetzgeber einerseits nicht bloß an das Willkürverbot gebunden. Andererseits unterlag er aber auch nicht den strengen Bindungen an Verhältnismäßigkeitserfordernisse. Es genügt vielmehr, dass die differenzierende Regelung in diesem Gesetz auf hinreichend sachbezogenen, nach Art und Gewicht vertretbaren Gründen beruht. Das ergibt sich aus der Zuordnung der zum Teil gegenläufigen Gesichtspunkte, die für die Konkretisierung des Gleichheitsmaßstabs ausschlaggebend sind."⁵

In dieser Entscheidung hat sich das BVerfG überlegt, welchen Prüfungsmaßstab es bei der Differenzierung der juristischen Personen wählen soll. Es hat entschieden, dass für juristische Personen die für natürliche Personen geltenden Grundsätze anzuwenden sind, soweit sie gemäß Art. 19 Abs. 3 GG Träger von Grundrechten sind. Nach dem BVerfG entstehen die juristischen Personen grundsätzlich aus Zusammenschlüssen natürlicher Personen. Dieser Umstand verbiete es, eine Ungleichbehandlung juristischer Personen von vornherein als sachverhaltsbezogene zu behandeln. Allerdings sei die individuelle Betroffenheit der hinter den juristischen Personen stehenden natürlichen Personen je nach Rechtsform, Größe, Mitgliederstruktur und Vereinigungszweck unterschiedlich ausgeprägt. Bei Kapitalgesellschaften könne sie von der individuellen Betroffenheit des Gesellschafters einer Ein-Mann-Gesellschaft bis zu der lediglich einen geringen Teil des Vermögens berührenden Betroffenheit des Aktionärs einer Aktiengesellschaft im Streubesitz reichen.⁶

2. Zweiter Senat

Nach der ständigen Rechtsprechung des Zweiten Senats des BVerfG verbietet der Gleichheitssatz, wesentlich Gleiches ungleich, und gebietet,

³ BVerfGE 89, 365 (375).

⁴ BVerfGE 91, 346 (363).

⁵ BVerfGE 99, 367 (390).

⁶ BVerfGE 99, 367 (389).

wesentlich Ungleiches entsprechend seiner Eigenart ungleich zu behandeln. Dabei liegt es grundsätzlich in der Zuständigkeit des Gesetzgebers, diejenigen Sachverhalte auszuwählen, an die er dieselbe Rechtsfolge knüpft, die er also im Rechtssinn als gleich ansehen will. Der Gesetzgeber muss allerdings seine Auswahl sachgerecht treffen (vgl. BVerfGE 53, 313 [329]). Was dabei in Anwendung des Gleichheitssatzes sachlich vertretbar oder sachfremd ist, lässt sich nicht abstrakt und allgemein feststellen, sondern stets nur in Bezug auf die Eigenart des konkreten Sachbereichs, der geregelt werden soll (vgl. BVerfGE 17, 122 [130]; 75, 108 [157]; 90, 145 [195 f.]; stRspr). Der normative Gehalt der Gleichheitsbindung erfährt daher seine Präzisierung jeweils im Hinblick auf die Eigenart des zu regelnden Sachbereichs. Der Gleichheitssatz verlangt, dass eine vom Gesetz vorgenommene unterschiedliche Behandlung sich – sachbereichsbezogen – auf einen vernünftigen oder sonst wie einleuchtenden Grund zurückführen lässt (BVerfGE 75, 108 [157])."⁷

Die Argumentation des Zweiten Senats scheint indifferent zu der vom Ersten Senat entwickelten neuen Formel, die aber erst in der Entscheidung BVerfGE 93, 386 (397) ausdrücklich zitiert wurde: „Der Gesetzgeber hat die Grenzen der ihm zustehenden weiten Gestaltungsfreiheit – mit der Folge einer Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG – allerdings überschritten, wenn die ungleiche Behandlung der geregelten Sachverhalte mit Gesetzlichkeiten, die in der Natur der Sache selbst liegen, und mit einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise nicht mehr vereinbar ist, das heißt, wenn die gesetzliche Differenzierung sich – sachbereichsbezogen – nicht auf einen vernünftigen oder sonst einleuchtenden Grund zurückführen lässt (vgl. BVerfGE 71, 39 [58]; 75, 108 [157]; 76, 256 [329]; stRspr). Ein solcher Fall liegt auch vor, wenn eine Gruppe von Normbetroffenen im Vergleich zu einer anderen anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten (vgl. BVerfGE 71, 39 [58f.] m.w.N.; 82, 126 [146]; 88, 87 [97]; 90, 46 [56]).“⁸

In der Entscheidung von BVerfGE 101, 275 (291) hat der Zweite Senat den Begriff der Verhältnismäßigkeit genannt: "Nach dem allgemeinen Gleichheitssatz darf der Gesetzgeber nicht wesentlich Gleiches ohne rechtfertigenden Grund ungleich behandeln und entsprechend wesentlich Ungleiches nicht gleich (vgl. BVerfGE 4, 144 [155]; 86, 81 [87]). Dabei wird eine Gewichtung nach Verhältnismäßigkeit ermittelt, ob und inwieweit die Ähnlichkeit oder Verschiedenheit rechtserheblich ist. Art. 3 Abs. 1 GG gestattet es dem Gesetzgeber nur dann, Personengruppen ungleich zu behandeln, wenn zwischen ihnen Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können (vgl. BVerfGE 65, 377 [384]; 78, 232 [247]; 79, 87 [98]; 92, 277 [318]). Die Bindung des Gesetzgebers ist umso enger, je mehr sich Merkmale personenbezogener Differenzierung den in Art. 3 Abs, 3 GG genannten annähern (BVerfGE 92, 26 [51]). Zudem müssen sich die gesetzlichen Differenzierungen

⁷ BVerfGE 93, 319 (348 f.).

⁸ BVerfGE 93, 386 (396 f.).

sachbereichsbezogen auf einen vernünftigen oder sonstwie einleuchtenden Grund zurückführen lassen (vgl. BVerfGE 75, 108 [157]; 76, 256 [329]).⁹

In der Entscheidung von BVerfGE 103, 310 (318 f.) ist der Zweite Senat der vom Ersten Senat entwickelten neuen Formel fast gleichlautend gefolgt. Damit können wir den Schluss ziehen, dass es zwischen dem Ersten Senat und dem Zweiten Senat keinen Unterschied mehr bei den Prüfungsmaßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes gibt.

Trotzdem hat der Zweite Senat in Ergänzung zu der Anwendung der neuen Formel teilweise seine frühere Rechtsprechung mit in seine Entscheidungen¹⁰ einfließen lassen. „Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen (BVerfGE 88, 5 <12>; 88, 87 <96>; 101, 54 <101>). Art. 3 Abs. 1 GG ist jedenfalls verletzt, ‚wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonst wie einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden lässt‘ (BVerfGE 1, 14 <52>; stRspr, vgl. etwa BVerfGE 89, 132 <141>). Weiterhin ist der allgemeine Gleichheitssatz auch dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten oder Normbetroffenen im Vergleich zu einer anderen anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können (vgl. BVerfGE 55, 72 <88>; 93, 386 <397>). Dafür kommt es wesentlich auch darauf an, in welchem Maß sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann (BVerfGE 82, 126 <146>; 88, 87 <96>; 95, 267 <316 f.>). Genauere Maßstäbe und Kriterien dafür, unter welchen Voraussetzungen im Einzelfall das Willkürverbot oder das Gebot verhältnismäßiger Gleichbehandlung durch den Gesetzgeber verletzt ist, lassen sich nicht abstrakt und allgemein, sondern nur bezogen auf die jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereiche bestimmen (BVerfGE 75, 108 <157>; stRspr des Zweiten Senats, z.B. BVerfGE 93, 319 <348 f.>; 93, 386 <397>; 101, 275 <291>; 103, 310 <318>; vgl. auch aus der Rechtsprechung des Ersten Senats BVerfGE 88, 5 <12 f.>; 88, 87 <96 f.>; 90, 226 <239>).“¹¹

3. Zwischenbilanz

Im Ergebnis haben der Erste Senat und der Zweite Senat des BVerfG die sog. neue Formel bei der Prüfung des Gleichheitssatzes zugrunde gelegt. Die Kontrollintensität steigt, je mehr die gesetzgeberische Differenzierung personenbezogen ist und sich den im Art. 3 Abs. 3 genannten Merkmalen annähert. Sonst prüft das BVerfG die sachverhaltsbezogene Differenzierung nach der Willkürformel. Zwischen den beiden Formeln ist der mittlere Maßstab vom Ersten Senat für den Fall entwickelt worden, in dem weder die

⁹ BVerfGE 101, 275 (290 f.).

¹⁰ BVerfGE 105, 73 (110); BVerfG, 2 BvL 1/06 vom 13. 2. 2008, Absatz-Nr. 78, http://www.bverfg.de/entscheidungen/l20080213_2bvl000106.html

¹¹ BVerfGE 105, 73.

Willkürformel noch die strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung vertretbar erscheinen.

In der Entscheidung des Zweiten Senats wird ständig argumentiert, dass sich die Prüfungskriterien nicht abstrakt oder allgemein, sondern nur bezogen auf den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereich bestimmen lassen.

III. Der Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des Koreanischen Verfassungsgerichts

Bezüglich der Gleichheitssatzprüfung hat das Koreanische Verfassungsgericht in der ersten Phase eine gemischte Formel angewendet, in welcher die Willkürformel und die strenge Formel nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht eindeutig getrennt sind. Nach der alten ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichts ist die gesetzgeberische Differenzierung erst dann verfassungswidrig, wenn sie ohne sachliche Gründe ausgeführt ist und deshalb nicht mehr gerechtfertigt werden kann.

Aber in der Entscheidung über das Verfassungsbeschwerdeverfahren gegen das Gesetz für Beihilfe der ausgeschiedenen Soldaten (98hunma363) (im Folgenden: "Soldatenbeihilfegesetzentscheidung") vom 23. Dezember 1999 hat das Koreanische Verfassungsgericht zum ersten Mal die Prüfungsmaßstäbe ausführlich konkretisiert, und die vom BVerfG entwickelte neue Formel in seiner Entscheidungen teilweise aufgenommen. Neuerdings wird auch ein mittlerer Maßstab angewendet, der allerdings nicht mit der deutschen mittleren Formel identisch ist.

1. Alte Rechtsprechung: Abstellen auf das Vorliegen von sachlichen Gründe für die Differenzierung

Nach der früheren Rechtsprechung des Verfassungsgerichts wurde der Gleichheitssatz wie folgt beschrieben: Der Gleichheitssatz gemäß Art. 11 Abs. 1 Verfassung bedeutet keine absolute Gleichheit, die jegliche differenzierende Behandlung von vornherein ausschließt, sondern eine relative Gleichheit, die nur die Ungleichbehandlung ohne sachliche Gründe bei der Gesetzgebung und Gesetzesanwendung verbietet, so dass eine Differenzierung oder Ungleichbehandlung mit sachlichen Gründen dem Gleichheitssatz entspricht. Die Frage, ob eine Differenzierung auf sachlichen Gründen beruht oder nicht, ist nach den Kriterien zu beurteilen, ob die Differenzierung im Rahmen eines legitimen Gesetzeszwecks erforderlich und angemessen ist, und ob sie gleichzeitig dem Verfassungsgrundsatz der Achtung der Menschenwürde nicht widerspricht.¹²

Es ist merkwürdig, dass das Verfassungsgericht in dieser Entscheidung die Menschenwürde als ein Prüfungselement eingesetzt hat, um zu beurteilen, ob die Differenzierung dem Gleichheitssatz widerspricht oder nicht.

¹² Verfassungsgericht (im Folgenden: "VerfG"), 93 hunba 43 vom 24. Februar 1994, VerfGE 6-1, 72, 75.

Auf jedem Fall hat das Gericht in seiner Argumentation das Willkürverbot und die Verhältnismäßigkeit bei der Prüfung des Gleichheitssatzes verbunden. Deshalb war es nicht klar, wann das Willkürverbot und wann die strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Prüfung des Gleichheitssatzes angewendet werden soll.

2. Rechtsprechungen seit der Soldatenbeihilfegesetzentscheidung (98 hunma 363): Aufnahme der neuen Formel

(1) Strenger Prüfungsmaßstab nach den Verhältnismäßigkeitserfordernissen

a) Entwicklung der verfassungsgerichtlichen Argumentation

aa) 98 hunma 363

Die Soldatenbeihilfegesetzentscheidung (98 hunma 363) vom 23. Dezember 1999 hat zu der oben genannten unklaren Lage in der Gleichheitssatzrechtsprechung eine bedeutende Änderung hervorgebracht. Seit dieser Entscheidung hat das Verfassungsgericht fast jedes Mal zuerst über die Prüfungsmaßstäbe, d.h. die Frage, welchen Maßstab das Gericht in diesem Fall zugrunde legen soll, debattiert, und dadurch versucht, die Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit der Rechtsprechung zu verbessern.

Nach der Soldatenbeihilfegesetzentscheidung des Verfassungsgerichts hängt es von dem Umfang des dem Gesetzgeber gebührenden Gestaltungsspielraums ab, ob das Verfassungsgericht den strengen Prüfungsmaßstab oder den schwachen bzw. ermäßigten Prüfungsmaßstab bei der Prüfung des Gleichheitssatzes wählen soll. Erstens kann der strenge Maßstab in Betracht kommen, wenn die Verfassung positiv die Gleichbehandlung gebietet. Wenn die Verfassung selbst die Kriterien der unzulässigen Differenzierung nennt, oder wenn die Verfassung die speziellen Bereiche der unzulässigen Ungleichbehandlung aufzeigt, ist es erforderlich, den strengen Maßstab bei der Ungleichbehandlung aufgrund unzulässiger Kriterien oder in den unzulässigen Bereichen zugrunde zu legen. Zweitens ist der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum eng zu ziehen und damit der strengere Maßstab anzuwenden, wenn die Differenzierung einen erheblichen Eingriff in andere Grundrechte zur Folge hat.¹³

Diese beiden Gesichtspunkte gelten beim sog. Bonuspunktesystem gemäß § 8 des Gesetzes über die Beihilfe für ausgeschiedene Soldaten. Danach erhalten Bewerber für eine Beamtenstelle bis zu 5 % oder 3 % der Höchstpunktzahl jedes einzelnen Prüfungsfaches auf ihre Gesamtpunktzahl gutgeschrieben, wenn es sich beim Bewerber um einen aus dem Dienst verabschiedeten Soldaten handelt und die angestrebte Dienststelle unter dem 6. Rang liegt. Dasselbe gilt für den Eintritt als Angestellter in ein öffentliches Unternehmen.

¹³ VerfG, 98 hunma 363 vom 23. Dezember 1999. Entscheidungssammlungen des Verfassungsgerichts (im Folgenden: "VerfGE") 11-2, 770, 787.

Nach Art. 32 Abs. 4 KVerf unterliegt die Arbeit der Frauen einem speziellen Schutz und darf daher in den Bereichen der Beschäftigung, Lohn und Arbeitsbedingungen nicht ungerecht differenziert werden. Nach dem Verfassungsgericht gebietet die Verfassung die Gleichberechtigung der Männer und Frauen speziell in den Bereichen der Arbeit bzw. Beschäftigung. Trotzdem hat das Bonuspunktesystem die Männer und Frauen in diesen Bereichen differenziert. Darüber hinaus hat es zu einem erheblichen Eingriff in das Recht der Frau auf Zugang zum öffentlichen Dienst geführt, so dass es im vorliegenden Fall geboten ist, den strengen Maßstab anzuwenden. Den strengen Maßstab anzuwenden bedeutet, sich nicht nur auf die Prüfung nach dem Willkürverbot, d.h. nach der Formel, ob der Differenzierung sachliche Gründe zugrunde liegen, zu beschränken, sondern auch zu prüfen, ob die Verhältnismäßigkeitserfordernisse erfüllt, d.h. ob die Verhältnismäßigkeit zwischen Zweck und Mittel der Differenzierung im strengen Sinne bewahrt wurde.¹⁴

Aufgrund dieser grundsätzlichen Stellungnahme hat das Verfassungsgericht das Bonuspunktesystem nach der Reihenfolge des Verhältnismäßigkeitsprinzips, d.h. Legitimität des Gesetzgebungszwecks, Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der Differenzierung ausführlich nachgeprüft und das Bonuspunktesystem für verfassungswidrig erklärt.

Seit dieser Entscheidung hat das Verfassungsgericht in vielen späteren Entscheidungen diesen strengen Maßstab angewendet und damit die Norm für verfassungswidrig oder mit der Verfassung für unvereinbar erklärt.¹⁵

In einer späteren Entscheidungen hat das Verfassungsgericht die Relation zwischen der Willkürformel und der strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung an die deutsche neue Formel angenähert, indem das Gericht den Satz "je mehr, desto strenger" verwendet hat. In diesem Ausdruck kann man eine unmittelbare Einflussnahme der deutschen neuen Formel auf die koreanische Rechtsprechung unschwer erkennen.

bb) 2003 hunma 30

Das VerfG hat in einem Verfassungsbeschwerdeverfahren vom 25. September 2003 seine neue Formel noch ausführlicher wie folgt konkretisiert: "Der grundsätzliche Kontrollmaßstab bei der Prüfung der Gleichheitsmäßigkeit oder der Verletzung gegen den allgemeinen Gleichheitssatz ist, ob die willkürliche Ungleichbehandlung ohne sachliche Gründe bei der Gesetzgebung und Gesetzesanwendung vorliegt. Aber wenn die gesetzgeberische Differenzierung über eine schlichte Ungleichbehandlung der Interessen des Bürgers hinaus eine Differenzierung im Grundrechtsbereich verursacht, soll das Verfassungsgericht nicht nur nach dem Willkürverbot prüfen, sondern auch, ob die strenge Verhältnismäßigkeit zwischen Zweck und Mittel der Differenzierung eingehalten worden ist. Je stärker die Intensität der nachteiligen Auswirkungen der Ungleichbehandlung der Personen oder des Sachverhalts auf die Ausübung der anderen Grundrechte ist, desto enger wird die Grenze des gesetzgeberischen

¹⁴ VerfGE 11-2, 770, 788.

¹⁵ VerfG, 2001 hunga 9.10 vom 3 Februar 2005, § 781 Abs. 1 BGB, § 778 BGB.

Gestaltungsspielraums, so dass es vertretbar ist, den strengeren Maßstab bei der Prüfung der Gleichheitsmäßigkeit anzuwenden.”¹⁶

Diese Beschreibung der Voraussetzungen für die strenge Prüfung nach den Verhältnismäßigkeitserfordernissen folgt materiell der grundsätzlichen Soldatenbeihilfegesetzentscheidung. Aber das Verfassungsgericht hat in dieser Entscheidung folgende ein wenig widersprüchlich erscheinende Argumentation hinzugefügt: „Das Verfassungsgericht hat in der Soldatenbeihilfegesetzentscheidung beschrieben, dass der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum eng zu ziehen und damit der strengere Maßstab anzuwenden ist, wenn die Differenzierung einen erheblichen Eingriff in andere Grundrechte zur Folge hat. Dies bedeutet nicht, dass kein strenger Maßstab anzuwenden ist, wenn die von der Differenzierung herbeigeführten Eingriffe in die Grundrechte nicht erheblich sind, sondern dass, je erheblicher der Eingriff in die Grundrechte durch die Differenzierung herbeigeführt wird, desto strenger der Prüfungsmaßstab anzuwenden ist.”¹⁷ Dieser Satz scheint sehr problematisch, weil sich die meisten gesetzgeberischen Ungleichbehandlungen direkt oder indirekt auf die Ausübung der anderen Grundrechte nachteilig auswirken können. Dann müsste das Verfassungsgericht konsequent jedes Mal den strengeren Maßstab bei der Gleichheitssatzprüfung wählen. Deshalb ist die zweite Voraussetzung des strengen Prüfungsmaßstabs nach den Verhältnismäßigkeitserfordernissen wie in der Soldatenbeihilfegesetzentscheidung anzuwenden, obwohl die Grenze zwischen erheblichen und nicht erheblichen Eingriffen schwer zu ziehen ist.

Ein zusätzliches Problem in dieser Entscheidung (2003 hunma 30) vom 25. September 2003 ist, dass das Verfassungsgericht erwägt, dass die Prüfung der Gleichheitsmäßigkeit und diejenige der gesetzgeberischen Eingriffe in die andere Grundrechte (hier: das Recht auf Zugang zum öffentlichen Dienst) nicht mehr getrennt, sondern einheitlich durch das Übermaßverbot pauschal und zusammen vorzunehmen sind.¹⁸ Diese verfassungsgerichtliche Haltung birgt die Gefahr, dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip als ein Prüfungsmaßstab bei der Gleichheitsmäßigkeit seine Eigenartigkeit verliert und kein Unterschied zwischen den Prüfungen des Gleichheitssatzes und anderer Grundrechte mehr gemacht wird.

cc) 2006 hunba 49

In der Entscheidung vom 31. Mai 2007¹⁹ hat das Verfassungsgericht die grundsätzlichen Vorgaben der Soldatenbeihilfegesetzentscheidung zitiert und darüber hinaus die Bedeutung der Prüfung des strengen Maßstabs weiter konkretisiert. Nach dem strengen Maßstab ein Gesetz zu prüfen, bedeutet, nicht nur festzustellen, ob die Differenzierung auf sachlichen Gründen beruht oder nicht, sondern auch nachzuprüfen, ob zwischen der Differenzierung und ihren Gründen, zwischen Art und Gewicht der faktischen Unterschiede der vergleichbaren Gegenstände, zwischen dem Gewicht des Differenz-

¹⁶ VerfG, 2003 hunma 30 vom 25. September 2003, VerfGE 15-2 (Bd. 1), 501.

¹⁷ VerfGE 15-2 (Bd. 1), 501, 510.

¹⁸ VerfGE 15-2 (Bd. 1), 501, 511.

¹⁹ VerfG, 2006 hunba 49 vom 31. Mai 2007.

ierungszwecks und der Intensität der Differenzierung das angemessene Verhältnis bewahrt worden ist.

b) Fälle der Erklärung der Verfassungswidrigkeit

In den meisten Entscheidungen hat das Verfassungsgericht die betroffene Norm für verfassungswidrig oder unvereinbar mit der Verfassung²⁰ erklärt.

Im Verfassungsbeschwerdeverfahren gegen § 15 Abs. 2, § 17 Abs. 1, § 18 Abs. 1 Wahlgesetz²¹ hat das Verfassungsgericht mit Recht den sehr strengen Prüfungsmaßstab nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip bei der Prüfung gewählt, ob die streitigen Vorschriften die Beschwerdeführer in ihrem Wahlrecht und den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl verletzt, soweit die Vorschriften die Ausübung des Wahlrechts von Auslandskoreanern aufgrund der fehlenden Wohnhaftigkeit im Inland ausgeschlossen hat. In diesem Verfahren hat das Gericht der Verfassungsbeschwerde aus dem Grund stattgegeben, dass die Beschränkung des Wahlrechts nur dann zulässig ist, wenn sie nicht durch eine vage und abstrakte Gefahr oder eine vom Staat unschwer zu bewältigende technische Schwierigkeit oder Störung, sondern nur durch im Einzelfall konkret vorliegende zwingende Gründe gerechtfertigt wird.²²

In der Staatsangehörigkeitsgesetzentscheidung vom 31. August 2000²³ hat das Verfassungsgericht beschrieben, dass der strenge Prüfungsmaßstab in der Soldatenbeihilfegesetzentscheidung hier in vollem Umfang gilt. Damit hat das VerfG die betroffene Vorschrift des Staatsangehörigkeitsgesetzes, nach der nur die Kinder, die von einem koreanischen Vater und einer ausländischen Mutter gezeugt worden sind, von Geburt an automatisch die koreanische Staatsangehörigkeit erwerben, während die Kinder, die von einer koreanischen Mutter und einem ausländischen Vater gezeugt wurden, von dieser automatischen Erwerbung der Staatsangehörigkeit ausgeschlossen

²⁰ Zu der Unvereinbarerklärung vgl. Seung-Ju Bang, Verfassungsgebung und Verfassungsrealität in Korea: Ein Diskussionsbeitrag, in: Jutta Kramer/Björn G. Schubert (Hrsg.), Verfassungsgebung und Verfassungsreform im In- und Ausland, Baden-Baden 2005, S. 129 ff (137); Seung-Ju Bang, Problematik der Unvereinbarerklärung in der verfassungsgerichtlichen Praxis und ihre Nachbesserungsmöglichkeit, Constitutional Law Vol. XIII. No 3, September 2007, pp. 49–106. In Korea erklärt das Verfassungsgericht ein Gesetz grundsätzlich für verfassungswidrig (nicht richtig), wenn das Gesetz gegen die Verfassung verstößt. Nach der Verfassungswidrigerklärung verliert das Gesetz grundsätzlich seine Geltung vom Tag der Verkündung der Entscheidung (ex-nunc Wirkung, vgl. § 47 II S. 1 Koreanisches Verfassungsgerichtsgesetz <im Folgenden: KVerfGG>) an. Ausnahmsweise wirkt die Verfassungswidrigerklärung von strafrechtlichen Normen ex tunc (vgl. § 47 II S. 2 KVerfGG). Darüber hinaus erklärt das Verfassungsgericht ein Gesetz für mit der Verfassung unvereinbar, wenn es Möglichkeiten für die Beseitigung der Verfassungswidrigkeit gibt, wie z.B. im Fall des gleichheitswidrigen Begünstigungsausschlusses, oder der Zustand, der bei einer Verfassungswidrigkeitserklärung entstünde, ein rechtliches Vakuum oder Chaos und dadurch einen viel verfassungsferneren Zustand hervorrufen würde. Auch diese Spruchpraxis der Erklärung der Unvereinbarkeit mit der Verfassung durch das Koreanische Verfassungsgericht ist an die Rechtsprechung des BVerfG angelehnt.

²¹ VerfG, 2004 hunma 644 vom 28. Juni 2007.

²² Dafür vgl. Seung-Ju Bang, Verfassungsmässigkeit der Einschränkung des Wahlrechts für Auslandskoreaner, Constitutional Law Vol. XIII. No 2, June, 2007, pp. 305–349.

²³ VerfG, 97 hunga 12 vom 31. August 2000, VerfGE 12–2, 167.

sind, für gleichheitswidrig und für unvereinbar mit der Verfassung angesehen.

In der Entscheidung vom 23. Februar 2006²⁴ hat das VerfG § 31 Abs. 1 des Gesetzes über die ehrenvolle Behandlung und die Beihilfe für verdienstvolle Personen (im Folgenden: Beihilfegesetz für verdienstvolle Personen) für verfassungswidrig erklärt, und damit seine frühere Verfassungsmäßigerklärung gegenüber denselben Vorschriften ausdrücklich revidiert. Das Verfassungsgericht hat nach der grammatischen Auslegung des Art. 32 Abs. 6 Kverf, abweichend von seiner früheren Rechtsprechung vom 22. Februar 2001, die Familie von verletzten Soldaten oder Polizeibeamten aus der schutzbedürftigen Personengruppe als ausgeschlossen angesehen. Deshalb soll in diesem Fall nicht der mittlere, sondern der strenge Prüfungsmaßstab angewendet werden, weil die Verfassung keine Bevorzugung bei der Beschäftigung der Familie von verdienstvollen Personen, ausgenommen von den Verstorbenen, gebietet. Deshalb kann das Bonuspunktesystem für die Familie von verdienstvollen Personen einen erheblichen Eingriff in die Grundrechte der davon ausgeschlossenen anderen Bewerber darstellen. Aus diesen Gründen hat das Verfassungsgericht die betroffene Vorschrift für unvereinbar mit der Verfassung erklärt.

Außerdem gibt es eine Entscheidung, in der das Verfassungsgericht die Übermaßverbotsprüfung bei der Verletzung anderer Grundrechte, wie des Rechts auf Zugang zum öffentlichen Dienst, als nicht erforderlich angesehen hat, weil es schon die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Prüfung der Gleichheitsmäßigkeit vorgenommen hat. Damit scheint das VerfG anzuerkennen, dass die Verhältnismäßigkeitserfordernisse bei der Gleichheitssatzwidrigkeit und bei Verletzung anderer Grundrechte kaum unterscheidbar sind. Meines Erachtens liegt das Problem in dem derartigen Verständnis, weil die Strukturen der Gleichheit und Freiheit streng zu unterscheiden sind, so dass das Prüfungsschema der Gleichheitswidrigkeit und der Grundrechtseingriffe kaum dasselbe sein kann. Allenfalls kann das Verfassungsgericht nur die Angemessenheit zwischen den Gründen und der Intensität der Differenzierung, d.h. die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne prüfen, auch wenn der strenge Maßstab nach den Verhältnismäßigkeitserfordernissen erforderlich wäre, während das Gericht die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit im Einzelnen bei der Prüfung von (Freiheits-) Grundrechtseingriffen der Reihenfolge nach kontrollieren kann.

c) Fälle der Erklärung der Verfassungsmäßigkeit

In einigen Verfahren, in denen es hauptsächlich darum ging, ob das Bonuspunktesystem das Recht auf Zugang zum öffentlichen Dienst der anderen Bewerber verletzt, hat das Verfassungsgericht den strengen Maßstab nach den Verhältnismäßigkeitserfordernissen gewählt, weil das Bonuspunktesystem einen erheblichen Eingriff in die Grundrechte der anderen Bewerber herbeiführen kann. Trotzdem hat das Verfassungsgericht die Verfassungswidrigkeit der betroffenen Vorschrift verneint.²⁵

²⁴ VerfG, 2004 hunma 675.981.1022, VerfGE 18-1 (Bd. 1), 269.

²⁵ Beispielsweise VerfG, 2005 hunga 13 vom 29. Juni 2006, VerfGE 18-1 (Bd. 2), 165; 2005 hunga 11 vom 27. Dezember 2007.

(2) Mittlerer Maßstab

Wie schon erwähnt, hat sich das Koreanische Verfassungsgericht in früheren Entscheidungen über das Bonuspunktesystem für verdienstvolle Personen mit dem mittleren Prüfungsmaßstab begnügt und das Gesetz für verfassungsmäßig erklärt.

Im Verfassungsbeschwerdeverfahren gegen § 34 Abs. 1 Beihilfegesetz für verdienstvolle Personen²⁶ hat sich das Koreanische Verfassungsgericht noch einmal ausführlich mit den Prüfungsmaßstäben des Gleichheitssatzes beschäftigt. Dabei hat es zwar die Willkürformel deutlich von der strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung unterschieden, aber in diesem Fall weder die Willkürformel noch den strengen Maßstab als geeignet angesehen.

Nach § 34 Abs. 1 Beihilfegesetz für verdienstvolle Personen wird dem Bewerber, der gemäß § 29 Abs. 1 Beihilfegesetz für verdienstvolle Personen vom Staat Unterstützung und Beihilfe im Rahmen seiner Beschäftigung verlangen kann (z.B: im Krieg oder während einer Amtshandlung verletzte Soldaten und Polizeibeamte oder deren Familienangehörige), 10 % der Höchstpunktzahl (diese beträgt normalerweise 100 Punkte) jedes einzelnen Prüfungsfaches bei der vom Staat durchgeführten Bewerbungsprüfung zusätzlich gutgeschrieben.

In diesem Fall hat das Verfassungsgericht argumentiert, dass der erste Gesichtspunkt für den strengen Maßstab, d.h. das ausdrückliche Gleichbehandlungsgebot der Verfassung in der Soldatenbeihilfegesetzentscheidung hier nicht gilt, weil Art. 32 Abs. 6 Koreanische Verfassung keine Gleichbehandlung fordert, sondern vielmehr die Bevorzugung für verdienstvolle Personen bei der Beschäftigung. Nach dem Wortlaut der Vorschrift soll für verdienstvolle Personen – verletzte Soldaten sowie Polizeibeamte und deren Familienangehörige – eine vorrangige Chance bei ihrer Beschäftigung nach einer gesetzgeberischen Regelung gewährleistet werden. Die einfachgesetzliche Norm für den Schutz der Beschäftigung von verletzten Soldaten und Polizeibeamten beruht somit auf einer ausdrücklichen Bevorzugung in der Verfassung. Insoweit ist es vertretbar, dass es nicht geeignet ist, den strengen Verhältnismäßigkeitsmaßstab heranzuziehen, weil in diesem Fall dem Gesetzgeber ein besonders weiter Gestaltungsspielraum zukommt.

Andererseits kann die gesetzgeberische einseitige Bevorzugung für verdienstvolle Personen den erheblichen Beeinträchtigungen in die Berufsfreiheit oder das Recht auf Zugang zum öffentlichen Dienst der von diesem Bonuspunktesystem ausgeschlossenen Bewerber herbeiführen, weshalb der zweite Gesichtspunkt für den strengen Maßstab entsprechend der Soldatenbeihilfegesetzentscheidung gelten kann. Aufgrund dieser Erwägungen hat das Verfassungsgericht bei der Prüfung der Gleichheitsmäßigkeit des Bonuspunktesystems weder die Willkürformel noch die strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung für geeignet gehalten. Vielmehr hat das Gericht eine eingeschränkte Verhältnismäßigkeitsprüfung angewendet und das Bonuspunktesystem hiernach als gleichheitsmäßig angesehen.

²⁶ VerfG, 2000 hunma 25 vom 22. Februar 2001, VerfGE 13–1, 386.

(3) Willkürformel

Nach dem Verfassungsgericht verbietet der Gleichheitssatz, dass der Gesetzgeber Gleiches willkürlich ungleich, Ungleiches willkürlich gleich behandelt. Bei der Prüfung der Gleichheitsmäßigkeit hängt es von dem gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum ab, ob es den ermäßigten Prüfungsmaßstab oder den strengen Maßstab nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip anwendet. Wenn keine besonderen Umstände vorliegen, beschränkt sich die Prüfung der Gleichheitsmäßigkeit eines Gesetzes darauf, ob der Gesetzgeber willkürlich gehandelt hat.²⁷ Mit anderen Worten prüft das Verfassungsgericht nach der Willkürformel, wenn es kein verfassungsrechtliches Gleichbehandlungsgebot gibt und ein durch die Differenzierung herbeigeführter Eingriff in die anderen Grundrechte nicht feststellbar ist.²⁸

Das Verfassungsgericht prüft diese Willkürformel in neueren Entscheidungen anhand folgender Stufen: 1. Ob eine Differenzierung vorliegt, die wesentlich Gleiches ungleich behandelt und 2. Ob die Differenzierung willkürlich ist. Danach muss zunächst eine vergleichbare Gruppe und die Differenzierung dieser Gruppe vorliegen, damit das Verfassungsgericht eine gleichheitswidrige Differenzierung, d.h. die verfassungswidrige Ungleichbehandlung annehmen kann.²⁹ In dieser Entscheidung hat das Verfassungsgericht bereits das Vorliegen einer Differenzierung abgelehnt und die Verfassungsbeschwerde abgewiesen.

In seiner Entscheidung vom 16. Dezember 2004 hat das Verfassungsgericht die oben angeführten Kriterien noch ausführlicher wie folgt konkretisiert: In Bezug auf die 1. Stufe, hängt die Frage, ob zwei vergleichbare Gruppe wesentlich gleich sind oder nicht, von dem Sinn und Zweck der betroffenen Verfassungsvorschrift und der einfachgesetzlichen Norm ab. In Bezug auf die 2. Stufe bedeutet der Begriff der Willkür das Fehlen von sachlichen Gründen.³⁰

a) Eindeutige Anwendung der Willkürformel

aa) Fälle der Erklärung der Verfassungsmäßigkeit

In den meisten Entscheidungen hat das Verfassungsgericht das betroffene Gesetz unter Anwendung der Willkürformel für verfassungsmäßig erklärt.³¹ In einigen Entscheidungen wurde die Verfassungsmäßigkeit damit begründet, dass bereits eine Differenzierung nicht feststellbar ist.³² Im Rahmen der begünstigenden Gesetzgebung kommt dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum zu, so dass das Verfassungsgericht bei der Prüfung der Gleichheitsmäßigkeit in der Regel die Willkürformel anwendet.³³

²⁷ VerfG, 2003 hunba 78 vom 16. Dezember 2004, VerfGE 16-2 (Bd. 2), 472, 486-487; 2003 hunma 259.250 vom 27. November 2003, VerfGE 15-2 (Bd. 2), 339, 346.

²⁸ VerfG, 2003 hunba 72 vom 24. Februar 2005, VerfGE 17-1, 228, 237.

²⁹ VerfG, 2003 hunma 259.250 vom 27. November 2003, VerfGE 15-2 (Bd. 2), 339, 346.

³⁰ VerfG, 2003 hunba 78 vom 16. Dezember 2004, VerfGE 16-2 (Bd. 2), 472, 487; 2004 hunba 70 vom 27. Juli 2006, VerfGE 18-2, 94.

³¹ VerfG, 2001 hunga 1, VerfGE 13-1, 441; 2001 hunma 132, VerfGE 13-1, 1441.

³² Z.B. VerfG, 2003 hunma 259, VerfGE 15-2 (Bd. 2), 339, 346; 2002 hunma 593, VerfGE 15-2 (Bd. 2), 637, 651-653.

³³ Z.B. VerfG, 2005 hunma 1173 vom 29. Mai 2008,

bb) Fälle der Erklärung der Verfassungswidrigkeit

Unter den Entscheidungen, die das Verfassungsgericht auf die Gleichheitsmäßigkeit eines Gesetzes anhand der Willkürformel geprüft hat, gibt es auch Verfassungswidrigkeitserklärungen. Wenn die gesetzgeberische Differenzierung auf keinen sachlichen Gründe beruht, d.h. wesentlich Gleiches willkürlich ungleich, oder wesentlich Ungleiches willkürlich gleich behandelt, erklärt das Verfassungsgericht sie für gleichheitswidrig.³⁴

In einer konkreten Normenkontrolle über § 3 Anhang BGB hat das Verfassungsgericht wegen der fehlenden Voraussetzungen für die Durchführung der strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung allein die Willkürformel angewendet. Trotzdem hat es die betroffene Norm für verfassungswidrig erklärt. Dabei hat es argumentiert, dass die Norm den Beschwerdeführer in seinem Eigentumsrecht und seiner Privatautonomie verletzt hat. Meines Erachtens klingt diese Argumentation des Verfassungsgerichts in diesem Punkt sehr widersprüchlich, weil das Gericht gesehen hat, dass auch die zweite Voraussetzung der strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung, d.h. die Herbeiführung eines erheblichen Eingriffs in andere Grundrechte in diesem Fall fehlt. Trotzdem hat das Verfassungsgericht gerade anerkannt, dass die Norm die Betroffenen in Eigentum und Privatautonomie verletzt. In diesem Fall hätte das Verfassungsgericht meiner Meinung nach den strengen Maßstab der Verhältnismäßigkeit zugrunde legen müssen, weil hier die zweite Voraussetzung der strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung, d.h. ein erheblicher Eingriff in andere Grundrechte, durch die Differenzierung gegeben ist.

b) Befolgung der alten Rechtsprechung

Auch nachdem das Verfassungsgericht die neue Formel seit der Soldatenbeihilfegesetzentscheidung aufgenommen hat, gibt es nach wie vor Fälle, in denen das Gericht die alte Rechtsprechung, in denen die Willkürformel mit der strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung vermischt wurde, ohne weitere Erwägungen befolgt, weshalb es nicht eindeutig feststellbar ist, welchen Maßstab das Gericht bei der Prüfung der Gleichheitsmäßigkeit eines Gesetzes angewendet hat.³⁵

3. Sonstiges: Gesichtspunkte für die Beachtung der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit bei der Prüfung der Gleichheitswidrigkeit

Bei der Prüfung der Gleichheitswidrigkeit eines Gesetzes erwägt das Verfassungsgericht die Gestaltungsfreiheit, die dem Gesetzgeber zusteht.

(1) Stufenweise Verwirklichung der Gleichheit

Die Klägerin im Ausgangsverfahren (Klage auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung des Staates)³⁶ hat im Rahmen eines konkreten Normenkontrollverfahrens³⁷ vor dem Ausgangsgericht den Antrag

³⁴ Beispielsweise, VerfG, 2000 hunba 84 vom 19. Februar 2002, VerfGE 14-2, 268; 2002 hunga 22, VerfGE 16-1, 29

³⁵ Z.B. VerfG, 99 hunma 494 vom 29 November 2001, VerfGE 13-2, 714, 726, 728.

³⁶ Seoul Landgericht, 90 gaso 8680.

³⁷ VerfG, 90 hunga 27 vom 11. Februar 1991.

gestellt, dem Verfassungsgericht eine Vorlage über die Verfassungswidrigkeit des § 8 b Erziehungsgesetz zu machen, der i.V.m. einer präsidialen Rechtsverordnung eine stufenweise Ausführung der staatlichen Schulpflicht für die Mittelschule erlaubt. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 dieser Rechtsverordnung galt damals für Seoul, wo die Klägerin wohnte, die Schulpflicht ab der Mittelschule noch nicht, so dass sie sämtliche Schulgebühren selbst finanzieren musste. Sie hat daher Klage auf Herausgabe der schon bezahlten Schulgebühr als eine ungerechtfertigte Bereicherung gegen den Staat erhoben und gleichzeitig den Antrag gestellt, die Vorlage über die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes zu stellen. Das Gericht hat ihren Antrag angenommen und dieses Normenkontrollverfahren dem Verfassungsgericht vorgelegt.

In diesem Verfahren rügte die Klägerin, dass das staatliche Unterlassen der Erweiterung der staatlichen Schulfinanzierung auch für den Besuch der Mittelschule diejenigen Eltern, die arm und somit nicht fähig sind, die Schulgebühr selbst aufzubringen, in ihren Gleichheitsrechten verletzt, da eine derartige Finanzierung nach der Präsidialverordnung ausnahmsweise in speziellen Gebieten wie auf Inseln oder abgelegenen Gebieten auch für wohlhabende Bürger gewährt wird.

In diesem Verfahren hat das Verfassungsgericht das Gesetz für verfassungsmäßig erklärt. Dabei hat ein sehr bedeutender Gesichtspunkt eine Rolle gespielt, der vom Gericht in dieser Entscheidung entwickelt wurde und der bei Prüfung des Gleichheitssatzes in späteren Entscheidungen manchmal zitiert wird.

Nach dem Verfassungsgericht schließt der Gleichheitssatz nicht aus, dass der Staat selbst entscheidet, wann und wo er anfängt, die grundrechtliche Gewährleistung oder deren Ausgestaltung zu verbessern. Mit anderen Worten muss der Staat die Art und Weise wählen können, nach der er stufenweise die Veränderung dieser Ausgestaltung nach sachlichen Kriterien im Rahmen seiner Fähigkeiten fortführt, um den rechtlichen Grundwert zu verwirklichen. Sonst würde es wegen der Idee des Gleichheitssatzes überhaupt unmöglich, eine Veränderung herbeizuführen, es sei denn, dass ausnahmsweise der Staat die Verbesserung desjenigen Regelungssystems vornimmt, das auf alle Sachverhalte und alle Personengruppen einheitlich und gleichzeitig angewendet wird. Eine solche Erwägung wäre unvertretbar und würde dem Wert des Gleichheitssatzes widersprechen. Deshalb kann das Verfassungsgericht das Gesetz nicht immer für gleichheitswidrig halten, auch wenn sich die Wirkung der institutionellen Verbesserung nur auf einen Teil der Bürger mit der Folge beschränkt, dass damit eine Differenzierung gegenüber den sich in der vergleichbaren Lage befindlichen Gruppe herbeigeführt wird. Das gilt vor allem für den Fall, wenn durch die Verbesserung der Institutionen hohe finanzielle Kosten entstehen.³⁸

In dieser Entscheidung hat das Verfassungsgericht die Ungleichbehandlung nicht für gleichheitswidrig erklärt, indem es einen Gesichtspunkt bei der Prüfung abgewogen hat, der meines Erachtens dem

³⁸ VerfG, 90 hunga 27 vom 11. Februar 1991, VerfGE 3, 11, 25; 90 hunba 17.18 vom 11. Februar 1991, VerfGE 3, 51, 60.

sog. zeitlichen Anpassungsspielraum in der deutschen Rechtsprechung des BVerfG ähnelt. Dies zeigt, dass das Verfassungsgericht bei der Kontrolle des Gesetzes nicht nur das Ergebnis der Gesetzgebung selbst, sondern auch Verhalten und Verfahren des Gesetzgebers, d.h. die zur Verbesserung nötige Zeitspanne mitberücksichtigt und das Gesetz für verfassungsmäßig erklärt, obwohl das Gesetz an sich in einigen Aspekten gleichheitswidrig sein kann.

(2) **Generalisierung, Typisierung und zeitlicher Anpassungsspielraum³⁹**

Ein weiterer Gesichtspunkt, den das Koreanische Verfassungsgericht der deutschen Rechtsprechung des BVerfG entlehnt hat, ist die Generalisierung und Typisierung bei der gesetzgeberischen Verwirklichung des Gleichheitssatzes und darüber hinaus der zeitliche Anpassungsspielraum.

In der Entscheidung vom 28. Oktober 2004⁴⁰ hat das Verfassungsgericht darüber entschieden, ob die betroffene Norm der Steuergerechtigkeit und der Idee der gleichen Besteuerung widerspricht. Es hat in diesem Fall die Willkürformel gewählt und die betroffene Vorschrift für verfassungsmäßig erklärt.

Das Verfassungsgericht geht in dieser Entscheidung davon aus, dass der Gesetzgeber in Bereichen wie der Steuergesetzgebung oder der sozialen Fürsorge, die wegen ihres komplexen Regelungssachverhalts als Masseerscheinung behandelt werden müssen, die verschiedenen Lebensverhältnisse zunächst generalisieren und typisieren darf, obwohl diese Generalisierung und Typisierung zur Folge hat, dass eine Anpassung an jede einzelne Fallkonstellation nicht möglich ist. Diese Typisierung und Generalisierung ist hinzunehmen, soweit sie sich im Rahmen der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit hält, wenn die daraus folgende Härte nur für wenige Betroffene gilt und deren Intensität nicht erheblich ist.⁴¹

Darüber hinaus wird in dieser Rechtsprechung auch der Gesichtspunkt des zeitlichen Anpassungsspielraums angewendet, den schon das BVerfG praktiziert hat, und wonach dem Gesetzgeber bei der Regelung eines komplexen Sachverhalts ein zeitlicher Anpassungsspielraum gewährt wird. Nach dem koreanischen Verfassungsgericht kann es den Fall geben, in dem sich der Gesetzgeber bei der Regelung eines komplexen Sachverhalts zunächst damit begnügen muss, ihn grob zu generalisieren und zu typisieren, bis er ausreichend Erfahrungen über den Inhalt der Materie gesammelt hat. Es kann auch einen solchen Fall geben, dass der Gesetzgeber eine Gesetzesänderung nicht so einfach und so rasch vornehmen darf, obwohl sich die tatsächlichen Verhältnisse schon verändert haben, so dass eine Gesetzesänderung erforderlich geworden ist. In diesem Fall wird die betroffene Norm nicht sofort verfassungswidrig, obwohl eine Ungleichheit

³⁹ Dazu vgl. Seung-Ju Bang, Übergangsregelungen in Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Diss. Hannover 1996, S. 111 ff.

⁴⁰ VerfG, 2002 hunba 70 vom 28. Oktober 2004, VerfGE 16-2 (Bd. 2), 159.

⁴¹ VerfG, 2002 hunba 70 vom 28. Oktober 2004, VerfGE 16-2 (Bd. 2), 159, 172; noch früher vgl. Meinung der 4 Verfassungsrichter, VerfG, 90 hunma 110.136, vom 16. Januar 1997, VerfGE 9-1, 90, 114-117.

besteht. Vielmehr darf der Gesetzgeber eine gewisse Zeitspanne in Anspruch nehmen, um eine solche Ungleichheit zu beseitigen.⁴²

(3) Unterscheidung zwischen Handlungsnorm und Kontrollnorm

In der Entscheidung vom 16. Januar 1997 haben vier Verfassungsrichter bezüglich der Gleichheitsmäßigkeit der betroffenen Normen noch mehrere wichtige Gesichtspunkte herausgearbeitet, die meiner Ansicht nach die funktionell-rechtlichen Ansätze darstellen, die zumeist aus der deutschen Rechtsprechung des BVerfG oder der deutschen Literatur stammen.

Die Verfassungsrichter⁴³ haben argumentiert, dass das Verfassungsgericht und der Gesetzgeber gleichsam an die Verfassung gebunden sind, die Art der Bindung jedoch nicht gleich ist. Nach ihrer Meinung ist die Verfassung eine Handlungsnorm gegenüber aktiven Staatsorganen wie dem Gesetzgeber, der für die positive Gestaltungstätigkeit zuständig ist, während sie gegenüber dem Verfassungsgericht, das die Verfassungsmäßigkeit der Handlungen des Staates nur nachträglich prüft, eine Kontroll- bzw. Entscheidungsnorm darstellt. Der allgemeine Gleichheitssatz als Handlungsnorm gebietet dem Gesetzgeber, Gleiches gleich, und Ungleiches ungleich zu behandeln und damit die materielle Gleichheit zu regeln. Aber der Gleichheitssatz als Kontrollnorm des Verfassungsgerichts bedeutet hingegen lediglich ein Willkürverbot, d.h. ist ein Maßstab, der nur die willkürliche Gesetzgebung verbietet, so dass das Gericht die Verletzung des Gleichheitssatzes nur dann feststellt, wenn es keine sachlichen Gründe finden kann, welche die ungleiche Behandlung rechtfertigen können.⁴⁴

Im Ergebnis führt eine solche funktionell-rechtliche Erwägung zur verfassungsgerichtlichen Selbstbeschränkung. Wenn dieser Gesichtspunkt bei der Prüfung des Gleichheitssatzes angewendet wird, kann allein das Willkürverbot als Prüfungsmaßstab in Betracht kommen. Deshalb sollte dieser Gesichtspunkt nur in den Fällen herangezogen werden, in denen keine strengen Maßstäbe nach den Verhältnismäßigkeitserfordernissen berücksichtigt werden.

IV. Schlussbemerkungen

Es wurde die Entwicklung der Prüfungsmaßstäbe bei der Gleichheitsmäßigkeit eines Gesetzes in der Rechtsprechung des deutschen und koreanischen Verfassungsgerichts dargestellt. Die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Rechtsprechung der beiden Länder sind folgendermaßen zusammenzufassen.

Erstens gebietet der allgemeine Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 11 Abs. 1 Satz 1 KVerf dem Gesetzgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Es ist die Sache des

⁴² VerfG, 2002 hunba 70 vom 28. Oktober 2004, VerfGE 16-2 (Bd. 2), 159, 174; noch früher vgl. Meinung der 4 Verfassungsrichter, VerfG, 90 hunma 110.136, vom 16. Januar 1997, VerfGE 9-1, 90, 116.

⁴³ Verfassungsrichter Kim, Moon Hee; Verfassungsrichter Jung, Kyung Sik; Verfassungsrichter Go, Jung Suk; Verfassungsrichter Shin, Chang Un.

⁴⁴ Auf diesen Gesichtspunkt wird in der späteren Entscheidung wiederholt hingewiesen. Beispielsweise vgl. VerfG, 94 hunma 33 vom 29. Mai 1997, VerfGE 9-1, 543, 553.

Gesetzgebers, die Kriterien dafür zu bestimmen, was wesentlich Gleiches und Ungleiches ist, so dass dem Gesetzgeber grundsätzlich ein weiterer Gestaltungsspielraum bei der Verwirklichung des Gleichheitssatzes zukommt. Deshalb kann das Verfassungsgericht grundsätzlich nur dann die Gleichheitswidrigkeit eines Gesetzes feststellen, wenn der Gesetzgeber Gleiches willkürlich ungleich, und Ungleiches willkürlich gleich behandelt hat, ohne dass eine solche Ungleichbehandlung auf sachlichen Gründen beruht. In diesem Sinne ist die Willkürformel der grundsätzliche Maßstab bei der Gleichheitsprüfung.

Zweitens: Seit BVerfGE 55, 72 in Deutschland und seit der Soldatenbeihilfegesetzentscheidung in Korea begnügen sich die beiden Verfassungsgerichte nicht bloß mit der Willkürformel, sondern legen darüber hinaus den strengen Maßstab nach den Verhältnismäßigkeitserfordernissen bei der Prüfung des Gleichheitssatzes zugrunde.

Die diesbezüglichen Voraussetzungen und die konkreten Inhalte der Verhältnismäßigkeitsprüfung sind unterschiedlich, obwohl das koreanische Verfassungsgericht die deutsche neue Formel aufgenommen hat.

Nach der deutschen Rechtsprechung des BVerfG prüft das BVerfG bei Regelungen, die Personengruppen verschieden behandeln oder sich auf die Wahrnehmung von Grundrechten nachteilig auswirken, im Einzelnen nach, ob für die vorgesehene Differenzierung Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können. Kurz gesagt ist ausschlaggebend, ob die Differenzierung in der Ungleichbehandlung von Personengruppen oder in der Ungleichbehandlung eines Sachverhalts liegt.

Demgegenüber kommt nach dem Koreanischen Verfassungsgericht der strenge Maßstab zur Anwendung, wenn die Verfassung positiv die Gleichbehandlung gebietet, oder wenn die Differenzierung einen erheblichen Eingriff in andere Grundrechte zur Folge hat. Das Koreanische Verfassungsgericht fordert keine materiellen Kriterien für den strengen Maßstab, sondern nur formell die verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebote, wie Geschlecht, Religion oder soziale Position. Diese Merkmale in Art 11 Abs. 1 Koreanische Verfassung sind nicht abschließend, sondern nur beispielhaft, so dass andere personenbezogene Differenzierungen z.B. aufgrund der Rasse, Sprache, Abstammung usw. ebenso verboten und nach der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu rechtfertigen sind.

Der zweite Gesichtspunkt der Rechtsprechung beider Länder stellt ein gemeinsames Problem dar, weil sich die meisten Ungleichbehandlungen in der Regel auf die Ausübung anderer Grundrechte nachteilig auswirken können, und das Verfassungsgericht daher immer den strengen Maßstab bei Fällen von Grundrechtskonkurrenzen anwenden müsste. Damit besteht die Gefahr, dass der Prüfungsmaßstab der Verhältnismäßigkeit bei der Gleichheitsmäßigkeit seine Bedeutung verliert.

Drittens gibt es einen mittleren Prüfungsmaßstab in der jeweiligen Rechtsprechung, der allerdings inhaltlich unterschiedlich ist.

Viertens prüft das BVerfG in der Regel die Angemessenheit der Differenzierung beim strengen Maßstab nach den Verhältnismäßigkeit-

serfordernissen, während das Koreanische Verfassungsgericht dasselbe Prüfungsschema wie beim Übermaßverbot, nach der Reihenfolge Legitimität des Zwecks, Geeignetheit, Erforderlichkeit, Angemessenheit der Mittel ausführlich prüft. Es ist schwer, in der Gleichheitsmäßigkeitsrechtsprechung des Koreanischen Verfassungsgerichts Entscheidungen zu finden, die der Bedeutung und Eigenart der Verhältnismäßigkeitserfordernisse im Rahmen der Prüfung des Gleichheitssatzes gerecht werden und die von dem beim Übermaßverbot im Rahmen der Grundrechtseingriffe zu Grunde gelegtem Maßstab abgrenzbar sind.

Fünftens werden die Gesichtspunkte der Generalisierung und Typisierung bei Massenerscheinungen und des zeitlichen Anpassungsspielraums in beiden Ländern gemeinsam angewendet, die eine Rolle als ein funktionell-rechtlicher Ansatz zur verfassungsgerichtlichen Selbstbeschränkung bei der Gleichheitssatzprüfung spielen.

Schließlich scheint es meines Erachtens im Hinblick auf die koreanische Rechtsprechung als die wichtigste Aufgabe, den materiellen Maßstab, d.h. die materiellen Merkmale aufzuklären, aufgrund deren das Verfassungsgericht die Fälle des Willkürverbots und der strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung unterscheiden kann, und darüber hinaus die Strukturen der Verhältnismäßigkeitserfordernisse bei der Prüfung des Gleichheitssatzes und bei der Prüfung der freiheitsrechtlichen Grundrechtseingriffe zu unterscheiden, und damit deren Besonderheiten festzustellen.

Proposed Amendment of the Dispute Settlement Understanding in DDA Negotiations – Current Status and Its Implications –

Jaemin Lee, Seoul*

I. Introduction: DSU Amendment Negotiations

Doha Development Agenda (“DDA”) was initiated in 2001 to re-invigorate trust in the multilateral trade regime, as the apparently eroding trust of WTO Member states led to the continuing spread of the bilateral arrangements in many places since late 1990s. The DDA negotiations are currently dormant since the Members failed to reach a compromise last December. Although the WTO secretariat officially seems confident for the success of the DDA, the future of the DDA is rather unclear at the moment, particularly under the current economic situation plaguing the global market. In any event, many important issues have been on the negotiating table at the DDA and all of them stand to affect the interest of Members drastically. Probably, that is why reaching a compromise among major players is not so easy.

One of the key issues at the DDA is how to amend existing WTO agreements to accommodate increasing complaints from Members regarding certain agreements. For instance, Members have been discussing how to amend Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 (“Antidumping Agreement”), Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (“SCM Agreement”), and Agreement on Safeguards (“Safeguards Agreement”) to enhance the principle of rule of law in the international trade regime. What has been generally forgotten in this regard is that Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlements of Disputes (“DSU”) has also been on the negotiating table.¹ In fact, the DSU negotiation does have the potential to bring a significant

* Associate Professor of Law, College of Law, Hanyang University (Ph.D., J.D.). The core contents of this article were presented at the 3rd Trilateral Symposium among Hanyang University of Korea, Konstanz University of Germany and Kansai University of Japan held at Hanyang University in Seoul, Korea on August 3, 2008.

¹ Ministerial Declaration, WT/MIN(01)/DEC/1 Adopted on November 14, 2001
Dispute Settlement Understanding

30. We agree to negotiations on improvements and clarifications of the Dispute Settlement Understanding. The negotiations should be based on the work done thus far as well as any additional proposals by members, and aim to agree on improvements and clarifications not later than May 2003, at which time we will take steps to ensure that the results enter into force as soon as possible thereafter.

implication to countries like Korea, Japan and the European Communities (“EC”), which use the WTO dispute settlement system more frequently than most of the other WTO Members.

The DSU carries out an important function in WTO regime. It provides procedural rules to govern international litigations at the WTO panels and the Appellate Body whose final decisions are adopted by the Dispute Settlement Body (“DSB”). Thus, all key issues for international litigations are provided: jurisdiction, composition of a panel, deadlines, panel procedure, Appellate Body procedure, final report adoption procedure, implementation procedure, retaliation procedure, etc. As with domestic litigations, parties win or lose on procedural grounds as well as substantive grounds.² The general perception has been that the WTO dispute settlement system has achieved many positive things over the years. The most important achievement is said to be the spread of the notion of rule of law in international trade. However, it is also true that there still remain some problems to fix. Unfortunately, these fundamental problems have made some WTO Members doubt the effectiveness of the current WTO dispute settlement procedure. As a result, it is hard to deny that there are some Members who are skeptical about the current WTO dispute settlement system.

The DSU amendment negotiation in the DDA context is to address these concerns and problems. More specifically, the main objectives of the DSU amendment are (i) to increase clarity, (ii) to enhance transparency, (iii) to further guarantee procedural due process, (iv) to harmonize rules with reality, to find solutions to new problems posed, and (v) to increase effectiveness of the remedy. The negotiations so far have been focused on what should be done to achieve these goals. Amending the DSU, however, is indeed a daunting task as the interests of the Members do not always converge, and it is still too early to tell how the negotiation will proceed.³ Nonetheless, it would be meaningful and timely to review the current status of the negotiation and to fathom the possible implications of the negotiations and proposed amendment to the trade interest of the three countries: Korea, Japan and the EC.

II. Unique Characteristics and Implications of DSU Amendment Negotiations

The DSU amendment negotiations have unique characteristics compared to other negotiations taking place in the DDA context. First, this negotiation is premised on purely legal discussions. In other words, unlike other DDA negotiations, the DSU amendment negotiations are entirely based on legal issues and analyses. Not only fundamental legal principles and

² In recent disputes reviewed and determined by the WTO, increasingly a significant portion of the disputes is about the procedural aspect. See e.g. *United States - Continued Existence and Application of Zeroing Methodology* WT/DS350/AB/R (February 4, 2009) (*United States-Continued Zeroing*), paras 152-185. One of the key issues in the dispute is about the terms of reference of the panel.

³ Hauser, Heinz & Zimmermann, Thomas A. “The Challenge of Reforming the WTO Dispute Settlement Understanding” *Intereconomics - Review of European Economic Policy*, Vol. 38, No. 5 (September/October 2003) at 241-242..

jurisprudence but also nuts and bolts of WTO litigations are extensively presented and debated with frequent reference to the WTO precedents. So, this has turned out to be an area where ordinary government officials could play a limited role, if any. In fact, most of negotiators of the DSU amendment representing Members are lawyers for each government or government officials with extensive legal background. So, the DSU amendment negotiations offer a particularly interesting forum where various issues in which the legal academia would be interested are presented.

Second, the discussions here are not necessarily confined to the realm of international trade law. It is true that the discussions here are based on particular provisions, current and prospective, of the DSU, but those discussions offer an opportunity to fine-tune the basic procedure for international litigations between states. These negotiations, thus, have the potential to affect the procedural aspect of international litigations in general. In fact, the WTO dispute settlement procedure is the most frequently utilized forum for state to state legal disputes. Following numbers show a striking trend. While 378 disputes have been initiated at the WTO during the 1995–2008 period,⁴ only 113 disputes have been initiated at the International Court of Justice (“ICJ”) during the 1945–2008 period.⁵ In other words, compared to the ICJ, 3 times more cases have been filed at the WTO dispute settlement procedure in 1/5 of the time period. This would translate into a 15 (3X5) times higher utilization rate for the WTO dispute settlement procedure. In the case of Korea, it participated in WTO litigations 26 times but simply none in other international litigations.⁶

Due to frequency and intensity of disputes, the WTO has been a forum where various trial and error takes place over the years. This experience is now pushing the negotiations. So, to the extent litigation procedures are involved, the WTO offers a better testing ground than other fora. Therefore, the discussions at the DSU amendment negotiations provide a useful opportunity to talk about a wide range of issues arising from the international litigations.

In any event, as a result of DSU amendment, Members will be subject to more rigid procedural rules in litigations. More sophisticated and detailed regulation is to be introduced, which stands to affect the interest of Members more directly. Members’ rights in litigations would be restricted in a way which is significantly different from the current situation and similar to domestic litigations. This change of litigation procedures will likely bring particularly significant impact on the EC, Japan and Korea, as they are the most frequent users of the WTO dispute settlement procedure after the

⁴ See the WTO website found at http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm.

⁵ See the ICJ website found at <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=2>.

⁶ See the WTO website found at http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_by_country_e.htm. According to the data, Korea has participated 13 disputes as complainants and 13 disputes as respondents. On the other hand, Korea’s name does not appear in any other international court such as the ICJ or the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS). See the ICJ website and ITLOS website found at <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=2> and http://www.itlos.org/start2_en.html, respectively.

United States. As a result, all these countries are actively participating in the DSU amendment negotiations.

III. Major Issues Being Discussed

Major issues being discussed in the DSU amendment negotiations include the following: composition of the panel, third party right, transparency of the procedure, systematic control of the SCI, introduction of remand, sequencing, interaction with other agreements, streamlining the procedure, developing Member fund, and Member control and flexibility. Each topic is discussed below in detail.

1. Composition of the Panel

There seems to be increasing consensus that the panel of the WTO should be a standing body.⁷ At this point, the panel is composed for each dispute from a very wide roster.⁸ This ad hoc nature hinders accumulation of expertise and retention of able decision makers. This poses a particular problem as the disputes these days are getting ever more complex each time.

To overcome this inherent limitation flowing from the ad hoc nature of a panel, the suggestion now is that there should be a 30-member standing panel. Under the proposal, 30 panelists will be selected from each continent to make sure there is diverse representation in the standing panel. The parties in a particular dispute then select three panelists from this roster only. So, they cannot go outside the roster as is frequently the case these days. This would mean that the Members would further lose the control over the case in which they participate, as their choice of panelists would be more restricted than today. Whether they like it or not, they should select panelists from the fixed roster.

In fact, this change may benefit countries like Japan, China or Korea, whose nationals are only rarely selected as panelists in WTO litigations. At least, there will be standing panelists in the panel roster who will be selected on a more regular basis than today. But for the EC, whose experts are frequently selected to serve WTO panels these days under the current system, this change would not bring that much of a benefit.

At least, this change would reduce the influence exercised by the Director General of the WTO who has the authority to appoint panelists when the parties fail to reach agreement.⁹ The difficulty in reaching agreement in panel selection has frequently led to the situation where the Director General selects the panelists. As it is widely known that the Director General has his own "list" of panelists, it is hard for someone outside the list to be selected.

It is also possible to argue that the current ad hoc system would be a better alternative than the standing panel. Under the current system,

⁷ Report by the Chairman, Special Session of the Dispute Settlement Body, JOB(08)/81 (Jul. 18, 2008) ("July 2008 Chairman's Report"), at 34.

⁸ See Article 8.4 of the DSU.

⁹ See Article 8.7 of the DSU.

panelists with expertise in a particular issue can be selected on a case-by-case basis. Likewise, parties can preserve more flexibility and control. Furthermore, creating the roster itself is also a burdensome and politically delicate process as has been observed in the recent Appellate Body member selection process. One could argue that the proposed system would intensify competition among Members and increase logistical burden for the WTO secretariat in the course of finalizing the panel list followed by regular updates.

2. Third Party Right

There also seems to be general consensus that third party's right in the WTO dispute settlement procedure is to be generally expanded.¹⁰ Currently, third party's right is rather limited. For instance, although a third party can submit its own submission, attend the oral hearing and respond to questions from the panel and get the parties' first written submissions, it cannot get the parties' second written submission or other submissions which usually contain more important issues than the first written submission. Likewise, a third party cannot join the Appellate Body procedure for the first time.¹¹ In other words, even if a Member realizes that an important stake is at hand by reviewing the analysis of the panel, it cannot request participation as a third party in the Appellate Body procedure. Under the current system, a panel sometimes expands the right of a third party on a case-by-case basis, but the proposed amendment aims to adopt a more systematic protection of third party's right in the WTO litigations. The criticism has been that third party is not able to make an effective argument under the current DSU regime.

As a result, it has been initially suggested that a Member should be able to join as a third party at any stage of the dispute settlement procedure.¹² But the problem with this suggestion would be the difficulty that a panel or the Appellate Body would encounter in managing the work and its own procedure. So, the general understanding seems to be that there must be some sort of deadlines in third party's participation in whatever stage of the dispute settlement procedure. This notion is based on the recognition that a third party cannot enjoy the same or similar right as a direct party. A Member should initiate its own procedure as a direct party if it has a stake to do so.

In any event, at least the consensus seems to be building among Members to expand the third party's right in various places. One of the critical changes is to allow third party's participation in the Appellate Body procedure for the first time. In this case a notice should be given within 5 days of notification of appeal. With respect to panel's oral argument, what is

¹⁰ See July 2008 Chairman's Report, at 33.

¹¹ See Article 17.4 of the DSU, which provides as follows:

4. Only parties to the dispute, not third parties, may appeal a panel report. Third parties which have notified the DSB of a substantial interest in the matter pursuant to paragraph 2 of Article 10 may make written submissions to, and be given an opportunity to be heard by, the Appellate Body.

¹² See July 2008 Chairman's Report, at 33.

being discussed is to allow a third party to attend all panel oral arguments (as opposed to allowing a third party to attend only the 1st oral argument currently). Under the proposal, third parties will also be able to get all the submissions of the parties (as opposed to getting the first written submissions).¹³ As is already the case today, these third party rights could be further enhanced at the discretion of the panel.

3. Transparency of the Procedure

Another major issue being discussed at the DSU amendment negotiations is to increase the transparency of the dispute settlement procedure in various respects.¹⁴

A. Public Hearing

One of the major issues on the negotiating table is whether and how to open the panel and Appellate Body procedure to the public observation.¹⁵ Although the current DSU strictly stipulates that the panel and Appellate Body procedure should be confidential,¹⁶ and only the government officials and lawyers are allowed to attend panel and Appellate Body procedures, it is increasingly the case that the panel and Appellate Body procedure is open to the public when the parties agree and the panel and the Appellate Body approve.¹⁷ Despite such an ad hoc arrangement, it is not entirely clear yet whether such an arrangement is indeed permitted under the scheme of the current DSU,¹⁸ but it seems undeniable that the pendulum has been shifting in the direction of more open procedure at the WTO.¹⁹

¹³ *See id.*

¹⁴ The United States has been particularly vocal in enhancing transparency at the WTO dispute settlement procedure. *See, e.g.*, Charlene Barshefsky, U.S. Interests and Experience in the WTO Dispute Settlement Procedure, United States Trade Representative's Statement before Trade Subcommittee of the Senate Committee on Finance, Washington, D.C. (June 20, 2000)

¹⁵ *See* July 2008 Chairman's Report, at 37–38.

¹⁶ *See* Article 17.10 of the DSU.

¹⁷ For the recent examples, see the decisions of the Appellate Body in United States–Continued Suspension of Obligations in the EC–Hormone Dispute, WT/DS320/AB/R (October 16, 2008) (“United States–Hormone Suspension”), United States–Continued Zeroing, and United States – Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins (“Zeroing”), Recourse to Article 21.5 of the DSU by the European Communities (AB–2009–1) (“United States–Zeroing (EC, 21.5)”), Procedural Ruling (March 4, 2009), respectively. Parties in these disputes agreed to allow the panel and Appellate Body proceedings to the public observation and those proceedings were broadcast to another room at the WTO where the general public could attend. In United States–Hormone Suspension, for instance, Canada, the EC, and the United States requested, on June 3, 2008, that the Division of the Appellate Body authorize public observation of the oral hearing. The parties argued that public observation of the oral hearing was not precluded by the DSU, the Working Procedures, or the Rules of Conduct for the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes. On July 10, 2008, the Division issued a Procedural Ruling in which it authorized the public observation of the oral hearing. *See* United States–Continued Suspension, WT/DS320/AB/R (October 16, 2008), at paras. 31–32.

¹⁸ It does not seem entirely clear whether the DSU allows the Appellate Body to open its oral hearing in a particular dispute to the public. In fact, Article 17.10 of the DSU explicitly stipulates that “the proceedings of the Appellate Body shall be confidential.” One could

Against this backdrop, a consensus seems to be forming to bring the panel and Appellate Body procedure into the public light. Two reasons have apparently prompted this formulation of the consensus. First, a strong criticism could be lodged against the current mechanism where only government officials and their lawyers are allowed to attend the oral argument, as this secrecy disregards the reality that the disputes are indeed about companies and industries. It is increasingly the case that statistics and numbers are extensively discussed during the oral argument and that sometimes panelists and Appellate Body members inquire about the industrial impact from a particular trade measure, a meaningful answer to which could only be provided by the companies in question. Therefore, sometimes the absence of private entities poses a significant challenge for a meaningful and prompt review by the panel or the Appellate Body. Second, more fundamentally, the appropriateness of keeping the general public in the dark as to what their governments are saying in crucial disputes is increasingly being questioned. This is to preserve the public's right to be informed in their major trade policies.

At the same time, there is a chronic concern in opening up trade disputes to public observation. After all, these are state-to-state disputes which implicate a wide range of diplomatic and political issues in addition to legal issues. If the state-to-state disputes are carried out in a way similar to private litigations, the parties would sometimes be restricted in exploring the possibility of settling the dispute amicably. In addition, these disputes usually involve confidential and sensitive government information, which would make a public hearing more difficult. To deal with the confidential and sensitive information, various alternatives including a delayed CCTV broadcasting are being suggested.

Opening the oral argument to the public observation stands ready to trigger another logistical problem. Such a change would force the Members to minimize the outsourcing of the legal work and to abstain from relying on foreign attorneys in the WTO litigations, more particularly in the oral argument stage. The general public back home, who are watching the oral argument via web or reading newspaper reports, would become quite critical

argue that the term "proceeding" is a broad concept which arguably includes an oral hearing by the Appellate Body as well. Consequently, one could further argue that the DSU makes clear that an oral hearing in a particular dispute should be treated as confidential by the Appellate Body. In the DSU, there does not seem to be any exception to this basic rule. It therefore seems to be the case that the current DSU prohibits the Appellate Body from disclosing *any* segment of its oral hearing to the view of the public. If that is the case, it is indeed doubtful whether certain Members, even if they are parties to a certain dispute, can voluntarily contract out of the obligation. The provision apparently stands for a collective commitment among all 153 Members of the WTO with respect to the Appellate Body procedure, a collective commitment from which disputing Members in a particular dispute cannot derogate, even if they agree or desire, unless and until there is an amendment to the provision containing such a collective commitment.

¹⁹ For instance, in *United States-Zeroing (EC, 21.5)* which was held on March 22-23, 2009 at the WTO, 6 out of 9 parties supported the opening of the Appellate Body procedure to the public observation.

of their government's relying on outside counsel, particularly outside counsel from another country, in carrying out WTO litigations.

B. Provision of Documents to the Public

In the same vein, what is also being seriously discussed is whether and how to provide the documents produced in the WTO litigations to the general public.²⁰ As it currently stands, only final decisions are available to the general public, and it is difficult for someone to grasp the whole picture of the dispute from the final decision only. In fact, most of the time reading the submissions of the parties and answers from the parties to the panel and Appellate Body questions is essential to correctly understand the decisions of the panel or the Appellate Body in a particular dispute. Recognizing this reality, the proposed change would make all submissions and statements from the parties publicly available.

In order to make this happen logistically, inside the WTO a central document office will be set up to provide these documents to whoever requesting them. If the DSU is amended in a way this proposal envisions, government officials and lawyers would be more cautious and subtle in making the argument during the dispute settlement procedure in politically sensitive disputes, as they are now aware that what they say and write will be subject to strict scrutiny by the public and NGOs afterwards.

C. Early Release of the Report

Yet another suggestions seriously discussed is whether and how to release final report in English earlier than the current scheme.²¹ Currently, a couple of months time gap exists between the actual finalization of the report and its release to all Members. In other words, even if the final report is issued to the direct parties today and thus final decision has been rendered in the dispute, the parties are subject to a strict confidentiality requirement and prohibited from discussing this matter publicly or with other Members. Circulation to other Members, including the third parties, usually takes place two to three months after the initial issuance of the report to the direct parties. This time gap frequently creates logistical problems; one problem is related with the protection of the confidentiality and the other problem concerns inability to utilize the decision early on even if doing so is necessary and prudent.

First, under the current scheme keeping the confidentiality is not always easy in a high profile case as the news and contents of a decision in such a case is leaked to the trade press by interested parties, inadvertently or purposefully. Even if there is a leak, it is usually difficult to prove the leak with concrete evidence. Furthermore, it is not entirely clear whether the leaking party would be subject to any meaningful penalty other than a warning letter from the WTO secretariat. In short, it may be simply impractical to expect all information about the decision is completely insulated for a couple of months from outside world in this globalized world. Second, sometimes it is indeed necessary for the parties or other interested

²⁰ See July 2008 Chairman's Report, at 37-38.

²¹ See *id.* at 38.

Members to utilize the jurisprudence confirmed by the panel or the Appellate Body as soon as possible. It is not uncommon that some Members have been suspending decisions in particular trade remedy investigations in an effort to reflect the decisions of the WTO panel or the Appellate Body. To those Members and the companies to be affected by the investigations, two to three more months waiting is not an insignificant undertaking. If a decision is rendered and the decision is irreversibly final, one could arguably challenge the wisdom of being forced to wait for two to three more months to know about the decision.

On the other hand, this issue is also closely related with the issue of official language of the WTO. As a matter of fact, the WTO secretariat does not simply kill the time during the two to three months period. During this period, it translates the original report, which is almost always done in English, into Spanish and French. This is so because the official languages of the WTO are now English, Spanish and French and all official documents should be prepared in three languages.²² A final report of the panel or the Appellate Body, as an official document, should also be prepared in English, Spanish and French as well. In other words, to make the final report available to all other Members than the parties the moment a decision is rendered, Members should first agree that the English report can be distributed first, followed by its Spanish and French translation in due course.

4. Systematic Control of the SCI

Through the DSU amendment negotiations, the concept of Strictly Confidential Information (“SCI”) has been introduced and the methods to manage the SCI in an efficient and reliable manner are being discussed.²³ This discussion reflects the realization that an increasing number of disputes involve business confidential information (“BCI”) in the panel and the Appellate Body proceedings. This issue has been acutely presented in recent disputes, namely U.S.–LCA and EC–LCA.²⁴

It is interesting to note that the term SCI is used instead of the BCI in this regard. For a long time, the term BCI has been used to describe the information which a government or company wishes to keep confidential as its leakage would cause irreparable harm to them. In any event the SCI is a new term and its scope is conceptually broader than the BCI. According to the Chairman’s text:

“Strictly confidential information” means: specific information, including business confidential information, in any form, that (i) is secret in the sense that it is not generally known

²² See Article 16 (Miscellaneous Provision) of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*.

²³ See July 2008 Chairman’s Report, at 35–36.

²⁴ See the List of Exhibits of the EC in *European Communities and Certain Member States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft* (WT/DS316) (“EC–LCA”) in which various documents reviewed and discussed by the panel have been indicated as containing BCI and thus have not been provided to the third party Members. BCI has also been extensively included in the companion dispute of *United States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft* (WT/DS353) (“U.S.–LCA”).

or readily accessible to persons, natural or legal, other than those lawfully in control of the information; (ii) has been the subject of reasonable efforts by the person or persons lawfully in control of the information to keep it secret; and (iii) if disclosed would cause or threaten to cause serious prejudice to an essential interest of any individual or entity lawfully in control of the information.²⁵

The above definition indicates that the term SCI is broadly termed so as to cover a wide range of sensitive information including the typical BCI. In fact, this may be a better term in this respect as the sensitivity of the information discussed at the WTO is not necessarily confined to BCI, which focuses on business aspect of the confidentiality.

When it comes to the SCI, what is critical would be how to protect the SCI in an actual litigation at the WTO. In that regard, following measures are being suggested. It would be necessary for the panel or the secretariat, in the initial stage of the dispute, review and determine who may access the SCI. That way, the list of SCI accessible persons can be finalized early in the procedure. One party could raise an objection to a person included in the SCI accession list of the other party. Likewise, it would be critical to have a reliable logistical structure at the WTO where the SCI of the parties can be securely stored. In the example of the United States Department of Commerce trade remedy investigation procedure, where a detailed BCI protection regime is in place under the name of the APO, the personnel accessible to the BCI must prove that such information is protected in a secured place. Also, copying of the SCI information would be restricted and when copied, a number would be provided for each copy. SCI would have to be returned or destroyed upon completion of the procedure.

5. Introduction of Remand

Another critical change proposed is the introduction of the remand system.²⁶ Currently, when the Appellate Body reverses the panel's application of law, the case goes to a legal limbo. This unfortunate situation happens because the Appellate Body does not have an authority to remand the case back to a panel for further review with proper jurisprudence. At the same time, the Appellate Body cannot complete analyses on its own because the DSU stipulates that the Appellate Body's jurisdiction is only for the legal issues presented in the procedure²⁷ and because sometimes there does not exist enough factual evidence to continue the review even if it desires to engage in completion of the analysis with the new jurisprudence. Instead, all it can do is acknowledge this and finish the procedure. Obviously, this has caused criticism from parties participating in some major disputes.²⁸ This

²⁵ See July 2008 Chairman's Report, at 36.

²⁶ See *id* at 35-36.

²⁷ See Article 17.6 of the DSU.

²⁸ See *United States - Countervailing Duty Investigation on Dynamic Random Access Memory Semiconductors (DRAMs) from Korea*, WT/DS296/AB/R (July 20, 2005); *United States - Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins*

situation has led to the proposal that a remand system be adopted in the DSU procedure. Under this system, the Appellate Body has the authority to remand the case back to the panel for a further review or application of the new jurisprudence with the factual information they may possess or develop.

The critical divide among the Members at this point, however, is when a case is to be remanded. One group argues that a case should be remanded before a final decision in the dispute is rendered. In this proposal, the Appellate Body procedure is put on hold until it gets the decision and feedback from the panel. The Appellate Body will issue its decision for the case once it receives the second review from the panel. So, at the end of the day, there will be only one decision.

Another group argues that a remand should be done after a final decision is rendered by the Appellate Body according to the procedure under the current DSU. So, in this proposal a remand is a separate, though related, procedure once a prior procedure is completed. The original dispute is completed although with loopholes and it proceeds for the next procedure, such as reasonable period of time ("RPT") for implementation under Article 21.3 of the DSU or compliance panel procedure under Article 21.5 of the DSU, while a new procedure with a new case number is being reviewed by the original panel on an expedited procedure. This may then go to the Appellate Body if one party decides to appeal followed by other post-DSB report adoption procedures including RPT and implementation. In this scheme, at the end of the day, there will be two decisions ultimately.

Both the first proposal (one decision scheme) and the second proposal (two decisions scheme) have pluses and minuses. The merit for the first proposal seems to be that there is only one decision and that internal consistency can be preserved so as to press the implementing Member (that is the losing Member) to take measures to comply promptly. On the other hand, the demerit of this proposal seems to be that it would take longer time in finishing the Appellate Body procedure than under the current DSU as the period of time for the panel's remand analysis should be added to the current procedure. The Appellate Body does not make a decision and wait for the supplemental decision and review from the Appellate Body. Using the 21.5 procedure as a benchmark, in which the closely related dispute is given to the original panel, this procedure would probably add at least 60 to 90 more days to the current deadline. The merits and demerits for the second proposal are quite the opposite. The original dispute can go forward for implementation without waiting additional 60 to 90 days, but it is possible that the implementing Member would drag its feet until a final decision is rendered from a remand case (a new case with a new case number) arguing that the nature of its implementation obligation or the contours of specific implementation measures cannot be confirmed unless and until the remand decision is rendered. Not only could the implementing Member use this remand procedure as a foot-dragging tactic for the previously completed procedure, but also the implementing Member could reasonably believe in

good faith that it could initiate implementation only after the remand procedure is completed, as most of the time a complete implementation would require a complete universe of the legal analysis for the challenged measure.

In any event, under either of the scheme, a remand would increase finality in the disputes at the WTO. Korea, Japan and the EC have all significant stakes in how to formulate the remand system in the WTO dispute settlement procedure.

6. Sequencing

At the same time, cleaning up the mistakes in the current DSU is also an important issue in the DSU amendment negotiations. One of the most vivid examples of such mistakes is the fact that the current DSU text contains some internal inconsistency in Articles 21 and 22. Combined together, those articles assume that a decision about validity of a measure taken to comply is made at the expiry of RPT.²⁹ However, practically speaking such a decision cannot be made at the expiry of the RPT, but instead can only be made through a 21.5 proceeding, which usually takes another half year after the lapse of the RPT. Likewise, these provisions collectively assume that the prevailing party is entitled to compensation at the expiry of RPT. The reality is, that issue will also be resolved through a 21.5 proceeding. These internal inconsistencies would have to be addressed in the DSU amendment negotiation.³⁰

In the same context, it is also not entirely clear whether a consultation is required prior to initiating compliance panel proceedings. One of the suggestions is to clarify this point to the effect that consultations between parties are encouraged at the end of an RPT, but not required, prior to the establishment of a compliance panel. Also, under the proposal, the implementing Member should provide detailed information to DSB about the measures taken to comply. Another area of clarification is to explicitly stipulate that the compliance panel proceedings would be initiated by the complaining party only. Also, to rectify the situation where the losing Member attempts to utilize the RPT as a foot-dragging period, a new suggestion is that when an RPT is adopted, the losing party must compensate for the loss sustained during the RPT if it is found to have failed to implement the DSU recommendations and rulings and be subject to retaliation from the prevailing Member.

Another issue being discussed in the sequencing context is when and who to trigger the so-called post-retaliation proceeding. This is the situation when a compliance panel decided that the implementing Member failed to implement the DSB recommendations and rulings and authorized the prevailing Member to suspend the concession (that is, retaliation). The implementing Member has now adopted a new measure to be off the hook of the retaliation. But the prevailing Member still does not agree that the new measure has implemented the DSB recommendations and rulings and thus it

²⁹ See Articles 21 and 22 of the DSU.

³⁰ See July 2008 Chairman's Report, at 36.

refuses to stop the retaliation measure. So, now there is a new dispute between the parties at this late stage, probably 5–6 years after the original dispute. This is the situation that was presented in United States–Hormone Suspension dispute.³¹

In introducing a new procedure for this additional procedure, consistency and parallelism have been sought between 21.5 proceedings and this "post-retaliation" compliance proceeding. One of the difference between the 21.5 proceeding and post-retaliation compliance proceeding seems to be that while in the 21.5 proceeding only the complaining Member can initiate the procedure, both the retaliating Member (complaining Member in the original dispute) and implementing Member (respondent Member in the original dispute) can initiate the procedure. This is so because in this stage the implementing Member has more legitimate stake in terminating the retaliation measure as was seen in the United States–Hormone Suspension dispute.³²

7. Interaction with Other Agreements

Increasingly, trade disputes these days tend to invite overlapping coverage by the WTO Agreements and other international treaties. This tendency certainly increases the complexity of a dispute and poses a significant challenge to the WTO panel and the Appellate Body as well as the Members involved.

For instance, in China–Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services (DS363), China refers to the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions ("Cultural Diversity Convention") adopted in October 2005 to stress that cultural goods are different from other non-cultural goods and that the Members preserve more leeway in regulating these goods.³³ What China argues in that dispute is that the Cultural Diversity Convention provides it with a legitimate ground to deviate from the otherwise applicable WTO obligation, namely the General Agreement on Tariffs and Trade 1994.³⁴ Although the reference to the Cultural Diversity Convention fails to support the proposition offered by China as the current DSU does not allow such a defense,³⁵ it does show that a complex, overlapping dispute will be on the rise in the future.

Although the current WTO jurisprudence dictates that a panel should only apply the WTO Agreements in a dispute pending at the WTO, there seems to be constant tension between the WTO Agreements and other treaties. The current DSU is not as clear on this issue as it should be to provide a clear guidance for all the Members. The key task at this juncture, therefore, is to introduce a provision or document in order to manage this overlapping jurisdiction and cross-sectional issues.

³¹ See United States–Hormone Suspension, at paras. 11–16.

³² See *id.* at para. 12.

³³ See First Written Submission of China in *China–Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services* (DS363), paras. 129–135.

³⁴ See Article 3 of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994.

³⁵ See Article 3.2 of the DSU.

As such, a proposal to introduce a clearer rule in this regard has been suggested by some Members.³⁶ This issue becomes more meaningful and important when the spread of the Free Trade Agreements (“FTAs”) is taken into consideration. Existence of the FTAs would mean that as to a particular trade issue there would be two related trade agreements, one is the WTO Agreements and the other is the FTA. So, what is being discussed is whether to adopt a guideline for the panel and Appellate Body’s review.³⁷ The guideline, if adopted, will stipulate the course of action for a panel and the Appellate Body in addressing these overlapping issues. It is not entirely clear at this point, however, whether the guideline will be included as a separate agreement or simply as a “guideline.”

8. Streamlining the Procedure

If someone surveys the WTO Members to list up their various complaints for the current DSU, the item that would probably be listed at the top of the list would be the fact that it takes such a long time to solve a dispute under the current DSU. This situation is now undermining the Members’ trust for the WTO dispute settlement system. As a matter of fact, the panel procedure usually takes more than a year and the Appellate Body procedure more than 6 months. If there is an implementation dispute under Article 21.5 of the DSU followed by retaliation amount dispute under Article 22.6 of the DSU, it may take another 2–3 years. As such, the total amount of time in solving a particular dispute, assuming it goes through all the procedural steps, would take 4–5 years. To deal with this problem, many states argue that some of the procedural elements under the current DSU could be streamlined or omitted to reduce the total litigation time.

Such being the case, there seems to be consensus among WTO membership that it is critical to shorten the time period for WTO dispute settlement procedure for the purpose of enhancing the Members’ confidence in and effectiveness of the system. Such consensus has been adequately reflected in the DSU amendment negotiations.³⁸

So, what is being discussed in this regard includes (i) whether to shorten the period of bilateral consultation from the current 60 days to 30 days, (ii) whether to establish the panel as soon as there is a request from a complaining Member as opposed to the current system of requiring two DSB meetings to establish the panel, (iii) whether to adopt the panel or Appellate Body reports as soon as they are issued to the parties as opposed to the current system of waiting for two to three more months before the adoption, or (iv) whether to provide for an expedited procedure for safeguards which by nature carry more trade-distortive effect as they target “fair trade.”

9. Developing Member Fund

Developing Members are also trying to take advantage of the DSU amendment negotiation in order to enhance their accessibility to the WTO

³⁶ See July 2008 Chairman’s Report, at 42.

³⁷ See *id.*

³⁸ See July 2008 Chairman’s Report at 39–40.

dispute settlement system. Not surprisingly, participation in the WTO dispute settlement procedure is costly and requires well-trained expertise. This means that the utilization of the WTO dispute settlement system would be only made possible through mobilization of financial resources and high quality experts. Financial constraints become a more acute problem in a high profile dispute in which private lawyers are actively utilized.

Under these circumstances, developing Members argue that their financial constraints have been effectively shutting them out of the WTO dispute settlement procedure.³⁹ Although there are some assistant mechanisms including the Advisory Center for WTO Law (“ACWL”), a WTO-affiliated entity which provides legal assistance to some qualified developing Members, criticism has been raised that such assistance, without financial support, is not sufficient for the developing Members to effectively present their cases. Thus, some specific proposals have been submitted to provide a tangible pecuniary benefit for the developing Members.

One of the proposals is to create a special fund from the general WTO budget to support developing Members’ participation in the WTO dispute settlement procedure.⁴⁰ The developing Members can receive financial support from the fund to finance their WTO litigations. When the litigation cost is not provided during the procedure of a particular dispute due to the lack of enough resources in the fund at the particular point in time, and when the dispute has been brought by a developing Member against the developed Member, the developing Member can also be awarded litigation costs from the losing developed Member with a decision from the presiding panel, provided the developing Member prevails in the dispute.

But there seems to be significant opposition to this proposal. First of all, WTO’s own budgetary problems would make it practically difficult to establish such an open-ended fund at this juncture. Also, selecting developing Members that need support from the fund would also be a challenging task. For instance, Members like India or Brazil are officially developing Members, but their capacity in presenting their own cases has found to be far more effective than some of the developed Members. So, it is not an easy question to select developing Members that do need that type of support outlined in the proposal. Another more fundamental problem would be the perception that the WTO (that is, the DSB) is to favor one party in a particular dispute over the other, which could undermine its role as an independent decision maker.

In this context, developing Members also request for a special rule to be included in the amended DSU. They have long pointed out their de facto inability to retaliate against the developed Members even if they prevail in a particular dispute.⁴¹ This situation happens because, most of the time, import

³⁹ See generally, Gillian Reynolds, Promoting Imbalance, *Dispute Settlement under the World Trade Organization*, Stanford Journal of International Relations, Vol. 7, Issue 1 (December 2006)

⁴⁰ See July 2008 Chairman’s Report, at 40–41.

⁴¹ Kyle Bagwell, Petros C. Mavroidis, Robert W. Staiger, The Case for Auctioning Countermeasures in the WTO, *Discussion Paper No.: 0405-08* (Columbia University, Department of Economics, December 2004), at 1

volumes from the developed Members to the prevailing developing Members are either small or they are what the developing Member needs to maintain their economic operation. So, it is not practical for the developing Member to retaliate (that is, restrict imports by increasing tariff) against imports from the developed Members simply because the former has won a WTO case against the latter.

In this regard, one of the suggestions is that developing Members be allowed to retaliate as a group.⁴² This suggestion, however, has not been well received by the majority of the Members at this point because of inherent practical difficulties and possible contradiction to the general principle. The practical difficulty means that it would not be easy to calculate the amount of retaliation for each participating developing Member in this manner and a dispute concerning the amount of retaliation would certainly intensify. Contradiction to the general principle means that the WTO dispute settlement procedure is not to “penalize” a Member, even if non-complying, but to withdraw a WTO-inconsistent measure.⁴³

In any event, it would be interesting to watch what kind of new provisions and structures are introduced to address the concern of the developing Members participating in the WTO dispute settlement procedure. If the developing Members find a way to finance their WTO litigations and build up their WTO expertise, Korea, Japan and the EC would face more disputes at the WTO dispute settlement procedure in the long run.

10. Flexibility and Member Control

Another interesting suggestion is that the parties be allowed to have more control over the contents of the panel and Appellate Body reports.⁴⁴ Under the scheme, the parties can jointly seek deletion of specific parts of panel or Appellate Body reports that they deem unnecessary for the resolution of the dispute. This proposal is the reflection of some Members’ desire for more flexibility in managing their cases coupled with the fear and distrust they have toward the panelists. This proposal is also premised upon the notion that the WTO dispute settlement procedure is a state-to-state problem solving procedure and that the state parties should preserve final say in the contents of the final report.

Needless to say, there is significant opposition to this provocative proposal. It would probably undermine the concept of rule of law. If key elements of a report are deleted by mutual agreement even if the panel and the Appellate Body have made a finding on that issue, the integrity of the reports will be certainly questioned. Furthermore, the WTO dispute settlement procedure is not only about resolving a particular dispute in a particular case. It is also about developing jurisprudence for all other Members participating in the multilateral trading regime. If the proposal as suggested is somehow adopted, crucial opportunities to develop jurisprudence will simply vanish. This would also go against the general trend in

⁴² See July 2008 Chairman’s Report, at 43.

⁴³ See Article 3.7 of the DSU.

⁴⁴ See July 2008 Chairman’s Report, at 41–42.

the DSU amendment negotiation in which a more formalized panel and Appellate Body system has been contemplated including a standing panel and full-time Appellate Body members.

IV. Conclusion

Although it is still too early to tell in which direction it may end up heading, the current WTO DSU amendment negotiations generally indicate that a more legalistic approach will be adopted throughout the WTO dispute settlement procedure. This would mean an increasing burden on Members participating in disputes as the WTO litigations are subject to more detailed and rigid procedural rules and regulation. Korea, Japan and the EC would be substantially affected by such changes in the DSU, as they are most frequent participants in the WTO dispute settlement procedure. The three countries should be thoroughly prepared for any change in the DSU and the WTO litigation rules to preserve their trade interest in the global market. In fact, that explains why the three countries have been actively participating in the DSU amendment negotiations recently.

In the case of Korea, in addition to the WTO dispute settlement system, the spread of the FTAs bring yet another layer of complexity to the equation. Each FTA also has its own dispute settlement system. Thus, one new FTA going into effect basically means one new international dispute settlement system is added to the already existing WTO dispute settlement system and other already existing FTA bilateral dispute settlement system. This accumulation of layers would lead to a heavy workload for the government of Korea.

More importantly, it should be recognized by all Members that procedural issues are as important as substantive issues in WTO litigations. This is increasingly the case as more strict procedural rules are introduced for WTO litigations these days, and as the DSU amendment would further expedite such a trend. For instance, Korea recently lost a dispute with Indonesia on a purely procedural ground.⁴⁵ This has potentially led to 1 billion dollars' worth of business loss for Korea.

The DSU amendment negotiation has the potential to change the dynamics of the dispute settlement system significantly. Korea, Japan and the EC are those who would be affected most directly from these changes. It is therefore necessary for the three countries to continue to coordinate and cooperate in the negotiations at the WTO.

⁴⁵ See Korea – Anti-Dumping Duties on Imports of Certain Paper from Indonesia (WT/DS312/R), paras. 7.288, 7.335.

References

- Ministerial Declaration, WT/MIN(01)/DEC/1 Adopted on November 14, 2001
- Hauser, Heinz & Zimmermann, Thomas A. "The Challenge of Reforming the WTO Dispute Settlement Understanding" *Intereconomics – Review of European Economic Policy*, Vol. 38, No. 5 (September/October 2003)
- Gillian Reynolds, Promoting Imbalance, Dispute Settlement under the World Trade Organization, *Stanford Journal of International Relations*, Vol. 7, Issue 1 (December 2006)
- Kyle Bagwell, Petros C. Mavroidis, Robert W. Staiger, The Case for Auctioning Countermeasures in the WTO, Discussion Paper No.: 0405–08 (Columbia University, Department of Economics, December 2004)
- The WTO website found at http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm
- The ICJ website found at <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=2>
- The ITLOS website found at http://www.itlos.org/start2_en.html
- Report by the Chairman, Special Session of the Dispute Settlement Body, JOB(08)/81 (July 18, 2008)
- Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization
- The General Agreement on Tariffs and Trade 1994
- Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 ("Antidumping Agreement")
- Agreement on Subsidies and Countervailing Measures ("SCM Agreement")
- Agreement on Safeguards ("Safeguards Agreement")
- Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlements of Disputes ("DSU")
- Charlene Barshefsky, U.S. Interests and Experience in the WTO Dispute Settlement Procedure, United States Trade Representative's Statement before Trade Subcommittee of the Senate Committee on Finance, Washington, D.C. (June 20, 2000)
- United States–Continued Suspension of Obligations in the EC–Hormone Dispute, WT/DS320/AB/R (October 16, 2008)
- United States – Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins ("Zeroing"), Recourse to Article 21.5 of the DSU by the European Communities (AB–2009–1), Procedural Ruling (March 4, 2009)
- European Communities and Certain Member States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft (WT/DS316)
- United States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft (WT/DS353)

- United States – Countervailing Duty Investigation on Dynamic Random Access Memory Semiconductors (DRAMS) from Korea, WT/DS296/AB/R (July 20, 2005)
- United States – Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins ("Zeroing"), WT/DS294/AB/R and Corr.1, (May 9, 2006)
- United States – Measures Relating to Zeroing and Sunset Reviews, WT/DS322/AB/R, (January 23, 2007)
- First Written Submission of China in China–Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services (DS363)
- Korea – Anti-Dumping Duties on Imports of Certain Paper from Indonesia (WT/DS312/R)
- United States – Continued Existence and Application of Zeroing Methodology WT/DS350/AB/R (February 4, 2009)

Enforcement of Private Law by Way of Collective Action in the European Union – an Overview of the Development in the European Member States

Astrid Stadler, Konstanz

I. Public v. Private Enforcement of Private Law?

Since 2005 the European Commission has initiated a broad legal debate on private enforcement on the EU level which touches on many topics. The debate is namely framed by political issues such as the strengthening of consumer rights. However, the EC Commission seeks to find new ways to increase deterrent effects on companies for any illegal behaviour. This includes fields such as cartel law, environmental law and consumer protection.¹ Deterrent effects of existing laws and regulations appear to fade in the light of a global competition. Therefore, in the eyes of many politicians, law practitioners and scholars, private enforcement is a means to complement the activities of public authorities such as in cartel law. In other fields of law, such as consumer protection and competition law, the national legal systems differ quite considerably. Some of them, like the UK rely on public enforcement by the General Office of Fair Trading, the Scandinavian countries have been well-known for their system of an “ombudsman” who acts on behalf of the consumers, but recently switched over to private group proceedings. In Germany, for example, there is almost no public enforcement of consumer rights, if we do not take into consideration criminal sanctions for fraud or administrative sanctions for violating some regulations, which are altogether not too successful. At least there are no administrative agencies responsible for the enforcement of consumer laws. However, the strong position some consumer organizations in Germany and Austria have, approximates them close to the position of agencies, particularly as they are to a large extent even funded by taxpayer’s money. One may describe this as a type of semi-public enforcement. In other Member states the status and

¹ For EC consumer policy, cf. the resolution of the EU Commission “EU Consumer Policy Strategy 2007–2013”, p. 11, available at: http://ec.europa.eu/consumers/overview/cons_policy/doc/EN_99.pdf. For competition and antitrust law the Ashurst study prepared the EC’s Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, and is available at: http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/study.html. The Green Paper and the Commission Staff Working Paper are available at: <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documentS.html#greenpaper>. Since April 2008 the White Paper on Damages Actions for Breach of the EC antitrust rules COM (2008) 165, 2.4.2008 is available on the website of the DG Competition.

power of consumer organizations differs considerably and is sometimes quite weak. This is one of the reasons why the EU Commission recently tends to rely on public agencies instead of private organizations to improve consumer protection in the EU. The position of the Commission, thus, in a sense is in contrast to the jurisdiction of the European Court of Justice which has strengthened the position of the individual over the years.

In environmental law most Member States predominantly rely on public enforcement by authorities, but sometimes give as well legal standing to environmental protection organizations to sue for injunctions or to attack project planning.

Thus, the questions whether private enforcement should be strengthened cannot be answered in a way “one solution fits all problems”. First of all, it takes a thorough analysis of the different fields of law and of the question whether public enforcement is indeed insufficient in each field of law. We should be reluctant to give quick answers before we have done more research and have identified deficiencies in the enforcement of private law and the reasons for it.

To give you just a few examples of the quite different problems arising in the afore-mentioned fields of law:

1. In environmental law private enforcement may not be the most efficient way to deal with violations of existing regulations. Private enforcement usually follows the rationale that private individuals or companies sue for damages suffered through illegal behaviour. However, proof of damages and proof of causation tend to be extremely difficult in this field of law. Even if substantive and procedural law would allow private actions for collecting damages individuals will normally not take the procedural risk to file a lawsuit. In addition to that, it is most notably the asymmetry of information between plaintiffs and defendants that is another disincentive for individuals to sue. Thus, in environmental law it might be a better solution to expand legal standing for organizations having better access to information and having – sometimes – better financial resources and the special knowledge it takes for this kind of litigation.
2. In cartel/antitrust law most Member States enforce regulations by cartel authorities but allow as well actions for damages based on illegal cartels to be filed by competitors or even end-consumers.² This is more or less true as well for the violation of EC regulations on cartel law. However, in 2006 the Ashurst Study³ initiated by the EU Commission revealed that there is great reluctance in all Member States by companies and individuals to sue for damages. As far as there are private law suits at all they are mostly follow-up proceedings to public prosecution, relying on the results of the investigations of the cartel office. Nevertheless, the causation for a particular damage of the individual plaintiff often remains difficult to establish. Therefore, there

² For a discussion of the problems in antitrust law cf. Basedow (ed.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, Kluwer, 2007.

³ Cf. footnote 1.

is little incentive and a high procedural risk for individuals to sue for damages. These types of problems are difficult to solve. Even if collective actions such as group actions or representative actions by consumer organizations were permitted by law, they would have to face the same difficulties in terms of evidence. The only advantage of such actions might be that they put some pressure on the defendant to settle the whole case thus avoiding the exact proof of damages suffered by the group members.

Yet, there is another very important aspect: Any strengthening of private enforcement in cartel law interferes with the leniency programs the EC and national legislatures have successfully implemented in recent years. This requires a very cautious approach to private enforcement in cartel law.

3. The most important field of law when looking at the pros and cons of private enforcement is consumer law including the protection of shareholders. Everybody agrees that consumer law must be enforced. Disagreement concerns the manner, means and extent of enforcement. Due to the lack of public authorities enforcing consumer regulations in many EC Member States, it takes a strong private enforcement. Here definitely a number of deficiencies of the existing regulations can be identified. In this context two major problems arise.
 - (a) The fraudulent violation of consumer regulations often causes only small damages to the individual consumer. Despite the sometimes clear unlawfulness of these quite profitable strategies the potential benefits from a lawsuit are too low to motivate individuals to take court action. In the US, such cases would probably result in a class action filed by one individual on behalf of all consumers affected by this business strategy. Most European jurisdictions do not provide this type of collective action.⁴ Nevertheless, these disadvantages and existing deficiencies might be overcome only by a bundling of claims or by enforcement through consumer organizations. Traditionally, European jurisdictions provided only legal standing for consumer organizations or other interest groups to sue for injunctions, but not for collecting damages. Injunctions, however, are no effective deterrent against violations of consumer laws as long as the companies are allowed to keep the ill-gotten gains.
 - (b) A second problem arises out of the phenomenon of mass litigation. If the individual damage suffered, reaches a considerable amount, a large number of plaintiffs may sue the same defendant. Law suits

⁴ A comparative overview is given by the Study for the European Commission "An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than through ordinary proceedings", (Study Centre for Consumer Law – Centre for European Economic Law, Katholieke Universiteit Leuven, Belgium), Final report Jan. 2007: http://ec.europa.eu/consumers/redress/reports_studies/comparative_report_en.pdf; Micklitz/Stadler, Das Verbandsklagerecht in der Informations- und Dienstleistungsgesellschaft, 2005, <http://www.uni-konstanz.de/FuF/Jura/stadler/NEU/033df49aaf1511204/033df49ab0000e81b/033df49ab00d2482b.html>; cf. as well the national reports of the 2007 Oxford Conference „Globalization of Class Actions“, <http://www.law.stanford.edu/calender/details/1066/>.

involving hundreds or thousands of claimants, for many years have aroused public attention in Europe only because of American class actions and their sometimes sensational jury awards. In the US, the 1970s and 80s was the era of mass tort litigation.⁵ Today there are great numbers of US class actions based on the violation of antitrust law or civil rights. Complex lawsuits involving a large number of claimants are a special challenge for any civil justice system. Today we experience a lively debate on class actions in Europe. For a long time discussions have been strongly influenced by the business sector and companies that had been defendants in the US. The debate concentrated very much on the misuse and the danger of US class actions.⁶ Indeed the US legislator had to make several efforts to restrict obvious misuse of class actions, especially in securities law. I will come back later to the question to what extent the US experience might be a role model for the European reform.

At least as we now have as well lawsuits with several hundreds or thousands of small investors claiming compensatory damages from companies in Germany, the Netherlands and other European countries, scholars and even politicians start considering the potential advantages of such a bundling of claims. For European courts it is a more or less new experience that – having no type of class or group action – mass litigations paralyse whole courts and claimants are not able to receive a decision in due time. It is simply not possible for a court to handle a law suit of joint claims with thousands of plaintiffs, each entitled to file pleadings, to attend hearings and to actively participate in the taking of evidence. Some European legislatures already reacted to the phenomenon.

In the upcoming part of my presentation I will focus on the recent developments and reform proposals in Europe in the field of consumer law and capital market law. I will not take into consideration antitrust law and environmental law as the situation there is quite different and it probably takes a different balancing of interests.

II. Recent developments and reform proposals in Europe

Collective actions can largely differ in form, scope and intensity. In general, however, they all aim at a consolidation of numerous individual claims which share common issues of fact and law. As I mentioned before, we have to deal with two different situations which probably require different

⁵ See for example Coffee, 95 *Columbia Law Review*, 1343, 1356 et seq. (1995); for the functional change of class actions cf. as well Miller, 92 *Harvard Law Review* 664 et seq. (1979). For the special features of tort class actions cf. Gilles, *Opting out of liability: the forthcoming, near-total demise of the modern class action*, 104 *Michigan Law Review* 373, 388 (2005); Coffee, *Class action accountability: reconciling exit, voice, and loyalty in representative litigation*, 100 *Columbia Law Rev.* 370, 372–374 (2000); Gibson, *A response to Professor Resnick: Will this vehicle pass inspection?*, 148 *Pennsylvania Law Review* 2095, 2097–98 (2000).

⁶ Stadler, *Die Sammelklage nach US-Vorbild – ein Modell für Europa?*, Tagung der Verbraucherzentralen Bundesverband (vzbv), (forthcoming).

solutions: consumers suffering only small damages have no incentive to take court actions (which leads to a situation where neither public nor private enforcement works); consumers suffering considerable damages arising out of the same behaviour or violation by the defendant tend to go to court, thus resulting in a mass litigation if the number of victims is very large.

1. Skimming-off actions in the German Unfair Competition Act

Consumer organizations in Europe identified a number of illegal practices in the marketing of products, from dubious advertising methods to the use of unfair contract terms or fraudulent offers via the Internet. As individuals typically suffer only small damages in these situations, we cannot rely on their activity to enforce the existing regulations. Most European jurisdictions provide legal standing for consumer organizations only in terms of injunctive relief, so that they cannot successfully fight such strategies. The German legislator responded to the need to strengthen enforcement by representative actions. A newly implemented claim in the Unfair Competition Act (Sec. 10 Unfair Competition Act, 2005) allows depriving businesses from their illegally gained profits. The claim cannot be enforced by individuals, but rather by consumer organizations.⁷ The amount recovered by the organization is not to be distributed among the consumers as compensation. Instead, the amount goes entirely into the Federal Budget as it would be unreasonable to make great administrative efforts to distribute the money among thousands of consumers each receiving only a few cents or euros. The new regulation suffers from a number of deficiencies – one of it is that the consumer organizations are not allowed to keep at least some part of the money, thus having little incentive to take the risk of litigation. Nevertheless, it is an important step to protect consumers. The basic assumption behind this claim is of course that the risk to lose all profits gained by illegal business strategies will work as a deterrent. From experience in criminal law we know how difficult it is to achieve deterrence. Anyway the sanction to give up all ill-gotten profits is more significant than administrative or criminal fines which are so low that they can be paid out of the petty cash. So it is worth to give it a try.

Another form of collective action compensating the consumers' passivity in these situations would be a group action with an opt-out mechanism such as the US class action. I will come back to that later on.

2. How to cope with mass litigation?

Apart from the simple joinder of claims, available in almost all European jurisdictions, there are three different forms of collective claims which can help save resources of the courts and the parties involved and, facilitate access to justice: 1) representative actions, 2) test cases and 3) group actions.

⁷ Consumer organizations have legal standing to file a skimming-off action only under the Unfair Competition Act, Sec. 10. They have been denied that right in case of violations of antitrust rules, Sec. 33–34a Antitrust Act (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB).

a) Actions initiated by organizations and associations**aa) Injunctive relief and claims for damages**

In contrast to the US system with its multifunctional class action as a means of private enforcement, European jurisdictions since the 1970s gave priority to the representation of public or group interests by publicly funded organizations and interest groups. Until recently, however, these organizations were not permitted to sue for the recovery of damages. There are exceptions to this principle in Austria⁸, France⁹, Greece¹⁰, Spain¹¹ and, Portugal¹².

bb) Collective settlement proceedings

The Netherlands have taken a completely different approach in terms of representative actions and mass torts. The Dutch Civil Code provides a general framework for representative actions, but actions for damages filed by organizations are expressly excluded.¹³ Instead, in 2005, the Dutch legislator enacted a new law on the handling of mass torts or accidents.¹⁴ Its objective is to strengthen the out-of-court settlement and to prevent a US-style “claim culture”. The new legislation allows organizations representing the interests of a group of Parsons who have suffered damages to enter into negotiations with the violator exclusively in relation to an out-of-court settlement. Should the parties reach a settlement, they can go to court and file a joint motion. The court would then review the settlement contract and can order that the settlement become binding upon all Parsons affected by the mass accident or mass tort settled in the out-of-court agreement. Individuals who choose not to be bound by the proposed settlement can opt-out during this stage of the proceeding and pursue their claims individually. The Dutch model relies on a high potential for compromise and is specific to the Dutch society and its way of dispute resolution. As it does not provide any way to apply pressure on the defendant to settle the case, one may doubt whether it would work in other jurisdictions.

⁸ Klauser, in Gabriel/Pirker-Hörmann (ed.), *Massenverfahren, Reformbedarf für die ZPO*, Österr. Bundesministerium für Soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz, 2005, p. 11 et seq.

⁹ For example Franke, *Die Verbandsklage der Verbraucherverbände nach dem französischen Code de la consommation*, 2002.

¹⁰ Beuchler, in: Micklitz/Stadler, footnote 4, p. 169–225.

¹¹ P. Gutiérrez de Cabides Hidalgo, National report Spain, in: *Globalization of Class Actions*, footnote 4.

¹² Antunes, National report Portugal, in: *Globalization of Class Actions*, footnote 4.

¹³ Art. 3:305a III 2 Burgerlijk Wetboek (BW).

¹⁴ *Wet collective afwikkeling massaschade* (Official Journal Netherlands, 2005, 340); Mom, *Kollektiver Rechtsschutz in den Niederlanden*, DisS. Konstanz (forthcoming).

b) Test case litigation / sample proceedings**aa) The German Capital Markets Model Case Act (“KapMuG”)¹⁵**

The main characteristic of test cases is that one case serves as a model or an example of equal or similar cases. Many jurisdictions do not have explicit rules on test case proceedings. It is generally up to the defendant and to a group of prospective claimants to enter into an agreement, to select one typical claim for a test case proceeding and to suspend the other cases until a judgment in the test case has been rendered. Due to the lack of statutory regulations and because of traditional *res judicata* rules, a judgment in a test case has no binding effect upon other claimants not being formally a party to the test case.¹⁶ Test case litigation can disburden courts from a multitude of actions only if all parties involved settle the dispute out of court on the basis of the test case judgment.

However, in practice defendants are generally not interested in such agreements. They hope, instead, that a series of scattered individual trials entails tactical advantages. In order to solve the problem of mass tort litigation it is therefore necessary to create procedural rules that give claimants the ability to force a test case proceeding to take place.

The German legislator being requested to find a quick solution for mass litigations such as the famous Frankfurt Telekom case, decided to introduce new test case proceedings. In the action against the Deutsche Telekom pending in the Frankfurt District Court since 2003 some 13.000 plaintiffs seek compensation of damages they allegedly suffered from the fall of the Telekom stock price. The break-down might be caused by false information about Telekom real estate prior to the initial public offer. Soon after filing the action against the Deutsche Telekom it became clear that it would take at least 8 to 10 years to decide upon the great number of claims. Therefore, legislature reacted promptly. The so-called Capital Markets Model Case Act came into force in November 2005 and is expressly limited to securities litigation such as the Frankfurt case. It contains a “sunset clause” and is set to expire on November 2010. Thus, parliament can decide at that time whether the practical experience with the new rules will suggest a prolongation or even an extension to mass tort litigation in general.

¹⁵ For a general debate on the Act cf. Hess, Wertpapiermitteilungen (WM) 2004, 2329; v. Hein, Recht der internationalen Wirtschaft (RIW) 2004, 602; Hess/Michailidou, ZIP 2004, 1381; Reuschle, Wertpapiermitteilungen (WM) 2004, 2334; Wagner, Gutachten 66. Deutscher Juristentag, Stuttgart 2006, p. A. 120– A 126; Maier-Reimer/Wilsing, Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, ZGR, 2006, 79 et seq.

¹⁶ However, the parties may agree that the outcome of the test litigation shall be binding upon them and be the basis for an out-of-court settlement. For a discussion on such agreements in Germany before recent reform, cf. Wagner, Prozessverträge, 1998, p. 425 et seq., 727 f; Haß, Die Gruppenklage, 1996, p. 64 et seq.; Schlosser, Einverständliches Handeln im Zivilprozess, Tübingen 1968, p. 33 et seq.; von Bar, Gutachten 62. Deutscher Juristentag Bremen (1998), p. A 81 et seq.

The basic principle¹⁷ of the new statute is that proceedings in cases with a large number of claimants who sue the same defendant are put “on ice” while one representative case is chosen by the court and allowed to proceed to the High Court in a kind of intermediate proceeding. The High Court is not to adjudicate upon the test case as a whole but is required to rule only upon legal or factual issues that are common to all cases pending. This mechanism is limited to those parties who have already filed actions. Their claims are bundled only for the intermediate proceeding. Once the test judgment has been released, the individual lawsuits, which have, in the meantime, been suspended, are to be continued and each individual claim is adjudicated upon by the court of first instance. The parties and the courts are – roughly speaking – legally bound by the test decision.

bb) Party rights v. procedural efficiency

This reveals a major problem regarding the whole legal construction. If the decision the High Court makes is to be binding for all claimants even so they were not parties to the intermediate test procedure, this violates their constitutionally guaranteed right to be heard. According to a basic principle applicable all over Europe, the outcome of any litigation, as a general rule, can only have a binding effect upon those parties and persons who were entitled to participate in the proceedings. If the intermediate test case procedure is formally restricted to the representative claimant and the defendant as parties in order to reduce the complexity to a two-party scheme, there is no way to justify a binding effect of the High Court’s decision on the remaining claimants. The legislator is in a catch-22 situation. He cannot fully guarantee the right to be heard of those claimants who are not a party to the test proceeding and provide rules for the effective handling of mass litigations. The German legislator had to give priority to the claimants’ constitutional rights. The Capital Markets Model Case Act thus includes a number of regulations entitling all claimants to participate to some extent in the test procedure. They may raise their own objections, allege their own reasons, and, of course, attend the trial and participate in the taking of evidence. Thus, there is no real simplification of the litigational process.

This dilemma might be one reason why the German legislator is the only one in Europe to resort to a detailed regulation of test case proceedings in order to handle mass litigation.¹⁸ The alternative would have been the introduction of a group action, which more or less follows the US class action model. However, this was politically not acceptable in Germany at that time.

¹⁷ For a detailed review cf. Micklitz/Stadler, The development of collective legal actions in Europe, especially in German Civil Procedure, *European Business Law Review* Vol. 17 (2006), p. 1473, 1487 et seq.

¹⁸ The Austrian legislator put forward a draft bill according to which plaintiffs would have had a choice between group actions for damages and test case litigation. During the political debate in Parliament the option of a test case litigation has been deleted. According to the English Civil Procedure Rules the managing judge within a GLO may direct that some claims proceed as test claims, *Practice Direction Group Litigation*, 12.3., CPR Part 19.15. For practical examples of the test case approach, cf. Mulheron, *Reform of Collective Redress in England and Wales*, A Research Paper 2008, p. 26: www.civiljusticecouncil.gov.uk.

c) Group actions

aa) Representation v. Participation

This takes us to the third model of collective actions: group proceedings. Today, a number of European jurisdictions have either introduced group actions or are at least having a serious debate about it.¹⁹ Compared to test cases, a group action has the advantage that it is based on a clear model of representation: one plaintiff represents the whole class of persons suffering from the same alleged violation of the defendant. The court only has to deal with two parties, and, despite this, the decision is binding for all class members. As a matter of course, there must be safeguards to protect the interests of the class members as they are not entitled to actively participate in the litigation.

bb) Opt-in v. opt-out

All over Europe the debates on class actions concentrate more or less on the same critical issues. Financing is one of them, which I cannot address today. Probably the most important questions are 1) how to justify the representation of a whole class of victims by one claimant, and 2) how to select the appropriate lead plaintiff.

The best way to identify the group plaintiff would be if the group members decide for themselves who should be their representative. However, this takes considerable administrative efforts by the group either before the suit is filed or a court organized assembly of the group members during an early stage of the proceedings. Yet, in many cases the group will not be able to elect an appropriate group plaintiff. There are as well proposals that the group representative should be appointed by the court. This will in many cases be a rather demanding task for the court and requires criteria for the selection of the representative and his lawyer. You can easily imagine that there would be put much pressure on the court from the law firms involved to be selected as a representative.

The US class action used to rely on the principle of priority and on an opt-out mechanism. The first plaintiff to file a class action on behalf of a class is – subject to some exceptions – to be accepted as the lead plaintiff. After informing the public in due form that a class action has been filed, each class member may choose to opt out of the litigation. If he or she does not opt out, the result of the class action is to be binding upon him or her. Most European jurisdictions reject this opt-out mechanism due to constitutional reasons.²⁰ If the class members do not receive the information about the

¹⁹ Sweden was the first European country to implement a group action following to a large extent the example of US class actions in 2003: Group Proceedings Act (Lag om grupprättegång, SFS 2002–599). In 2007 Denmark (Act no. 181/2/2007, Sec. 254a–k Code of Civil Procedure), Finland (Class Action Act 444/2007) and Norway (Dispute Act, Jan. 2008) followed. The Finnish model gets out of line insofar as only the Consumer Ombudsman has legal standing to bring a group action; § 4 Class Action Act 444/2007.

²⁰ Haß, Die Gruppenklage, 1996, p. 326 et seq.; Lüke, Die Beteiligung Dritter im Zivilprozess, 1993, 94 et seq.; Koch, Alternativen zum Zivilprozess, KritV, 1989, p. 323, 337; Stadler, in Brönneke (ed.), Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozessrecht, 2001, p. 1 et seq. with further reference. In the Austria reform discussion, Kodek (in: Gabriel/Pirker–Hörmann,

pending class action and do not opt-out, their inactivity is taken as an approval of being represented by the lead plaintiff. This may violate the class members' right to be heard, as well as their right to decide for themselves whether to sue the defendant or not. Instead, almost all drafts and proposals for group actions in Europe rely on an opt-in mechanism which requires an explicit consent of each group member to participate in the proceeding.

Regulations on group proceedings have been enacted in Sweden, Denmark and Finland.²¹ The Austrian Government has submitted a bill to parliament and originally planned to enact the new statute in January 2008. Due to a lengthy and controversial legislative procedure the new act will not come into force before 2010. In France and Italy drafts for group actions are currently being considered. The Swedish group action law, introduced in 2003, is closely related to the US class action model. It is, however, based on an opt-in mechanism.²² The same is true for the new statutes in Denmark, Finland and Norway.²³ The Finnish Class Action came into force on Oct. 1st 2007. Its application is restricted to disputes between consumers and traders, excluding securities litigation. The new Chapter of the Danish Civil Procedural Code on "Group proceedings" comes into force on Jan.1, 2008. The Danish law does not place restrictions on consumer litigation and its main field of application may turn out to be mass torts. The Danish group litigation is also based on an opt-in mechanism, but provides one interesting exception. Sec. 254e subsection 8 states that:

"Where the group action concerns claims where it is clear that, owing to their small size, the claims generally cannot be expected to be launched by individual proceedings, and it must be presumed that a group action with opt-in will not be an appropriate way of dealing with the claims, the court may ... direct that the group action shall cover such group members as have not opted out of the group action."

This rule should be attended to carefully as its aim is to attempt to find a compromise between the widespread consensus in Europe that participation as a group member should be based only on an opt-in declaration and the failure to cover cases of small individual damages with such a rule. The proposal for a group action in France included a similar regulation, but left it to a general regulation of the Conseil d'Etat to define the threshold between small and large damages.

Massenverfahren – Reformbedarf für die ZPO, Wien 2005, p. 311 et seq., 394–396) argued in favour of an opt-out system referring to the case law of the European Court of Human Rights, which held that a mandatory representation of a group of persons may be acceptable, if those persons in turn benefit from the collective enforcement, ECHR, 8 July 1986 (Lithow v. United Kingdom), EuGRZ 1988, 361, 365.

²¹ See footnote 17.

²² Sec. 14 Group Proceedings Act. The draft bills prepared by Lindblom and Nordh (March 2000) suggested an opt-out principle; cf. Lindblom, Group actions and the role of the courts – a European perspective, *Forum Internationale*, No. 23, p. 16; Nordh, 11 *Duke J. of Comparative and International Law*, 381, 399 et seq. (2001).

²³ Cf. Denmark (§ 254e subsec. 6 Civil Procedure Code), Finland (§ 6 Class Action Act 444/2007); Norway (Sec. 35–6 Dispute Act); see as well the drafts in Austria (§ 624 ZPO-E), France (Art L. 422–4 proposition Luc Chatel).

The Austrian bill bases the group litigation completely on the voluntary decision of the group members. They must opt-in in order to take advantage of the court decision or a settlement, and they may, at any stage of the proceeding, opt-out. However, it seems that due to the strong opposition of the business sector, the Austrian legislator will make a compromise. The new law will probably contain a regulation according to which it takes at least 80 group members to opt-in in order to start the group litigation. Such a rule would of course reduce the practical importance of the new legislation to a very small number of cases.

III. A European way of collective action?

The examples given demonstrate that Europe is currently experiencing a period of change in collective actions and private enforcement devices. Some argue that we will soon experience an uncontrolled variety of procedural devices instead of a uniform regulation or proposal from Brussels. The Directorate General "Competition" of the European Commission in April 2008 issued a White Paper on the private enforcement of competition law.²⁴ It recommends to the Member States introducing group actions as well as representative actions by associations or organizations in order to strengthen the enforcement of damage claims in case of a violation of EC competition law. The White Paper, however, offers no details of how to design such proceedings. This is left to the Member States. The DG Sanco of the EU Commission, which is in charge of the protection of consumer rights, has not yet decided at all, whether it will be necessary to take any action for a reform on the European level.²⁵

Therefore, the activities in the Member States will go on without any remarkable guidelines from Brussels. In my opinion this might be an advantage for the whole process. A selection of different types of collective actions in the Member States will permit a kind of competition for the best regulations and will allow the European legislature to choose among several options, if they decide to have a EU regulation or directive sooner or later. However, we have to take care that competition among enterprises in Europe is not strongly influenced or distorted by a gap in collective actions among Member States. This does not necessarily require a uniform regulation for special types of collective actions all over Europe, but national reforms should not differ considerably in the means and extent of private enforcement of consumer laws. Otherwise this might result in an over-deterrence of business activities in some Member States.

As collective actions have to cover so many types of disputes it takes a number of different procedural vehicles: representative actions, group

²⁴ Cf. footnote 1.

²⁵ In Nov. 2008 it published a Green Paper on Consumer Collective Redress (Com [2008] 794 final), raising a number of questions. As it is still very much disputed, whether the European legislature can derive a competence from the EC Treaty for a directive or regulation of collective redress in national civil procedure law, the European initiative might be restricted to cross-border cases at the end of the day. For a discussion of the problems arising out of cross-border collective actions under EC Regulation 44/2001 cf. Stadler, *Grenzüberschreitender kollektiver Rechtsschutz in Europa*, *Juristenzeitung (JZ)* 2009 (forthcoming).

proceedings, as well as sample proceedings. In this regard we should take a different approach from the US class action which has to fulfill a multitude of functions. In its beginnings in the 1930s class actions were meant to provide access to justice for cases with small individual damages. Only later on class actions were more and more accepted as well as a device to handle lawsuits with large individual damages such as mass torts or antitrust cases. Until today the small claims are a main reason why the US system is based on an opt-out mechanism and provides some economic incentives for class action lawyers to take these cases to court. The European tradition is different. We should try to expand and strengthen existing structures and should not only focus on group actions.

Representative actions initiated by consumer organizations or other interest groups have a strong tradition in some European states and should not be replaced. This is especially true for the strong position of consumer organizations in Germany and Austria. These organizations might as well be granted legal standing to file group actions so that there is a combination of group and representative actions in so far as a group action can be filed by an individual or by an organization. However, on the European level it still takes some consideration and research in order to decide to what extent and how consumer organizations should be strengthened and integrated in collective actions.

In addition to representative actions and group proceedings plaintiffs should be offered as well some form of test case proceedings. The regulation for sample proceedings or test cases should be quite simple and should not include any binding force of the court decision on other cases. As mentioned above such a res judicata effect entails too many procedural problems and makes proceedings rather complicated. Nevertheless, there might be situations where a decision of the Federal High Court on one sample case – even without a legally binding effect – might be sufficient to convince the parties to settle the case on the basis of this court decision. So sample proceedings could provide a quick and cost-efficient solution. Yet, if plaintiffs reckon that a court decision in a test case would not help, there should be other procedural means – such as group proceeding described before – to bundle the claims of large numbers of plaintiffs. With a variety of types of actions plaintiffs will be put in a position to choose the best for their situation.

In cases where consumers typically suffer only small damages, any opt-in group proceeding would ignore the fact that only a small number of them would bother to “sign up”. Maybe in these cases even an opt-out basis would not violate constitutional rights of the consumers who remain passive anyway. Nevertheless, I consider group actions based on traditional claims to recover damages not a practical way to move forward with these disputes. Victim compensation seems less important (and often cannot be implemented) without investing substantial time and effort. If the damage is to the collective consumer interest rather than to specific individuals, the primary objective should be the effective deterrence of further violations. This requires the creation of a new form of claim. The approach taken in Germany with the newly introduced representative actions giving interest

groups legal standing to skim-off ill-gotten gains from the defendant, seems to be right, even if details of such claims should be reconsidered.

The most controversial issue in the ongoing debate about collective actions will be without doubt the introduction of group proceedings. We have to take the objections of the business sector against any type of US class actions very serious. There are many fears and doubts that group actions in Europe may have similar blackmailing effects on the defendants as US class actions. However, they can be dispelled and reforms must take care not to import the negative side-effects of US class actions. It cannot be denied that in the US many defendants in class actions have to settle the case even so the claims of the group are weak. This is due to the fact, that some features of US civil procedure as well as substantive law put a high pressure on the defendant. To name only some of them: the imponderability of a jury system, punitive damages, and very expensive and time consuming pre-trial discovery proceedings combined with the American rule of cost, that is each party has to pay for its own costs irrespective of the outcome of the litigation. Class actions are extremely profitable for the plaintiff's lawyers who usually participate in the compensation awarded to the group. That's why many class actions are literally initiated and driven by the economic interest of law firms and not by the victims.²⁶ Many defendants in the US simply cannot afford such a long and expensive litigation even so they might win in the end.

In Europe legal parameters are different in many ways. We neither have a jury system nor punitive damages and most Member States rely on the "loser pays" rule of cost.²⁷ The fact that the party losing the case must reimburse the opponent for all his costs implies a high risk for the plaintiff. It prevents unwarranted litigation and it applies in many Member States even so the claimant was granted legal aid.

We are still far away from an importation of the abusive elements of US class actions. Thus, the effect of group actions in Europe will be far less intimidating for defendants than in the US. On the other hand group actions will offer a number of positive impacts. Defendants who indeed violated the law and affected a large number of consumers or investors can no longer hope that the mere complexity of a mass litigation will drag on proceedings for many years and discourage prospective plaintiffs. Group proceedings serve as well the interests of economy by not having to try the same issues again and again in separate cases. It avoids inconsistent outcomes in separate proceedings by resolving all claims in a single case.

²⁶ In particular in securities class actions lawyers were obviously tempted to "buy" a plaintiff for a class action. The 1995 reform of securities class actions (Private Securities Litigation Reform Act) amended Sec. 27 of the Securities Act to prevent misuse. The reform included as well restrictions on attorney's fees and costs and the obligation to a full disclose of settlement terms including attorney's fees and costs, Sec. 27 (7) Securities Act.

²⁷ The EC Commission's White Paper on Damages Actions for Breach of the EC antitrust rules COM (2008) 165, 2.4.2008 proposes as well to allow exceptions to the "loser pays rule" in order to alleviate access to justice in some case. However, national legislatures should be careful and reluctant to drop the rule as it proved to work as a vehicle to prevent weak cases from being taken to court.

It is difficult to predict how a reform on the European level or in the Member States will turn out. The EU will probably restrict its efforts ultimately to cross-border cases as it has done in European civil procedural law in recent years and refrain from giving guidelines for national cases. Nevertheless, this may and should encourage national reforms in the Member States. In Germany, the legislator already is under some time pressure as he has set a deadline for a decision with the expiration of the Capital Market Model Case Act in 2010. Not later than that should be decided whether to keep to act or to introduce group proceedings. So the only thing that seems certain is that we will face some interesting debates over the next months and years.

Implication of Cross Ownership¹ and Its Voting Right²

Chadong Kim, Seoul

I. Introduction

Corporations are controlled by their shareholders who contribute capital to them. The power to control is equally divided into each share. Therefore, a controlling shareholder should acquire more than 50% shares in the corporation. But for the majority of shares huge amount of money is needed. Any individual can not afford it. These days many schemes to take common control on the corporation are invented and developed to integrate into legal rules. Cross ownership including circular ownership is a good device of common control. Cross ownership results when a company owns shares of another company that already holds shares of the company. The vices of cross ownership include the fictitious increase of capital of the corporation, the control by the incumbent directors without any contribution, and the enhancement of concentration of economic power. So how can we regulate the cross ownership matters gradually? Almost every country adapts the prohibition to cross ownership or the elimination of its voting right. But it differs in the countries. Circular ownership has almost same effects in that management can exploit the power to vote on the behalf of their interest. But, it hasn't received similar spotlight as the cross ownership does in other countries. However, in Korea, even though the prohibition of cross ownership is too strict, circular ownership is allowed to be free of any regulation. Capping on total amount of shareholding by the affiliated company of a large scale business group will be abolished just after the will being revision of Korean Antitrust Law. Circular ownership counts on more.

¹ Some commentators prefer using 'reciprocal ownership' to 'cross ownership'.

² This paper was published in *Hanyang Law Review* (Vol. 25 No 3) in September 2008 under the same title in Korea.

II. Cross Ownership and Circular Ownership General

1. Definition

- (1) By definition, cross ownership results when an A company owns shares of another company that already holds shares of the A company.
- (2) Cross ownership results when a C company owns shares of A company which holds shares of B company that possesses shares of C company.
- (3) Cross ownership matters in the context of the corporate group over the countries. So does circular ownership. But, the above legal issues can be dealt in the instances where control is absent among relevant corporations. Of course, cross ownership including circular ownership becomes a critical matter whenever the parent controls the subsidiary.

2. Institutional Approach on Cross Ownership

- (1) Vices of Cross Ownership
 - A. Reciprocally holding shares have similar financial influence on each corporation as treasury shares have.
 - B. The board of parent can cause the subsidiary to vote its shares in the parent in any manner the board desires, including the reelection of the directors of the parent³.
- (2) German Corporation Law
 - A. The 1965 German Stock Corporation law prohibits a German stock corporation from acquiring its own shares in excess of 10 percent of stated capital, except for limited purposes. The prohibition rule is applied with respect to controlled subsidiaries. The statute flatly prohibits a German stock corporation from exercising any voting with respect to any shares it has acquired in itself.
 - B. Interlocking enterprises, which are comprised of two German-domiciled independent enterprises with 25 percent or more cross ownership⁴, are prohibited from voting more than 25 percent of the shares of the other⁵
- (3) French Corporation Law
 - A. The French Law on Commercial Companies(1966) prohibits a French stock company from purchasing its own shares except to reduce capital, for employee profit-sharing

³ Lee, Chulsong, Korean Corporate Law (15 Edition, 2008), 328 p.

⁴ Stock Corporation Law § 19 (1)

⁵ Stock Corporation Law § 328 (1)

plans, and for redemption not to exceed 10 percent of capital.⁶

(4) Common Law Countries (the United States)

A. Early Common Law

Common law decisions prohibited ownership by one corporation of another in the absence of express statutory authorization.⁷

B. After corporations were authorized to acquire and hold shares of other corporations, in the United States corporations were ultimately granted the power to acquire their own shares and to hold them as issued, but not outstanding stock (treasury stock), whereas in the United Kingdom the House of Lords in *Trevor v. Whitworth* (1887) held that a corporation could not lawfully acquire its own shares, and this rule survived until 1981. Subsequently, in most states of US, the concept of treasury shares was abandoned, and reacquired shares became authorized unissued shares.⁸

C. American courts have uniformly prohibited the voting by corporation of treasury stock. Today, almost all states prohibit by statute the voting of treasury stock. The prohibition extended to trusts (*Ex Parte Homes*⁹), agency (*Monsseaux v. Urquhart*¹⁰, *American Railway-Frog Co. v. Haven*¹¹) and pledges (*Brewster v. Hartley*¹²). But these days most states have given up the concept of treasury shares by deeming reacquired shares authorized unissued shares, which sidesteps any cross problem.

D. Cross Ownership

The vices of holding of its own shares do not change when the parent's shares are acquired by a controlled subsidiary rather than by the parent itself. Some courts in US made decision based on conceptual matters as the relation between investment and voting as a means of protecting investment. But they have emphasized that the prohibition rests on an unwillingness to permit management to influence stockholder action, through the use of the corporation's own shares.

⁶ The Law on Commercial Companies Arts 271, 217-1, 217-2

⁷ Phillip I Blumberg et al, *Blumberg on Corporate Groups* (III) (2nd Ed. 2007), 47-3 p.

⁸ *Supra* Phillip I Blumberg, 47-4p

⁹ N.Y. Sup.Ct., 5 Cow.426 (1826)

¹⁰ La.Surp., 19 La Ann.482, 30 La. 362 (1867)

¹¹ MasS. Surp., 101 MasS. 398 (1869)

¹² Cal.Surp., 37 Cal.15 (1869)

E. Shares of a parent corporation owned by a subsidiary

The cases in the United States have uniformly held that a majority-owned subsidiary may not vote its shares in its parent corporation¹³

Every American decision on cross voting have involved a subsidiary that was owned 51 percent or more, so the existence of control was indisputable, except for *Speiser v. Baker* in which the less than majority owned controlled subsidiary was not allowed to vote its parent's shares..

F. Majority ownership obviously means control. But when the parent's holding of the subsidiary's voting shares falls below a majority, working control is needed. If a plaintiff can establish the existence of working control, voting by the less than majority owned controlled subsidiary of its parent's shares should be barred because the policy considerations that bar voting by the majority owned subsidiary are equally applicable.

G. Statutes relevant to cross ownership

Statutes Applying to Direct or Indirect Cross-Voting.

In a few states¹⁴ including Delaware, statutes prohibit a corporation from voting its own shares "directly or indirectly." The commentators¹⁵ have agreed that "indirectly" includes the voting of shares held by majority-owned subsidiaries as well as shares held by trustees or others for the account of the corporation. Voting of a parent's shares by a less-than-majority-owned controlled subsidiary is included within the statutory prohibition of indirect voting. The existence of only potential control – the power to shape or influence decision – is enough, whether or not exercised in the particular case¹⁶.

Statutes Applying to Majority-Owned Subsidiaries.

In most states, as well as in the Model Business Corporation Act, the statute expressly prohibits a majority-owned subsidiary from voting its shares in the parent. In spite of the statute, the courts are still free to consider the question as a matter of common law on proof that working control exists.¹⁷

¹³ *Norlin Corp. v. Rooney, Pace Inc.*, 744 F.2d 255 (2d. Cir. 1984)

¹⁴ Florida (Fla. Stat. Ann. § 607.0721 (2), west 2004), Georgia (Ga. Code Ann. §§ 4-2-721 (b), 2003), Massachusetts (MasS. Gen. Laws Ann. Ch.156B. § Supp. 1985), Ohio (Ohio Rev. Code Ann. §1701.47 (c) (page 1978), and Delaware (Del. Code Ann. Tit. 8. § 160 (c) (1974))

¹⁵ See E. Folk, *The Delaware General Corporation Law* § 160 (2002 Supp.); N. Lattin, *Corporations* 358 (2d ed. 1971); Commentary. 1 *Model BuS. Corp. Act. Ann.* § 7.21 (3d. ed. 2002)

¹⁶ See L. Loss, *Securities Regulation* 764-83 (1961)

¹⁷ See Hoffman, *The status of Shareholders and Directors under New York's Business Corporation Law: A Comparative View*, 11 *Buffalo L. Rev.* 496, 511 n. 67 (1962)

Statutes Applying to Less-than-Majority-Owned Subsidiaries.

California is the only American jurisdiction with a statute dealing directly with the problems presented by the less-than-majority-owned subsidiary. The 1977 California Corporation Act forbids a 25 percent-owned subsidiary from voting its shares in the parent¹⁸. The utilization of 25 percent is the standard for the determination of control in the Investment Company Act of 1940¹⁹ and the Bank Holding Company Act of 1956²⁰. The California statute makes not available an assertion that California courts retain the common law power to prohibit the voting of shares in a parent by a less-than-25-percent-owned subsidiary, even on the proof of the existence of working control.

H. Circular Ownership

Working control is enough to apply the prohibition of cross voting on the case. Circular ownership can result in the working control. So the same prohibition in common law as well as a statutory law would be applied to the circular ownership. *Speiser v. Baker* is an example of the application of prohibition on circular ownership.

(5) Common Law (The United Kingdom)

- A. The section 27 of The Companies Act 1948 prohibited a majority-owned subsidiary from acquiring any shares in its parent, except when held in a fiduciary capacity.
- B. The Companies Act was revised in 1981. The revised section 27 authorized English companies to purchase their own shares, on overriding *Trevor v. Whitworth*. It provided that reacquired shares must subsequently be cancelled and may not be voted prior to cancellation. So the problem of voting does not arise. The statute includes shares acquired by nominee of the company, but it does not seemingly include subsidiaries.

(6) Control Standard v. Percentage Standard

Percentage Standard sidesteps possible difficulty of proof of control and deals effectively with the underlying evil, even if the statutory scheme may miss an occasional objectionable case. Although there is no magic in any number of percentage in the ownership, 25 percent is clearly more realistic than 50.1 percent for determining the level of ownership that gives rise to control. The legislature's selection of a working level, such as 25 percent, demonstrates an express

¹⁸ Cal.Corp.Code §§ 189.703 (b) (West 2002)

¹⁹ 15 U.S. C. § 80a-2 (a) (9) (rebuttable presumption)

²⁰ 12 U.S. C. § 1841 (a)2 (A) (conclusive presumption), 12 U.S. C. §1841 (a) (3) (rebuttable presumption if more than 5 percent and less than 25 percent)

judgment on where the line should be drawn that is arguably lacking when the legislature refers simply to majority ownership. Therefore the use of 25 percent level will permit shares to be voted in cases when control in fact exists through a lesser ownership.

The statutes of European countries including Germany and France bar subsidiaries from cross voting their shares in excess of 10 percent of the shares voting. But the statutes appear to be too strict in that 10 percent of shares in a corporation is rarely presumed to be in control power. Or the statutes seems to be ineffective as long as common control among affiliates is concerned.

III. The Statutes in Korea Regulating Cross or Circular Ownership

(1) Two authorities of the regulation on cross ownership

In Korea, there are two kinds of legal sources regulating cross ownership. The first is stipulated in Commercial Law which is general legal source for every form of corporation. The second can be found in Korean Monopoly Regulation and Fair Trade Act (hereinafter, MRFTA), which regulates large-scale business groups at its chapter of Repression of Economic Power Concentration.

(2) Commercial Act

Article 341 (Acquisition of Company's Own Shares)

A company may not acquire its own shares on its own account, except in the following cases:

1. In case of the redemption of shares;
2. In case of a merger of companies or an acquisition of the entire business of another company;
3. Where it is necessary to do so for achieving the objective in the course of exercising the rights of the company;
4. Where it is necessary to deal with the fractional shares; and
5. Where a shareholder exercises the right to request the company to purchase his shares.

Article 342-2 (Acquisition of Parent Company's Shares by Subsidiary Company)

(1) In case where a company (hereinafter referred to as "the parent company") holds more than 50/100 of the total outstanding shares of another company (hereinafter referred to as "the subsidiary company"), the subsidiary company may not acquire shares of the parent company, except in the following cases:

1. In case of the all-inclusive exchange and all-inclusive transfer of stocks, the merger of companies or the acquisition of the entire business of another company; and
2. Where it is necessary to do so for achieving the objective in the course of exercising the rights of the company.

(2) In case of respective subparagraphs of paragraph (1), the subsidiary company shall dispose of the shares of the parent company within six months after its acquisition.

(3) If a parent company and its subsidiary company in aggregate hold, or a subsidiary company by itself holds, more than 50/100 of the total outstanding shares of another company, such another company shall be deemed to be subsidiary company of the parent company for the purpose of the application of this Act.

Article 625 (Crimes of Endangering Company's Property)

If any person set forth in Article 622 (1), inspector, notary public mentioned in Article 298 (3), 299-2, 310 (3) or 313 (2) (including managing attorney of an incorporated law firm and of a joint law & notary office; the same shall apply hereinafter in this Chapter) or appraiser mentioned in Article 299-2, 310 (3), or 422 (1) has committed any of the following offenses, he shall be subject to an imprisonment not exceeding five years or to a fine not exceeding fifteen million won:

1. Making of a false report to, or concealing facts from, the court, the general meeting or promoters in respect of the subscription for shares or capital contribution, payment therefore, performance of contributions in kind, or any matter set forth in Article 290, subparagraph 4 of Article 416, or Article 544;
2. Wrongful acquisition of the ownership of share or shares in the company or of the pledge right with respect thereto, for the account of the company, irrespective of the name they have used in doing so;
3. Distribution of profits or interests in contravention of the relevant acts, subordinate statutes or the articles of incorporation; and
4. Disposal of the company's property for speculative transactions, outside the ordinary course of the company's business.

Article 625-2 (Crimes of Violating Share Acquisition Restriction, etc.)

If a person set forth in Article 635 (1) has violated Article 342-2 (1) or (2), he shall be subject to a fine not exceeding twenty million won.

Article 369 (Votes)

- (1) A shareholder shall have one vote for each share.
- (2) The company shall not be entitled to vote in respect of its own shares.
- (3) In case where a company, its parent company and its subsidiary company together or its subsidiary company alone holds more than 1/10 of the total outstanding shares of another company, the shares of the company or of the parent company held by such another company shall not be entitled to vote.

(3) Korean Monopoly Regulation and Fair Trade Act

- A. Article 9 (Prohibition, etc. of Mutual Contribution)
 - (1) Any company belonging to an enterprise group whose total assets, etc. fall under the criteria as prescribed

by the Presidential Decree, and thereby designated under Article 14 (1) (hereinafter referred to as an enterprise group subject to the limitations on mutual investment) shall not acquire or own stocks of an affiliated company which acquires or owns its stocks: Provided, That this shall not apply to the case where it falls under any of the following subparagraphs: <Amended by Act No. 6651, Jan. 26, 2002>

1. A merger of companies, or the acquisition by transfer of a whole business; and

2. An execution of collateral right, or the receipt of an accord and satisfaction.

(2) Any company which makes a contribution under the provision of paragraph (1) shall dispose of stocks within six months from the day on which it acquires or holds them: Provided, That this shall not apply to the case where an affiliated company acquiring or holding its own stocks disposes of them.

(3) Any company which belongs to an enterprise group subject to the limitations on mutual investment and which is also an investment company for the establishment of small and medium-sized enterprises under the Support for Small and Medium Enterprise Establishment Act, shall not acquire or hold stocks of a domestic affiliated company. <Amended by Act No. 6651, Jan. 26, 2002>

- B. A large scale business group for the purpose of cross ownership is defined as a group the gross sum of whose member corporations' total assets exceeds 2 trillion won (approximately 2 billion U.S. dollars). Now revision bill is under the review of Korean National Assembly that the total assets increases to 5 trillion won.

The section prohibiting mutual contribution was introduced into MRFTA in the 1986 Amendment aiming at the deterring the ongoing concentration of economic power. Mutual contribution has several adverse effects, including that it enables the participating firms fictitious increase of capital in their book and the management of one participating firm to control the other participating firm. Above all, the most important antitrust concern is that mutual contribution may enhance the level of economic concentration.²¹

²¹ Hoyul Chung/Meongcho Yang, Competition Law in Korea: focused on International Aspects, Journal of Korean Competition Law, Vol. 15 (May, 2007), Korean Competition Law Association, 92p

IV. **Speiser v. Baker**²²

(1) **Summing up**

Speiser v. Baker seems to be the only American decision involving the voting of circular ownership of a parent's shares by a less-than majority-owned subsidiary till now. In that case, the parent held convertible preferred shares of the subsidiary which, on conversion, would increase its holdings of the subsidiary's common stock to 95 percent. The parent position was thus equivalent to majority ownership of the voting shares. The court in charge prohibited the subsidiary from voting the shares held in its parent.²³

(2) **Finding of Facts**

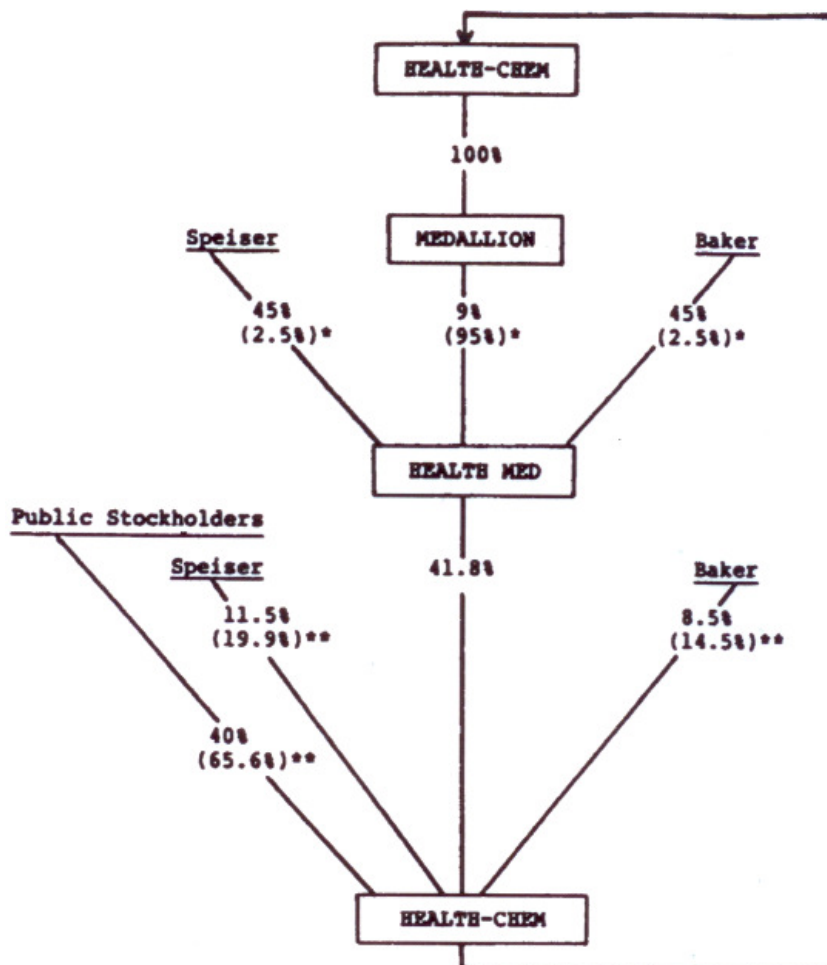
- 1) Plaintiff is Mr. Marvin Speiser, the owner of 50% of Health Med's common stock, who is president of Health Med and one of its two directors.
- 2) Defendant²⁴ is Mr. Leon Baker, who owns the remaining 50% of Health Med's common stock and is Health Med's other director.
- 3) On its stock ledger, Health Chem's stockholders fall into four classes: the public (40%), Mr. Speiser (10%), Mr. Baker (8%) and Health Med (42%). In fact, however, Health Med is itself wholly owned indirectly by Chem, Speiser and Baker. Thus, the parties interested in this matter (as owners of Chem's equity) are Speiser, Baker and Chem's public shareholders.
- 4) Chem wholly owns Medallion Corp. who owns 9% of the equity of Health Med in its present unconverted state. But Medallion Corp. owns Health Med convertible preferred stock which can be converted immediately into common stock of Health Med representing 95% of Health med's voting power.
- 5) This structure may be grasped most easily through the following graphic presentation.

²² 525 A.2d 1001(Del. Ch. 1987)

²³ Supra Phillip I Blumberg, 47-9p

²⁴ In this litigation, Leon Baker and Health Med Corporation are named as defendantS. But, hereinafter, defendant is supposedly limited to Leon Baker for the simplification.

**OWNERSHIP OF VOTING STOCK
HEALTH MED & HEALTH-CHEM**



NOTES:

- (1) Ownership interests are approximate.
- (2) Holdings in Health-Chem exceed 100% because Speiser and Baker holdings reflect assumed exercise of options.

* When Medallion holding is converted.

** If Health Med Stock is disqualified.

- 6) This circular structure was carefully constructed as a means to permit Messrs. Speiser and Baker to control Chem while together owning less than 35% of its equity. Speiser apparently directed the vote of Health Med's holdings of Chem stock (its only substantial asset) in a way that together with the vote of Speiser and Baker's personal Chem holdings, assured that their view would prevail.
- 7) The conversion of Chem's (Medallion's) preferred stock in Health Med would result in the destruction of the Baker-Speiser control

mechanism. Under Section 160 (c) of the Delaware corporation law, in that circumstance, Health Med would certainly be unable to vote its 42% stock interest in Chem. As a result, the other shareholders of Chem (i.e., the owners of the real equity interest in Chem) would have their voting power increased to the percentages shown on the above chart, that is, the voting power of the public stockholders of Chem would increase from 40% to 65.6%.

- 8) Mr. Speiser, by virtue of his office as President of Medallion and of Health Med, is apparently currently in a position to control Health Med and its vote. Baker asserts, not implausibly, that Speiser now seeks a Health Med stockholders meeting for the purpose of removing Baker as one of Health Med's two directors in order to remove his independent judgment from the scene.

(3) The Cause of Action by Plaintiff and the Cause of Counterclaim by Defendant

- 1) Plaintiff brought an action under Section 211(c) of Delaware corporation law and sought an order requiring the convening of an annual meeting of shareholders of Health Med Corporation incorporated by the Delaware Law.
- 2) Defendant attempted to allege affirmative defenses to the relief sought and asserted an affirmative right to a declaratory judgment that Health Med may not vote its 42% stock interest in Chem.
- 3) Two distinct legal issues were included in this case. The first was whether defendant had pleaded facts which, if true, would constitute an equitable defense to the claim. The second was whether the circular ownership of stock among the companies involved in this litigation violates Section 160(c) of the Delaware corporation law.
 - A. Section 160 (c) provides that “shares of its own capital stock belonging to the corporation or to another corporation, if a majority of the shares entitled to vote in the election of directors of such other corporation is held, directly or indirectly, by the corporation, shall neither be entitled to vote nor be counted for quorum purposes, Nothing in this section shall be construed as limiting the right of any corporation to vote stock, including but not limited to its own stock, held by it in a fiduciary capacity.”
 - B. Baker contends, in a pleading denominated as “Second Affirmative Defense and Cross-Counterclaim(hereinafter simply the counterclaim) that the meeting sought is intended to be used as a key step in a plan by Mr. Speiser to cement control of Health Med in derogation of his fiduciary duty to Health Med’s other shareholders.

- C. So, Baker seeks a declaratory judgment that shares of another Delaware corporation – Health Chem – held by Health Med may not be voted by Health Med.
- D. Baker's argument is that the Chem stock owned by Health Med is disabled by this statute from voting because Chem controls Health Med through its unconditional present right to convert its Health Med preferred to a 95% interest in Health Med's common stock. For present purposes, I, of course, accept this allegation as true. In expressing this argument in statutory terms, Baker argues that the unconditional power to convert its preferred stock to a controlling interest in Health Med's common stock and thus become the owner of a majority of the stock entitled to vote in an election of directors of Health Med, itself constitutes “indirect” ownership by Chem of a “majority of the shares entitled to vote in an election of directors” of Health Med.
- E. Mr. Speiser, for his part, claims that a literal, and a fair, reading of the statutory words that Baker relies upon cannot support his argument. Speiser's counter-argument focuses on just what stock is “entitled to vote” and argues that unless and until the preferred stock is converted, it has the legal attributes of preferred stock and not of any other security into which it may later be transmuted. In its present state, it is clear that the preferred can cast only 9% of the vote at the election of directors of Health Med. Thus, it is argued that the literal language of Section 160(c) compels the conclusion that the voting *1008 structure of these companies does not violate that statute. In its unconverted state, Medallion's holding of preferred simply does not represent a majority of the voting power of Health Med. Specifically, the principal prohibition of the statute is directed to shares of its own capital stock “belonging to the corporation.”

(4) The Ruling of the Court.

- 1) Mr. Speiser is now entitled to judgment on his claim seeking to compel the holding of an annual meeting by Health med, but that plaintiff's motion to dismiss the counterclaim must be denied.
- 2) Courts have been alert to the dangers posed by structures that permit directors of a corporation, by reason of their office, to control votes appertaining to shares of the company's stock owned by the corporation itself or a nominee or agent of the corporation.
- 3) Such structures deprive the true owners of the corporate enterprise of a portion of their voice in choosing who shall serve as directors in charge of the management of the corporate

venture. Chief Justice Taft, while still an Ohio trial court judge, stated the rationale succinctly in 1888:

- 4) The power to vote is a power incident to ownership of stock, but to allow the directors acting for the corporation to vote the stock would not be distributing the power equally among the stockholders, as the dividends are distributed equally amongst them by payment into the treasury of the company, and it would be entrusting to Parsons in power the means of keeping themselves in power²⁵.
- 5) It is not to be tolerated that a Company should procure stock in any shape which its officers may wield to the purposes of an election; thus securing themselves against the possibility of removal²⁶.

V. Conclusion

As reviewed above, the regulation of cross ownership exists in every country, but it differs. In common law, the hesitation to allow the management to control the voting power without any contribution plays a great role on the regulation. Cross ownership is prohibited from voting when it cumulates to have control on the corporation. Control comes with more than 50% of its shares, in mathematical aspect of view. A concentrated minority shares can result in some context. It is viewed as the matter of the proof of facts. But to save the cost of proof, some jurisdiction, for example in the state of California, introduces the standard of percentage in the state corporation law. The relevant section provides that more than 25% shares in the instance of the reciprocal shareholding are prohibited from voting. There is no magic amount of shares. The utilization of 25% percent level was adapted on the review of several statutes including the Investment Company Act and the Bank Holding Company Act. In the United States, circular ownership is regulated in the same legal rule which applies to cross ownership. If control results by the amount of shares, circular ownership is prohibited from voting.

But, in civil law countries, cross ownership is regulated by percentage standard. If 10 percent of shares are owned in the context of cross ownership, it is prohibited from possessing and voting. But, only 10 percent does tell control. Under common control, 10 percent of a corporation becomes into control together with the additional shares of affiliates. However it doesn't differentiate in the instances. Unless 10 percent can result control, the prohibition is too strict for the shareholder. In the context of circular ownership, it is useless because the courts reject to apply the 10 percent rule of cross ownership into circular ownership. It gives a lot of implication in Korea because ceiling on total amount of shareholding will be lifted up in the near future to let circular ownership be free of any regulation.

²⁵ Allen v. De Lagerberger, 10 Ohio Dec.Rep. 341 (1888).

²⁶ Ex Parte Holmes, N.Y.Sup.Ct., 5 Cow. 426, 435 (1826).

SPRECHAKTTHEORIE UND FUNKTIONALES STRAFRECHTSSYSTEM. SKIZZE EINER WECHSELWIRKUNG

Miguel Polaino-Orts & Miguel Polaino Navarrete, Sevilla

I. Einführung

Wir möchten unsere Untersuchung mit einer Erzählung beginnen,¹ von der der berühmte spanische Strafrechtler Jiménez de Asúa annimmt,² niemand, der sich einer akzeptablen Kultur rühmt, sollte es sich erlauben, sie nicht zu kennen. Es geht um eine kleine Geschichte, die 1903 in dem vom damals weltberühmten französischen Schriftsteller Anatole France verfassten Sammelband „Crainquebille und andere nützliche Erzählungen“³ erschien: die „erbauliche Geschichte“ Crainquebilles, wie sie von dem spanischen Strafrechtswissenschaftler Ruiz-Funes bezeichnet wurde.⁴ Das Märchen, das – gemäß dem Motto von Anatole France – die Pietät mit der Ironie einigt, berichtet von einem in seinem Viertel erfolgreichen Gemüsehändler, Jerome Crainquebille, der seit 50 Jahren jeden Tag früh morgens mit seinem Verkaufswagen in den Straßen von Paris Obst und Gemüse verkaufte. Eines Tages, nachdem er Ware an eine Kundin verkauft hatte, wartete er geduldig darauf, dass diese ihm den Kaufpreis beglich. Ein Wachtmeister, der die ganze Lage beobachtet hat, trieb ihn an weiterzugehen, damit er den Verkehr nicht aufhalte. Die Kundin ließ sich Zeit, und der diensteifrige Gendarm forderte Crainquebille nochmals auf weiterzufahren. Der fliegende Händler machte ihm daraufhin deutlich, dass er nur auf etwas Gerechtes warte, nämlich auf sein Geld, und fügte hinzu: „Ist es vielleicht ein Delikt, was ich gerade mache? Ich hab’ Pech! Zum Teufel! Verdammt!“. Der Polizist, wütend geworden und vorausahnend, dass der Gemüsehändler ansonsten ungeschoren davonkommt, beschloss nun, ihn zu verhaften. Nach den Gründen der Festnahme gefragt, antwortet der Wachtmeister unwahr, der Gemüsehändler habe ihn „Scheißbülle!“ genannt. Crainquebille kommt ins Gefängnis und wird zu einer Geldstrafe und 15 Tagen Haft verurteilt.

¹ Vgl. Polaino-Orts, in *Derecho Penal y Criminología*, Revista del Instituto de Ciencias penales y criminológicas, Universidad Externado de Colombia, Nr. 79, 2005.

² Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*, Band II, *Filosofía y ley penal*, 1963, S. 22.

³ France, *Crainquebille*, Garduño, Riquet y otros relatos edificantes, Span. Übersetzung durch Ruiz Contreras, 1908. Zitate von Verf. übersetzt.

⁴ Ruiz-Funes, *Ideas penales de Anatole France*, 1926, S. 79.

Zeugenaussagen ehrenhafter Personen, wie z. B. von Dr. David Mathieu, der den wahren Verlauf bekundet, sind nutzlos. Doch damit nicht genug: Der Wachtmeister lässt beiläufig fallen, der genannte Zeuge sei selbst nicht unschuldig, sondern er habe ihn gleichfalls beleidigt. Der Straßenhändler tritt die Strafe an, wird aber nach einer Spendenaktion frei gelassen. Dann aber trifft ihn die Härte der Wirklichkeit, und er erfährt die Resozialisierungsschwierigkeiten eines Verurteilten am eigenen Leib: Seine Geschäfte laufen schlechter, er schafft es nicht, sich seines Strafregisters zu entledigen, seine Kunden wandern ab, er fällt geradezu in Ungnade und vertrinkt sein letztes Geld, um sein Unglück zu vergessen. Als er, obdachlos geworden, eines Nachts durch die Straßen streifte und auf einen Polizisten traf, erinnerte er sich an die Zeit im Gefängnis, wo er wenigstens etwas zu essen und ein Bett hatte, und er machte nun den Gendarmen für sein Unglück verantwortlich. Crainquebille ging auf ihn zu und schrie ihn an: „Scheißbulle!“. Der Wachtmeister aber antwortete nach einem längeren Schweigen väterlich: „So etwas sollten Sie nicht sagen ... Nein, wirklich und wahrhaftig, so etwas sollten Sie nicht sagen. In Ihrem Alter müssten Sie eigentlich vernünftiger sein ... Gehen Sie weiter“. Crainquebille war ratlos, wie gelähmt und bemühte sich verzweifelt, die Situation zu begreifen: Als er den einen Wachtmeister nicht beleidigt hatte, war er mit aller Härte des Gesetzes verurteilt worden, und als er nun den anderen tatsächlich beschimpft hatte, war er freundlich behandelt worden und man ließ ihn unbehelligt, obwohl es seine Absicht gewesen war, durch die Polizistenbeleidigung zurück ins Gefängnis zu kommen.

Unabhängig davon, dass diese Erzählung anschaulich von der Erschütterung des Vertrauens der Betroffenen in die Geltung der Rechts und von Resozialisierungsproblemen des durch den Justizirrtum vorbestraften Straßenhändlers – und damit auch von einer Justizsatire – berichtet, führt sie grundsätzliche Probleme der hier so genannten Sprechaktdelikte – d.h. der Delikte oder Zurechnungsformen, die durch das Wort gestaltet werden (was nicht nur, aber auch die Aussagedelikte umfasst) – deutlich vor Augen, insbesondere: in welchen Fällen die Äußerung eines Werturteils strafrechtlich relevant wird (nicht jede Äußerung von Wörtern ist strafrechtsrelevant⁵), d.h. den Sinn hat, jemanden zu beleidigen – straftheoretisch: die Normgeltung zu verletzen. Ferner erscheint problematisch, ob die Sprechaktdelikte von der Absicht des Subjekts abhängen und welche Bedeutung der kommunikativen Eignung einer Aussage für das Verstehen der konkreten Botschaft zukommt, schließlich: wie sich ein Sprechaktdelikt beweisen lässt.

Von den vielen verschiedenartigen Problemen, die sich bei den Sprach- bzw. Sprechaktdelikten stellen, werden wir uns in diesem Beitrag nur auf einige allgemeine Fragen beschränken. Dabei tragen wir einige Gedanken zum Verhältnis von Recht und Sprache durch den gemeinsamen Nenner der Vernunft (unten II), weiter zur Sprache und zu nonverbalen Kommunikationssystemen (III) zusammen und skizzieren sodann knapp die Notwendigkeit problematisierenden Sprachphilosophierens (IV). Anschließend wird die

⁵ Vgl. NK-Zaczyk, Vorbem. §§ 185–200, Rn. 19.

Sprechakttheorie nach Austin dargestellt⁶ (V) sowie die strafrechtliche Relevanz von Sprechakten behandelt (VI), und zwar am Beispiel der lokutionären (VII), der illokutionären (VIII) und der perlokutionären Akte (IX). Der Beitrag schließt mit einer kurzen Zusammenfassung (X).

II. Recht und Sprache als Ausdruck der Vernunft

Ausgangspunkt unserer Überlegungen ist die enge Verbindung zwischen Recht und Sprache. Beide, Recht und Sprache, kennzeichnen den Menschen als vernünftiges und soziales Wesen und grenzen das menschliche Zusammenleben von der Umwelt ab, in der die Menschen asozial und einsam leben: extra muros der gesellschaftlichen Existenz, ohne jeden Kontakt und ohne jedes Wissen von anderen Menschen oder auch von solchen Tieren, die zumindest teilweise menschenähnlich leben.⁷ Recht und Sprache definieren, wenn auch in einer rudimentären Form, das menschlich-soziale Leben seit den Anfängen der Geschichte.⁸ Die Kommunikation durch Sprache und der Kampf ums Recht beginnt wohl schon mit den ersten menschlichen Gemeinschaften, beschreiben und begrenzen das Leben der Menschen als soziale Personen, dauern seither ohne Pause an und werden gewiss nicht vor dem Ende der Menschheit enden.⁹

Die Umwelt bildet die Tierwelt, d.h. die wilde und irrationale Existenz der Tiere – mag man hier auch teils schon von „gesellschaftlichen“ Formen im primitiven Sinne sprechen können. Sie besteht aus asozialen Individuen, die sich nach dem Schema Lust/Unlust richten und, wenn letztlich alle Stricke reißen, sich an Überlebensprinzipien bzw. am Selbsterhaltungstrieb orientieren. Hinsichtlich der Umwelt kommen also nur Naturgesetze in Betracht: Es gibt keine Normativität. Anders verhält es sich beim sozialen System. Das gesellschaftliche Zusammenleben integriert die menschlich vernünftige soziale Existenz und bildet so einen normativen Kontext, oder genauer: einen normativierten Kontext, der durch den Menschen als sozialer Person mitgeschaffen worden ist.¹⁰ Beide, Recht und Sprache, sind deswegen soziale Systeme, und zwar soziale Subsysteme, die zur Gesellschaft als Obersystem gehören, die miteinander stark verbunden sind und deren Interkommunikation bzw. gegenseitige Abhängigkeit wesentlicher Bestandteil der Definition von Gesellschaft ist. Anders formuliert: Recht und Sprache sind condiciones sine qua non der gesellschaftlichen Lebensgemeinschaft.

Keine menschliche Gemeinschaft ist ohne ein Regelsystem denkbar, das die Entwicklung des gemeinsamen Lebens garantiert. Wie das Recht, ist auch die Sprache ein eigenes Kennzeichen des Menschen als nicht isoliertem Subjekt, als kommunikativer Person. Obwohl man zum Teil in einem

⁶ Wir beschränken uns in den folgenden Überlegungen auf die Sprechakttheorie Austins und lassen also die Fortentwicklungen insbesondere durch Searle (Sprechakte, 1983; vgl. dazu Nolte, Einführung in die Sprechakttheorie John R. Searles, 1978) ebenso beiseite wie den bedeutenden Beitrag Wittgensteins (vgl. hierzu in Bezug auf das Strafrecht Polaino Navarrete/Polaino-Orts, Cometer delitos con palabras, 2004, S. 53 ff.).

⁷ Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft, 2. Aufl., 1999, S. 9.

⁸ Zur Sprache als Spiegel der praktischen Vernunft vgl. Mahlmann, ZRph 2/2003, S. 168 ff.

⁹ Vgl. Gössel, El Proceso penal ante el Estado de Derecho, spanische Übersetzung durch Polaino Navarrete, 2004, Vorwort, S. 17.

¹⁰ Vgl. Jakobs, ARSP-Beiheft Nr. 74, 2000, S. 57 ff.

unechten und extrem weiten Sinne von Tiersprache spricht¹¹ (und sogar von deren Dialekten¹²) als Äußerungs- und Kommunikationsmittel mancher Säugetiere, wie z.B. Primaten, Hunde usw., und mancher eierlegender Tiere, wie z.B. Papageien, Stieglitze etc., steht fest, dass die bloße Äußerung mehr oder weniger entwickelter Laute nicht ohne weiteres als Sprachgebrauch anzusehen ist, zumindest nicht in dem Sinn, den dieser Begriff bei Menschen hat, nämlich: Sprache als rationale Kommunikation. Die Sprache bringt eine Komponente der Vernünftigkeit mit sich, die sie zu etwas dem Menschen Eigenen macht, und deswegen ist die Sprache mehr als ein Kommunikationswerkzeug: sie ist Sinnausdruck.¹³ Sie kann also nicht als bloße artikulierte Lautäußerung verstanden werden, sondern als hochwertiges Vehikel, mit dem der Mensch nicht nur mit seinesgleichen kommuniziert, sondern auch Gedanken und Gefühle äußert, d.h. sich nicht nur verständlich macht, sondern sich sinnhaft vernünftig ausdrückt.

Recht und Sprache teilen einen gemeinsamen Ausgangspunkt: die Vernunft, genauer ausgedrückt, die Vorstellung, dass sowohl das Recht als auch die Sprache vernünftige Sinnausdrücke sind. Einerseits ist das Recht Synonym von Vernunft und Gerechtigkeit. Es ist nicht so, dass das Recht nur eine auf Gerechtigkeitszwecke abzielende Ordnung ist, sondern Vernunft und Gerechtigkeit sind selbst Bestandteile des Rechtsbegriffes. Anders ausgedrückt: Ohne Vernunft und ohne Gerechtigkeit ist das Recht nicht möglich. Andererseits war eine synonyme Beziehung zwischen Recht und Sprache seit langem ein zentrales Postulat mancher griechischen Denker, mit den Vorsokratikern beginnend. Sie setzten die Begriffe „Sprache“ und „Vernunft“ gleich, so dass der Mensch als „Tier, welchem das Wort zur Verfügung steht“, beschrieben wird, wobei das Wort als Instrument der Vernunft anzusehen ist („zoon logon echon“). Damit war für sie, worauf der Philosoph Ferrater Mora hingewiesen hat, „die Sprache [...] entweder ein Moment des Logos oder der Logos selbst.“¹⁴

Die Verbindung zwischen Recht und Sprache durch den gemeinsamen Nenner der Vernunft kennzeichnet also den Menschen als sozial vernünftiges Wesen und grenzt das menschlich-soziale Leben von dem tierischen und irrationalen ab. Kurz: Wo der Mensch existiert, wird es grundsätzlich oder potenziell Kommunikation, Vernunft, Sprache und Recht geben.

¹¹ Und sogar mehr: Roth etwa betont, „dass viele Säugetiere, z. B. Präriehunde oder Kleinaffen, relativ komplexe Systeme zur intraspezifischen lautlichen Kommunikation besitzen, die keineswegs nur – wie man früher annahm – die jeweilige emotionale Befindlichkeit (Erregung, Freude, Aggression, Furcht, Schmerz, Trauer usw.) des vokalisierenden Tieres anzeigen, sondern auch Informationen über Objekte, z.B. herannahende Feinde und ihre wichtigsten Merkmale wie Größe, Geschlecht und Gefährlichkeit, über Verwandtschaftsbeziehungen und sogar über nicht vorhandene Objekte übermitteln, etwa zum Zweck der Täuschung“ (Roth, Fühlen, Denken, Handeln, 2001, S. 356).

¹² So etwa Zimmermann, in Zimmermann/Newmann/Jürgens, Current Topic in Primate Vocal Communication, 1995, S. 47 ff.

¹³ Jakobs, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992, passim.

¹⁴ Ferrater Mora, Sub Art. „Lenguaje“, in derS., Diccionario de Filosofía de bolsillo, Cohn (Hrsg.), 1. Aufl., 5. Nachdruck, 1990, S. 451. Zum logos als unterscheidendes Kriterium zwischen dem Menschen und anderen Tieren siehe auch Schmitz-Emans, Die Sprache der modernen Dichtung, 1997, S. 7 ff.

III. Sprache und nonverbale Kommunikationssysteme

Sprache ist bekanntlich ein verbales, schriftliches oder mündliches Kommunikationssystem, das die menschlichen Gemeinschaften charakterisiert und der Interaktion dient. Ihr funktionales Äußerungsinstrument ist das Wort, welches aus Morphemen und Silben besteht und durch die grafische Darstellung einiger Zeichen (Schrift) oder durch die Artikulation einiger Laute (Sprache) geäußert wird. So bildet die Sprache begrifflicher Weise eine der arrivierten und bezeichnendsten Kommunikationsarten zwischen Menschen, aber gewiss nicht die einzige. Man kann kommunizieren – Sinn ausdrücken –, ohne die Sprache zu benutzen, ohne Wörter zu artikulieren, mit somatischer Kommunikation, etwa mit Gebärdensprache, sogar ohne Mitteilungsabsicht, wie etwa „durch ein Lächeln, durch fragende Blicke, durch Kleidung, durch Abwesenheit und ganz allgemein und typisch durch Abweichen von Erwartungen, deren Bekanntsein man unterstellen kann“¹⁵ – kurz: mit nicht-verbaler Kommunikation (Nonverbal Communication).¹⁶ Diese wird – nebenbei bemerkt – sogar als die häufigste Kommunikationsweise angesehen: So ist etwa der Sozialanthropologe Edward T. Hall der Auffassung, dass „60 % unserer Kommunikationen nicht verbale sind,“¹⁷ während andere Spezialisten meinen, 55 % der Kommunikationen würden durch Körpersprache geäußert, 38 % durch die Parasprache und nur 7 % durch Wörter.¹⁸ Mit gutem Grund gibt es daher die Redensart, dass eine Geste mehr wert sein kann als tausend Worte, und die Taxonomie der Gesten ist gewiss breiter und reicher als die differenzierteste Sprache der Welt, wenn auch vielleicht nicht präziser.

Neben der Sprache spielen sämtliche nichtsprachlichen Mittel für die Kommunikation eine Rolle. Die zwei wichtigsten nonverbalen Kommunikationssysteme sind die sog. Parasprache und die sog. Körpersprache bzw. Kinesik, welche die dreifache Struktur jedes kommunikativen Diskurses bilden:¹⁹ Das parasprachliche System umfasst diejenigen suprasegmentalen bzw. prosodischen Merkmale der Sprache, die für die Kommunikation von Bedeutung sind: phonische Elemente, gutturale, physiologische, lautliche, emotionale Zeichen, Artikulation oder Spiel von Pausen und Lauten usw. Es geht also um Merkmale, die nonverbale Eigenschaften der Stimme betonen: Elemente, die einen Sinn ausdrücken, und die die verbale Aussage kommunizieren, verstärken oder abtönen.²⁰ Hierzu gehören auch die Vokalisationen, d.h. diejenigen Laute, die kein Wort bilden, die aber einen großen kommunikativen Wert haben, wie z.B. Interjektionen wie „aha“ usw., ferner der Tonfall, der Ton und Klang der Stimme, der Rhythmus und die Beugung. Sogar das Stillschweigen ist hierher zu rechnen,²¹ welches nach dem Kontext Gleichgültigkeit oder Desinteresse, Respektlosigkeit oder Beleidigung (krass: die Begrüßung des Königs bei einem offiziellen Empfang nicht zu erwidern),

¹⁵ Luhmann, Soziale Systeme, 2. Aufl., 1985, S. 208.

¹⁶ Aus der umfangreichen Literatur dazu siehe z.B. Knapp, Essentials of nonverbal communication, 1980.

¹⁷ Wie Axtell, Gestos, 1993, S. 3, berichtet.

¹⁸ Nachweise bei Polaino Navarrete/Polaino-Orts (Fn. 6), S. 17 ff.

¹⁹ In diesem Sinn unterscheidet z.B. Poyatos, La comunicación no verbal, 1994, zwischen Gesten, Manieren und Haltung.

²⁰ Vgl. Poyatos (Fn. 19), Band II, S. 29.

²¹ Vgl. dazu die bei Luhmann/Fuchs, Reden und Schweigen, 1989, veröffentlichten Beiträge.

implizite oder stillschweigende Zustimmung (etwa bei einer Pflicht zum Ausdruck des gegenteiligen Willens)²² oder stillschweigende Ablehnung (wie bei dem sog. „Verwaltungsschweigen“ – „silencio administrativo“ im spanischen Verwaltungsrecht) kommunizieren kann.

Das körpersprachliche System betrifft die kommunikativ relevanten Körperbewegungen. Dazu gehören z.B. Gesten, physische Bewegungen wie das Handheben, Beifall-Klatschen, Mit-dem-Finger-Zeigen oder -Deuten, der sog. Stinkefinger usw., auch Augenkommunikationen, Mimik (lächeln, zwinkern, usw.), Körperhaltungen, Körperkontakt, Atmung, untätiges Zuschauen, Pfeifen, Räuspern, Husten, Lautmalereien etc. Es dürfte einleuchten, dass alle diese Bewegungen, welche die hochwichtige Körpersprache bilden (Body Language),²³ auch zu geeigneten Kommunikationsmitteln werden können, weil die sozialen Konventionen es erlauben, mit einer konkreten Gestik eine ebenso konkrete Bedeutung zu assoziieren. Das Heben der Hand kann z.B. die Zustimmung bei einer Versteigerung bedeuten, aber auch: Mitteilung von Missbilligung oder gar zur Einschüchterung oder Drohung dienen. Es kann aber auch Begrüßung, sogar eine konkrete politische Verbundenheit ausdrücken, die wiederum davon abhängig ist, ob die Geste mit ausgestreckter Hand oder mit der Faust erfolgt.

Andere Arten der nonverbalen Kommunikation sind gleichfalls von Bedeutung, wie etwa die Verteilung und Verwendung der Zeit (Kronemik) und des Raumes bzw. des Distanzverhaltens (Proxemik), ferner der Geruch, die Art und Weise des Kleidens, überhaupt Farben, Bilder²⁴ etc., welche die sog. visuelle Kommunikation betreffen. Alles in allem: Kommunikation ist auch ohne eine Kommunikationsabsicht möglich, sogar unbewusst, wenn es nur dem Ego gelingt, gleichwohl die Differenz von Information und Mitteilung zu beobachten.²⁵

IV. Problematisierendes Sprachphilosophieren: Zur konstitutiven Aufgabe der Semantik

Dass die Sprache philosophisch zu analysieren und sogar zu problematisieren ist, ist längst bekannt. Schon seit den Vorsokratikern und den Sophisten bis hin zu William von Ockham hat man darüber diskutiert, ob das Wort zum Ding gehört oder nicht. Nach dem eleatischen Parmenides bildet das Verhältnis zwischen Wort und Ding das größte Problem, um das jede Kultur und jedes Wissen kreist. Dieses Problem liegt auch dem sophistischen Denken zu Grunde, war doch eine der Hauptsorgen der Sophisten nichts anderes, als zu „untersuchen, inwiefern die Namen in der Sprache konventionell sind oder nicht“:²⁶ die Frage nach dem Nominalismus

²² Vgl. Palandt-Heinrichs, BGB, 63. Aufl., 2004, Einf. v. § 116 Rn. 6 ff.

²³ Vgl. aus der umfangreichen Literatur hierzu z.B. Korte, *Body Language in Literature*, 1997; Hall/Bucholtz (Edited by), *Gender Articulated: Language and the Socially Constructed Self*, 1995; Canfield, *Body, Identity and Interaction: Interpreting nonverbal communication*, 2002 (<http://canfield.etext.net/>).

²⁴ Dazu Röhl, in Dölling (Hrsg.), *Festschrift für Ernst-Joachim Lampe*, 2003, S. 227 ff.; vgl. ferner neuestens Kargl, *ZStW* 117 (2005), S. 324 ff.

²⁵ Luhmann (Fn. 15), S. 208.

²⁶ Ferrater Mora, Sub Art. „Lenguaje“, in *derS.* (Fn. 14), S. 451. (Übersetzung der Verf.).

bzw. nach der Natur der Namen. Von der Bedeutung der Sprache handelt etwa auch einer der Dialoge, die Plato seinem Lehrer Kratylos gewidmet hat. Hier stellt der Verfasser seine originelle Sprachphilosophie in Gegensatz zum Herakleiteismus und zeigt uns deutlich, dass bereits in der Antike über die Richtigkeit der Namen diskutiert wurde. In diesem bekannten Dialog vertreten Kratylos (der Herakleitos vorstellt) und Hermogenes (Abbild von Demokritos oder von Protagoras) entgegengesetzte Positionen: Während der erste meint, die Namen seien von Natur aus mit den Dingen verbunden – es gebe also so viele Namen wie Sachen, aber nicht mehr, da Synonyme im Prinzip unmöglich seien, und außerdem stehe der Sinn aller Worte von Natur aus fest und bedürfe keiner Definition –, behauptet der andere die Konventionalität der Namen dergestalt, dass die Namen Kreationen des Menschen seien, die beliebig geändert werden könnten, und es deswegen – wenn man es so entscheide – mehrere Namen für ein Ding geben könne, und die Zahl der möglichen Namen im Prinzip unendlich sei.

Das Problem des Nominalismus bildet aber nur eines der vielen verschiedenen Probleme der Sprache, die von der Sprachphilosophie zu untersuchen sind. Diese hebt hervor, dass eine integrale philosophische Problematisierung der Sprache notwendig ist, womit gemeint ist, dass die funktional vom Kontext abhängige Bewertung der Sprache nicht übersehen werden darf und somit die idiomatische Sprachgeltung zu entdecken ist. Bereits in den dreißiger Jahren des letzten Jahrhunderts begann Wilbur Marshall Urban sein bekanntes Werk „Sprache und Wirklichkeit“ mit den Worten, „die Sprache sei das letzte und tiefste Problem des philosophischen Denkens.“²⁷ Die Sprachphilosophie hat sich – nach Urban – um „die Bewertung der Sprache als Sinnträger, als Kommunikationsmittel und als Zeichen oder Symbol der Realität“ zu kümmern.²⁸ Diese Definition enthält in groben Zügen die wichtigsten Untersuchungsgegenstände der Sprachphilosophie. Es ist klar, dass die Sprache ein sehr wichtiges Kommunikationsmittel bildet. Die Sprache erweitert durch Wahrnehmung und Gebrauch unbestrittenermaßen die Möglichkeiten von Kommunikation. Für das Strafrecht ist nun die Idee der Sprache als Zeichen oder als Symbol der Wirklichkeit und besonders als Sinnträger interessant:

Jedes Wort ist eine besondere Art von Zeichen, das als Symbol bekannt ist,²⁹ und mit jedem Symbol wird eine konkrete Bedeutung verbunden. Deswegen bildet die Sprache ein Zeichen und ein Symbol der Wirklichkeit: Durch Wörter werden Gegenstände der Realität symbolisiert, und zwar mindestens der Realität nach der Wahrnehmung des Mitteilenden, die freilich von derjenigen des Adressaten und selbstverständlich auch derjenigen Dritter abweichen kann. Aus diesem Grunde dient Sprache als Kommunikationsmedium und damit auch als Mittel, den Bereich des Wahrnehmbaren kommunizierbar zu machen, und zwar mit Hilfe der in Form von Symbolen generalisierten Worte.³⁰ Diese symbolischen Generalisierungen sind

²⁷ Urban, *Lenguaje y Realidad*, Span. Übersetzung durch Villegas und Portilla, 1979 (Originalausgabe: *Language and Reality*, 1939), S. 13 (Übersetzung der Verf.).

²⁸ Urban (Fn. 27), S. 26.

²⁹ Urban (Fn. 27), S. 26.

³⁰ Vgl. Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Band 1, 1997, S. 316 ff.

kontingent und konventionsbedingt, und durch sie kann ein solches Zeichen über etwas kommunizieren, was man nicht kennt, was vielleicht nicht erfahrbar, nicht anwesend oder sogar überhaupt nicht möglich ist. Beispielhaft: Dass ein „als Reit- und Zugtier gehaltenes hochbeiniges Säugetier mit Hufen, meist glattem, kurzem Fell, länglichem, großem Kopf, einer Mähne und langhaarigem Schwanz“ mit den Termini „Pferd“, „horse“ oder „caballo“ bezeichnet wird, ist letzten Endes gleichgültig. Vielmehr kommt es darauf an, dass es eine gewisse Konvention gibt, solche Begriffe mit einer konkreten Bedeutung zu assoziieren. Mit anderen Worten, die sprachlichen Äußerungen haben keine Bedeutung a priori, sondern sie werden erst im Kontext zu funktionierenden symbolischen Generalisierungen. Der Kontext beeinflusst im Übrigen nicht nur den Text: Er definiert ihn. Nochmals beispielhaft gesprochen: Ob der Terminus „Pferd“ genau dieses Tier bezeichnet und nicht ein Turngerät, hängt vom Kontext ab. Daraus ergibt sich, dass dem Wort „Pferd“ keine Bedeutung a priori zukommt, sondern ihm die Bedeutung im Kontext zugerechnet wird.

Diese Schlussfolgerung steht allerdings einigen, schon überwundenen Theorien entgegen – namentlich der naturalistischen Theorie –, denen zufolge die Sprache eine bloße Produktion von Lauten bzw. „von Menschenaffen korrumpierte und fortentwickelte Schreie im Wald“³¹ war. Sie steht aber auch der nominalistischen Auffassung entgegen, welche die idiomatische Funktion der Sprache bzw. die Sprachgeltung auf die Anpassung der Termini an einen konkreten Gegenstand der Realität beschränkt, sowie ferner der behavioristischen Theorie. Darüber hinaus ist das Ergebnis in Konflikt mit der in der Sprachphilosophie lange vertretenen These geraten, dass es einen voridiomatischen und einen idiomatischen Sinn gebe. Doch es verbleibt für die Strafrechtsdogmatik noch die Frage nach der Natur des idiomatischen Sinnes und dessen Beziehung zum voridiomatisch-naturalistischen Sinn der Sprechakte bzw. der Handlung:

Seit langem gehen Sprachphilosophen von einem voridiomatischen Sinn der Wörter aus, der mit der natürlichen Bedeutung der Dinge identifiziert wird und etwa Reaktionen, Reize und Instinkte von Tieren im Naturzustand umfasst. Bergson begreift dies so: „In der Tierwelt sind die Sinne der Sachen weithin instinktiv, und die Zeichen sind den gemeinten Sachen aufgeklebt.“³² Aus dieser Sicht wird etwa Tierverhalten erklärt, dass z.B. Bienen von den Blumen zu ihrem Bienenkorb zurückkehren oder dass neu geborene Küken nahrhafte Würmer von nicht nahrhaften unterscheiden können. Dieser voridiomatische Sinn lässt auch a priori verschiedene Begriffe oder Bedeutungen derselben Wörter zu. So wird z.B. ein praktischer von einem ästhetischen oder künstlerischen Sinn eines Glases unterschieden (je nachdem, ob das Glas zum Trinken benutzt wird, oder von einem Maler gemalt wird usw.).³³

Der voridiomatische Sinn darf aber nicht mit dem idiomatischen verwechselt werden, und letzterer hängt vom Kontext ab: Wenn ein Gast an der

³¹ Urban (Fn. 27), S. 23.

³² Zitiert nach Urban (Fn. 27), S. 76.

³³ Urban (Fn. 27), S. 75 ff. Prieto, in derS. , Estudios de lingüística y semiología generales, Span. ÜberS. durch Promio, 1977, S. 169 ff.

Theke eines Lokals den Ausdruck „Einen Merlot!“ benutzt, will er den Umständen entsprechend eindeutig äußern, ein Glas Wein nur oder hauptsächlich von dieser Rebsorte zu bestellen. Das bedeutet aber nicht, dass in allen Situationen ein Ausdruck dieselbe Bedeutung hat. Beispielhaft: Wenn der Befehl „Schieß!“ geäußert wird, ist es notwendig, den Kontext heranzuziehen, um zu wissen, ob der genannte Ausdruck als Anstiftung strafbar ist oder ob es sich um die Anweisung eines Fußballtrainers gegenüber seinem Stürmer oder sogar um einen berühmten Film von Saura handelt.

Man unterscheidet zudem verschiedene „Sinne des Sinnes“,³⁴ die nicht apriorisch, sondern nur durch den Kontext definiert werden können. Die Funktion der Semantik ist dann die Zuschreibung einer Bedeutung. In diesem Sinne wird deutlich, was John Dewey meinte: „Die Sprache ... hat das Reich des Sinnes erschöpft“,³⁵ oder was Gadamer behauptete: Das Verstehen (scil. eines Textes) sei „kein nur reproduktives, sondern stets auch ein produktives Verhalten.“³⁶ Als vorläufiges Fazit lässt sich an dieser Stelle sagen, dass in der Philosophie der normalen Sprache – wesentlich, aber nicht ausschließlich bestimmt durch Wittgenstein – die Auffassung vorherrscht, die Bedeutung von sprachlichen Ausdrücken bestehe in ihrem Gebrauch – verschieden gebrauchte Äußerungen haben verschiedene Bedeutungen.³⁷

Aus diesem Grund ist die verbale Äußerung eher ein per se neutraler Bedeutungsträger, der eine präzise soziale Färbung erfordert. Die bloße Äußerung einiger Wörter stellt – sogar wenn Mitteilender und Empfänger eine gemeinsame Codierung benutzen – noch keine Kommunikation dar, denn diese ist mehr als der Austausch konkreter Zeichen: Man muss die Meldung auch verstehen, es bedarf also der Zurechnung eines Sinnes. Luhmann macht das deutlich, wenn er sagt, Kommunikation findet erst statt, wenn Ego versteht, dass Alter eine Information mitgeteilt hat, die ihm zugeschrieben werden kann. Kommunikation besteht dann daraus, dass unter sozial passenden Umständen drei Selektionen verbunden worden sind, nämlich: Mitteilung, Information und Verstehen der Differenz zwischen Information und Mitteilung.³⁸ Kommunikation ist demgemäß die Synthese dieser drei Selektionen in dem Sinne, dass das Gesagte von dem, was verstanden wird, sowie von dem, was dadurch ausgeschlossen wird, unterschieden werden muss. Das Verstehen der Kommunikation, also der Differenz zwischen Mitteilung und Information, kann – muss aber nicht – mündlich sein. Eine sprachliche Form wird dann angenommen, wenn tatsächlich gesprochen wird (und es wird verstanden, was gesagt wird).

Aber – wie schon angedeutet wurde – nicht nur die Sprache, das Wort, ist ein geeignetes Kommunikationsmittel, sondern kommuniziert werden kann auch durch Lächeln, fragende Blicke, die Kleidung oder irgendwelche

³⁴ Urban (Fn. 27), S. 76.

³⁵ Zitiert nach Urban (Fn. 27), S. 75.

³⁶ Gadamer, Wahrheit und Methode, 1960, S. 280; zust. Rütters, Rechtstheorie, 1999, S. 94.

³⁷ Austin, Zur Theorie der Sprechakte (How to do things with Words), deutsche Bearbeitung von Eike von Savigny, 2. Aufl., 2002 (Original: How to do things with Words, 1962), Einleitung, S. 7.

³⁸ Luhmann (Fn. 30), S. 81 ff.; derS. (Fn. 18), S. 191 ff., 193 ff.; derS. , „Was ist Kommunikation?“, in derS. , Soziologische Aufklärung, Band 6, 1995, S. 113 ff. Instruktiv hierzu Baraldi, „Kommunikation“, in Baraldi/Corsi/Esposito, GLU, 1997, S. 89.

Wahrnehmungen, die – sogar ohne Kommunikationsabsicht – von einem Beobachter selektiert und verstanden worden sind. Die mündliche Sprache hat aber gemäß ihrer Besonderheiten eine ganz eigentümliche und spezifische Verständnisform, nämlich die Unterscheidung zwischen Laut und Sinn,³⁹ so dass nicht sprechen kann, wer diese Unterscheidung nicht handhaben kann.⁴⁰ Dabei besteht nach Luhmann, „wie immer bei Formen in unserem Verständnis, ein kondensierter Verweisungszusammenhang der beiden Seiten, so dass der Laut nicht der Sinn ist, aber gleichwohl mit diesem Nichtsein bestimmt, über welchen Sinn jeweils gesprochen wird; so wie umgekehrt der Sinn nicht der Laut ist, aber bestimmt, welcher Laut jeweils zu wählen ist, wenn über genau diesen Sinn gesprochen werden soll. Sprache ist, hegelisch gesprochen, durch eine Unterscheidung-in-sich bestimmt und, wie wir sagen können, durch die Spezifik genau dieser Unterscheidung ausdifferenziert.“⁴¹ Sprachliche Kommunikation ist folglich zunächst „Prozessieren von Sinn im Medium der Lautlichkeit.“⁴²

V. Die Sprechakttheorie nach Austin

Einer der interessantesten Beiträge zur Philosophie der normalen Sprache (Ordinary Language Philosophy) ist derjenige, in dem die Grundlagen der Sprechakttheorie (Speech Acts Theory) entwickelt worden sind. Ihre Geburtsurkunde findet man in einem posthum erschienenen Büchlein des englischen Philosophen John Langshaw Austin (1911–1960), das von J. O. Urmson herausgegeben und im Jahre 1962 mit dem Titel „How to do things with words“ veröffentlicht wurde. Es handelt sich um zwölf vom Verfasser an der Universität Harvard gehaltene Vorträge, in denen er insoweit die Grundlagen der späteren Diskussion geschaffen hat, als er dort eine allgemeine Theorie der Sprachakte skizziert und viele Begriffe geprägt hat, die inzwischen zu den gesicherten Erkenntnissen der Sprachphilosophie gehören.

Austin richtet seine Aufmerksamkeit auf eine besondere Art von Sätzen oder Äußerungen, die er „performative Sätze“ oder einfach „performativ“ nennt, im Gegensatz zu den „deskriptiven“ oder „konstativen“ Tatsachenfeststellungen, wie z.B. „Das Kopfkissen liegt auf dem Sofa“. Als Beispiele von performativen Äußerungen benennt Austin u.a. folgende: „Ich taufe dieses Schiff auf den Namen Queen Elizabeth“, „Ich vermache meine Uhr meinem Bruder“ oder „Ich wette einen Fünzfziger, dass es morgen regnet.“⁴³ Diese Art von Sätzen, die auch nicht unsinnig sind, wird dadurch charakterisiert, dass sie überhaupt nichts beschreiben, berichten oder behaupten, dass sie ferner nicht wahr oder falsch sind und dass das Äußern dieser Sätze, jedenfalls teilweise, im Vollzug einer Handlung besteht, die man gewöhnlich nicht als „etwas sagen“ kennzeichnen würde: „Jeder würde sagen, dass ich mit diesen Äußerungen etwas Bestimmtes tue (natürlich nur unter passenden Umständen); dabei ist klar, dass ich mit ihnen nicht beschreibe, was ich tue, oder feststelle, dass ich es tue; den Satz äußern heißt: es tun. Keine der

³⁹ Luhmann, Soziale Systeme (Fn. 15), S. 208. Auch instruktiv Esposito, „Sprache“, in Baraldi/Corsi/Esposito (Fn. 38), S. 181.

⁴⁰ Luhmann (Fn. 30), S. 213.

⁴¹ Luhmann (Fn. 30), S. 213.

⁴² Luhmann (Fn. 30), S. 213.

⁴³ Austin (Fn. 37), S. 28 f.

angeführten Äußerungen ist wahr oder falsch (...). Möglicherweise dient die Äußerung jemandem zur Information; aber das ist etwas ganz anderes. Das Schiff taufen heißt (unter passenden Umständen) die Worte ‚Ich taufe‘ usw. äußern. Wenn ich vor dem Standesbeamten oder am Altar sage ‚Ja‘, dann berichte ich nicht, dass ich die Ehe schließe; ich schließe sie.“⁴⁴

Austin untersucht nun einige Fälle, in denen etwas sagen heißt: etwas tun, Fälle, in denen wir etwas dadurch tun, dass wir etwas sagen, oder es tun, indem wir etwas sagen. Auf dieser Grundlage unterscheidet der Verfasser drei verschiedene Arten von Sprechakten. Zunächst nennt er den lokutionären Akt, der vollzogen wird, wenn etwas unter passenden Umständen mit gewisser Bedeutung, d.h. mit gewissem „Sinn“ und mit gewisser „Referenz“, gesagt wird, oder anders formuliert: Wer etwas sagt, tut etwas.⁴⁵ Zweitens geht es um den illokutionären Akt, der vollzogen wird, wenn und weil wir etwas sagen, d.h. es ist ein Akt, den man vollzieht, indem man etwas sagt, im Unterschied zu dem Akt, dass man etwas sagt, und dieser Akt enthält eine von Austin so genannte illokutionäre Kraft bzw. Rolle (illocutionary force).⁴⁶ Als letzten benennt er den perlokutionären Akt, der dadurch zustande kommt, dass etwas gesagt wird, d.h. er besteht aus einer kürzeren oder längeren Kette von „Wirkungen“ oder „Folgen“ eines lokutionären Akts in Bezug auf eine Person, wobei einige davon „unbeabsichtigt“ sein können.⁴⁷ Beispielhaft: Wenn ich vor dem Standesbeamten oder am Altar „Ja“ sage, vollziehe ich mindestens drei verschiedene Akte: erstens einen lokutionären, der in der phonetischen Aussprache eines Wortes („Ja“) besteht, das zu einer Sprache (hier: Deutsch) gehört, und das eine Bedeutung innerhalb eines Kontextes hat; zweitens einen illokutionären Akt, der mit der Aussprache des Wortes „Ja“ in diesem Kontext sozial verbunden ist, nämlich die Ehe zu schließen; und drittens einen perlokutionären Akt (oder mehrere), den die Aussprache des Wortes „Ja“ als Nebenwirkung produziert, nämlich zu beruhigen, zu überzeugen, abzuschrecken, zu überraschen, sich zu freuen, irrezuführen etc.

VI. Die strafrechtliche Relevanz von Sprechakten

Das Wort ist ein geeignetes Mittel, Erwartungen zu enttäuschen, Normen zu desavouieren und mithin: Delikte zu vollziehen. Hierfür gibt es zwei Gründe: Erstens, weil Sprechen, Sprechakte vollziehen, wie schon angedeutet, eine Verhaltensweise ist, eine Form, Dinge mit Worten, mit der Sprache zu tun, und zweitens, weil die Sprache als Kommunikationsmittel, durch welches der Mensch in einer vernunftgemäßen Art und Weise Gedanken und Gefühle äußert, den Menschen im Guten – bei lobenden Äußerungen – wie im Bösen – bei der tadelnden – zu charakterisieren vermag.

Für das Erklärungspotenzial der Sprechakttheorie im Strafrecht sprechen schon allein die verschiedenen Straftatbestände (einschließlich aller Teilnahmeformen), die mit der verbalen Sprache verwirklicht werden können. An erster Stelle sind diejenigen Tatbestände zu nennen, bei denen die

⁴⁴ Austin (Fn. 37), S. 28 f.

⁴⁵ Vgl. Austin (Fn. 37), S. 112.

⁴⁶ Austin (Fn. 37), S. 116 ff.

⁴⁷ Austin (Fn. 37), S. 116 ff., 124 ff.

Tathandlung durch die mündliche Äußerung von Wörtern charakterisiert ist, wie bei der falschen uneidlichen Aussage oder dem Meineid. Ferner sind diejenige Delikte anzuführen, bei denen eine der möglichen Begehungsformen das Wort ist, insbesondere also Betrug, falsche Verdächtigung, ferner Delikte, die das Tatbestandsmerkmal der Drohung enthalten, wie die Nötigung usw. Schließlich seien hier die Teilnahmeformen genannt, die den Anwendungsbereich für die hier so genannten Sprechaktdelikte erheblich erweitern, da es praktisch an allen Straftatbeständen möglich ist, durch das Wort teilzunehmen.

VII. Lokutionäre Akte und strafrechtlicher Handlungsbegriff

Zur ersten Kategorie von Sprechakten, in der etwas sagen etwas tun heißt, gehört das Aussprechen einiger Wörter. Der Vollzug dieser Sprechakte liegt aber nicht schon in der bloßen phonischen Äußerung einiger Laute, sondern ist vielmehr durch eine komplexe Struktur ausgezeichnet, in der mindestens drei verschiedene Arten von Unterakten zu unterscheiden sind. Damit etwas sagen etwas machen heißt, muss man zunächst gewisse Geräusche handelnd äußern, d.h. einen phonetischen Akt vollziehen. Zweitens: Nicht jedes so produzierte Geräusch ist schon ein lokutionärer Akt, sondern es müssen gewisse Vokabeln bzw. Wörter, die unter den jeweils passenden Umständen einen gewissen Sinn haben, geäußert werden, also Geräusche von bestimmter Gestalt, die schon als solche einem bestimmten Vokabular zugehören. Diese müssen zudem in einer bestimmten Konstruktion geäußert werden, die zu einer bestimmten Grammatik gehört, und zwar zudem in einer bestimmten Intonation usw.; kurz: Notwendig ist, was Austin einen phatischen Akt nennt (weil das, was man äußert, „Phem“ heißt, im Unterschied zu dem Phemem in der Linguistik), d.h. dass die Äußerung zu einer Sprache gehört und kein Unsinn ist. Und drittens verlangt Austin zwei weitere Elemente: „Sense“ und „Reference“. Durch sie wird festgelegt, wovon als thematischer Rahmen die Rede ist („Reference“) und mit welchem mehr oder weniger konkreten Sinn dieser gefüllt ist („Sense“). Beide Elemente ergeben also das Erfordernis, dass die konkrete Äußerung „Bedeutung“ hat. Dieser dritte Akt wurde von Austin als rhetischer Akt bezeichnet (da das, was geäußert wird, „Rhem“ heißt).⁴⁸

Zusammengefasst: Um einen lokutionären Akt vollziehen zu können, muss man verschiedene Laute so äußern (phonetischer Akt), dass die Laute Wörter sind, die zu einer Sprache gehören und in einer bestimmten Satzkonstruktion gesagt werden (phatischer Akt), ferner, dass der Sprechakt eine Bedeutungszuweisung enthält, d.h. die Wörter müssen mit einer gewissen „Bedeutung“ im üblichen philosophischen Sinne des Wortes geäußert werden – dann weiß man, dass von etwas die Rede ist und dass darüber etwas gesagt wird („rhetischer Akt“). Ohne diese drei Unterakte kann kein lokutionärer Akt vollzogen werden.

Nach der Austin'schen Konstruktion lässt sich der lokutionäre Akt so verstehen, dass er keine neutral-wertlose Tat darstellt, sondern von Sinn und Bedeutung geprägt ist. Oder schärfer ausgedrückt: Nicht jeder kann einen

⁴⁸ Austin (Fn. 37), S. 110 f.

lokutionären Akt vollziehen. Aus der Perspektive einer modernen Zurechnungslehre ließe sich dies dahin gehend präzisieren, dass das artikulierte Wort Mittel personaler Kommunikation⁴⁹ ist und diese individualisiert, wodurch es sich von den Geräuschen nicht vernünftiger Wesen unterscheidet, welche allenfalls ein einziges der drei Elemente des lokutionären Akts aufweisen können, nämlich den phonetischen Akt. Stellen wir uns vor, dass etwa ein Papagei zu einem Vokabular bzw. zu einer Sprache gehörende Wörter äußert. Eine solche Äußerung kann nie kommunikativ relevant werden und damit einen lokutionären Akt bilden, obwohl die Aussprache deutlich war und die – z.B. beleidigenden – Wörter sehr klar zu vernehmen waren.⁵⁰ Das ist so, nicht weil die Intentionalität des Subjekts, das die Wörter äußert, anders geartet wäre, sondern weil es kein Kommunikationsbewusstsein haben kann, also keine Kontextualisierung der Referenz, keine Bestimmbarkeit des Sinnes solcher Wörter und damit keine Bedeutung äußern kann.

Das schließt nicht nur Geräusche von Tieren aus dem Anwendungsbereich des Strafrechts aus, sondern auch solche derjenigen Subjekte, die insoweit gleichfalls keine personale, d.h. schuldbezogene Kommunikationsfähigkeit besitzen: Kinder, Geisteskranke usw. – relative Personalität.⁵¹ Die Äußerung eines Unzurechnungsfähigen (wie etwa der Ausdruck „Scheißbulle“ in der eingangs erwähnten Erzählung) sind hier den nicht-kommunikationsfähigen Äußerungen eines Papageien gleichgestellt oder solchen menschlichen Äußerungen, die außerhalb des relevanten Kontexts gesagt worden sind (etwa während einer Trauerfeier „Es lebe das Brautpaar!“ zu rufen) bzw. keine erkennbare Bedeutung haben (eine auf deutsch gestellte Frage auf japanisch zu beantworten) oder Unsinn sind („Wie geht’s?“ – „Der Himmel ist blau.“).

Die Handlung eines Sprechaktdelikts ist primär ein lokutionärer Akt. Wenn jemand eine gewisse verbale Äußerung vollzieht („Ja, ich nehme die anwesende XY zur Frau!“, „Du bist korrupt!“, „Ich werde dich erschießen!“), äußert er Geräusche bestimmter Gestalt, die Wörter sind, zur deutschen Sprache gehören und einer bestimmten Grammatik folgen, also einen lokutionären Akt. Ein solcher Begriff von Handlung kann nur aus einer rein normativierten Position begründet werden, wenn also die naturalistischen Vorbedingungen bzw. Vorurteile bereits ausgeschlossen sind. Die längst als lächerlich empfundene Beleidigungsdefinition von Liszts, die Handlung sei die „Erregung von Luftschwingungen und von physiologischen Prozessen im Nervensystem des Angegriffenen,⁵² legt Nachdruck auf einen naturalistischen Aspekt, der nicht von Bedeutung ist, nämlich die Bewirkung einer Veränderung in der Außenwelt. Vielmehr interessiert das Strafrecht nur

⁴⁹ Vgl. zu den Kommunikationsarten im straftheoretischen Zusammenhang Jakobs, ZStW 107 (1995), S. 867 ff., dort insbesondere zur personale Kommunikation S. 872 ff.

⁵⁰ Anders in der Vergangenheit, in der Prozesse gegen Tiere nicht unbekannt waren, wie etwa gegen einen Star, den ein ungarischer Richter 1856 wegen des hochverräterischen Ausrufes „Du schwarzgelber Hund“ vergiften ließ. Vgl. Franzos, Aus Halbasien, II, 5. Aufl., 1914, S. 134 zit. nach von Hippel, Deutsches Strafrecht, Band II, 1930, S. 120 Fn. 2; auch von Hentig, Die Strafe, I, 1954, S. 50 ff.

⁵¹ Jakobs, in Courakis (Hrsg.), Festschrift für Dionysios Spinellis, 2001, S. 447 ff.

⁵² Zitiert nach Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 3. Aufl., 1997, § 8 Rn. 15. Vgl. auch Polaino Navarrete, Derecho Penal. Parte General, Band II, Halbband I, 2000, Kap. 7.

der Vollzug eines Akts, der die Norm desavouieren kann, was voraussetzt, dass dies durch kommunikationsgeeignete Äußerungen von Subjekten erfolgt, die ihrerseits kommunikativ kompetent, also grundsätzlich fähig sind, solche Kommunikationen – und damit die Differenz zwischen Mitteilung und Information einer Äußerung – zu verstehen.⁵³

So wird die Handlung in einem normativ-funktionalen Sinne verstanden, nämlich als Handlung, die einen Sinn äußert,⁵⁴ und so wird selbstverständlich auch die Parallele zwischen dem normativ-funktionalen strafrechtlichen Handlungsbegriff und dem von Austin entwickelten Begriff des lokutionären Aktes sichtbar. Diese Parallele lässt sich auch anhand des Begriffs des Subjekts erkennen, das die Äußerung vollzieht. Angesichts der komplexen Struktur des lokutionären Aktes formuliert Austin: „Um einen phatischen Akt zu vollziehen, muss ich offensichtlich einen phonetischen vollziehen, oder wenn Sie so wollen: ich vollziehe den einen, indem ich den anderen vollziehe. Phatische Akte bilden allerdings nicht etwa eine Unterklasse der phonetischen; d.h. sie gehören nicht zu letzteren. Die Umkehrung stimmt aber nicht; denn auch wenn ein Affe ein Geräusch macht, das sich von ‚Los‘ nicht unterscheiden lässt, ist dies doch kein phatischer Akt.“⁵⁵

Das bedeutet nun erst einmal, dass eine kommunikative Mindesttauglichkeit zu fordern ist. Nicht jeder kann einen lokutionären Akt vollziehen. Ein Affe oder ein Papagei – so sehr die von ihnen geäußerten deutschen Wörter sich auch nicht von solchen zurechnungsfähiger Personen unterscheiden lassen mögen – kann nicht in einer kommunikativ relevanten Weise handeln, weil er dies nicht wie eine Person, sondern wie Individuen tut: eben als reine Natur. Um einen lokutionären Akt vollziehen zu können, ist daher eine gewisse Eignung und eine tatsächliche Einbeziehung in die gesellschaftliche Struktur erforderlich, weil die Kommunikation im hier behandelten Sinn zwischen Personen stattfindet, also zwischen Subjekten, die nicht nur bewusst handeln können, sondern denen auch Verantwortung für das, was sie machen, zugeschrieben wird, mit anderen Worten, die eine Rolle spielen, zu der die Pflicht gehört, die Ko-Subjekte zu respektieren.

Diese Dualität zwischen Individuum und Person findet sich zwar nicht explizit in dem hier untersuchten Werk Austins, es ist aber prinzipiell insoweit angedeutet, als für ihn die normalen, naturalistischen Eigenschaften nicht ausreichen, um einen lokutionären Akt vollziehen zu können, sondern der Mitteilende vielmehr im Bewusstsein der Situation handeln muss, über etwas mehr oder weniger genau Festgelegtes zu sprechen und darüber etwas mehr oder weniger genau Bestimmtes zu sagen (eine über dieses Bewusstsein hinausgehende Kommunikationsabsicht ist für einen Sprechakt, wie bereits öfters gesagt, hingegen nicht erforderlich). Für eine strafrechtliche Zurechnungslehre könnte man nun also formulieren, dass der Handelnde sich nicht nur dessen bewusst sein muss, was er äußert, sondern auch der Pflicht, die anderen als Person zu respektieren, oder anders formuliert: Er muss im Bewusstsein des „Sich-schuldig-Machens“ handeln,

⁵³ Vgl. Jakobs, Strafrecht. AT, 2. Aufl., 1991, 17/18 ff., 17/48; ders., Das Schuldprinzip, 1993.

⁵⁴ Vgl. hierzu Jakobs (Fn. 13), passim.

⁵⁵ Austin (Fn. 37), S. 113.

d.h. ganz im Sinne von Jakobs, der die Handlung als das „Sich-schuldhaft-zuständig-Machen für einen Normgeltungsschaden“ definiert.⁵⁶

Nochmals sei hier angedeutet, wie die Zuschreibung eines Verhaltenssinnes durch den Kontext definiert wird, also durch die Rolle der Person und von ihrer Disposition her, sich für die Konsequenzen ihres Verhaltens verantwortlich zu machen. Jakobs bringt dies durch folgendes Beispiel zur Sprache: „Ein Parlamentarier tritt zum Rednerpult und singt ein obszönes Lied. Das ist formell parlamentarisch (eine unter solchen Bedingungen stattfindende Äußerung ist als Parlamentsbeitrag bestimmt), aber materiell parlamentarische Umwelt (störendes Geräusch ohne parlamentarischen Sinn). Anders als etwa beim Trällern eines selbstvergessenen Saaldieners ist es nicht damit getan, die Quelle zu orten und zu verstopfen (bezogen auf das Regelwerk der Parlamentarier; in demjenigen der Saaldiener ist Singen während des Saaldienstes ein Fehler einer Person, kein bloßes Umweltgeschehen), da das bei solchem Vorgehen anzuwendende Mittel (irgend etwas Instrumentales) auf einen Umgang mit der Umwelt hinweist, während sich der Konflikt (die normative Verständigung steht in Gefahr) überhaupt nur im personalen, also innergesellschaftlichen, hier: parlamentarischen Bereich beschreiben lässt.“⁵⁷

Alles in allem: Die Figur des lokutionären Aktes dient hier dazu, den Bereich der strafrechtsrelevanten Handlungen ab initio und ex negativo zu begrenzen. Äußerungen nicht personal kommunikationsfähiger Subjekte (Kinder, Geisteskranke usw.), die also im strafrechtlichen Sinne die Differenz zwischen Mitteilung und Information nicht erkennen können, werden als schiere naturalistische Äußerungen, als Natur behandelt und insoweit mit der Äußerung eines Papageien bzw. mit Hundegebell gleichgestellt.⁵⁸ Diese Schlussfolgerung ist im Übrigen eher eine Garantie, denn wer sich nicht schuldhaft zuständig machen kann, kann auch nicht bestraft werden.

VIII. Illokutionäre Akte im Strafrecht

Die zweite Kategorie in der Austin'schen Klassifizierung der Sprechakte umfasst diejenigen Fälle, in denen wir etwas tun, indem wir es sagen. Bei diesen Handlungen ist der illokutionäre Akt kognitiv von der phonischen Aussprache der Wörter trennbar. Wenn jemand am Altar „Ja“ sagt, hat diese Äußerung nicht den Sinn, über eine Eheschließung zu berichten, sondern bereits denjenigen, die Eheschließung zu vollziehen.⁵⁹ Wenn jemand einem Polizisten den Ausdruck „Scheißbulle“ ins Angesicht schreit, will er ihn nicht nur darüber informieren, dass dieser Polizist ihm nicht sympathisch ist, sondern etwas anderes: den Polizisten beleidigen.

In diesem Zusammenhang lassen sich auch interessante strafrechtliche Fragen stellen, bei denen wir uns hier zwar nicht ausführlich aufhalten können, die aber zumindest skizziert werden sollen. Dass die Äußerung einiger Worte den Sinn haben kann, etwas anderes zu tun (Ehe schließen,

⁵⁶ Jakobs (Fn. 13), S. 44.

⁵⁷ Jakobs (Fn. 7), S. 99 f.; derS. , in Kodalle (Hrsg.), Strafe muss sein! Muss Strafe sein?, 1998, S. 32 f.

⁵⁸ Vgl. zur relativen Personalität bzw. zur Exklusion Jakobs (Fn. 54), S. 447 ff., passim.

⁵⁹ Beispiel bei Austin (Fn. 37), S. 29.

Polizisten beschimpfen), liegt daran, dass solche Äußerungen eine – mit den Worten Austins – illocutionary force haben, der eine konkrete soziale Bedeutung zugerechnet wird. Wenn jemand einem anderen den Ausdruck „Vorsicht! Der Hund beißt!“ zruft, vollzieht er gleichzeitig den illokutionären Akt, den Gesprächspartner vor einer Gefahr zu warnen (es kann natürlich sein, dass er dadurch den anderen auch noch erschreckt, aber das ist freilich ein perlokutionärer Akt). Hinsichtlich der Kontextualisierung eines solchen Satzes wird in sozialer Konvention assoziiert, dass die erwähnte Äußerung die Bedeutung hat, jemanden zu warnen.

Das bedeutet, dass die mit der Äußerung von Wörtern verbundene Bedeutung das Ergebnis einer konventionsbezogenen Bewertung ist, d.h. von dem, was Austin die konventionelle Rolle nannte. Bei dieser Wertung sind zwar soziale Faktoren relevant, nicht aber das ontologische Substrat der konkreten Handlung und auch nicht die Intentionalität des Mitteilenden einer solchen Äußerung.⁶⁰ Wenn jemand z.B. ausruft: „Nun schieß schon!“, wird der Satz nicht eben darum strafrechtlich relevant, weil unmittelbar bevorsteht, dass jemand einen anderen tötet, sondern weil gegebenenfalls – der Kontext (Spaß oder Ernst?) entscheidet auch hier – nun schon eine existierende Norm, hier: dass niemand ohne Grund getötet werden darf, desavouiert worden ist. Es gilt – mit den treffenden Worten Jakobs’ – also, dass „die ‚Vernichtung eines Menschenlebens‘ per se schiere Natur ist; erst eine – wie auch immer begründete – Norm macht aus dem psychophysischen System ‚Mensch‘ einen Menschen, der nicht grundlos getötet werden soll.“⁶¹

Das erklärt auch, warum eine Tod bringende Handlung nicht immer den gleichen Sinn hat, nämlich in einigen Fällen als Straftat gegen das Leben zu bewerten ist, in anderen dagegen nicht einmal als rechtswidriges, sondern sogar als pflichtgemäßes (wie gegebenenfalls beim rettenden Schuss eines Polizisten während einer Geiselnahme) oder zumindest erlaubt riskantes Verhalten (etwa bei der Teilnahme am Straßenverkehr in erlaubter Weise).⁶² So wie das ontologische Quantum nicht per se von Bedeutung ist, so muss auch, wie bereits mehrfach angedeutet, die Relevanz der Absicht des Subjekts relativiert werden, da solche Intentionalität nicht alleine über die Zuschreibung eines konkreten Sinnes zu einer bestimmten Äußerung entscheidet. Wenn jemand etwa im Verlauf einer heftigen Auseinandersetzung die Worte „Ich bringe dich um!“ äußert, lässt sich – trotz des eindeutigen Vorsatzes – noch nicht beurteilen, ob dies eine strafrechtlich relevante Bedrohung darstellt. Vielmehr kommt es auch hier auf den Kontext an, um entscheiden zu können, ob der Äußernde tatsächlich dem anderen in strafrechtlich relevanter Weise gedroht oder sich mit diesen Worten etwa nur gegen dessen Angriff mit rechtfertigender Wirkung verteidigt hat. M.a.W.: Die Wörter bedeuten nicht, was der Mitteilende will, sondern das, was sie nach dem normativen Kontext – oder, in der Austin’schen Terminologie, nach der

⁶⁰ Vgl. Kindhäuser, Intentionale Handlung, 1980; ders., Gefährdung als Straftat, 1989.

⁶¹ Jakobs, ZStW 107 (1995), S. 848, Fn. 10 gegen Hirsch, ZStW 106 (1994), S. 746, 753, der meint, ein Mörder werde „doch nicht vordergründig wegen seiner Auflehnung gegen die Norm des § 211 StGB bestraft, sondern wegen der Vernichtung eines Menschenlebens!“.

⁶² Vgl. Jakobs (Fn. 51), S. 452 f.

konventionell illokutionären Kraft bzw. Rolle – bedeuten.⁶³ Unabhängig von der Täterabsicht haben also solche Worte einen allgemeinen, normorientierten und in diesem Sinne zur gesellschaftlichen Struktur gehörenden Sinn. In diesem Sinne können Aussagen nun aber auch mit Bezug auf strafrechtliche Normen eine illokutionäre Kraft aufweisen.

Von den verschiedenen illokutionären Akten, die vollzogen werden, wenn etwas gesagt wird, ist die Normdesavouierung bzw. die Enttäuschung normativer Erwartungen der öffentlich markanteste. Jedes Verhalten, jede Äußerung eines lokutionären Aktes kann ipso facto den illokutionären Akt produzieren, die Normgeltung zu desavouieren. Als Straftat muss dieser aber eine symbolische Aufladung in Gestalt einer Behauptung des Täters mit sich bringen: dass die Norm für den Täter nicht gelten solle; insoweit wird dem Täter zugeschrieben, ein soziales Gegenprojekt vorzuschlagen. Die Strafe marginalisiert die Maßgeblichkeit dieses Gegenprojektes und demonstriert, dass die Norm ihre originale und für die gesellschaftliche Identität konstitutive Geltung behält.⁶⁴

IX. Perlokutionäre Akte im Strafrecht

Die dritte Kategorie der Sprechakte – perlokutionäre Akte – bezieht sich auf die Fälle, in denen wir etwas tun, dadurch dass wir etwas sagen, sie umfasst also die Auswirkungen, die eine konkrete Äußerung auf den Empfänger einer Botschaft hat. Beispielhaft: A sagt dem B „Schieß den C nieder!“ und meint damit wirkliches Schießen auf den wirklich vorhandenen „C“ (Lokution); zugleich befiehlt er dadurch dem B, den C zu erschießen (Illokution); als Folge hiervon entschließt sich B – aus Einsicht oder Gehorsam etc. – dazu, den C zu erschießen (Perlokution 1), und A lässt dies dann auch zu (Perlokution 2), usw.⁶⁵

Auch diese Unterart der Sprechakte führt uns einige interessante strafrechtliche Probleme vor Augen, wie z.B. die Frage nach der objektiven Zurechnung bei der Beteiligung an einer fremden Tat (Täterschaft und Teilnahme), die Frage nach der subjektiven Zurechnung unbeabsichtigter, aber doch akzeptierter Konsequenzen einer Tat (dolus eventualis), ferner die Behauptung spezialpräventiver Wirkungen der Strafe als perlokutionäre Akte und schließlich die Frage nach der Beendigung der Straftat und ihrer Beziehung zur Perlokution. Natürlich kann eine ausführliche Darstellung aller erwähnten Probleme hier nicht erfolgen. Es folgen also nur einige Gedanken zu der Rolle, die perlokutionäre Akte im Strafrecht, insbesondere bei der Lehre von der objektiven Erfolgszurechnung spielen können.

„Wenn etwas gesagt wird,“ – so Austin – „dann wird das oft, ja gewöhnlich, gewisse Wirkungen auf die Gefühle, Gedanken oder Handlungen des oder der Hörer, des Sprechers oder anderer Personen haben; und die Äußerung kann mit dem Plan, in der Absicht, zu dem Zweck getan worden sein, die Wirkungen hervorzubringen.“⁶⁶ Es sind gerade auch solche

⁶³ Vgl. zur subjektiven Dimension des unerlaubten Risikos JakobS. , in Dornseifer u.a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 271 ff., 277 ff.

⁶⁴ Jakobs (Fn. 57).

⁶⁵ Vgl. Austin (Fn. 37), S. 119.

⁶⁶ Austin (Fn. 37), S. 118.

Wirkungen einer Äußerung, die als geeignetes Übertragungsmittel für eine Anstiftung oder eine mittelbare Täterschaft in Betracht kommen; die Organisationszuständigkeit liegt insoweit beim Mitteilenden des Sprechaktes. In diesem Zusammenhang erwähnt Ruiz Antón⁶⁷ den in Spanien bekannten Ausspruch von Räubern im 19. Jahrhundert, die reiche Bürger überfielen, um mit der Beute den Unterschichten helfen zu können: „Geldbörse oder Leben!“ („¡La bolsa o la vida!“). Dieser Satz, dessen Ursprung in einer kuriosen Erscheinungsform der Raubkriminalität in Spanien liegt, ist – abgesehen von der Widersprüchlichkeit seiner Formulierung⁶⁸ – in Spanien literarisch rezipiert und auch strafrechtswissenschaftlich behandelt worden und mittlerweile in den alltäglichen Sprachgebrauch übergegangen. Er hat – unter passenden Umständen – die „illokutionäre Kraft“ einer Drohung und wird als perlokutionärer Akt vollzogen, wenn die Drohung den beabsichtigten Erfolg hat, den Empfänger einzuschüchtern und dieser daraufhin sein Portemonnaie aushändigt.⁶⁹ Der Vollzug perlokutionärer Akte stellt uns also vor interessante Zurechnungsfragen hinsichtlich der von lokutionären bzw. illokutionären Akten („Ich schieße dir ins Bein, wenn Du den A nicht umbringst“, „Du musst diese Dokumente fälschen“, „Erfüllst du meine sexuellen Wünsche nicht, dann bist du deinen Job los“) abgeleiteten Handlungen.

Die vollständige Annullierung der Entscheidungsfreiheit durch die Äußerung einer Drohung etc. derart, dass deren Adressat gleichsam zu einem bloßen Werkzeug des Äußernden wird und – wie im vorstehenden Beispielfall – aus Angst einen perlokutionären Akt vollzieht, ist „nichts als eine verkappte unmittelbare Täterschaft.“⁷⁰ Geteilte Verantwortlichkeit wird hingegen vorliegen, wenn das sich im Erfolg verwirklichende Risiko von dem Mitteilenden und dem Empfänger des Sprechaktes gemeinsam organisiert wird. Beispielhaft ist hierfür der Normalfall akzessorischer Beteiligung, in dem jeder Beteiligte strafrechtlich haftet, weil die Ausführung – durch einen, mehrere oder alle Beteiligte – wegen der hier gegebenen sog. verbindenden Arbeitsteilung auch seine eigene ist: Wenn A dem B den Befehl „Schieß!“ gibt, wobei beide schon vorher geplant haben, den C zu töten, ist es selbstverständlich, dass die Ausführung nicht allein diejenige des unmittelbar Ausführenden ist – das wäre „der schiere Naturalismus der eigenen Hand“⁷¹ –,

⁶⁷ Ruiz Antón, in Cerezo u.a. (Hrsg.), Libro Homenaje al Prof. Torío López, S. 490. Detaillierte Darstellung bei Polaino Navarrete/Polaino-Orts (Fn. 6).

⁶⁸ In der Tat weist der Satz die innere Zusammenhanglosigkeit auf, zwei alternative Termini zu nennen („Geldbörse“ und „Leben“), die den Gegenstand des kriminellen Tatplanes des Täters bilden. Falls der Empfänger einer solchen Äußerung der Drohung zuwiderhandelt, die Geldbörse also nicht aushändigt und sich so einer zumindest vermeintlichen konkreten Lebensgefahr aussetzt, ist im Fall einer Realisierung der Drohung natürlich klar, dass der Täter – sofern das Opfer sich nicht in einer sog. Schlüsselstellung hinsichtlich des Vermögensgegenstandes befindet – sich nach dem Mord nicht entfernen wird, ohne die Geldbörse mitzunehmen – es sollte also richtigerweise heißen: „Geldbörse oder Geldbörse und Leben!“. In der deutschen Literatur wird dies („Geld oder Leben!“ vS. „Geld oder Geld und Leben!“), soweit ersichtlich, nur von Samson (Strafrecht II, 5. Aufl., 1985, S. 109) angesprochen.

⁶⁹ Ruiz Antón (Fn. 67), S. 490.

⁷⁰ Jakobs, in Jakobs/Cancio, El sistema funcionalista del Derecho penal, 2000, S. 213; vgl. denS. , in Dölling (Hrsg.), (Fn. 24), S. 563 ff.

⁷¹ Jakobs (Fn. 70), S. 204.

sondern Ausführung beider, gleich wessen Hand bewegt wird. Problematisch erscheinen demgegenüber diejenigen Fälle, in denen die Entscheidungsfähigkeit des Vordermannes nicht vollständig ausgeschaltet, aber doch erheblich vermindert ist – insoweit ist nicht-akzessorische Beteiligung denkbar –, und sich daneben auch ein gemeinsam – akzessorisch – organisiertes Risiko verwirklichen mag. Beispielhaft: A befiehlt dem B „Erschieß den C oder ich bringe dich um!“ – der scheinbar nur das Übel fürchtende B erkennt in C aber seinen alten Feind und gibt – auch wegen der Drohung – nicht nur einen, sondern gleich mehrere Schüsse auf ihn ab, um den Erfolgseintritt sicherer zu machen. Hier drängt sich die Frage auf, welches Risiko sich im konkreten Erfolgseintritt verwirklicht hat und ob es das vom jeweils Beteiligten gesehene ist. Zur Beantwortung müssen die Verantwortungsstränge genau auseinander gehalten werden, insbesondere im Hinblick auf die Position der Beteiligten gegenüber dem Erfolgseintritt bzw. deren Rolle gemäß der konkreten Arbeitsteilung.⁷²

Abgesehen von Beteiligungsfällen, in denen alle Beteiligten zusammen den deliktischen Kontext mitorganisieren und wegen der verbindenden Arbeitsteilung jeweils für die ganze Straftat haften, mag in anderen Fällen das Regressverbotsprinzip gelten, namentlich wenn die Realisierung der Drohung von geringer Bedeutung ist: „Wenn du das Auto des Apothekers nicht anzündest, trete ich dir auf den Fuß!“ – begeht hier der so Bedrohte tatsächlich die verlangte Tat, so kann er nicht geltend machen, dass er wegen der Drohung nicht für den perlokutionären Akt (Anzünden des Autos) zuständig sei. Bei ganz minimalen oder sonst offenbar erlaubten Risiken steht mittlerweile außer Streit, dass auf Grund der Maxime der Arbeitsteilung sowie des jede freiheitliche Gesellschaft prägenden Grundsatzes der Eigenverantwortlichkeit jeder nur die Folgen seines Verhaltens zu verantworten hat.⁷³ Im genannten Beispiel ließe sich nun zwar diskutieren, ob der Ausführende bereits dazu entschlossen war, das Auto des Apothekers anzuzünden, und ob er in diesem Sinne selbstverantwortlich über den Eintritt der Tatbestandsverwirklichung entschieden hat, weil er seine allgemeine Verhaltensfreiheit direkt, und nicht mit Hilfe anderer organisiert hat (Synallagma von Verhaltensfreiheit und Folgenverantwortung). Jedenfalls dürfte es allgemein anerkannt sein, dass der Hintermann auch dann, wenn der Vordermann die Tat aus Angst davor, auf den Fuß getreten zu werden, ausgeführt hat, nicht wegen Anstiftung zu bestrafen ist, da das durch die Bedrohung geschaffene Risiko so minimal bzw. sozial adäquat ist, dass es noch nicht über ein im Allgemeinen erlaubtes Maß hinausgeht. Hier geht es also um die sog. isolierende bzw. verkürzte Arbeitsteilung, die von der bereits erwähnten verbindenden Arbeitsteilung zu unterscheiden ist.⁷⁴

Noch schwieriger erscheint schließlich die strafrechtliche Einordnung von Grenzfällen, in denen zwischen dem Erfolgseintritt und dem lokutionären bzw. illokutionären Akt eine gewisse Verbindung besteht. Beispielhaft: Wenn jemand aus Verzweiflung über die politischen Verhältnisse an der Theke einer Kneipe äußert „Man sollte alle Politiker umbringen!“ und in der

⁷² Vgl. Jakobs GA, 1997, S. 553 ff., 569 f.; denS. (Fn. 70), S. 204.

⁷³ Jakobs (Fn. 70), S. 200 f.

⁷⁴ Zu dieser Differenzierung kürzlich Jakobs, in Dölling (Hrsg.), (Fn. 24), S. 563 ff.

folgenden Nacht zwei Politiker von einem Gast, der dies zufällig gehört hatte, ermordet werden, kann man daran zweifeln, ob das sich im Erfolg verwirklichende Risiko genau jenes ist, welches der politisch Enttäuschte mit seiner Äußerung geschaffen hatte.⁷⁵ Im Prinzip ist hier aber schon kein unerlaubt riskantes Anstiftungsrisiko geschaffen worden. Aus dem bereits genannten Grundsatz der Selbstverantwortung ergibt sich, dass jedermann den Bedeutungszusammenhang seines Verhaltens zu verantworten hat und dabei nicht berücksichtigen muss, in welchen Zusammenhang andere Personen sein Verhalten willkürlich stellen werden.⁷⁶ Dies ist hier der Fall, da sich die Aussage noch im Rahmen einer wenn auch drastischen politischen Meinungsäußerung ohne konkreten Aufforderungscharakter hält und das anschließende deliktische Verhalten Dritter den Äußernden daher nichts angeht. Es wird also hier nicht wegen Anstiftung zum Mord gehaftet, wenn der mögliche, aber ungewöhnliche Fall eintritt, dass eine Person der „Aufforderung“ nachkommt.⁷⁷

X. Fazit

In diesem Beitrag hoffen wir dargestellt zu haben, dass einige wichtige Probleme in der Strafrechtsdogmatik auch mit dem Instrumentarium der Sprechakttheorie erfasst werden können – und zur Präzisierung der Diskussion auch sollten –, und dass eine gewisse Parallele zwischen der von Austin entwickelten Lehre von den Sprechakten und der modernen Konstruktion des funktionalen Strafrechtssystems besteht. Hierdurch eröffnet sich insgesamt für die Strafrechtswissenschaft eine interessante Wechselwirkung, die freilich nichts daran ändert, dass die so reformulierten Probleme letztlich strafrechtsintern zu lösen sind.

⁷⁵ Ähnlicher Fall bei Jakobs, AT (Fn. 53), 24/1.

⁷⁶ Jakobs (Fn. 70), S. 201.

⁷⁷ Vgl. Jakobs, AT (Fn. 53), 24/1. – In diesem Zusammenhang ist auch an den in Spanien berühmt gewordenen „Vinader-Fall“, in dem der Journalist gleichen Namens wegen grober Berufsfahrlässigkeit mit Todesfolge („imprudencia profesional grave con resultado de muerte“ gem. Art. 535 in der bis 1983 geltenden Fassung des span. StGB) zu einer Freiheitsstrafe von sieben Jahren verurteilt wurde, nachdem er in zwei veröffentlichten Zeitschriftenberichten die Namen zweier Terroristen offenbart hatte, die kurz danach ermordet wurden. Neben der Härte und Maßlosigkeit dieser Strafe verdienten schon damals die Straf- bzw. Zurechnungsbegründung sowie die Beweiswürdigung des Gerichts die Kritik eines Teils der spanischen Doktrin; vgl. etwa Gimbernat Ordeig, Estudios de Derecho penal, 3. Aufl., 1990, S. 92 ff.

Steigende Kriminalität und knappe Ressource Justiz – ein Problem und seine fragwürdigen Lösungen in Deutschland

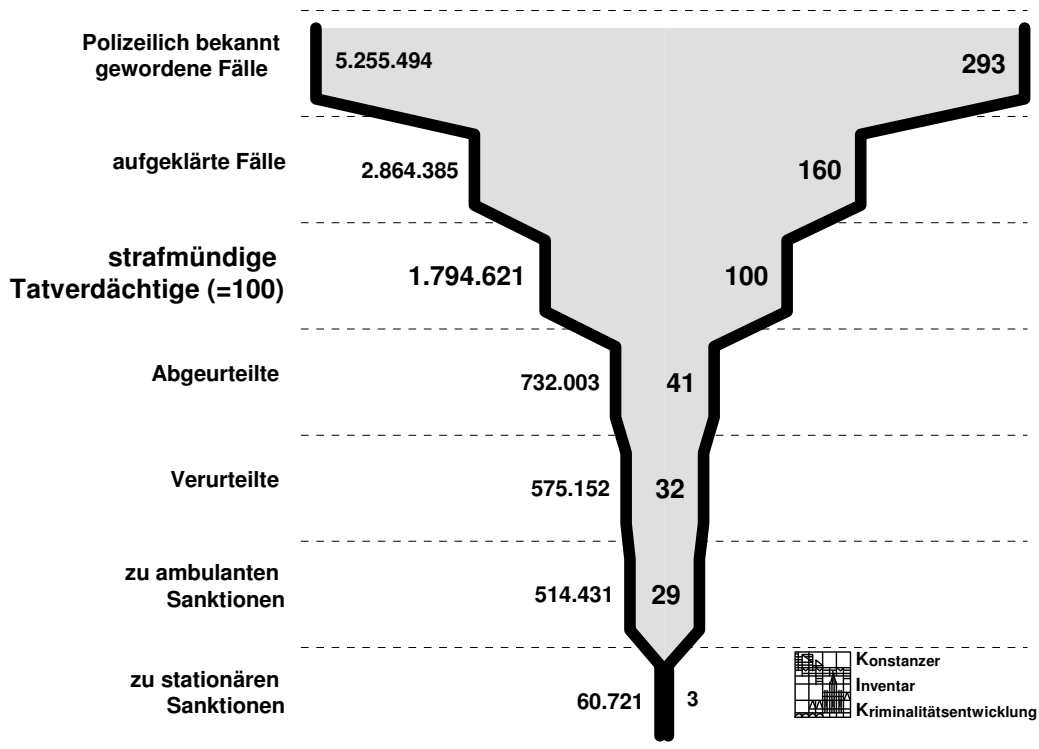
Wolfgang Heinz, Konstanz

1. These:

Die Zahl der polizeilich registrierten Straftaten und der polizeilich ermittelten Tatverdächtigen ist in Deutschland in den letzten Jahrzehnten deutlich gestiegen. Diese Zunahme des Geschäftsanfalls führte zu einer Überlastung von Staatsanwaltschaften und Gerichten. Zum Abbau dieser Überlast stehen Gesetzgeber, Verwaltung und Rechtspraxis mehrere Möglichkeiten zur Verfügung. In Deutschland wurden und werden vor allem prozessuale Mittel zur Vereinfachung und Beschleunigung von Ermittlungs- und Strafverfahren gewählt.

In jeder Gesellschaft mit formeller Sozialkontrolle wird von den polizeilich bekannt gewordenen Fällen in der Regel nur ein Teil aufgeklärt; von den ermittelten Tatverdächtigen wird nur ein Teil verurteilt. Das Strafverfahren ist – in sozialwissenschaftlicher Betrachtung – ein Prozess der Ausfilterung (vgl. **Schaubild 1**).

Schaubild 1: Polizeilich registrierte Straftaten und ermittelte Tatverdächtige im Prozess strafrechtlicher Sozialkontrolle (Trichtermodell), 2006. Verbrechen und Vergehen insgesamt, ohne Straftaten im Straßenverkehr. Absolute Zahlen und Relation zu der Zahl der im selben Jahr registrierten strafmündigen Tatverdächtigen. Früheres Bundesgebiet mit Gesamtberlin



Legende:

Polizeilich bekannt gewordene Fälle: Jede polizeilich registrierte Straftat, aber ohne Ordnungswidrigkeiten, Staatsschutz- und Straßenverkehrsdelikte.

Aufgeklärte Fälle: Straftaten, für die nach dem polizeilichen Ermittlungsergebnis ein mindestens namentlich bekannter oder auf frischer Tat ergriffener Tatverdächtiger festgestellt worden ist.

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 zu haben.

Abgeurteilte: Abgeurteilte i.S. der Strafverfolgungsstatistik sind Angeklagte, gegen die Strafbefehle erlassen wurden bzw. Strafverfahren nach Eröffnung des Hauptverfahrens durch Urteil oder Einstellungsbeschluss rechtskräftig abgeschlossen worden sind. Ihre Zahl setzt sich zusammen aus den Verurteilten und aus Personen, gegen die andere Entscheidungen (Freispruch, Einstellung des Strafverfahrens, Absehen von Strafe, Anordnen von Maßregeln der Besserung und Sicherung sowie Überweisung an den Vormundschaftsrichter gemäß § 53 JGG) getroffen worden sind. Da in der Polizeilichen Kriminalstatistik Verkehrsdelikte nicht registriert werden, wurden hier nur Abgeurteilte ohne Vergehen im Straßenverkehr berücksichtigt.

Verurteilte sind Angeklagte, gegen die nach allgemeinem Strafrecht Freiheitsstrafe, Strafarrest oder Geldstrafe (auch durch einen rechtskräftigen Strafbefehl) verhängt worden ist, oder deren Straftat nach Jugendstrafrecht mit Jugendstrafe, Zuchtmittel oder Erziehungsmaßregeln geahndet wurde. Unberücksichtigt blieben Verurteilungen wegen Vergehen im Straßenverkehr.

Zu ambulanten Sanktionen Verurteilte: Bei Verurteilungen nach allgemeinem Strafrecht: Geldstrafe, Strafaussetzung zur Bewährung bei Freiheitsstrafe sowie bei Strafarrest; bei Verurteilungen nach Jugendstrafrecht: ambulante Erziehungsmaßnahmen (Weisungen), ambulante Zuchtmittel (Verwarnung, Auflagen), zur Bewährung ausgesetzte Jugendstrafe.

Zu stationären Sanktionen Verurteilte: Bei Verurteilungen nach allgemeinem Strafrecht: Nicht zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe, nicht zur Bewährung ausgesetzter Strafarrest. Nach Jugendstrafrecht: unbedingte Jugendstrafe, Jugendarrest, Fürsorgeerziehung bzw. Heimerziehung gem. § 12 JGG.

Die Gegenüberstellung der Daten von PKS und Strafverfolgungsstatistik (StVStat) zeigt lediglich die ungefähren Größenordnungen des Ausfilterungsprozesses. Denn es handelt sich weder bei den Daten der PKS über aufgeklärte Fälle um Untermengen der bekannt gewordenen Fälle noch sind die Verurteilten eine Untermenge der Tatverdächtigen desselben Jahres.

- Wegen unterschiedlicher Erfassungszeiträume und Erfassungsgrundsätze stammt nur ein Teil der Verurteilten aus den Tatverdächtigen desselben Berichtsjahres.
- Die Abgrenzung der Ausweise über Tatverdächtige und Verurteilte (ohne Straftaten im Straßenverkehr) ist nicht völlig identisch.
- Die als Bezugsgröße dienende Zahl der Tatverdächtigen ist etwas zu niedrig. Wie aus der StA-Statistik hervorgeht, werden nur rd. 80 % der Ermittlungsverfahren gegen bekannte Täter von der Polizei eingeleitet. In der PKS sind insbesondere nicht berücksichtigt die von der Staatsanwaltschaft unmittelbar und abschließend bearbeiteten Vorgänge, die von den Finanzämtern (Steuervergehen) und von den Zollbehörden (außer den Rauschgiftdelikten) durchermittelten und an die Staatsanwaltschaft abgegebenen Vorgänge.

Die Zahlen geben nur an, dass im Jahr 2006 im früheren Bundesgebiet (mit Gesamtberlin) 5.255.494 Fälle polizeilich bekannt geworden und im gleichen Jahr 2.864.385 Fälle aufgeklärt worden sind; entsprechend geben sie an, dass 1.794.621 strafmündige Tatverdächtige ermittelt worden sind und im gleichen Jahr 575.152 Verurteilungen (ohne Straftaten im Straßenverkehr) erfolgten. Da es sich nicht um Untermengen handelt, können auch keine Anteile berechnet werden. Die Angaben an der rechten Seite des "Trichters" sind dementsprechend nicht als Prozentsätze zu verstehen, sie dienen lediglich dazu, die Größenordnungen zu verdeutlichen.

Auszüge aus dem Datenblatt zu Schaubild 1:

2006	Polizeilich registrierte Fälle/Tatverdächtige (ohne Staatsschutz- und Straßenverkehrsdelikte)	Abgeurteilte und Verurteilte (ohne Straftaten im Straßenverkehr)	Relation zu 100 strafmündigen Tatverdächtigen
Polizeilich bekannt gewordene Fälle	5.255.494		
Aufgeklärte Fälle	2.864.385		
Strafmündige Tatverdächtige	1.794.621		100
Abgeurteilte		732.003	40,8
Verurteilte		575.152	32,0
darunter			
zu ambulanten Sanktionen Verurteilte, dar.		514.431	28,7
Geldstrafe		371.201	20,7
bedingte Jugend- oder Freiheitsstrafe		86.722	4,8
Zu stationären Sanktionen Verurteilte, dar.		60.721	3,4
Jugendarrest		19.357	1,1
unbedingte Jugendstrafe		6.490	0,4
unbedingte Freiheitsstrafe		34.834	1,9

Datenquellen: Bundeskriminalamt (Hrsg.): Polizeiliche Kriminalstatistik 2006;
 Statistisches Bundesamt (Hrsg.): Rechtspflege. Fachserie 10. Reihe 3:
 Strafverfolgungsstatistik 2006 .

Rechtsvergleichende und rechtstatsächliche Untersuchungen zeigten, dass es diesen Ausfilterungsprozess in jeder Rechtsordnung der westlichen Industriestaaten gibt.¹ Unterschiede bestehen indes hinsichtlich der Akteure, der rechtlichen Instrumente und der Handlungsstrategien. Wenig erörtert ist dagegen die Frage, wie sich Rolle und Zusammenwirken der Akteure sowie die Formen strafrechtlicher Sozialkontrolle verändern, wenn einerseits eine funktionsfähige Strafrechtspflege aufrecht erhalten werden soll, andererseits aber – über die Zeit hinweg – die Arbeitsbelastung der Akteure deutlich zunimmt. Letzteres ist in Deutschland – wie in allen westlichen Industriestaaten – der Fall.

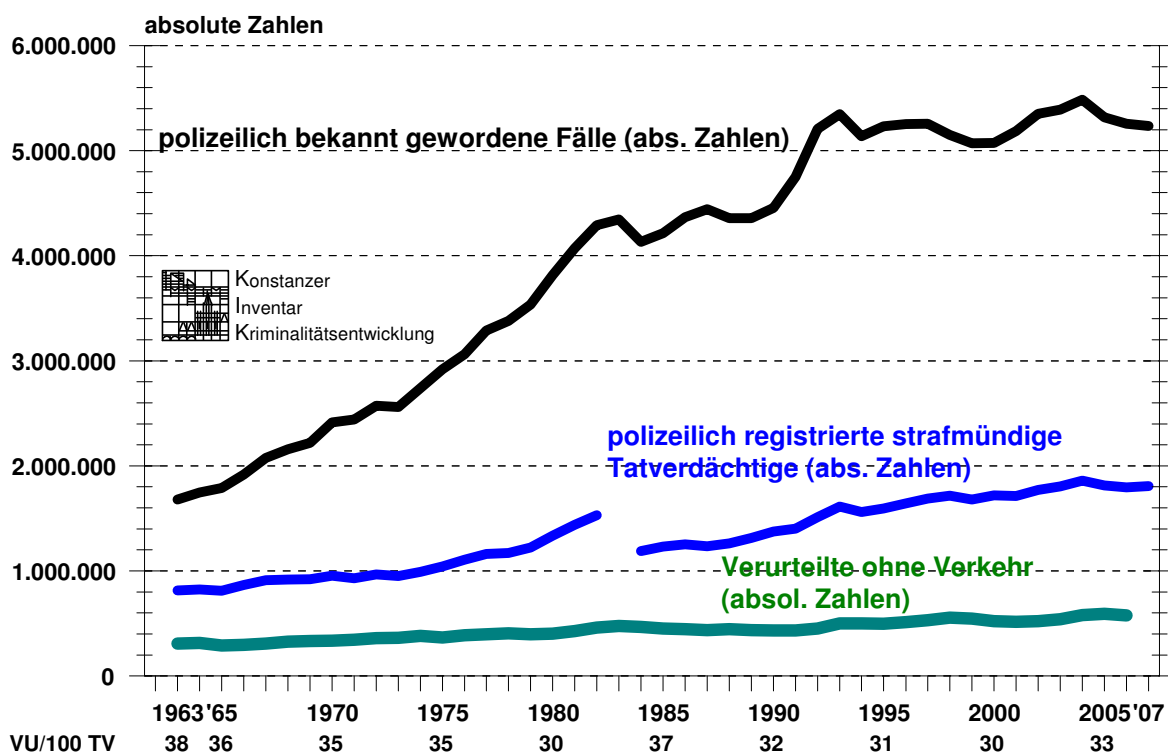
Die Problemlage für die Instanzen formeller Sozialkontrolle – deutlicher Anstieg der polizeilich registrierten Kriminalität² – lässt sich mit einigen wenigen Zahlen verdeutlichen (vgl. **Schaubild 2**): 2007 wurden in Deutschland (jeweils nur früheres Bundesgebiet) von der Polizei rd. 5,2 Mill. Fälle registriert, gut 20 Jahre zuvor waren es erst 4,2 Mill. und nochmals 20 Jahre früher sogar nur 1,8 Mill. Innerhalb von 40 Jahren hat sich also die absolute Zahl verdreifacht. Selbst unter Berücksichtigung des

¹ Vgl. zu Europa Jehle, J.-M.; Wade, M. (eds): Coping with Overloaded Criminal Justice SystemS. The Rise of the Prosecutorial Power Across Europe, Berlin u.a. 2006.

² Dieser Anstieg des Geschäftsanfalls ist „real“, und zwar unabhängig davon, ob diese Zunahme registrierter Kriminalität auf einer entsprechenden Veränderung der „Kriminalitätswirklichkeit“ und/oder der Anzeigebereitschaft beruht. Vgl. hierzu Bundesministerium des Innern; Bundesministerium der Justiz (Hrsg.): Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht, Berlin 2006, (http://www.bka.de/lageberichte/-ps/psb2_langfassung.pdf) (im Folgenden: 2. PSB), S. 13 ff.; Heinz, W.: Bei der Gewaltkriminalität junger Menschen helfen nur härtere Strafen! Fakten und Mythen in der gegenwärtigen Jugendkriminalpolitik, Neue Kriminalpolitik 2008, S. 50 ff.

Bevölkerungswachstums (HZ = 100.000 der Wohnbevölkerung) ergibt sich eine Steigerung um das 2,5fache. Entsprechend haben auch die Zahlen der polizeilich ermittelten Tatverdächtigen und - abgeschwächt - auch der Verurteilten zugenommen.

Schaubild 2: Polizeilich registrierte strafmündige Tatverdächtige und Verurteilte (ohne Straftaten im Straßenverkehr). Absolute Zahlen. Früheres Bundesgebiet mit Westberlin, seit 1991 (PKS) bzw. seit 1995 mit Gesamtberlin.



Auszüge aus dem Datenblatt zu Schaubild 2:

	Polizeilich bekannt gewordene Straftaten				Polizeilich ermittelte strafmündige Tatverdächtige ³			Gerichtlich Verurteilte ⁴		
	N	Index 1965 = 100	HZ	Index 1965 = 100	N	Index 1965 = 100	Index 1985 = 100	N	Index 1965 = 100	Relation VU / 100 TV
1965	1.789.319	100,0	3.031	100,0	811.229	100,0		291.154	100,0	35,9
1970	2.413.586	134,9	3.924	129,5	954.600	117,7		335.197	115,1	35,1
1975	2.919.390	163,2	4.721	155,8	1.043.840	128,7		367.261	126,1	35,2
1980	3.815.774	213,3	6.198	204,5	1.334.330	164,5		403.181	138,5	30,2
1985	4.215.451	235,6	6.909	228,0	1.232.188	151,9	100	452.291	155,3	36,7
1990	4.455.333	249,0	7.108	234,5	1.375.423	169,5	111,6	433.682	149,0	31,5
1995	5.232.363	292,4	7.774	256,5	1.594.494	196,6	129,4	497.935	171,0	31,2
2000	5.074.482	283,6	7.439	245,5	1.718.418	211,8	139,5	522.839	179,6	30,4
2005	5.317.378	297,2	7.699	254,0	1.813.560	223,6	147,2	591.357	203,1	32,6
2006	5.255.494	293,7	7.606	251,0	1.794.621	221,2	145,6	575.152	197,5	32,0
2007	5.235.531	292,6	7.580	250,1	1.806.655	222,7	146,6	0	0,0	0,0

Datenquellen: Polizeiliche Kriminalstatistik, Strafverfolgungsstatistik.

Theoretisch kann eine solche Zunahme der Geschäftsbelastung durch die Verwaltung aufgefangen werden:

- durch Vermehrung der sächlichen und personellen Ressourcen der Träger strafrechtlicher Sozialkontrolle, also von Staatsanwaltschaft und Gericht.

³ Bis 1982 wurden Personen so oft registriert, wie gegen sie im Berichtsjahr selbständige polizeiliche Ermittlungsverfahren durchgeführt und abgeschlossen wurden. Ab 1.1.1983 wurde die sog. "echte" Tatverdächtigenzählung eingeführt, d.h., dass ein Tatverdächtiger – unabhängig davon, wie oft gegen ihn im Berichtsjahr ermittelt wird – in demselben Bundesland nur einmal gezählt wird. Für 1983 konnte diese Änderung nicht in allen Ländern umgesetzt werden, weshalb Ergebnisse nach der neuen Zählung erst ab 1984 vorliegen. Wegen Ablösung dieser Mehrfachzählung, die zu stark überhöhten und strukturell verzerrten Tatverdächtigenzahlen führte, ist ein direkter Vergleich für die Zeit vor 1984 nicht möglich.

⁴ Im Unterschied zur Zahl der Verurteilten sind in der Zahl der Fälle und der Tatverdächtigen auch nicht enthalten Tatverdächtige, gegen die wegen Staatsschutzdelikten ermittelt wurden.

Der Gesetzgeber kann die Überlast reduzieren

- durch materiellrechtliche Entkriminalisierung bzw. Entpönalisierung,
- durch verfahrensrechtliche Entkriminalisierung oder
- durch rechtliche Instrumente zur Vereinfachung bzw. Beschleunigung der Ermittlungs- und Strafverfahren.

Schließlich können Staatsanwaltschaften und Gerichte die Überlast auffangen durch

- vermehrte Nutzung verfahrensrechtlicher Entlastungsmöglichkeiten sowie durch
- informelle Lösungswege (ebenfalls mit dem Ziel einer Vereinfachung und Beschleunigung von Verfahren).

In Deutschland wurden zwar die Personalressourcen ausgebaut, aber nicht in dem Maße wie der Geschäftsanfall angestiegen ist. Im Bundesdurchschnitt kamen 1989⁵ auf einen Staatsanwalt 754 Neuzugänge an Ermittlungsverfahren gegen bekannte Tatverdächtige, 2006 (bundesweit) dagegen 967; innerhalb von 18 Jahren nahm die Geschäftsbelastung also um 28% zu.

Von der Möglichkeit, die Geschäftsbelastung durch materiellrechtliche Entkriminalisierung zu reduzieren, hat der deutsche Gesetzgeber in den letzten Jahrzehnten keinen Gebrauch mehr gemacht. Die Phase materiellrechtlicher Entkriminalisierung endete vielmehr 1975.⁶ In der Folgezeit wurde Forderungen nach materiellrechtlicher Entkriminalisierung⁷, von wenigen Ausnahmen abgesehen, nicht mehr entsprochen. Auf tatsächliche oder vermeintliche Verletzungen oder Gefahren wurde vielmehr mit der Ergänzung bestehender oder der Schaffung neuer Straftatbestände reagiert. Die 1980er und 1990er Jahre waren durch eine beträchtliche Zunahme strafbewehrter Verbote gekennzeichnet, durch eine „Hypertrophie des Strafrechts“.⁸

Stattdessen wurden in Deutschland vor allem prozessuale Mittel gewählt, um die wachsende Überlast durch Vereinfachung und Beschleunigung von Ermittlungs- und Strafverfahren aufzufangen. Durch den

⁵ In diesem Jahr liegen erstmals für alle (alten) Länder die Zahlen über Neuzugänge bei den Staatsanwaltschaften vor.

⁶ Vgl. die Überblicke bei Eser (Eser, A.: Hundert Jahre deutscher Strafgesetzgebung – Rückblick und Tendenzen, in: Festschrift für W. Maihofer, Frankfurt a.M. 1988, S. 109 ff.), Hilgendorf (Hilgendorf, E.: Die deutsche Strafrechtsentwicklung 1975–2000, in: Vormbaum, Th.; Welp, J. (Hg.): Das Strafgesetzbuch. Supplementband 1: 130 Jahre Strafgesetzgebung – Eine Bilanz, Berlin 2004, S. 258 ff.) und Hirsch (Hirsch, H.-J.: 25 Jahre Entwicklung des Strafrechts, in: 25 Jahre Rechtsentwicklung in Deutschland – 25 Jahre Juristische Fakultät der Universität Regensburg, München 1993, S. 35 ff.).

⁷ Vgl. z.B. Albrecht, P. A.; Hassemer, W.; Voß, M. (Hrsg.): Rechtsgüterschutz durch Entkriminalisierung. Vorschläge der Hessischen Kommission "Kriminalpolitik" zur Reform des Strafrechts, Baden-Baden 1992; Albrecht, P. A.; Beckmann, H.; Frommel, M.; Goy, A.; Grünwald, G.; Hannover, H.; Holtfort, W.; Ostendorf, H.: Strafrecht – ultima ratio. Empfehlungen der Niedersächsischen Kommission zur Reform des Strafrechts und des Strafverfahrensrechts, Baden-Baden 1992. Vgl. ferner die Übersicht bei Vormbaum, Th.: "Politisches" Strafrecht, ZStW 1995, S. 750 ff.

⁸ Vgl. Heinz, W.: Kriminalpolitik an der Wende zum 21. Jahrhundert: Taugt die Kriminalpolitik des ausgehenden 20. Jahrhunderts für das 21. Jahrhundert?, Bewährungshilfe 2000, S. 131 ff.

Gesetzgeber wurde die Zahl der opportunitätsgeprägten Einstellungsgründe und deren Reichweite vermehrt und die Entscheidungskompetenz der StA durch Zurückdrängung des richterlichen Zustimmungserfordernisses gestärkt (verfahrensrechtliche Entkriminalisierung), das Strafbefehlsverfahren durch Erweiterung sowohl dessen Anwendungsbereich als auch dessen Sanktionsrahmen zu einem weiteren wichtigen Instrument zur arbeitsökonomischen Verfahrenserledigung ausgebaut. Staatsanwaltschaft (StA) und Gericht haben von diesen rechtlichen Möglichkeiten immer häufiger Gebrauch gemacht. Darüber hinaus wurden und werden in der Rechtspraxis vor allem komplexe Strafverfahren, für die innerhalb der Strafprozessordnung keine vereinfachten Erledigungsformen vorgesehen sind, zunehmend durch Urteilsabsprachen bzw. Verständigungen⁹ verkürzt.

Im Folgenden sollen diese drei Entwicklungen (verfahrensrechtliche Entkriminalisierung, Strafbefehlsverfahren, Urteilsabsprachen) aus rechtstat-sächlicher Sicht skizziert und in rechtlicher Hinsicht bewertet werden. Auf sonstige, der Vereinfachung und Beschleunigung dienende Verfahrensarten (beschleunigtes Verfahren gem. § 417 StPO und vereinfachtes Jugendverfahren gem. § 76 JGG) wird wegen deren quantitativen Bedeutungslosigkeit nicht eingegangen.¹⁰

2. These:

Das strikte Legalitätsprinzip der Strafprozessordnung von 1877 wurde seit den 1920er Jahren zunehmend durch Nichtverfolgungsermächtigungen zugunsten der Staatsanwaltschaft wie des Gerichts eingeschränkt und begrenzt. Mit der Erweiterung dieser Einstellungsmöglichkeiten wurde vor allem die Selektionskompetenz der StA ergänzt um Sanktionskompetenz, teils negativer (Sanktionsverzicht), teils positiver Art (konsensuale Sanktionierung). Die Staatsanwaltschaft ist heute faktisch ein „Richter vor dem Richter“.

Verfahrensrechtliche Entkriminalisierungen waren in der Reichsstrafprozessordnung (RStPO) von 1877 nicht vorgesehen.¹¹ Der StA war damals das Anklagemonopol eingeräumt worden, d.h. ohne Anklageerhebung durch die StA kann es nicht zu einer Hauptverhandlung und nicht zu einer Verurteilung kommen. Die verfahrensrechtliche Absicherung des Anklagemonopols bestand in der Verpflichtung der StA auf das Legalitätsprinzip, das sowohl einen Verfolgungs- als auch einen Anklagezwang

⁹ In Rechtsprechung und Literatur wird zumeist der Begriff „Urteilsabsprachen“ verwendet; in den jüngsten Reformentwürfen wird dagegen der weniger negativ besetzte Begriff „Verständigung“ verwendet. Im Folgenden werden beide Begriffe synonym gebraucht.

¹⁰ Vgl. 2. PSB (Anm. 2), S. 542.

¹¹ Von einigen Vorschriften des materiellen Strafrechts abgesehen, war das strenge Legalitätsprinzip lediglich durch den damaligen § 414 RStPO gemildert, der für Beleidigungen und Körperverletzungen die Privatklage vorsah. Vgl. zur Geschichte des Legalitätsprinzips im deutschen Strafverfahren Bohnert, J.: Die Abschlussentscheidung des Staatsanwalts, Berlin 1992, S. 68 ff.; Horstmann, M.: Zur Präzisierung und Kontrolle von Opportunitätseinstellungen, Berlin 2002, S. 45 ff.

beinhaltet.¹² Die StA ist danach verpflichtet, „wegen aller verfolgbaren Straftaten einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen“ (§ 152 Abs. 2 StPO) und hat bei hinreichendem Tatverdacht Anklage zu erheben (§ 170 Abs. 1 StPO). Das Legalitätsprinzip wurde in der Folgezeit durch zahlreiche Nichtverfolgungsermächtigungen zugunsten der Staatsanwaltschaft wie des Gerichts eingeschränkt und begrenzt. Positivierungen¹³ dieser Nichtverfolgungsermächtigungen finden sich vor allem in den strafprozessualen Vorschriften der §§ 153 ff. (Opportunitätsvorschriften), 374 ff. (Privatklage), 413 ff. (Sicherungsverfahren), 440 (objektives Verfahren) Strafprozessordnung (StPO), in den §§ 45, 47 Jugendgerichtsgesetz (JGG), § 31a Betäubungs-mittelgesetz (BtMG), ferner in § 47 Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG)¹⁴ sowie schließlich in sämtlichen Kronzeugenregelungen^{15, 16}. Im Folgenden soll lediglich auf die in der Praxis besonders bedeutsamen Opportunitätsvorschriften kurz eingegangen werden.

Die Geschichte des Opportunitätsgedankens im deutschen Strafverfahrensrecht ist eine Geschichte der Vervielfachung der Zahl der Opportunitätsgründe und der Reichweite der einzelnen Opportunitäts-

¹² Das Legalitätsprinzip weist freilich nicht nur dieses verfahrensrechtliche Fundament auf. Zur straftheoretischen, staatsrechtlichen sowie verfassungsrechtlichen Begründung vgl. Horstmann (Anm. 11), S. 29 ff.

¹³ Daneben gibt es freilich auch „faktische Opportunität“. Der Idee nach hat die Polizei, ebenso wie die StA, jedem Tatverdacht nachzugehen; in der Praxis setzt die Polizei indes, schon aufgrund der (freilich auch politisch bestimmten) begrenzt verfügbaren Ressourcen, prozessökonomisch bestimmte Schwerpunkte hinsichtlich der Ermittlungstätigkeit, d.h. sie geht nicht jedem Tatverdacht gleichermaßen intensiv nach, vielmehr werden Ermittlungsaufwand und zu erwartender Aufklärungserfolg in ein „angemessenes“ Verhältnis gebracht. Eine Gegensteuerung durch die StA erfolgt so gut wie nicht. Bei Verfahren mit unbekanntem Tatverdächtigen der Massenkriminalität beschränkt sich die StA weitestgehend darauf, das polizeiliche Ermittlungsergebnis hinzunehmen. Die wichtigsten Ergebnisse der einschlägigen Unersuchungen sind dargestellt bei Horstmann (Anm. 11), S. 117 ff.

¹⁴ Im deutschen Ordnungswidrigkeitenrecht liegt die Verfolgung gem. § 47 I OWiG grundsätzlich im „pflichtgemäßen Ermessen der Verfolgungsbehörde“. Der Opportunitätsgedanke ist also völlig in den Vordergrund gestellt.

¹⁵ Bis 31.12.1999 galt das Kronzeugengesetz (Gesetz vom 09.06.1989, BGBl. I S. 1059, ergänzt durch Gesetz vom 28.10.1994, BGBl. I S. 3186), das bei Tätern und Teilnehmern der Organisationsdelikte nach §§ 129, 129a StGB (Bildung krimineller und terroristischer Vereinigungen) und damit zusammenhängender Taten die Möglichkeit eröffnete, das Verfahren einzustellen, von Strafe abzusehen oder die Strafe zu mildern. Derzeit gelten nur drei bereichsspezifische Kronzeugenregelungen bei Bildung krimineller und terroristischer Vereinigungen (§§ 129 Abs. 6, auch in Verbindung mit 129a Abs. 7 StGB), der Geldwäsche (§ 261 Abs. 10 StGB) und im Betäubungsmittelstrafrecht (§ 31 Nr.1 BtMG). Ein Gesetzentwurf der derzeitigen Bundesregierung (Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Strafzumessung bei Aufklärungs- und Präventionshilfe) vom 25.05.2007 (BR-DrS. 353/07) liegt inzwischen dem Bundestag zur Verabschiedung vor (BT-DrS. 16/6268 vom 24.08.2007). Dieser Entwurf sieht eine allgemeine Strafzumessungsregel (§ 46b StGB) vor, wonach bei Straftätern einer nicht der einfachen Kriminalität zuzurechnenden Straftat die Strafe gemildert oder ganz von Strafe abgesehen werden kann, wenn sie wesentlich zur Aufklärung oder Verhinderung von schweren Straftaten i.S. von § 100a Abs. 2 StPO beitragen.

¹⁶ Zu diesen Positivierungen als Einschränkungen des Legalitätsprinzips vgl. Horstmann (Anm. 11), S. 105 ff.

vorschriften sowie der kontinuierlich erfolgenden Verlagerung der Entscheidungskompetenz auf die Staatsanwaltschaft durch Zurückdrängung der richterlichen Mitwirkung.¹⁷

Maßgebend für diesen Ausbau des Opportunitätsprinzips sind zum einen kriminalpolitische Gründe der Rückfallvermeidung. Zur Normverdeutlichung genügt häufig bereits der Umstand, dass gegen den Täter wegen einer Straftat ermittelt wird oder dieser eine Auflage/Weisung erfüllt; negative, mit dem Verfahren verbundene Effekte (Stigmatisierung und soziale Diskriminierung) sollen vermieden werden. Zum anderen spielen verfahrensökonomische Erwägungen (Entlastungs-, Beschleunigungs-, Vereinfachungs- und Verbilligungseffekte) eine Rolle.¹⁸ Für die Praxis sind diese "informellen Erledigungsmöglichkeiten" (Diversion) namentlich wegen der arbeitsökonomischen Erledigung von Delikten der leichteren und mittleren Kriminalität sowie der Flexibilität dieser verfahrensrechtlichen Entkriminalisierung attraktiv.

Praktisch bedeutsam sind vor allem folgende Opportunitätsgründe:

Bei Vergehen, d.h. bei Straftaten, die nicht im Mindestmaß mit Freiheitsstrafe von einem Jahr oder mehr bedroht sind, kann das Ermittlungsverfahren eingestellt werden, "wenn die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre und kein öffentliches Interesse an der Verfolgung besteht" (§ 153 Abs. 1 StPO, § 45 Abs. 1 JGG).

Handelt es sich um keine geringfügige Straftat, so dass grundsätzlich ein öffentliches Verfolgungsinteresse besteht, so kann im allgemeinen Strafverfahren die StA bei Vergehen vorläufig von der Erhebung der öffentlichen Klage unter Auflagen oder Weisungen absehen, wenn deren Anordnung geeignet ist, "das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen, und die Schwere der Schuld nicht entgegensteht" (§ 153a StPO).¹⁹ Als Auflage kommen insbesondere in Betracht die Zahlung eines

¹⁷ Zur Entwicklung des Opportunitätsprinzips vgl. Horstmann (Anm. 11), S. 45 ff.; Kapahnke, U.: Opportunität und Legalität im Strafverfahren. Strafverfolgungsverzicht durch die Staatsanwaltschaft gemäß den §§ 154, 154 a StPO nach der Neufassung durch das Strafverfahrensänderungsgesetz 1979 (StVÄG 1979). Jur. DisS. Tübingen 1982; Marquardt, H.: Die Entwicklung des Legalitätsprinzips, Jur. DisS. Mannheim 1982; Pott, Ch.: Die Außerkraftsetzung der Legalität durch das Opportunitätsdenken in den Vorschriften der §§ 154, 154a StPO, 1996; Schürer, K.-H.: Die Entwicklung des Legalitätsprinzips seit der Emmingerschen Verordnung, Jur. DisS. Hamburg 1965; Vormbaum, Th.: Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924, Berlin 1988; Weigend, Th.: Anklagepflicht und Ermessen, Berlin 1978.

¹⁸ So sollten die 1993 durch das Rechtspflegeentlastungsgesetz erfolgten Erweiterungen der §§153, 153a StPO "der Praxis die Möglichkeit (geben), auch im Bereich der mittleren Kriminalität von der Erhebung der öffentlichen Klage gegen Auflagen und Weisungen abzusehen" (Begründung zum „Entwurf eines Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege“ vom 27.9.1991, BT-DrS. 12/1217, S. 34).

¹⁹ § 153a StPO sollte Korrektiv sein für die durch das Zweite Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 4.7.1969 (mit Wirkung zum 1.10.1973) erfolgte materiellrechtliche Höherstufung von Übertretungstatbeständen (z.B. Mundraub, Notentwendung und Notbetrug). Ferner sollte die Justiz von Massen-Bagatellkriminalität entlastet werden, also Ressourcen für die Bewältigung der mittleren und schweren Kriminalität freigesetzt werden.

Geldbetrages (u.U. in Millionenhöhe)²⁰ oder die Durchführung eines Täter-Opfer-Ausgleichs.

In Jugendstrafsachen hat die StA noch umfassendere Einstellungsbefugnisse. Ist eine erzieherische Maßnahme bereits eingeleitet oder durchgeführt und hält der Staatsanwalt weder eine Beteiligung des Richters noch die Erhebung einer Anklage für erforderlich, so sieht er ebenfalls von der Verfolgung ab (§ 45 Abs. 2 JGG). Der Staatsanwalt kann schließlich unter bestimmten Voraussetzungen auch – statt Anklage zu erheben – beim Jugendrichter anregen, dem Jugendlichen z.B. bestimmte Weisungen oder Auflagen zu erteilen.

Schließlich kommt noch die Einstellung in Verfahren gegen Drogenabhängige in Betracht, um eine Therapie zu ermöglichen oder zu deren Durchführung zu motivieren (§§ 29 Abs. 5 BtMG i.V.m. § 153b StPO, §§ 31a, 37, 38 Abs. 2 BtMG).

Dieselben Einstellungsmöglichkeiten wie der Staatsanwalt hat das Gericht nach erhobener Anklage.

Träger dieser Nichtverfolgungsermächtigung sind Staatsanwaltschaft und Gericht, nicht aber die Polizei.²¹ Anfänglich war die Einstellungsbefugnis dem Richter anvertraut, der auf Antrag der Staatsanwaltschaft entschied. Sie wurde später auf die Staatsanwaltschaft übertragen, bedurfte aber noch der Mitwirkung des Gerichts in Form von dessen Zustimmung. Zunehmend mehr wurde jedoch auf dieses Mitwirkungserfordernis verzichtet. Vor allem aus verfahrensökonomischen Erwägungen heraus wurde die Entscheidungskompetenz der StA durch Zurückdrängung der richterlichen Mitwirkung²² und

²⁰ Das Strafverfahren wegen Untreue wurde 2006 gegen einen der Beschuldigten, den Vorstandschef der Deutschen Bank, Josef Ackermann, gegen Zahlung eines Geldbetrags in Höhe von 3,2 Millionen Euro eingestellt. Bei einer Geldstrafen-Verurteilung hätte die höchstmögliche Strafe 3,6 Millionen Euro betragen (nur bei tatmehrheitlicher Tatbegehung wäre die Grenze bei 7,2 Millionen Euro gelegen).

²¹ Im Unterschied zu einigen ausländischen Rechtsordnungen, darf die Polizei keine verfahrensabschließenden Entscheidungen treffen. De lege ferenda wird freilich von (Teilen) der Polizei die Übertragung von Sanktionsbefugnissen bei bestimmten Katalogtaten gefordert (vgl. Braasch, H.-J.; Köhn, K.; Kommoß, K.; Winkelmann, O.-H.: Der Gesetzesungehorsam der Justiz, Lübeck 1997, S. 124 ff., S. 152 f.). Pläne der früheren Bundesregierung, der Polizei eine eigenständige Befugnis zur Ahndung von Bagatelldelikten mit Strafgeldern einzuräumen (vgl. Däubler-Gmelin, H.: Überlegungen zur Reform des Strafprozesses, Strafverteidiger 2001, S. 359 ff.) werden derzeit nicht weiter verfolgt. In der Literatur wurden sie abgelehnt (vgl. zusammenfassend und mit weiteren Nachweisen Geisler, C.: Anspruch und Wirklichkeit des Legalitätsprinzips, in: Geisler, C. [Hrsg.]: Das Ermittlungsverhalten der Polizei und die Einstellungspraxis der Staatsanwaltschaften, Wiesbaden 1999, S. 22 f.; Streng, F.: Modernes Sanktionenrecht, ZStW 1999, S. 855 ff.).

²² Eine Einstellung des Verfahrens gem. §§ 153, 153a StPO durch die Staatsanwaltschaft ist aufgrund der Neuregelung durch das Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege vom 11.1.1993 (BGBl. I S. 50) ohne Zustimmung des Gerichts bei sämtlichen Vergehen möglich, die nicht mit einer im Mindestmaß erhöhten Strafe bedroht und bei denen die durch die Tat verursachten Folgen gering sind. Ein erheblicher Teil der Vergehenskriminalität des Kern- und des Nebenstrafrechts kann damit zustimmungsfrei eingestellt werden. Da § 153a Abs. 1 Satz 6 StPO unverändert blieb, erweiterte sich zugleich auch der Bereich der zustimmungsfreien Einstellung des § 153a Abs. 1 StPO.

des Ausschlusses von Kontrollrechten des Opfers gestärkt. Mit der Erweiterung dieser Einstellungsmöglichkeiten wurde die Selektionskompetenz der StA ergänzt um Sanktionskompetenz, teils negativer (Sanktionsverzicht), teils positiver Art (konsensuale Sanktionierung). Bei einer Einstellung ohne Auflagen/Weisungen handelt es sich um einen Sanktionsverzicht – zwar hat die StA hinreichenden Tatverdacht bejaht, dennoch wird von einer formellen Sanktionierung abgesehen. Einstellungen unter Auflagen/Weisungen sind im strafrechtlichen Sinne keine Strafen, es handelt sich vielmehr um eine einverständliche Sanktionierung, weil der Tatverdächtige die Auflagen oder Weisungen freiwillig erfüllt, so dass deren Verhängung durch Urteil überflüssig wird. Die Staatsanwaltschaft ist deshalb heute faktisch ein „Richter vor dem Richter“.²³

3. These:

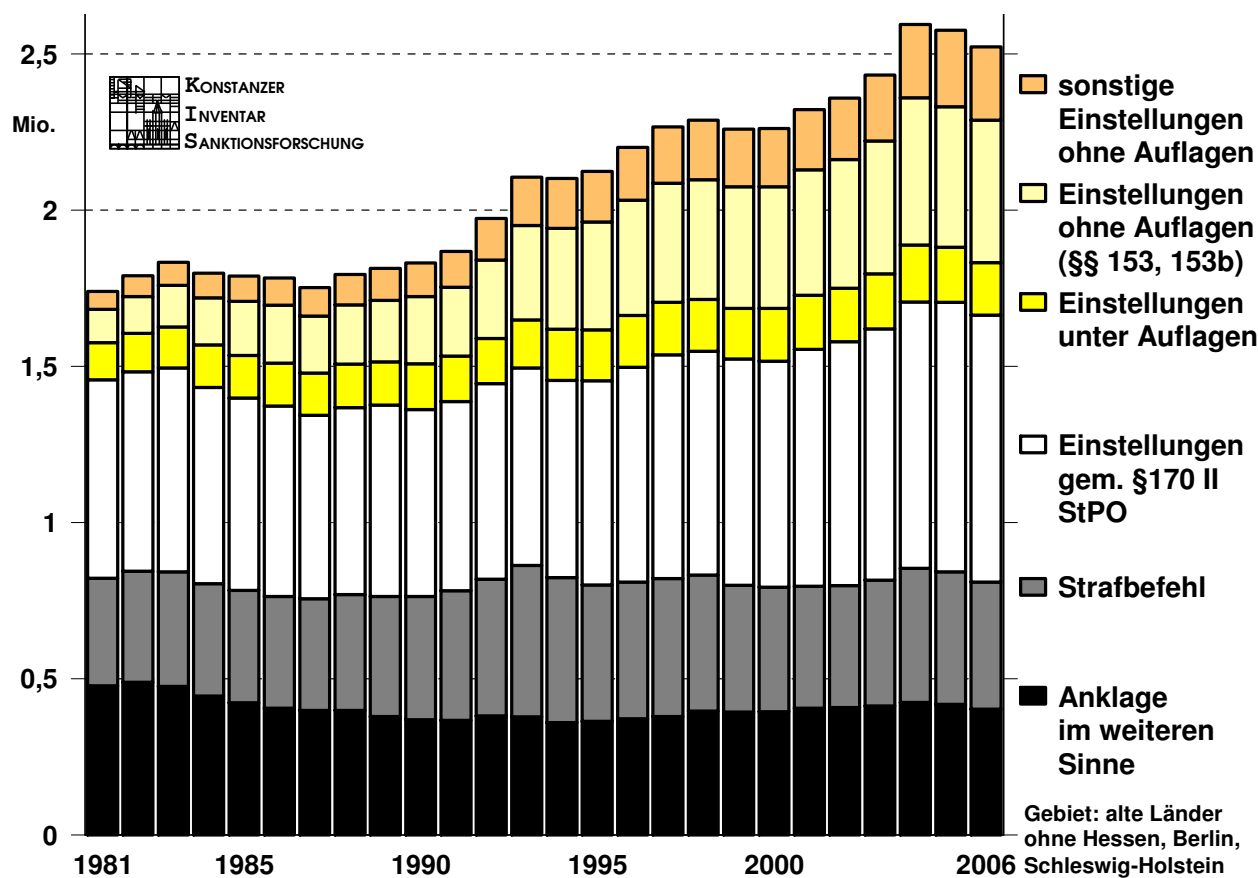
Von den Einstellungsmöglichkeiten der §§ 153 ff. StPO, § 45 JGG, § 31a BtMG hat die Staatsanwaltschaft in steigendem Maße Gebrauch gemacht. Obwohl die Zahl der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren gegen bekannte Tatverdächtige deutlich angestiegen ist, ging die Zahl der auf eine Verurteilung abzielenden Abschlussentscheidungen der Staatsanwaltschaft (Anklagen und Anträge auf Erlass eines Strafbefehls) sogar leicht zurück. Der Anstieg polizeilich registrierter Kriminalität wurde von der StA weitaus überwiegend durch Einstellungen aus Opportunitätsgründen verfahrensrechtlich entkrimi-nalisiert, zumeist durch Einstellungen ohne Auflagen.

In welchem Ausmaß die StA von diesen Einstellungsmöglichkeiten Gebrauch macht, zeigen einige wenige Daten (vgl. **Schaubild 3**).

Ferner wurde § 153a StPO durch Änderung der Umschreibung der Schuldkomponente auch für Fälle mittlerer Kriminalität geöffnet. Statt "geringer Schuld" genügt es nunmehr, dass "die Schwere der Schuld nicht entgegensteht".

²³ Kausch, E: Der Staatsanwalt, ein Richter vor dem Richter?: Untersuchungen zu § 153a StPO, Berlin 1980.

Schaubild 3: Erledigung der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren gegen bekannte Tatverdächtige 1981–2006, alte Länder (ohne Berlin, Hessen, Schleswig-Holstein)



Legende:

Sonst. Einst. ohne Auflagen: Einst. gem. §§ 154b Abs. 1–3 StPO, 154c StPO, 153c StPO, 154d und 4 StPO, 154 Abs. 1 StPO.

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 bzw. § 38 Abs. 2 i.V.m. § 37 Abs. 1 BtMG.

Einstellungen gem. § 170 II 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.

Auszüge aus dem Datenblatt zu Schaubild 3:

	1981	2006	Änderungen 2006 - 1981	
Durch Einstellungen oder Anklage + Strafbefehlsantrag erledigte Ermittlungsverfahren insgesamt	1.739.920	2.523.062	783.142	100
Einstellungen mangels hinreichenden Tatverdachts (§ 170 II StPO)	635.188	855.098	219.910	28,1
Opportunitätseinstellungen wegen unwesentlicher Nebenstraftaten usw. (§§ 154b Abs. 1-3 StPO, 154c StPO, 153c I, II StPO, 154d und e StPO, 154 Abs. 1 StPO StPO)	57.667	234.919	177.252	22,6
Anklagefähige Ermittlungsverfahren i.e.S.	1.047.065	1.433.045	385.980	
Opportunitätseinstellungen ohne Auflagen (§§ 153, 153b StPO, § 45 I, II JGG, § 31a BtMG)	106.401	456.720	350.319	44,7
Opportunitätseinstellungen mit Auflagen (§ 153a StPO, § 45 III, 47 JGG, § 37 BtMG)	118.975	167.182	48.207	6,2
Anklage i.w.S. + Strafbefehlsantrag	821.689	809.143	-12.546	-1,6
Strafbefehlsantrag	344.193	406.180	61.987	7,9
Anklage i.w.S.	477.496	402.963	-74.533	-9,5
Anteile, bezogen auf anklagefähige Ermittlungsverfahren i.e.S.				
Opportunitätseinstellungen ohne Auflagen	10,2	31,9	21,7	
Opportunitätseinstellungen mit Auflagen	11,4	11,7	0,3	
Anklage i.w.S. + Strafbefehlsantrag	78,5	56,5	-22,0	
Strafbefehlsantrag	32,9	28,3	-4,5	
Anklage i.w.S.	45,6	28,1	-17,5	
Strafbefehlsrate (% Strafbefehl an Ankl.+Strafbef.)	41,9	50,2	8,3	
Sanktionskompetenz StA pro 100 Anklagen	119,3	255,6	136,3	

Datenquellen: Staatsanwaltschaftsstatistik.

Zwischen 1981 und 2006 stieg – in den alten Ländern, aber ohne Berlin, Hessen und Schleswig-Holstein²⁴ – die Zahl der von der StA selbst und abschließend erledigten Ermittlungsverfahren²⁵ von rd. 1,7 Millionen auf 2,5 Millionen, also um 45%. Dieser Anstieg des Geschäftsanfalls wurde zu knapp drei Vierteln (73,5%²⁶) durch Opportunitätseinstellungen aufgefangen, ein weiteres knappes Drittel (28,1%) durch vermehrte Einstellungen mangels hinreichenden Tatverdachts (§ 170 Abs. 2 StPO). Die Zahl der an das Gericht durch Anklagen oder Anträge auf Erlass eines Strafbefehls weitergegebenen Verfahren war hingegen rückläufig (-1,6%), trotz des gestiegenen Geschäftsanfalls. Der Anstieg polizeilich registrierter Kriminalität wurde also von der StA weitestgehend verfahrensrechtlich entkriminalisiert. Diese Entkriminalisierung erfolgte weitaus überwiegend durch Einstellungen ohne

²⁴ Die StA-Statistik wird seit 1981 veröffentlicht, allerdings nicht für alle Länder. In Berlin, Hessen und Schleswig-Holstein wurde die StA-Statistik erst Mitte bzw. Ende der 1980er Jahre eingeführt.

²⁵ Erledigungen gem. §§ 170 Abs. 2 StPO, §§ 153 ff. StPO, § 45 JGG, §§ 31a, 37 BtMG, Anklage oder Antrag auf Erlass eines Strafbefehls.

²⁶ 22,6% wurden eingestellt gem. §§ 154 ff. StPO, 44,7% wurden eingestellt gem. §§ 153, 153b StPO, §§ 45 Abs. 1 u. 2 JGG, § 31a BtMG, weitere 6,2% wurden eingestellt gem. § 153a StPO, § 45 Abs. 3 JGG, § 37 BtMG.

Auflagen.²⁷

4. These:

Kriminalpolitisch ist diese verfahrensrechtliche Entkriminalisierung verantwortbar, denn nach allen Untersuchungen der kriminologischen Wirkungsforschung ist die Rückfallrate nach einer Opportunitätseinstellung bei vergleichbaren Tat- und Tätergruppen nicht höher als nach einer Verurteilung. Diese Form der Entkriminalisierung befindet sich ferner in Übereinstimmung mit internationalen kriminalpolitischen Empfehlungen.

Kriminalpolitisch ist diese verfahrensrechtliche Entkriminalisierung verantwortbar. Wie die neueren Sekundäranalysen von Synowiec²⁸ und Fasoula²⁹ zur spezialpräventiven Wirkungsforschung belegen, war Diversion in den letzten 25 Jahren die am häufigsten untersuchte Sanktion im deutschen Jugendstrafrecht.³⁰ Nach allen Untersuchungen waren die Rückfallraten nach Diversion nicht höher als nach einer Verurteilung, und zwar unabhängig davon, wie die Legalbewährung gemessen wurde (BZR-Eintragungen oder Täterbefragungen) und unabhängig davon, ob ein quasi-experimentelles Design oder ein Kontrollgruppendesign zugrunde gelegt wurde.³¹

Die vom Gesetzgeber gewollte zunehmende Nutzung der Opportunitätsvorschriften befindet sich auch in Übereinstimmung mit internationalen kriminalpolitischen Tendenzen.³² Hinsichtlich des Ausbaus von „Diversion“

²⁷ Es lässt sich den statistischen Zahlen allerdings nicht entnehmen, ob Bagatellkriminalität zugenommen hat oder ob sich die Maßstäbe der StA hinsichtlich der Bewertung als „geringfügig“ geändert haben.

²⁸ Synowiec, P.: Wirkung und Effizienz der ambulanten Maßnahmen des Jugendstrafrechts, Stuttgart 1999.

²⁹ Fasoula, E.: Rückfall nach Divisionsentscheidungen im Jugendstrafrecht und im allgemeinen Strafrecht, München 2003.

³⁰ Spezialpräventive Wirkungsforschung zur Diversion im allgemeinen Strafrecht scheitert daran, dass Entscheidungen gem. §§ 153 ff. StPO nicht in das Bundeszentralregister eingetragen werden. Deshalb kann mit vertretbarem Aufwand weder eine Grundgesamtheit bestimmt und insbesondere die Legalbewährung nicht gemessen werden. Vgl. auch von Schlieben, E.: Legalbewährung nach Einstellung des Strafverfahrens, Jur. DisS. Erlangen-Nürnberg, 1994.

³¹ Vgl. Bareinske, Ch.: Sanktion und Legalbewährung im Jugendstrafverfahren in Baden-Württemberg, Freiburg i.Br. 2004; Crasmöller, B.: Wirkungen strafrechtlicher Sozialkontrolle jugendlicher Kriminalität, Pfaffenweiler 1996; Hock-Leydecker, G.: Die Praxis der Verfahrenseinstellung im Jugendstrafverfahren, Frankfurt a.M. u.a. 1994; Löhr-Müller, K.: Diversion durch den Jugendrichter, Frankfurt a.M. 2000; Matheis, B.: Intervenierende Diversion, jur. DisS. Mainz 1991; Storz, R.: Jugendstrafrechtliche Reaktionen und Legalbewährung, in: Heinz, W.; Storz, R.: Diversion im Jugendstrafverfahren der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bonn 1994, S. 131 ff.; Schumann, K. F. (Hrsg.): Berufsbildung, Arbeit und Delinquenz. 2 Bde., Weinheim/München 2003. Zusammenfassend Heinz, W.: Zahlt sich Milde wirklich aus? Diversion und ihre Bedeutung für die Sanktionspraxis, Teil 1, ZJJ 2005, S. 166 ff., Teil 2, ZJJ 2005, S. 302 ff; ferner Heinz, W.: Evaluation jugendkriminalrechtlicher Sanktionen – eine Sekundäranalyse deutschsprachiger Untersuchungen, in: Lösel, F. u.a. (Hrsg.): Kriminologie und wissenschaftsbasierte Kriminalpolitik, Mönchengladbach 2007, S. 495 ff.

³² Vgl. die Nachweise bei Heinz (Anm. 31, Milde), S. 166 f.

kann verwiesen werden auf die „Beijing-Grundsätze“ der Vereinten Nationen von 1985³³ sowie auf die „Riyadh-Richtlinien“³⁴ und die „Tokyo-Grundsätze“³⁵ von 1990, ferner auf die Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarates von 1987³⁶ und 1988³⁷.

5. These:

Die gegenwärtige Ausgestaltung der verfahrensrechtlichen Entkriminalisierung in Deutschland ist hingegen aus mehreren Gründen rechtsstaatlich problematisch. Die weitgehende Unbestimmtheit der Einstellungs Voraussetzungen eröffnet den Anwendern einen erheblichen Beurteilungsspielraum, der zur Ungleichheit in der Rechtsanwendung führt. Es kann zwar bestimmt werden, was strafbar ist; es kann aber nicht mehr – jedenfalls im Bereich der leichten und mittleren Kriminalität – bestimmt werden, was davon auch bestraft wird. Die Staatsanwaltschaft ist weisungsgebunden; ein „Federstrich“ eines Landesjustizministers kann darüber entscheiden, ob eingestellt oder angeklagt wird. Die Einstellungsentscheidungen sind, h.L. zufolge, gerichtlich nicht überprüfbar, Verletzter wie Beschuldigter sind rechtsschutzlos.

³³ Mindestgrundsätze der Vereinten Nationen für die Jugendgerichtsbarkeit ('Beijing-Grundsätze') von 1985 (abgedruckt in Höynck, Th.; Neubacher, F.; Schüler-Springorum, H.: Internationale Menschenrechtsstandards und das Jugendkriminalrecht. Dokumente der Vereinten Nationen und des Europarates, Berlin 2001, S. 74 ff.), wonach Diversion, „soweit angebracht“, praktiziert werden soll (Nr. 11.1).

³⁴ Nr. 58 der Richtlinien, zitiert nach Höynck u.a. (Anm. 33), S. 92: "Die in der Jugendgerichtsbarkeit tätigen Personen ... müssen dafür ausgebildet sein, den Bedürfnissen junger Menschen gerecht zu werden; sie sollen die Möglichkeiten, bei jungen Menschen von einem förmlichen Strafverfahren abzusehen (Diversion) und sie ggf. an bestimmte Einrichtungen und Projekte zu überweisen, kennen und von ihnen so weit wie nur möglich Gebrauch machen."

³⁵ Nr. 5.1 der Mindestgrundsätze, zitiert nach Höynck u.a. (Anm. 33), S. 134: „Wo dies angemessen und mit dem Rechtssystem vereinbar ist, sollte die Polizei, die Anklagebehörde oder andere mit Strafsachen befasste Stellen ermächtigt werden, das Verfahren einzustellen, wenn sie der Überzeugung sind, dass ein Verfahren weder zum Schutze der Gesellschaft noch zur Verbrechenverhütung, zur Förderung der Gesetzestreue oder mit Rücksicht auf die Rechte des Opfers notwendig ist.“

³⁶ Vgl. Empfehlung des Ministerkomitee des Europarates Nr. R (87) 20 über "die gesellschaftlichen Reaktionen auf Jugendkriminalität". Nr. II, 3 (abgedruckt bei Höynck u.a. [Anm. 33], S. 197 ff.). Danach sollen die Mitgliedstaaten „2. die Entwicklung von Diversions- und Vermittlungsverfahren auf staatsanwaltlicher Ebene (Absehen von der Verfolgung/Einstellung der Verfahren) oder in Ländern, in denen die Polizei staatsanwaltliche Funktionen wahrnimmt, auf polizeilicher Ebene zu fördern, um zu verhindern, dass Minderjährige mit der Strafgerichtsbarkeit und den sich daraus ergebenden Folgen konfrontiert werden; an derartigen Verfahren sollten Einrichtungen oder Institutionen der Jugendhilfe beteiligt werden“.

³⁷ Vgl. Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates Nr. R (88) 6 über "die gesellschaftlichen Reaktionen auf Kriminalität unter Jugendlichen aus Gastarbeiterfamilien", Nr. 10 (abgedruckt bei Höynck u.a. [Anm. 33], S. 202 ff.). Die Mitgliedstaaten werden u.a. aufgefordert, dafür Sorge zu tragen, dass Migranteng jugendlichen „die Neuerungen auf dem Gebiet der Jugendrechtspflege und -betreuung in gleichem Maß zugute kommen wie einheimischen Jugendlichen (Diversion, Vermittlung, andere neue Formen der Intervention usw.).“

Die gegenwärtige Ausgestaltung der verfahrensrechtlichen Entkriminalisierung ist aus mehreren Gründen rechtsstaatlich problematisch. Zu diesen Gründen zählen insbesondere:³⁸

1. Die Opportunitätsvorschriften sind sowohl hinsichtlich ihrer Anwendungsvoraussetzungen als auch ihrer Rechtsfolgen vage und unbestimmt. Die Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe erfolgt deshalb uneinheitlich und nach verschiedensten Zweckmäßigkeitserwägungen. Infolgedessen bestehen Unterschiede in Abhängigkeit vom Delikt, d.h. die Bagatellgrenze endet bei „Alltagskriminalität“ sehr viel früher als z.B. bei „Wirtschaftskriminalität“.³⁹ Es bestehen ferner Unterschiede zwischen den Ländern, zwischen den Behörden und sogar zwischen einzelnen Dezernaten innerhalb einer Staatsanwaltschaft. Das Ausmaß dieser Unterschiede kann nicht durch Tat- und Tätermerkmalen erklärt werden.⁴⁰ Die vom BVerfG geforderte „im Wesentlichen einheitliche Einstellungspraxis“⁴¹ ist danach nicht gegeben.
2. § 153a StPO kann zu einer Privilegierung finanziell besser gestellter Täter benutzt werden, insbesondere bei zweifelhafter Sach- und / oder Rechtslage.⁴²
3. Der Staatsanwalt genießt keine richterliche Unabhängigkeit. Die StA ist eine weisungsgebundene Landesbehörde. Das in §§ 146, 147 Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) verankerte (interne und externe) Weisungsrecht bietet die Möglichkeit, die Rechtsanwendungspraxis der StA zu steuern. In 15 der 16 Bundesländer haben die Justizminister durch (zumeist unveröffentlichte) Richtlinien davon Gebrauch gemacht. Diese Richtlinien sind freilich öffentlicher und wissenschaftlicher Debatte sowie parlamentarischer Festlegung weitgehend entzogen.⁴³ Soweit diese Richtlinien zugänglich sind, kommen einschlägige Auswertungen zum Ergebnis, dass sie sowohl im allgemeinen Strafrecht als auch im Betäubungsmittelstrafrecht (bei harten Drogen) uneinheitlich sind.⁴⁴ Der „Federstrich“ eines

³⁸ Eingehend Horstmann (Anm. 11), S. 125 ff.

³⁹ Für staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren des Jahres 1970 wurde festgestellt, dass sich der durchschnittliche Schaden bei den gem. § 153 Abs. 1 StPO eingestellten Verfahren wegen Ladendiebstahls auf 24 DM belief (Blankenburg, E.; Sessar, K.; Steffen, W.: Die Staatsanwaltschaft im Prozess strafrechtlicher Sozialkontrolle, Berlin 1978, S. 151, Tab. 14). In den von Meinberg untersuchten, 1979/80 erledigten Wirtschaftsstrafverfahren betrug hingegen der durchschnittliche Schaden der gem. § 153 Abs. 1 StPO eingestellten Verfahren 22.000 DM (bei Nichtberücksichtigung von Verfahren mit extrem hohen Schadenssummen allerdings "nur" noch 4.000 DM) (Meinberg, V.: Geringfügigkeitseinstellungen von Wirtschaftsstrafsachen, Freiburg i.Br. 1985, S. 121 f., Tab. 30, 31).

⁴⁰ Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht (Anm. 2), S. 546 ff.

⁴¹ BVerfGE 90, 145 (190).

⁴² Vgl. die Beispiele bei Horstmann (Anm. 11), S. 195 ff.

⁴³ Vgl. Heinz, W.: Diversion im Jugendstrafrecht und im allgemeinen Strafrecht – Teil 3, DVJJ-Journal 1999, S. 131 ff.

⁴⁴ Vgl. Aulinger, S.: Rechtsgleichheit und Rechtswirklichkeit bei der Strafverfolgung von Drogenkonsumenten, Baden-Baden 1997, S. 133; Braasch u.a. (Anm. 21), S. 126 ff.; Männlein, U.: Empirische und kriminalpolitische Aspekte zur Anwendung der Opportunitätsvorschriften §§ 153, 153a StPO durch die Staatsanwaltschaft, jur. DisS. Bielefeld 1992, S. 118.

(Landes-)Justizministers entscheidet also abstrakt darüber, ob ein strafbarer Täter zu einer mit einem sozialetischen Unwerturteil verbundenen Strafe verurteilt wird oder nicht. Es besteht deshalb die Gefahr, dass die Anwendung der Opportunitätsvorschriften flexibel den Bedürfnissen der Strafrechtspflege, kriminalpolitischen Strömungen und politischen Programmen angepasst wird.

4. Die Opportunitätsvorschriften stellen den durch die Tat Verletzten wie den Beschuldigten verfahrensrechtlich schutzlos. Eine Begründung der Einstellungsentscheidung ist nicht erforderlich, eine gerichtliche Überprüfung nach h.L.⁴⁵ nicht zulässig. Gegen eine Verfahrenseinstellung kann sich der Verletzte, von der Gegenvorstellung und der Dienstaufsichtsbeschwerde abgesehen, nicht zur Wehr setzen. Er braucht weder gehört noch unterrichtet zu werden. Ein Klageerzwingungsverfahren ist – im Unterschied zur Einstellung mangels hinreichenden Tatverdachts – unzulässig (§ 172 Abs. 2 Satz 3 StPO). Auch der Beschuldigte hat – abgesehen von der Verweigerung seiner Zustimmung bei einer Einstellung unter Auflagen (§ 153a StPO) – keine rechtliche Möglichkeit, ein Hauptverfahren zu erzwingen, um einen Freispruch zu erzielen. Derzeit fehlt demnach eine externe Kontrolle der aufgrund fast uneingeschränkter staatsanwaltlicher – also exekutivischer – Ermessensmacht getroffenen Einstellungsentscheidung. Mangels Rechtsbehelf gibt es auch keine Kontrollinstanz, die „die Einhaltung des Gesetzes und einheitliche Maßstäbe wahren kann.“⁴⁶

6. These:

Für den Gesetzgeber der Gegenwart ist das Strafbefehlsverfahren „eines der wichtigsten Institute der Strafprozessordnung zur ökonomischen Verfahrenserledigung“. Neben den Opportunitätseinstellungen ist das Strafbefehlsverfahren für die Rechtspraxis das zweite bedeutsame Instrument zur Verfahrensvereinfachung und -beschleunigung. Obwohl nach der Konzeption der StPO die Hauptverhandlung der Höhepunkt des Strafverfahrens ist, ist inzwischen eine vollständige Hauptverhandlung – statistisch gesehen – die Ausnahme. Die Mehrzahl aller Verurteilungen erfolgt im Strafbefehlsverfahren.

In ihrem Abschlussbericht aus dem Jahr 2000 stellte die vom Bundesministerium der Justiz eingesetzte „Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems“ fest, dass z.B., den Länderrichtlinien zufolge, 1998 die Wertobergrenze für eine folgenlose Einstellung gem. § 153 Abs. 1 StPO bei Ersttätern – sofern eine solche Grenze in den einzelnen Richtlinien überhaupt angegeben wird – teils bei 10 DM (Baden-Württemberg), teils bei 100 DM (Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Schleswig-Holstein) lag (vgl. Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems: Abschlussbericht, März 2000, S. 155 f., <http://www.bmj.bund.de/media/archive/137.pdf>).

⁴⁵ Zusammenfassend Horstmann (Anm. 11), S. 234 ff.

⁴⁶ Hirsch (Anm. 6), S. 39.

Von der Konzeption der StPO her ist die Hauptverhandlung der „Höhepunkt des gesamten Strafprozesses“. „Alle Beweise müssen hier noch einmal nach den Prinzipien der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit, nach den Regeln des Strengbeweises und unter Kontrolle der Öffentlichkeit erhoben werden. Das Urteil darf allein aus dem ‚Inbegriff der Hauptverhandlung‘ gewonnen werden. Auch der Grundsatz des rechtlichen Gehörs ist nirgends so umfassend ausgestaltet wie in der Hauptverhandlung (Vernehmung zur Person und zur Sache, Recht auf Zeugenbefragung und Abgabe von Erklärungen, letztes Wort ...).“⁴⁷ Diese Grundsätze der Öffentlichkeit, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit gelten nicht im Strafbefehlsverfahren, das deshalb in der StPO als Ausnahme konzipiert war. Es handelt sich um ein summarisches und schriftliches Verfahren. In ihm dürfen auf Antrag der StA durch schriftlichen vom Richter zu erlassenden Strafbefehl nur bestimmte Strafen verhängt werden: Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr, ausgesetzt zur Bewährung (§ 407 StPO), Letzteres aber nur, wenn der Angeschuldigte anwaltlich vertreten war. Wird dem Antrag, wie praktisch zumeist, durch das Gericht stattgegeben, findet (zunächst) keine Hauptverhandlung statt. Der Angeschuldigte kann sie aber durch Einlegung eines Einspruchs erzwingen.

Die arbeitsökonomischen Vorteile des Strafbefehlsverfahrens für die Justiz sind offensichtlich: Ohne Hauptverhandlung kann auf Antrag der StA durch einen Richter eine Kriminalstrafe auf schriftlicher Grundlage festgesetzt werden. Einer persönlichen Anhörung durch den Richter „bedarf es nicht“ (§ 407 Abs. 3 StPO). Die durch § 163a StPO gebotene Vernehmung des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren wird regelmäßig durch die Polizei erfolgen, so dass auch eine persönliche Anhörung durch die StA zumeist nicht stattfindet. Für den Gesetzgeber der Gegenwart ist deshalb das Strafbefehlsverfahren „eines der wichtigsten Institute der Strafprozessordnung zur ökonomischen Verfahrenserledigung und deshalb als Instrument zur Entlastung der Strafjustiz im Bereich der amtsgerichtlichen Verfahren besonders geeignet.“⁴⁸

Von der Möglichkeit des Strafbefehlsverfahrens hat die StA in zunehmendem Maße Gebrauch gemacht. Der Anteil der Strafbefehlsanträge an allen Verfahren, in denen die StA entweder Anklage i.w.S.⁴⁹ erhoben oder Antrag auf Erlass eines Strafbefehls gestellt hat, stieg – alte Länder (ohne Berlin, Hessen und Schleswig-Holstein) – von 42% (1981) auf 50% (2006)⁵⁰ an. Anklagen und Strafbefehlsanträge halten sich derzeit die Waage (vgl. **Schaubild 3**), das Strafbefehlsverfahren ist keine Ausnahme.

Mangels statistischer Daten war lange Zeit unbekannt, wie „erfolgreich“ die StA mit Anklagen bzw. Strafbefehlsanträgen ist und welche Sanktionen

⁴⁷ Roxin, C.: Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., München 1998, § 42 Rdnr 1.

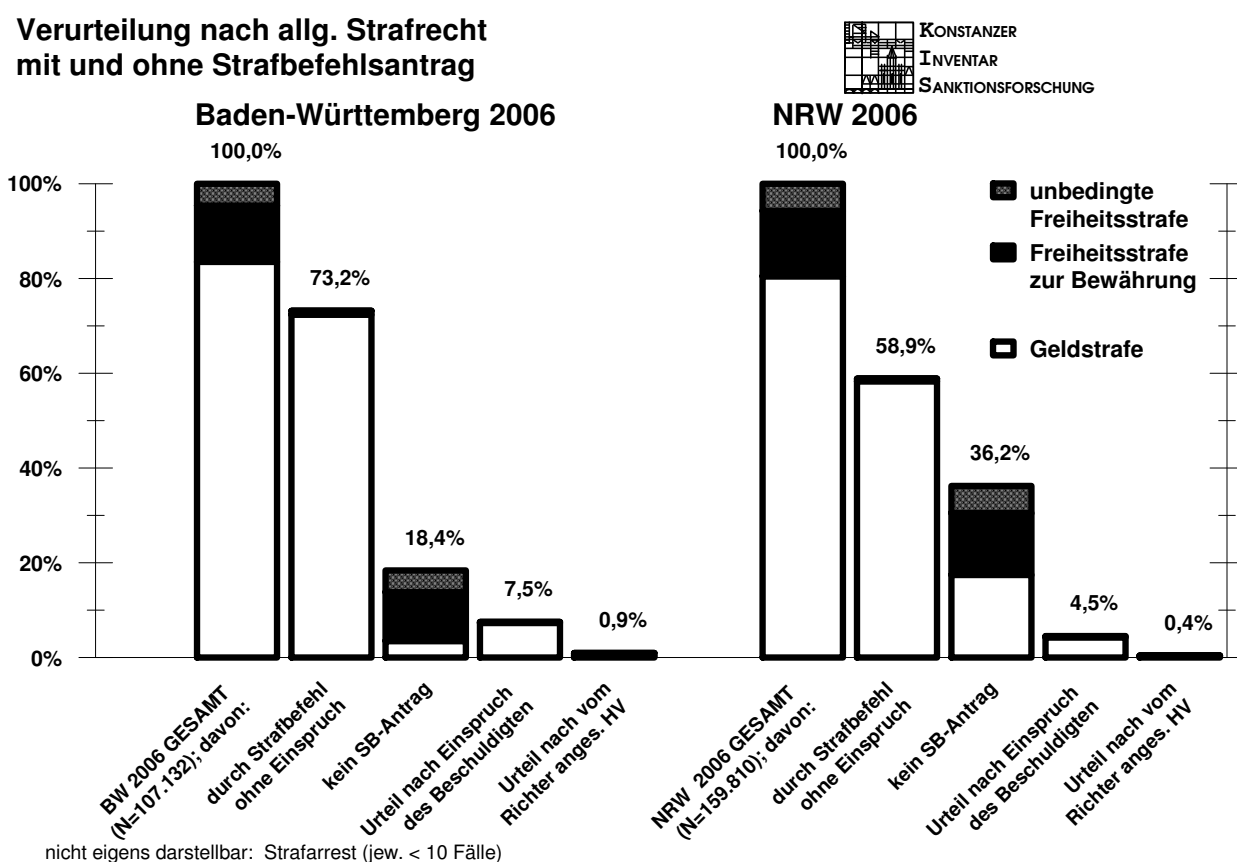
⁴⁸ Begründung zum „Entwurf eines Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege“ vom 27.09.1991 (BT-DrS. 12/1217), S. 42.

⁴⁹ 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.

⁵⁰ Vgl. hierzu Heinz, W.: Der Strafbefehl in der Rechtswirklichkeit, in: Festschrift für Heinz Müller-Dietz, München 2001, S. 271 ff.

verhängt werden. Durch Sondererhebungen aus Baden-Württemberg und Nordrhein-Westfalen liegen seit einigen Jahren erstmals Daten auch hierzu vor (vgl. **Schaubild 4**). Im Schnitt der beiden Länder erfolgten 2006 knapp zwei Drittel (65%) aller Verurteilungen durch Strafbefehl ohne Einspruch (Baden-Württemberg: 73%; Nordrhein-Westfalen: 59%). Die Verurteilung zu einer Geldstrafe erfolgte zu knapp 80% durch Strafbefehl (Baden-Württemberg 2006: 87%; Nordrhein-Westfalen 2006: 73%). Der Grundsatz, dass eine Kriminalstrafe nur aufgrund mündlicher Verhandlung verhängt werden darf, gilt danach – jedenfalls in diesen beiden Ländern – im allgemeinen Strafrecht faktisch nur noch für die Freiheitsstrafe.

Schaubild 4: Nach allgemeinem Strafrecht Verurteilte nach Art der Sanktion und nach Art der Entscheidung (Strafbefehl/Urteil) – Baden-Württemberg und Nordrhein-Westfalen 2006



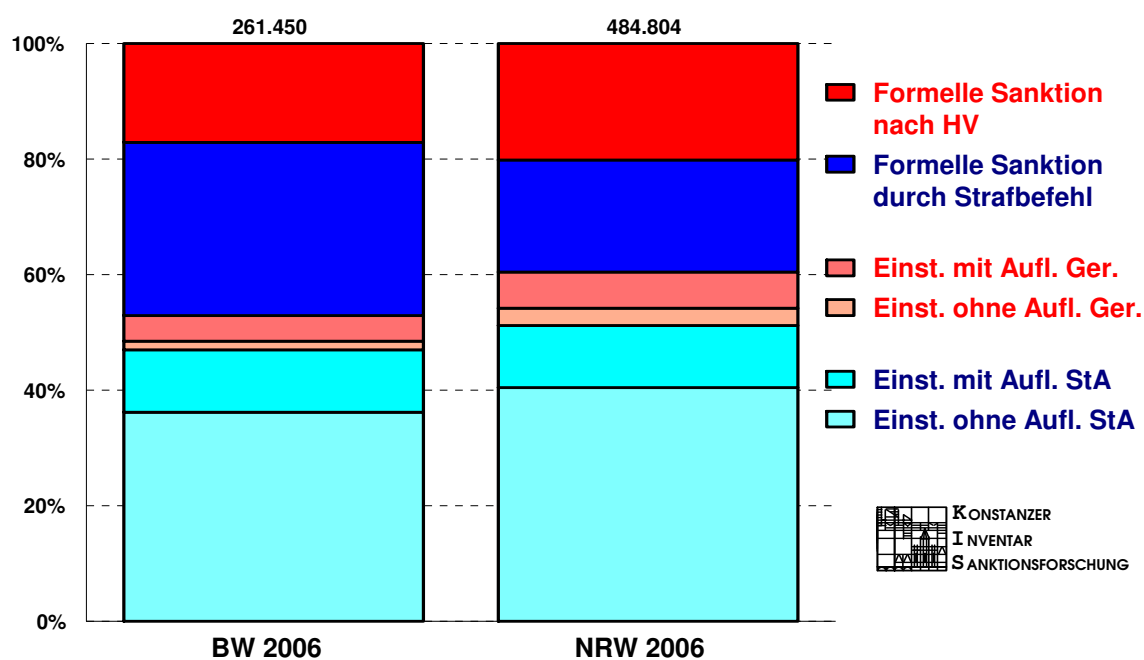
Auszüge aus dem Datenblatt zu Schaubild 4:

Baden-Württemberg 2006	Verurteilung nach allgemeinem Strafrecht				
	insgesamt	Verurteilung durch Strafbefehl ohne Einspruch	Urteil nach Einspruch gegen einen Strafbefehl	Urteil nach vom Richter anberaumter Hauptver- handlung auf Strafbefehls- antrag	Urteil ohne vorange- gangenen Strafbefehls- antrag
	N	n	n	n	n
insgesamt	107.132	78.416	8.013	996	19.707
Geldstrafe	89.419	77.533	7.811	345	3.730
Strafarrest	5	0	0	0	5
bedingte Freiheitsstrafe	12.757	883	202	651	11.021
unbedingte Freiheitsstrafe	4.951	0	0	0	4.951
Anteile, bezogen auf insgesamt der jeweiligen Zeile (Zeilenprozente)					
insgesamt	100	73,2	7,5	0,9	18,4
Geldstrafe	100	86,7	8,7	0,4	4,2
Strafarrest	100	0,0	0,0	0,0	100,0
bedingte Freiheitsstrafe	100	6,9	1,6	5,1	86,4
unbedingte Freiheitsstrafe	100	0,0	0,0	0,0	100,0
Nordrhein-Westfalen 2006					
insgesamt	159.810	94.051	7.252	660	57.847
Geldstrafe	128.525	93.211	6.807	614	27.893
Strafarrest	2	0	0	0	2
bedingte Freiheitsstrafe	22.039	840	378	44	20.777
unbedingte Freiheitsstrafe	9.244	0	67	2	9.175
Anteile, bezogen auf insgesamt der jeweiligen Zeile (Zeilenprozente)					
insgesamt	100	58,9	4,5	0,4	36,2
Geldstrafe	100	72,5	5,3	0,5	21,7
Strafarrest	100	0,0	0,0	0,0	100,0
bedingte Freiheitsstrafe	100	3,8	1,7	0,2	94,3
unbedingte Freiheitsstrafe	100	0,0	0,7	0,0	99,3

Datenquelle: Statistisches Landesamt Baden-Württemberg: Strafverfolgungsstatistik 2006.
Landesamt für Statistik und Datenverarbeitung Nordrhein-Westfalen: Strafverfolgungsstatistik 2006.

Die Marginalisierung der Hauptverhandlung zeigt vor allem die Zusammenschau der aus Baden-Württemberg und Nordrhein-Westfalen vorliegenden Daten zum Strafbefehl und zur informellen Sanktionierung (vgl. **Schaubild 5**): Nur noch knapp 20% der (informell oder formell) Sanktionierten werden danach in einer Hauptverhandlung sanktioniert.

Schaubild 5: Marginalisierung der nach mündlicher Hauptverhandlung verhängten Sanktionen
Informelle Sanktionierung durch StA und Gericht; formelle Sanktionierung durch Strafbefehl oder nach mündlicher Hauptverhandlung
Baden-Württemberg und Nordrhein-Westfalen 2006
(in % der formell oder informell nach allgemeinem und Jugendstrafrecht Sanktionierten insgesamt)



Auszüge aus dem Datenblatt zu Schaubild 5:

2006	Baden- Württemberg		Nordrhein- Westfalen	
	N	%	N	%
(informell oder formell) Sanktionierte insgesamt	261.450	100,0	484.804	100,0
Informell Sanktionierte	138.335	52,9	292.937	60,4
Einstellungen ohne Auflagen durch die StA (§§ 153 I, 153b I StPO, § 45 I, II JGG, § 31a I BtMG)	94.576	36,2	196.136	40,5
Einstellungen ohne Auflagen durch das Gericht (§§ 153 II, 153b II StPO; § 31a II BtMG)	28.244	10,8	52.050	10,7
Einstellungen mit Auflagen durch die StA (§ 153a I, § 45 III JGG, § 37 I BtMG)	3.902	1,5	14.575	3,0
Einstellungen mit Auflagen durch das Gericht (§ 153a II StPO; § 37 II BtMG) und nach § 47 JGG	11.613	4,4	30.176	6,2
Formell Sanktionierte	123.115	47,1	191.867	39,6
Formelle Sanktionen durch Strafbefehl	78.416	30,0	94.051	19,4
Formelle Sanktionen ohne Strafbefehl	44.699	17,1	97.816	20,2
Einst. mit Auflagen oder formell Sanktionierte	162.972	100,0	274.093	100,0
Einstellungen mit Auflagen	39.857	24,5	82.226	30,0
Formelle Sanktionen durch Strafbefehl	78.416	48,1	94.051	34,3
Formelle Sanktionen ohne Strafbefehl	44.699	27,4	97.816	35,7

Legende:

Formelle Sanktion nach HV: Verurteilung aufgrund vorangegangener Hauptverhandlung

Formelle Sanktion durch Strafbefehl: Verurteilung durch rechtskräftig gewordenen Strafbefehl ohne Einspruch

Einst. mit Aufl. Gericht: Personen mit Einstellungen gem. § 153a Abs. 2 StPO, § 47 i.V.m. § 45 Abs. 3 JGG, § 37 Abs. 2 BtMG.

Einst. ohne Aufl. Gericht: Personen mit Einstellungen gem. §§ 153 Abs. 2, 153b Abs. 2, 153c Abs. 3, 153d Abs. 2, 153e Abs. 2, 154e Abs. 2, 383 Abs. 2 StPO, § 47 i.V.m. § 45 Abs. 1, 2 JGG und mangels Reife, § 31a Abs. 2 BtMG.

Einst. mit Aufl. StA: Personen mit Einstellungen gem. § 153a Abs. 1 StPO, § 45 Abs. 3 JGG, § 37 Abs. 1 BtMG bzw. § 38 Abs. 2 i.V.m. § 37 Abs. 1 BtMG.

Einst. ohne Aufl. StA: Personen mit Einstellungen gem. §§ 153 Abs. 1, 153b Abs. 1 StPO, § 45 Abs. 1, 2 JGG, § 31a Abs. 1 BtMG.

Datenquelle: Staatsanwaltschaftsstatistik 2006; Justizgeschäftsstatistik in Strafsachen 2006.
 Statistisches Landesamt Baden-Württemberg: Sondererhebung für die Strafverfolgungsstatistik 2006.
 Landesamt für Statistik und Datenverarbeitung Nordrhein-Westfalen: Sondererhebung für die Strafverfolgungsstatistik 2006.

7. These:

Rechtsstaatlich ist das Strafbefehlsverfahren nicht unbedenklich. Auf zentrale Prozessgrundsätze (Öffentlichkeit, Mündlichkeit) wird verzichtet, eine Beweisaufnahme durch das Gericht erfolgt nicht. Es kann deshalb sogar zur Vollstreckung von Freiheitsstrafen kommen, obwohl die Strafsache nicht Gegenstand einer mündlichen Verhandlung war und – bei Ersatzfreiheitsstrafen – weder der Staatsanwalt noch der Richter jemals den Beschuldigten gesehen oder gehört hat.

Rechtsstaatlich ist das Strafbefehlsverfahren nicht unproblematisch.⁵¹ Auf die Prozessgrundsätze der Öffentlichkeit und Mündlichkeit wird verzichtet. Eine Beweisaufnahme durch das Gericht fehlt. An die Stelle richterlicher Einzelfallprüfung und Strafzumessung tritt in zunehmende Maße faktisch eine staatsanwaltliche Sanktionsbemessung bzw. Strafzumessung. Zwar ist der Richter für den Erlass des Strafbefehls verantwortlich, faktisch folgt der Richter aber fast immer dem Antrag der Staatsanwaltschaft.⁵² Rechtsstaatlich besonders bedenklich ist, dass es möglich ist, eine Freiheitsstrafe zu verhängen, die ihre Grundlage in einem Strafbefehl hat, der ohne richterliche Anhörung ergangen ist. Während beim Widerruf der zur Bewährung ausgesetzten Strafe der Verurteilte vom Richter gem. § 453 StPO anzuhören ist, ist dies bei der Verhängung und Vollstreckung einer Ersatzfreiheitsstrafe, die an die Stelle einer durch Strafbefehl verhängten Geldstrafe tritt, nicht der Fall.

Trotz aller grundsätzlicher Bedenken wird das Strafbefehlsverfahren in der Wissenschaft überwiegend aus praktischen Gründen für unentbehrlich gehalten, weil angesichts der großen Masse von Bagatelldelikten die Justiz überfordert wäre und nicht mehr genügend Zeit hätte, komplizierte und schwere Straftaten sorgfältig aufzuklären.⁵³ Der Bundesrat hat jüngst in seinem „Entwurf eines Gesetzes zur Effektivierung des Strafverfahrens“ vom 30.11.2006⁵⁴ sogar vorgeschlagen, die gegenwärtige Beschränkung des Strafbefehlsverfahrens auf Verfahren vor den Amtsgerichten aufzuheben und künftig dieses Verfahren auch vor den Land- (z.B. in Wirtschaftsstraf- oder Korruptionsverfahren) und Oberlandesgerichten zuzulassen. Ferner sollten künftig Freiheitsstrafen bis zu zwei Jahren, die zur Bewährung ausgesetzt werden, im Strafbefehlsverfahren verhängt werden dürfen. Die Bundesregierung hat diesen Vorschlägen allerdings nicht zugestimmt; zutreffend hat das Bundesministerium der Justiz darauf hingewiesen, dass die für die Aussetzung einer 12 Monate übersteigenden Freiheitsstrafe zur Bewährung erforderliche Sozialprognose wohl kaum im schriftlichen Verfahren zu treffen sein dürfte.

⁵¹ Zusammenfassend Ambos, K.: Verfahrensverkürzung zwischen Prozessökonomie und 'fair trial', Jura 1998, S. 281 (288).

⁵² Deshalb wird – in empirischer Betrachtung – davon gesprochen, der Erlass eines Strafbefehls habe fast nur noch den "Charakter einer Gegenzeichnungsprozedur" (Sessar, Klaus: Die Staatsanwaltschaft im Prozess sozialer Kontrolle, Mitteilungen aus der Max-Planck-Gesellschaft, Heft 2, 1974, S. 95).

⁵³ Vgl. statt vieler Roxin (Anm. 47), § 66 Rdnr. 2.

⁵⁴ BT-DrS. 16/3659. Der Entwurf ist im Deutschen Bundestag noch nicht beraten.

8. These:

Die Urteilsabsprache, also die Verständigung über das Verfahrensergebnis, hat sich im Strafverfahren etabliert. Mit den überkommenen Grundsätzen des Strafverfahrens, wie der Aufklärungspflicht des Gerichts, der Schuldangemessenheit der Strafe und der Fairness des Verfahrens, lässt sie sich nicht ohne Weiteres in Einklang bringen. Es bedarf deshalb der gesetzgeberischen Entscheidung.

Sein Urteil soll das Gericht, so sehen es die Beweisgrundsätze vor, aus dem Inbegriff des in der Hauptverhandlung erörterten Prozessstoffes schöpfen. Seit einigen Jahren indes breiten sich Urteilsabsprachen praeter (oder: contra) legem aus.⁵⁵ Darunter ist die nach Anklageerhebung erfolgende Verständigung der Verfahrensbeteiligten über das Verfahrensergebnis zu verstehen. Dabei ist „die mit großem Abstand häufigste Form der Urteilsabsprache ... die Vereinbarung eines Geständnisses, das der Angeklagte im Hinblick auf eine in Aussicht gestellte mildere Bestrafung abzulegen bereit ist.“⁵⁶

Urteilsabsprachen scheinen inzwischen zum täglichen Geschäft der Tatgerichte zu gehören. Sektorale Schwerpunkte waren zunächst Verfahren, in denen der Sach- und Schadensumfang sowie die „Verquickung des Tatgeschehens mit komplizierten ökonomischen Gesamtzusammenhängen und die daraus sich ergebende Stofffülle“⁵⁷ tendenziell zur Bereitschaft von StA und Gericht beitrug, eine Absprache einer im Ausgang ungewissen und langwierigen prozessualen Klärung vorzuziehen. Dies waren vor allem Wirtschafts-, Steuer- und komplexe Umweltstrafsachen sowie Verfahren der Organisierten Kriminalität. Dieser Anwendungsbereich hat sich inzwischen aber erweitert. Absprachen sind „in Prozessen der Alltagskriminalität anzutreffen ... sogar Schwurgerichtssachen (werden) auf informellem Wege erledigt ... ebenso werden Absprachen im Bereich der Sexualdelikte verstärkt praktiziert“.⁵⁸

Auf Seiten der Justiz werden als Ursachen der Absprachepraxis vor allem die Überlastung durch die Verfahrensflut und die Zunahme komplexer, überlanger Verfahren genannt, ferner die überproportionale Zunahme von Verfahren mit objektiv schwieriger Sach- und Rechtslage, nicht zuletzt als Folge neuerer Gesetzgebung, ferner eine häufiger vorkommende Konfliktvermeidung sowie Opfer- und Zeugenschutz durch Schlichtung bzw. durch Vermeidung von belastenden Vernehmungen. Der Angeklagte ist in diesen Verfahren zumeist daran interessiert, die Dauer eines Strafverfahrens zu verkürzen sowie eine Strafmilderung, insbesondere eine Strafaussetzung zur Bewährung, zu erreichen. Dass mit dem Schadensumfang und der Professionalität des Täterhandelns die Wahrscheinlichkeit einer Absprache nicht etwa sinkt sondern steigt, lässt in der Öffentlichkeit nicht selten den

⁵⁵ Vgl. Schünemann, B.: Zur Entstehung des deutschen „plea bargaining“, in: Festschrift für A. Heldrich. München 2005, S. 1177 ff.

⁵⁶ Weßlau, E.: Absprachen in Strafverfahren, ZStW 2004, S. 165.

⁵⁷ Rieß, P.: Prolegomena zu einer Gesamtreform des Strafverfahrensrechts, in: Festschrift für Karl Schäfer, Berlin, New York 1980, S. 185.

⁵⁸ Weichbrodt, K.: Das Konsensprinzip strafprozessualer Absprachen, Berlin 2006, S. 118.

Eindruck einer Privilegierung gerade der professionellen und besonders sozialschädlichen Kriminalitätsformen entstehen.

Über den quantitativen Umfang der Absprachenpraxis fehlen repräsentative empirische Erhebungen. Konservative Schätzungen gehen davon aus, dass „mindestens 15% – in Wirtschaftsstrafsachen über 25% – aller Hauptverhandlungen“ aufgrund von Absprachen beendet werden.⁵⁹ Nach anderen Schätzungen werden sogar weit mehr als 50% aller Strafverfahren mit einem abgesprochenen Ergebnis erledigt;⁶⁰ für den Bereich der Organisierten Kriminalität wurde von der niedersächsischen Justizministerin sogar eine Absprachenquote von über 80% angegeben.⁶¹ Eine neuere Befragung, die Altenhain u.a. 2005 bei Juristen mit Schwerpunkt im Wirtschaftsstrafrecht durchführte, ergab, dass 94% der Befragten bereits an Absprachen in Wirtschaftsverfahren teilgenommen und 57% sogar mehr als die Hälfte ihrer Verfahren konsensual erledigt haben. 81% der Befragten stimmten dem Satz zu: „Urteilsabsprachen sind für mich ein unverzichtbares Instrument zur Bewältigung⁶² von Wirtschaftsstrafverfahren“.

Durch die Absprachen werden die rechtsstaatlichen Grundsätze eines fairen Strafprozesses in mehrfacher Hinsicht tangiert, wenn nicht gar verletzt: Die Unschuldsvermutung wird nicht in einem justizförmigen Verfahren widerlegt, Untersuchungs- und Aufklärungsgrundsatz wird nicht allseitig Rechnung getragen. Die Überzeugung des Gerichts beruht nicht auf dem Inbegriff der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung. Die Grundsätze der Öffentlichkeit und Mündlichkeit sind nicht voll eingehalten. Die Rechte einiger Prozessbeteiligter, insbesondere der Laienrichter, werden unter Umständen nicht uneingeschränkt gewahrt. Opferrechte können verletzt werden.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat in zwei bahnbrechenden Entscheidungen versucht, zwischen den Bedürfnissen der Praxis und den Strafverfahrensprinzipien einen praktischen Ausgleich herzustellen.⁶³ Hierzu wurden folgende Eckpunkte aufgestellt:

„Das Gericht hat die Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit.

Der Schuldspruch steht nicht zur Disposition.

Auch das abgesprochene Geständnis kann strafmildernd berücksichtigt werden.

Verbot einer Punktstrafe; allein zulässig soll die Zusage einer Strafobergrenze sein.

Schuldangemessenheit der verhängten Strafe.

Verbot der Drohung mit einer höheren Strafe und des Versprechens eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils (so genannte „Sanktionenschere“).

⁵⁹ Vgl. Wolter, J., in: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Vor § 151, Rdnr 67.

⁶⁰ Schünemann, B.; Hauer, J.: Absprachen im Strafverfahren, AnwBl 2006, S. 439 ff.

⁶¹ Heister-Neumann, E.: Absprachen im Strafprozess – Der Vorschlag Niedersachsens zu einer gesetzlichen Regelung, ZRP 2006, S. 137 ff.

⁶² Altenhain, K.; Hagemeier, I.; Haimerl, M.; Stammen, K. H.: Die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren, Baden-Baden, 2007.

⁶³ BGHSt 43, 195; 50, 40.

Die Absprache muss unter Einbeziehung aller Verfahrensbeteiligten und Information der Öffentlichkeit in der Hauptverhandlung erfolgen und ist zu protokollieren.

Verbot der Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichtes mit dem Angeklagten.

Bindung des Gerichtes an eine solche Absprache, sofern nicht schwerwiegende neue Umstände bekannt werden.⁶⁴

Der Große Senat für Strafsachen des BGH hat in seiner die Absprache betreffenden Entscheidung⁶⁵ zutreffend betont: „Die Urteilsabsprache bewegt sich ... in die Richtung einer quasivertraglichen Vereinbarung zwischen dem Gericht und den übrigen Verfahrensbeteiligten. Die Strafprozessordnung in ihrer geltenden Form ist jedoch am Leitbild der materiellen Wahrheit orientiert, die vom Gericht in der Hauptverhandlung von Amts wegen zu ermitteln und der Disposition der Verfahrensbeteiligten weitgehend entzogen ist. Versuche der obergerichtlichen Rechtsprechung, Urteilsabsprachen, wie sie in der Praxis inzwischen in großem Umfang üblich sind, im Wege systemimmanenter Korrektur von Fehlentwicklungen zu strukturieren oder – wie die vorstehende Lösung zeigt – unter Schaffung neuer, nicht kodifizierter Instrumentarien ohne Bruch in das gegenwärtige System einzupassen, können daher nur unvollkommen gelingen und führen stets von neuem an die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung. Der Große Senat für Strafsachen appelliert an den Gesetzgeber, die Zulässigkeit und, bejahendenfalls, die wesentlichen rechtlichen Voraussetzungen und Begrenzungen von Urteilsabsprachen gesetzlich zu regeln. Es ist primär Aufgabe des Gesetzgebers, die grundsätzlichen Fragen der Gestaltung des Strafverfahrens und damit auch die Rechtsregeln, denen die Urteilsabsprache unterworfen sein soll, festzulegen. Dabei kommt ihm – auch von Verfassungs wegen – ein beachtlicher Spielraum zu.“

9. These:

Inzwischen liegen mehrere Entwürfe vor. Bei diesen Vorschlägen handelt es sich um systemimmanente Lösungen, die prinzipiell an die Leitlinien des BGH anknüpfen. Während sich aber der BGH bei seinen Leitlinien im Rahmen der gesetzlichen Vorentscheidungen bewegen musste, ist der Gesetzgeber daran nicht gebunden. Statt der gebotenen „großen Lösung“ hat er sich indes auf eine bloß systemimmanente Lösung beschränkt.

Inzwischen liegen mehrere Gesetzentwürfe zur Regelung von Urteilsabsprachen vor, ein Vorschlag des Strafrechtausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) von 2005,⁶⁶ ein Gesetzentwurf des Bundesrates

⁶⁴ Zusammenfassung der Eckpunkte der Entscheidung BGHSt 45, S. 193 ff., im Referentenentwurf eines Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom Mai 2006 (<http://www.bmj.bund.de/media/archive/1234.pdf>), S. 10, ferner im Entwurf der Bundesregierung „Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren“ vom 9.1.2009, S. 6 (<http://www.bmj.bund.de/media/archive/3457.pdf>).

⁶⁵ BGHSt 50, 40 ff,

⁶⁶ ZRP 2005, 235. Dazu Landau, H.; Bünger, R.; Urteilsabsprache im Strafverfahren, ZRP 2005, S. 268 ff.; Meyer-Goßner, L.: Zum Vorschlag der Bundesrechtsanwaltskammer für eine gesetzliche Regelung der Urteilsabsprache im Strafverfahren, StV 2006, S. 485 ff.

vom Dezember 2006⁶⁷ sowie ein Entwurf der Bundesregierung „Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren“ vom 21.1.2009⁶⁸.

Bei diesen Vorschlägen handelt es sich um systemimmanente Lösungen, die prinzipiell an die Leitlinien des BGH anknüpfen und versuchen, die Absprachen weitgehend ohne Eingriff in den Bestand der StPO in das geltende Strafverfahrensrecht zu integrieren: Der Gesetzentwurf der Bundesregierung sieht im Wesentlichen vor:

- Gegenstand der Verständigung dürfen nur die Rechtsfolgen sein, nicht der Schuldspruch. Das Gericht soll also immer eigenverantwortlich beurteilen, ob der Angeklagte die ihm vorgeworfene Straftat auch wirklich begangen hat. Der Angeklagte darf ferner nicht durch Inaussichtstellen einer unangemessenen Strafe zur Absprache gedrängt werden. Die Angabe einer Strafober- und Untergrenze durch das Gericht muss sich innerhalb der allgemeinen Strafzumessungsregeln bewegen.
- Im Zusammenhang mit einer Absprache darf sich das Gericht keinen Rechtsmittelverzicht versprechen lassen. Sofern dem Urteil eine Verständigung zu Grunde liegt, muss der Betroffene über seine Freiheit, Rechtsmittel einzulegen, informiert werden. Unterbleibt diese Belehrung, ist ein Rechtsmittelverzicht unwirksam.
- Der Angeklagte ist über alle Rechtsfolgen, die im Rahmen einer Verständigung von Bedeutung sind, zu belehren. Dem Angeklagten ist daher mitzuteilen, dass das Gericht bei Änderungen der Rechts- oder Sachlage nicht an die Verständigung gebunden ist. In diesem Fall darf das abgegebene Geständnis nicht verwertet werden.⁶⁹
- Die Verständigung muss sich in der Öffentlichkeit der Hauptverhandlung vollziehen. Die erforderliche Transparenz und Dokumentation des mit einer Verständigung verbundenen Geschehens wird – auch zum Zweck einer Nachprüfung in der Revision – durch umfassende Mitteilungs- und Protokollierungspflichten des Gerichtes sichergestellt.

Gemeinsam ist diesen Entwürfen, dass die Zulässigkeit der Absprachenpraxis nicht mehr in Frage gestellt – aber auch nicht besonders legitimiert – wird. Unterschiede bestehen vor allem hinsichtlich der Verwertbarkeit eines Geständnisses, wenn aufgrund neuer tatsächlicher Umstände oder einer veränderten rechtlichen Bewertung des Gerichts dessen Bindungswirkung entfallen ist, sowie hinsichtlich der Rechtsmittelbefugnis nach Absprache. Ob die angestrebte systemimmanente Lösung indes geglückt ist, wird kontrovers diskutiert.⁷⁰ Insbesondere wird weiterhin die Vereinbarkeit

⁶⁷ BR-DrS. 235/06.

⁶⁸ <http://www.bmj.bund.de/media/archive/3457.pdf>. Vgl. hierzu auch den Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz vom Mai 2006 (<http://www.bmj.bund.de/media/archive/1234.pdf>).

⁶⁹ Der Referentenentwurf hatte noch vorgesehen, dass eine Verwertung der Aussage in diesem Fall „grundsätzlich“ möglich ist. Durch die jetzige Regelung soll dem Fairnessprinzip Rechnung getragen werden.

⁷⁰ Vgl. aus der inzwischen nahezu unübersehbaren Literatur Duttge, G.: Von Flutwellen, Sümpfen und Wetterzeichen – zu den aktuellen Bestrebungen, Urteilsabsprachen per Gesetz zu "zähmen", in: Festschrift für R. Böttcher, Berlin 2007, S. 53 ff.; Gieg, G.: Letzter Anlauf für eine gesetzliche Regelung von Verständigungen im Strafverfahren?, GA 2007, S. 469 ff.; Gössel, K.-H.: Zur Zulässigkeit von Absprachen im Strafverfahren in der

der Amtsaufklärungspflicht mit der Urteilsabsprache bezweifelt und – teilweise – die Einführung eines echten konsensualen Verfahrens erwogen.⁷¹ Voraussichtlich wird es aber bei einer systemimmanenten Lösung bleiben.

10. These:

Eine Reform des Ermittlungsverfahrens ist geboten, die freilich vor dem Problem stehen wird, einen Ausgleich finden zu müssen zwischen der „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“, dem Schutz des Beschuldigten und dem Schutz des Opfers.

„Der Regelfall des Strafverfahrens ist ... heute ... ein informelles bzw. vereinfachtes Verfahren, ein Strafverfahren 'zweiter Klasse'".⁷² „Exekutives Recht“ und damit die Exekutive als neuer kriminalpolitischer Akteur ist u.a. die Folge der Zuweisung von Sanktionskompetenz an die StA. Im Hinblick auf diese Entwicklungen besteht Einigkeit darüber, dass erstens eine Gesamtreform des Strafverfahrens notwendig ist, dass zweitens diese Reform am Ermittlungsverfahren anzusetzen hat.⁷³ Denn dieses ist inzwischen das „eigentliche“ Verfahren, „an dessen Ende in den meisten Fällen die StA entweder allein oder – durch Urteilsabsprache – im Zusammenwirken mit dem Gericht oder der Verteidigung über die Sanktionierung des Beschuldigten entscheidet. ... Die Hauptverhandlung dient oft nur der förmlichen Ratifikation des Ergebnisses der Ermittlungen (und etwaiger Absprachen).“⁷⁴ Wie freilich eine derartige Reform aussehen sollte, die einerseits dem Gebot einer „funktionstüchtigen Strafrechtspflege“⁷⁵, andererseits aber verfassungs- und menschenrechtlichen Anforderungen

Rechtsprechung, in: Festschrift für R. Böttcher, Berlin 2007, S. 79 ff.; Graumann, A.: Vertrauensschutz und strafprozessuale Absprachen, Berlin 2006; Küpper, G.; Bode, K.–Ch.: Absprachen im Strafverfahren – Bilanz einer zehnjährigen Diskussion, Jura 1999, S. 351 ff., 393 ff.; Meyer-Gossner, L.: Absprachen im Strafprozess, in: Festschrift für R. Böttcher, Berlin 2007, S. 105 ff.; Meyer-Goßner, L.: Rechtsprechung durch Staatsanwaltschaft und Angeklagten? Urteilsabsprachen im Rechtsstaat des Grundgesetzes, NStZ 2007, S. 425 ff.; Schünemann, B.: Wetterzeichen vom Untergang der deutschen Rechtskultur. Die Urteilsabsprachen im Strafprozess als Abgesang auf die Gesetzesbindung der Justiz und den Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung, Berlin 2005; Schünemann, B.: Die Zukunft des Strafverfahrens – Abschied vom Rechtsstaat?, ZStW 2007, S. 945 ff.; Trüg, G.: Erkenntnisse aus der Untersuchung des US-amerikanischen plea bargaining-Systems für den deutschen Absprachediskurs, ZStW 2008, S. 331 ff.

⁷¹ Vgl. Trüg (Anm. 70); Weichbrodt, K.: Das Konsensprinzip strafprozessualer Absprachen, Berlin 2006; kritisch Weißlau, E.: Konsensprinzip als Leitidee des Strafverfahrens, Strafverteider Forum 2007, S. 1 ff.

⁷² Albrecht, H.-J.: Ist das Strafverfahren noch zu beschleunigen?, Neue Justiz 1994, S. 398.

⁷³ Vgl. statt vieler Rogall, K.: Die Rolle des Ermittlungsverfahrens in der Bundesrepublik Deutschland, in: Eser, A.; Kaiser, G. (Hrsg.): Zweites deutsch-ungarisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie, Baden-Baden 1995, S. 78 m.w.N.

⁷⁴ Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer: Alternativ-Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens (AE-EV), München 2001, S. 29.

⁷⁵ BVerfGE 33, 367 (383); 34, 2; 38, 248 f.; 80, 367 (375). Zusammenfassend Landau, H.: Die Pflicht des Staates zum Erhalt einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege, NStZ 2007, S. 121 ff.

genügen muss, ist freilich heftig umstritten. Gegenwärtig lässt sich noch nicht mit Gewissheit sagen, ob die weitere Entwicklung in Richtung eines mehr konsensualen Verfahrenstyps gehen wird, ob die inquisitorischen Elemente weiter gestärkt werden oder ob sich ein Konzept durchsetzen wird, in dem die Grund- und Menschenrechte Leitmotive sind.

Zwar liegen umfassende, z.T. auch ausformulierte Vorschläge vor; sie gehen indes in unterschiedliche Richtungen. So hat sich ein Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer, der schon zuvor u.a. Vorschläge zur „Reform der Hauptverhandlung“⁷⁶, zu „Zeugnisverweigerungsrechten und Beschlagnahmefreiheit“⁷⁷ oder zur (auch strafprozessualen Förderung von) „Wiedergutmachung“⁷⁸ unterbreitet hat, in seinem „Alternativ-Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens“⁷⁹ für eine deutliche Stärkung der Grund- und Menschenrechte des Bürgers eingesetzt. „Einen Kernbereich speziell des Intimitäts- und Persönlichkeitsrechts sehen sie als unübersteigbare Grenze auch für noch so dringende staatliche Ermittlungs-bemühungen an; und in den übrigen Fällen wird die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit von Eingriffen an einem strengeren Maßstab gemessen, als ihn der Gesetzgeber bei Veränderungen der Strafprozessordnung in den letzten Jahren angelegt hat.“⁸⁰

Die Frage ist freilich, ob derartige Reformen nicht bloßes Kurieren an Symptomen sind. Denn zumindest ein Teil der Ursachen für die als reformbedürftig angesehene Entwicklung, insbesondere im Bereich der zunehmenden Informalisierung und des Bedeutungsverlustes der Hauptverhandlung, liegt in der Überlastung der Strafrechtspflege durch steigende (registrierte) Kriminalität und durch kontinuierliche Vermehrung von Straftatbeständen. Auch künftig wird die Strafrechtspraxis Ventile suchen und finden

⁷⁶ Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer: Alternativ-Entwurf Novelle zur Strafprozessordnung - Reform der Hauptverhandlung, Tübingen 1985.

⁷⁷ Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer: Alternativ-Entwurf Zeugnisverweigerungsrechte und Beschlagnahmefreiheit (AE-ZVR), München 1996.

⁷⁸ Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer: Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM), München 1992.

⁷⁹ Vgl. Anm. 74.

⁸⁰ Arbeitskreis Anm. 74, 30. Dementsprechend werden im Entwurf Grundsätze ausformuliert, die zwar in Rechtsprechung und Lehre weitgehend unstreitig, aber im Text der StPO nicht enthalten sind. Auf diese Weise sollen die unübersteigbaren Grenzen staatlicher Machtausübung im Ermittlungsverfahren festgelegt werden. Die grundrechtsrelevanten Ermittlungshandlungen werden in drei Kategorien eingeteilt: „Ermittlungshandlungen, die gegen die Würde des Menschen verstoßen, sind ausnahmslos untersagt, und die Verwertung ihrer Ergebnisse unterliegt einem Verbot. Sonstige erhebliche Grundrechtseingriffe bedürfen einer speziellen gesetzlichen Ermächtigung und unterstehen dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, während nicht erheblich in Grundrechte eingreifende Ermittlungshandlungen schon aufgrund einer generellen Ermächtigung zulässig sind“ (aaO., V.). Ferner wird eine Neuregelung der Rechtsstellung des Beschuldigten und des Verletzten vorgeschlagen. Des Weiteren werden Vorschläge für eine weitreichende Reform der Rechtsstellung der StA gemacht. So soll z.B. die Opportunitätseinstellung wegen Geringfügigkeit auf echte Bagatellfälle beschränkt und in diesen Fällen das Entscheidungsermessen der StA aus rechtsstaatlichen Gründen reduziert werden.

müssen, um den „Überdruck“ abzulassen. Dies ist gegenwärtig bei den Urteilsabsprachen der Fall, dies wird auch künftig der Fall sein.⁸¹ Strafprozessuale Reformen allein können dieses Problem nicht lösen, stattdessen müssen Entlastungsmöglichkeiten durch materiellrechtliche Reformen oder außerstrafrechtliche Regelungsmechanismen ernsthaft in Erwägung gezogen werden.⁸² Der Gesetzgeber, der materiellrechtliche Entkriminalisierung zwar für das „falsche Signal“ hält, aber dafür massenhaft prozessuale, auf die „Leerformel“⁸³ des öffentlichen Interesses gestützte Entkriminalisierung zulässt, entzieht sich der (juristischen) Verantwortung. Auch deshalb ist der „Blick über den Zaun“ nach Korea und Japan so wichtig, um andere Lösungsmöglichkeiten kennen zu lernen und Erfahrungen auszutauschen.

⁸¹ „Die Praxis ist ... auf verfahrensbeendende Absprachen angewiesen, wenn sie ein Kollabieren vermeiden will, und es ist eine Illusion zu glauben, dies werde sich in Zukunft ändern“ (Schmitt, B.: Zu Rechtsprechung und Rechtswirklichkeit verfahrensbeendender Absprachen im Strafprozess, GA 2001, S. 426); Nehm, K.: Die Verständigung im Strafverfahren auf der Zielgeraden?, StV 2007, S. 549 ff.

⁸² Zutreffend Weigend, Th.: Empfehlen sich Änderungen des Strafverfahrensrechts mit dem Ziel, ohne Preisgabe rechtsstaatlicher Grundsätze den Strafprozess, insbesondere die Hauptverhandlung zu beschleunigen?, in: Verhandlungen des sechzigsten Deutschen Juristentages, 1994, M 11 (14).

⁸³ Roxin (Anm, 47), S. 89. Vgl. auch Gössel, der § 153a StPO als „bis zur Unklarheit formuliert“ beurteilt (Gössel, K.-H.: Empfehlen sich Änderungen des Strafverfahrensrechts mit dem Ziel, ohne Preisgabe rechtsstaatlicher Grundsätze den Strafprozeß, insbesondere die Hauptverhandlung zu beschleunigen?, in: Verhandlungen des sechzigsten Deutschen Juristentages, München 1994. C31).

Neue Tendenzen der Kriminalität in Japan im Lichte der Kriminalitätsstatistik

– Ist der Sicherheitsmythos in Japan zusammengebrochen? –

(Kurze Version)

Keiichi Yamanaka, Osaka

I. Drei Mythen in Bezug auf die Kriminalität in Japan

In Bezug auf die Kriminalitätsslage in Japan stehen vor allem die unten erwähnten drei „Mythen“ immer noch in Rede:¹

- 1) Mythos der geringen Anzahl der Kriminalfälle
- 2) Mythos der hohen Aufklärungsquote
- 3) Mythos der starken informellen Sozialkontrolle als Ursache der geringeren Kriminalität

Im Folgenden sind diese Mythen zu überprüfen:

1. „Sicherheitsmythos“

Dass die Kriminalitätsrate in Japan im Vergleich mit anderen modernen Ländern unvergleichbar gering und die Aufklärungsquote sehr hoch ist, war und ist eine allgemeine Erkenntnis und sogar schon ein Mythos unter den Kriminologen.

Japan ist, geographisch gesehen, eine Insel und auch historisch gegenüber außen ziemlich abgesichert. Nur im 13. Jahrhundert (1274 und 1281) war es durch die zweimalige Invasion der Mongolen in der Zeit der Herrschaft von Kublai Khan gefährdet, wurde aber dank des Götterwinds (=Kamikaze, in Wirklichkeit Taifun) gerettet. Eine Besatzung gab es nur nach dem Zweiten Weltkrieg durch die USA. Aber nicht nur die Sicherheit nach außen, sondern auch die Sicherheit im Innern hat sich während der Edo-Zeit²

¹ Ich habe in meinem ursprünglichen Aufsatz in Bezug auf die Kriminalität in Japan „sieben Mythen“ genannt. Vgl. meinen Aufsatz, der denselben Titel hat und in der Zeitschrift „Kansai University Review of Law and Politics“, Nr. 30, 2008, veröffentlicht worden ist. Die anderen Mythen sind: Der vierte Mythos, der sich auf die hohe Verurteilungsrate bezieht, der fünfte Mythos, der sich auf die kurze im Gefängnis zu verbüßenden Strafzeit bezieht, der sechste Mythos betreffend der geringen Anzahl der Strafgefangenen und der siebte Mythos, der sich auf die ausführliche Statistik zu den Boryokudan (Yakuza) bezieht.

² Seit 1633 bis 1853 hat das Shogunat jeden Verkehr mit dem Ausland außer den Niederlanden, China und Korea verboten. Nach außen war das Land damit gesichert.

(Zeit des Tokugawa Shogunats: 1603–1867) und auch nach der Meiji-Revolution ständig relativ gut gehalten. Selbst in der Zeit der Unordnung und Verwirrung nach dem Zweiten Weltkrieg war die Kriminalitätsrate nicht besonders auffällig. In Japan gibt es ein Sprichwort: „Wasser und innere Sicherheit sind in Japan kostenlos“. Bis vor Kurzem war dieser „Sicherheitsmythos“ in der Welt verbreitet. Neuerdings scheint er aber in Frage gestellt worden zu sein.

Was die Kriminalität bzw. die Strafjustiz betrifft, so war und ist Japan vielleicht noch ein Wunderland. Hier sind einige auffällige Züge vor allem aus der jährlichen Kriminalitätsstatik in Japan, also dem „Weißbuch zur Kriminalität“ (White Paper on Crime), als drei Thesen, die ich hier als „drei Mythen“ bezeichnen will, zusammenzufassen und darauf hin zu überprüfen, ob sie wirklich stimmen.

2. Geringe Kriminalität und hohe Aufklärungsquote

Erstens sei die Anzahl der Kriminalfälle in Japan erstaunlich gering, wenn man sie mit anderen Ländern vergleicht (Tabelle 1). (Mythos 1) In Japan sind im Jahre 2006 2.877,027 Fälle registriert worden. Die begangenen Deliktarten sind so verteilt, wie Schaubild 1 zeigt. Im Allgemeinen zeigt die Anzahl der registrierten Straftaten in Japan eine abnehmende Tendenz, wenn man 2005 und 2006 vergleicht (Tabelle 2). Man muss jedoch noch aus einer längeren Perspektive die plötzliche Steigerung der Anzahl etwa seit 2000 beachten. So gesehen bedeutet die oben gezeigte abnehmende Tendenz von 2005 bis 2006 nur, dass die erhöhte Zahl auch mal wieder sinkt. Seit 2000 hat sich die Zahl plötzlich gesteigert und die zahlenmäßige Spitze war im Jahre 2002 erreicht.

Zweitens sei die Aufklärungsquote in Japan ziemlich hoch. (Mythos 2) Aber auch hier ist die Quote im Jahre 2005 in Vergleich mit 1995 ziemlich gesunken. Sie ist schon fast gleich hoch wie in Großbritannien (Tabelle 1).

Tabelle 1 Anzahl der registrierten Straftaten und Aufklärungsquote in BRD, UK und Japan von 1995 bis 2005³

Registrierte Straftaten / Jahr	BRD	UK	Japan
1995	6,668,717	4,885,944	1,782,944
2000	6,264,723	5,170,843	2,443,470
2005	6,391,715	5,555,174	2,269,572
Aufklärungsquote / Jahr	BRD	UK	Japan
1995	46,0	21,2	42,2
2000	53,2	20,5	23,6
2005	55,0	23,8	28,6

³ Vgl. White Paper on Crime von 2007, S. 39: Nach den Statistiken von Frankreich (Criminalité et délinquance constatées en France), Deutschland (Polizeiliche Kriminalstatistik), UK (Crime in England and Wales). Die japanische Statistik ist vom Polizeipräsidium erstellt.

Tabelle 2 Statistik der Kriminalität von 2006 (und 2005)⁴

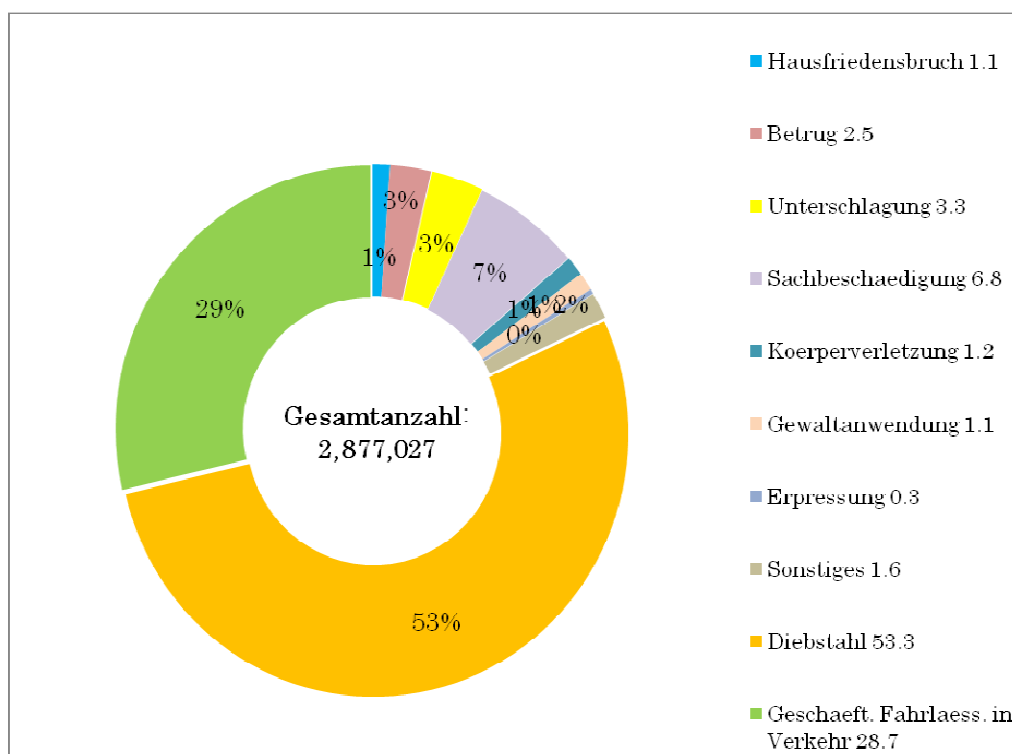
Anzahl der registrierten Straftaten	Anzahl der Fälle	Verminderung im Vergleich mit dem letzten Jahr
Straftaten	2.877,027 (3,125,216)	-7.9% (-8. 8%)
Allg. Straftaten	2.051,229 (2,269,572)	-9.6% (-11. 4%)
Allg. Str. ausschl. Diebstahl	516, 701 (544,500)	-5.1% (-6. 4%)
Anzahl der ermittelten Personen bei den aufgeklärten Straftaten		
Straftaten	1, 466, 834 (1,278,479)	-2. 9% (-0. 8%)
Allg. Straftaten	384, 630 (387,234)	-0. 7% (-0,5%)
Allg. Str. ausschl. Diebstahl	196, 976 (193,115)	□2. 0% (-0.5%)

⁴ White Paper on Crime, 2007, S. 3; (2006, S. 3). In der folgenden Tabelle werden die abgekürzten Begriffe wie folgt verwendet (vgl. White Paper on Crime von 2007, Abkürzungen):

- (1) Straftaten = Verstöße gegen StGB und Nebenstrafrecht (Das bedeutet, Straftaten inklusiv der Fahrlässigkeitsdelikte, die bei geschäftlichen Tätigkeiten begangen sind.)
- (2) Allgemeine Straftaten = Straftaten ohne Fahrlässigkeitsdelikte, die bei geschäftlichen Tätigkeiten begangen sind.
- (3) Allg. Straftaten ohne Diebstahl.

Weil die bei geschäftlichen Tätigkeiten fahrlässig begangenen Tötungs- oder Körperverletzungsdelikte vor allem bei Verkehrsunfällen enorm viele sind, kann die Statistik die Charakteristika der Kriminalitätstendenz in einem Jahr nicht zeigen, wenn

Schaubild 1 Der proportionale Anteil der registrierten Straftaten (StGB) je nach den Deliktsarten in 2006 (White Paper on Crime, 2007, S. 6.)

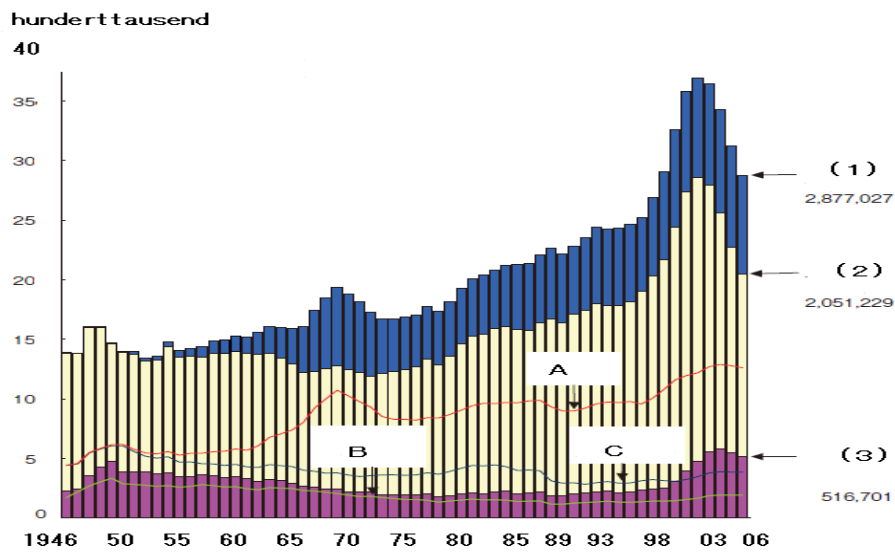


3. Verschlechterung der Sicherheit seit 2000

Wenn man die Bewegungen der Kriminalität nach dem Zweiten Weltkrieg in Japan insgesamt sieht, so lässt sich ihr Wandel aus der unten dargestellten Graphik ersehen (**Schaubild 2**). Die Anzahl der registrierten Kriminaltaten war gerade nach dem Ende des Krieges, also während der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Verwirrung, nicht so hoch wie heute. In den 1970er Jahren hat sich die Anzahl etwas erhöht, aber sie ist danach wieder gesunken. Im Vergleich mit den 1970er Jahren ist die Zunahme nach 2000 sehr auffällig. Es ergibt sich aus der grafischen Darstellung, dass die Spitzenlinienform (1=blauer Teil und 2=hellgelber Teil) nach 2000 stark ansteigen, und zwar im Gegensatz zu der Linie 3, die nur eine geringe Zunahme aufweist (3=violetter Teil). Das bedeutet, dass unter der gesamten Kriminalität während dieser Frist der Diebstahl auffällig zugenommen hat. Im Gegensatz dazu hat die Aufklärungsquote seit 2000 ziemlich abgenommen (**Schaubild 4**). Die **Schaubilder 3 und 4** zeigen, dass die Aufklärungsquote nicht nur beim Diebstahl, sondern auch bei den anderen Straftaten abgenommen hat.

man diese Delikte mitberücksichtigt. Das gilt auch für Diebstahl. Deswegen muss man die Statistiken auch ohne diese beiden Deliktsarten verwenden.

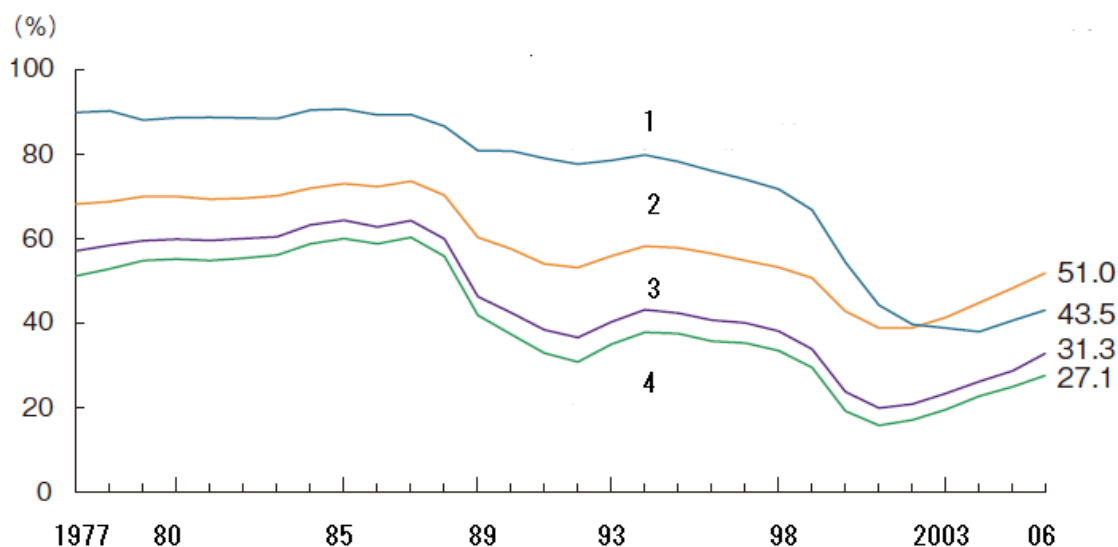
Schaubild 2 Wandel der Anzahl der registrierten Straftaten und der ermittelten Personen (White Paper on crime 2007, S. 4)



A: Anzahl der ermittelten Personen, **B:** Anzahl der ermittelten Personen, die allgemeine Straftaten ohne Diebstahl begangen haben, **C:** Anzahl der ermittelten Personen bei den allgemeinen Straftaten,

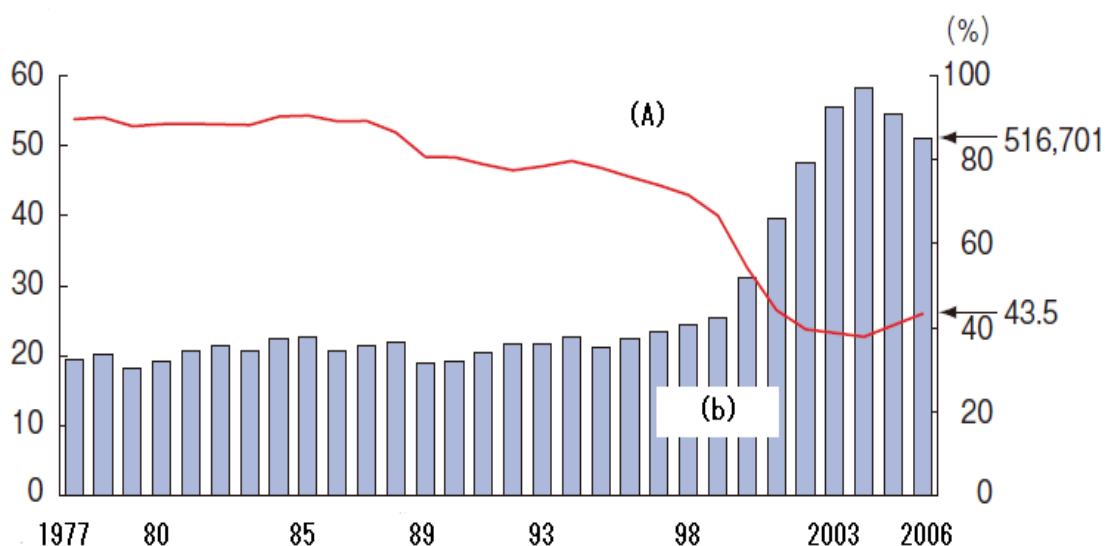
(1) Anzahl der registrierten Straftaten, **(2)** Anzahl der registrierten allgemeinen Straftaten, **(3)** Anzahl der registrierten allgemeinen Straftaten ohne Diebstahl

Schaubild 3 Wandel der Aufklärungsquote bei der Straftaten (White Paper on Crime, 2007, S. 8)⁵



1. Allgemeine Straftaten ohne Diebstahl, 2. Straftaten insgesamt, 3. Allgemeine Straftaten, 4. Diebstahl

Schaubild 4 Wandel der Anzahl der registrierten Straftaten und Aufklärungsquote (White Paper on Crime 2007, S. 9)



(a) Aufklärungsquote, (b) Anzahl der registrierten Straftaten

⁵ Das Weißbuch zur Kriminalität zählt die Ära in der japanischen Weise nach der Regierungszeit des jeweiligen Tenno: Der vorige Tenno ist 1989 gestorben. Damit war die Ära „Showa“ beendet. Im gleichen Jahr hat der gegenwärtige Tenno den Thron bestiegen. Es hat die neue Ära „Heisei“ begonnen. Deswegen ist 1989 Heisei 1. Wenn man je 5 Jahre bei der grafischen Darstellung zeigt, ist das nächste Stichjahr 1993. Es folgt 1998, 2003 usw. Ich habe die Zählung auf den westlichen Kalender umgestellt.

4. Informelle Sozialkontrolle?

Was ist nun der Grund dafür, dass die Anzahl der registrierten Kriminalität in Japan so gering ist? Dies wird im Allgemeinen damit erklärt, dass die informelle Sozialkontrolle in Japan sehr stark sei, sodass man unter der Aufsicht der Nachbarn oder der Familie bzw. des Arbeitsplatzes abweichende Taten nicht so leicht begehen könne. Diese Erklärung kann man als den „Mythos der starken informellen Sozialkontrolle als Ursache der geringeren Kriminalität“ bezeichnen (**Mythos 3**).

Im Folgenden wird vor allem die Frage geprüft, ob die überlieferten Mythen ihren Grund verloren haben. Es handelt sich um die Frage nach der geringeren Anzahl der Kriminalfälle (**Mythos 1**), der hohen Aufklärungsquote (**Mythos 2**) sowie die Frage, ob die informelle Sozialkontrolle wirksam funktioniert (**Mythos 3**).

II. Warum hat die registrierte Anzahl von Kriminalfällen seit 2000 plötzlich zugenommen?

Wurden in Japan seit 2000 tatsächlich häufiger Straftaten begangen als vorher? Warum hat sich die Zahl der registrierten Straftaten so plötzlich erhöht?

Es ist bekannt, dass die aktive polizeiliche Ermittlungstätigkeit auf die statistischen Resultate Einfluss hat. Die erste Vermutung wäre deswegen die mögliche Änderung der polizeilichen Tätigkeiten um das Jahr 2000. In der Tat ist es erkennbar, dass die Polizei ihre passive Grundhaltung gegenüber zivilen Konfliktsfällen in dieser Zeit dramatisch geändert hat: Der Anlass war ein Stalking-Fall (Nachstellungsfall), der im Oktober 1999 in Okegawa in der Saitama-Präfektur vorgekommen ist (sog. Okegawa-Stalking-Fall). Bei diesem Fall wurde eine Studentin durch hartnäckige und extreme Nachstellungen des Täters und seiner Begleiter erheblich belästigt. Das Opfer hat Rat bei der Polizei gesucht, aber die Polizei hat nichts unternommen und sogar nachher die Unterlagen zum Fall verfälscht, um die Vernachlässigung der Sache zu verbergen. Inzwischen ist das Opfer vom Täter getötet worden. Die Polizei war im Allgemeinen bei Stalking-Fällen sehr zurückhaltend. Beim Okegawa-Stalkingfall hat sich die Polizei nach dieser Regel passiv verhalten. Diese passive Haltung der Polizei wurde nachher allgemein, vor allem in den Medien sehr kritisiert. Diese Kritik hatte in der Praxis zwei Folgen:

Erstens ist danach das „Stalking-Verbots-Gesetz“ (=Das Gesetz zur Regelung der Stalking-Verhaltensweise) am 24. Mai 2000 in Kraft getreten.

Zweitens ist die Polizei seither nicht nur im Bereich des Stalking, sondern auch in anderen Bereichen, wie bei Streitigkeiten um Geldschulden bzw. Streitigkeiten unter Eheleuten sehr aktiv geworden. Eine Reihe von Erlassen der Polizeiamtsspitze seit 2000 hat die „Durchführung von Tätigkeiten zur Vorbeugung gegen Verbrechen“ gefordert und die positive Behandlung des in Bezug auf Sicherheit Rat suchenden Bürgers. Die Polizei

begann danach, die Fälle, in denen sie bisher nicht interveniert hat, zu bearbeiten.⁶

Vermutlich ist jedoch auch die veränderte und streng gewordene Haltung des Bürgers gegenüber Bagatelldelikten eine weitere Ursache der Vermehrung der registrierten Straftaten. Gegenüber Schadenszufügung ist die Bevölkerung nicht mehr so tolerant wie früher. Die soziale Aufmerksamkeit, die dem Verbrechenopfer im Allgemeinen geschenkt wird, hat auch zur Vermehrung der Zahl der Strafanzeigen beigetragen. Dahinter steht auch das verstärkte Rechtsbewusstsein der Bürger. Die Fälle, die bisher in der Gemeinschaft gelöst worden sind, werden häufiger zur Polizei gebracht. Der Grund liegt darin, dass die Streitlösungsfunktion der Gesellschaft wegen des Gemeinschaftszerfalls schwächer geworden ist.

Soweit die Kriminalität durch die Verschlechterung der wirtschaftlich-sozialen Lage bedingt ist, ist eine für die Kriminalität günstige Lage in den 1990er Jahren entstanden. Nachdem die sog. Blasen-Wirtschaft (bubble economy) am Ende der 1980er Jahre zerbrochen ist, hat die wirtschaftliche Stagnation in den 1990er Jahren das kriminelle Potenzial ausgeweitet: Die Verschlechterung der Arbeitsverhältnisse ist eine der Ursachen. Die Einführung der Marktwirtschaft zerstörte die traditionellen Arbeitsverhältnisse, in denen die Arbeiter ihre Arbeitsplätze im Prinzip nicht häufig wechselten und sie umso besser verdienten, je länger sie arbeiteten.

Es scheint jedoch unwahrscheinlich zu sein, dass die Straftaten tatsächlich so plötzlich seit dem Jahr 2000 zugenommen haben. Erkennbar ist jedoch, dass sich die Bevölkerung in der heutigen Gesellschaft nicht mehr so sicher fühlt. Es ist feststellbar, dass die Bedrohung durch Verbrechen im Bewusstsein der Bevölkerung größer geworden ist. Man spricht vom zunehmenden „Unsicherheitsgefühl“. Die Umfrage der Kabinetts-Behörde, die zur „Meinungsforschung über das soziale Bewusstsein“⁷ im Februar 2006 durchgeführt wurde, zeigt die Verschlechterung des Sicherheitsgefühls bei der Bevölkerung am meisten.

Die **Tabelle 3** zeigt den Anstieg der Anzahl der Personen, die die „Innere Sicherheit“ als das in eine schlechte Richtung laufende Gebiet angegeben haben.

⁶ Vgl. Koichi Hamai/ Kazuya, Serizawa, Hanzai Fuan Shakai (Gesellschaft vor der kriminellen Angst), 2006, S. 19 ff.

⁷ White Paper on Crime, 2006, S. 216.

Schaubild 5: Meinungsforschung über das soziale Bewusstsein zur Frage: „Welches sind die Gebiete, die Ihnen in eine schlechte Richtung gelaufen zu sein scheinen“, White Paper on Crime, 2006, S. 216

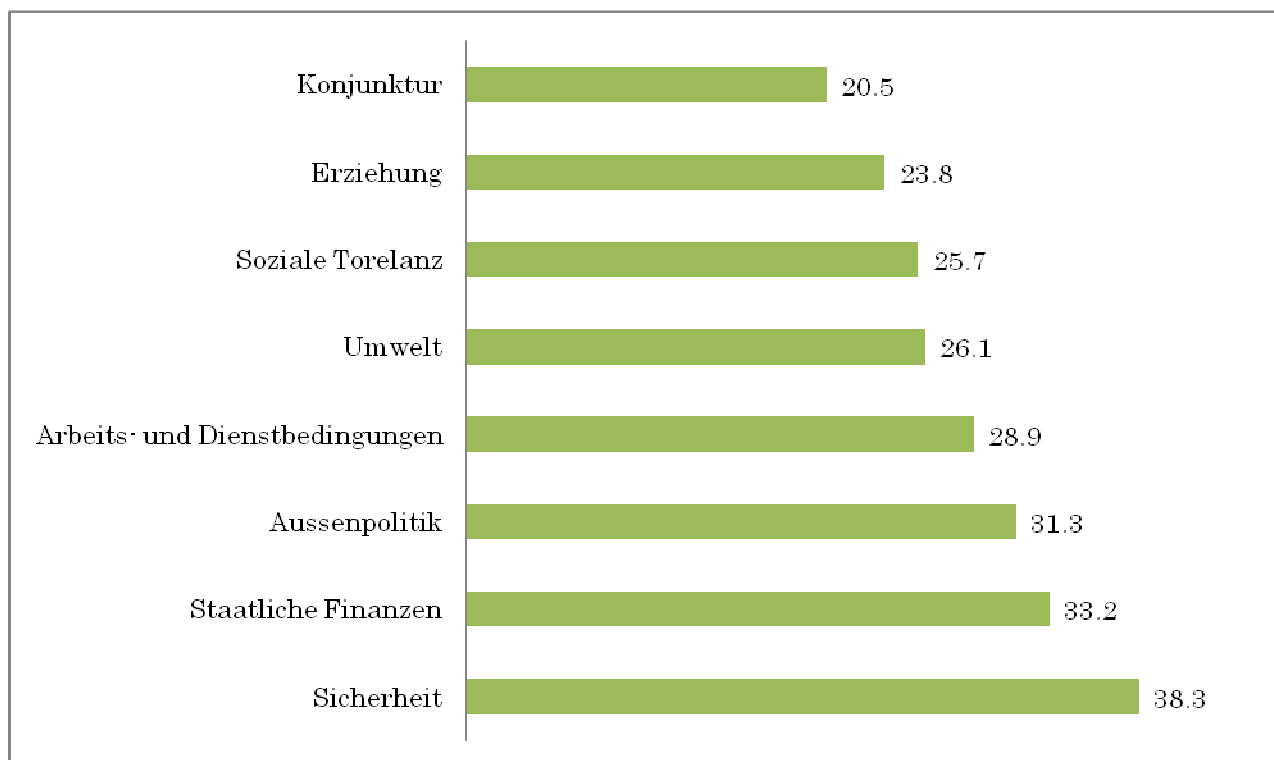


Tabelle 3: Die verschlechterte „gefühlte Sicherheit“ in den Jahren seit 1998

Zeit der Anfrage	Anzahl der betroffenen Personen	% der Antworten: Sicherheit
Jahr 1998	6,858	18.8
Jahr 2000	6,929	26.6
Jahr 2002	6,798	30.7
Jahr 2004	6,886	39.5
Jahr 2006	6,586	47.9

Das „Sicherheitsgefühl“ gewinnt auch dadurch an Bedeutung, dass die Massenmedien, insbesondere das Fernsehen, immer wieder über fürchterliche Verbrechen berichten. Zu nennen ist in diesem Zusammenhang z.B. der Fall der Sekte „Aum Shinrikyo“ (Mitglieder dieser Sekte haben mit Salin viele Menschen getötet). Zu nennen ist ferner der Kobe-Kindesmord-Fall, in dem der 14jährige Mittelschüler den Kopf eines von ihm enthaupteten Kindes auf dem Schultor aufgestellt hat. Dieser Fall, der sich 1997 in Kobe abgespielt hat, hat deshalb viel Aufmerksamkeit erregt, weil er sehr sensationell und der Täter Gymnasiast war, der nach seiner Tat in einem Brief an eine Zeitung die Tat kundgetan hat. Der Sensationscharakter solcher Fälle wird dadurch verstärkt, dass man sie jederzeit im Internet wieder und wieder sehen kann.

Was den **Mythos 2** anbelangt, so liegt folgende einfache Erklärung nahe: Wenn die registrierte Kriminalität sich in den Bagatellbereichen, in denen die Feststellung der Straftaten von den polizeilichen Tätigkeiten

abhängig ist, vermehrt, geht die Aufklärungsquote zwangsläufig nach unten. Auch die Erweiterung und Dispersion der Einsetzung der polizeilichen Kräfte schwächt ihr Aufklärungspotential.

III. Hat die informelle Sozialkontrolle in Japan noch Präventionspotential?

Gegen den **Mythos 3**, also den „Mythos der starken informellen Sozialkontrolle als Ursache der geringeren Kriminalität“ gibt es ein starkes Gegenargument. Die alte, informelle soziale Kontrolle in der japanischen Gesellschaft ist fast verschwunden. Die familiäre Bindung scheint die Quelle der informellen sozialen Kontrolle zu sein. Aber die Bindungskraft innerhalb großer Familien gibt es nicht mehr. Die Geburtenrate ist in Japan sehr niedrig.⁸ Die Abnahme der Familienmitglieder ist erkennbar. Auch die informelle soziale Kontrolle in der Nachbarschaft in den Großstädten ist nicht mehr vorhanden. Es herrschen „dünne Nachbarverhältnisse“ in den großen Städten. Die totale Urbanisierung und die Konzentration der Bevölkerung in den Großstädten beschleunigt diese kontrollfreien „dünnen Nachbarverhältnisse“. Die informelle Kontrolle in den Unternehmen ist auch in der Krise. Der Wechsel des Arbeitsplatzes ist heutzutage nicht selten. Damit sind die menschlichen Verbindungen in den Unternehmen sehr schwach geworden.

IV. Fazit

Ob die Kriminalitätsrate tatsächlich angestiegen ist und ob die Aufklärungsquote gesunken ist, ist nicht feststellbar. Die Möglichkeit der bloßen statistischen Magie ist nicht ausgeschlossen.

Die informelle soziale Kontrolle in den großen japanischen Städten funktioniert nicht mehr wie früher.

Die extrem hohe Verurteilungsquote ist, wie es scheint, wenigstens teilweise auf das Opportunitätsprinzip zurückzuführen. Das Vertrauen der Gerichte in die Beurteilung durch die Staatsanwaltschaft scheint gefährlich zu sein. Andererseits kostet die „Präzisionsjustiz“ Zeit und führt zur Dysfunktion der Justiz. Die Justiz muss in der Gesellschaft im Interesse der Bevölkerung voll funktionsfähig sein.

Das „Gefühl der Unsicherheit“ scheint nach den Umfrageuntersuchungen in der Bevölkerung verbreitet zu sein. Die Tendenz, härtere Strafen zu fordern, nimmt in der Bevölkerung zu.

⁸ Die Geburtenrate im Jahre 2006 war 1.32. Seit 1971, als sie noch 2.16 betrug, hat sie jährlich abgenommen.

Aktuelle Fragen der Korruption in Deutschland

Rudolf Rengier, Konstanz

I. Begriff der Korruption

Bei der Korruption geht es im Kern darum, dass eine Person, die bestimmte Aufgaben wahrzunehmen hat, für ein Handeln oder Unterlassen unzulässige Vorteile erhält. Der Vorteilsnehmer orientiert sich bei der Erfüllung seiner Aufgaben nicht mehr an den hierfür geltenden Regeln, sondern an Vorteilen, die ihm oder einem Dritten nicht zustehen. Das bringt die Gefahr mit sich, dass der Vorteilsnehmer seine Aufgaben nicht mehr sachgerecht erfüllt.

II. Bekämpfung der Korruption im öffentlichen Bereich (§§ 331–336 deutsches Strafgesetzbuch = dStGB)

1. Überblick

Die §§ 331, 332 dStGB regeln die Strafbarkeit des Amtsträgers als Vorteilsnehmer („passive“ Bestechung). Nach § 331 dStGB wird der Amtsträger dafür bestraft, dass er für die Dienstaussübung für sich oder einen Dritten einen Vorteil fordert oder annimmt. Der Tatbestand erfasst die gesamte Dienstaussübung, also auch Diensthandlungen, bei denen der Amtsträger seine Pflichten nicht verletzt.

Zudem sind, weil § 331 dStGB allgemein von der Dienstaussübung spricht, die Fälle der „Klimapflege“ und des „Anfütterns“ einbezogen: Eine typische Konstellation für die „Klimapflege“ ist die Gewährung von Vorteilen (Geld, Bewirtung, Übernachtung) an Amtsträger, die für Beschaffungen zuständig sind, ohne dass die Erteilung irgendwie konkretisierter Behördenaufträge im Raum steht.

Unter das „Anfüttern“ fallen Zuwendungen, die nicht mit der Erwartung einer bestimmten Gegenleistung verbunden sind, aber Beziehungen aufbauen sollen, die den Amtsträger zu eventuellen späteren Gegenleistungen geneigt machen.

§ 332 dStGB enthält eine Qualifikation des § 331 dStGB und bezieht sich auf die Vorteilsgewährung für bestimmte pflichtwidrige Diensthandlungen (Beispiele: Erteilung einer fehlerhaften Genehmigung; Erteilung eines Auftrags zu einem überhöhten Preis).

Den §§ 331, 332 dStGB entsprechen auf der Seite des Vorteilsgebers spiegelbildlich die §§ 333, 334 dStGB („aktive“ Bestechung). Als Täter der

§§ 333, 334 dStGB kommt jeder in Betracht, der einem Amtsträger einen Vorteil anbietet oder gewährt. Dabei enthält § 333 dStGB den Grundtatbestand, der sich auch auf die pflichtgemäße Dienstausbübung erstreckt. Die Strafe wird gemäß § 334 dStGB verschärft, wenn der Vorteil für eine Diensthandlung gegeben wird, bei der der Amtsträger seine Dienstpflichten verletzt hat oder verletzen soll.

Das geschützte Rechtsgut der §§ 331 ff. dStGB liegt im Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität und Unbestechlichkeit von Trägern staatlicher Funktionen und damit zugleich in die Sachlichkeit staatlichen Handelns. Um dieses Vertrauen zu erschüttern, genügt schon der bloße Anschein der Käuflichkeit der Dienstausbübung; es kommt also nicht darauf an, ob der Amtsträger sich vorbehält, sich nicht beeinflussen zu lassen.

2. Begriff des Amtsträgers

Nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 dStGB gehören zu den Amtsträgern zunächst alle Mitglieder von Regierungen, alle Beamten und alle bei staatlichen Institutionen beschäftigten Personen. Darüber hinaus kommen als Amtsträger auch solche Personen in Betracht, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung in privatrechtlichen Organisationsformen wahrnehmen, wenn die privatrechtliche Organisation wesentlich durch staatliche Instanzen gesteuert und kontrolliert wird. Daher sind die Angestellten von Unternehmen der daseinsvorsorgenden Leistungsverwaltung (wie Versorgungs- und Verkehrsunternehmen) auch dann Amtsträger, wenn das Unternehmen etwa in der Form einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder einer Aktiengesellschaft geführt, aber zum Beispiel von einer Kommune gesteuert und kontrolliert wird, wie es namentlich bei vielen Stadtwerken der Fall ist.

Entscheidend sind die faktischen Verhältnisse. Daher ergibt sich auch umgekehrt bei einer Aktiengesellschaft die Amtsträgereigenschaft nicht allein daraus, dass staatliche Institutionen alle oder die meisten Anteile in den Händen halten. Dies ist etwa bei dem Frankfurter Flughafen oder der Deutschen Bahn der Fall. Trotzdem sind die Angestellten dieser Aktiengesellschaften keine Amtsträger, weil die Gesellschaften marktwirtschaftlich auf Gewinnerzielung ausgerichtet sind und der faktische Einfluss der öffentlichen Hand nicht besonders groß ist.

Keine Amtsträger sind Abgeordnete. Umstritten ist, ob man Volksvertreter in Städten und Gemeinden als Amtsträger einordnen kann (dazu noch später).

3. Begriff des Vorteils

Unter einem Vorteil im Sinne der §§ 331 ff. dStGB ist jede Leistung materieller oder immaterieller Art zu verstehen, auf die der Amtsträger oder Dritte keinen Anspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder auch nur persönliche Lage objektiv messbar verbessert. Zu den immateriellen Vorteilen zählen vor allem Leistungen sexueller Art.

Einigkeit besteht darüber, dass es einen bestimmten kleinen Bereich sogenannter sozialadäquater Vorteilszuwendungen gibt, die nicht tatbe-

standsmäßig sind, weil sie das Rechtsgut nicht berühren. Es handelt sich um relativ geringwertige Zuwendungen und Aufmerksamkeiten, die nach der Verkehrssitte oder den Regeln der Höflichkeit gewährt und allgemein gebilligt werden. Solche Zuwendungen sind nicht geeignet, den Anschein der Käuflichkeit von Diensthandlungen zu erzeugen (Beispiele: Gewährung von Unterkunft und Einladungen zu einem Essen in einem angemessenen Rahmen).

4. Unrechtsvereinbarung

Das Tatbestandserfordernis der sogenannten Unrechtsvereinbarung macht das Wesen der Bestechungsdelikte aus und ist oft schwer nachzuweisen. Zwischen der Tatbestandshandlung – dem Fordern oder Annehmen eines Vorteils bei den §§ 331, 332 dStGB beziehungsweise dem Anbieten oder Gewähren eines Vorteils bei den §§ 333, 334 dStGB – und der Amtshandlung muss ein Beziehungsverhältnis bestehen. Vorteilsnehmer und Vorteilsgeber müssen sich einig sein, dass der Vorteil für die Dienstausbübung oder eine bestimmte Diensthandlung gewährt wird. Ausreichend ist auch, dass die Unrechtsvereinbarung nur angestrebt wird.

5. Aktuelle Beispiele

a) Ein großer Energiekonzern von Baden-Württemberg war Hauptsponsor der Fußballweltmeisterschaft 2006 in Deutschland. Der Konzern verfügte über 14.000 Freikarten, die zu Werbezwecken verschenkt werden sollten. Der angeklagte Vorstandsvorsitzende des Energiekonzerns versandte im Dezember 2005 mit seiner persönlichen Weihnachtspost unter anderem an fünf Minister der Landesregierung Baden-Württemberg, deren Regierungschef sowie einen Staatssekretär der Bundesregierung Weihnachtskarten, verbunden mit dem Dank für die gute Zusammenarbeit, und legte einen vorgedruckten Gutschein über Karten für ein Spiel der Fußballweltmeisterschaft 2006 bei. Die Gutscheine hatten einen Wert von zum Teil über 1.000 Euro. Die Vorteilsnehmer waren Amtsträger. Man könnte in den Schenkungen ein auf die Dienstausbübung abzielendes Verhalten sehen, vor allem soweit die Landesminister für Umwelt und für Wirtschaft und der Staatssekretär des Umweltministeriums begünstigt waren.

Doch hat das Landgericht Karlsruhe den Angeklagten vom Vorwurf einer Vorteilsgewährung gemäß § 333 dStGB freigesprochen. Begründet wurde dies damit, dass der Angeklagte keine die allgemeine Dienstausbübung („Klimapflege“) betreffende Unrechtsvereinbarung habe schließen wollen. Vielmehr habe er die eingeladenen Personen als Repräsentanten des Staates angesprochen und nicht zu dem Zweck, sie zu seinen Gunsten geneigt zu machen. Die Benutzung bekannter Persönlichkeiten zu Werbezwecken reiche nicht aus. Da die Staatsanwaltschaft in die Revision gegangen ist, ist ein Urteil des Bundesgerichtshofs zu erwarten.

b) Erhebliche Strafbarkeitsrisiken haben sich ferner insbesondere für die Bürgermeister in Gemeinden aufgetan, seitdem der Gesetzgeber im Jahre 1997 die §§ 331, 333 dStGB auf die allgemeine Dienstausbübung erstreckt hat. Denn ein Bürgermeister, der Spenden, Schenkungen und

ähnliche Zuwendungen annimmt, ist leicht dem Verdacht ausgesetzt, die Vorteilsgewährung stehe im Zusammenhang mit seiner Dienstausbübung. Problematisch können zum Beispiel Wahlkampfspenden sein. Um den Verdacht strafbarer Vorteilsannahmen zu entkräften, ist es sehr hilfreich, auf ein transparentes Verfahren und die Offenlegung der Spenden zu achten.

Vor diesem Hintergrund und dem Hintergrund der weit gefassten §§ 331, 333 dStGB gib es viele Initiativen, die sich mit der präventiven Bekämpfung der Korruption in staatlichen Institutionen befassen.

c) An den Universitäten und vor allem den Universitätskliniken hat es große Probleme im Zusammenhang mit der Einwerbung von Drittmitteln für Lehre und Forschung gegeben. Insoweit können besonders leicht an Universitätskliniken tätige Ärzte mit den §§ 331 ff. dStGB in Konflikt geraten. Es ist nicht unüblich, dass Klinikärzte, die bestimmte Medizinprodukte verwenden, dafür von den Herstellern teilweise umsatzabhängige Zuwendungen für die Forschung erhalten. Dem Wortlaut nach ist das gemäß den §§ 331, 333 dStGB strafbar. Doch hat hier der Bundesgerichtshof zu Recht eine restriktive Tendenz eingeschlagen und verneint eine Strafbarkeit, wenn das im Hochschulrecht vorgeschriebene Verfahren für die Mitteleinwerbung eingehalten worden ist. Auch hier ist es also die Transparenz der Mitteleinwerbung, die einen Konflikt mit der Strafjustiz zu vermeiden hilft. Denn korruptives Verhalten scheut in der Tendenz das Licht der Öffentlichkeit.

III. Bekämpfung der Korruption im geschäftlichen Verkehr (§ 299 dStGB)

1. Überblick

Die Bedeutung der Vorschrift über die Bestechung im privaten wirtschaftlichen Verkehr hat vor allem in den letzten Jahren erheblich zugenommen. Ein Grund dafür liegt darin, dass der Gesetzgeber im Jahre 1997 die Vorschrift aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in das Strafgesetzbuch verlagert hat. Die Vorschrift schützt vor allem das Interesse der Allgemeinheit an einem freien, lauterem Wettbewerb und daneben auch den Mitbewerber sowie den Geschäftsherrn.

§ 299 Abs. 1 dStGB regelt die „passive“ Bestechung. Als Täter kommt ein Angestellter oder Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes in Betracht, der im geschäftlichen Verkehr einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er einen anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzugt.

In entsprechender Weise wird nach § 299 Abs. 2 dStGB („aktive“ Bestechung) bestraft, wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs einem Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebes einen Vorteil als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er oder ein anderer bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen in unlauterer Weise bevorzugt wird.

2. Angestellte und Beauftragte eines geschäftlichen Betriebes

Täter des § 299 Abs. 1 dStGB kann nur ein Angestellter oder Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes sein. Angestellter ist vor allem, wer zum Geschäftsinhaber in einem Dienstverhältnis steht. Beauftragter ist, wer ohne Angestellter zu sein, berechtigt und verpflichtet ist, für den Geschäftsinhaber zu handeln (Beispiele: Geschäftsführer einer Gesellschaft, Berater, Architekt). Nicht erfasst ist der Geschäftsinhaber selbst.

3. Unrechtsvereinbarung

Die Unrechtsvereinbarung des § 299 dStGB bezieht sich auf eine mit der Vorteilsgewährung zusammenhängende Bevorzugung im Wettbewerb. Als Bezugspunkt kommt nur eine künftige bestimmte Wettbewerbshandlung in Betracht. Anders als die §§ 331–334 dStGB erfasst § 299 dStGB weder die Fälle der „Klimapflege“ und des „Anfütterns“ noch Zuwendungen für in der Vergangenheit liegende Handlungen.

4. Aktuelle Beispiele

a) Um einen typischen Fall des § 299 dStGB handelt es sich, wenn sich ein Lieferant ohne Wissen des Geschäftsinhabers an Angestellte wendet und diesen Vorteile für den Fall verspricht, dass sie Produkte des Lieferanten bevorzugen. Im traditionellen „Korkengeld-Fall“ des Reichsgerichts verspricht ein Hersteller von Champagner Kellnern eines Restaurants eine Prämie für jede Champagner-Flasche, die sie Gästen verkaufen. Eine Flughafen-gesellschaft verspricht Angestellten eines Reisebüros besondere Prämien für jeden Flug, den sie für die Gesellschaft vermitteln. Nach der herrschenden Meinung soll in diesen Fällen § 299 dStGB sogar auch dann noch erfüllt sein, wenn der Geschäftsinhaber, also etwa der Restaurantbesitzer, in die Praktiken eingeweiht ist und diese toleriert. Dem kann nicht zugestimmt werden; denn der Geschäftsinhaber selbst könnte derartige Vorteile unproblematisch entgegennehmen. Dann kann es aber keine Rolle spielen, ob die Prämien unmittelbar ihm selbst oder mit seiner Zustimmung den Angestellten gewährt werden.

b) In einem Fall, der wegen der Prominenz der Ehefrau des Unternehmers Aufsehen erregt hat, soll der Unternehmer, der insolvent geworden ist, Vorstände der Sparkasse Düsseldorf bestochen haben. Der Unternehmer soll den Vorständen vor allem einige tausend Euro teure Fernsehgeräte geschenkt haben, um seine Kreditwürdigkeit nicht in Frage zu stellen.

Der Fall ist interessant, weil er die Unterschiede zwischen § 299 dStGB und den §§ 331 ff. dStGB deutlich macht. Zählt man die Vorstände der Sparkasse Düsseldorf wegen der staatlichen Kontrolle zu den Amtsträgern, so erfüllt der Unternehmer unproblematisch § 334 dStGB. Zwingend ist das aber nicht. Auf keinen Fall könnte § 334 dStGB eingreifen, wenn es sich um Vorstände einer Privatbank wie der Deutschen Bank handeln würde. Dann wäre aber auch nicht § 299 dStGB einschlägig, weil der Unternehmer nicht „zu Zwecken des Wettbewerbs“ gehandelt hätte, sondern nur, um seine weitere Kreditwürdigkeit nicht in Frage zu stellen. Mit Blick auf das korruptive

Verhalten kann der Unternehmer allenfalls als Anstifter oder Gehilfe einer Untreue (§§ 266, 26 oder 27 dStGB) erfasst werden.

c) Neuerdings sieht sich die Pharmaindustrie und die Masse der Ärzte mit der Frage konfrontiert, ob sie unter § 299 dStGB fallen können, wenn Ärzte Medikamente einer bestimmten Pharmafirma verschreiben, nachdem ihnen diese Firma diverse Vorteile gewährt hat. Es geht um das „Pharma-Marketing“. Es ist ein offenes Geheimnis, dass Pharmafirmen praktischen Ärzten – in die Preiskalkulation natürlich einfließende – Vorteile aller Arten zukommen lassen, damit sie Patienten ihre Medikamente verschreiben. Bisher ist man in Deutschland davon ausgegangen, dass § 299 dStGB diesen Fall nicht erfasst, weil man die Ärzte nicht als Beauftragte eines geschäftlichen Betriebes einstufen kann. Inzwischen mehren sich aber die Stimmen, die mit Blick auf das Verhältnis zwischen den Krankenkassen und den niedergelassenen Ärzten den Arzt als Beauftragten ansehen. Auf jeden Fall muss sich der Gesetzgeber der Frage stellen, ob er die zweifelhaften Praktiken der Pharmaindustrie weiter tolerieren will.

IV. Bekämpfung der Korruption durch andere Straftatbestände

1. Abgeordnetenbestechung (§ 108e dStGB)

Mitglieder von Gesetzgebungsorganen (Abgeordnete) sind keine Amtsträger. Den Tatbestand des § 108e dStGB gibt es erst seit 1994. Er ist wesentlich enger als die §§ 331 ff. dStGB und erstreckt sich nur auf das Kaufen oder Verkaufen der Stimme des Abgeordneten.

Bedenklich ist, dass die Rechtsprechung und herrschende Meinung in § 108e dStGB auch eine abschließende Regelung für die vielen Volksvertreter in den Städten und Gemeinden sehen. Diese Volksvertreter werden also nicht als Amtsträger eingestuft. Das kann man durchaus anders sehen, weil die kommunalen Mandatsträger häufig bloß Aufgaben der Exekutive wahrnehmen. Demnach bleibt ein Unternehmer straflos, der dem Fraktionsvorsitzenden einer Partei eines Stadtparlaments erhebliche Spenden zukommen lässt, damit dieser seine Partei auf die vom Unternehmer vertretene politische Linie bringt.

2. Untreue (§ 266 dStGB)

Es kommt nicht selten vor, dass in Unternehmen ohne Wissen des Geschäftsinhabers oder der Gesellschaft insbesondere sogenannte „schwarze Kassen“ gebildet werden, um daraus Bestechungshandlungen zu finanzieren. Dadurch kann der Untreuetatbestand erfüllt werden.

In einem aktuellen Fall hat der Personalvorstand eines großen deutschen Automobilunternehmens mit solchen Geldern Vergnügungsreisen von Arbeitnehmervertretern finanziert, damit sie gegen die Geschäftspolitik des Unternehmens möglichst wenig Widerstand leisten. Nach § 299 dStGB können solche Handlungen nicht bestraft werden. Der Vorstand und die Arbeitnehmervertreter wurden aber wegen Untreue beziehungsweise wegen Teilnahme an der Untreue bestraft.

In einem anderen aufsehenerregenden Fall haben Manager eines großen deutschen Konzerns Bestechungsgelder eingesetzt, um lukrative Aufträge zu erhalten. Da ein solches Verhalten den Compliance-Regeln des Unternehmens widersprach, konnte von einer Zustimmung der Geschäftsführung nicht ausgegangen werden. Das Landgericht Darmstadt hat einen verantwortlichen Manager wegen Untreue verurteilt. Dies ist aber sehr fraglich, weil das Unternehmen durch den Auftrag ganz erhebliche Gewinne gemacht hat. Der Bundesgerichtshof hat bisher die Gewinne in die Schadensberechnung einbezogen und deshalb einen Vermögensschaden verneint. Hier geht es also um das Problem, ob der aus einer Schmiergeldzahlung resultierende Gewinn kompensationsfähig ist. Von der herrschenden Meinung wird das bisher bejaht.

Erhebliche Bedeutung hat der Untreuetatbestand ferner im Zusammenhang mit sogenannten „Kick-back-Zahlungen“. Hier zahlt ein Unternehmer Bestechungsgelder, um einen lukrativen Auftrag zu erhalten, und kalkuliert das Bestechungsgeld in sein Angebot ein. In solchen Fällen wendet die Rechtsprechung den Untreuetatbestand an und sieht den Schaden darin, dass ohne das einkalkulierte Bestechungsgeld das Angebot günstiger ausgefallen wäre. Kritiker wenden ein, dass die Behauptung, ohne das einkalkulierte Bestechungsgeld sei ein günstigerer Vertrag zustande gekommen, auf bloßer Spekulation beruhe.

V. Internationales Strafrecht

Nach § 1 des Gesetzes zur Bekämpfung internationaler Bestechung ist § 334 dStGB auch anwendbar, wenn sich die Vorteilsgewährung auf künftige pflichtverletzende Diensthandlungen ausländischer Amtsträger bezieht. Nach § 299 Abs. 3 dStGB gilt § 299 dStGB „auch für Handlungen im ausländischen Wettbewerb“.

Demnach kann ein deutscher Unternehmer nach deutschem Strafrecht bestraft werden, der zum Beispiel in Korea einem koreanischen Amtsträger oder einem Angestellten eines koreanischen Unternehmens Geld zuwendet, um einen Auftrag zu erhalten.

Um deutsches Strafrecht anzuwenden, ist lediglich erforderlich, dass die Tat zumindest teilweise auf deutschem Territorium begangen werden muss, etwa durch Fordern eines Vorteils, der Abgabe eines Versprechens oder der Übergabe von Bargeld. Unerheblich ist, ob der deutsche Unternehmer beim Kampf um den ausländischen Auftrag mit deutschen Konkurrenten oder nur mit ausländischen Konkurrenten in einem Wettbewerb steht. Wenn also in Südkorea ein Fußballstadion gebaut werden soll und sich um den Auftrag ein deutscher Unternehmer und im Übrigen nur koreanische und japanische Unternehmen bewerben und der deutsche Unternehmer den Auftrag erlangt, nachdem er Mitarbeiter des Auftraggebers bestochen hat, kann der Deutsche nach § 299 dStGB bestraft werden.

Anhang

Rechtsprechung:

Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (BGHSt): BGHSt 45, 16; 47, 295; 49, 214; 50, 299; 51, 44. BGH, in: Neue Juristische Wochenschrift 2006, S. 2864

LG Karlsruhe, Urteil vom 28.11.2007 in: Neue Zeitschrift für Strafrecht 2008, S. 407

Literatur:

Fischer, Strafgesetzbuch, 55. Auflage 2008

Hetzer, Korruption: Konzerne und Komplizen – Unternehmenskriminalität oder Ordnungswidrigkeit?, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerrecht 2008, S. 73 ff.

Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 26. Auflage 2007

Paster/Sättele, Alles, was das Leben verschönern kann, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht 2008, S. 366 ff.

Rengier, Korkengelder und andere Maßnahmen zur Verkaufsförderung im Lichte des Wettbewerbs(straf)rechts, in: Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 837 ff.

Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 9. Auflage 2008, § 59 und § 60

Rönnau, Untreue als Wirtschaftsdelikt, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 119 (2007), S. 887 ff.

Rönnau, „Angestelltenbestechung“ in Fällen mit Auslandsbezug, in: Juristenzeitung 2007, S. 1084 ff.

Rönnau, Wirtschaftskorruption, in: Achenbach/Ransiek (Herausgeber), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2008, S. 76 ff.

Saliger/Gaede, Rückwirkende Ächtung der Auslandskorruption und Untreue als Korruptionsdelikt – der Fall Siemens als Startschuss in ein entgrenztes internationalisiertes Wirtschaftsstrafrecht?, in: Online-Zeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht, Ausgabe 2/2008, S. 57 ff.

Schlösser/Nagel, Werbung oder Korruption?, in: Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht 2007, S. 211 ff.

Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 27. Auflage 2006

Schuster/Rübenstahl, Praxisrelevante Probleme des internationalen Korruptionsstrafrechts, in: Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht 2008, S. 201 ff.

Seier, Untreue, in: Achenbach/Ransiek (Herausgeber), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2008, S. 366 ff.

Die strafrechtliche Regelung der Kinderpornografie und ihre Weiterentwicklung in Japan

Rikizo Kuzuhara, Osaka

I. Einleitung

Die strafrechtliche Behandlung von Kinderpornografie unterscheidet sich in mehrfacher Hinsicht von der allgemeinen Regelung der Pornografie. Seit 1999 erfolgt sie in Japan durch ein Sonderstrafgesetz, das Gesetz zum Schutz des Kindes und zur Verfolgung entgeltlichen sexuellen Missbrauchs von Kindern sowie von Kinderpornografie (im Folgenden KinderpornoG), das 2004 novelliert wurde. Generell wird Pornografie im §175 jStGB unter Strafe gestellt. Gemessen an dessen Vorschriften wurde im neuen Gesetz der Umfang der Strafbarkeit in dreifacher Hinsicht erweitert. Zunächst einmal ist die Definition von „Kinderpornografie“ wesentlich unschärfer als die von „obszönen Objekten“ im §175 jStGB. Zweitens werden mit dem Gesetz von 1999 mehr Handlungsweisen mit Strafe bedroht als im jStGB. Drittens wird auch die vom §175 jStGB noch nicht erfasste Internet-Pornografie strafbar.

Mit dieser Erweiterung wirft das Gesetz nicht nur Fragen auf, die im Bereich des Kinderschutzes entstehen, sondern auch generelle Fragen zur Pornografie im Internet. Obwohl diese Ausweitung der Strafbarkeit mit den Prinzipien der konventionellen Strafrechtsdogmatik nicht leicht in Einklang zu bringen sein dürfte, wird im japanischen Parlament bereits an eine erneute Verschärfung des Gesetzes gedacht.

Auch der Deutsche Bundestag hat kürzlich ein neues Gesetz zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie verabschiedet. Nach dieser der japanischen Bezeichnung ähnelnden Formulierung lässt sich vermuten, dass beide Gesetze von ähnlichen Problemen belastet sein dürften.

Im Folgenden skizziere ich zunächst die derzeitige Rechtslage in Japan, insbesondere im Hinblick auf das gegenüber dem §175 jStGB erweiterte Strafbarkeitsfeld. Anschließend stelle ich die Entwicklung der bisherigen Gesetzgebung dar, um dann die entstandenen Probleme de lege lata zu erörtern. Abschließend befasse ich mich mit dem zurzeit aktuellsten Zündstoff für Diskussionen, den von der Regierung wie auch von der Opposition vorgelegten Reformvorschlägen.

II. Eine Bestandsaufnahme

Der Begriff „Kinderpornografie“ im 1999 erlassenen und 2004 novellierten KinderpornoG unterscheidet sich von den „obszönen Objekten“ des §175 jStGB sowohl in seinem Bezug zur Sexualität wie in seiner Begrenzung auf nur optische, d.h. bildhafte Darstellung. Das Gesetz definiert diesen Kernbegriff, seinen Regelungsgegenstand, im § 2 Abs.3. Er umfasst Fotos, elektronische Datenträger oder sonstige Gegenstände, welche die bildliche Darstellung mindestens einer der folgenden Körperhaltungen von oder gegenüber unter 18 Jahre alten Personen enthalten: 1. solche des Geschlechtsverkehrs bzw. einem solchen ähnelnder Akte, 2. lusterregende Berührungen von Genitalien und 3. lusterregende Posierungen gänzlich oder teilweise entblößter Körper.

Der §175 jStGB untersagt den Umgang mit obszönen Objekten, zu denen auch schriftliche Äußerungen zählen. Die Handlungsgegenstände müssen „obszön“ sein, was der japanischen Rechtsprechung zufolge so stark lusterregend bedeutet, dass es das normale Schamgefühl eines durchschnittlichen Bürgers verletzt und somit auch gegen die guten Sitten verstößt. Die Gefühle durchschnittlicher Japaner sowie die Auffassungen im Sexualbereich haben sich allerdings in den letzten Jahrzehnten beträchtlich verändert. In der heutigen Rechtspraxis gelten einfache Nacktfotos ohne erkennbare Genitalien nicht als obszön, und Obszönität in Texten ist kaum noch ein Thema. Das KinderpornoG legt die Strafbarkeitsschwelle im sexuellen Umfeld wesentlich tiefer.

Dieses Gesetz verbietet auch eine Reihe von Handlungen, die das jStGB nicht erfasst. Im § 7 wird Folgendes mit Strafe bedroht:

- im Abs. 1 das Angebot von Kinderpornografie oder von elektronischen Daten mit kinderpornografischem Inhalt, auch auf elektronischem Weg
- im Abs. 2 Herstellung, Besitz, Beförderung, Import und Export von kinderpornografischen Materialien sowie Aufbewahrung einschlägiger elektronischer Daten zwecks Begehung einer im Abs. 1 geregelten Handlung
- im Abs. 3 die Herstellung von Bildern oder elektronischen Dateien, deren Inhalt zu Kinderpornografie wurde, indem man Kinder dazu bewog, im § 2 untersagte Stellungen einzunehmen; eine Absicht zur Begehung einer vom Abs. 1 mit Strafe bedrohten Handlung ist hier nicht erforderlich
- im Abs. 4 die allgemeine Offerierung bzw. öffentliche Zurschaustellung von Kinderpornografie oder kinderpornografischen Daten
- im Abs. 5 Herstellung, Besitz, Beförderung, Import und Export sowie Speicherung von Kinderpornografie zwecks Begehung einer im Abs. 4 untersagten Handlung
- im Abs. 6 der Export ins und Import aus dem Ausland.

Der § 175 jStGB bedroht nur die Verbreitung, Veräußerung oder öffentliche Zurschaustellung von obszönen Texten, Abbildungen oder

sonstigen Materialien mit Strafe. Die Kriminalisierung von Herstellung, Besitz und Angebot von einschlägigen Objekten im KinderpornoG stellt mithin eine weitreichende Vorverlagerung der Strafbarkeit dar.

Auch die Strafandrohung wird in diesem Gesetz höher angesetzt als im jStGB. Sein § 7 sieht für Verstöße gemäß Abs. 1 bis 3 Freiheitsstrafen mit Zwangsarbeit bis zu 3 Jahren oder Geldbussen bis zu 3 000 000 Yen vor, und für die als schwerwiegender eingestuften Vergehen gemäß Abs. 4 bis 6 sogar solche bis zu 5 Jahren bzw. 5 000 000 Yen.

III Die Gesetzesänderung von 2004

Im ursprünglichen KinderpornoG von 1999 war der Umfang von Straftatbeständen geringer. Sein Gegenstand waren nur fotografische Abbildungen und Film- oder Videoaufzeichnungen und kriminalisiert wurde bloß deren Verbreitung, Veräußerung, gewerblicher Verleih, Herstellung, Beförderung, Import und Export sowie deren Besitz zwecks beabsichtigter Weitergabe.

Kurz darauf explodierte das Internet und wurde zum wichtigsten Vehikel der Verbreitung von Pornografie. Mit Begriffen wie „fotografische Abbildung“, „Film- und Videoaufzeichnung“ oder auch „Verbreitung“ lässt sich die Allgegenwärtigkeit von Daten in elektronischen Netzwerken natürlich nicht mehr hinreichend erfassen.

Infolge dieser global zu beobachtenden Entwicklung schuf der Europarat eine Konvention zur Bekämpfung von Cyberkriminalität, und 2001 verabschiedete die UNO eine solche über die Rechte des Kindes, die u.a. Kinderhandel, Kinderprostitution und Kinderpornografie untersagt. Als Mitunterzeichner beider Abkommen sah sich Japan genötigt, die Vorgaben der beiden Verträge in nationales Recht umzusetzen, woraufhin das japanische Parlament im Jahre 2004 das KinderpornoG novellierte.

Im Zuge dieser Reform vermehrten sich die Straftatbestände. Nun wurden auch elektronische Daten und Medien zu Handlungsobjekten, und der Begriff „Verbreitung“ wurde durch „Angebot“ ersetzt, denn eine Verbreitung setzt ja die Ermittlung von Empfängern voraus, was im Cyberspace weithin unmöglich sein dürfte und in Beweisnot führt. Hiermit wird aber auch das Einspeichern von Daten erfasst. Um an solche irgendwo im Netz oder in einem Server gespeicherten Daten heranzukommen, wurde zusätzlich auch deren „Aufbewahrung“ kriminalisiert, ja sogar deren Erstellung wurde mit Strafe bedroht.

IV. Probleme im geltenden Recht

Sowohl die Erweiterung des vom jStGB vorgegebenen Regelungsfelds wie auch spezifische Auslegungsprobleme des KinderpornoGs lassen sich nach vorherrschender Auffassung auf die Inkommensurabilität von Schutzgütern zurückführen. In seinem § 1 sieht das KinderpornoG ausdrücklich als sein Ziel vor, das Kind vor einem Missbrauch als Darstellungsobjekt in pornographischen Produktionen zu schützen.

Eben deshalb wurden auch Handlungen vor einer Weiterreichung unter Strafe gestellt, also Herstellung, Besitz und Angebot von einschlägigen Produkten. Dies erklärt auch die Strafbarkeit von Abbildungen, welche die vom § 175 jStGB gesetzte Obszönitätsschwelle gar nicht überschreiten: es muss bloß ein konkretes Kind als Objekt benutzt worden sein. Hingegen fallen Collagen, fiktive Darstellungen, Zeichentrickfilme oder Computer-graphics nicht in den Bereich des Strafbaren.

In Anbetracht der Strukturierung des Gesetzes lässt sich allerdings nicht von der Hand weisen, dass das Gesetz auch den Schutz eines gesellschaftlichen Rechtsguts zumindest mitbezweckt. Hier ließe sich u.a. die Aufrechterhaltung guter Sitten anführen, oder die allgemeine Zustimmung zu einer Unterbindung von pädophilem Missbrauch von Kindern, ja sogar von pädophiler Veranlagung oder Haltung, oder ein anderer Aspekt, die Absicherung der sexuellen Selbstbestimmung von Jugendlichen. Man spricht bisweilen auch von einem „gesunden Umfeld für die Entwicklung der jugendlichen Sexualmoral“. In der bisherigen Diskussion konkurrieren derartige Schutzgut-Kandidaten noch relativ beziehungslos miteinander. Welche wirklich zur Wahl stehen und ob nicht auch noch andere Ansätze denkbar sind, ist noch weitgehend offen.

Gesellschaftlich betrachtet ist es ziemlich unwesentlich, ob ein kinderpornographisch dargestelltes Objekt realiter vorhanden war oder nicht. Sieht man hingegen von der Gefahr einer Verbreitung, also der Beabsichtigung einer Weitergabe von pornographischen Produkten ab, dann wird ein strafrechtliches Eingreifen auf deren Herstellung, Besitz oder Speicherung de facto unbegründbar. Dieser Gegensatz zwischen den Rechtsgütern ist wohl unüberbrückbar und lässt sich nur mit einem Entweder – Oder lösen. Will man bloß individuelle Rechte von Kindern absichern, lässt sich die Bestrafung einer nicht realistischen Darstellung nicht begründen. Dies wird auch im Grossen und Ganzen in der maßgeblichen Literatur akzeptiert. Stellt man hingegen auf ein gesellschaftliches Rechtsgut ab, muss eine Strafbarkeit nicht nur die Gefahr der Weitergabe voraussetzen, sondern müsste sich auch über Handlungen erstrecken, deren Objekte rein fiktional sind. Ob beispielsweise eine Videoaufnahme strafbar ist, bei der Erwachsene im geschlechtlichen Verkehr als Jugendliche posieren, hinge dann allein von einer beabsichtigten Weitergabe ab.

Die im KinderpornoG festgelegte Altersgrenze von 18 Jahren gerät ebenfalls in einen Konflikt mit dem Rechtsgut Kind. Das jStGB sieht die Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung bereits mit 14 Jahren als vorhanden an. Nach § 177 jStGB ist jeglicher Geschlechtsverkehr mit einer unter 14 jährigen Person strafbar, auch wenn deren Einverständnis vorliegt. Bei älteren Personen ist eine Bestrafung wegen Vergewaltigung nur bei Gewaltanwendung gegen den Willen des Opfers möglich. Jugendliche sind demnach bereits mit 14 Jahren sexuell einwilligungsfähig. Ist z.B. ein 16 jähriges Mädchen mit einem Angebot zur weiteren Verwendung von pornographischen Aufnahmen ihrer Person einverstanden, dann bedarf, falls das Gesetz einzig die individuellen Rechte von Kindern schützt, die Strafbarkeit dieses Angebots einer Rechtfertigung. Greift man zu ihrer Begründung auf eine Sozialschädlichkeit zurück, dann spielt die Einwilligung

der dargestellten Person natürlich keinerlei Rolle. Zumeist wird daran festgehalten, dass das Gesetz alle beiden Interessen vertreten soll. Hat dann aber eine Einwilligung überhaupt noch Auswirkungen?

Seit seiner Neufassung im Jahr 2004 bestimmt das Gesetz den Gegenstand eines Angebots nicht mehr seiner Substanz nach. Dennoch spielt in der Diskussion um die Rechtspraxis die Gegenständlichkeit von Handlungsobjekten auch weiterhin eine Rolle. In einem Präzedenzfall hatte ein Täter mit einer Digitalkamera sexuell stimulierende Körperstellungen eines Kindes fotografiert und die Aufnahmen auf die Festplatte seines PCs übertragen, wo er sie zwecks weiterer Veräußerung zu bearbeiten und zu vervielfältigen gedachte. Als Backup hatte er die Dateien auch auf eine MO-Diskette kopiert. Das LG verurteilte ihn wegen Besitzes von Kinderpornografie enthaltenden Datenträgern bei vorliegender Absicht einer Weitergabe, und der OHG stimmte dem Urteil zu.

Da der Täter weder die Festplatte noch die Diskette zu verkaufen gedacht hatte, wird nunmehr in der Literatur diskutiert, ob nicht eine substantielle Identität von Besitz- und Vertriebsgegenstand erforderlich sein müsste. M.E. ist man sich zu Recht weitgehend einig, dass dies nicht der Fall ist. Es ist offensichtlich, dass es hier einzig auf die inhaltliche Identität von Daten ankommt, denn nach geltendem Recht ist ja das Speichern dieser Daten als solches strafbar. Dass es im vorliegenden Fall um den Besitz von Datenträgern ging, ist für seine strafrechtliche Würdigung im Grunde irrelevant.

V. Neuere Reformbestrebungen

Im Juni 2008 legte eine Gruppe von Abgeordneten der japanischen Regierungspartei LDP, die unter der Leitung einer ehemaligen Kultusministerin stand, dem Unterhaus einen Entwurf zur Novellierung des KinderpornoGs vor. In ihm geht es im Wesentlichen um eine Kriminalisierung des Besitzes von Kinderpornografie als solchem. Dem Wortlaut nach „wird mit einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder einer Geldstrafe bis zu 1 000 000 Yen bedroht, wer Kinderpornografie in der Absicht besitzt, sein sexuelles Verlangen oder seine Neugier zu stillen. Ebenso bestraft wird, wer mit demselben Vorsatz elektronische Daten mit kinderpornographischen Inhalten speichert.“

Trotz der weitreichenden Vorverlagerung der Strafbarkeit geht es in diesem Entwurf kaum um einen konkreten Schutz von Kindern, denn der bloße Besitz eines bereits existierenden kinderpornographischen Produkts kann bei fehlender Absicht zur Weitergabe die Rechte abgebildeter Kinder ja nicht weiter beeinträchtigen. Ein Besitz zum einzigen Zweck einer privaten Nutzung hat aber auch keinerlei Einfluss auf gesellschaftliche Verhaltensweisen. Der Entwurf inkriminiert also pädophile Neigungen und somit de jure eine Gesinnung.

Er bietet überdies Ansatzpunkte zu einer kaum beabsichtigten Ausweitung der Strafbarkeit, die von seinen Verfassern vielleicht nicht einmal bemerkt wurden. Da die Datenspeicherung nicht eingeschränkt wird, umfasst sie auch die auf den Temporary Internet Files, den sogenannten Cash-

Dateien, während gleichzeitig die vorausgesetzte Absicht eine rein emotionale und persönliche ist. Demzufolge würde mit dieser Vorschrift auch die bloße Betrachtung von kinderpornographischen Seiten im Internet, ja sogar eine Suche nach solchen strafbar. Zwar stellt auch das geltende Recht jedwede Aufbewahrung von kinderpornographischen Daten unter Strafe, doch ist hier das Problem geringer, weil die Strafbarkeit auf Tatbestände beschränkt wird, in denen die mit einer Offerte explizierte Beabsichtigung einer Veräußerung vorliegt.

Am deutlichsten zeigt sich der Tenor dieses Entwurfs in einer Klausel, die den Besitz von Kinderpornografie ganz generell untersagt. Sie wird zwar nicht mit einer Strafandrohung untermauert (was freilich nicht sonderlich erstaunt, denn in Japan sind Verbotsvorschriften ohne Sanktionen nichts Ungewöhnliches), lässt aber die Tendenz auf ein Gesinnungsstrafrecht hin klar hervortreten. Der Unterschied zwischen strafbarem Besitz und verbotenen, aber nicht strafbarem Besitz besteht dann einzig in einer Absicht. Der Strafgrund ist mithin eindeutig die Beabsichtigung.

Auch die Oppositionspartei DPJ hat zu einer Gesetzesnovellierung Stellung bezogen, wenn auch noch nicht mit einem sanktionierten Entwurf. Sie schlägt eine konkretere Definition von Kinderpornografie unter Ausschluss des Begriffs „Pornografie“ vor, weiter eine Erhöhung der Strafsätze und eine gesonderte Strafbarkeit bei wiederholtem oder entgeltlichem Erwerb von Kinderpornografie.

Mit der Streichung des Worts „Pornografie“ möchte man offenbar unterstreichen, dass dieses Delikt in erster Linie eine Verletzung des Kindes darstellt. Die Problematik schafft man aber damit nicht aus der Welt. Von einer Bestrafung des Erwerbs erhofft man sich vermutlich die Eindämmung eines ausufernden Marktes. In Anbetracht der Schwierigkeit eines Erwerbsnachweises würde eine solche Bestrafung freilich wohl doch wieder auf eine des Besitzes hinauslaufen.

Abschließend möchte ich in einer Zusammenfassung der bisherigen Überlegungen meine eigene Position verdeutlichen.

Um Kinder konkret vor Missbrauch schützen zu können, sind selbstverständlich fotografische Aufnahmen unter Strafe zu stellen, in denen sexuelle Handlungen mit oder an Kindern oder sexuell stimulierende Posierungen von Kindern vorkommen, und zwar einschließlich deren Überführung in elektronische Dateien. Zusätzlich erforderlich ist ein Weitergabeverbot, sowohl ein Allgemeines ohne Bezug auf Empfänger wie auch ein solches an konkrete Adressaten. Das aber müsste reichen. Besitz und Verwahrung spielen hier keine Rolle, die es mit Strafandrohung einzuschränken gilt.

Im Bereich des gesellschaftlichen Rechtsguts wäre zunächst einmal festzulegen, welches Interesse eigentlich mit einer Bestrafung aufrechterhalten werden kann und muss. Ich bin eher skeptisch in der Frage, ob sich im gesellschaftlichen Raum überzeugende Gründe dafür aufdecken oder finden lassen, ein spezifisch auf kinderpornographisches Material bezogenes Besitzen, Verwahren oder Offerieren strafrechtlich einzuschränken. Das geltende Recht verlangt mithin eine Reform, aber nicht eine Ausweitung,

sondern eine fundamentale Reduktion der Reichweite seiner strafrechtlichen Vorschriften.

FEINDSTRAFRECHT: SINNPOTENTIAL UND FUNKTIONALE ENTMYTHIFIZIERUNG EINES BEGRIFFES

Miguel Polaino-Orts & Miguel Polaino Navarrete, Sevilla

I. Vorbemerkung

Das Thema Feindstrafrecht gibt zurzeit das augenfälligste Beispiel für die grenzüberschreitende Ausstrahlung der deutschen Strafrechtsdogmatik ab. Die neuen Arbeiten von Jakobs über das Feindstrafrecht (und zwar genauer anhand der Funktion der staatlichen Strafe³⁹⁵ sowie der funktionalen Bedingungen von Rechtlichkeit³⁹⁶) sind bereits ins Spanische übersetzt worden und mittlerweile auch in Lateinamerika bekannt.³⁹⁷ Aus diesem Grund halten wir es für geeignet, an der renommierten Hanyang Universität in Seoul unter der wissenschaftlichen Leitung und dank der großzügigen Einladung von Herrn Prof. Dr. Young-Whan Kim über das Thema Feindstrafrecht zu diskutieren.

II. Einführung

Diesen Vortrag möchten wir mit den Worten eines renommierten deutschen Rechtswissenschaftlers beginnen. In seinem berühmten Buch „Der Kampf ums Recht“ bringt Rudolf von Jhering die verschiedenartigen Störungen des Eigentums und damit auch der gesellschaftlich vermittelten Personalität wie folgt auf den Punkt: „Der Besitzer meiner Sache, der sich für den Eigentümer hält, negiert in meiner Person nicht die Idee des Eigentums, er ruft sie vielmehr für sich selber an; der Streit zwischen uns beiden dreht sich bloß darum, wer der Eigentümer ist. Aber der Dieb und der Räuber stellen sich außerhalb des Eigentums, sie negieren in meinem Eigentum zugleich die Idee desselben und damit eine wesentliche Lebensbedingung meiner Person. Man denke sich ihre Handlungsweise als eine allgemeine, und das Eigentum ist prinzipiell wie praktisch negiert. Darum enthält ihre Tat

³⁹⁵ Jakobs/Polaino Navarrete, *Función de la pena estatal y Evolución de la Dogmática post-finalista*, México D.F. 2006, S. 52 ff.

³⁹⁶ Jakobs/Polaino Navarrete, *Derecho penal del enemigo y teoría de la acción*, Lima 2006.

³⁹⁷ Vgl. Schönemann, in: Griesbaum/Hannich/Schnarr (Hrsg.), *Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag*, 2006, S. 175. Schönemann bezeichnet Jakobs als „der originellste Kopf unter den deutschen Strafrechtslehrern“, der den strafrechtswissenschaftlichen Diskurs – nicht nur im deutschsprachigen Raum – durch seine Beiträge immer wieder neu in Schwung gebracht hat.

nicht bloß einen Angriff gegen meine Sache, sondern zugleich gegen meine Person, und wenn es meine Pflicht ist, letztere zu behaupten, so erstreckt sich dieselbe auch auf die Behauptung der Bedingungen, ohne welche die Person nicht existieren kann.“³⁹⁸

Diese von Jhering vor über hundert Jahren beschriebenen Angriffsdimensionen weisen eine gewisse Ähnlichkeit mit dem im Folgenden zu untersuchenden Begründungszusammenhang hinter der von Günther Jakobs kreierten – vielleicht zu provokativen – Bezeichnung „Feindstrafrecht“ auf. Denn um eine Art dieses Nicht-Zulassens der Persönlichkeit im Recht, also um eine Negation der Idee derselben und damit um die Negation einer wesentlichen Lebensbedingung geht es auch bei dem von Jakobs bestimmten Grund des „Feindstrafrechts“. Der Kernpunkt dieses Gedankens liegt darin, dass die Strafrechtsordnung auf zwei kategorial verschiedene Abweichungen von der Normgeltung zu reagieren hat, sc. auf delinquierende Bürger (die insoweit punktuell als Individuen handeln) und auf Feinde, wie man sie mit systemtheoretischen Anklängen bezeichnen kann:³⁹⁹ Das Individuum richtet sich prinzipiell nach der Norm und „kann“ daher gerade eine Straftat begehen, die trotzdem nicht die Basis der Gesellschaft stört, sondern „als Irritation, als ein reparierbarer Ausrutscher“⁴⁰⁰ betrachtet wird. Der Feind dagegen wird den geltenden gesetzlichen Regelungen entsprechend schärfer bestraft bzw. mit eingeschränkten Garantien versehen, weil sein Verhalten nicht nur einen isolierten Angriff gegen ein Rechtsgut darstellt, sondern stets (auch) die Bedingungen der Entwicklung der Person im Recht infrage stellt. Dieses Feindverhalten stellt – mit den bereits zitierten Worten Jherings – „nicht bloß einen Angriff gegen meine Sache, sondern zugleich gegen meine Person“ dar, sc. auf die „Bedingungen, ohne welche die Person nicht existieren kann“.

Es erscheint mir insoweit zwar aus rein sprachlichen Gründen fragwürdig, ob die Termini „Feind“ (als kategorialer Unterfall des „Individuums“ und im Gegensatz zur „Person im Recht“) und „Feindstrafrecht“ glücklich gewählt sind (dass sie politisch inkorrekt sind, ist freilich kein Grund für ihre Ablehnung). Aber es sollte m.E. gleichwohl kein Zweifel daran bestehen, dass Jakobs diese Bezeichnungen in einen wissenschaftlichen Kontext mit normativer – und nicht etwa nur naturalistischer bzw. ontologischer – Relevanz stellt.⁴⁰¹ Und die Leistungsfähigkeit dieser Begriffe zumindest zur adäquaten Beschreibung der normativen Realität ist selbst bei einigen seiner Kritiker anerkannt.⁴⁰²

³⁹⁸ Jhering, *Der Kampf ums Recht* (1872), Bearbeitung von Hollerbach, herausgegeben von Erik Wolf, *Deutsches Rechtsdenken*, Heft 10, 7. Aufl. 1989, S. 18.

³⁹⁹ Zu den Begriffen „Person im Recht“, „Individuum“ und „Feind“ als wissenschaftliche Kategorien siehe Polaino-Orts, *Derecho penal del enemigo: Desmitificación de un concepto*, Lima 2006, S. 75 ff., 212 ff. Kritisch gegenüber dieser Terminologie u.a. Gössel, in: Hoyer u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder*, 2006, S. 33 ff.; Ambos, *ZStrR* (124) 2006, S. 13 ff.

⁴⁰⁰ Jakobs, *HRRS* 2004 (3/2004), S. 91 (<http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/04-03/hrrs-3-04.pdf>).

⁴⁰¹ Polaino-Orts (Fn. 5), S. 93 f.

⁴⁰² In diesem Sinne etwa Hörnle, *GA* 2006, S. 81 ff.; ferner Cancio Meliá, *ZStW* 117 (2005), S. 267 ff., der das Feindstrafrecht aber als „*contradictio in adiecto*“ und rechtlose Konstruktion ablehnt (S. 282 ff.); vgl. auch Kindhäuser, in: Hoyer u.a. (Hrsg.), *Festschrift*

Von den vielen verschiedenartigen Problemen, die sich im Rahmen des Themas Feindstrafrecht stellen, wird im Folgenden nur auf einige allgemeine Fragen der genannten Diskussion eingegangen. Dabei werden zuerst die Grundlagen des Feindstrafrechts untersucht, nämlich der Normbegriff und die Funktion des Strafrechts im Zusammenhang mit den Bedingungen der Rechtlichkeit (III). Ferner wird die Entwicklung des Feindstrafrechts in der Konzeption von Jakobs skizziert (IV), die Frage beantwortet, ob der Begriff Feindstrafrecht rein deskriptiv ist oder auch normativ-präskriptive Elemente enthält, ob also die Überlegungen von Jakobs das Feindstrafrecht legitimieren oder nicht (V), und sodann die Normalität des Phänomens Feindstrafrecht in den modernen Rechtsordnungen betont (VI). Anschließend wird die angeblich ausschließliche Funktion des Feindstrafrechts als Beseitigung einer Gefahr infrage gestellt (VII) und auf die Maßregeln der Besserung und Sicherung eingegangen (VIII). Ferner wird die Frage beantwortet, ob der Rechtsstaat verschiedene Dichten aufweisen darf, je nach der Gefährlichkeit der konkreten Situation (IX). Der Beitrag schließt mit der Formulierung einiger Thesen (X).

III. Zur Wurzel des Feindstrafrechts: Normbegriff und Funktion des Strafrechts

Gesellschaft ist normative Verständigung.⁴⁰³ Normen spielen eine konstitutive Rolle bei der Entstehung der gesellschaftlichen Struktur.⁴⁰⁴ Diese wird nicht etwa durch die bloße Addition einzelner Individuen hergestellt, sie resultiert also nicht schon aus einer Zusammenfassung der individuellen Welten.⁴⁰⁵ Die gesellschaftliche Struktur ist vielmehr eine komplexere Realität, die durch Normen konstituiert wird. Die Norm ihrerseits weist gleichfalls eine komplexe Struktur auf, indem sie sowohl die Perspektive des Normbrechers als auch diejenige der auf die Normgeltung Vertrauenden umfasst. Der Begriff der Norm schließt dann zugleich den Normbruch (Perspektive des Verbrechers) und die Normgeltung bzw. Normstabilisierung (Perspektive des Opfers bzw. der Bürger als Personen im Recht) ein.⁴⁰⁶

Der so skizzierte Normbegriff gilt auch für jede Diskussion über den Normbegriff im Bereich des Feindstrafrechts. Im Ausgangspunkt jeder strafrechtstheoretischen Analyse ist nämlich anzuerkennen, dass die Norm nicht nur einen negativen Aspekt hat (Normdesavouierung), sondern auch einen positiven (Förderung des Vertrauens in ihre Geltung), der das gesellschaftliche Leben der Bürger erst ermöglicht. Diese verknüpfen ihr Wohl mit der Geltung von Normen, und nur so ist es für sie überhaupt denkbar, ihre Projekte interpersonal voranzutreiben. Denn dazu muss die

für Friedrich-Christian Schroeder, 2006, S. 93 ff. Greco, GA 2006, S. 107 ff. negiert sogar jegliche Leistungsfähigkeit des Begriffes „Feindstrafrecht“, also auch diejenige zur Deskription.

⁴⁰³ Grundlegend und detailliert hierzu Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft, 2. Aufl. 1999, S. 63 ff.

⁴⁰⁴ Jakobs, ZStW 107 (1995), S. 843 ff.

⁴⁰⁵ Jakobs (Fn. 9), S. 38 ff.

⁴⁰⁶ Jakobs, ZStW 97 (1985), S. 752.

jeweilige Norm eine reale Existenz haben (was der Fall ist, wenn die Erwartungen, die die Norm positiviert, aktuell sind), und die Bürger müssen mit einer gewissen Sicherheit davon ausgehen können, dass die Normen imstande sind, ihre – nicht etwa außergewöhnlichen, sondern ganz normalen und gerade gesellschaftsstabilisierenden – Bedürfnisse und Ansprüche zu garantieren.

Die Norm ist wirksam, wenn sie leistet, was sie zu leisten hat, nämlich: Erwartungssicherung und Verhaltensorientierung. Zu den Merkmalen des Normbegriffs gehört nämlich nicht nur die Sicherung der Erwartung, dass die Gesellschaftsmitglieder sich als Personen im Recht verhalten, sondern auch die Funktion als gesellschaftlich verbindliches Verhaltensmuster, als Richtschnur personalen, sc. für die Bedingungen gesellschaftlichen Zusammenlebens konstitutiven Verhaltens. Die Normstruktur ist damit im Wesentlichen nicht imperativ, sondern richtungsweisend. Sie weist die Wege, auf denen Bürger vernünftigerweise verkehren. Und nach diesem normativen Ideal orientieren sich Personen an den Normen nicht nur, weil sie – wie sie wissen – ihre Pflichten erfüllen sollen, sondern vor allem, weil ihnen bewusst ist, dass sie nur bei einer grundsätzlichen und breiten Beachtung strafrechtlicher Normen auch ihre eigenen Rechte mit einer Mindestgewissheit, gleichsam: in Ruhe genießen können.⁴⁰⁷

Diese komplexe Struktur des Normbegriffs (Verbrecher/Opfer) beeinflusst auch die Funktion des (Straf-)Rechts. Um wirklich zu gelten, sc. die gesellschaftliche Orientierung zu leiten, muss der Norm eine gewisse Stabilität zukommen. Nur so können die Bürger ihre sozialen Kontakte mit einer Mindestzuverlässigkeit eingehen und ein interpersonales Vertrauen aufbauen. Normen gelten insoweit als gesellschaftliche Konvention. Vor diesem normativen Hintergrund bedeuten Straftaten eine Infragestellung der Geltung dieser Konvention und verdienen schon deswegen eine die einzelne Normdesavouierung des Täters in Abrede stellende Isolierung durch die Rechtsordnung.⁴⁰⁸ Mit dem Mittel des Feindstrafrechts reagiert nun aber der Gesetzgeber auf mehr als eine bloße Gefährdung bzw. Irritation der Werte, die vermittels der Norm positiviert wurden, nämlich auf einen fundamentalen – buchstäblich: radikalen – Angriff auf die gesellschaftliche Konvention der Normgeltung als solche: die Anerkennungsbedingungen der Personen im Recht. Denn delinquierende Individuen sind Bürger, deren Verhalten sich normalerweise am Deutungsschema der Norm orientiert und das nur deshalb auch ausnahmsweise Delinquenz im Sinne eines Fehlers aufweisen kann. Feinde hingegen stellen schon die Bedingungen der grundlegendsten Institution⁴⁰⁹ des gesellschaftlichen Lebens – des Synallagmas von Organisationsfreiheit und Folgenverantwortung – infrage, welche sich perfekt mit der bekannten Formel Hegels zusammenfassen lässt: „sei eine Person und respektiere die anderen als Personen.“⁴¹⁰

⁴⁰⁷ Polaino-Orts (Fn. 5), S. 115 ff., 128 ff.

⁴⁰⁸ Jakobs, in: Kodalle (Hrsg.), Strafe muss sein! Muss Strafe sein?, 1998, S. 37 ff.

⁴⁰⁹ Dazu Jakobs, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, 1996, S. 19 ff.; vertiefend Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 33 ff., 130 ff.

⁴¹⁰ Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 36 (Ausgabe Moldenhauer/Michel, Werke, Band 7, 4. Aufl. 1995).

Die Hegelsche Maxime hat den Wert, dass in ihr die Reziprozität, das Synallagma des bürgerlichen Mindestrespekts als *condicio sine qua non* für die Personalität im Recht kondensiert. Die Garantieleistung der Person im Recht gilt danach in zweierlei Richtungen, nämlich auch gegenüber ihr selbst: „Wer als Person behandelt wird, muß seinerseits eine gewisse kognitive Garantie dafür geben, dass er sich als Person verhalten wird. Bleibt diese Garantie aus oder wird sie sogar ausdrücklich verweigert, wandelt sich das Strafrecht von einer Reaktion der Gesellschaft auf die Tat eines ihrer Mitglieder zu einer Reaktion gegen einen Feind.“⁴¹¹ Dabei erscheint das Verbrechen „als Anfang vom Ende des geordneten Gemeinwesens“⁴¹², und es kann aus dieser Analyse vernünftigerweise nur folgender Schluss von Jakobs gezogen werden: „Dass jeder als Person behandelt werden soll, ist per se ein bloßes Postulat, ein Modell für eine Gesellschaft, damit aber nicht schon Teil einer wirklich stattfindenden Gesellschaft.“⁴¹³ Damit der Begriff der Person kein bloßes Postulat bleibt, sondern eine wirklich existierende gesellschaftliche Institution ist, müssen die Normen aber auch gerade für potenzielle Opfer⁴¹⁴ eine Orientierungsleistung erbringen.

Feindverhalten in diesem spezifisch straftheoretischen Sinn ist ein Hindernis für die Realisierung der Norm bzw. der Personalität im Recht. Es weicht von der Struktur der Gesellschaft in einem Maße ab, das die ganze Struktur ins Wanken bringt, da es schon die Idee gesellschaftlichen Zusammenlebens negiert. Mit anderen Worten, die gesellschaftliche Konstitution wird durch das feindliche Verhalten nicht bloß irritiert, sondern hinsichtlich der Mindestbedingungen von Normgeltung derart integral und massiv infrage gestellt, dass das gesellschaftliche Projekt der Personen im Recht nicht verwirklicht werden kann.

Auf eine solche prinzipielle Abweichung muss die Rechtsordnung in einer Art und Weise reagieren, die den *Status civitatis* bestärkt. Diese Reaktion ist dann als *condicio sine qua non* der Existenz der Bürger zu betrachten, deren Personalität im Recht vom Gesetzgeber nur dadurch erhalten werden kann, dass ihr Mindeststatus gegenüber dem Feind verteidigt wird. Feinde sind damit insoweit, als sie sich selbst exkludieren, keine wirklichen Personen, die andere als Personen anerkennen. Feinde verkörpern ein den Personen im Recht und damit dem Projekt einer freiheitlich verfassten Gesellschaft diametral entgegenwirkendes Projekt. Wie weit die Reaktion gegen Feinde gehen soll, wird unten (IX) noch näher behandelt.

IV. Die Entwicklung des Feindstrafrechts bei Jakobs

Als Jakobs 1985 in einem Vortrag über „Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung“ bei der deutschen Strafrechtslehrertagung in Frankfurt am Main den Begriff „Feindstrafrecht“ prägte, hat niemand erwartet, dass dieser zwanzig Jahre später zu einem der am heftigsten diskutierten

⁴¹¹ Jakobs, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 51.

⁴¹² Jakobs (Fn. 6), S. 91.

⁴¹³ Jakobs, HRRS 2006 (8-9/2006), S. 290 (<http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/06-08/hrrs-8-06.pdf>).

⁴¹⁴ Jakobs (Fn. 19), S. 290.

Begriffe der Strafrechtsdogmatik werden würde. Die Fälle, die Jakobs seinerzeit mit dieser Bezeichnung theoretisch erfassen wollte, waren freilich – zum Teil bereits seit über einem Jahrhundert – bekannte dogmatische Probleme: die Bildung krimineller oder terroristischer Vereinigungen (§§ 129, 129a StGB), der Beteiligungsversuch (§ 30 StGB) und alle Kriminalisierungen materieller Vorbereitungen, „soweit das Vorbereitungsverhalten im Privatbereich vollzogen wird“⁴¹⁵, ferner einige abstrakte Gefährdungsdelikte (sei es per se unbeherrschbares Verhalten, wie etwa bei der Trunkenheit im Verkehr, oder die Gefahr zukünftiger, noch beherrschbarer Schädigungen, wie etwa bei der Herstellung und Verfälschung von Urkunden)⁴¹⁶ sowie „einige notorische Bereiche vorverlagerter Strafbarkeit“, die wiederum „mit einigen notorischen Bereichen verdeckter polizeilicher Tätigkeit“ einher gehen: Rauschgiftdelikte, Staatsschutzdelikte, Geldfälschungsdelikte usw.⁴¹⁷ Man mag dem noch andere Beispiele hinzufügen, etwa die Gleichbehandlung des formellen Versuchs mit der Vollendung bei den Unternehmensdelikten,⁴¹⁸ ferner auch einige Formen der Besitz- oder weiterer Organisationsdelikte.⁴¹⁹

Die nüchterne Analyse Jakobs´ aus dem Jahre 1985 führte in klarer Weise vor Augen, dass es einige Zurechnungsfiguren im positivierten deutschen Recht gab (und immer noch gibt), die im Vergleich zu den „traditionellen“ Straftatbeständen erhebliche Besonderheiten aufweisen, welche seiner Meinung nach typische Kennzeichen eines „Feindstrafrechts“ (in Abgrenzung vom traditionellen „Bürgerstrafrecht“) bilden: Vorverlagerungen der Strafbarkeit, schärfere Bestrafungsmöglichkeiten bzw. keine zur Vorverlagerung proportionale Reduktion des Strafmaßes, Übergang von einer normalen Strafgesetzgebung zu einer solchen, die sich selbst Bekämpfungsgesetzgebung nennt, Reduktion strafprozessualer Garantien des Beschuldigten etc. Für die verbreitete Bereitschaft, solche Vorverlagerungen bzw. Absenkungen strafrechtlicher Garantien zu akzeptieren, ließen sich Jakobs zufolge mehrere plausible Gründe anführen. Dies gilt vor allem für eine von ihm ausgemachte generelle Subjektivierungstendenz, die keineswegs vom tatstrafrechtlichen Gebot des „cogitationis poenam nemo patitur“ Abstand nehme und sich ihrerseits aus diversen Quellen speise: dem Schuldprinzip, der Täterorientierung sowie der Personalisierung des Unrechts.⁴²⁰ Ferner würden in den modernen Rechtsordnungen Delikte mit bloßem Partialunrecht anerkannt, also Straftatbestände, in denen es nicht um die Übertretung der „Hauptnormen“, sondern um diejenige der von Jakobs so

⁴¹⁵ Jakobs (Fn. 12), S. 757.

⁴¹⁶ Jakobs (Fn. 12), S. 767 ff.

⁴¹⁷ Jakobs (Fn. 12), S. 752.

⁴¹⁸ Vgl. hierzu Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 25/5 ff.; vertiefend Polaino Navarrete, Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español, Sevilla 1972, S. 310 ff.; dens., in: Gössel/Triffterer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, 1999, S. 271 ff., 290 f.; dens., Derecho Penal, Parte General, Band II, Halbband I, Barcelona 2000, S. 546 ff.

⁴¹⁹ Dazu Struensee, in: Samson u.a. (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald, 1999, S. 713 ff.; Eckstein, Besitz als Straftat, 2001, passim (lesenswert hierzu auch die Besprechung von Lampe, ZStW 113 [2001], S. 885 ff.); Schroeder, La posesión como hecho punible, Bogotá 2004, S. 9 ff.; Pastor Muñoz, Los delitos de posesión y los delitos de status: una aproximación político-criminal y dogmática, Barcelona 2005, passim.

⁴²⁰ Jakobs (Fn. 12), S. 751 ff.

genannten „flankierenden Normen“ geht, also solcher Normen, „deren Aufgabe es ist, die Geltungsbedingungen der Hauptnormen zu garantieren.“⁴²¹ Als Beispiel dazu nannte Jakobs die Normen der Bedrohung (§ 241 StGB) und der Störung des öffentlichen Friedens durch Androhung von Straftaten (§ 126 StGB).

Die Begründung der Existenz solcher Normen lautete damals bei Jakobs wie folgt: „Normvertrauen ist, zumindest was den Schutz gewichtiger Güter angeht, nicht ohne eine kognitive Basis möglich. Etwa das Bewußtsein, als Opfer einer Tötung im Recht zu sein, ist ohne diese Kenntnis, dass die Tötung wahrscheinlich vermieden wird, keine taugliche Grundlage der Lebensplanung. Mit anderen Worten, normative Garantien wirken zwar auch kontrafaktisch, aber nur bei einem Risiko, das nicht deutlich größer wird, als es ubiquitäre Risiken sind; weicht das Risiko drastisch vom Durchschnittlichen ab, so bringt allein die normative Garantie keine Erwartungssicherheit. So besteht bei den genannten Tatbeständen, Bedrohung und Androhung von Straftaten, das unrechte Verhalten in einer drastischen Erhöhung des Risikos nach der Sicht des Betroffenen. Dieses Verhalten ist unrecht, weil es die Normgeltung für die Betroffenen zumindest erschwert. Es macht also keine Schwierigkeiten, den etwas diffusen ‚öffentlichen Frieden‘, den § 126 StGB nennt, zu konkretisieren: Es ist die Geltung der jeweils in Rede stehenden Normen auf der Seite des Betroffenen; mit dem Schutz eines ‚Klimas‘ oder ähnlich verschwommener Güter hat dies nichts zu tun.“⁴²² Alles in allem ging es Jakobs darum, solchen Kennzeichen des Feindstrafrechts diejenigen des Bürgerstrafrechts gegenüberzustellen und damit den Sinn für die unterschiedliche Behandlung der zugrunde liegenden Situationen durch das Strafrecht zu schärfen. Indem aber beim Feindstrafrecht zumeist schon früheste Anzeichen einer Gefährdung des materiellen Rechtsguts bekämpft werden, vermochte Jakobs auch zu konstatieren, dass der Täter hier als Rechtsgutsfeind definiert wird: als Individuum, das „dem Rechtsgut gefährlich werden kann, wobei sich der Beginn der Gefahr potentiell grenzenlos vorverlagern lässt.“⁴²³ Zugespitzt lautete der Befund: „Je stärker Rechtsgüterschutz optimiert wird, desto mehr wird der Täter als Feind, ohne Internbereich, definiert“⁴²⁴, und so ließ sich feststellen, dass „(d)as Feindstrafrecht (...) Rechtsgüterschutz“ optimiert, während „das bürgerliche Strafrecht (...) Freiheitssphären“ optimiert.⁴²⁵

Dieser erste und von einem renommierten deutschen Strafrechtslehrer im Anschluss an die damalige Diskussion als „eindrucksvolles Plädoyer für die Freiheit des Bürgers“⁴²⁶ bezeichnete Beitrag Jakobs´ zum Thema Feindstrafrecht aus dem Jahr 1985 hat erst viele Jahre später eine polemische Resonanz hervorgerufen, die unter Ausblendung der zuvor dargestellten Hauptstoßrichtung seiner Betrachtung insbesondere einige internationale Maßnahmen und gesetzgeberische Reaktionen in der Folge der Terroranschläge vom 11. September 2001 sowie solche im Rahmen des Irak-Kriegs

⁴²¹ Jakobs (Fn. 12), S. 775.

⁴²² Jakobs (Fn. 12), S. 776.

⁴²³ Jakobs (Fn. 12), S. 753.

⁴²⁴ Jakobs (Fn. 12), S. 784.

⁴²⁵ Jakobs (Fn. 12), S. 756.

⁴²⁶ So Schroeder bei Gropp, ZStW 97 (1985), S. 926.

ganz einseitig mit der Theorie vom Feindstrafrecht in Verbindung bringt. Dabei ist das von Jakobs beschriebene und erklärte Feindstrafrecht – nicht jenes mystifizierte Feindstrafrecht, das nur in den Köpfen einiger Kritiker existiert – ein mittlerweile ubiquitäres Instrumentarium, dem sich kein wehrhafter demokratischer Rechtsstaat heutzutage mehr verschließen möchte.⁴²⁷

Seit dem ersten Vortrag zum Thema Feindstrafrecht hat Jakobs die Problematik mehrmals wieder aufgegriffen, teils weil er eine nähere Begründung darlegen wollte, teils auch als Reaktion auf seine zahlreichen Kritiker, die den spezifischen Sinn des provokativ gewählten Begriffs missverstanden und nicht selten nur eine oberflächliche und vermeintlich politisch korrekte – dabei leider auch fast immer wissenschaftslose – Auslegung des Jakobsschen Ansatzes zustande gebracht hatten (und wohl teils auch nicht an mehr interessiert gewesen waren). So hat Jakobs sich in mehreren wissenschaftlichen Beiträgen aus den 1990er-Jahren zum Begriff des Feindes und zum Phänomen des Feindstrafrechts geäußert, etwa im Jahr 1997 in einer – leider in spanischer Sprache noch unveröffentlichten – suggestiven Abhandlung mit dem Titel „Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie“,⁴²⁸ im Jahr 1998 in einem Aufsatz über die gegenwärtigen Straftheorien,⁴²⁹ ferner in einem Vortrag zum Thema „Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart“, den er 1999 auf einem Kongress in Berlin hielt.⁴³⁰ Darüber hinaus sind für die Zeit seit der Jahrtausendwende sein Beitrag in der Festschrift für Spinellis zum Thema „Personalität und Exklusion im Strafrecht“⁴³¹ aus dem Jahr 2000, vor allem aber sein großer Vortrag vor der Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wissenschaften aus dem Jahr 2003 über Bedeutung und Zweck der staatlichen Strafe⁴³² sowie sein Vortrag bei der Strafrechtslehrertagung in Frankfurt/Oder über Terroristen als Personen im Recht⁴³³ zu nennen, der in besonderem Maße auch von der Rezeption des geltenden deutschen Rechts geprägt ist.

Außerdem hat Jakobs sich der Thematik in zwei Aufsätzen monografisch gewidmet, nämlich über Feindstrafrecht versus Bürgerstrafrecht⁴³⁴ und über die Bedingungen wirklicher – und nicht rein theoretischer – Rechtllichkeit in einem funktionierenden Rechtsstaat⁴³⁵. Im ersteren hat Jakobs vor allem eine beeindruckende Untersuchung der philosophischen Grundlagen des Begriffs Feindstrafrecht vorgelegt, wobei er den Beweis führen konnte, dass schon Hobbes und Kant ein Bürgerstrafrecht für Personen kannten, die nicht beharrlich, nicht prinzipiell delinquieren, während für prinzipielle Abweichler Feindstrafrecht gelten sollte: „Dieses

⁴²⁷ Polaino-Orts (Fn. 5), S. 185 ff.; Polaino Navarrete/Polaino-Orts, in: Cancio Meliá/Gómez-Jara (Hrsg.), *Derecho penal del enemigo*, Buenos Aires 2006, S. 591 ff.

⁴²⁸ Jakobs (Fn. 9), S. 109 ff.

⁴²⁹ Jakobs (Fn. 14), S. 37 ff.

⁴³⁰ Jakobs (Fn. 17), S. 47 ff.

⁴³¹ Jakobs, in: Courakis (Hrsg.), *Festschrift für Dionysios Spinellis*, 2001, S. 447 ff.

⁴³² Jakobs, *Staatliche Strafe*, 2004, S. 40 ff.

⁴³³ Jakobs, *ZStW* 117 (2005), S. 838 ff.

⁴³⁴ Jakobs (Fn. 6), S. 91.

⁴³⁵ Jakobs (Fn. 19), S. 290.

exkludiert, jenes beläßt den Personenstatus.⁴³⁶ Andere Konzeptionen, die Jakobs darstellt, wie namentlich diejenigen von Rousseau und Fichte, seien dagegen für die jetzige Diskussion noch nicht einmal heranzuziehen, da sie nur ein Feindstrafrecht und kein Bürgerstrafrecht kennen: „Für Rousseau und Fichte ist an sich jeder Verbrecher Feind.“⁴³⁷

In seinem letzten Aufsatz zur Problematik des Feindstrafrechts konzentriert Jakobs sich auf das Erfordernis der kognitiven Untermauerung normativer Institutionen als Bedingung der Praktikabilität sozialer Systeme. „Offenbar“ – so schreibt Jakobs – „muss also zwischen einem – wie überzeugend auch immer – postulierten Recht, einem Modellrecht, und der wirklichen normativen Struktur einer Gesellschaft unterschieden werden. Jenes mag in Zukunft, ‚im Geiste‘, orientieren, aber nur dieses orientiert im jeweiligen ‚Hier und Jetzt‘. [...] Ein Recht postulieren zu können und ein Recht wirklich zu haben, ist nicht dasselbe, und nur letzteres, das Recht, das man wirklich hat, bietet in der jeweiligen Gegenwart Orientierung.“⁴³⁸ Ob es nun zwischen dieser Position und den Anfängen der Befassung mit dem Thema durch Jakobs einen Bruch in der Bewertung des Feindstrafrechts oder doch eine innere Kohärenz gibt, die alle diese Beiträge verknüpft, soll im Folgenden Abschnitt untersucht werden.

V. Feindstrafrecht – Deskription oder Legitimation?

Die Kritiker des Jakobsschen Konzeptes behaupten zum Teil, es gebe eine grundlegende Differenz zwischen der erstmaligen Untersuchung des Feindstrafrechts und den nachfolgenden Beiträgen, also zwischen dem Jakobs, der 1985 über die Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung referierte, und demjenigen, der ab dem Berliner Vortrag aus dem Jahr 1999 die Grundlagen des Feindstrafrechts untersucht hat. Der Erste sei dem Feindstrafrecht gegenüber prinzipiell kritisch und denunziatorisch eingestellt gewesen, der Zweite betrachte das Feindstrafrecht hingegen vor allem in einer affirmativen, d.h. solche Rechtsentwicklungen legitimierenden Weise.⁴³⁹

Diese Behauptung ist aus zweierlei Gründen nicht haltbar. Zum einen stellen die Beiträge des vermeintlichen „zweiten Jakobs“ zum Thema – wie in der Wissenschaft auch bereits betont wurde⁴⁴⁰ – keinen Bruch gegenüber dem Ausgangskonzept von 1985 dar, sondern sie stehen in einer wissenschaftlichen Kontinuität desselben Diskurses. Denn was Jakobs ursprünglich unter den Begriff der „flankierenden Normen“ gefasst hat, ist genau dieselbe Idee, die er 15 Jahre später mit dem Begriff der kognitiven Sicherheit bei der Normgeltung ausdrückt. Schon anhand des bereits vorgestellten Normbegriffs ist nämlich zu zeigen, dass die Verwirklichung normativer Erwartungen einer gewissen kognitiven Untermauerung bedarf, wenn sie die Orientierung leiten soll. So formulierte Jakobs 1985: „Akzeptiert man die Aussage, dass Normgeltung nicht nur vom Verhalten potentieller Täter abhängt, sondern

⁴³⁶ Jakobs (Fn. 6), S. 90.

⁴³⁷ Jakobs (Fn. 6), S. 90.

⁴³⁸ Jakobs (Fn. 19), S. 290.

⁴³⁹ Siehe in diesem Sinne etwa Ambos (Fn. 5), S. 13, 19; Greco (Fn. 8), S. 100 ff.

⁴⁴⁰ Polaino-Orts (Fn. 5), S. 46 f.

auch davon, was die potentiell Betroffenen erwarten, so liegt es auf der Hand, dass Normgeltung nicht nur durch Normbrüche im üblichen Verständnis beeinträchtigt werden kann, sondern überhaupt durch jegliche Beeinträchtigung des Normvertrauens der Betroffenen, gleich auf welchem Weg dies geschieht.⁴⁴¹ Und er fügte hinzu: „Die Normgeltung ist also nicht nur eine Beziehung zwischen Norm und potentiellen Tätern, den üblicherweise allein sogenannten Normadressaten, sondern auch eine Beziehung zwischen Norm und potentiell Betroffenen. Normgeltung ist eine mehrseitige Angelegenheit, wobei die Seite der potentiell Betroffenen nicht nur die negativ formulierte Täterseite ist, sondern einen eigenen positiven Inhalt hat, nämlich Normvertrauen.“⁴⁴²

2006 heißt es dann bei Jakobs, der entscheidende Befund sei, dass funktionierende Gesellschaften „leisten, was Recht leisten soll, nämlich Orientierung, auch für potentielle Opfer.“⁴⁴³ Auch die Erwartungen der potentiell Betroffenen gehören für ihn zum Normbegriff, und für diese ist aktuelle Orientierung nur möglich, wenn sie eine Mindestgarantie dafür haben, dass ihr Normvertrauen nicht haltlos ist, dass also eine gewisse kognitive Sicherheit als Basis konkreter Normgeltung besteht.⁴⁴⁴ Wer in diesem Sinne keine Gewähr für die Annahme leistet, er werde als Person im Recht agieren, der greift die normativen Erwartungen der Bürger als Personen im Recht bereits an der Wurzel der Normgeltung – eben buchstäblich radikal – an. Er kann dann auch nicht erwarten, seinerseits als Person behandelt zu werden.⁴⁴⁵ Der Begriff der Norm bzw. der Normgeltung kann also seit Jakobs' Vortrag von 1985 als durchgängig tragendes und zentrales Element seiner Erklärung der Existenz des Feindstrafrechts angesehen werden.⁴⁴⁶

Zum anderen ist die Existenz verschiedener Positionen von Jakobs auch deswegen zu verneinen, weil das Feindstrafrecht – mindestens das Feindstrafrecht, wie es von Jakobs beschrieben worden ist – entgegen der anderslautenden Kritik nicht schon per se illegitim ist, sondern Normen beinhaltet, die in allen demokratischen Staaten der Gegenwart existieren. In dieser Hinsicht kommt feindstrafrechtlichen Normen (etwa bezüglich der Mitgliedschaft in kriminellen Vereinigungen, der Maßregeln der Besserung und Sicherung, insbesondere der Sicherungsverwahrung – dazu unten VIII –, aber auch der Kontaktsperre usw.) – wie von Polaino-Orts⁴⁴⁷ zu Recht betont wurde – in modernen Rechtsstaaten eine doppelte Iuris-tantum-Gültigkeitsvermutung zu, und zwar in formaler wie in materialer Hinsicht: formal, weil sie in einem demokratisch-parlamentarischen Verfahren beschlossen wurden, und material, solange ein für die inhaltlich-verfassungsrechtliche Überprüfung zuständiges objektives Organ – hier: das Bundesverfassungs-

⁴⁴¹ Jakobs (Fn. 12), S. 775.

⁴⁴² Jakobs (Fn. 12), S. 775.

⁴⁴³ Jakobs (Fn. 19), S. 290.

⁴⁴⁴ Zu diesem zentralen Begründungselement des Feindstrafrechts – die kognitive Sicherheit als Hintergrund der Normgeltung und des Normvertrauens – vgl. bereits Hegel (Fn. 16), § 268 (mit Zusatz), worauf Bung, HRRS 2006 (8–9/2006), S. 317 ff. m. Fn. 6 (<http://www.hrr-straftrecht.de/hrr/archiv/06-08/hrrs-8-06.pdf>) treffend hinweist.

⁴⁴⁵ Vgl. Jakobs (Fn. 17), S. 51.

⁴⁴⁶ Siehe auch etwa Jakobs (Fn. 39), S. 841.

⁴⁴⁷ Polaino-Orts (Fn. 5), S. 73, 195 ff.

gericht – noch nichts Gegenteiliges entschieden hat. Dagegen sind in autoritären bzw. totalitären Staaten sämtliche Rechtsnormen – also sowohl die des Feindstrafrechts, als auch jene des Bürgerstrafrechts, falls es dort überhaupt solches gibt – aufgrund der Demokratiedefizite per se illegitim. In der in demokratischen Rechtsstaaten geltenden, widerleglichen Iuris-tantum-Vermutung der Verfassungskonformität liegt letzten Endes der entscheidende Unterschied zwischen illegitimem (Feind-) Strafrecht und legitimem (Feind-) Strafrecht – und damit zugleich zwischen einem demokratischen Rechtsstaat und einer Diktatur.

Aus dieser Perspektive verliert die Frage, ob der Begriff Feindstrafrecht rein deskriptiv ist oder auch normative (präskriptive) Elemente enthält, ob also die Überlegungen von Jakobs schon existierende, demokratisch legitimierte Normen straftheoretisch rechtfertigen oder nicht, jegliche Relevanz. Einerseits kann man insoweit nicht legitimieren, was bereits legitimiert ist. Und andererseits ist die Legitimationswirkung einer rechtsstaatlichen Iuris-tantum-Vermutung keineswegs etwas Anstößiges. Solange jene Kritiker des Feindstrafrechts, die behaupten, Feindstrafrecht sei per se illegitim, verfassungswidrig und inkompatibel mit den rechtsstaatlichen Garantien, sich nicht zugleich für die Abschaffung jeder einzelnen vermeintlich illegitimen feindstrafrechtlichen Norm stark machen, also etwa für die Entkriminalisierung der Mitgliedschaft in kriminellen oder terroristischen Vereinigungen, die Abschaffung bestimmter Maßregeln der Besserung und Sicherung etc., bleibt solche Kritik nutzlos und inkonsequent.

VI. Über die Normalität des Feindstrafrechts

Jakobs stellt dem Bürgerstrafrecht das Feindstrafrecht in seinen vier verschiedenen, die typischen Kennzeichen zusammenfassenden Dimensionen entgegen, nämlich (1.) hinsichtlich des Zeitpunkts, in dem das Strafrecht in Aktion tritt – weite Vorverlagerung der Strafbarkeit, „also Wendung des Blicks von der geschehenen auf eine kommende Tat“,⁴⁴⁸ d.h. es geht um eine prospektive, gefährlichkeitsorientierte Betrachtung und nicht um eine retrospektive, wie beim Bürgerstrafrecht –; (2.) keine der Vorverlagerung proportionale Reduzierung des Strafmaßes; (3.) Übergang von der Strafrechtsgesetzgebung zur Bekämpfungsgesetzgebung in Bereichen wie der Wirtschaftskriminalität, dem Terrorismus, der organisierten Kriminalität, der Sexualdelikte und anderer gefährlicher Straftaten; (4.) Abbau strafprozessualer Garantien des Beschuldigten. Und er weist für diese vier verschiedenen Aspekte, in denen die Differenzen zwischen Feind- und Bürgerstrafrecht zutage treten, jeweils den positivrechtlichen Befund nach.⁴⁴⁹

Als konkrete Beispiele mögen hier die vielleicht bekanntesten Fälle der Vorverlagerung der Strafbarkeit dienen, nämlich die ubiquitären Tatbestände der Mitgliedschaft in einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung, mit Strafdrohungen, die (wenn überhaupt) von einer Versuchsstrafe nur durch eine schmale Schamgrenze geschieden sind, ferner die Sicherungsverwahrung (auch die stark umstrittene vorbeugende Sicherungsverwahrung),

⁴⁴⁸ Jakobs (Fn. 17), S. 51 f.

⁴⁴⁹ Jakobs (Fn. 17), S. 51 f.

der Einsatz von Spitzeln und der Kontaktsperre zwischen Anwalt und Untersuchungshäftling etc.⁴⁵⁰ All diese prototypischen Feindstrafrechtsnormen sind freilich im geltenden deutschen und spanischen Recht (und nicht nur dort) leicht auszumachen – sie gehören zum modernen juristischen Kulturkreis. Wie Jakobs betont, geht ein Staat so freilich nicht mit Personen im Recht um, sondern so schützt er sich vor gefährlichen Individuen, eben, soweit Schutz nötig ist, vor Feinden.⁴⁵¹ Oder: „In dieser Sprache – vorverlagernd, mit harter Strafe bekämpfend, prozessuale Garantien einschränkend – spricht der Staat nicht mit seinen Bürgern, sondern droht er seinen Feinden.“⁴⁵²

Angesichts dieser Darstellung drängt sich eine Schlussfolgerung auf: Auch feindstrafrechtliche Normen, wie sie von Jakobs beschrieben werden, gehören zum sozialen System bzw. sind Bestandteile der Rechtsordnung in den modernen abendländischen Demokratien. Sie bilden im Rahmen aller Rechtsordnungen zwar eine Ausnahme, stellen aber keine per se außergewöhnlichen bzw. unpassenden Institutionen dar. Und sie sind funktional, solange sie eine wichtige Leistung zur Stabilisierung des Systems bilden.

Aber warum sind solche Normen im geltenden deutschen oder spanischen Recht „funktional“? Die im Rahmen dieses Beitrags nur knapp zu skizzierende Antwort auf diese Frage liegt nicht nur darin, dass es eine gewisse systeminterne Legitimation gibt (bezüglich der Existenz krimineller bzw. terroristischer Vereinigungen besteht unzweifelhaft eine gesellschaftliche Erwartung, solche Fälle schärfer und bereits vorverlagert zu bestrafen), sondern auch, dass die Existenz solcher Normen als entscheidend dafür angesehen wird, den Status der Personen im Recht und damit auch der ganzen Gesellschaft auf einem akzeptablen Gefährdungsniveau zu halten. Die bereits mehrfach erwähnten Organisationsdelikte, aber auch einige Besitzdelikte (Besitz von Waffen, Sprengstoffen etc.) sowie die Normen der Sicherungsverwahrung, Kontaktsperre etc. spielen dann die übergreifende Rolle, den Status civitatis der Personen im Recht gegenüber insoweit gefährlichen Individuen zu stabilisieren, jene also vor Feinden zu schützen.

VII. Beseitigung einer Gefahr versus Normgeltung? – Kritische Bemerkungen zur Funktion der Strafe beim Feindstrafrecht

Aus der verschiedenartigen Behandlung, die bürger- und feindstrafrechtliche Fälle in den rechtsstaatlichen Ordnungen erfahren, zieht Jakobs nun aber eine straftheoretische Konsequenz, welche – gemäß seiner Unterscheidung zwischen offener und latenter Straffunktion – die offene Funktion der Strafe betrifft: „Beim Bürgerstrafrecht“ – schreibt Jakobs⁴⁵³ – „ist die offene Funktion der Strafe Widerspruch, beim Feindstrafrecht die Beseitigung einer Gefahr“. Gegen diese Schlussfolgerung möchten wir uns im Folgenden wenden.

⁴⁵⁰ Jakobs, Vorwort zu Polaino-Orts (Fn. 5), S. 17. Vgl. auch Jakobs (Fn. 17), S. 51 f.

⁴⁵¹ Jakobs (Fn. 56), S. 17.

⁴⁵² Jakobs (Fn. 17), S. 52.

⁴⁵³ Jakobs (Fn. 19), S. 290.

Ist die Einschätzung, die Funktion des Feindstrafrechts sei die Beseitigung einer Gefahr, in dieser Polarität zutreffend? Meines Erachtens nicht. Zwar stellt sich die Funktion in einer Art und Weise dar, die weitgehend der Beseitigung einer Gefahr gleichkommt. Aber diese negative Komponente erschöpft nicht den kompletten Bereich der Aufgaben des Feindstrafrechts. Gefahrbeseitigung bzw. Gefahrenabwehr⁴⁵⁴ ist nämlich nur ein Mittel, nicht aber die Funktion feindstrafrechtlicher Normen, und zwar weder deren latente noch deren offene Funktion.⁴⁵⁵ Die Funktion der Strafe – auch der Feindstrafe – hat vielmehr mit der Ratio des Rechts zu tun, also mit der Stabilisierung gesellschaftlicher Systeme. Jedes soziale Element ist in dem Maße funktional, wie es die Leistung erbringt, die gesellschaftlichen Strukturen herauszubilden.⁴⁵⁶ Nur solchermaßen leistungsfähige Elemente werden als gesellschaftsstabilisierend integriert. Die anderen werden vom System verworfen, ganz so, wie es § 14 Abs. 3 LuftSichG ergangen ist, als er vom Bundesverfassungsgericht⁴⁵⁷ im Februar 2006 für verfassungswidrig, also für gesellschaftlich dysfunktional erklärt wurde.⁴⁵⁸

Die Strafe weist also neben ihrer Funktion, die konkrete Normgeltung zu bestätigen, auch eine dieser vorgelagerte Ermöglichungsfunktion auf. Denn um die Normgeltung zu sichern, ist es – wie hier bereits mehrfach ausgeführt wurde – notwendig, dass die Bürger (Personen im Recht) ein gewisses kognitives Vertrauen in die Geltung der Normen haben – „reine Normativität“, sc. normative Erwartungssicherheit, ist ohne Vertrauen auf deren Möglichkeit (kognitive Sicherheit) nun einmal nicht möglich. Aus dieser Einsicht folgt aber ein komplexer Strafbegriff, der normative und kognitive Funktionen gleichrangig beinhaltet, sodass sich sehr wohl⁴⁵⁹ von einem „echten“ Strafcharakter des Feindstrafrechts sprechen lässt. Kurz: Der negative Aspekt (Beseitigung einer Gefahr) reicht nicht aus, um die Existenz der feindstrafrechtlichen Normen zu erklären. Es geht vielmehr auch bei diesem Strafen stets auch um den positiven Aspekt der Stabilisierung der Normgeltung – hier mit Bezug auf die kognitive Sicherheit –, und dieser bildet sowohl beim Feindstrafrecht als auch beim Bürgerstrafrecht den Inhalt des Strafzwecks.

Feinde stellen die Bedingungen gemeinschaftlichen Lebens prinzipiell – bzw. buchstäblich radikal – infrage, und so drastisch, wie sie die Grundlagen der Gesellschaft angreifen, müssen sie auch bekämpft und – wenn es sein

⁴⁵⁴ Jakobs (Fn. 18), S. 295 ff; grundlegend Pawlik, in: Hoyer u.a. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder, 2006, S. 357 ff.

⁴⁵⁵ Zur Unterscheidung Merton, *Social Theory and Social Structure*, 8. Aufl. 1963, S. 60 ff.; Ryffel, *Rechtssoziologie. Eine systematische Orientierung*, 1974, S. 254 ff.; auch Jakobs (Fn. 17), S. 50 ff.

⁴⁵⁶ Luhmann, *Funktion und Kausalität* (1962), in: ders. *Soziologische Aufklärung. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, 1970, S. 10: „Als funktional gilt eine Leistung, sofern sie der Erhaltung einer komplex strukturierten Einheit, eines Systems dient“.

⁴⁵⁷ BVerfG, Urt. vom 15.2.2006 – 1 BvR 357/05 – NJW 2006, S. 751.

⁴⁵⁸ Zur Problematik vgl. etwa Jakobs (Fn. 39), S. 848 ff.; Reinhard Merkel, *Die Zeit* Nr. 29 vom 8.7.2004, S. 33 f.; Pawlik, *JZ* 2004, S. 1045 ff.; Sinn, *NStZ* 2004, S. 585 ff.; Mitsch, *JR* 2005, S. 274 ff.

⁴⁵⁹ Entgegen der von Cancio Meliá (Fn. 8) behaupteten „*contradictio in adiecto*“.

muss – „bekriegt“ werden.⁴⁶⁰ Aber nicht etwa nur aus dem Grund, dass sie der Gesellschaft lästig oder unangenehm sind, sondern weil sie nicht einmal die Mindestanerkennung gegenüber den anderen als Personen im Recht leisten, weil sie sich mit ihrem Verhalten gerade dem normalen Rhythmus der aktuell verhaltensleitenden Praxis entgegensetzen und Rechtsstaatlichkeit sich ansonsten nur noch als ein Postulat durchhalten lässt. Der Kampf gegen prinzipiell Abweichende hat insoweit auch eher die Funktion, die Bürger und die Gesellschaft zu schützen, als einen Feind zu bekriegen. Beim Feindstrafrecht begegnet man mithin zwar einer Gefahr, aber nicht, um mit dieser Maßnahme Schmerz zuzufügen,⁴⁶¹ sondern weil solche Gefahrenbeseitigung das einzige Mittel ist, die gesellschaftliche Struktur im Großen und Ganzen zu erhalten.⁴⁶²

Feindstrafrechtliche Normen erbringen auch im Rechtsstaat prinzipiell eine Leistung zur Stabilisierung des Systems. Der Grund hierfür ist einfach zu erfassen: Obwohl der Feind die Mindestgarantie dafür, als Person behandelt zu werden, sc. die anderen als Personen zu respektieren, nicht leistet und teils sogar nach dem Ende bzw. der Vernichtung des gesellschaftlichen Lebens in der bestehenden Form trachtet, lebt er doch nicht außerhalb der Gesellschaft. Trotz seines ganz und gar im Stadium der Individualität verbleibenden Projekts ist der Feind – wenn auch nur äußerlich – noch mit der Gesellschaft verbunden, und dementsprechend wird er durch das Recht auch nur partiell entpersonalisiert,⁴⁶³ behält also einen Teil seiner formalen Personalität, indem er etwa ein Recht auf einen fairen Prozess hat, aber auch etwa darauf, durch das öffentliche Gesundheitssystem behandelt zu werden etc. Anders ließe sich gegenüber den Bürgern auch nicht durch Feindstrafrecht die Normgeltung – hier in Form ihrer kognitiven Grundvoraussetzungen – demonstrieren. Umgekehrt wäre es nicht möglich, ein von der Gesellschaft – freilich in einem materialen und nicht nur äußerlichen, etwa exterritorialen oder gar nur staatsbürgerschaftsrechtlichen Sinn – gänzlich isoliertes Individuum zu bekämpfen. Denn der Feind ist Feind wegen seiner Gefährlichkeit, also zwar aufgrund individueller Faktoren, über die aber nach gesellschaftlichen Bedürfnissen zu befinden ist – die Identifikation eines Feindes ist notwendigerweise konkret gesellschaftsabhängig.⁴⁶⁴ Der Feind-Status bedarf also des Tertium Comparationis einer gewissen gesellschaftsbezüglichen Existenz: Feinde gibt es nur relativ zu Bürgern, sc. wenn und soweit diese in radikaler – das basale kognitive Normvertrauen betreffender – Weise nicht mehr als Gesellschaft der Personen im Recht respektiert werden.

⁴⁶⁰ Vgl. hierzu auch – den offenen Strafcharakter freilich der Sache nach ablehnend – Jakobs (Fn. 6), S. 90: „Bürgerstrafrecht ist das Recht aller, Feindstrafrecht das Recht derjenigen, die gegen den Feind stehen; dem Feind gegenüber ist es nur physischer Zwang, bis hin zum Krieg.“ Ferner Roellecke, JZ 2006, S. 268: „Im Verhältnis zu den Terroristen bleibt dem Rechtsstaat (...) nur die stumme Anwendung physischer Gewalt.“

⁴⁶¹ Zum Aspekt des Strafschmerzes vgl. Jakobs (Fn. 38), S. 26 ff.

⁴⁶² Detailliert zu dieser Idee bereits Polaino-Orts (Fn. 5), S. 128 ff.

⁴⁶³ Jakobs (Fn. 19), S. 293 f.

⁴⁶⁴ Zur Abgrenzung des strafrechtlichen Feindbegriffs im Sinne eines inimicus vom Begriff des Feindes als hostis bei Carl Schmitt siehe Jakobs (Fn. 19), S. 294.

Die Art und Weise, in der der Feind bekämpft wird, mag, wie bereits erwähnt, auch gerade jene der Gefahrbeseitigung sein. Die Funktion der Strafe als Ultima Ratio der staatlichen Sanktionen ist es aber, die normative Identität der Gesellschaft und damit die gesellschaftliche Struktur zu erhalten,⁴⁶⁵ und deswegen verzichtet die Strafe beim Feindstrafrecht auch nicht auf ihre kommunikative Bedeutung: die Erwartungssicherung.⁴⁶⁶ Indem man die Feinde bekämpft, werden primär die Bürger in ihrem Normvertrauen geschützt; die Bekämpfung der Feinde kommuniziert den Bürgern als Personen im Recht, dass sie an ihrem gesellschaftlichen Projekt festhalten können. Zusammengefasst: Auch Feindstrafrecht stabilisiert das soziale System, da es die normativen Erwartungen aktuell erwartbarer macht und so den Bürgern ihr tatsächliches personales Wohl ermöglicht.

VIII. Maßregeln der Besserung und Sicherung: ein altbekanntes Beispiel feindstrafrechtlicher Sanktionen

Es ist allgemein bekannt, dass ein auf das Schuldprinzip verpflichtetes Strafrechtssystem in Einzelfällen, in denen die Gefährlichkeit eines Täters für die Allgemeinheit außerordentlich groß ist, nicht ausreicht, um einen angemessenen Ausgleich zwischen den staatlichen Schutzbelangen und den Freiheitsinteressen der Rechtsunterworfenen zu schaffen.⁴⁶⁷ In diesen Fällen muss die Gesellschaft sich vor Angriffen solcher Täter in adäquater Weise sichern, und zwar mittels einschneidender strafähnlicher und strafunrechtsakzessorischer Reaktionen. Neben den Strafen kennen daher alle modernen Strafgesetzbücher eine zweite Spur, die Maßregeln der Besserung und Sicherung, die auf die „Persönlichkeit“ des Täters, sc. auf seine individuelle Gefährlichkeit – auf Spezialprävention – gerichtet sind und zusätzlich dem Schutz der Allgemeinheit dienen. Indem sie retrospektiv an begangene Straftaten oder immerhin – bei Schuldlosigkeit (§§ 63, 64, 69 StGB) – an deren Vorstadien anknüpfen sowie prospektiv auf die wahrscheinliche Begehung weiterer solcher (Straf-) Taten verweisen, kommt ihnen aber auch bereits eine gewisse generalpräventive Bedeutung zu,⁴⁶⁸ weswegen die spezialpräventive Funktion hier keineswegs für sich alleine, also unabhängig von gesellschaftsorientierten Kriterien steht.⁴⁶⁹ Denn die Gefährlichkeit eines Täters ist – wie zuvor (VII) bereits dargelegt – nicht isoliert, sondern erst dann strafrechtlich relevant, wenn man ihre soziale Dimension mit einbezieht.

⁴⁶⁵ Dazu grundlegend Jakobs (Fn. 10), S. 843 ff.

⁴⁶⁶ Anders Jakobs (Fn. 6), S. 89: „Gefahrbekämpfung statt Kommunikation“. Polaino-Orts (Fn. 5), S. 107 ff., 227 ff. meint hingegen im hiesigen Sinne, die Funktion der Strafe beim Feindstrafrecht sei die Bestätigung der Normgeltung und gleichzeitig die Gefahrbeseitigung, weil der Feind nicht von der Gesellschaft trennbar ist, die Gefahrbekämpfung also nicht die Kommunikation ausschließt.

⁴⁶⁷ Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl. 2006, § 3 Rn. 56 ff.

⁴⁶⁸ Zur hier strukturell einschlägigen rechtsgüterschutzoptimierenden Funktion des Feindstrafrechts im Gegensatz zum bürgerstrafrechtlichen Normgeltungsschutz bereits oben IV (bei Fn. 30 f.).

⁴⁶⁹ Vgl. zum Streit um die primäre und legitimierende Aufgabe der Maßregeln Jescheck/Weigend, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 85; Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 1970, § 21 Rn. 19; Maurach/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1, 8. Aufl. 1992, § 7 Rn. 6 ff.; Roxin (Fn. 73), § 3 Rn. 57.

Der unzweideutige historische Ursprung solcher Maßregeln der Besserung und Sicherung – der Bezug auf die spezialpräventive Theorie Liszts ist mittlerweile fast überflüssig – sollte daher zur Anerkennung ihrer ebenso unzweideutig komplexen Begründungsstruktur führen, bei der die generalpräventive Komponente im obigen Sinne mindestens ebenso bedeutend ist wie die spezialpräventive. Dies gilt namentlich für die Sicherungsverwahrung, die nicht nur zurück auf die abzuurteilende Tat blickt, sondern auch und hauptsächlich in die Zukunft – in der sich ein „Hang zu erheblichen Straftaten“ für die Allgemeinheit „gefährlich“ auswirken könnte (§ 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB). Ihre Existenz bildet ein klares Beispiel rechtsstaatlichen Feindstrafrechts:⁴⁷⁰ „An die Stelle der an sich kompetenten Person, der mit der Strafe widersprochen wird, tritt also das gefährliche Individuum, gegen das – hier: mit einer Maßregel, nicht einer Strafe – physisch effektiv vorgegangen wird: Gefahrbekämpfung statt Kommunikation, Feindstrafrecht (hier immerhin im weiteren Sinn Strafrecht: Die Maßregel setzt eine Straftat voraus) statt Bürgerstrafrecht.“⁴⁷¹ Die Unterscheidung zwischen Bestrafung und Verwahrung tritt angesichts der primären Orientierung an der Gefährlichkeit des Feindes in den Hintergrund: „Praktisch wird die Sicherung vor dem Täter im Vordergrund stehen, entweder durch eine als solche ausgewiesene Sicherungsverwahrung oder durch eine Sicherung garantierende, also entsprechend lange Freiheitsstrafe.“⁴⁷² Es kann daher auch für die Maßregeln der Besserung und Sicherung konstatiert werden, dass es sich strukturell um feindstrafrechtliche Normen handelt, und im Fall der Sicherungsverwahrung gemäß § 66 StGB wird der Täter „als jemand dargestellt, der sich durch sein Verhalten selbst exkludiert hat. Zwar bleibt der Sicherungsverwahrte Adressat normativer Erwartungen (...), aber das an sich damit korrespondierende Recht der Selbstverwaltung wird ihm nicht zugestanden.“⁴⁷³ Während also der wegen konstitutionell fehlender Personalität mit Maßregeln der Besserung und Sicherung Behandelte schlicht exkludiert ist,⁴⁷⁴ so dass keine Kommunikation über Normgeltung stattfinden kann, belässt die beim sicherungsverwahrten Feind gegebene Selbstexklusion aber gerade die Möglichkeit einer Bedeutungszuschreibung, sc. eines radikalen Gegenentwurfs zur Gesellschaft der Personen im Recht, womit auch der Weg zur veritablen (Feind-) Strafe eröffnet ist.

Das Feindstrafrecht wird in der Literatur zumeist mit dem Argument kritisiert, es orientiere sich prinzipiell nur an der Täterpersönlichkeit und sei demnach Ausdruck eines Täterstrafrechts.⁴⁷⁵ Dies geschieht aber, ohne zu

⁴⁷⁰ Treffend Jakobs (Fn. 6), S. 90: „Gewiß hat der Staat ein Recht, sich vor Individuen, die immer wieder delinquieren, zu sichern; Sicherungsverwahrung ist schließlich ein Rechtsinstitut.“

⁴⁷¹ Jakobs (Fn. 6), S. 89 f.; vgl. ferner dens. (Fn. 37), S. 461. Polaino-Orts (Fn. 5), S. 145 ff., 229 ff. stellt hierzu zahlreiche Beispiele aus dem geltenden spanischen Recht dar, die dem von Jakobs bezeichneten Feindstrafrecht zuzuordnen sind.

⁴⁷² Jakobs (Fn. 19), S. 296.

⁴⁷³ Jakobs (Fn. 37), S. 461.

⁴⁷⁴ Vgl. Jakobs (Fn. 37), S. 460 ff., 464: „Schuldlosigkeit exkludiert“.

⁴⁷⁵ Cancio Meliá (Fn. 8). S. 267 ff.; Gracia Martín, RECPC 07-02 (2005), S. 22 (<http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>); Zaffaroni, in: Dogmática y criminología. Homenaje de los grandes tratadistas a Alfonso Reyes Echandía, 2005, S. 638; Hefendehl, StV 2005, S. 160; Sinn, ZIS 3/2006, S. 116 (<http://www.zis->

hinterfragen, ob die von Jakobs konkret als feindstrafrechtlich eingestuft und in modernen Rechtsstaaten ubiquitär existierenden Normen und Institutionen (wie etwa die Sicherungsverwahrung und sonstige Maßregeln der Besserung und Sicherung, aber auch die Kriminalisierung der bloßen Mitgliedschaft in kriminellen bzw. terroristischen Vereinigungen, ferner die Kontaktsperre etc.) verfassungswidrig sind oder nicht.⁴⁷⁶ Solche wenig überzeugende Kritik lässt zum einen unberücksichtigt, dass die Überlegungen von Jakobs keine rechtspolitischen Forderungen enthalten, und zum anderen geht sie schon von dem aus, was noch zu beweisen wäre, nämlich dass feindstrafrechtliche Normen und Institutionen in einem demokratischen Rechtsstaat per se illegitim seien und deswegen aus der Rechtsordnung gestrichen werden sollten.⁴⁷⁷

Nur dadurch, dass die Maßregeln der Besserung und Sicherung Ausdruck täterstrafrechtlichen Denkens sind, werden sie im Übrigen nicht automatisch illegitim. Es erstaunt insoweit, wenn einer der Kritiker des Feindstrafrechts, Claus Roxin, die Maßregeln in einer Art und Weise rechtfertigt, die der Jakobsschen Beschreibung des Feindstrafrechts nahezu gleichkommt: „Es bedarf keiner längeren Ausführung, dass die Maßregeln der Besserung und Sicherung im Gegensatz zu den Strafen eine Frucht täterstrafrechtlichen Denkens sind. Sie sind aus der spezialpräventiven Theorie Liszts (...) herausgewachsen und orientieren sich prinzipiell ganz an der Täterpersönlichkeit. Da sie keine Schuld voraussetzen, tritt die Einzeltat als Grundlage der Verantwortlichkeit weit zurück. Allerdings sind in das Maßregelsystem rechtsstaatliche Sicherungen eingebaut, und insofern sind auch hier die Tat und ihr Gewicht nicht völlig unerheblich. Aber im Verhältnis zur Strafe sind hier die Vorzeichen umgekehrt. Die Täterpersönlichkeit steht im Vordergrund (...).“⁴⁷⁸ Viele Kritiken des Feindstrafrechts entbehren der empirisch fundierten bzw. systematisch kohärenten Begründung.

IX. Relative Rechtsstaatlichkeit

Nach den bisherigen Ausführungen ergeben sich zwei grundlegende Konsequenzen, die wir abschließend noch etwas näher erläutern möchten. Erstens ist der Rechtsstaat bekanntlich kein naturwüchsiges Phänomen, sondern ein normatives Produkt gesellschaftlicher Konvention, also eine Eroberung der Zivilisation, welche seitens der Bürger auch nur durch ein persistentes Maß an Mitwirkung bzw. Bereitschaft hierzu fortbestehen kann. Bei seiner tatsächlichen Durchhaltung helfen bloße Postulate, gute Wünsche und theoretisch wohlklingende Grundsätze nicht weiter, es bedarf vielmehr,

online.com/dat/artikel/2006_3_18.pdf); Demetrio Crespo, ZIS 9/2006, S. 420 (http://www.zis-online.com/dat/artikel/2006_9_66.pdf).

⁴⁷⁶ Dazu bereits oben V (bei Fn. 53 und danach).

⁴⁷⁷ Wenn die Verkennung (oder Verdrängung) der Realität des Feindstrafrechts sogar so weit reicht, wie im Fall eines bekannten Strafrechtlers, der gemeint hat, ein Feindstrafrecht sei überflüssig, da man mit den – im hiesigen Text schon mehrfach bezeichneten – bekannten Rechtsinstituten doch gut durchkomme, bleibt einem freilich nur noch, mit Jakobs ([Fn. 56], S. 17) süffisant zu bemerken: „In der Tat, wer über gegorenen Traubensaft verfügt, bedarf keines Weines!“

⁴⁷⁸ Roxin (Fn. 73), § 6 Rn. 23.

wie bereits mehrfach erläutert, einer konstitutiven Leistung des einzelnen Bürgers – der Mindestgarantie der Personalität im Recht –, um die gesellschaftliche Struktur – gerade als freiheitliche – zu erhalten: der Bringschuld, im Großen und Ganzen beim rechtlichen „Betrieb“ mitzumachen.⁴⁷⁹

Zweitens kann rechtsstaatliche Praxis je nach dem Kontext, in dem sie stattfindet, eine unterschiedliche Dichte erreichen,⁴⁸⁰ wie sich unschwer daran zeigt, dass in allen rechtsstaatlich verfassten Gesellschaften Sonderregelungen für außergewöhnliche Bedrohungssituationen oder für den Ausnahmezustand bzw. für massive Fälle von Terrorismus getroffen worden sind. Diese unterschiedliche strafrechtliche Behandlung unterschiedlicher Formen von Angriffen auf die Normgeltung entspricht auch gerade dem in allen Rechtsstaaten anerkannten Verhältnismäßigkeitsprinzip: Bringt die Tat nicht einmal personenbezogene Rechtsgüter des Einzelnen oder der Allgemeinheit in Gefahr, so tritt das Strafrecht nicht auf den Plan, sondern es sollen andere, weniger einschneidende Instanzen greifen. Sind hingegen für die Bedingungen des sozialen Lebens wichtige Rechtsgüter betroffen, so mag eine strafrechtliche Reaktion erfolgen, und zwar – differenziert nach der hauptsächlichlichen Bedeutung des Angriffs als Infragestellung konkreter interpersonaler Normgeltung oder der basalen kognitiven Bedingungen des Normvertrauens – in Form von bürger- oder feindstrafrechtlicher Sanktion und dies wiederum differenziert nach der normativ bestimmten Schwere des Angriffs. Mit anderen Worten, einer intensiveren normgeltungsrelevanten Gefährdung darf – retrospektiv wie prospektiv und jeweils ohne Einbuße an Rechtsstaatlichkeit – auch mit intensiveren Gütereingriffen begegnet werden.

Je stärker eine feindstrafrechtliche Kriminalisierung des Vorfelds einer materiellen Rechtsgutsverletzung dabei die Planungsphase oder gar den gedanklichen Bereich erfasst, desto eher ist zwar der in freiheitlichen Rechtsordnungen an sich strafrechtsfreie Internbereich (*cogitationis poenam nemo patitur*) bzw. das grundsätzlich straflose Vorbereitungsstadium betroffen. Gleichwohl würde aber letztlich niemand ernsthaft bestreiten – und alle modernen demokratischen Gesetzgeber setzen dies voraus –, dass ein radikal normgeltungsfeindliches Verhalten unter (Feind-) Strafe gestellt werden muss, wenn und weil es bereits die Bedingungen der Rechtlichkeit in einer Weise beeinträchtigt, die ein Zusammenleben prinzipiell unmöglich machen würde. Kriminalisierungen im Vorfeld einer (materiellen) Rechtsgutsverletzung sind dadurch gerechtfertigt, dass die kognitive Sicherheit der Bürger – als Basis ihres Normvertrauens – eine solche Bekämpfung des Feindes zwingend erfordert. Der Rechtsstaat muss insoweit eine unterschiedliche Dichte der Behandlung strafrechtsrelevanter Situationen aufweisen.

Was passiert aber, wenn der Bürger nicht nur punktuell nicht mitmacht – ausnahmsweise aus seiner Rolle als an sich rechtstreuer Bürger fällt –, sondern partiell oder sogar prinzipiell – wie der Terrorist – die Vernichtung der Grundlagen einer freiheitlich-rechtsstaatlich verfassten Gesellschaft zu seiner Maxime erhebt? In diesem Fall wird die Norm als adäquates Instrument, Erwartungen zu sichern bzw. Verhaltensorientierung zu gewähr-

⁴⁷⁹ Jakobs (Fn. 56), S. 15.

⁴⁸⁰ Jakobs (Fn. 56), S. 15.

leisten, schon an der Wurzel ihrer freiheitssichernden Existenz angegriffen, sodass die punktuelle Behauptung ihrer Fortgeltung als kategorial falsche Antwort auf ein radikal rechtsfeindliches Verhalten und damit als inadäquate Sequenz (Feindangriff–Bürgerstrafe) erscheinen muss. Beispielhaft: Anhand der Umtriebe eines Terroristen lässt sich schwerlich demonstrieren, dass das Mordverbot oder andere kern- bzw. bürgerstrafrechtliche Normen gelten – und doch greift er sie in ihrer Grundlage, der kognitiven Sicherung des Normvertrauen an! Leistet der Einzelne also nicht mehr die personale Mindestgarantie, die anderen als Personen im Recht zu respektieren und sich selbst als Person im Recht zu verstehen, so kann sich niemand – auch nicht der Staat – daran orientieren, er werde zumindest in der Hauptsache seine Bürgerpflichten erfüllen.⁴⁸¹ Denn ein bloßes Postulat von Personalität taugte wirklichen Personen im Recht nicht zur verhaltensleitenden Orientierung – mit dem Nichtleisten der personalen Mindestgarantie ist stets die Gefahr der Erosion der kognitiven Sicherheit an den Wurzeln der Normgeltung und damit der Erosion der Wirklichkeit von Freiheit verbunden.⁴⁸²

Als Folge seiner eingeschränkten oder gar komplett ausbleibenden Garantieleistung kann dem Feind aber auch nur eine grundsätzlich proportional eingeschränkte rechtsstaatliche Garantie zukommen (wobei sich die Rechtsstaatlichkeit auch gerade darin erweist, dass selbst bei totaler Verweigerung seitens des Feindes ein Mindestgarantieniveau nicht unterschritten wird). Die Einschränkungen seiner Privatsphäre und weitere Gütereingriffe werden jedoch dadurch gerechtfertigt, dass die Durchhaltung der Personalität im Recht und damit auch der Bedingungen der Normgeltung eine früher einsetzende und teils auch drastischere Reaktion verlangt. Besonders gefährliche Situationen in besonderer Weise zu bekämpfen, ist aber ausweislich der vom Gesetzgeber definierten Konstellationen des Feindstrafrechts auch gerade in einem Rechtsstaat verhältnismäßig und funktional – als Ausprägung praktizierter, nicht bloß postulierter Rechtsstaatlichkeit.⁴⁸³ Der Rechtsstaat erreicht dann eben eine unterschiedliche Dichte, je nach der Bedeutung des individuellen Verhaltens für die Bedingungen der Normgeltung: Während das Bürgerstrafrecht die allgemeine Stufe rechtstaatlicher Reaktion zum Zweck der elementaren Stabilisierung von Normgeltung darstellt, schützen sich die Rechtsordnungen moderner demokratischer Rechtsstaaten mit dem Feindstrafrecht vor Angriffen auf die dieser Normgeltung vorgelagerte kognitive Basis personal-freiheitlicher Koexistenz.

Die partielle Entpersonalisierung des Feindes stellt also nur die – verhältnismäßige und rechtsstaatlich gebotene – Folge seiner Selbstexklusion dar: Im Gegensatz zum mangels Schuld Exkludierten, dessen Gefährlichkeit mit Maßregeln der Besserung und Sicherung – immerhin quasi-feindstrafrechtlich – präventiv begegnet wird,⁴⁸⁴ kann dem Feind nämlich insoweit noch ein gewisses Maß an Organisationsfreiheit zugeschrieben werden, als er nach hiesiger Ansicht nicht völlig außerhalb der Gesellschaft

⁴⁸¹ Jakobs (Fn. 56), S. 15; ders. (Fn. 19), S. 290 ff.

⁴⁸² Vgl. dazu Polaino-Orts (Fn. 5), S. 150 ff.

⁴⁸³ Dies erkennt etwa die Kritik von Feijoo Sánchez, in: *Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional*, Nr. 16, Bogotá 2006, S. 151 f.

⁴⁸⁴ Dazu näher oben VIII (bei Fn. 74 und nach Fn. 78). Zum Begründungszusammenhang der (Selbst-) Exklusion auch bereits oben III (a.E.).

steht, sondern gerade aus den im Rechtsstaat gegebenen Existenzformen heraus sein feindliches Projekt betreibt, sei es, dass er sich insgesamt einen bürgerlichen Anschein gibt (krass im Fall des „Schläfers“), sei es, dass er im alltäglichen Rechtsverkehr wie selbstverständlich von der ihm – sozusagen wider besseres Wissen – im Sinne eines basalen gesellschaftlichen Synallagmas von Organisationsfreiheit und Folgenverantwortung eingeräumten personalen Rechtsmacht (etwa: zivilrechtliche Geschäftsfähigkeit, Anspruch auf öffentliche Versorgungsleistungen etc.) Gebrauch macht. Hierin liegt ein trotz seiner prinzipiellen Abweichung verbleibender Selbstwiderspruch, sc. die an sich bekämpfte gesellschaftliche Struktur – wenn auch missbräuchlich – zu nutzen, eben eine Selbstexklusion, deren Kehrseite die Zuschreibung eines (hier: radikalen) Geltungsangriffs ist und die dem Rechtsstaat überhaupt erst die Reaktion in Form von Strafe kategorial ermöglicht. Mit einem Wort: legitimes rechtsstaatliches Feindstrafrecht.

X. Schlussbemerkung und Fazit

In verschiedenen Tagungen und Diskussionen in Spanien und in Lateinamerika haben wir miterlebt, wie sehr das Konzept des Feindstrafrechts auch gerade die kritische Differenzierung denkbarer Anwendungsfälle ermöglicht. So betonte Jakobs in einer der damaligen Diskussionen ausdrücklich, dass es sowohl gute Beispiele (etwa die Strafbarkeit der Bildung krimineller oder terroristischer Vereinigungen) als auch schlechte Beispiele (etwa die Internierungen in Guantánamo) für Feindstrafrecht gebe. Ähnlich – und in genauerer Diktion – konnte er zuletzt auch zwischen notwendigem und überflüssigem Feindstrafrecht unterscheiden und als Beispiel für Letzteres etwa die geltende gesetzliche Regelung der Strafbarkeit des Beteiligungsversuchs gemäß § 30 StGB benennen.⁴⁸⁵ Dies sei hier aber nur als weiterer Hinweis auf das mit dem Begriff des Feindstrafrechts verfolgte – und von uns geteilte – Anliegen des Autors erwähnt, eine ausdifferenzierte Analyse realer gesellschaftlicher Existenzbedingungen unter den Gesichtspunkten einer modernen funktionalen Straftheorie zu leisten. Und diese hat vorliegend zu dem Ergebnis geführt, dass es auch in einem Rechtsstaat legitimes und normales Feindstrafrecht geben kann und muss:

Der Normbegriff hat eine komplexe Struktur und umfasst zwei konstitutive Aspekte: die Seite des Verbrechers (Normbruch) und die Seite des potenziellen Opfers (Normvertrauen). Beide zusammen bilden als Einheit den Begriff der Normgeltung (III).

Die reale Existenz der Norm erfordert die Aktualität der Erwartungen, die die Norm positiviert, dass also die Bürger eine gewisse kognitive Sicherheit genießen, ihr Wohl mit der aktuellen Wirksamkeit der Norm verknüpfen zu können (III).

Die Funktion der Norm ist eine doppelte: Erwartungssicherung und Verhaltensorientierung (III).

Feindstrafrecht reagiert auf einen radikalen Angriff auf die hinter den Normen stehende gesellschaftliche Konvention; die Mindestgarantie, die die

⁴⁸⁵ Jakobs (Fn. 19), S. 295.

Person im Recht zu leisten hat, wird vom Feind prinzipiell verweigert. Mit der Bekämpfung von Feinden wird der Status civitatis erhalten und bestärkt (III).

Feindstrafrecht – wie es von Jakobs auf den Begriff gebracht und in die strafrechtliche Diskussion eingeführt wurde – ist eine Dimension des (rechtsstaatlichen) Strafrechts, deren typisches Kennzeichen in Abgrenzung zum Bürgerstrafrecht die strengere Behandlung des Feindes ist, namentlich: (a) weite Vorverlagerung der Strafbarkeit, (b) keine der Vorverlagerung proportionale Reduzierung der strafrechtlichen Sanktion, (c) Übergang von der Strafgesetzgebung zu einer „Bekämpfungsgesetzgebung“, (d) Abbau bzw. Reduzierung prozessualer Garantien.

Es gibt keine „zwei Versionen“ des Jakobsschen Feindstrafrechts – eine „deskriptive“ und eine „legitimatorische“ –, sondern wissenschaftliche Kontinuität in seiner Betrachtung und Darstellung der Problematik. Diese Kontinuität zeigt sich am Normbegriff: Normative Institutionen bedürfen einer kognitiven Untermauerung bzw. kognitiver Sicherheit, wie Jakobs sowohl 1985 als auch seit dem Wiederaufflammen der Diskussion im Jahr 1999 als Kernpunkt des Feindstrafrechts stets betont hat (IV).

Feindstrafrechtliche Normen sind legitime Normen, wenn und solange ihnen in einem Rechtsstaat eine *iuris-tantum*-Gültigkeitsvermutung zukommt. In Diktaturen sind dagegen alle Normen wegen des Demokratiedefizits bereits an sich illegitim, nicht aber allein wegen ihrer Qualifizierbarkeit als feindstrafrechtlich. Sofern das Feindstrafrecht in der aktuellen Diskussion von einigen als Kennzeichen des Diktatorischen angesehen wird, handelt es sich um einen falschen Mythos (V und VI).

Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht sind ubiquitäre Phänomene in modernen Rechtsstaaten der Gegenwart. Feindstrafrechtliche Normen sind im Rechtsstaat funktional, da sie der Erhaltung des sozialen Systems dadurch dienen, dass sie die für die Normgeltung basale kognitive Sicherheit garantieren (VI).

Die schematische Entgegensetzung Kommunikation–Bekämpfung bzw. Normgeltungsbestätigung–Gefahrbeseitigung trifft nicht zu: Feindstrafrecht ist auch und prinzipiell Kommunikation; es bekämpft zwar besonders gefährliche Risikoquellen, verzichtet dabei aber nicht auf die gesellschaftsstabilisierende Bedeutung. Diese liegt wie beim Bürgerstrafrecht in der Bestätigung der Normgeltung, also der Sicherung normativer Erwartungen, anders als bei diesem allerdings mit dem Schwerpunkt auf der vorgelagerten Ebene des kognitiven Normvertrauens. In diesem Sinne legitimes Feindstrafrecht bekämpft Feinde, weil es gleichzeitig Bürger schützt (VIII).

Maßregeln der Besserung und Sicherung bilden traditionelle und legitime Beispiele strukturell feindstrafrechtlicher Reaktionen des Rechtsstaats: Sie bekämpfen besonders gefährliche Individuen, sind eine Frucht täterstrafrechtlichen Denkens und exkludieren offen (VIII).

Rechtsstaatlichkeit ist eine Eroberung der Zivilisation. Sie erhält sich nicht von alleine, sondern erfordert eine Leistung der Bürger, sc. beim rechtlichen Betrieb im Großen und Ganzen mitzumachen. Wer hiervon prinzipiell abweicht, leistet nicht die personale Mindestgarantie und exkludiert sich

selbst; der schuldlos Gefährliche ist hingegen bereits exkludiert und wird demzufolge mit Maßregeln behandelt (IX).

Der Rechtsstaat weist eine unterschiedliche Dichte auf, je nach der Gefährlichkeit der Situation bzw. der Garantieleistung des Täters. Ein Rechtsstaat mit vollem Garantiespektrum gilt nur für diejenigen, die auch ihrerseits grundsätzlich und nachhaltig ihre Rechte genießen und dafür ihre Pflichten erfüllen wollen, die sich also prinzipiell an Normen orientieren (Bürger/Personen). Eingeschränkte Garantien gelten hingegen für jene Individuen, die nicht die Mindestgarantie gegenüber den anderen als Personen im Recht leisten (sog. Feinde – partielle Exklusion). Indem diesen aber nicht mit bloßer Güterentziehung, Übelszufügung oder gar Vernichtung begegnet wird, sondern mit der adäquaten und verhältnismäßigen feindstrafrechtlichen Behandlung, verwirklicht sich gerade der Rechtsstaat – relative Rechtsstaatlichkeit – *ius suum cuique tribuere* (IX).