

---

# Globalisierung und neue rechtliche Tendenzen in einzelnen Staaten

Vorträge des 1. trilateralen – deutsch–japanisch–koreanischen –  
Seminars  
25. – 26. Juli 2005  
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

Die im Rahmen der Kooperation zwischen dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Konstanz und dem College of Law der Hanyang Universität stattfindenden Seminare haben eine inzwischen mehrjährige Tradition. Die ersten – damals noch bilateralen – Seminare fanden 2001 in Konstanz, 2003 in Seoul und 2004 erneut in Konstanz statt. 2005 wurde erstmals ein trilaterales Seminar durchgeführt, an dem auch Professoren der School of Law der Kansai Universität, Osaka, des japanischen Kooperationspartners des College of Law der Hanyang Universität, teilnahmen. Das 2. trilaterale deutsch-japanisch-koreanische Seminar wurde 2006 in Konstanz ausgerichtet. Im gleichen Jahr wurde auch mit der School of Law der Kansai Universität, Osaka, ein Kooperationsabkommen unterzeichnet.

Die auf den Seminaren in Seoul gehaltenen Vorträge wurden in der Hanyang Law Review veröffentlicht. Ein entsprechendes Publikationsorgan steht den deutschen Veranstaltern nicht zur Verfügung; die Vorträge auf den bilateralen Seminaren wurden von den Autoren jeweils individuell veröffentlicht. Die Vorträge auf dem 2006 stattgefundenen Konstanzer Seminar „Risiko und Prognose“ wurden erstmals in einem Tagungsband als Internet-Publikation

< <http://www.ub.uni-konstanz.de/kops/volltexte/2008/4805/> > veröffentlicht. Um auch den Zugang zu den in Seoul oder Osaka gehaltenen Vorträgen zu ermöglichen bzw. zu erleichtern, haben sich die drei Kooperationspartner entschlossen, nicht nur die Seminare in Konstanz, sondern alle trilateralen Seminare in Tagungsbänden als Internet-Publikation auf den Seiten der Universität Konstanz zugänglich zu machen. Die Publikation in den entsprechenden Organen in Japan oder Korea bleibt hiervon unberührt.

Der Band zum dritten Seminar ist in Vorbereitung. Zur Vervollständigung der Reihe werden hier nachträglich die Vorträge des ersten trilateralen Seminars veröffentlicht, das am 25. und 26. Juli 2005 an der Hanyang Universität stattfand.

Unter dem Generalthema „Globalisierung und neue rechtliche Tendenzen in einzelnen Staaten“ wurde über neuere Entwicklungen vor allem im Zivil- und im Strafrecht berichtet. Am ersten Tag analysierte Keiichi Yamanaka die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs in Japan unter dem Gesichtspunkt der Rezeption der in der deutschsprachigen Rechtswissenschaft entwickelten Lehre von der objektiven Zurechnung. Motonobu Goto stellte das komplizierte japanische Gesellschafts- und Verbandssystem vor und plädiert dafür, ein einheitliches Gesellschaftssystem zu konzipieren. Jochen Glöckner ging der Frage nach, welchen Stellenwert Generalklauseln im Europäischen Wirtschaftsrecht haben. Hans-Wolfgang Strätz berichtete über Tendenzen zu Konvergenzen und ihren Grenzen im Familienrecht in Europa. Jae-Min Lee erörterte die Frage, ob der zweiten Instanz im Streit-schlichtungsverfahren der Welthandelsorganisation, dem Appellate Body, das

Recht zur Zurückverweisung an das Panel, also an die vom Streitschlichtungsgremium eingerichtete Schlichtungsinstanz, eingeräumt werden sollte.

Den zweiten Sitzungstag eröffnete Ken Takeshita mit einer Untersuchung, ob die Evolutionstheorie von Ihering eine Zäsur zum früheren Werk darstellt oder aber deren Fortsetzung ist (Umschwungs- versus Kontinuitätsthese). Mit der Frage von Funktion und Bedeutung von Unterlassungsansprüchen im deutschen Privatrecht setzte sich Rainer Hausmann auseinander. Jörg Eisele widmete sich der Frage, wie die außergerichtliche Konfliktbeilegung, die in Deutschland erheblich an Bedeutung gewonnen hat, durch Mediation weiter gefördert werden kann, bei der die Nachteile des Verhandeln sowie die Nachteile des Gerichtsverfahrens vermieden werden sollen. Wolfgang Heinz schließlich berichtete unter rechtlichen wie empirischen Gesichtspunkten über neuere Entwicklungen im Bereich der strafrechtlichen Rechtsfolgen.

Den Herausgebern ist es eine angenehme Aufgabe, denjenigen zu danken, die durch ihre finanzielle Zuwendung diese Tagung ermöglicht haben. Der Dank gilt insbesondere dem Auslandsreferat/International Office der Universität Konstanz sowie dem rechtswissenschaftlichen Institut der Hanyang Universität.

Prof. Dr. Wolfgang Heinz

Prof. Dr. Young-Whan Kim

Konstanz und Seoul, Mai 2009

---

**INHALT**

Keiichi Yamanaka**	Der Zurechnungsgedanke in der japanischen Judikatur	1
Motonobu Goto**	Das japanische Verbandssystem vor der Vereinsrechtsreform in 2006	15
Jochen Glöckner*	Generalklauseln im europäischen Wirtschaftsrecht	21
Hans-Wolfgang Straetz*	Konvergenzen im Familienrecht in Europa – Tendenzen und Grenzen	33
Jae-Min Lee***	WTO Dispute Settlement Procedure in Crisis – The Necessity to Introduce 'Remand' at the Appellate Body. Review and Suggestions for Future DSU Amendment	47
Ken Takeshita**	Über Iherings biologische Evolutionstheorie – Juristischer Naturalismus und Rechtsphilosophie	67
Rainer Hausmann*	Zur Bedeutung und Funktion von Unterlassungs- und Beseitigungs- ansprüchen des deutschen Privatrechts	75
Joerg Eisele*	Außergerichtliche Streitbeilegung und Mediation	87
Wolfgang Heinz*	Neuere Entwicklungen im Sanktionen- recht der Bundesrepublik Deutschland	97

\* Universität Konstanz, Fachbereich Rechtswissenschaft

\*\* Kansai University, School of Law, Osaka

\*\*\* Hanyang University, College of Law, Seoul



# Der Zurechnungsgedanke in der japanischen Judikatur<sup>1</sup>

Keiichi Yamanaka, Osaka

## I. Einführung

Die Lehre von der objektiven Zurechnung ist heutzutage in Japan den Jurastudenten bereits wohlbekannt. Hinter ihr liegt jedoch ein langer und schwieriger Kampf um Anerkennung, weil durch die vorherrschende Adäquanztheorie die Entwicklung der neu entstandenen und zunehmend erstarkenden Theorie sehr beeinträchtigt wurde. Aber nach einer Reihe von höchstrichterlichen Entscheidungen in den 1990er Jahren, die der Adäquanztheorie nicht mehr gewogen waren, scheint die Zurechnungslehre nun die Chance erhalten zu haben, auch in der Literatur Beachtung zu finden, weil sie sich nicht als eine neue, jedoch für die Praxis ungeeignete deutsche Lehre erwiesen hat, sondern als eine praktikable Denkmethode für die Beurteilung konkreter Fälle.

## II. Adäquanztheorie in der Judikatur

### 1. Einführung

In der japanischen Wissenschaft war und ist die Adäquanztheorie wohl die herrschende Meinung. Die Rechtsprechung basierte hingegen – jedenfalls nach Einschätzung der Wissenschaft – auf der Bedingungstheorie. Meiner Meinung nach hat die Judikatur jedoch nicht die Bedingungstheorie, sondern eine gemischte eigene Theorie ad hoc vertreten.<sup>2</sup> Schon vor dem Zweiten Weltkrieg hat die Judikatur gelegentlich die Adäquanztheorie angewandt. Später sind die unteren Gerichte auch ab und zu dieser Theorie gefolgt. Der OGH hatte sich jedoch bis 1967 zu dieser Theorie nicht geäußert.

---

<sup>1</sup> Dieser Vortrag basiert auf meinen teilweise schon veröffentlichten Aufsätzen: „Die Lehre von der objektiven Zurechnung in der japanischen Strafrechtswissenschaft“, in: Fritz Loos und Joerg-Martin Jehle (Hrsg.): Bedeutung der Strafrechtsdogmatik in Geschichte und Gegenwart. Manfred Maiwald zu ehren, C.F. Müller Verlag, 2006, S. 57 ff., und ders., „Die Normstruktur der Fahrlässigkeitsdelikte – Betrachtungen zur Fahrlässigkeitsdogmatik anhand der japanischen Entscheidungen“, in: Festschrift für Andrzej Szwarc, 2009 (im Druck).

<sup>2</sup> Es gibt viele Entscheidungen, in denen das Gericht überprüft hat, ob die betroffene Handlung eine „einzige Ursache“ war oder nicht. Dieser Überprüfung bedarf es nicht, wenn alle Bedingungen nach der Bedingungstheorie gleichermaßen ursächlich sind.

## **2. Die Judikatur in der letzten Hälfte der 1960er Jahre**

Die Entscheidung des OGH aus dem Jahre 1967<sup>3</sup> (sog. Unfallflucht-Fall) ist die erste und letzte, in der die Adäquanztheorie zugrunde gelegt wurde; danach sind keine Beschlüsse dieser Art mehr ergangen.

### **a) Unfallflucht-Fall**

Der Sachverhalt war folgender: Ein Auto, das von einem amerikanischen Soldaten gesteuert wurde, prallte infolge fahrlässigen Fehlverhaltens auf einen Mann, der auf das Dach des Autos geschleudert wurde, ohne dass dies der Fahrer bemerkte. Nach einer Weiterfahrt von etwa 4 km bemerkte der Mitfahrer den Mann und zog diesen während der Fahrt mit einer Geschwindigkeit von 10 km/h auf das Asphaltpflaster hinunter. Das Opfer ist infolge einer Gehirnblutung verstorben.

Der OGH argumentierte wie folgt: „Dass der Mitfahrer das Opfer vom Dach des fahrenden Autos mit dem Kopf auf den Straßenasphalt hinunterziehen würde, war erfahrungsgemäß in der Regel nicht voraussehbar“: „Dass der Todeserfolg des Opfers durch die oben genannte fahrlässige Handlung eintreten würde, ist nach unserer Erfahrung nicht selbstverständlich voraussehbar“. In der Literatur ist diese Wendung so ausgelegt worden, dass dieser Beschluss der Adäquanztheorie gefolgt ist und die höchstrichterliche Rspr. den Adäquanzzusammenhang erstmalig verneint hat.

### **b) Die Frage der Urteilsbasis nach der Adäquanztheorie**

In der Wissenschaft war die Adäquanztheorie bislang die vorherrschende Meinung. Deswegen stritt man sich nur innerhalb der Theorie über die Frage nach der Beurteilungsbasis, also darüber, welche Umstände bei der Beurteilung der Adäquanz zugrunde gelegt werden können.

Die japanische Strafrechtswissenschaft kennt drei Theorien zur Frage der Urteilsbasis bei der Adäquanzbeurteilung: a) Die subjektive Theorie, nach der nur diejenigen Umstände verwendet werden können, die der Täter bei seiner Handlung kannte oder die ihm vorhersehbar waren; b) die objektive Theorie, nach der alle Umstände Berücksichtigung finden dürfen, die zum Zeitpunkt der Handlung vorhanden waren, und zudem die erst nach der Handlung eintretenden Umstände, die von einem durchschnittlichen Menschen oder dem Täter selbst voraussehbar sind, und schließlich c) die vermittelnde Theorie, nach der jene Umstände relevant sind, die ein durchschnittlicher Mensch oder besonders der Täter erkennen oder voraussehen kann.

Die Entscheidung des OGH enthält zum Problem der Beurteilungsbasis – wie meist – so gut wie keine Hinweise.

### **c) Risikoschaffung und Risikoverwirklichung**

Das dahin gehende Nachdenken hat die Ansicht in der Wissenschaft gefördert, dass eine Begrenzung der Beurteilungsbasis nicht zwingend ist.

---

<sup>3</sup> Urteil des OGH vom 24.10.1967, Keishu Bd. 21, Heft 8, S. 1116.

Ich habe damals die Meinung vertreten, dass die Adäquanz bei der Beurteilung des Risikoverwirklichungszusammenhangs ex post betrachtet werden muss, d.h., dass insoweit die Begrenzung der Beurteilungsbasis ohne Bedeutung ist.<sup>4</sup> Aufgrund dessen ging meine Argumentation dahin, dass die Adäquanztheorie deswegen nicht zur Beurteilungsstruktur der Risikoverwirklichung passt.

### III. Krise der Adäquanztheorie in der Rechtsprechung der 1990er Jahre

#### 1. Ursache der Krise

In der ersten Hälfte der 1990er Jahre ist in Japan von der „Krise der Adäquanztheorie“ die Rede gewesen. Diese Krise wurde einerseits durch die Zurechnungslehre verursacht; andererseits ist sie auch bedingt gewesen durch die innere Diskrepanz zwischen ihrer Urform und ihrer „elastischen“ Anwendung auf die verschiedenen Fälle aus Gründen der Einzelfallgerechtigkeit. Was aber war genau die „Krise“ der Adäquanztheorie in der japanischen Strafrechtsdogmatik?<sup>5</sup>

Hier sind zusammenfassend drei Aspekte zu nennen: Erstens die Erkenntnis der theoretischen Problematik der Adäquanztheorie, zweitens die Abstandnahme des OGH von der Adäquanztheorie und drittens die Kritik an der Adäquanztheorie durch die Lehre von der objektiven Zurechnung.

#### 2. Gefahrgedanke in den Entscheidungen

Im Anschluss an den Unfallfluchtfall ist vom OGH kein einziges Mal mehr die Adäquanztheorie erwähnt worden, obwohl er durchaus über Fälle zu entscheiden hatte, in denen nach bisheriger Sichtweise die Adäquanz der Kausalverläufe zu behandeln gewesen wäre. Seit dem Jahre 1986 finden sich Entscheidungen des OGH zu verschiedenen Fällen, in denen die Begriffe der „Gefahr der Handlung an sich“ und der „Gefahrverwirklichung“ verwendet werden. Der OGH scheint die Adäquanztheorie daher aufgegeben zu haben.

##### a) Knochenheiler-Fall<sup>6</sup>

Ein Judo-Knochenheiler<sup>7</sup> (bone setter) ist in Japan jemand, der mit der entsprechenden Qualifikation für eine derartige Therapie eine traditionelle, medizinische Knochen-Wiederherstellung vornimmt. Eine solche Person hat bei dem Opfer, das sich erkältet hatte, therapeutische Heilmaßnahmen vorgenommen. Dabei hat er ihm verordnet, das Fieber zu erhöhen und Wassertrinken und Essen zu unterlassen. Aufgrund dieser Anweisung ver-

<sup>4</sup> Yamanaka, Kausalität und Zurechnung im Strafrecht, 1984, S. 230 ff.

<sup>5</sup> Dazu Makoto Ida, Hanzairon no Genzai to Mokutekiteikoironn (Gegenwärtige Straftatlehre und finale Handlungslehre), 1995, S. 79 ff.; Kensuke Ito, Der Sinn der Krise der Adäquanztheorie und meine Lehre von der objektiven Zurechnung, in: Gendai Keijiho 199, Nr. 8, S. 16 ff.

<sup>6</sup> Beschluss des OGH vom 11.5.1988, Keishu Bd. 42, Heft 5, S. 807.

<sup>7</sup> Wer Judotraining anbietet, betreibt diesen Beruf mit einer entsprechenden Qualifikation, indem er die Technik des Judo zur Knochen-Wiederherstellung verwendet. Deswegen ist der obige Fall in diesem Sinne benannt.

schlechterte sich der Gesundheitszustand des Opfers dahingehend, dass es eine Dehydrierung erlitt und an Bronchitis starb.

Der OGH hat wie folgt entschieden: „Da der Tat des Angeklagten diejenige Gefahr immanent war, die die Krankheit des Opfers verschlechtern und sogar im Endeffekt den Todeserfolg herbeiführen konnte, besteht ein Kausalzusammenhang zwischen der Tat des Angeklagten und dem Tod des Opfers, obwohl es nicht verneint werden kann, dass das Opfer auch einen Fehler gemacht hat, indem es sich keiner Therapie eines Arztes unterzogen und sich nur jener des Angeklagten anvertraut hat“. Wenn die Handlungsfahrer so groß ist, dass sie das dazwischentretende Fehlverhalten des anderen verdrängt, so ist die „Kausalität“ nicht zu verneinen. Als eine Ausprägung der Adäquanztheorie kann dies allerdings nicht mehr gesehen werden.

#### **b) Hafen-Fall<sup>8</sup>**

Im Jahre 1990 hat der OGH eine später viel diskutierte Entscheidung zu einem Fall getroffen, in dem die vorsätzliche Handlung eines Dritten dazwischentreten zu sein scheint:

Der auf einer Baustelle tätige Angeklagte hat das von ihm geschlagene Opfer am Kopf getroffen und dadurch eine Gehirnblutung verursacht. Anschließend transportierte er das Opfer mit dem Auto zu einem weit entfernten Baumaterialienlager im Hafen von Osaka und ließ es dort liegen. Das Opfer wurde dort von einem Dritten mit einem Kantholz einige Male erneut am Kopf verletzt. Dies hat die Gehirnblutung und schließlich den Todeseintritt beschleunigt.

Der OGH bestätigte die Verurteilung mit folgender Begründung: „Ist die Körperverletzung, die zur Todesursache wurde, durch einen Gewaltakt des Angeklagten geprägt, lässt sich der Kausalzusammenhang zwischen dieser Gewaltanwendung und dem Tod des Opfers auch dann bejahen, wenn die Todeszeit durch die nachherige Gewalttat eines Dritten beschleunigt worden ist.“

In dieser Entscheidung war jedoch keine Rede davon, ob die Gewaltanwendung des Dritten „voraussehbar“ oder „erfahrungsgemäß in der Regel vorhersehbar“ gewesen ist. Dieses Judikat hat nicht auf die Adäquanztheorie zurückgegriffen und ist daher ein Beleg für deren fehlende Tauglichkeit.<sup>9</sup> Gleichzeitig hat der Fall gezeigt, dass auch bei Dazwischentreten einer vorsätzlichen Tat die Gefahrverwirklichung nicht verneint werden kann, wenn die Erfolgshilfs- bzw. Herbeiführungskräfte der dazwischentretenden Umstände wie die Vorsatzhandlung des Dritten so gering sind, dass die Ausgangsursache direkt zum Todeserfolg führen könnte. Das Regressverbot bei vorsätzlichem Dazwischentreten eines Dritten scheint jedenfalls dann nicht richtig zu sein, falls es die zuerst gesetzte Gefahr nicht vergrößert hat. Die Zurechnungskriterien sind nicht nur von der Art und Weise der dazwischentretenden Umstände, sondern auch aus der Perspektive des geschaffenen Risikos zu konzipieren.

---

<sup>8</sup> Beschluss des OGH vom 20.11.1990, Keishu Bd. 44, Heft 8, S. 837.

<sup>9</sup> Yamanaka, Entscheidungsbesprechung, in: Juyo Hanrei Kaisetsu (Erläuterungen zu den wichtigen Entscheidungen von 1990), S. 142.

### c) **Stellungnahme eines wissenschaftlichen Mitarbeiters des OGH**

Wichtig ist außerdem, dass ein wissenschaftlicher Mitarbeiter des OGH, der am Entscheidungsentwurf mitgewirkt zu haben scheint, in seiner Besprechung folgende Erläuterung gegeben hat: „Die vorgenommene Handlung gegenüber dem Opfer ging im vorliegenden Fall objektiv nicht über den Rahmen des vom Angeklagten geschaffenen Risikos hinaus. Sie ist als eine Art und Weise der Verwirklichung dieser Gefahr zu verstehen.“<sup>10</sup> Der wissenschaftliche Mitarbeiter hat dabei auch den Begriff der „Veranlassung“ gebraucht: Seiner Meinung nach liegt ein charakteristischer Zug dieses Beschlusses darin, dass er die Handlung des Dritten nur als „veranlasst“, aber nicht als „erfahrungsgemäß im Regelfall voraussehbar“ ausgewiesen hat.<sup>11</sup> Dies lässt vermuten, dass dem Beschluss des OGH annäherungsweise die Gedanken der Lehre von der objektiven Zurechnung zugrunde liegen.

## IV. **Die jüngste Rechtsprechung des OGH zur objektiven Zurechnung**

Diesen Eindruck haben neuerdings drei jüngst ergangene höchst-richterliche Entscheidungen nicht nur bestätigt, sondern damit zugleich deutlich gezeigt, dass die Judikatur der Denkweise der Lehre von der objektiven Zurechnung stark zugeneigt ist:

### 1. **Opferflucht-Fall<sup>12</sup>**

Die vier Angeklagten haben das Opfer in einem Park heftig misshandelt. Danach setzten sie die Gewaltanwendung in einer Wohnung etwa 45 Minuten fort. Das Opfer konnte schließlich fliehen, lief jedoch aufgrund äußerster Angst auf die von der Wohnung ca. 800 Meter entfernte Autobahn. Dort wurde es von einem Auto an- sowie von einem nachfolgenden Pkw überfahren.

Der OGH hat in diesem Fall wie folgt entschieden: Die Verhaltensweise des Opfers, d.h. das Flüchten auf die Autobahn, war zwar „an sich äußerst gefährlich“, aber nicht „erheblich unnatürlich und inadäquat“.

Dieses Judikat scheint äußerlich betrachtet der Adäquanztheorie zu folgen, weil es die Formulierung „inadäquat“ gebraucht. In der Sache meint der OGH aber, dass die an sich gefährliche Handlung des Opfers mit den Gewalttaten der Angeklagten innerlich zusammenhängt, d.h. dadurch als „nicht erheblich unnatürliche und inadäquate“ Reaktion erst veranlasst wurde. Sehr interessant ist, dass der OGH nicht die Beurteilungskriterien der „Außergewöhnlichkeit aus der Perspektive des normalen Menschen“ oder der „Voraussehbarkeit“ verwandte, obwohl die zweite Instanz wie bereits die erste das Opferverhalten (Flucht auf die Autobahn) stärker gewichtet hatten.

---

<sup>10</sup> Hiromichi Inoue, in: Saikousaibansho Hanreikaisetsu (Erläuterungen zu den Entscheidungen des OGH für Strafsachen von 1992), 1994, S. 225.

<sup>11</sup> Inoue (Fn. 10), S. 233.

<sup>12</sup> Beschluss des OGH vom 16.7.2003, Keishu Bd. 57, Heft 7, S. 950.

## 2. Blockade-Fall<sup>13</sup>

Während der Fahrt auf einer unbeleuchteten Autobahn am frühen Morgen ärgerte sich der Angeklagte über die Fahrweise eines LKW-Fahrers. Er ließ den LKW auf der dritten Fahrbahn anhalten, zog den Fahrer aus dem LKW und übte gegen diesen Gewalt aus. Nach Weiterfahrt des Angeklagten musste der Fahrer des LKW noch einige Minuten an jenem Ort verbleiben, um den Zündschlüssel zu suchen, den er gegen den Angeklagten verteidigt und aus den Augen verloren hatte. Währenddessen prallte auf den LKW ein nachfolgender Wagen, dessen Fahrer und drei Beifahrer zu Tode kamen und ein weiterer verletzt wurde.

Der OGH hat in seinem Beschluss entschieden, dass „diese fahrlässige Tat für sich die große Gefahr eines leib- oder lebensgefährlichen Unfalls etwa durch das Auffahren eines nachfolgenden Wagens in sich barg“. Nach dem Beschluss war das Verhalten des LKW-Fahrers (Vergessen, dass er den Zündschlüssel in seine Tasche gesteckt hatte) nicht untypisch. Es ist also der Angeklagte, der das Halten des LKW an der gefährlichen Stelle für die weiteren ca. 7–8 Minuten nach seiner Wegfahrt bewirkt hat. Die zwischengetretenen Ereignisse sind durch das Verhalten des Angeklagten veranlasst worden. Daraus ergibt sich, dass zwischen der fahrlässigen Handlung des Angeklagten und den Todeserfolgen bzw. Verletzungen der Opfer ein Kausalzusammenhang besteht.

Dieser Beschluss stützt sich auf die Gefährlichkeit der fahrlässigen Tat und eine Veranlassung der hiernach dazwischengetretenen Umstände. Dies bedeutet aber noch nicht, dass dem Beschluss die Zurechnungslehre zugrunde liegt. Allerdings ist auch bei diesem Beschluss zu erkennen, dass der OGH auf den von den Vorinstanzen verwendeten Begriff der Voraussehbarkeit nicht zurückgreift, sondern nur den Begriff der „Veranlassung“ übernommen hat.<sup>14</sup> Die erste Instanz verwendete ersichtlich den Begriff der Risikoverwirklichung. Daraus lässt sich mit gutem Grund die Schlussfolgerung ziehen, dass der OGH seinen „Kausalitätsbegriff“ im Begriffsrahmen der „Risikoschaffung und -verwirklichung“ konzipiert hat.

## 3. Kofferraum-Fall

Neuerdings hat der OGH bei einem Fall, bei dem das schwere unsorgsame Verhalten eines Dritten während einer momentanen Gefahr dazwischengetreten ist, die „Kausalität“ verneint.

Der Sachverhalt war wie folgt: Der Angeklagte hat das Opfer in den Kofferraum seines Autos eingesperrt, das nachts beleuchtet auf einer übersichtlichen Straße geparkt stand. Später ist ein Dritter mit seinem PKW mit überhöhter Geschwindigkeit auf das geparkte Auto aufgefahren. Dadurch ist das Opfer verletzt worden und später auf Grund der Verletzungen gestorben.

---

<sup>13</sup> Beschluss des OGH vom 19.10.2004, Keishu Bd. 58, Heft 7, S. 645.

<sup>14</sup> Vgl. Urteil des LG Mito (Filiale Tsuchiura) vom 10.01.2003 und des OLG Tokyo vom 26.05.2003, Keishu Bd. 58, Heft 7, S. 654, 670.

Der OGH hat nun wie folgt entschieden:<sup>15</sup> „Auch wenn die direkte Ursache des Opfertodes in der grob fahrlässigen Handlung des Dritten liegt, der den Auffahrunfall verursacht hat, lässt sich ein Kausalzusammenhang zwischen dem Einsperren und dem Tod des Opfers bejahen.“ Der OGH hat den Angeklagten wegen Freiheitsberaubung mit Todeserfolg (§ 221) bestraft.

Nach der ersten Instanz ist es „erfahrungsgemäß genügend voraussehbar“, dass der Eingesperrte durch das fahrlässige Verhalten eines Dritten infolge des Auffahrunfalls gestorben ist. Dabei verweist das LG auf die höhere Gefährdung durch das Einsperren in den Kofferraum gegenüber dem Sitzen im Auto. Dagegen hatte die zweite Instanz in der Art und Weise des Unfalls „keineswegs singuläre Umstände“ erkannt. Der Fall wäre nicht anders zu beurteilen, wenn sich das Opfer im Sitzraum befunden hätte.

Meines Erachtens ist nicht eindeutig klar, ob die Gefahrverwirklichung bei diesem Fall auch bejaht werden kann. Die Gefahrschaffung ex ante ist nicht so groß wie beim Hafen-Fall. D.h. hier kann das Dazwischentreten der fahrlässigen Drittenhandlung zur Verneinung der Zurechnung führen. Das hängt von der Situation des Parkens und dem Grad der Fahrlässigkeit des Dritten ab.

#### **4. Resultate**

Daraus ergibt sich, dass der OGH die Adäquanztheorie seit seiner (einzigen) Entscheidung von 1967 nicht mehr aufgenommen hat. Auch die Bedingungstheorie sah er nicht als genügend an. Er hat vielmehr innerhalb des begrifflichen Rahmens der „Kausalität“ oder „strafrechtlichen Kausalität“ die verschiedenen Kriterien für die Zurechnung gesucht und seinen „Kausalbegriff“ innerhalb des Schemas von Risikoschaffung und -verwirklichung konzipiert. Die Verwendung von Begriffen, die auf die Adäquanztheorie zurückgeführt hätten, vermied er bewusst. Er hat auch zwischen dem geschaffenen Risiko und dem Selbstgefährdungs- oder unvernünftigen Verhalten des Opfers oder eines Dritten auszubalancieren versucht. Es erscheint mir deshalb die Annahme nicht fernliegend, dass der japanische OGH der Lehre der objektiven Zurechnung in der Sache zu folgen bereit ist.

### **V. Typologien von Risikoschaffung und -verwirklichung**

#### **1. Risikoschaffung**

Die Risikoschaffung ist dreigeteilt zu betrachten: Einmal zeigt sich die Fallgruppe, in der die Zwischenereignisse schon auf der Stufe des geschaffenen „direkten Risikos“ geschehen. Wie der Hafen-Fall gezeigt hat, spielt die Vorsatztat des Dritten für die Unterbrechung der Zurechnung keine Rolle. Es gibt zweitens die Fallgruppe, in der die Zwischenereignisse auf der Stufe des „indirekten Risikos“ eintreten, also nachdem das direkte Risiko schon neutralisiert und quasi-normalisiert wurde. In der dritten Fallgruppe

---

<sup>15</sup> Beschluss des OGH von 27. 3. 2006, Keishu Bd. 60, H. 3, S. 382.

ist schließlich nur die „Risikosituation“ geschaffen worden. Hier wird der Erfolg überhaupt nur eintreten, wenn die direkte Zwischenhandlung des Dritten oder des Opfers erfolgt. Bei den Fahrlässigkeitsdelikten ist der Fall der Aufsichtsfahrlässigkeit zu nennen: Die Fahrlässigkeitshaftung des Hoteleigentümers, der das Hotel nicht mit Sprinkleranlagen gegen Feuer ausgerüstet hat (Hotelbrand-Fall), lässt sich nur durch die Schaffung einer Gefahrsituation begründen.<sup>16</sup>

## **2. Risikoverwirklichung**

### **a) Analyse der Fallgruppen**

Ich habe die Bedeutung des dazwischentretenden fahrlässigen Verhaltens nach der Art des geschaffenen Risikos differenziert, und zwar ob es das direkte Risiko oder das indirekte Risiko oder nur Risikosituation ist. Aber aus Zeitgründen verzichte ich auf eine nähere Darlegung.<sup>17</sup>

### **b) Fallgruppe des dazwischentretenden Verhaltens**

Ebenfalls aus Zeitgründen erläuterte ich nur die Fallgruppe des bewusst eigenverantwortlichen Verhaltens:

Wenn dem geschaffenen Risiko ein bewusst eigenverantwortliches Verhalten des Opfers oder eines Dritten nachfolgt, so ist der Risikoverwirklichungszusammenhang unterbrochen.

#### **(1) Dirt Trial-Fall**

Dies lässt sich anhand eines Urteils des LG Chiba<sup>18</sup> gut veranschaulichen: Dort konnte der das sog. „Dirt Trial“ ausprobierende Fahrer nicht richtig in die Kurve einfahren, verlor die Herrschaft über das Auto und raste in eine Leitplanke, von der sich ein Pfeiler in den Sitz des Beifahrers bohrte und diesen tötete. Der Beifahrer fuhr in Kenntnis der Gefährlichkeit des „Dirt Trials“ mit. Das Urteil befand hierüber: „Wenn der Mitfahrer diese Kenntnis und die Voraussicht über die Umstände hatte, so bildet dies den Grund, um einen Unrechtsausschluss in Bezug auf die Risikoverwirklichung zu bejahen“. Denn „dieser Mitfahrer hat die Fahrmethode in Kauf genommen, die der Fahrer innerhalb der Reichweite der Voraussicht des Mitfahrers praktizierte, und er hat die Gefahr, die daraus hervorgehen konnte, als eigene Gefahr übernommen“. Es handelt sich jedoch

---

<sup>16</sup> Über die Aufsichtsfahrlässigkeit vgl. meinen Beitrag zur „Entwicklung der japanischen Fahrlässigkeitsdogmatik im Lichte des sozialen Wandels“, in: ZStW 102 (1990), S. 928 ff. – Zur individuellen Verantwortlichkeit bei Fahrlässigkeitsdelikten innerhalb von Organisationen vgl. Yamanaka, „Parallele Bestrafung von juristischen und natürlichen Personen“, in: Zeitschrift für Japanisches Recht, 2002, Heft 14, S. 191 ff., bes. 203 ff.

<sup>17</sup> Vgl. dazu meinen Aufsatz, in: Loos/Jehle, a.a.O., S. 70 ff.

<sup>18</sup> Urteil des LG Chiba vom 13.12.1994, Hanrei Jiho 1565, 144 (Dirt Trial-Fall).

---

nicht um einen Rechtfertigungsgrund, sondern um eine Frage der Risikoverwirklichung.<sup>19</sup>

## (2) Kugelfischvergiftungsfall

Es gibt freilich auch Fälle, in denen die Risikoverwirklichung nicht verneint wird: Bei diesen ist die berufsbezogene Sorgfaltspflicht als Risikoübernahme gegenüber einem Selbstgefährdungsverhalten stärker gewichtet, weil der Täter zu dem selbstgefährdenden Verhalten erst veranlasst hat. So argumentierte z.B. im *Kugelfischvergiftungsfall*<sup>20</sup>, in dem das Opfer ein bekannter Kabuki-Spieler war, der Verteidiger wie folgt: „Das Opfer war sog. Feinschmecker und habe gewusst, dass es sehr gefährlich sei, die Leber eines Kugelfisches zu essen. Dass er dies trotzdem gewagt habe, stünde in seiner Verantwortung. Die Verantwortlichkeit des Angeklagten sei unterbrochen“. Das Gericht hat demgegenüber mit Recht die Fahrlässigkeitshaftung bejaht und den Angeklagten verurteilt.

Bei der Kugelfischzubereitung muss der Koch eine Sondererlaubnis haben, die von der Gemeinde geprüft und erteilt werden muss. Die Stadtverordnung (§ 7) verbietet es sogar, im Restaurant den gefährlichen Teil, also Leber oder Ovar usw., des Kugelfisches anzurichten oder zu servieren. Dem Urteil des LG Kyoto ist im Ergebnis zuzustimmen.

## 3. Risikoerhöhung

Hier ist die objektive Zurechnung bei den Fahrlässigkeitsdelikten zu erwähnen: Es handelt sich dabei um die Frage nach dem Verhältnis zwischen der Sorgfaltspflichtwidrigkeit und dem Erfolg.

### a) Kausalität der Fahrlässigkeit

Was das Verhältnis zwischen pflichtwidrigem Verhalten und Erfolg bei den fahrlässigen Delikten angeht, so wird dieses Thema in der japanischen Judikatur als „Kausalitätsfrage des fahrlässigen Verhaltens,“ kurz „Kausalität der Fahrlässigkeit“ abgehandelt.

### (1) Bahnübergangsfall

Schon das japanische RG hat in einer Entscheidung aus der Zeit vor dem Zweiten Weltkrieg anlässlich eines Eisenbahnunfalls den Lokomotivführer freigesprochen, weil dieser den Zug vor einem auf den Schienen befindlichen Kind nicht rechtzeitig hätte anhalten können, selbst wenn er pflichtgemäß gehupt und gebremst hätte.

---

<sup>19</sup> Zu den verschiedenen Lösungsansätzen dieser Problematik vgl. Takeshi Shiotani, *Higaisha no Shodaku to Jikotosekisei* (Einverständnis des Verletzten und Selbstverantwortlichkeit), 2004, S. 286 ff.

<sup>20</sup> Urteil des LG Kyoto vom 26.5.1978; Beschluss des OGH vom 18.4.1980, *Keishu* Bd. 34, Heft 3, S. 149.

Nach Ansicht des RG war das Nicht-Bremsen und Nicht-Hupen keine Ursache für den Tod des überfahrenen Kindes.<sup>21</sup>

## (2) Kreuzungsfall

Interessant ist weiterhin noch ein Urteil des LG Tokyo, das einen Verkehrsunfall zum Gegenstand hat. Dieses Urteil steht offensichtlich unter dem Einfluss der deutschen Rechtsprechung und Literatur. Es behandelt einen Fall, in welchem der vorfahrtsberechtigten Angeklagte der vorgegebenen Geschwindigkeitsbegrenzung von 60 km/h zuwider mit 70 km/h gefahren und mit einem Abbieger aus der Seitenstraße zusammengeprallt ist.

Das Gericht<sup>22</sup> berücksichtigte das pflichtgemäße Alternativverhalten: Auch bei einer Fahrt mit 60 km/h wäre der Unfall geschehen. Es hat deshalb die Ursächlichkeit des Überschreitens der zulässigen Geschwindigkeit für die Körperverletzung des Opfers verneint. Aber das Gericht hat weiter überlegt, ob die Kausalität bejaht werden könnte, wenn der Angeklagte von dem noch weiter entfernt liegenden Ort aus mit 60 km/h oder umgekehrt viel schneller gefahren wäre. Es hat insoweit den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der Fahrt von dem noch ferner liegenden Ort und der Körperverletzung des Opfers verneint.<sup>23</sup>

In Wahrheit geht es hier aber um den Schutzbereich der verletzten Norm. Das Problem des pflichtgemäßen Alternativverhaltens ist meiner Ansicht nach im Allgemeinen mit dem Risikoerhöhungsprinzip zu lösen. Diese Frage gehört zum Bereich des Risikoverwirklichungszusammenhangs.

## b) Vermeidbarkeit

Neuerdings hat der OGH jedoch anscheinend ein anderes Kriterium als die Kausalität der Fahrlässigkeit entwickelt.

### (1) Ampel-Fall

**Sachverhalt:** Der angeklagte Taxifahrer hat die geschäftliche Sorgfaltspflicht<sup>24</sup> zur Geschwindigkeitsverminderung vernachlässigt. Er fuhr mit leicht überhöhter Geschwindigkeit (statt erlaubter 30 km/h mit 40 km/h) in eine Kreuzung ein. Die Ampel zeigte für ihn gelbes Blinklicht, was gebietet, in die Kreuzung nur dann einzufahren, wenn man sich vergewissert hat. In der Kreuzung kollidierte das Taxi mit dem von links kommenden Fahrzeug des A, der sich seinerseits grob pflichtwidrig verhalten hat. Insbesondere hatte A Alkohol getrunken und fuhr mit einer

<sup>21</sup> Urteil des RG vom 11.4.1929, Horitsu Shinbun Nr. 3006, S. 15.

<sup>22</sup> Urteil des LG Tokyo vom 6.5.1970, Kokeishu Bd. 23, Heft 2, S. 374.

<sup>23</sup> Der Richter, der dieses Urteil geschrieben hat, hat offensichtlich wenigstens einen deutschen Kommentar (Schönke/Schröder, StGB) von damals gelesen. Er scheint innerhalb der Adäquanztheorie die deutschen Zurechnungsgedanken verwendet zu haben.

<sup>24</sup> Im japanischen StGB gibt es einen qualifizierten Tatbestand der „geschäftlichen fahrlässigen Tötung“ und „geschäftlichen fahrlässigen Körperverletzung“ (§ 211 Abs. 1 jStGB). Derjenige, der geschäftlich durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen verursacht hat, wird schwerer bestraft als der Täter einer normalen fahrlässigen Körperverletzung oder Tötung (§ 209, § 210 jStGB).

Geschwindigkeit von 70 km/h statt der erlaubten 30 km/h. Überdies hatte A die für ihn rote Ampel übersehen, weil er sein Handy auf den Fahrzeugboden fallen gelassen hatte. Durch den Unfall kam der mit dem A mitfahrende B, der auf dem Rücksitz gesessen hat, ums Leben. Eine weitere Person, die auf dem Platz neben dem A saß, wurde verletzt.

Wenn der angeklagte Taxifahrer daher seine Pflichten zur Geschwindigkeitsverminderung (um 10 km/h) und zur Feststellung der Verkehrssicherheit an der blinkenden Ampel eingehalten hätte, muss man sagen, „dass es schwer ist, festzustellen, ob das Auto des Angeklagten vor dem Ort des Zusammenstoßes hätte anhalten und der Zusammenstoß vermieden werden können“.

**Urteil:** Der OGH hat den Angeklagten, der wegen geschäftlicher fahrlässiger Tötung und Körperverletzung angeklagt wurde, freigesprochen.<sup>25</sup> Die erste und die zweite Instanz haben festgestellt, dass der Angeklagte den Zusammenstoß hätte vermeiden können, wenn er die Geschwindigkeit vermindert und die Verkehrssicherheit festgestellt hätte. Der OGH hingegen hat die „Vermeidbarkeit“ verneint.

## (2) Vorhersehbarkeitsbegriff

Die Fahrweise des Angeklagten war nach der Entscheidung zwar auch „eine riskante Fahrweise“. Das könnte bedeuten, dass das Urteil die Fahrweise des Angeklagten als eine unerlaubte gefährliche Fahrweise betrachtet, bei welcher der Erfolgseintritt leicht voraussehbar war. Der OGH hat andererseits Folgendes ausgeführt: Es lasse sich schwer annehmen, dass es einen Wagen gebe, der trotz Haltesignal mit einer Geschwindigkeit von 70 km/h in eine Kreuzung einfährt.

Daraus ergibt sich, dass das Urteil einerseits die „Voraussehbarkeit“ des Todeserfolges bejaht, andererseits die „Vorhersehbarkeit“ des Erscheinens des Autos der Verletzten jedoch verneint hat.

## (3) Vermeidbarkeitsbegriff

Das Urteil des OGH hat also mindestens beim Vorhersehbarkeitsbegriff zwei Bedeutungen zuerkannt. Die Vorhersehbarkeit ex ante über die Handlungsgefährlichkeit des allgemeinen tatbestandlichen Erfolgs einerseits und ex post über den eingetretenen konkreten tatbestandlichen Erfolg andererseits.

Die Parallelität kann auch für den Vermeidbarkeitsbegriff gelten:

Die Vermeidbarkeit als eine Voraussetzung der Sorgfaltspflicht und als ein anderes Merkmal als die Sorgfaltspflicht. Die beiden Begriffe lassen sich als „Vermeidbarkeit vom ex-ante-Standpunkt“ und als „Vermeidbarkeit vom ex-post-Standpunkt“ bezeichnen. Der erste lässt sich schon annehmen, wenn für den Täter der Erfolg wegen seiner riskanten Handlung vorhersehbar ist und er diesen daher vermeiden kann. Der letztere lässt sich dagegen

---

<sup>25</sup> Urteil des OGH von 24. Jan. 2003, Hanrei Jiho 1806, 157. Zu diesem Urteil vgl. auch Yamanaka, Kenshu Nr. 704, S. 3 ff.

annehmen, wenn die Vermeidbarkeit des geschehenen konkreten Erfolgs nachträglich bejaht werden kann.

Beim Ampel-Fall ist wie folgt zu argumentieren: Der Fahrer konnte im Allgemeinen das Herannahen eines Wagens vorhersehen und er hätte, wenn er die Geschwindigkeit vermindert hätte, den Unfall im Allgemeinen vermeiden können. Deswegen ist die Sorgfaltspflichtwidrigkeit des Täters zu bejahen.<sup>26</sup> Aber die nachträgliche Vermeidbarkeit des konkreten Todeserfolgs, der im nachfolgenden Wagen eingetreten ist, ist zu verneinen, weil der konkrete Erfolg auch dann eingetreten wäre, wenn er die Sorgfaltspflicht eingehalten hätte.<sup>27</sup>

### **c) Parallelität der objektiven Fahrlässigkeit zur Risikoschaffung und -verwirklichung**

Die Sorgfaltspflichtwidrigkeit ist dasselbe wie die Vorhersehbarkeit des einigermaßen abstrakten Erfolgs, der bei der unsorgsamten Handlung im Allgemeinen vorhergesehen werden kann. Dies ist letzten Endes eine Parallele zur „Risikoschaffung“ bei der Lehre von der objektiven Zurechnung.<sup>28</sup> Dagegen bedeutet die nachträgliche Voraussehbarkeit die „Risiko-verwirklichung“ bei der Lehre von der objektiven Zurechnung. Die Frage nach der „Kausalität“ der Sorgfaltspflichtwidrigkeit und des Erfolgs oder nach der nachträglichen Vermeidbarkeit betrifft in Wirklichkeit die Frage der Risikoverwirklichung.

Der bisherige Vorhersehbarkeitsbegriff beim Fahrlässigkeitsdelikt scheint mir zu vage, konturenlos und deswegen inhaltsleer zu sein. Auch der Vermeidbarkeitsbegriff findet bis jetzt keine richtige Platzierung in der Fahrlässigkeitsdogmatik, weil er im Unterschied zu der Vermeidbarkeitsbeurteilung vom ex-ante-Standpunkt keine Voraussetzung der Sorgfaltspflichtwidrigkeit ist. Wenn man anstatt des Vorhersehbarkeits- und des Vermeidbarkeitsbegriffes den Risikoschaffungs- und -verwirklichungs-begriff verwendet, so ist der Inhalt sofort zu erklären.

## **VI. Schlusswort**

Die japanische Judikatur vermeidet sorgfältig eine Anlehnung an eine bestimmte Theorie. Deswegen kann man nicht sagen, dass die japanische Judikatur offensichtlich die Lehre von der objektiven Zurechnung anerkannt hat. Aber es scheint mir nicht nur für die Praxis, sondern auch für die Wissenschaft fruchtbar zu sein, wenn man die „verdeckten“ Zurechnungskriterien der Entscheidungen vom Standpunkt der objektiven Zurechnung analysiert und die gesammelten Fälle gruppiert. Deshalb scheint es mir

---

<sup>26</sup> Von der Fahrlässigkeitstheorie, die zum Handlungsunwert tendiert, wird der Vermeidbarkeitsbegriff auf die ex-ante-Vermeidbarkeit begrenzt. „Es ist eher überzeugend, wenn man nur die Vermeidbarkeit ex ante als Voraussetzung der Vermeidungspflicht behandelt.“ Vgl. Yamamoto, aaO. (Anm. 20), S. 463.

<sup>27</sup> Hirano, aaO., Gendai Keijiho Nr. 59, S. 89 sieht das Urteil auch so, dass es die Vermeidbarkeit ex post behandelt hat. Aber er merkt kritisch an, dass es schon die ex-ante-Vermeidbarkeit hätte verneinen sollen. Aber wenn man meine Erklärung im Text versteht, dann ist es undenkbar, dass der OGH schon die Vermeidbarkeit ex ante hätte verneinen können.

<sup>28</sup> Vgl. Yamanaka, Keiho Soron, 2. Aufl., 2008, S. 375 ff.

wichtig zu sein, dass die wissenschaftliche Analyse aus einer klaren normativen Perspektive durchgeführt wird.



---

# Das japanische Verbandssystem vor der Vereinsrechtsreform in 2006

Motonobu Goto, Osaka

## I. Überblick über das japanische Gesellschaftsrecht<sup>1</sup>

### 1. Definition der Gesellschaft im japanischen Privatrecht

Nach dem deutschen Recht ist die Gesellschaft im weiteren Sinne definiert als die privatrechtliche Personenvereinigung, die zur Erreichung eines bestimmten gemeinsamen Zwecks durch das Rechtsgeschäft gegründet wird.<sup>2</sup> Dagegen fehlt unserer japanischen Rechtswissenschaft eine deutliche Definition der Gesellschaft oder des Gesellschaftsrechts. Es gibt nur die Definition der juristischen Person: ein anderes Rechtssubjekt als die natürliche Person. Dabei handelt es sich nicht um eine positive Darstellung, sondern nur um einen Hinweis auf die Rechtsfähigkeit der juristischen Personen.

Daher ist die einheitliche Behandlung und Berücksichtigung der Gesellschaften im weiteren Sinne, von der Gesellschaft bürgerlichen Rechts bis zum rechtsfähigen Verein oder zur Aktiengesellschaft, nicht besonders ausgeprägt. Vielmehr konzentriert sich die japanische Zivilrechtswissenschaft auf die Bestimmungen einzelner Gesellschaften oder Verbände, besonders auf die der AG.

### 2 Gesellschaftsrechtliche Rechtsquelle und Gesellschaftsformen in Japan

In Japan, wie in Deutschland und in Korea, gibt es kein einheitliches Gesetzbuch über die Gesellschaft im weiteren Sinne. Hauptsächlich gesellschaftsrechtliche Rechtsquellen sind das Bürgerliche Gesetzbuch für den konzessionierten Idealverein und die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, das Handelsgesellschaftsgesetz für die Aktiengesellschaft und die Handelsgesellschaft nach Anteilen.<sup>3</sup> Das Handelsgesellschaftsgesetz ist gerade im Jahr 2005 entstanden. Bisher bestand das japanische Handelsgesellschafts-

---

<sup>1</sup> Dieser Aufsatz behandelt die Rechtslage vor der Vereinsrechtsreform durch das Allgemeine Vereins- und Stiftungsgesetz aus dem Jahr 2008 .

<sup>2</sup> Götz HUECK, Gesellschaftsrecht, 19.Aufl., 1991, S.1; Friedrich KÜBLER, Gesellschaftsrecht, 5.Aufl., 1999, S.1.

<sup>3</sup> Die Handelsgesellschaften nach Anteilen sind die offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft und die Personalgesellschaft mit beschränkter Haftung (ähnlich wie LLC<Limited Liability Company> in den USA).

recht aus dem Handelsgesetzbuch und dem GmbH-Gesetz. Das Handelsgesetzbuch regelte die oHG, die KG und die AG<sup>4</sup>, das GmbH-Gesetz die GmbH. Das neue Handelsgesellschaftsgesetz bestimmt die AG, die oHG, die KG und die neue Gesellschaftsform.<sup>5</sup>

## **II Rechtliche Zuordnung der Gesellschaften und Verbände nach ihrem Zweck**

Nach herrschender Meinung in Japan werden die beiden Begriffe von dem idealen und dem wirtschaftlichen Zweck so eng ausgelegt, dass dazwischen eine Lücke besteht. Deshalb muss ein anderer Gesellschafts- oder Verbandszweck als der ideale und wirtschaftliche Zweck konzipiert werden. Dieser Zweck wird Zwischenzweck benannt. Letztlich ordnet die herrschende Meinung Gesellschaften oder Verbände nach ihrem Zweck den drei Gesellschaftstypen zu, d.h. idealer Zweck, wirtschaftlicher Zweck und Zwischenzweck. Dementsprechend kann ein konzessionierter Idealverein, eine Handelsgesellschaft<sup>6</sup> oder ein Zwischenverband als juristische Person entstehen.

### **1 Gesetzliche Regelung und herrschende Meinung**

#### **a) Idealverein**

Nach dem Zustandekommen des neuen Handelsgesellschaftsgesetzes in 2005 ist die gesetzliche Regelung über den Gesellschafts- oder Verbandszweck geändert. Nunmehr bestimmt nur § 34 jBGB den Verbandszweck. Nach § 34 jBGB können Personenvereinigungen, deren Zweck sich auf allgemeine Interessen bezieht und nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, durch Konzessionierung der zuständigen Behörde juristische Personen werden, also Rechtsfähigkeit erlangen. Aufgrund dieser Vorschrift kann der konzessionierte Idealverein entstehen. Die japanische herrschende Auffassung legt die erste Voraussetzung vom Idealzweck so eng aus, dass der Idealzweck direkt auf die Verfolgung allgemeiner Interessen gerichtet sein muss. Der Idealverein in Japan muss also buchstäblich direkt einen idealen Zweck verfolgen. Es genügt nicht, dass sein Zweck nicht-wirtschaftlich ist. Das ist anders als in Deutschland, wo Idealvereine, die nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet sind, durch Eintragung in das Vereinsregister Rechtsfähigkeit erlangen können. Bei dem idealen Zweck handelt es sich dort nur um den nicht-wirtschaftlichen Zweck.

Der Grund für die japanische Auslegung über den idealen Zweck ist schwierig zu erklären. Aber die zwei folgenden Hinweise sind möglich. Erstens drückt das Konzessionssystem bei dem Idealverein das Misstrauen

---

<sup>4</sup> Die Bestimmungen über die KGaA wurden wegen geringer Benutzung schon früh aufgehoben.

<sup>5</sup> Das ist die Personalgesellschaft mit beschränkter Haftung. Sie ist zwar eine Personengesellschaft, aber besteht nur aus den nicht persönlich haftenden Gesellschaftern.

<sup>6</sup> Im japanischen Recht, wie im französischen Recht, sind auch Personenhandels-gesellschaften wie eine oHG juristische Personen.

gegen Verbände mit einem idealen Zweck aus. Zweitens setzt sich dieses Misstrauen fort, weil die Behörden mit ihrer Initiative selbst viele angegliederte Verbände als konzessionierte Idealvereine gründen und beherrschen. Diese Verbände sind die Brutstätte für etwas Unrechtes. Ein derartiger Verband beschäftigt z.B. pensionierte Beamte, die ein bevorzugtes Gehalt beziehen. Dafür bekommt dieser Verband Subventionen oder entgeltliche Aufträge. Das wird nicht so auffallen, wenn der angegliederte Verband eine Tochtergesellschaft hat.

Die Lücke zwischen dem idealen und dem nicht-wirtschaftlichen Zweck kommt aus dem enger ausgelegten idealen Zweck. Die Verfasser des japanischen BGB schienen gedacht zu haben, dass der Idealverein nichts anderes als der nicht-wirtschaftliche Verein war. Wäre diese Auffassung heute immer noch lebendig, würde keine Lücke im Gesellschaftsrecht entstanden sein. Allerdings beruht diese Lücke nicht nur auf der Begrenztheit des Begriffes vom idealen Zweck, sondern auch auf der Begrenztheit des Begriffes vom wirtschaftlichen Zweck.

## **b) Gesellschaft mit wirtschaftlichem Zweck**

Nach § 35 jBGB a.F. und § 52 jHGB a.F.<sup>7</sup> können Personenvereinigungen, deren Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, nach Maßgabe der gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen im HGB juristische Personen werden. Das japanische Recht sah grundsätzlich zwei Typen von Gesellschaften im weiteren Sinne vor, unter denen Personenvereinigungen mit einem idealen Zweck durch staatliche Konzession konzessionierte Vereinen wurden, und Personenvereinigungen mit einem wirtschaftlichen Zweck durch Eintragung in das Handelsgesellschaftsregister Handelsgesellschaften wurden, wie oHG oder AG. Diese Grundstruktur gilt heute noch, auch nach der Aufhebung von § 35 jBGB a.F. und § 52 jHGB a.F. und nach dem Inkrafttreten des neuen Handelsgesellschaftsgesetzes, denn es hat in diesem Punkt keine Diskussion gegeben.

Nach der deutschen herrschenden Meinung bedeutet der wirtschaftliche Gesellschafts- oder Verbandszweck, dass er hauptsächlich darauf gerichtet ist, mit einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb nach außen Gewinne zu erzielen, die der Gesellschaft selbst oder ihren Mitgliedern in irgendeiner Weise zufließen sollen.<sup>8</sup> Dagegen legt die japanische herrschende Meinung den wirtschaftlichen Zweck im Gesellschaftsrecht enger aus. Zwar wird eine ähnliche Beschreibung über den wirtschaftlichen Zweck wie im deutschen Recht in einigen einflussreichen Lehrbüchern vom bürgerlichen Recht gefunden.<sup>9</sup> Aber nach der herrschenden Auffassung von Gesellschaftsrechtlern bedeutet der wirtschaftliche Gesellschaftszweck, dass er darauf gerichtet ist, mit einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb nach außen Gewinne zu erzielen, die an die Gesellschafter verteilt werden. Die

---

<sup>7</sup> Der Grund der Aufhebung dieser Bestimmungen ist unklar. Aber es lässt sich vermuten, dass der Gesellschafts- oder Verbandszweck in der nahen Zukunft wegen der Gesetzesänderung im Gesellschaftsrecht nur zwei Typen zugeordnet werden wird, die der nicht-wirtschaftliche Zweck und der wirtschaftliche Zweck sind.

<sup>8</sup> Ulrich EISENHARDT, Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., 2003, Rn. 111.

<sup>9</sup> WAGATSUMA Sakae, BGB / Allgemeiner Teil, 1965, S. 137.

Verteilungsweise von Gewinnen ist die Ausschüttung von Gewinnen, Dividende.<sup>10</sup> Dieser Meinung nach haben Genossenschaften keinen wirtschaftlichen Zweck,<sup>11</sup> weil keine Gewinne durch Dividenden an die Genossen verteilt werden. Damit haben Genossenschaften weder einen wirtschaftlichen noch einen idealen Zweck.

Diese herrschende Meinung beruht darauf, dass der Anspruch auf die Verteilung von Gewinnen, das Dividendenrecht, ein grundsätzliches Recht für die Gesellschafter ist und dass das natürlich im Gesellschaftsrecht vorausgesetzt wird, auch wenn keine klare Vorschrift darüber vorgesehen wird. Diese herrschende Meinung geht zurück auf eine vor dem Zweiten Weltkrieg geäußerte Meinung eines berühmten Handelsrechtlers. Er rechtfertigte die engere Auslegung des wirtschaftlichen Zweckes mit der Vorbeugung vor Missbrauch von Gesellschaftsformen mit wirtschaftlichem Zweck, den Handelsgesellschaften. Während die Gründung von Idealvereinen eine staatliche Konzession benötigt, konnten Idealvereine durch die Eintragung als Handelsgesellschaften juristische Personen werden, ohne durch Konzession staatlich kontrolliert zu werden, wenn sie gewerbliche Geschäfte betreiben.<sup>12</sup> Diese Denkweise, die aus dem allgemeinen Misstrauen gegen Verbände mit einem idealen Zweck und aus der Absicht von Unterdrückung der bürgerlichen sozialen Bewegung besteht, wird heutzutage nicht mehr unterstützt. Aber die Folgerung dieser Argumentation, den wirtschaftlichen Zweck enger auszulegen, lebt noch fort, weil die japanische Privatrechtswissenschaft, besonders die gesellschaftsrechtliche, sehr pragmatisch ist und sich für Grundtheorien und Grundbegriffe nur wenig interessiert.

### **III Rechtliche Behandlung für Personenvereinigungen mit Zwischenzweck (Zwischenverbände)**

Das engere Verständnis des wirtschaftlichen Zweckes hat – neben der schon erwähnten Beschränkung des idealen Zweckes auf die Verfolgung der allgemeinen Interessen – zu einer Lücke im japanischen Gesellschaftsrecht geführt. Daher ist es unmöglich, dass Personenvereinigungen, deren Zweck weder auf allgemeine Interessen noch auf einen Geschäftsbetrieb und eine Gewinnverteilung gerichtet ist (= Zwischenverbände), juristische Personen werden und Rechtsfähigkeit erlangen. In diese Lücke vom Zwischenzweck fallen die Personenvereinigungen, deren Zweck auf eine gegenseitige Unterstützung oder Freundschaft unter den Genossen gerichtet ist, z.B. Gewerkschaften, Genossenschaften, Vereine von alten Schulfreunden, Zirkel oder Kreise etc. Das betrachtet die herrschende Meinung als Problematik und schlägt folgende Lösungen vor, die von der in Japan noch einflussreichen Theorie der realen Verbandspersönlichkeit von Otto von Gierke in Japan beeinflusst ist.

---

<sup>10</sup> OHSUMI / IMAI, Handelsgesellschaftsrecht I, 3. Aufl., 1991, S. 18.

<sup>11</sup> Es gibt in Japan kein einheitliches Genossenschaftsgesetz, aber einzelne Gesetze, z.B. über Agrargenossenschaften, Verbrauchergenossenschaften u.s.w.

<sup>12</sup> MATSUMOTO Johji, "der Begriff der wirtschaftlichen juristischen Personen, Gesammelt Werke, Reprint, 1989, S.40.

Erstens ermöglicht die Einführung der Theorie vom nichtrechtsfähigen Verein, die die japanische Rechtswissenschaft aus Deutschland eingeführt hat, Zwischenverbände den juristischen Personen anzunähern. Zweitens wird vorgeschlagen, Zwischenverbände möglichst in den Bereich von Idealvereinen einzubeziehen. Hierzu ist der Begriff des idealen Zweckes weit auszulegen, dass er nicht die Verfolgung der allgemeinen Interessen, sondern einen Bezug zu allgemeinen Interessen voraussetzt. Diese Auslegung und rechtliche Behandlung ist heute immer noch nicht in der Praxis akzeptiert, aber führt zum heutigen Gesetzgebungsgedanken vom Dualismus zwischen dem wirtschaftlichen Zweck und dem nicht-wirtschaftlichen im Gesellschaftsrecht. Drittens sind viele besondere Gesetze für Zwischenverbände entstanden, z.B. verschiedenartige Genossenschaftsgesetze und das Gewerkschaftsgesetz. Schließlich ist 2002 ein allgemeines Gesetz für Zwischenverbände in Kraft getreten, das Gesetz betreffend juristische Personen mit Zwischenzweck (das Zwischenverband-Gesetz). Demgemäß ist der Weg zur Rechtsfähigkeit für alle privatrechtlichen Personenvereinigungen, einschließlich Zwischenverbänden, geöffnet worden.

#### **IV Non-profit organisation**

Wie oben schon gesagt, gibt es im japanischen Recht grundsätzlich drei Wege zur Entstehung einer juristischen Person. Dabei beschränkt sich der Weg zu den konzessionierten Idealvereinen auf die Personenvereinigungen mit der Verfolgung allgemeiner Interessen. Die Handelsgesellschaften bestehen nur für die Gesellschaften mit einem Geschäftsbetrieb nach außen und der Gewinnverteilung. Dazwischen können die Zwischenverbände, die weder einen idealen noch einen wirtschaftlichen Zweck haben, durch das Zwischenverbandsgesetz oder sonstige besondere Gesetze Rechtsfähigkeit erlangen. Damit ist eine Lücke im Gesellschaftsrecht rechtlich gefüllt. Aber tatsächlich bleiben immer noch die Personenvereinigungen übrig, die keine Rechtsfähigkeit erlangen können, weil das Konzessionssystem für die Idealvereine gilt. Anders als das System der Normativbedingungen wird im Konzessionssystem eine Konzession, eine Voraussetzung für die Rechtsfähigkeit, von einer staatlichen Behörde erteilt. Zwar beschränkt sich das behördliche Ermessen auf einen gewissen vernünftigen Bereich, aber in der japanischen Praxis soll ein großes Stammvermögen, mehr als 100 Millionen Yen, oder eine Vielzahl von Mitgliedern notwendig für die Sicherung der dauerhaften Betätigung sein.

Unter diesen Voraussetzungen war es nicht möglich, dass kleine Gruppen von Volunteers, die zu sogenannten Non-profit Organisations (NPO) gehören, Rechtsfähigkeit erlangen, obwohl ihr Zweck ideal ist. Diese rechtliche Situation von NPO entsprach der geringen Einschätzung in der japanischen herkömmlichen Gesellschaft. Aber 1995 verursachte ein riesiges Erdbeben in der Hanshin-Gegend eine Katastrophe, wobei viele Gruppen von Volunteers in den Hilfsdiensten sehr tätig wurden. Deswegen wurde der soziale Status von Volunteer-Bewegungen, Gruppen von Volunteers und NPO, festgestellt. Außerdem wurde die Notwendigkeit behauptet, den Gruppen von Volunteers die Rechtsfähigkeit zu erteilen. Im Ergebnis ist das Gesetz betreffend NPO (das NPO-Gesetz) entstanden. Nach dem NPO-Gesetz kann eine NPO juristische Person werden. Das ist viel einfacher als im

Konzessionssystem. Zwar ist eine provinzielle Erlaubnis noch nötig, aber die Voraussetzungen der Erlaubnis sind schon im Gesetz bestimmt. Die zuständige Provinz besitzt weniger Ermessensspielraum bei der Beurteilung, ob eine Erlaubnis gegeben werden soll oder nicht.

## **V Abschließende Bemerkungen**

Während das NPO-Gesetz eine Lücke, die sich aus dem Konzessionssystem ergibt, gefüllt hat, hat auch das Zwischenverbands-Gesetz eine Lücke zwischen dem idealen und dem wirtschaftlichen Zweck gefüllt. Aber dieses japanische Gesellschafts- und Verbandssystem ist sehr kompliziert. Nun scheint die Zeit gekommen zu sein, wo ein einheitliches Gesellschaftssystem konzipiert werden muss. Dafür werden die Entwicklung der Grundtheorien oder des Allgemeinen Teiles im Gesellschaftsrecht notwendig sein, die der japanischen Rechtswissenschaft fehlte und noch immer fehlt.

Die japanische Rechtswissenschaft hat bisher wenig dogmatische Grundlagen im Bereich der Gesellschaften im weiteren Sinne entwickelt. Man muss zugestehen, dass der Mangel systematischer Theoriebildung für weite Bereiche des japanischen allgemeinen Gesellschaftsrechts gilt. Einer der Gründe hierfür mag darin liegen, dass nach der Zeit des Zweiten Weltkrieges der Einfluss des deutschen Zivilrechtsdenkens in Japan zurückging und dadurch auch das Interesse an dogmatischen Fragen. Ein anderer Grund liegt jedoch auch darin, dass die Aktiengesellschaft in der japanischen Wirtschaft die dominierende Rechtsform ist und die japanischen Juristen sich darauf konzentrieren. Andere Gesellschaftsformen werden in der Rechtswissenschaft nur am Rande diskutiert. Man könnte auch sagen, dass das japanische Gesellschaftsrecht im Wesentlichen "Aktiengesellschaftsrecht" ist. Für die übrigen Gesellschaftsformen, die im japanischen Alltagsleben gewissermaßen eine bedeutende Rolle spielen, fehlt bisher die dogmatische Grundlage, obwohl diese Gesellschaftsformen im Gesetz vorgesehen sind.

# Generalklauseln im europäischen Wirtschaftsrecht

Jochen Glöckner, Konstanz\*

*Der Einsatz von Generalklauseln wirft verschiedene methodische und inhaltliche Probleme auf. Gleichwohl machen die kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen in erheblichem Umfang vom Einsatz von Generalklauseln Gebrauch. Im Folgenden soll der Frage nachgegangen werden, welchen Stellenwert Generalklauseln im Europäischen Wirtschaftsrecht haben.*

## I. Einführung

Der Einsatz von Generalklauseln kann in den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen auf eine lange Tradition zurückblicken. So operieren bis heute die romanischen Zivilrechtsordnungen mit einer deliktsrechtlichen Generalklausel nach dem Vorbild des französischen Artikel 1382 des Code Civil.

*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.*

Im deutschen Recht wird der Einsatz von Generalklauseln in erster Linie mit dem öffentlichen Recht verbunden. Seit dem 18. Jhdt. wurden auf dem Gebiet des Polizeirechts, d.h. zur Gefahrenabwehr, Generalklauseln verwandt.<sup>1</sup>

Anders stellt sich die Situation in den Common law-Jurisdiktionen dar. Aus systematischen Gründen wird hier von einer Allzuständigkeit der Gerichte zur Rechtsetzung ausgegangen. Legislative Rechtssetzungsakte greifen aber nur punktuell ein und werden aus diesem Grund restriktiv ausgelegt. Dass aber gerade die rechtsetzende Aktivität der Gerichte im Common law deutliche Parallelen zur Generalklauseln konkretisierenden Tätigkeit der Gerichte im kontinentaleuropäischen Recht aufweist, hat *Ohly* bereits in seiner 1997 erschienenen Dissertation<sup>2</sup> überzeugend nachgewiesen.

---

\* Der nachfolgende Text beruht auf dem Manuskript zu einem Vortrag aus dem Jahr 2005. Zur Veröffentlichung wurden sparsam Belege eingefügt und der Text behutsam aktualisiert.

<sup>1</sup> Vgl. § 10 II 17 des Allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten von 1794: „Die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit, und Ordnung, und zur Abwendung der dem Publico, oder einzelnen Mitgliedern desselben, bevorstehenden Gefahren zu treffen, ist das Amt der Polizei.“ Die Vorschrift galt in Preußen bis zum Inkrafttreten des Preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes 1931.

<sup>2</sup> Ohly, Richterrecht und Generalklausel im Recht des unlauteren Wettbewerbs. Ein Methodenvergleich des englischen und des deutschen Rechts, 1997.

Auch das Europarecht hat seit jeher in weitem Umfang Gebrauch von Generalklauseln gemacht. Zu denken ist insbesondere an die Grundfreiheiten. Zu beachten ist jedoch, dass dabei, ähnlich wie bei Grundrechten, zur Freiheitsförderung Gebrauch von Generalklauseln gemacht wird, nicht aber zur Freiheitsbeschränkung. Im Hinblick auf die Möglichkeit, den Gebrauch der Wirtschaftsfreiheit einzuschränken, war der Umgang mit Generalklauseln sehr viel zurückhaltender (vgl. dazu u.). Gleichwohl ist auch im Bereich des Wirtschaftsrechts eine gewisse Hinwendung zu Generalklauseln nicht zu verkennen.

## 1. Generalklauseln

Der Begriff „Generalklausel“ wird häufig verwendet, lässt sich aber nur schwer trennscharf abgrenzen. Im Folgenden soll nicht über die bloße Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe gesprochen werden, wie sie etwa in Artikel 17 Abs. 2a der Handelsvertreterrichtlinie<sup>3</sup> verwendet werden: Danach soll ein Handelsvertreter nach Beendigung des Vertragsverhältnisses einen Anspruch auf Ausgleich haben, wenn und soweit er für den Unternehmer Geschäftsverbindungen mit vorhandenen Kunden *wesentlich* erweitert hat, der Unternehmer aus diesen Geschäften noch *erhebliche* Vorteile zieht und die Zahlung eines solchen Ausgleichs unter Berücksichtigung der Umstände *der Billigkeit entspricht*. Ebenso wenig soll gesprochen werden über die Verwendung von Auffangklauseln, etwa durch die Formulierung „... oder in sonstiger Weise“, durch welche der Gesetzgeber sicherstellen will, dass bestimmte, vorher regelmäßig genau umschriebene Verbotsnormen nicht umgangen werden können. Schließlich soll nicht gesprochen werden über Querschnittklauseln, selbst wenn diese häufig als Musterbeispiele für Generalklauseln herangezogen werden, wie etwa § 242 BGB, wonach der Schuldner verpflichtet ist, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

Im Vordergrund der nachfolgenden Darstellung sollen Regelungen stehen, welche bezwecken, gesamte Rechtsgebiete unter einem einheitlichen Ziel zu regeln. Ein Musterbeispiel bieten nach wie vor die polizeirechtlichen Generalklauseln: Gemäß den §§ 1, 3 des baden-württembergischen Polizeigesetzes hat die Polizei die Aufgabe, von dem Einzelnen und dem Gemeinwesen Gefahren abzuwehren, durch welche die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird. Zur Wahrnehmung dieser Aufgabe hat die Polizei diejenigen Maßnahmen zu treffen, die ihr nach pflichtgemäßem Ermessen erforderlich erscheinen. Durch solche Vorschriften wird der gesamte Bereich des Polizeirechts (selbstverständlich unter Berücksichtigung der kompetenziellen Beschränkungen) unter dem Ziel der Gefahrenabwehr erfasst.

Eine weitere Besonderheit ist in der Selbständigkeit der Generalklausel gegenüber Sondertatbeständen zu erkennen. Sondertatbestände mögen die Generalklausel konkretisieren; erforderlich sind sie jedoch nicht. An dieser Stelle verdient gleichwohl Hervorhebung, dass Generalklauseln und Sonder-

---

<sup>3</sup> Richtlinie 86/653/EWG des Rates vom 18. Dezember 1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter, ABl. 1986 Nr. L 382/17.

tatbestände nicht selten in einem Verhältnis wechselseitiger Befruchtung stehen: Teilweise entwickeln sich unter einer Generalklausel Sonderregelungen, die später vom Gesetzgeber anerkannt werden, so etwa in den §§ 4, 6, 7 des geltenden deutschen Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Andererseits kann durch die Etablierung von Prinzipien und Wertungen unter Einzeltatbeständen methodisch und inhaltlich der Boden für die Schaffung einer Generalklausel bereitet werden, wie etwa beim Übergang vom UWG von 1896 zum UWG von 1909.

## 2. Wirtschaftsrecht

Auch der Begriff des Wirtschaftsrechts ist schillernd und entzieht sich einfachen Definitionsversuchen. Mit dem Begriff Wirtschaftsrecht lässt sich insbesondere kein Untergebiet des privaten oder öffentlichen Rechts abgrenzen. Der Begriff liegt insoweit „quer“ zu dieser gebräuchlichen Einteilung. Im Hinblick auf die Fragestellung, ob einzelne Rechtsgebiete oder Rechtsinstitute dem Wirtschaftsrecht zuzuordnen sind, muss der *Zusammenhang der fraglichen Regelungen mit der jeweiligen Wirtschaftsordnung* den Ausgangspunkt der Betrachtung bilden. Der Begriff des Wirtschaftsrechts ist zu verstehen als Recht der Wirtschaftsordnungen, „dem Inbegriff der rechtserheblichen Normen, die die Freiheit des Zuordnungswechsels und die Zuordnung wirtschaftlicher Güter in allgemeinen Grundsätzen ... regeln, um eine nach den Maßstäben der wirtschaftlichen Gerechtigkeit ausgewogene Selbstentfaltung und Versorgung der Wirtschaftsbürger im Rahmen einer gesetzten Wirtschaftsverfassung zu gewährleisten“.<sup>4</sup> Insoweit ist die grundsätzliche Entscheidung zwischen Plan- und Marktwirtschaft unverzichtbar. Eine weitreichende Bindung an das marktwirtschaftliche System ist durch Art. 4 EG sichergestellt. Danach verfolgen die Mitgliedstaaten und die Europäische Gemeinschaft eine Wirtschaftspolitik, die dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet ist. Das schließt nicht aus, dass bestimmte Wirtschaftsbereiche in der Tendenz planwirtschaftlich geregelt sind, macht aber deutlich, dass die Marktwirtschaft als Ausgangspunkt der Betrachtung zu wählen ist.

Innerhalb der Marktwirtschaft stehen Wettbewerb und Privatrecht in einem unlöslichen Verhältnis der Wechselbezüglichkeit und bilden insoweit zwei Seiten derselben Münze. Wettbewerb setzt zunächst die Vertragsfreiheit voraus, weil allein sie die für den Wettbewerb elementare Ersatzfähigkeit, d.h. die Substituierbarkeit von Angeboten schafft. Auf der anderen Seite verlangt die Vertragsfreiheit nach Wettbewerb, denn allein funktionierender Wettbewerb vermag, selbst größte Machtunterschiede zwischen den Vertragsparteien zu neutralisieren. Wettbewerbsschutz ist damit stets auch Schutz der schwächeren Vertragspartei.

Das rechtfertigt zum einen den besonderen Schutz des Wettbewerbs durch die Rechtsordnung. Ihn gewähren das Kartellrecht und das Lauterkeitsrecht. Andererseits versagt der Wettbewerb bisweilen aus strukturellen Gründen in seiner Entmachtungswirkung, wodurch die Notwendigkeit besonderen Verbraucherschutzes begründet wird. Wird dieser Verbraucher-

---

<sup>4</sup> Fikentscher, Wirtschaftsrecht, Band 1, 1983, § 1 I 1.

schutz gewährt, sei es durch Maßnahmen, durch welche insbesondere die informationelle Unterlegenheit des Verbrauchers ausgeglichen wird (z.B. Informations- und Aufklärungspflichten; sogenannter *komplementärer Verbraucherschutz*), sei es durch Maßnahmen, durch welche die Unterlegenheit des Verbrauchers im Wege der Gewährung besonderer zivilrechtlicher Rechtsbehelfe beseitigt wird (z.B. Widerrufsrechte, AGB-Kontrolle, zwingende Vorschriften; sogenannter *kompensatorischer Verbraucherschutz*), so wird damit über den Schutz materialer Vertragsfreiheit wiederum zugleich der Wettbewerb geschützt.

Vor diesem Hintergrund möchte ich im Folgenden sowohl über das Kartellrecht, das Lauterkeitsrecht sowie das Immaterialgüterrecht als Regelungssysteme sprechen, die insgesamt dem Schutz der marktwirtschaftlichen Wettbewerbsordnung gewidmet sind, als auch über das Verbraucherprivatrecht, welches das Ziel verfolgt, materiale Vertragsfreiheit sicherzustellen.

## II. Die Verbreitung von Generalklauseln im Europäischen Wirtschaftsrecht

Untersucht man die so definierten Zweige des Wirtschaftsrechts auf die Verwendung von Generalklauseln, so wird man im Kartellrecht, im Lauterkeitsrecht sowie im Verbraucherprivatrecht fündig.

### 1. Kartellrecht

Im EG-Kartellrecht findet sich das Muster einer Generalklausel in Art. 82 EG. Danach ist die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt verboten. Diese Vorschrift enthält eine offene Delegation der Rechtskonkretisierung an den EuGH. Da sich die Art. 81 ff. EG an Unternehmen richten, sind sie ihrer Natur nach unmittelbar anwendbar.<sup>5</sup> Es handelt sich beim Kartellrecht auch um einen der wenigen Bereiche, in welchen Europarecht durch eigene Verwaltungsbehörden durchgesetzt wird. Das hat zur Konsequenz, dass Adressaten von sie beschwerenden Entscheidungen der Kommission stets die Möglichkeit haben, in Direktverfahren Rechtsschutz bei den europäischen Gerichten, seit 1990 sogar in zwei Instanzen, zu erlangen. Anders als beim Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen gibt es bei der Kontrolle missbräuchlichen Verhaltens marktbeherrschender Unternehmen keinen Bereich wettbewerbspolitischen Ermessens der Kommission, der zu schützen wäre. Die Kontrolldichte durch die europäischen Gerichte ist dementsprechend hoch.<sup>6</sup>

Sie haben ihre damit verbundene Gestaltungsmöglichkeit stets aktiv genutzt: Die vom Gesetzgeber in den Tatbestand des Art. 82 EG aufgenommenen Beispiele haben für die Entwicklung der Judikatur nur geringe Relevanz gehabt. Sämtliche Beispiele im Katalog des Art. 82 EG zielen in erster

---

<sup>5</sup> Seit 2004 sind auch die mitgliedstaatlichen Behörden zur parallelen Anwendung des EG-Kartellrechts verpflichtet, vgl. Art. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003 Nr. L 1/1. Deklaratorisch wirkt insoweit die Regelung in § 50 GWB.

<sup>6</sup> Vgl. aus jüngerer Zeit EuGH v. 15.3.2007, Rs. C-95/04 P – British Airways, Slg. 2007, I-2331; v. 16.9.2008, verb. Rs. C-468-478/06 – Syfait II; EuG v. 30.1.2007, Rs. T-340/03 – France Telecom, Slg. 2007, II-107.

Linie auf Fälle des sogenannten *Ausbeutungsmisbrauchs*, d.h. den Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch Ausbeutung der Marktgegenseite, also im Vertikalverhältnis. Die umfangreiche Praxis von Kommission und Gerichten zeichnet ein anderes Bild. Nach ihr stehen eindeutig Fälle des sog. Behinderungsmisbrauchs im Vordergrund. Dabei geht es darum, dass ein Marktbeherrscher seine Position im Verhältnis zu den Wettbewerbern, also im Horizontalverhältnis, missbraucht, um diesen das Auftreten am Markt zu erschweren (*raising rivals' costs*).

Die Schlüsselbegriffe der marktbeherrschenden Stellung und des Missbrauchs haben die europäischen Gerichte selbständig ausgelegt. Dabei spielte jedoch der Dialog mit der Kommission als Wettbewerbsbehörde, der mitgliedstaatlichen Praxis (zunächst allein in Deutschland, später in den anderen Mitgliedstaaten) und der Kartellrechtswissenschaft eine erhebliche Rolle. Nicht nur rechtssoziologisch interessant ist das Entstehen einer grenz- und professionsüberschreitenden legal community in diesem Bereich.

## 2. Verbraucherrecht

Auch im Europäischen Verbraucherrecht finden sich Generalklauseln: Beispielsweise ist gemäß Art. 3 der Klauselrichtlinie<sup>7</sup> eine Vertragsklausel, die nicht im Einzelnen ausgehandelt wurde, als missbräuchlich anzusehen, wenn sie *entgegen dem Gebot von Treu und Glauben* zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht.

Anders als beim EG-Kartellrecht ist hier keine offene Delegation der Konkretisierungskompetenz an den EuGH möglich. Richtlinien bedürfen gem. Art. 249 Abs. 3 EG der Umsetzung durch die Mitgliedstaaten. Europarechtliche Generalklauseln müssen daher zunächst durch nationale Generalklauseln umgesetzt werden. Konkretisiert werden insoweit allein die mitgliedstaatlichen Generalklauseln durch die mitgliedstaatlichen Gerichte. Eine harmonische Rechtsentwicklung innerhalb der inzwischen 27 Mitgliedstaaten wird allein über den Auslegungsvorrang des EuGH gewährleistet, welcher im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Art. 234 EG zu verwirklichen ist.

Ähnlich wie bei Art. 82 EG hielt der Gesetzgeber der Klauselrichtlinie es für erforderlich, die Missbräuchlichkeit der Klauseln durch einen Katalog im Anhang der Richtlinie zu konkretisieren. Allerdings hat dieser Klauselkatalog lediglich indizielle Bedeutung. Zwingende Folgen ergeben sich nicht daraus, dass eine in der Praxis verwendete Klausel im Anhang aufgeführt ist. Soweit der EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens mit Klauseln befasst ist und ihm die maßgebenden Umstände, aus welchen sich die Missbräuchlichkeiten ergeben können, aus dem Vorlageverfahren zugänglich sind, entscheidet der EuGH autonom über die Unangemessenheit der Klauseln und nimmt eine selbständige Prüfung vor.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen., ABl. 1993 Nr. L 95/29.

<sup>8</sup> Z.B. EuGH v. 27.6.2000, verb. Rs. C 240-244/98 – Océano Grupo, Slg. 2000, I-4941.

Wo sich allerdings die Unangemessenheit erst aus der Verteilung sich gegenüberstehender Rechte und Pflichten ergibt (z.B. Vorleistungspflicht gegen Sicherheitsleistung), nimmt der EuGH an, dass das mitgliedstaatliche Fachgericht am besten in der Lage ist, die Unangemessenheit zu beurteilen.<sup>9</sup>

### 3. Lauterkeitsrecht

Auch das über viele Jahrzehnte ein Schattendasein führende Europäische Lauterkeitsrecht kennt seit dem 11. Juni 2005 eine Generalklausel: Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken<sup>10</sup> (im folgenden: UGP-Richtlinie) begründet ein Verbot unlauterer Geschäftspraktiken. Gemäß Art. 5 Abs. 2 ist eine Geschäftspraxis unlauter, wenn sie den Erfordernissen der beruflichen Sorgfaltspflicht widerspricht und geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten der Durchschnittsadressaten wesentlich zu beeinflussen.

An dieser Stelle war bereits während des Gesetzgebungsverfahrens eine große Zurückhaltung des Europäischen Gesetzgebers erkennbar, die Konkretisierungsgewalt an die Gerichte zu delegieren. Ursprünglich war mit dem Gesetzgebungsvorhaben noch der Versuch verbunden, eine sogenannte „Ko-Regulierung“ einzuführen: Danach sollte die Einhaltung von „*marketing standards*“, die von verschiedenen Verbänden aufgestellt werden, haftungsbefreiende Wirkung haben, wenn diese *marketing standards* ihrerseits die Vorgaben sehr allgemeiner „*mandatory requirements*“ einhielten.<sup>11</sup> Wegen der besonderen Problematik der Delegation gesetzgebender Gewalt wurde dieses Vorhaben nicht weiter verfolgt. Dafür war der Europäische Gesetzgeber sichtlich bemüht, den Gerichten bei der Anwendung der Generalklausel eine Wegleitung an die Hand zu geben. Die „berufliche Sorgfalt“, an deren Verletzung die Generalklausel die Unlauterkeit knüpft, wird definiert als Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt, bei denen billigerweise davon ausgegangen werden kann, dass der Gewerbetreibende sie gegenüber dem Verbraucher gemäß den anständigen Marktgepflogenheiten und/oder dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben in seinem Tätigkeitsbereich anwendet. Überdies hat der Gesetzgeber die Unlauterkeitstatbestände weiter konkretisiert. In den Art. 6 ff. UGP-Richtlinie wird ausdrücklich die Irreführung einschließlich des irreführenden Unterlassens sowie die unangemessene Einflussnahme geregelt. Schließlich enthält die UGP-Richtlinie in einem Anhang eine Liste von 31 Geschäftspraktiken, bei denen unter allen Umständen von der Unlauterkeit auszugehen ist (sogenannte *black list*).

---

<sup>9</sup> EuGH v. 1.4.2004, Rs. C-237/02 - Freiburger Kommunalbauten, Slg. 2004, I-3403 Rn. 23.

<sup>10</sup> Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern und Verbrauchern, ABl. 2005 Nr. L 149/22.

<sup>11</sup> Micklitz (Hrsg.), Studie des Instituts für Europäisches Wirtschafts- und Verbraucherrecht e.V. über die Machbarkeit eines allgemeinen gesetzlichen Rahmens für den lauterer Geschäftsverkehr, November 2000, Band 1, < [http://www.europa.eu.int/comm/dgs/health\\_consumer/library/surveys/sur21\\_vol1\\_en.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/dgs/health_consumer/library/surveys/sur21_vol1_en.pdf) > (site zul. besucht am 10.2.2009), S. 61.

Dieses Zusammenspiel von Generalklausel, Sondertatbeständen und black list ist nicht unproblematisch. Es erscheint immerhin eindeutig, dass aus den in der black list aufgeführten Per se-Verboten kein Umkehrschluss auf die Zulässigkeit von Geschäftspraktiken gezogen werden darf, welche die dort genannten Voraussetzungen nicht erfüllen. Allerdings bedarf es in all diesen Fällen einer Beurteilung des Einzelfalls. Ebenfalls erscheint es auf der Grundlage der Erwägungsgründe eindeutig, dass aus den Regelungen über irreführende und unangemessen beeinflussende Praktiken nicht der Schluss gezogen werden darf, es gebe keine anderen Formen unlauterer Geschäftspraktiken. Nicht zu verkennen ist jedoch, dass es im Hinblick auf das eingangs Gesagte schwer fallen wird, zu einer selbständigen Anwendung der Generalklausel zu gelangen. Insoweit wird sich faktisch sicher eine induktive Wirkung der Sondertatbestände im Hinblick auf die Auslegung der Generalklausel einstellen.

Vor allem stellt sich die Frage, ob das mit der Schaffung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken verfolgte Primärziel der Schaffung eines *level playing field* über 27 Jurisdiktionen hinweg erreicht werden kann. Anders als im Kartellrecht nach 1961 gibt es im Lauterkeitsrecht keine zentrale europäische Behörde, die über ein wettbewerbspolitisches Ermessen im Hinblick auf die Nützlichkeit oder Schädlichkeit von bestimmten Geschäftspraktiken verfügt. Die Regelungszugänge der 27 Mitgliedstaaten sind überaus disparat. Das beginnt bei der grundsätzlichen Wahrnehmung des Begriffs der Wettbewerbsfreiheit, erstreckt sich über die Frage, ob und welche weiteren Ziele neben dem Wettbewerbsschutz zu verfolgen sind (sogenannte *public policy issues*) und reicht bis zur institutionellen Einbindung (außerrechtliche Durchsetzung im Wege der Selbstkontrolle, zivilrechtliche Durchsetzung oder durch Wettbewerbsbehörden bzw. Strafverfolgungsbehörden).

Auch die prozessuale Einbindung im System des Europarechts lässt Schwierigkeiten erwarten: In Deutschland werden beispielsweise sehr zahlreiche Zivilprozesse im Bereich des Lauterkeitsrechts geführt: Allein für das Jahr 2004 wurden beinahe 400 Gerichtsentscheidungen berichtet, von denen sicher der größere Teil dem Anwendungsbereich der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken unterfallen wird. Insoweit wird künftig eine richtlinienkonforme Auslegung vorzunehmen sein. Angesichts der oben geschilderten disparaten Regelungszugänge der 27 Mitgliedstaaten wird in einer Übergangsphase trotz der verschiedentlichen Bemühungen des Gesetzgebers um Klärung in den jeweiligen Grenzbereichen kaum mit der sogenannten *acte clair*-Doktrin gearbeitet werden können, wonach die Vorlagepflicht letztinstanzlich entscheidender Gerichte gem. Art. 234 EG in Fällen ausgeschlossen ist, in denen die Rechtslage eindeutig erscheint.<sup>12</sup> Das muss zu einer – aus europarechtlicher Sicht gebotenen – hohen Zahl von Vorlageverfahren führen. Die europäische Justizarchitektur ist für die zu erwartende Zahl von solchen Vorlageverfahren indes kaum eingerichtet, wenngleich das Hinzukommen zwölf neuer Richter samt ihrer Kabinette in Verbindung mit einem feststellbaren Nachlassen der Prozesstätigkeit gewisse Kapazitäten freigesetzt hat.

---

<sup>12</sup> EuGH v. 29.2.1984, Rs. 77/83 – C.I.L.F.I.T., Slg. 1984, 1257.

#### 4. Immaterialgüterrecht

Im Immaterialgüterrecht fehlen Generalklauseln in dem hier zugrunde gelegten Sinne. Das ist aus den oben bereits genannten Gesichtspunkten nachvollziehbar. Die Immaterialgüterrechte sollten nicht im Sinne naturrechtlicher Konzepte verstanden werden als quasi vor-rechtliche Berechtigung der Schöpfer an ihren (geistigen) Leistungen, sondern wettbewerbsrechtlich als notwendige Ergänzung der Nachahmungsfreiheit, um einen hinreichenden Ansporn auch zu investitionsintensiven Innovationen zu vermitteln. Besonders eng im Zusammenhang mit dem Wettbewerbsschutz steht das Kennzeichenrecht, wie der EuGH immer wieder deutlich macht.<sup>13</sup>

Immaterialgüterrechte wirken daher freiheitsbeschränkend. Die Kombination aus Formaltatbeständen und Ausschließungsrecht gestatten keine generalklauselartige Regelung, um den Wettbewerb nicht über Gebühr zu belasten.

### III. Chancen und Risiken der Verwendung von Generalklauseln im Europäischen Wirtschaftsrecht

#### 1. Allgemeine Erwägungen

Seit jeher wurde dem Gesetzgeber, der von Generalklauseln Gebrauch macht, Versagen vorgeworfen („Flucht in die Generalklausel“<sup>14</sup>). Dieser Vorwurf hat sich als unbegründet erwiesen. Komplexe Probleme, insbesondere im Bereich des Wirtschaftsrechts, können selten allein durch konkrete Regelungen erfasst werden. Wo es den Rechtssubjekten weniger auf konkrete Gestaltungsformen als auf von ihnen angestrebte wirtschaftliche Ziele ankommt, ist die Anknüpfung an eben diese konkreten Gestaltungsformen im Wege konkreter Regelungen ungeeignet, die mit den Regelungen verfolgten Ziele zu erreichen.

Unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten wurde ferner immer wieder die vermeintlich mangelnde Bestimmtheit von Generalklauseln gerügt. Es muss jedoch davon ausgegangen werden, dass auch Generalklauseln nach Art der polizeirechtlichen Generalklausel hinreichend bestimmt sind, wenn ihre Anwendung durch einen klaren Gesetzeszweck geleitet und durch eventuelle gesetzliche Tatbestände oder richterrechtlich entwickelte Fallreihen konkretisiert wurde.<sup>15</sup>

In diesem Zusammenhang ist auf ein seltener erkanntes Problem bei der Anwendung von Generalklauseln hinzuweisen. Gerichte neigen, in Zeiten der elektronischen Textverarbeitung mehr denn je, dazu, konkrete Fälle nicht an der Generalklausel, sondern an ihren eigenen Fallreihen zu messen, die

---

<sup>13</sup> Zul. EuGH v. 10.4.2008, Rs. C-102/07 – Adidas ./. Marca Mode, noch nicht in Slg., Rdn. 45: „... dass das Markenrecht seine Rolle als wesentlicher Teil eines Systems unverfälschten Wettbewerbs spielen kann, das der Vertrag errichten und aufrechterhalten will (vgl. Urteil vom 17. März 2005, Gillette Company und Gillette Group Finland, C-228/03, Slg. 2005, I-2337, Randnr. 29 und die dort angeführte Rechtsprechung).“

<sup>14</sup> So bereits der Titel der Monographie von Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln, 1932.

<sup>15</sup> BVerfGE 54, 143, 144 f.

dadurch faktisch gesetzesgleiche Wirkung erlangen. Die entstehenden Probleme liegen auf der Hand: Ebenso wie der Gesetzgeber nicht alle Fallkonstellationen voraussehen kann, kann dies der Rechtsprechung gelingen. Häufig ist dem Rechtsfrieden wenig gedient, wenn Gerichte sich darauf beschränken, Lebenssachverhalte an ihrer ureigenen Problematik vorbei unter existierende Fallgruppen zu pressen oder aber, wenn dies nicht gelingt, auf die Zulässigkeit des Verhaltens zu schließen. Es bedarf daher, um ein solches Eigenleben der Fallgruppen zu verhindern, einer steten Rückanbindung der Anwendung der Generalklausel an den Gesetzeszweck. Dafür bedarf es deutlicher und klarer Zweckvorgaben, die entweder in einleitenden Zweckartikeln oder aber in den Gesetzesmaterialien erfolgen können.

Schließlich muss – erneut unter rechtssoziologischen Gesichtspunkten – auf die Bedeutung der institutionellen Stellung sowie des Selbstverständnisses der Richterinnen und Richter hingewiesen werden. Trotz der hohen fachlichen Kompetenz, ihrer sozialen Stellung und persönlichen Exponiertheit geben sich Richter in Common law–Jurisdiktionen nur selten aktivistisch und progressiv. Offene Rechtsfortbildung ist trotz der strukturell anerkannten Rechtsetzungsgewalt der Gerichte selten.<sup>16</sup> Auf der anderen Seite haben sich deutsche Richter, obwohl sie bis heute nur selten als Individuen in Erscheinung treten und durch die bis in die 1930er–Jahre vorherrschende methodische Strömung des Positivismus tendenziell stärker gebunden waren, stets die Freiheit genommen, sich notfalls über den im Wortlaut des Gesetzes zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers hinwegzusetzen – zum Guten oder zum Bösen! Exemplarisch sei an die richterrechtliche Anerkennung des von *Oertmann*<sup>17</sup> unmittelbar zur Bewältigung der Verwerfungen, welche durch die galoppierende Inflation verursacht worden war, geschaffenen Instituts des Wegfalls der Geschäftsgrundlage erinnert, mit welchem das im Grundsatz „Mark gleich Mark“ niedergelegte Nominalwertprinzip überwunden werden konnte<sup>18</sup>, oder an die Entwicklung einer auf die §§ 138, 242 BGB gestützten offenen Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen.<sup>19</sup> Mehr Zurückhaltung scheinen sich demgegenüber ihre Kollegen in Italien oder Frankreich aufzuerlegen. Auch dieser Umstand ist bei der Anwendung von Generalklauseln zu berücksichtigen. Während die großen Generalklauseln des Polizeirechts oder des Lauterkeitsrechts die deutschen Gerichte nie vor Schwierigkeiten gestellt haben, diagnostiziert *Rescigno* für das italienische Recht eine Flucht der Gerichte aus den Generalklauseln.<sup>20</sup> Ähnliches war in der Schweiz bei der Anwendung des Lauterkeitsrechts bis in die 1980er–Jahre festzustellen und führte zu einer Revision des UWG.<sup>21</sup>

---

<sup>16</sup> Exemplarisch allerdings die Anerkennung der verschuldensunabhängigen Produkthaftung durch *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.*, 59 Cal.2d 57, 27 (1963).

<sup>17</sup> Oertmann, *Die Geschäftsgrundlage*, 1921.

<sup>18</sup> RGZ 103, 328, 332.

<sup>19</sup> BGHZ 22, 90, 100; 41, 151, 154.

<sup>20</sup> Rescigno, *Appunti sulle „clausole generali“*, Riv. Dir. Comm. 1998 I 1, 2, 4.

<sup>21</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 18. Mai 1983, BBl 1983 II 1009, 1019 ff. (123).

## 2. Besondere Probleme der Verwendung von Generalklauseln im Europarecht

Die zum nationalen Recht bereits aufgezeigten Schwierigkeiten gelten selbstverständlich auch für Generalklauseln im Rahmen des Europarechts. Im Gegenteil werden hier verschiedene allgemeine Probleme durch dessen Spezifika verschärft. So ist es im europäischen Rahmen besonders schwierig, die Verwendung von Generalklauseln mit der erforderlichen Rechtssicherheit zu verbinden. Auf eine konkretisierende Fallgruppenbildung durch europäisches Richterrecht kann im Augenblick noch nicht zurückgegriffen werden. Als Folge des etwas schwerfälligen Vorlageverfahrens wird es Jahre, wenn nicht Jahrzehnte, dauern, bis ein solches Richterrecht Wirklichkeit geworden ist. Als Beispiel mag darauf verwiesen werden, dass es in dem vergleichsweise homogenen und abgegrenzten Bereich des Markenrechts etwa zehn Jahre gedauert hat, bis in zahlreichen Verfahren die Grundstrukturen des Europäischen Kennzeichenschutzes herausgearbeitet worden waren ... und dieser Prozess ist noch keineswegs abgeschlossen.

Wenn solche Fallgruppen entstanden sind, ist auch eine besondere Gefahr nicht von der Hand zu weisen, dass diese Fallgruppen ein „Eigenleben“ entwickeln. Die Rechtsprechungspraxis des EuGH macht deutlich, dass die Entscheidungen auf der Grundlage der von den Prozessbeteiligten vorgetragenen Argumente und im Wesentlichen unter Rückgriff auf die eigene Rechtsprechungspraxis getroffen werden. In der Literatur vertretene Ansichten und Lösungswege der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen gehen allenfalls über die Schlussanträge der Generalanwälte in die Europäische Rechtsentwicklung ein.<sup>22</sup> Auf der anderen Seite muss der europäischen Rechtsprechung zugute gehalten werden, dass sie sich stets an dem vom europäischen Gesetzgeber zum Ausdruck gebrachten Zweck der Normen orientiert hat. Insbesondere eine über-extensive Anwendung der Generalklauseln auf Sachverhalte, in welchen der Gesetzeszweck nicht spürbar berührt wird, erscheint insoweit als hinreichend ausgeschlossen.

Neben diese allgemeinen Probleme von Generalklauseln treten im Europarecht weitere, besondere Probleme: Anders als in den nationalen Rechtsordnungen ist für die Rechtsanwendung kein Aufbauen auf einem irgendwie gearteten status quo ante möglich. Das Vorverständnis in den verschiedenen Rechtsbereichen mag in den Mitgliedstaaten weit voneinander abweichen, wie beispielsweise im Lauterkeitsrecht. Nur ausnahmsweise, nämlich im Kartellrecht und im Recht der Gemeinschaftsimmaterialgüterrechte (Gemeinschaftsmarke, Gemeinschaftsmuster) kann die europäische Gerichtsbarkeit auf Vorarbeiten durch europäische Verwaltungsbehörden zurückgreifen. Schließlich – es wurde schon angesprochen – fehlt es an einer adäquaten Gerichtsarchitektur, um zeitnah eine ausreichende Führung der Praxis durch gerichtliche Leitentscheidungen sicherzustellen.

---

<sup>22</sup> Vgl. etwa die sorgfältige Analyse der Behandlung des Freihaltebedürfnisses im alten deutschen Markenrecht durch GA Ruiz-Jarabo Colomer, Schlussanträge Rn. 33 ff., zu EuGH v. 10.4.2008, Rs. C-102/07 – Adidas ./.. Marca Mode, noch nicht in Slg.

#### IV. Ausblick

Wie also können die auch für das europäische Wirtschaftsrecht unbestreitbar sinnvollen und erforderlichen Generalklauseln eingesetzt werden, ohne dabei an den dargestellten Problemen zu scheitern? Lösungsansätze enthält das Gemeinschaftsrecht selbst. In einer Phase, als das Kartellrecht in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten noch in keiner Weise verwurzelt war, wurde das EG-Kartellrecht auf der Grundlage der Verordnung Nr. 17/1962 durch eine zentrale europäische Verwaltungsbehörde durchgesetzt, der zugleich ein Anwendungsmonopol im Hinblick auf die Freistellung wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen gem. Art. 81 Abs. 3 EG übertragen wurde. Sie hat die Gelegenheit wahrgenommen, Wettbewerbspolitik zu betreiben und eine einheitliche, europaweit verwurzelte Wettbewerbskultur zu begründen, und konnte auf der Grundlage der Verordnung Nr. 1/2003 nach über 40 Jahren die mit dem Anwendungsmonopol des Art. 81 Abs. 3 EG verbundene Last an die mitgliedstaatlichen Behörden und Gerichte weiterreichen. Um die Homogenität der weiteren Rechtsentwicklung sicherzustellen, arbeiten auf derselben Grundlage seit dem Oktober 2003 26 und inzwischen 28 europäische Wettbewerbsbehörden im European Competition Network (ECN) erfolgreich zusammen. Nichts wäre naheliegender, als eine analoge Zusammenarbeit zuständiger Behörden auch in anderen Bereichen des Europäischen Wirtschaftsrechts herzustellen.

Dem könnte entgegengehalten werden, dass in verschiedenen Mitgliedstaaten, so in Österreich und Deutschland, für bestimmte Bereiche des Wirtschaftsrechts, namentlich das Lauterkeitsrecht, gar keine solchen Behörden existieren. Das trifft zwar zu, vernachlässigt jedoch, dass die Verordnung Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz, die den gesamten *acquis communautaire* auf dem Gebiet des Verbraucherprivatrechts einschließlich der Richtlinie 2005/29 über unlautere Geschäftspraktiken erfasst, die Schaffung solcher Behörden bis Ende 2006 verlangt, um effektiv gegen grenzüberschreitende Verstöße vorgehen zu können. Zweitens aber, und das wäre der gewichtigere Einwand, wäre erforderlich, dass auch die Europäische Kommission sich an diesem Netzwerk beteiligt. Bis heute hat die Europäische Kommission, insbesondere die Generaldirektion Wettbewerb (DG COMP) in Ermangelung von Ressourcen und Mandat die Wahrnehmung einer solchen Aufgabe indes abgelehnt.

Neben der formellen Mitarbeit im Netzwerk könnte die Generaldirektion Wettbewerb insbesondere durch die Schaffung nicht rechtsverbindlicher Leitlinien ähnlich wie im Kartellrecht für eine Führung der Praxis sorgen. Mitgliedstaatliche Behörden, Gerichte, selbst der EuGH, könnten, wenn sie mit relevanten Fragen befasst werden, die Leitlinien bzw. die *amicus briefs* der Kommission als persuasive authority berücksichtigen. Dabei handelt es sich aber im gegenwärtigen Zeitpunkt um Zukunftsmusik.



---

# Konvergenzen im Familienrecht in Europa

## — Tendenzen und Grenzen —

Hans-Wolfgang Strätz, Konstanz

### Einführung

Wenn wir Juristen von Europa und vom Recht in Europa sprechen, haben wir vor allem die Europäische Union und ihr Recht vor Augen. Dieser Bund von 25 Staaten umfasst den Westen und den Süden des Kontinents, sein Zentrum (mit der „Quasi-Lücke“ Schweiz), den Norden (ohne den Randstaat Norwegen) und die Mehrzahl der osteuropäischen Staaten. Diese Union ist sowohl nach außen als auch nach innen noch längst nicht auch nur annähernd voll entwickelt. Im Konzert der Mächte spricht sie neben ihren Mitgliedsstaaten noch nicht mit einer Stimme. Auch im Innern bleibt noch vieles zu tun. Das Projekt einer „Europäischen Verfassung“ ist noch nicht verwirklicht. Aber gleichwohl: Vieles ist geschafft, viele Errungenschaften des europäischen Vereinigungsprozesses sind zur Selbstverständlichkeit geworden, auf die kaum ein Unionsbürger freiwillig wieder verzichten möchte. Das gilt für die praktischen Auswirkungen der sogenannten „Grundfreiheiten“ (Freiheit des Warenverkehrs, der Dienstleistungen, des Personenverkehrs, der Niederlassung und Arbeitsaufnahme, des Kapital- und Zahlungsverkehrs), aber auch für das weithin gemeinsame Währungssystem. Die Tätigkeit und die Zielsetzung der europäischen Innenpolitik legen ihren Fokus auf den Wirtschaftssektor. Aber die ausdrückliche Gewährleistung von Grundfreiheiten und der mehrfache Rekurs auf die gemeinsamen Rechtsüberzeugungen in den Einzelstaaten weisen darüber hinaus. Sie führen über kurz oder lang auch auf den übrigen Sektoren zu der doppelten Frage, worin sich dort die nationalen Regelungssysteme unterscheiden, und ob die festgestellten Unterschiede bleiben müssen oder ob es sich empfehlen könnte, auch insoweit auf eine Rechtsvereinheitlichung in allen oder vielen Punkten hinzuwirken. Der Prozess der Einigung auf dem wirtschaftlichen Sektor innerhalb Europas hat eine Dynamik ausgelöst, die über das Ziel, einen einheitlichen Wirtschaftsraum zu schaffen, schon jetzt hinausreicht.

Das möchte dieser Vortrag am Beispiel eines Rechtsgebiets demonstrieren, bei dem die Notwendigkeit einer Angleichung in Europa sicherlich nicht auf der Hand liegt, nämlich am Beispiel des Familienrechts. Der Umstand allein, dass es in Europa zu mehr transnationalen Familiengründungen kommt, ist freilich kein ausreichender Anstoß für einen verstärkten Vereinheitlichungsprozess. Die Probleme binationaler Eheleute und

Familien sind vielmehr altbekannt; das Internationale Privatrecht jedes Einzelstaats hält dafür prinzipiell hinreichende Lösungen bereit. Auch der Rekurs auf eine gemeinsame Wurzel des Ehe- und Familienrechts geht fehl. Zwar gibt es zahlreiche übereinstimmende Prinzipien (z.B. die Monogamie). Aber lokale, regionale und nationale Traditionen und gegensätzliche Ausdeutungen der gemeinsamen christlichen Grundlagen haben das einzelstaatliche Familienrecht geprägt. Die Vereinheitlichung des Familienrechts anzustreben, war und ist kein politisches Ziel der europäischen Einigung. Dennoch lassen sich, wie zu zeigen sein wird, erstaunliche Konvergenzen im Familienrecht in Europa feststellen.

Wer von Familienrecht spricht, skizziert damit ein sehr weites und vielfältiges Feld: Verlobung, Eheschließung und Folgen fehlerhafter Eheschließungen, Regeln oder Modelle der Eheführung, Ehescheidung mit ihren personalen und wirtschaftlichen Konsequenzen gehören zum Eherecht im engeren Sinn. Als Nebengebiet hat sich das Recht der ohne Eheschließung zusammenlebenden Paare herausgebildet. Besondere Aufmerksamkeit erlangten die homosexuellen Paare mit ihrem Wunsch, den Ehepaaren gleichgestellt zu werden. Die biologisch-medizinischen Forschungen und Entwicklungen bei ärztlich assistierten Zeugungen ermöglichten in größerem Umfang extrakorporale Befruchtungen („Retortenbabys“); damit ergaben sich für das Abstammungsrecht überall in Europa Regelungsprobleme (z.B. hinsichtlich der sog. „Leihmutterchaft“). Weltweit kamen in den letzten Jahrzehnten die Rechte des Kindes gegenüber seinen Eltern in den Blick; in der UN-Kinderrechtskonvention 1989 wurden sie global anerkannt und in den nationalen Rechtsordnungen festgeschrieben. Die Rechtsunterschiede zwischen legitimer und illegitimer, also ehelicher und nichtehelicher Geburt mussten ausgeglichen werden. Das wiederum führte zu einer faktischen und in mancher Hinsicht auch gesetzlichen Angleichung der Eltern-Kind-Gemeinschaften mit miteinander verheirateten Vater und Mutter und denen, die nicht auf einer förmlichen Rechtsgrundlage, sondern faktisch zusammenleben; ob diese auch unter den Rechtsbegriff „Familie“ subsumierbar seien, wurde vielfach diskutiert. Die Instabilität beider Typen von Elternpaaren vergrößerte die Zahl der Ein-Eltern-Familien („alleinerziehender Elternteil“) und erforderte gesetzliche Regelungen. Das gewandelte Familienbewusstsein wirkte sich auch auf das Adoptionsrecht aus, am wenigsten wohl auf das Vormundschaftsrecht im Bürgerlichen Recht. Daneben hat man das öffentlich-rechtliche Familienrecht (wenn man so sagen will) stark ausgeweitet, insbesondere durch den Ausbau der staatlichen Jugendhilfe in Problemfällen. Aber auch die Entwicklung der Schulsysteme und der Kleinkinderbetreuung einerseits und andererseits der Möglichkeiten für Väter und Mütter, sich in „Elternzeiten“ und langjährigen „Erziehungszeiten“ ohne oder mit nur teilweiser Berufstätigkeit außer Haus ganz auf das Zusammenleben mit ihren Kindern einzulassen, haben sowohl das Recht, aber auch die Pflicht der Eltern, sich persönlich der Erziehung ihrer Kinder zu widmen, verändert. Nur am Rande sei vermerkt, dass das in Deutschland traditionell unter dem Oberbegriff Familienrecht geregelte Problemfeld der Erwachsenen, die aufgrund körperlicher und geistiger Einschränkungen einer Betreuung im Rechtsverkehr bedürfen, sich grundlegend gewandelt hat.

Ich führe Ihnen die Breite dessen, was „Familienrecht in Europa“ umgreift, vor, um mich Ihres Einverständnisses zu versichern, dass ich mich hier und heute auf einen kleinen Ausschnitt konzentriere. Im ersten Teil (A) behandle ich die Scheidung in den europäischen Rechtsordnungen und von den Scheidungsfolgen den nahehelichen Unterhalt. Der zweite Teil (B) versucht, Folgerungen und Ausblicke auf die weitere Entwicklung zu geben.

## **A. Entwicklungsaspekte des Familienrechts in Europa**

Die familienrechtlichen Konvergenzen in Europa, die ich beobachte, geschehen auf zwei Weisen: einerseits handelt es sich um Parallelentwicklungen in den nationalen Rechtsordnungen (unten I) und andererseits um gezielte Einwirkungen europäischer Institutionen auf die nationalen Rechtsordnungen (unten II). Mit Parallelentwicklungen meine ich, dass sich in bestimmten Bereichen ohne rechtliche Einwirkungen von außen nach und nach im Ergebnis sehr ähnliche nationale Regelungen herausgebildet haben. Gezielte Einwirkungen, die Konvergenzen erzwungen haben, erfolgten durch Entscheidungen europäischer Organe. Insbesondere waren das gerichtliche Entscheidungen zu konkreten Fällen sei es des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), eines Organs der EU mit Sitz in Luxemburg, sei es des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg, der auf der Europäischen Menschenrechtskonvention von 1950 basiert. Das gilt aber auch, wenn auch in geringerem Maße, für Rechtssetzungen durch die Organe der EU.

### **I. Parallelentwicklungen in nationalen Rechtsordnungen**

#### **1. Ehescheidung**

Ehescheidungen sind heute in nahezu allen europäischen Staaten rechtlich ein normaler, fast schon alltäglicher Vorgang; gleichwohl verursacht er vielfach Schmerzen bei einem oder beiden Eheleuten und beeinträchtigt praktisch immer das Wohl der mitbetroffenen Kinder. Die Ehescheidungsquote ist heute beinahe in der gesamten Europäischen Union sehr hoch, bisweilen ist sie schon nahe an die 50%-Marke herangerückt. Über das Warum wird viel spekuliert – die Antworten sind vielfältig, spielen aber hier keine Rolle. Unter dem Aspekt der Konvergenz fällt dreierlei besonders auf: die Beseitigung der Unauflösbarkeit der Ehe (a), die Entpersönlichung des Scheidungsgrundes (b) und die zunehmende Privatisierung der Scheidung (c).

a) In Europa (und wenn ich richtig sehe auch weltweit) gibt es (abgesehen vom Vatikanstaat) nur noch einen einzigen, zudem relativ kleinen Staat, in dem Scheidungen illegal sind, die Insel-Republik Malta. Zuletzt haben Irland 1996 und davor Spanien 1981 die Ehescheidung legalisiert. Die in den römisch-katholisch geprägten westeuropäischen Staaten noch lange verteidigte rechtliche Unscheidbarkeit einer gültigen Ehe ist also (fast) überall Geschichte; faktisch gab es die Scheidung natürlich schon früher.

Zwar ist man sich oder wird man sich in Europa noch oder wieder bewusst, dass die vielen Scheidungen wegen des Scherbenhaufens, den sie hinterlassen, auch den Staat belasten, aber ein Gegenmittel ist nicht

gefunden. In Deutschland führen nach neueren Meldungen Scheidungen vielfach zu privaten Überschuldungen (unter anderem wegen der Notwendigkeit des Güterausgleichs) und zu sozialem Abstieg. Den Scheidungswilligen wird gesetzlich eine Trennungsfrist verordnet, die sie zur Rettung ihrer Ehe nutzen können — ein nur selten erfolgreiches Unterfangen.

Die tägliche Anschauung lehrt, dass diese Frist vor allem genutzt wird, um sich über die Regelung der Scheidungsfolgen einig zu werden. Manche Staaten, wie Frankreich, Belgien und Polen, sehen als Vorstufe zur Ehescheidung eine förmliche Trennung von Tisch und Bett vor; während dieser Zeit gilt die Ehe zwar nicht als geschieden, aber die ehelichen Rechte und Pflichten sind bereits rechtlich gelockert. Andere Staaten, so auch Deutschland, sehen die Trennung als faktischen Zustand an und halten nur für bestimmte Konfliktsituationen Regelungen bereit. Die Rechtsordnungen kennen jedoch kein wirksames Mittel zur Stabilisierung gefährdeter Ehen.

Die Durchführung der Scheidung ist in allen EU-Staaten noch eine staatliche Aufgabe. Nur in Dänemark und Norwegen scheidet eine Verwaltungsbehörde, sonst ist dies eine Aufgabe der Gerichte. Dabei fällt auf, dass dafür europaweit ein spezieller Zweig in der Gerichtsbarkeit der Einzelstaaten gewachsen ist, die sogenannten Familiengerichte. Ihre Aufgabe ist die Durchführung der Scheidung mit allen damit zusammenhängenden Problemen: Vermögensaufteilung, nahehelicher Unterhalt der Ex-Ehegatten, elterliche Sorge über die Kinder, ihre Unterhaltsansprüche usw. In der Praxis geht jedoch die Tendenz hin zu einer Art Konventionalscheidung; das heißt, die Eheleute regeln mit rechtskundiger Unterstützung die Ehescheidung und die Folgeprobleme weitgehend nach eigenem Willen, das staatliche Gericht hat insoweit nur eine Kontrollfunktion; ihm verbleibt jedoch der förmliche Ausspruch der Scheidung.

b) Die bereits hier sichtbare Tendenz, die staatliche Aufgabe bei der Scheidung zurückzunehmen, zeigt sich auch beim Blick auf den Scheidungsgrund, also auf den Tatbestand, der vorliegen muss, damit die Scheidung als Rechtsfolge ausgesprochen werden kann. Zu Beginn des 20. Jahrhunderts war die Verschuldensscheidung die Regel: eine Ehe konnte nur geschieden werden, wenn einem Ehegatten ein schwerer Verstoß gegen die Ehepflichten vorgeworfen werden konnte; Hauptfall war und ist der Ehebruch. Die Scheidung war also eine Sanktion für eine Eheverfehlung. Heute jedoch ist in allen europäischen Staaten die Zerrüttung der Ehe der wichtigste Scheidungsgrund: Die Scheidung ist bereits dann möglich, wenn einer oder beide Ehegatten sie wollen, weil ihre Ehe, also das gegenseitige Verhältnis der Gatten, zerrüttet ist.

Die europäischen Rechtsordnungen unterscheiden sich zwar auf den ersten Blick dadurch, dass einige noch mehrere Scheidungsgründe anerkennen (z.B. Frankreich, Belgien, Portugal). Darunter ist zumeist auch die Möglichkeit einer Verschuldensscheidung; sie umfasst traditionell mehrere Fallgruppen (z.B. Ehebruch, Gewalttätigkeiten in der Ehe), oder — wie im französischen Recht — nur noch abstrakt eine schwere oder wiederholte Verletzung der Ehepflichten (art. 242 code civil). Weitere Scheidungsgründe sind aber die Zerrüttung, das Einverständnis oder eine längere Trennungszeit. Die meisten Staaten — darunter auch solche, in denen die Scheidung noch keine

lange gesetzliche Tradition hat wie Spanien und Italien – begnügen sich, wie auch Deutschland, mit einem einzigen Scheidungsgrund, der Zerrüttung. Vermutlich wird sich die nationale Gesetzgebung in den EU-Staaten dahin entwickeln, dass die Verschuldensgründe weiter zurückgenommen werden und sich europaweit die Scheidung wegen Zerrüttung nicht nur faktisch, sondern auch gesetzlich als einzig maßgeblicher Scheidungsgrund durchsetzen wird.

Bei der Zerrüttungsscheidung (französisch „divorce-faillite“, englisch „irretrievable breakdown“) genügt als Scheidungsgrund, dass die eheliche Lebensgemeinschaft faktisch nicht mehr existiert; nicht mehr wird gefragt, wen die Verantwortung dafür trifft. Auf eine Schuldzuweisung an einen der Ehegatten zu verzichten, halte ich grundsätzlich für richtig. Denn zum einen ist das Zerbrechen einer Lebensgemeinschaft gewöhnlich kein plötzliches Ereignis, sondern Ergebnis einer längeren Entwicklung, an der in der Regel beide ihren Anteil haben. Zum anderen widersprechen gerichtliche Untersuchungen des Privatlebens der Ehegatten nach heutigem Verständnis den Aufgaben des Staates. Verzichtet der Staat also darauf, bleibt allenfalls die Frage, ob überhaupt und gegebenenfalls wie die von einem oder beiden Ehegatten behauptete Zerrüttung nachzuweisen ist.

Am einfachsten ist die Antwort, wenn jeder der beiden Ehegatten dem Gericht erklärt, er beziehungsweise sie sähe ihre Ehe als heillos gescheitert an. Sind keine minderjährigen Kinder betroffen, muss das dem Gericht als Scheidungsgrund genügen; zumeist sieht das Gesetz bei diesen tatsächlich einverständlichen Scheidungen noch eine Frist vor, um die Eheleute vor einem übereilten Auseinandergehen zu schützen. Nur wenige Staaten – so Frankreich und Belgien – erkennen die einverständliche Scheidung bereits ausdrücklich als eigenständigen Scheidungsgrund an. Meistens wird sie dogmatisch als Ausprägung der Zerrüttungsscheidung verstanden (so in Deutschland, den Niederlanden und in Dänemark), was faktisch jedoch kaum etwas ändert.

Da die Scheidungsraten sich seit Jahren auf einem hohen Niveau halten, in manchen Staaten sogar noch steigen, wird eine Ehescheidung in der Gesellschaft als ein zwar bedauerliches, wohl auch schmerzliches, jedoch gewöhnliches und somit „normales“ Geschehen akzeptiert; in den säkularisierten Gesellschaften Europas haben Ehescheidungen daher viel an Dramatik verloren. Die einverständliche Scheidung gewinnt damit zwar immer mehr an Zustimmung, aber der Konsens beider Ehegatten allein reicht meist nicht aus für den Ausspruch der Ehescheidung. Zusätzliche gesetzliche Voraussetzungen sollen vor allem übereilten Ehescheidungen entgegenwirken; so verlangen zum Beispiel Deutschland die Einigung über die Scheidungsfolgen, Belgien eine Mindestdauer der Ehe, Luxemburg ein Mindestalter. Einzig die Schweiz verzichtet im Falle des Konsenses auf eine Trennungszeit.

c) Dass — auch trotz der überall beklagten Überforderung der Gerichte — auch in diesen „einfachen“ Fällen noch ein Gericht für die Scheidung bemüht werden muss, wird vielfach in Frage gestellt. Immerhin ein EU-Staat, nämlich Portugal, hat daraus bereits die Konsequenz gezogen: Dort können

kinderlose Ehegatten die Ehe durch ihre gemeinsame Erklärung vor dem Standesamt beenden. Diese Art der Ehescheidung ist also gewissermaßen der *actus contrarius* zur Eheschließung. Ich vermute, dieses Beispiel wird Schule machen und die Entwicklung in solchen „einfachen“ Fällen über kurz oder lang wohl auf eine „Privatisierung“ der Scheidung hinauslaufen, das heißt der Staat nimmt nur um der Klarheit der Personenstandsverhältnisse willen die gemeinsame Scheidungserklärung entgegen.

In den anderen Fällen, insbesondere wenn auch Kinder betroffen sind oder wenn nur ein Ehegatte geschieden werden will, während der andere noch an der Ehe festhält, ist das Zerrüttungsprinzip unterschiedlich ausgeformt. So stellt zum Beispiel das niederländische Recht auf ein objektives und auf ein subjektives Element ab, das Ende der Lebensgemeinschaft und den Willen des oder der Ehegatten, die Ehe zu scheiden. Andere Rechtsordnungen verlangen, wie gesagt, die faktische Ehetrennung und berücksichtigen die Dauer der Ehe beziehungsweise die Vereinbarung von Scheidungsfolgen. In Finnland und Schweden jedoch ist die Zerrüttung der Ehe nicht mehr Scheidungsvoraussetzung. Ein „divorce on demand“ ist bereits möglich, sobald einer der Ehegatten die Ehe nicht fortsetzen möchte; um voreilige Ehescheidungen zu vermeiden, wird zwar keine Trennungszeit verlangt, wohl aber eine Wartezeit von sechs Monaten (Schweden), nach welcher der Scheidungsantrag erneuert werden muss.

Die Länge der erforderlichen Zeit des tatsächlichen Getrenntlebens variiert in den europäischen Rechtsordnungen. Sind sich die Ehegatten über die Trennung einig, so liegt die erforderliche Trennungszeit zwischen sechs Monate (Österreich, Dänemark) und drei Jahren (Italien). Im andern Fall beträgt die Trennungszeit entweder zwei (Dänemark und Schweiz) oder drei Jahre (Deutschland und Polen). Irland verlangt als allgemeine Voraussetzung einer Ehescheidung sogar eine Trennungszeit von vier Jahren. Der allgemeine europäische Trend bewegt sich jedoch auf eine Verkürzung der Trennungszeit hin.

## **2. Nachehelicher Unterhalt**

Bei der Abwicklung einer gescheiterten Ehe stehen die europäischen Rechtsordnungen generell auf dem Standpunkt, dass nach der Ehescheidung prinzipiell jeder Exehegatte selbst für seinen Unterhalt zu sorgen hat. Weil das tatsächlich aber nur in wenigen Fällen realistisch ist, kennen die europäischen Staaten durchweg nacheheliche Unterhaltsansprüche des bedürftigen gegen den leistungsfähigen Ex-Ehegatten.

Die Begründungen dafür sind freilich unterschiedlich. Im Fall einer Verschuldenscheidung soll der Unterhalt den „unschuldigen“ Partner auch für den Verlust an Lebenssicherheit entschädigen. Bei Zerrüttungsscheidungen wird der über das Ende der Ehe hinaus gewährte Unterhalt mit der „nachehelichen Solidarität“ begründet. Er soll die während der Ehezeit hingenommenen wirtschaftlichen Nachteile für das eigene Fortkommen des Bedürftigen kompensieren; das betrifft insbesondere die Frauen, die die Kinder im Hause erzogen und die Hauswirtschaft geführt haben. Das sind aber nur rhetorische Rechtfertigungen, die für die Bemessung des Unterhalts

im Einzelfall keine besondere Rolle spielen. Vielmehr operieren alle europäischen Rechtsordnungen (mit Ausnahme der deutschen) mit einem einzigen Unterhaltsanspruch, dessen Höhe im Einzelfall nach einem unterschiedlich stark differenzierenden Katalog von Bemessungsgründen festgelegt wird. Das deutsche Gesetz kennt sechs verschiedene Unterhaltsansprüche, die jedoch miteinander verknüpft sind. Wenn die oder der Geschiedene entweder Kinder betreut (1) oder zu alt (2) oder zu krank oder gebrechlich (3) ist, um sich selbst entsprechend den „ehelichen Lebensverhältnissen“ zu versorgen, hat sie oder er Anspruch auf Unterhalt. Hilfsweise und zeitlich begrenzt kann Unterhalt verlangen, wer keine angemessene Erwerbstätigkeit findet oder damit nicht den vollen Unterhalt deckt (4), oder wenn die wegen der Ehe abgebrochene Berufsausbildung jetzt abgeschlossen werden soll (5). Schließlich kann der Richter noch aus Billigkeit Unterhalt zusprechen (6). In bestimmten Konstellationen besteht die Unterhaltspflicht bis ans Lebensende. Die anderen europäischen Rechtsordnungen kommen zu ähnlichen Ergebnissen auf anderen Wegen; auch hier kann der Ex-Ehegatte seine Unterhaltsforderung auf entsprechende Gründe stützen wie im deutschen Recht (Kinderbetreuung, Ehedauer, Alter und Gesundheitszustand).

Bemerkenswert ist, dass die Rechtsordnungen sämtlich eine Billigkeitsklausel vorsehen, die dazu führt, dass der Sache nach begründete Unterhaltsforderungen reduziert werden oder ganz entfallen, wenn im Einzelfall die Gewährung grob unbillig wäre. Auf diesem Wege kommen nämlich in den Rechtsordnungen, die der Verschuldensscheidung ganz abgeschworen haben, doch wieder Schuldgesichtspunkte zum Tragen. Im Ergebnis konvergieren die Rechtsordnungen in der Rechtspraxis also auch in der Anerkennung nahehelichen Unterhalts. Davon zu unterscheiden sind Kompensationen für den Verlust der allgemeinen Ehevorteile; sie werden in der Regel über das Güterrecht, also die Abwicklung des jeweiligen „Güterstandes“ geregelt.

Für die Berechnung des Unterhaltes, also die Festlegung der monatlichen Zahlungen, sofern die Ex-Ehegatten sich darüber nicht einigen konnten, sehe ich keine Tendenz zur Konvergenz. In den meisten europäischen Staaten ist sie weitgehend dem Ermessen des einzelnen Richters anvertraut; er setzt Höhe und Dauer des Unterhaltsanspruchs individuell fest. Teilweise (so in Österreich) steht dem Unterhaltsberechtigten je nach Sachlage ein unterschiedlich hoher Prozentsatz vom Einkommen des Unterhaltspflichtigen zu. Äußerst kompliziert ist die Berechnung in Deutschland. Für die Notfälle (und sie sind die Regel bei gerichtlichen Entscheidungen), wenn also das Einkommen nicht ausreicht, um zwei getrennte Haushalte zu finanzieren, haben die deutschen Gerichte (nicht der Gesetzgeber) eigene Regelwerke geschaffen und aktualisieren sie auch regelmäßig, die eine bedarfsgerechte Aufteilung ermöglichen; um mit diesen „Tabellen“ (am bekanntesten ist die sog. Düsseldorfer Tabelle) arbeiten zu können, wurden unterschiedliche Software-Programme entwickelt, die bei jeder Änderung der Rechtsprechung „upgedatet“ werden müssen. Dieses deutsche Gerechtigkeitsstreben bis in Kleinste ruft außerhalb allenfalls Bewunderung, aber keine Bereitschaft zur Nachahmung hervor. Auch die Dauer des nahehelichen Unterhaltsbezugs ist selten genau gesetzlich

vorherbestimmt; eine Ausnahme sind die Niederlande, die den Unterhalt für einen geschiedenen Elternteil auf maximal zwölf Jahre begrenzen, da nach dieser Zeit kein Betreuungsbedarf mehr geltend gemacht werden könne. Im Übrigen hängt vieles vom Ermessen des Richters ab oder von mehr oder weniger unbestimmten Rechtsbegriffen wie Angemessenheit, Zumutbarkeit, ehelichem Lebensstandard und dergleichen. Hinzukommt, dass sich das Unterhaltsrecht in weitem Maße mit dem noch längst nicht harmonisierten Sozial-, Steuer- und Arbeitsrecht jedes Staates überschneidet. Die Anwendung des Unterhaltsrechts eines Staates auf die Lebensverhältnisse in einem anderen Staat kann daher internationalprivatrechtlich große Probleme aufwerfen, die zu einer Vereinheitlichung drängen. Aber vorher müssten die genannten damit zusammenhängenden Rechtsgebiete umgestaltet werden, was derzeit nicht absehbar ist. Hier stößt die Konvergenzbereitschaft also an eine Grenze.

Eine eher theoretische Konvergenz betrifft die Zulässigkeit einer Unterhaltsablösung durch eine einmalige Abfindung. Das französische Recht sieht solche Abfindungen als „*prestation compensatoire*“ bei ungleicher wirtschaftlicher Situation (art. 274 code civil) zwar als Regel vor und lässt die Abfindung in Form einer Unterhaltsrente nur als Ausnahme zu. Diese ist jedoch faktisch zur Regel geworden, weil nur wenige unterhaltspflichtige Ex-Ehegatten eine Einmalzahlung finanzieren können. In den meisten anderen europäischen Rechtsordnungen ist das französische Regel-Ausnahme-Verhältnis schon gesetzlich umgekehrt. Das Prinzip der Einmalzahlung mit dem Ziel, die geschiedene Ehe auch praktisch zu einem Ende zu führen, hat sich also nicht durchgesetzt.

Recht unterschiedlich und von den jeweiligen Rechtstraditionen geprägt ist die Einstellung der europäischen Rechtsordnungen zu Unterhaltsvereinbarungen. Das deutsche Recht geht hier sehr weit; es hegt keine grundsätzlichen Bedenken gegen Unterhaltsvereinbarungen, die schon vor oder sogar erst während der Ehe für den Fall der Scheidung geschlossen werden. In Frankreich hingegen können solche Vereinbarungen erst geschlossen werden, wenn das Scheidungsverfahren bereits läuft. In England schließlich entscheidet allein das Ermessen des Richters über die Unterhaltszahlungen, selbst wenn die Parteien bereits etwas anderes ausdrücklich vereinbart haben.

### **3. Überleitung**

Ich mache an dieser Stelle eine Zäsur. So aufschlussreich es auch wäre, Konvergenzen im ehelichen Güterrecht, bei den faktischen Lebensgemeinschaften, bei der Ausgestaltung homosexueller Partnerschaften oder den Reaktionen auf die neuen biologisch-medizinischen Möglichkeiten im Abstammungsrecht nachzugehen oder das fast lautlose Verschwinden der Jahrtausende alten und die europäische Kultur prägenden Unterscheidung zwischen ehelicher und nichtehelicher Abstammung zu erörtern, dazu reicht die vorgegebene Zeit nicht. Ich wende mich daher einigen wenigen expliziten Eingriffen europäischer Stellen zu, welche die Konvergenz auf den betroffenen Rechtsgebieten vorangetragen haben

## II. Maßnahmen europäischer Organe

### 1. Verordnung „Brüssel II a“ von 2003, in Kraft seit 1. März 2005

Ich beginne mit der wohl jüngsten europaweit geltenden Regelung, der am 1. März diesen Jahres in Kraft getretenen „Brüssel II a“-Verordnung („EheVO“). Die Entstehungsgeschichte ist etwas kompliziert, wie der merkwürdige Name andeutet, aber aufschlussreich für die Schwierigkeiten, die Maßnahmen zur Rechtsvereinheitlichung in Europa zu überwinden haben.

Diese Maßnahme zielt nicht auf das materielle Recht, sondern auf das Verfahrensrecht, und zwar in zweierlei Hinsicht. Zum einen soll sichergestellt werden, dass Entscheidungen eines EU-Staates in Ehesachen und in Eltern-Kind-Sachen — gedacht ist insbesondere an Entscheidungen über das Erziehungs- und das Umgangsrecht, wenn Mutter und Vater nicht [mehr] zusammenleben — in den anderen EU-Staaten förmlich anerkannt und dann auch realisiert, also vollstreckt werden. Zum anderen soll verhindert werden, dass ein und derselbe Fall in mehreren Staaten gerichtlich untersucht wird und somit entgegengesetzte oder abweichende Gerichtsentscheidungen ergehen werden, die sich gegenseitig „blockieren“. Die wesentlichen Regelungen dafür gelten schon seit März 2001 aufgrund der „Brüssel II“-Verordnung. Sie hatte europaweit einheitliche Regeln für die EU-Staaten über Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen sowie in Sorgerechtsverfahren betreffend gemeinsame Kinder eingeführt. Bei multinationalen Scheidungssachen zum Beispiel ist seither durch die Prioritätsregel sichergestellt, dass nicht in zwei Mitgliedsstaaten Verfahren mit denselben Parteien und demselben Streitgegenstand durchgeführt werden; das später angerufene Gericht muss sein Verfahren von Amts wegen sistieren (aussetzen), bis die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts geklärt ist.

Die neue Verordnung ergänzt und überarbeitet insbesondere die kindschaftsrechtlichen Regelungen; die Regelungen über Ehesachen bleiben inhaltlich gleich. Bei den Sorgerechtsachen hingegen ist der Regelungsbereich beträchtlich erweitert. Bislang betraf die Verordnung nur gemeinsame Kinder der Ehegatten, und dies auch nur als Annexzuständigkeit zu einer Ehesache. Seit März 2005 gilt die EheVO für alle Verfahren, die das Erziehungsrecht (im weitesten Sinne) über Kinder betreffen, und zwar auch dann, wenn diese Entscheidung nicht als Annex zu einer Ehesache ergehen soll, sondern isoliert davon zu treffen ist. Auch die internationalrechtliche Zuständigkeit in Sorgerechtsachen ist neu geregelt. Spezielle Bestimmungen treffen Vorsorge für die Fälle, dass Vater oder Mutter das eigene Kind über die Grenze hinweg „entführt“. Schließlich werden zentrale Behörden eingerichtet, die die internationale Zusammenarbeit in Fragen der elterlichen Verantwortung fördern sollen.

Wer sich näher mit dieser Materie befasst hat, wird bemerken, dass sich viele der kindschaftsrechtlichen Regelungen mit älteren internationalen Übereinkommen überschneiden, insbesondere mit den Haager Übereinkommen von 1993 über den Minderjährigenschutz, über Kindesentführungen und den Kinderschutz. Diese Übereinkommen sind nun in der EU

teilweise verdrängt. Es zeigt sich also die Tendenz, eigene EU-Regelungen auch dort zu erlassen, wo es bereits funktionierende internationale Regelungen gibt, die sowieso schon für die EU-Staaten gelten.

## 2. Europäische Gerichte: EGMR und EuGH

Wie gerichtliche Entscheidungen auf die nationalen Rechtsordnungen einwirken, können neuere familienrechtliche Entscheidungen zweier europäischer Gerichte zeigen, des EGMR, der insbesondere die EMRK hütet, welcher weit mehr als nur die EU-Staaten angehören, und des EuGH, also des für die EU maßgeblichen Gerichts.

Im Jahr 2004 wurden drei Entscheidungen des EGMR zur Rechtsstellung des Vaters, der mit der Mutter seines Kindes nicht verheiratet ist oder war (sog. „nichtehelicher Vater“), veröffentlicht. Sie wirken vereinheitlichend auf die nationalen Rechtsordnungen ein, weil die Gerichte der Mitgliedsstaaten der EMRK ausdrücklich verpflichtet sind, die Urteile des EGMR zu „befolgen“.

Rechtsgrundlage für diese Entscheidungen ist Artikel 8 Abs 1 EMRK; danach hat jedermann (unter anderem) „Anspruch auf Achtung seines ... Familienlebens“. Dies legt der EGMR so aus, dass hier nicht nur die auf einer Eheschließung beruhenden Familienbeziehungen gemeint sind, sondern auch die faktischen „family-ties“ unverheirateter Zusammenlebender. Wird ein Kind in einer solchen „de facto-Familie“ geboren, dann besteht ipso iure mit der Geburt ein „Familienleben“. Die so entstandenen Familienbande zerreißen nicht automatisch allein deswegen, weil sich die Eltern später trennen. Ein „Familienleben“ liegt – so der EGMR – selbst dann vor, wenn die Eltern bereits im Zeitpunkt der Geburt nicht mehr zusammenlebten und ihre Beziehung beendet hatten. Um die durch Art 8 Abs 1 EMRK geschützten „family-ties“ entstehen zu lassen, reicht es vielmehr aus, dass die Eltern zumindest vor der Geburt ihres gemeinsamen Kindes eine Art familiärer Beziehung gehabt haben. In den erwähnten Entscheidungen hat der EGMR aufgrund dieser Sicht einem Vater geholfen, dessen Kind die Mutter bereits zur Adoption freigegeben hatte und das schon bei Pflegeeltern lebte; einem anderen Vater, der ein Umgangsrecht mit seiner Tochter gegen deren ausdrücklichen Wunsch erreichen wollte, und einem dritten ausländischen Vater, dem deutsche Gerichte unter Hinweis auf das Kindeswohl das Umgangsrecht verweigert hatten. Die Entscheidungen des EGMR weichen von der Sicht des deutschen Bundesverfassungsgerichts ab; dieses verlangt nämlich, dass bereits eine sozial-familiäre Beziehung zwischen dem Vater und dem Kind besteht, wenn er sein Umgangsrecht geltend macht. Der EGMR hingegen schützt auch den Vater, der eine solche Beziehung zu seinem Kind erst aufbauen will und kann, wenn ihm der Umgang mit seinem Kind ermöglicht wird. Daran kann nun auch die deutsche Rechtsanwendung nicht mehr vorbei – aber natürlich müssen auch die Gerichte der anderen Mitgliedsstaaten der EMRK diese Entscheidungen befolgen.

Im Fall, den der EuGH im Oktober 2003 entschieden hat, geht es um die Namensgebung von Kindern mit doppelter Staatsangehörigkeit, hier um die Kinder eines Spaniers und einer Belgierin, die alle zusammen in Belgien

leben. Nach belgischem Recht erhalten die Kinder den Namen des Vaters, nach spanischem Recht einen Doppelnamen, zusammengesetzt aus dem ersten Namen des Vaters und dem ersten Namen der Mutter. Dies wollten die belgischen Behörden nicht gestatten, sondern beharrten auf der belgischen Lösung. Darin sieht der EuGH jedoch eine durch den EU-Vertrag verbotene Diskriminierung. Daher dürfen Behörden eines EU-Staates einen Antrag auf Änderung des Namens minderjähriger Kinder, die in diesem Staat leben, nicht ablehnen, wenn die Kinder mit ihrem Antrag nur den Namen bekommen wollen, der ihnen nach Recht und Tradition des anderen EU-Staates zukommt; der allgemeine Grundsatz, dass Doppelstaater im jeweiligen Heimatstaat ausschließlich diesem Heimatrecht unterliegen, gilt daher insoweit nicht mehr. Zur Begründung weist der EuGH unter anderem darauf hin, dass aufgrund der Migrationen innerhalb der EU schon bisher verschiedene Systeme der Namensbildung nebeneinander bestehen. Die Zulassung der spanischen Namenspraxis verdunkelt auch nicht die Abstammung der Kinder, wie behauptet, sondern verdeutlicht im Gegenteil den Bezug zu beiden Elternteilen. Schließlich verwirft der EuGH das Argument, die Namensgebung nur nach belgischem Recht fördere die Integration der Kinder in dem Staat, in dem sie leben.

Diese Entscheidung sehe ich ebenfalls als eine Bestätigung der Konvergenz im Familienrecht; denn nunmehr darf kein EU-Staat seinen Bürgern, die zugleich einem anderen EU-Staat angehören, die Rechte verweigern, die ihnen nach dem Recht ihres anderen Heimatstaates zustehen. Diese Behauptung geht natürlich weit über die Entscheidung des EuGH hinaus; entschieden ist der Konflikt zwischen zwei innereuropäischen Heimatrechten ja nur für das Namensrecht. Wieweit die Entscheidung auf andere Bereiche wirkt, ist eine spannende Frage. Aber soviel erscheint mir als sicher: Die Praxis, dass ein Doppelstaater in jedem seiner Heimatstaaten nur nach dem Recht des Staates zu behandeln ist, in dem er sich gerade aufhält, und dort ignoriert werden darf, dass er auch einem anderen EU-Staat in gleicher Weise verbunden ist, lässt sich nicht einfach fortführen.

## **B. Tendenzen und Grenzen**

In diesem kurzen zweiten Teil werde ich eher stichwortartig auf Tendenzen hinweisen, die sich mit den bisher in den Rechtsordnungen der Einzelstaaten erreichten Konvergenzen nicht zufrieden geben wollen, sondern Schritte hin zu weiteren Vereinheitlichungen diskutieren.

Diesem Anliegen widmet sich vor allem die im September 2001 gegründete „Commission on European Family Law“ (CEFL). Ihr gehören ungefähr 25 Persönlichkeiten aus den EU-Mitgliedstaaten (aus Deutschland Nina Dethloff von der Universität Bonn und Dieter Martiny von der Universität Frankfurt an der Oder) und anderen europäischen Ländern an. Das Ziel ist, auf rechtsvergleichender Basis theoretische und praktische Überlegungen zur Harmonisierung des Familienrechts in Europa zu entwickeln. Die Kommission versucht sowohl den Stand gegenwärtiger Forschung zu sammeln, als auch künftige Forschungsaktivitäten zu koordinieren und funktionale Rechtsregeln zu entwickeln. Die Ergebnisse ihrer Arbeiten werden in der „European Family Law Series“ veröffentlicht; zwei Werke sind bereits erschienen: Band I:

Scheidungsgründe; Band II: Geschiedenenunterhalt. In jedem Band werden zudem 50 Fragen zu dem jeweiligen Oberthema beantwortet. Zur Zeit wird auf der Grundlage des vorgelegten Materials ein rechtsvergleichender Generalbericht verfasst.

Jüngst hat Nina Dethloff dazu unter dem Stichwort „Europäische Ehe“ einen Aufsatz publiziert. Auch dort plädiert sie entsprechend dem Ansatz in der CEFL für eine weitere, allerdings sehr behutsame Vereinheitlichung des Familienrechts in Europa und verlangt dafür zu Recht sorgfältige rechtsvergleichende Untersuchungen, die – füge ich mit Betonung hinzu – auf die rechtshistorischen Entwicklungen nicht verzichten können, wenn der gegenwärtige Rechtsbestand richtig beurteilt werden soll. Die dringende Vereinheitlichung des Kollisionsrechts für Prozess- und für Privatrecht sei durch materiellrechtliche Maßnahmen zu ergänzen. Dies fördere das Bewusstsein einer gemeinsamen europäischen Rechtskultur besonders. Dazu könnte ein europäisches „Muster-Familiengesetzbuch“ dienen. Vordringlich seien darin das Unterhaltsrecht zu regeln, ferner die Scheidung, aber auch das eheliche Güterrecht. Angedacht ist ein europäischer Wahlgüterstand jedenfalls für Ehen, die durch Staatsangehörigkeit oder gewöhnlichen Aufenthalt einen Bezug zu mehr als einem Mitgliedsstaat aufweisen. Angesichts der – in diesem Vortrag nicht thematisierten – europäischen Tendenz zu einem Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft dürfte das nach meiner Einschätzung nicht übermäßig schwierig sein.

Aber nicht nur in der Wissenschaft, sondern auch europapolitisch besteht die Absicht, das Scheidungsrecht zu harmonisieren. Entsprechend dem Anstieg binationaler Ehen steigen natürlich auch die Scheidungen solcher Ehen stark an. Es fehlen aber europäische Gemeinschaftsnormen, die eine Abwicklung solcher Verfahren erleichtern. Denn die europäischen Verordnungen „Brüssel II“ und „IIa“ stellen – wie gezeigt – lediglich sicher, dass Entscheidungen in Ehesachen europaweit anerkannt und vollstreckt werden können. Daher forderte der Europäische Rat im November 2004 im sogenannten Haager Programm die Europäische Kommission auf, ein „Grünbuch für Scheidungssachen“ vorzulegen, das die Regelungen des Kollisionsrechtes in Scheidungssachen zusammenstellt. Das Grünbuch soll Juristen und betroffenen Ehepaaren über das anzuwendende Recht und die gerichtlichen Zuständigkeiten im Falle der Scheidung amtlich Auskunft und Hilfestellung geben. Grundlage für die Arbeit der Generaldirektion für Justiz, Freiheit und Sicherheit der Europäischen Kommission ist eine breit gefächerte Anhörung interessierter Parteien, welche über Internet seit Beginn des Jahres 2005 durchgeführt wird. Die in diesem Verfahren eingehenden Beiträge werden bestimmten Arbeitsabschnitten zugeordnet und sind öffentlich zugänglich. Ab Oktober 2005 schließlich werden die einzelnen Beiträge ausgewertet, ergänzt und mit Vertiefungshinweisen versehen. Das durch dieses Verfahren entstehende Grünbuch soll in seiner Endfassung insbesondere praktische Hinweise beinhalten. Es soll aber auch – dem stimme ich ausdrücklich zu – darauf hinwirken, die bestehenden familienrechtlichen Probleme innerhalb der Europäischen Union zu bereinigen. Ob es aber zu einem einheitlichen materiellen Scheidungsrecht kommen wird, bleibt abzuwarten.

---

Diese Übersicht deutet auch die Grenzen dessen an, was überhaupt vereinheitlicht werden soll und kann. Das ist nach dem gegenwärtigen Stand nicht sehr viel. Materiellrechtlich geht es derzeit vor allem um das Scheidungsrecht. Andererseits sehe ich keinen Bereich des Eherechts und des Familienrechts, der – aus deutscher Perspektive gesehen – prinzipiell von europäischen Angleichungen ausgeschlossen werden müsste, um zum Beispiel die deutsche familienrechtliche Identität (wenn es so etwas überhaupt gibt) zu wahren.

### **Fazit**

Wenn ich mir das, was ich Ihnen vorgetragen habe, und das, was ich noch vorbereitet hatte, aber hier weglassen musste, noch einmal vergegenwärtige, dann darf ich dankbar festhalten, dass Europa sich nicht auf wirtschaftliche Fragen und Lösungen beschränkt, sondern auch über das Recht der Person, insbesondere das Ehe- und Familienrecht, nachdenkt. Die wirtschaftliche und politische Einigungsbewegung in Europa hat nämlich auf vielen weiteren Rechtsgebieten das Bewusstsein wachgerufen, dass die europäischen Staaten untereinander sehr viel mehr gemeinsam haben, als die meisten von ihnen mit den übrigen Staaten, die demselben Kulturraum angehören. Das hat das Gefühl der Nachbarschaft bestärkt, die Neugier geweckt, den Austausch unter den mit vergleichbaren Problemfeldern befassten Personen und Institutionen gefördert und die Bereitschaft zur Übernahme andernorts gemachter Erfahrungen erweitert. Selbst in einem Lebensbereich wie dem von Ehe und Familie, in dem – so möchte man auf den ersten Blick vermuten – das nationale Selbstbewusstsein besonders ausgeprägt ist, lassen sich breite Ansätze einer „Europäisierung“ des Familienrechts feststellen. Weitere Schritte werden mit Gewissheit folgen; darüber bin ich froh und dankbar. — Und auch Sie, meine Damen und Herren, werden auch nicht unglücklich sein, dass ich zum Ende gekommen bin und wir uns dem ersten gemeinsamen Abend bereits sehr angenähert haben.



# WTO Dispute Settlement Procedure in Crisis – The Necessity to Introduce 'Remand' at the Appellate Body.

## Review and Suggestions for Future DSU Amendment

Jaemin Lee, Seoul<sup>1</sup>

### I. Introduction

The decision of the Appellate Body of the World Trade Organization (“WTO”) in *United States – DRAMs from Korea*<sup>2</sup> on June 27, 2005 caught many people in Korea by surprise partly because of the abrupt reversal of the underlying panel decision which had upheld Korea’s position, and partly because of the enormity of the stakes involved for Korea’s future trade interests. After recovering from the initial shock of the defeat, those who have read the Appellate Body report then raise two basic questions: first, what is the nature of the decision?; and second, why does the WTO have to issue this kind of “weird” conclusion in such an important dispute like this?

*United States – DRAMs from Korea* provides a vivid example showing fundamental problems of the current WTO dispute settlement system, particularly the problem arising from the absence of “remand” authority of the Appellate Body. The Appellate Body’s decision in that case, when carefully read, does not hold whether Korea won or the United States did. In other words, the decision does not hold that the United States’ countervailing duty (“CVD”) investigation against Korean DRAMs<sup>3</sup> and subsequent imposition of CVD duties were consistent or inconsistent with the Agreement on Subsidies

---

<sup>1</sup> Associate Professor, College of Law, Hanyang University. This research has been supported by Hanyang University’s 2005 Newly Appointed Professor Research Stipend. The contents of this paper were presented at the International Seminar of Hanyang University, Kansai University and Constance University, held at Hanyang University on July 25, 2005.

<sup>2</sup> United States – Countervailing Duty Investigations in Dynamic Random Access Memory Semiconductors (DRAMs) from Korea, WT/DS296/AB/R (June 27, 2005).

<sup>3</sup> DRAMs stand for Dynamic Random Access Memory chips which are used for the production of semiconductors.

and Countervailing Measures (“SCM Agreement”). There is no such decision in the Appellate Body report.

Instead, what was determined by the Appellate Body was simply that the application of the legal standard by the Panel was not appropriate and the Appellate Body reversed the Panel decision on that ground. The Appellate Body then suggested a new methodology applicable in this kind of CVD investigations involving so-called “indirect subsidy.” The Appellate Body did not make any determination on the factual arguments and characterization presented by the Korean government or the U.S. government with respect to numerous factual issues raised in this unprecedented, complex litigation. A new Panel reviewing underlying facts under the new legal standard offered by the Appellate Body could determine that there was no countervailable subsidy in this case (raising Korea’s hand) or that there was indeed countervailable subsidy (raising the U.S. hand). A panel applying the new standard could confirm which side is indeed an ultimate winner and how the standard offered by the Appellate Body would be applied in an actual indirect subsidy dispute.

This, however, never happened. The case simply stopped then and there, without any finality in the dispute. The Appellate Body, as it currently stands, does not have an authority to send the case back (that is, remand) to the original panel for more review under the new legal standard. The Appellate Body cannot undertake review on its own either, because it does not have underlying factual records and because, even if it does, it basically does not review “factual” issues. As a result, even if the case has been closed, the dispute has not been fully resolved yet. Korea still believes that even under the new methodology offered by the Appellate Body, the CVD determination of the United States and the ensuing CVD order are not consistent with the U.S. obligation under the WTO. The United States takes a completely opposite position: they argue that the WTO Appellate Body has simply “endorsed” their methodology and that, as such, they will continue to utilize the methodology in the future.

This “limbo” of uncertainty after spending millions of dollars and submitting tens of thousands of page legal documents, many in Korea now wonder what this is all about and why the WTO cannot make a final ruling in this kind of a crucial trade dispute. With this problem in mind, the paper explores the problems of the current WTO disputes settlement system with particular emphasis on the absence of the remand mechanism. The paper then discusses how to amend the current *Understanding on the Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes* (“DSU”) to incorporate the “remand” mechanism through the Doha Development Agenda (“DDA”) negotiation currently under way.

## **II. Problems of the Current WTO Dispute Settlement System: Current Status**

There is a general consensus that the dispute settlement system constitutes one of the most important characteristics and the most outstanding achievements of the WTO, by incorporating into the international

trading regime the concept of rule of law for the first time.<sup>4</sup> One of the key features of the new dispute settlement system is the creation of an appellate procedure and a “standing” Appellate Body in charge of the appellate review, composed of seven members who are considered to possess in-depth expertise in issues of international trade law. Celebrating the 10th anniversary of the WTO establishment, however, there is increasing scepticism and concern from members of the WTO concerning the current dispute settlement mechanism. It is this increasing scepticism and complaints that triggered the inclusion of this particular issue in the Doha Ministerial Meeting in November 2001. In the meeting the Ministers agreed to include the DSU amendment issue as one of the subjects of the DDA negotiation. Paragraph 30 of the Doha Ministerial Declaration thus provides that:

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,<sup>5</sup> at which time we will take steps to ensure that the results enter into force as soon as possible thereafter.

Ever since, many countries have participated in the negotiations.<sup>6</sup> Obviously, this is not an easy task. According to one commentator, what should have been completed as an “early harvest” by May 2003 under the Doha mandate is now turning out to be another obstacle to the DDA.<sup>7</sup> Currently, the negotiation is still going on in Geneva.<sup>8</sup> As of now, it is said

---

<sup>4</sup> For example, the European Communities (“EC”) also attaches great importance to the reform of the current WTO dispute settlement system and a new dispute settlement system to be adopted by members. The EC once stated that “as Article 3.2 of the DSU stipulates, the new dispute settlement system is a central element in providing security and predictability to the multilateral system.” Review of the Dispute Settlement Understanding (DSU), Discussion paper from the European Communities, Brussels (October 21, 1998).

<sup>5</sup> Note that this deadline has been pushed back continuously due to the complexity and difficulty of the negotiation to amend the DSU.

<sup>6</sup> According to the WTO, more member governments have participated actively in these talks than in any other negotiation (except agriculture) under the Doha mandate. Well over 80 WTO members have subscribed to more than 40 proposals, each of which contains several suggested changes, covering virtually all stages of the dispute settlement system. See WTO, Force of Argument, Not Argument of Force, retrieved from the WTO website found at [www.wto.org](http://www.wto.org).

<sup>7</sup> See Swiss Institute for International Economics and Applied Economic Research (SIAW), WTO-News (No. 9, July 2003).

<sup>8</sup> Due to the complexities of the issues involved and difficulty of the negotiations, the deadlines are continuously pushed back. For instance, at the special (negotiating) session of the WTO Dispute Settlement Body (DSB) held on May 28, 2003, members supported a statement by Chair to extend the original Doha deadline for negotiations about the Dispute Settlement Understanding (“DSU”).

Also, in 2004, delegates expressed support for a statement by Chair David Spencer (Australia) to extend yet another deadline of May 31, 2004 for the completion of the negotiations on the DSU. The statement, initiated on the Chair's own accord in consultation with members, noted the progress made in the talks so far and proposed that the negotiations -- which are running parallel to the Doha round talks -- continue beyond May 2004, without setting a definite deadline. Trade delegates supported this

that there are three systemic issues in a possible package deal to amend the DSU<sup>9</sup>; (i) equipping the Appellate Body with a 'remand' authority to send a complaint back to the original panel for clarification on factual issues or for application of a new legal standard to factual issues; (ii) 'sequencing' trade sanctions and compliance rulings so that a party that wishes to request sanctions against an offender will have to await a WTO compliance panel decision affirming that the offender in question has not implemented the ruling; and (iii) 'post-retaliation' procedures so that there is a standardized procedure to remove or change existing trade sanctions authorized by the WTO.<sup>10</sup>

Among the three key areas of possible DSU reform, the issue of "remand" is probably the most important and contentious. "Remand" generally refers to an upper court's authority to send a case back to the lower court with particular instruction – either for more information for a particular issue or for the application of the new, correct legal standard to the factual information retained by the lower court. The Appellate Body, as it stands now, only has the authority to "uphold, modify or reverse the legal findings and conclusions" of a panel.<sup>11</sup> As such, the current reality is rather confusing. The Appellate Body simply adopts a stop-gap measure to address this inherent problem. That is to say, if there is a lack of necessary factual information, the Appellate Body simply attempts to solve the case with the factual information at hand as much as it can or the Appellate Body *de facto* establishes new facts itself (which is not within its mandate, but which appears to have occurred in certain cases).<sup>12</sup> It is, however, arguably improper for the Appellate Body to make factual findings in such situations, because, again, DSU Article 17 clearly limits appeals to issues of law and legal interpretations developed by the panel.

Since it is not uncommon for the Appellate Body to become unable to complete its analysis due to a lack of factual findings or due to inability to apply a correct legal standard to the underlying factual sets,<sup>13</sup> there seems to be a consensus that this deficiency should be addressed by introducing some sort of remand procedure at the Appellate Body. As such, in the course of the

---

decision, which many had anticipated due to the slow pace of negotiations. See Bridges Weekly, DSU Updates: DSU Review Deadline Extended: Appellate Body Developments, Volume 8, Number 19 (June 2, 2004).

<sup>9</sup> See Bridges Weekly (Volume 8, Number 41, December 1, 2004). During the last special (negotiating) session of the Dispute Settlement Body (DSB) for the year on November 25 to 26, 2004, discussion focused on the informal 'package deal' (JOB (04)/52) submitted by Norway and four other countries during the May 28 2004 special session. Unlike the May 28 session, members showed considerable interest in the proposal and this is the basis of current negotiations in Geneva. The members are currently engaged in negotiations in Geneva during the summer of 2005.

<sup>10</sup> See *id.*

<sup>11</sup> See Article 17.13 of the DSU.

<sup>12</sup> Review of the Dispute Settlement Understanding (DSU), Discussion paper from the European Communities, Brussels (October 21, 1998).

<sup>13</sup> See e.g., U.S. – Hot-Rolled Steel from Japan, U.S. – Softwood Lumber IV, U.S. – Corrosion-Resistant Steel Sunset Review, Australia–Salmon, Canada–Dairy.

DSU reform negotiations, many countries proposed that a remand mechanism be introduced at the Appellate Body procedure.<sup>14</sup>

When a panel has failed to make certain necessary factual findings, it may not be possible for the Appellate Body to reach a decision. Likewise, when the Appellate Body has adopted a new legal standard discarding the one adopted by the panel, but it does not possess necessary factual information to apply the newly pronounced standard, the only option available to it is to send the case back to the original panel. As such, conferring “remand” authority upon the Appellate Body, whereby cases can be sent back to a panel for additional factual findings, would certainly make it easier to achieve a “satisfactory settlement” of trade disputes. At the same time, creation of a remand authority would also make it more difficult for the Appellate Body to avoid resolving difficult or sensitive disputes either on the grounds of the alleged insufficient factual findings on the record or through abusive utilization of the so-called “judicial economy.”

Overall, a remand procedure, if properly adopted, could offer a more reliable dispute settlement system at the WTO. The Appellate Body could remand a case back to the original Panel when further factual analyses and factual information gathering are necessary. In fact, this is precisely the mechanism that is widely adopted by domestic legal systems of many countries. Of course, the Appellate Body should not send a case back to the panel for remand because of a different interpretation of the law or a procedural mistake. Instead, in these instances it must decide the case itself.

Statistics also indicate growing concern and skepticism in the WTO dispute settlement mechanism including the Appellate Body procedure. During the period of 1995 to 2004, there were 67 cases filed at the WTO as the following table shows.

Appeals Filed Between 1996 and 2004<sup>15</sup>

Year	Number of Notices of Appeal Filed
1996	4
1997	6
1998	8
1999	9
2000	13
2001	9
2002	7
2003	6
2004	5
Total	67

<sup>14</sup> The EC submitted its proposal in document TN/DS/W/38, Jordan in TN/DS/W/56, and Argentina, Brazil, Canada, India, New Zealand and Norway in TN/DS/W/70.

<sup>15</sup> WTO, Appellate Body Annual Report for 2004 (WT/AB/3, January 25, 2005), at 14 (Annex 2). Please note that there were no appeals filed in 1995.

The table shows a gradual decline in the number of notices of appeal at the Appellate Body since the peak in 2000. Given the fact that trade disputes on a world-wide basis have been steadily growing all the time and that the disputes have gotten more complex over the years, there is no practical reason for the number of appeals to decline, except that the parties have become more reluctant to go to the Appellate Body. As such, this may reflect growing skepticism about the WTO dispute settlement system in general and the Appellate Body procedure in particular after six years of experience since 1995. This shows the necessity to reform the WTO dispute settlement mechanism including the Appellate Body procedure, and the introduction of “remand” seems to be a key component of the reform.

At the same time, the table below shows the importance of appeal in the overall WTO dispute settlement system. Almost 70 percent of all panel decisions have been appealed to the Appellate Body. The high rate of appeals probably can be explained by two reasons: (i) some parties do not pay that much of legal respect to the decision of a panel whose members are not necessarily experts in a particular dispute,<sup>16</sup> and (ii) as a result, the parties have a tendency to seek a decision of the Appellate Body as much as feasible. This also proves the importance of having a reliable appellate review at the current WTO dispute settlement system. The importance attached to the Appellate Body further supports the necessity for “remand” for a more complete appellate review and dispute resolution.

Percentage of Panel Reports Appealed: 1996 to 2004<sup>17</sup>

Year of adoption	<i>Panel Reports adopted<sup>18</sup></i>	<i>Panel Reports appealed<sup>19</sup></i>	<i>Percentage of Panel Reports appealed<sup>20</sup></i>
1996	2	2	100%
1997	5	5	100%
1998	12	9	75%
1999	10	7	70%
2000	19	11	58%
2001	17	12	71%

<sup>16</sup> This statement only refers to the seemingly wide discrepancy in the expertise in trade law among panelists. Many panelists are truly world-renowned experts in a given area while some panelists, most of whom are government officials or trade diplomats, may lack required professional expertise in ever complicating trade issues.

<sup>17</sup> WTO, Appellate Body Annual Report for 2004, at 15 (Annex 3).

<sup>18</sup> The Panel Reports in EC – Bananas III (Ecuador), EC – Bananas III (Guatemala and Honduras), EC – Bananas III (Mexico), and EC – Bananas III (US) are counted as a single Panel Report. The Panel Reports in US – Steel Safeguards are also counted as a single Panel Report. See *id.*

<sup>19</sup> Panel reports are counted as having been appealed where they are adopted as upheld, modified, or reversed by an Appellate Body report. The number of panel reports appealed may differ from the number of Appellate Body reports because, for example, some Appellate Body reports address more than one panel report. *Id.*

<sup>20</sup> Percentages are rounded to the nearest whole number. *Id.*

Year of adoption	<i>Panel Reports adopted<sup>18</sup></i>	<i>Panel Reports appealed<sup>19</sup></i>	<i>Percentage of Panel Reports appealed<sup>20</sup></i>
2002	12	6	50%
2003	10	7	70%
2004	8	6	75%
Total	95	65	68%

Now, the next table illustrates why this issue carries a particular importance for Korea, Japan and the European Communities (“EC”). The three countries are one of the most frequent users of the WTO dispute settlement system and Appellate Body reviews since the inception of the WTO regime in 1995. Among the 50-plus states that have ever participated in the Appellate Body procedure so far, the EC is the second most frequent user of the Appellate Body while Japan and Korea are ranked at the fourth and sixth places, respectively. The fact that these three countries use the Appellate Body more frequently than other countries implies that they have more at stake in the Appellate Body reform process, including “remand,” than any other country. The EC, Japan and Korea, therefore, need to pay keen attention to the status of the negotiation and proposals submitted by various countries.

#### Frequency of Participation by WTO Members in Appeals: 1996–2004<sup>21</sup>

WTO Member	Appellant	Other Appellant	Appellee	Third Participant	Total
Australia	1	1	4	10	16
Brazil	5	3	7	9	24
Canada	8	6	14	8	36
European Communities	8	11	24	28	71
India	5	1	5	11	22
Japan	4	4	8	17	33
Korea	3	2	4	6	15
Mexico	1	1	3	12	17
New Zealand	–	2	5	4	11
United States	19	8	37	20	84
Others	10	7	20	75	112
<b>Total</b>	<b>64</b>	<b>46</b>	<b>131</b>	<b>200</b>	<b>441</b>

<sup>21</sup> WTO, Appellate Body Annual Report for 2004, at 25–26.

### **III. Problems caused by the Absence of Remand**

Among other things, the absence of remand system at the Appellate Body review has showed the following problems in the current WTO dispute settlement system.

#### **1. Erosion of the members' trust in the dispute settlement system**

When a judicial adjudicating body is unable to solve a particular dispute, for whatever reason, in a domestic setting, the general public would gradually lose its trust in the legal system in general. That would be particularly the case if the adjudicating body is the highest in echelon.

The same is also true with the WTO. As the WTO dispute settlement mechanism sometimes cannot put a "period" in a particular dispute due to the lack of the "remand" system, the overall skepticism of member countries *vis-à-vis* the WTO dispute settlement system continues to grow. It would be quite frustrating if, in a key dispute which involves a tremendous national trade/business interest, the Appellate Body simply said that "by the way, we do not have enough information to make a ruling in this case" 18 months after the case was filed. This causes a great deal of confusion as well as frustration on the part of the aggrieved parties, and they would legitimately question the fundamental *raison d'être* of the WTO dispute settlement mechanism in general and the Appellate Body in particular.

#### **2. Increase or continuance of legally dubious trade measures**

At the same time, the lack of finality in a dispute caused by the absence of remand could bring more negative impact upon the WTO system in the long run. A party who would have been found in violation of the WTO obligations could be emboldened by the Appellate Body's inability to make an adverse ruling against it in the dispute. The party then would (i) continue the legally dubious trade measure in the future, arguing that the WTO Appellate Body did not find it inconsistent with the relevant WTO Agreements, which may be technically true, and/or (ii) adopt similar new measures in the future, also believing that the Appellate Body approved such a type of trade measures. The other party may present exactly the opposite argument. This would lead to more trade disputes at the bilateral level and at the WTO. More disputes at the WTO translates into more "unfinished" rulings without remand, hence the challenged party continues the dubious measure, sowing seeds for more disputes later, and so on. This would ultimately create a "vicious cycle" down the road.

In sum, absence of the reliable remand system would encourage and motivate some member countries to adopt and pursue legally dubious trade measures. The increase of such legally dubious and problematic measures could undermine not only the dispute settlement mechanism, but also the overall WTO system.

### **3. Increase of financial burden and waste of resources**

From the logistical point of view, the absence of finality after spending a tremendous amount of legal fees and preparatory work would constitute potential waste of resources and time. Under the current system, if an aggrieved party were to solve the legal problem once and for all after a still “open” Appellate Body decision, the party may have to bring another WTO challenge with a new WTO case number to be reviewed by a whole new WTO panel,<sup>22</sup> which may then spend a lot of time in grasping underlying factual details of the case. The panel decision may then have to go to the Appellate Body for an appellate review. All the aggrieved party can do here at the appellate review is to simply keep its fingers crossed so that the Appellate Body does not find another excuse to refuse to grant finality to the dispute. If there is no ultimate decision again, theoretically the aggrieved party would have to bring another case for the third time.

Certainly, this situation helps neither the WTO nor the member countries. It would only lead to waste of resources and increase of financial burden. More importantly, this problem would be more acutely felt by developing countries with less resources and capabilities.

### **4. More confusion and legal anarchy in contentious issues**

Some trade disputes at the WTO are easy with clear-cut issues. For example, in certain cases, there is a general consensus among trade watchers and member countries that a particular measure by one country is or is not consistent with the WTO obligation. However, there are instances where a set of complex, novel issues are presented without any meaningful legal precedents. This is the situation where both sides strongly believe, in good faith, that their respective arguments are indeed correct and should be upheld by the Appellate Body. For better or worse, such instances are on the increase these days as trade disputes get more and more complicated. In this situation, a lack of finality could be simply disastrous. Each side may simply determine that the WTO has basically endorsed its argument, maybe in good faith as well.

This would lead to legal anarchy in the international trade norm opening the door for more disputes in the future. The anarchy also fosters confusion among trade officials of various governments and international businessmen of many countries. This “uncertainty” would help nobody.

## **IV. Suggestions for the Amendment of the Current DSU**

With such problems in mind, below this paper briefly discusses suggestions for the amendment of the DSU with respect to the “remand”

---

<sup>22</sup> Actually, this is what Korea is now considering. It is expected that Korea brings another WTO challenge against the United States based on the result of the administrative review of the CVD order. The United States is currently conducting the administrative review and the investigation will be completed by March 2006. Although the underlying factual information would be almost identical, this would basically constitute a new case at the WTO.

issue. The first part is the “general issues” where overall structures are discussed, and second part is “specific issues” where rather technical issues are discussed.

## **1. General Issues**

The remand procedure at the Appellate Body cannot be identical with that of the domestic legal system. This is so because the remand procedure at the Appellate Body needs to take into consideration the unique characteristics of the WTO dispute settlement procedure and underlying principles of the WTO, which are different from a domestic judicial setting with water-tight microscopic control by a judge, closely-knit legal texts and immediate enforcement of a judgment. The current negotiation in Geneva, however, does not seem to adequately consider these fundamental issues.

### **a) Limitations on the Number of Remands**

First of all, the remand cannot be an endless circulation of legal and factual analyses. In most of the domestic legal systems, there is rarely any limitation in the number of remands. In other words, a case can be remanded by an upper court over and over again as long as there are legal issues to be clarified and factual information to be analysed.

It does not have to be and cannot be the same in the WTO dispute settlement procedure. Given the nature of a WTO dispute as an international dispute between countries with a lot of national and business interests at stake, a prompt resolution is more important than anything else. Each passing day would mean a significant cost to the parties involved, particularly the party who has been subject to a trade remedy action, most notably antidumping orders or CVD orders. Furthermore, even under the current dispute settlement system without even a single remand, there is increasing criticism about the length of time taken: a dispute usually takes about 18 months including an appeal at the shortest, and it can stretch over 4 to 5 years when an implementation issue is included. Some countries even attempt to take advantage of this loophole in the current WTO dispute settlement system.<sup>23</sup> Under these circumstances, any remand should be quick and prompt, if it were to bring any meaningful reform to the current dispute settlement system. This concern is also widely shared by trade issue watchers when it comes to the “remand” discussion.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> The “Byrd Amendment” dispute is a good example. From the beginning, the United States was well aware of the fact that the measure would be found inconsistent with the WTO norm ultimately. But the United States went ahead with the legislation in 2000, had other countries challenge the legislation and exhaust all procedures available, and is still dragging its feet after all the defeats. After five years, the law is still in effect in the United States and exerts its negative influences all over the world. See the Status Report of the United States, United States – Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000, WT/DS217/16/Add.18, WT/DS234/Add.18 (July 5, 2005).

<sup>24</sup> See, for example, Statement of Peter Lichtenbaum, Partner, Steptoe & Johnson LLP, and Liaison to the WTO Secretariat, on behalf of the Section of International Law and Practice, American Bar Association Testimony Before the House Committee on Ways and Means Hearing on the Future of the World Trade Organization (March 30, 2000) (“However,

---

In light of this, it would be more appropriate if a remand once introduced is confined to a one round of remand. The new DSU may clarify this point. It is true that this limitation may sometimes create a hurdle to a complete solution of a certain dispute, where complex issues are involved and multiple remands are required. Overall, however, a limitation of remand to a single instance would bring more benefit than harm by solving a dispute in a more expedited manner while reserving an opportunity of remand, though limited, at the same time.

The drawbacks from this one-remand system can be addressed by having the Appellate Body provide more specific requests to the panel with an exact scope of additional review and analysis. In domestic settings, sometimes remands produce more disputes at the lower courts because the remand instructions from the upper courts are not clear enough. In that context, a clearer remand instruction from the Appellate Body may minimize any negative impact from a single-remand system. Thus, the member states may consider including a provision in an amended DSU to the effect that the Appellate Body is required to formulate a remand instruction in a manner that comprises all related issues as comprehensively and succinctly as possible.

Another reason why a “multiple-remand” system is not going to work in the WTO context as in the domestic legal system lies in the nature of a panel. A WTO panel is not necessarily composed of experts in a given dispute. Needless to say, there are panellists who are truly experts in particular issues posed in a particular dispute. Some panels, however, include panellists who do not necessarily possess expertise in a particular issue, but were selected as a result of multiple rejections by parties and the Secretariat’s effort to select non-controversial persons. This process sometimes leads to selection of diplomats and government officials who are not necessarily appropriate to deal with recent WTO disputes involving a wide range of complex legal issues. It is no secret that lawyers representing a WTO member in a WTO dispute get embarrassed by certain panellists’ absence of basic knowledge of trade norms. At the same time, the current panel is considered to be an ad hoc entity providing “temporary” service, not a full-time judicial organ as seen in domestic setting. In short, the current panel has various internal logistical limitations of its own. If these panels are charged with multiple remands, these logistical problems under the current panel system will probably get worse. Unless the current panel is also completely reshaped, including introduction of a “standing” panel, as a result of the DSU amendment, the whole WTO dispute settlement system would be better served by the limitation of remand to a single instance.

In the same context, if the WTO members introduce a remand mechanism in a manner where a new panel process is initiated while the existing Appellate Body process is concluded, as some countries suggest, the problem of prolonged process would be further aggravated. Under that system, although the original dispute is over with the final report from the

---

remands almost certainly would lengthen disputes beyond the time deadline currently provided for DSU proceedings.”).

Appellate Body, a new panel is composed at the request and instruction of the Appellate Body, and the new remand panel follows the standard panel process just like any other panel. The report of the remand panel can then be appealed by an aggrieved party followed by the Appellate Body review. In theory, it is indeed possible that there is a remand by the Appellate Body of the remand decision. This is basically to double the time it takes to resolve a WTO dispute.

#### **b) Introduction of a “Standing” Panel**

As explained above, it makes more sense to limit a remand process to one instance under the current dispute settlement system. Even if that is the case, however, successful introduction of a remand system is dependent upon a reliable, stable panel. If a panel were not equipped with expertise, commitment and logistical support, any remand, even if introduced, would turn out to be a source of more disputes. It goes without saying that the success of the remand system is to be determined by whether the WTO maintains a more reliable panel system.

As such, it is time for the WTO to seriously contemplate the possibility of adopting a “standing” panel system. About 30 to 50 trade experts can be appointed by the WTO as full-time employees to take up new WTO disputes. Over time, a standing panel can accumulate its procedural and substantive expertise through various trade disputes. Such a panel will be able to accomplish its role in the remand procedure more appropriately.

#### **c) Abolition of Strict “Legal” and “Factual” Issue Differentiation**

On the other hand, it is time to think about the traditional “legal issue” and “factual issue” distinction in the Appellate Body review. Under the current system, the Appellate Body is entitled to a review of “legal issues” only once a case is appealed. Again, it is entirely natural to retain such a distinction in a domestic legal system. The unique characteristics of the WTO dispute settlement system, however, may require reconsideration of such a strict restriction of the appellate review.

First of all, recent trade disputes get more and more complicated. Investigations and evaluation of these disputes fundamentally require analyses of both legal issues and factual issues at the same time. It is sometimes impossible to separate legal issues and factual issues at the appellate review. Secondly, if the panel is able to implement its role thoroughly as in domestic courts, then the Appellate Body may focus on only purely legal issues. Some panels under the current WTO dispute settlement mechanism are not capable of carrying out such function.

Here again, assuming current *ad hoc* panel system is maintained in the future, a strict restriction of the authority of the Appellate Body seems problematic in the context of the WTO litigation. The Appellate Body needs to be explicitly approved of reviewing, at least, factual issues related to particular legal issues posed.

**d) Categorization of Different Types of Remand**

The current remand system discussion may need to consider the fact that there are two types of “remands” available. The first category is a remand when the panel’s application of the legal standard was found to be erroneous by the Appellate Body without requiring any further factual information gathering or analysis. A remand in this situation would be easy. The original panel (now operating as a remand panel) simply applies the new standard and reaches a conclusion, which is then submitted to the Appellate Body put on hold during the remand period.

Another type of remand is where the Appellate Body offers a new legal standard and indicates lack of factual information on a particular issue. In this case, the original panel (now a remand panel) may have to go over the underlying records again to review relevant evidence or ask the parties to submit further information. This type of remand investigation may take longer time and be more difficult to accomplish. The Appellate Body may consider this difference of workload and scope in each different type of remand, and attempt to apply different deadlines accordingly – for example, a shorter deadline for the first type of remand.

**e) Increased Complication of the Dispute Settlement Process**

Despite its clear necessity, there is a fundamental drawback in introducing a remand system. Whatever the WTO members decide to adopt in terms of the remand system, lengthy and complicated provisions will have to be added to the DSU to regulate the remand procedure. As such, the remand procedure would further complicate the already complex WTO litigation process, which currently includes a panel procedure, an Appellate Body procedure, a 21.5 implementation procedure, a 22.6 arbitration procedures, etc.

Such being the case, the remand system should be simplified as much as possible not to further complicate this process. In this context, a “unitary system,” where the remand process is simply integrated into the original Appellate Body process, would be a better solution. In this system, the Appellate Body, encountering a particular issue during the appellate review, simply requests the original panel to conduct a particular task – such as further information gathering/analysis task and/or application of a correct legal standard to new or existing factual information. The Appellate Body process may be put on hold while this review is completed or the Appellate Body may continue its review of other legal issues of the case. The original panel (now a remand panel) can then submit its report to the Appellate Body within designated deadline. The Appellate Body then makes a final decision in that case. Although there may be some delay in process, a simplified and streamlined dispute settlement system can be preserved. Also, under this mechanism, it is automatically guaranteed that the original panel operates as a remand panel. Obviously, it is more efficient and reasonable to use the same original panel as the remand panel as opposed to create another panel for the remand procedure.

On the other hand, a “two-track” system will operate as follows. When the Appellate Body encounters a “remandable” issue, it simply goes forward and completes its review releasing its final report. So, the case is officially over. In the report, however, the Appellate Body requests the original panel or a new panel to be composed to conduct a remand deliberation. This remand process, therefore, is a completely new process with a new case number. This remand panel moves forward in accordance with its own schedule in accordance with standard panel procedure. This decision of the remand panel may then be appealed to the Appellate Body, if necessary, and the Appellate Body may request another remand yet again, as this is considered to be an entirely new case. As such, a “two-track” system seems to have unnecessary redundancy and complication, which would have to be eliminated as much as feasible in the course of remand negotiation.

## **2. Specific Issues**

Following are more technical issues in specific areas of the remand discussion.

### **a) Who Can Request Remand**

As of now, it is not clear yet whether one party to the appeal can request a remand or the Appellate Body can order a remand from its own authority. Some countries appear to argue that, given the nature of the WTO dispute settlement mechanism, a standing to request a remand does not have to be limited to only the parties or the Appellate Body. They argue that it would be better if either the parties or the Appellate Body could request a remand when the appellate procedure reaches a certain point.

However, the practical problem would be that if a party is allowed to request a remand the party may attempt to abuse its right to delay the process. In other words, a losing (or seemingly losing) party may request a remand when there is actually no “remandable” issue. This is a quite likely scenario given the heinous foot-dragging of some countries in the WTO dispute settlement procedure. So, it would make more practical sense if only the Appellate Body has the authority to request a remand with identification of specific issues requiring further factual discussions on related claims and defenses. This mechanism would also help avoid waste of time from the possible bickering between the parties over the “remand terms of reference” to be submitted by the parties to the remand panel. If only the Appellate Body is allowed to request a remand, it can designate the terms of reference in a remand panel *ex officio*.

This should not be a serious problem. Unlike terms of reference designation in an original panel, where there has been no review of factual or legal issues yet and thus where a complaining party’s discretion should control, the terms of reference in a remand panel is an outcome of the Appellate Body’s thorough consideration. Consequently, in this case it would be more appropriate for the Appellate Body to designate the scope of the remand. The fact that a remand is basically an order from the upper court to

---

the lower court also supports the proposition that it is the Appellate Body, not one of the parties, that has the authority to remand.

#### **b) Division of Role of Parties on Remand**

The next question is whether each party's role should be limited to a particular area during remand process. For example, in domestic remand procedures of some countries, there exists strict division of parties' roles on remand: *i.e.*, on remand, the complaining party in the appellate procedure may bring only claims and the responding party in the appellate procedure may bring only affirmative defenses." This, however, seems to be too restrictive in terms of procedural fairness and policy appropriateness at the WTO.

In a domestic judicial system, such strict division of roles may be appropriate. In a domestic legal system, parties contest each factual and legal issue thoroughly at the lower court, and the trial judge makes a detailed ruling on each factual information and legal issue. As such, in the domestic system an appellate court can more easily and more specifically determine the specific issues to be resolved on remand and consequently it can stipulate (by law or by judge's own decision) the roles of parties in remand procedures. Thus, for efficient operation of a remand proceeding, the appellate court may stipulate that the complaining party can bring only claims while the other party can bring only defenses on remand.

But in the WTO panel process, where "judicial economy" is widely utilized and where parties simply do not bother to provide factual information or argument unless it is directly related to prevailing at the panel, it is more likely, in a particular remand situation contemplated by the Appellate Body, that the original panel decision simply does not contain any meaningful factual record, meaningful factual discussion by the panel, or meaningful arguments by parties in the first place. Under these circumstances, the remand procedure may be basically the first instance where the parties raise the related issues in a meaningful manner – both factually and legally – and hence the first time the "trier of fact" faces this particular issue. Given this reality, it does not seem appropriate to restrict each party's function in a restrictive manner. It is true that the nature of a remand sometimes requires regulation of roles of each party, but the unique characteristics of the WTO dispute settlement procedure may require a cautious approach in this issue. If the responding party is strictly limited to the "affirmative defenses," which are only a few, and which are much narrower than "responses" or "rebuttals," it may also raise the problem of procedural "due process" violation of the parties involved.

Overall, it may be more appropriate to allow each party to present its argument and rebuttals in a more flexible manner, as in the original panel procedure. In other words, the complaining party should be allowed to bring claims and the responding party should be allowed to respond with its own rebuttal comments (not necessarily restricted to "defenses"). This will allow the remand panel to gather and review more relevant information to reach reliable conclusion on remanded issues. If the remand panel is not able to

provide a reliable and persuasive conclusion on remanded issues, the remand procedure may turn out to be simply waste of time and resources; this will simply plant a seed of yet another dispute. If that is the case, maybe there is no point of introducing a remand system at all. Once the WTO members decide to introduce remand proceedings, it is essential to formulate a mechanism to ensure that any outcome of the remand proceeding does contribute to the final solution of the dispute, as opposed to create another source of a dispute. As such, once the terms of reference are confirmed by the Appellate Body, each party should be allowed to bring any claims and affirmative defences as long as they are related with the issues included in the remand terms of reference.

### c) Timing of Remand Determination

When can the Appellate Body make a determination for a remand? Should the Appellate Body be able to request the establishment of a remand panel *after* adoption of the original Appellate Body report, or the Appellate Body procedure is put on hold until the remand determination is rendered by the panel? As discussed above, a “unitary” system appears to be more appropriate than “two-track” system, and the unitary system would inherently require a determination to remand to be made in the middle of the Appellate Body procedure.

There is another aspect to consider in discussing the “timing” issue, however. This issue could create many problems with respect to the implementation of the recommendations in the Appellate Body report when the remand panel’s report might somehow affect or contradict the findings and conclusion of the original panel or Appellate Body reports.

Needless to say, the losing party at the Appellate Body would be reluctant to start implementing the original rulings until the issue is fully clarified with the conclusion of the remand proceedings. Therefore, it would make more sense that the Appellate Body decision is postponed until the remand determination rather than adopting the Appellate Body and panel reports while a remand determination is pending. This will also provide an incentive, though minor, for the remand panel finishes its analysis sooner rather than later. In this situation, the amended DSU needs to insert a provision that the Appellate Body decision deadline is extended from the current 90 days when a remand is involved. This is another reason why a “unitary system” of remand is more appropriate than a “two-track” system.

### 3. Proposed text

Based on these discussions, the current Article 17.12 of the DSU could be amended as follows:

#### **Article 17.12.**

(a) The Appellate Body shall address each of the issues raised in accordance with paragraph 6 during the appellate proceeding. ----- (no

change, same as the current text)

*(b) In case that the Appellate Body can not complete its analysis on certain issues due to factual insufficiencies in the panel report, the Appellate Body shall provide the parties to the dispute with a detailed description on those issues that need further factual findings. Upon the completion of discussion with the parties on the issues identified as such, which shall be completed within X days from the Appellate Body's initial notification, the Appellate Body shall request the original panel to examine the issues requiring further factual findings and report back within a period set by the Appellate Body not longer than 90 days after the date of referral of the matter to it. When the issues to be remanded require further factual gathering which is not on the original record and subsequent application of a new legal standard, or the Appellate Body believes there is other reason justifying an extension of the remand review, the above deadline can be extended up to 120 days. The time limit provided in Article 17.5 will be extended accordingly in proportionate to the remand period as approved by the Appellate Body.*

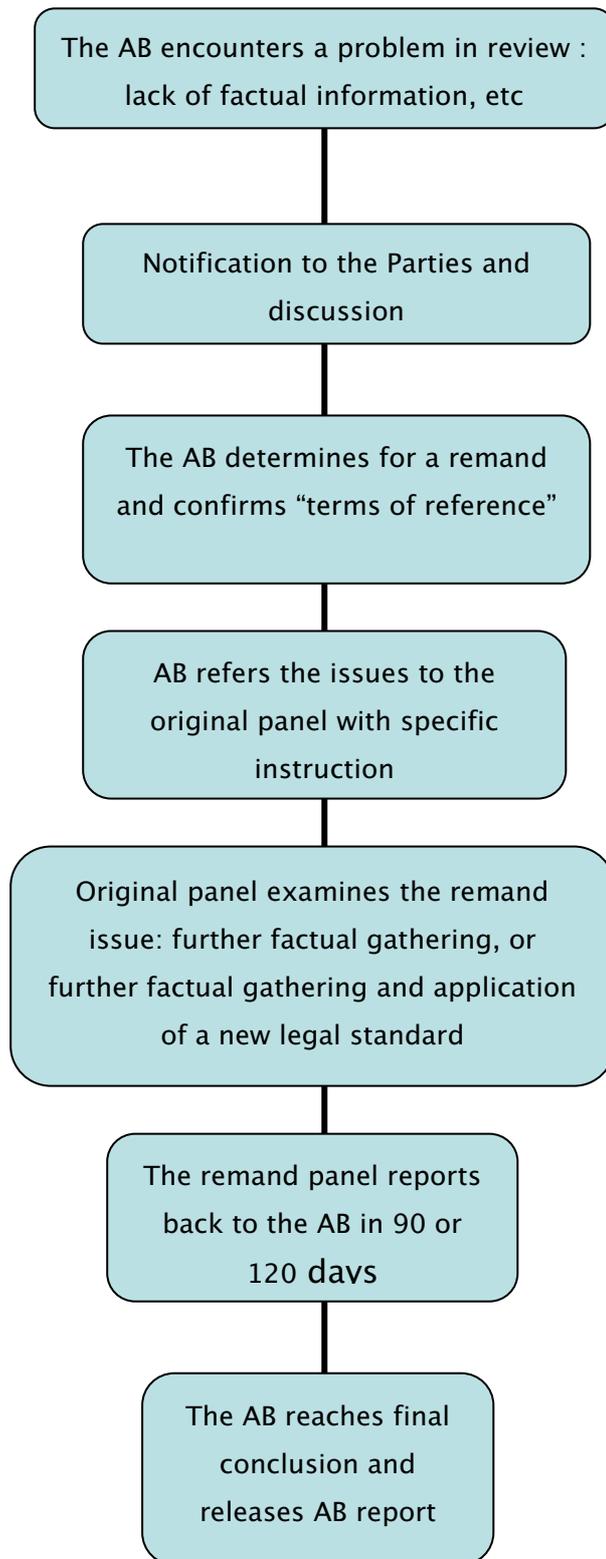
*(c) If any member of the original panel is not available, a replacement shall be appointed by the Director General within 7 days after the date of referral of the matter to the original panel, after consulting the parties to the dispute.*

*(d) The remand as provided in subparagraph (b) above shall be conducted only once, and the Appellate Body shall not request another remand in the same proceeding after the report from the original panel in charge of remand review reaches the Appellate Body. Bearing this in mind, the Appellate Body shall provide as comprehensive and succinct terms of reference as possible with any other applicable instruction, as the case may be, to facilitate a prompt and efficient review by the original panel within the designated deadline.*

*(e) In the case of remand as provided in subparagraph (b) above, the Appellate Body may determine to suspend its appellate review during the pendency of the remand review by the original panel, or to continue its review of other legal issues in the case.*

#### **4. A flow chart of remand procedure**

For an easier reference, the remand procedure as discussed above may be graphically summarized as follows.



## V. Conclusion

It is widely believed that the current WTO dispute settlement system has some inherent problems. Various issues are currently being debated among WTO member states to reform the current DSU as a part of the DDA negotiations. One of the key problems of the current DSU is the absence of remand when the Appellate Body encounters a lack of factual information for the completion of appellate review. This absence of remand has led to unreasonable consequences failing to resolve appealed disputes. This has also caused skepticism and concern of member countries regarding the WTO dispute settlement mechanism.

As such, the current negotiation in Geneva for a possible remand system is crucial for a successful reform of the WTO dispute settlement system and long-term prosperity of the WTO regime. It appears, however, that the negotiations have not yet considered all the relevant facts and issues related to a remand system. In the final stretch for DDA negotiations, the WTO members will have to enhance their efforts to adopt a more reliable and stable remand system, while ensuring that the remand process does not create another cause of delay in the WTO dispute settlement system. To that end, it seems more reasonable to use the original panel as a remand panel in order to avoid waste of resources and redundancy of work. At the same time, the more reasonable remand system seems to be a “unitary” system, where a remand authority is fully reserved to the Appellate Body and the final report of the Appellate Body is postponed unless and until there is a remand report from the original panel.

As the most frequent users of the Appellate Body procedure, the EC, Japan and Korea have a significant stake at the current negotiation for remand. As such, the three countries will have to assume more active role in the DSU amendment process including the remand discussion.



# Über Iherings biologische Evolutionstheorie – Juristischer Naturalismus und Rechtsphilosophie

Ken Takeshita, Osaka\*

## I. Vorwort

Von Ihering war eine wichtige Person für die Meiji Regierung (Meiji ist in Japan die Regierungsperiode von 1868 bis 1911). Die Meiji Regierung hatte die feudale Tokugawa Regierung durch Revolution (oder Reform, das ist noch umstritten) abgelöst und einen modernen Staat nach dem Vorbild der europäischen Länder aufgebaut.

Deshalb fuhren führende Mitglieder der Meiji-Regierung nach Frankreich, Deutschland, Österreich, England, um die Meinungen der berühmten Staatsmänner und Gelehrten über Herrschaftsmethoden zu hören. Sie wurden stark beeinflusst von Lorenz von Stein sowie von Rudolf von Ihering.

In der späteren Meiji-Zeit gewann Ihering in Japan akademisches Ansehen vor allem durch seine Evolutionstheorie des Rechts. Ein damals sehr berühmter Rechtswissenschaftler, Chinju HOZUMI, war ein großer Anhänger der Theorie Iherings. Diese Evolutionstheorie war seit Anfang des 20. Jahrhunderts hinter der neu-kantianischen Werttheorie etwas zurückgetreten. Jedoch trug die Theorie Iherings zum besseren Verständnis im Gebiet des Rechtsgedankens bei.

## II. Iherings „Umschwung“ oder nicht

In meinem Beitrag werde ich die Auseinandersetzung um das Urteil über Iherings Grundtheorie des Rechts untersuchen. Zum einen werde ich die Frage erörtern, ob es in der Entwicklungsgeschichte von Iherings Theorie einen „Umschwung“ gibt oder nicht, sodann werde ich auf die sog. Fortsetzungstheorie eingehen.

### 1. Umschwungstheorie

Ich beginne mit der Theorie von „Iherings Umschwung“. Bisher war vorherrschend, dass es gegen Ende der 1850er Jahre bei Ihering einen „Umschwung“ gab, dass zwei getrennte Perioden zu unterscheiden sind. Seit

---

\* Dieser Aufsatz stammt aus meinem Vortragsmanuskript vom 4. September 2001 an der Universität Göttingen und vom 26. Juli an der Hanyang Universität in Seoul. Am Symposium in Seoul konnte ich aus privaten Gründen nicht persönlich teilnehmen; mein Manuskript wurde verlesen.

der zweiten Hälfte der 1980er Jahre wird aber eine andere Lehrmeinung vertreten. Zunächst erkläre ich jene vorherrschende Meinung.

Diese Meinung stammt von einem berühmten Rechtsdenker, von Franz Wieacker aus Göttingen. In seiner Methodenlehre der Rechtswissenschaft spricht Karl Larenz von einer „Zäsur“<sup>1</sup> in Iherings Werk. Nach Larenz hatte Ihering „die formale Begriffs- und Konstruktionsjurisprudenz ... auf die Spitze“<sup>2</sup> getrieben. Die naturhistorische Methode besteht darin, „die einzelnen Rechtsinstitute und die auf sie bezüglichen Rechtssätze in ihre »logischen Elemente« zu zerlegen, diese rein für sich herauszudestillieren und alsdann aus ihnen durch Kombination sowohl die schon bekannten wie auch neue Rechtssätze herzustellen.“<sup>3</sup> Nach Wieacker „beschrieb und feierte“ Ihering „die Kunst der juristischen Konstruktion als »höhere Jurisprudenz«; besonders seine hinreißende Darstellung der »naturhistorischen Methode« ist kennzeichnend für die Naivität wie für die Produktivität dieses anschaulichen Denkens“.<sup>4</sup>

Aber, wie Wieacker schreibt, „seit dem Ende der 50er Jahre griff bei Ihering eine kritische Selbstzerstörung der Begriffsjurisprudenz um sich“.<sup>5</sup> Für ihn führte das „Erlebnis der Unwirklichkeit“<sup>6</sup> der Begriffsjurisprudenz die „Wendung vom Traum zur Tat“<sup>7</sup> herbei. „Darin wirkten zusammen die endgültige Verabschiedung der idealistischen Rechtsmetaphysik Kants ... und die Stärke eines realen Anschauungsbedürfnisses.“<sup>8</sup> Dieses Bedürfnis führte weg „von der logischen Phantasie“ und hin „zur sozialen Wirklichkeit“.<sup>9</sup>

Gegenüber dieser naturhistorischen Methode, die in den ersten Bänden und Auflagen des „Geistes des römischen Rechts“ (1852 u. 1858) noch als ein Verfahren der römischen Juristen interpretiert wurde, beschrieb Ihering die soziologischen Bedingungen des Rechts in den späteren Bänden und Auflagen des „Geistes des römischen Rechts“ (insbesondere 1888) und „Kampf ums Recht“ (1872).

In „Kampf ums Recht“ ist Recht ein „Mittel der Macht- und Interessendurchsetzung“.<sup>10</sup> Und im „Geist“ wird das subjektive Recht als „zur Befriedigung schutzwürdiger Interessen eingeräumte Willensmacht“<sup>11</sup> bestimmt. Dieses Denken sei, so Wieacker, abhängig „von Comtes sozio-

---

<sup>1</sup> Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960, 4. Aufl., Berlin u.a. 1979, S. 26: „tiefe Zäsur“. Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1952, 2. Aufl., Göttingen 1967, S. 451: „Umschlag“.

<sup>2</sup> Larenz aaO., S. 26.

<sup>3</sup> Larenz aaO., S. 27.

<sup>4</sup> Wieacker aaO., S. 451.

<sup>5</sup> Wieacker aaO., S. 451.

<sup>6</sup> Wieacker aaO., S. 451.

<sup>7</sup> Wieacker aaO., S. 451.

<sup>8</sup> Wieacker aaO., S. 451.

<sup>9</sup> Wieacker aaO., S. 451.

<sup>10</sup> Wieacker aaO., S. 451.

<sup>11</sup> Zitat nach Wieacker aaO., S. 451.

logischem Positivismus, von Jeremy Bentham's Utilitarismus und Darwins Zuchtwahlgedanken.“<sup>12</sup>

Der rechtswissenschaftliche Positivismus musste, Wieacker zufolge, einem „unerschrockenen Wirklichkeitssinn die Erklärung des Rechts aus realen Ursachen aufdrängen“, weil er die „Voraussetzung einer überpositiv verpflichtenden Rechtsidee aus seinem methodischen Bewusstsein verdrängt (hatte) ... Daraus folgte notwendig die Erklärung des Rechts aus Zwecken: denn kausale Erklärung menschlichen Handelns ist notwendig seine Erklärung durch (determinierte) menschliche Zwecksetzung“.<sup>13</sup>

## 2. Fortsetzungstheorie

### a) Okko Behrends

Gegen diese Umschwungstheorie von Wieacker entwickelte sich die Fortsetzungstheorie, nach der Iherings Werke insgesamt eine gleiche Grundauffassung enthalten hatten. Der führende Vertreter der Fortsetzungstheorie ist Okko Behrends, auch aus Göttingen. Behrends beschreibt Iherings unveränderte wissenschaftliche Einstellung in seinem Aufsatz „Ihering und die Evolutionstheorie des Rechts“.<sup>14</sup> Die Evolutionstheorie war die Durchsetzung der historischen Methode, die Friedrich Karl von Savigny zwar als Ziel aufgestellt, aber nicht vollständig ausgeführt hatte. Für Ihering ist das Recht „ein Produkt menschlicher Pragmatik ..., die zweckgeleitet Regeln schafft und dadurch einen eigentümlichen evolutiven Prozess einleitet.“<sup>15</sup>

Diese Meinung über Iherings Theorie scheint mir Helmut Schelskys Urteil aufzunehmen, nach dem Iherings Rechtsbild in der Wandelung der Gesellschaft durch das Recht besteht.<sup>16</sup> Im Leben unter einem bestimmten positiven Recht entstehen auch neue Erfahrungen und Wertvorstellungen und diese bringen Unzufriedenheit gegen das geltende Recht hervor. Dies führt zu Reformen. Solche Rechtssituationen sind stetige Wandlungsprozesse. Aber unten den so erarbeiteten Regeln und Prinzipien weisen einige einen so hohen Grad an Zweckmäßigkeit auf, dass sie „zum festen Besitz der menschlichen Rechtskultur“<sup>17</sup> gehören.

Wir halten die Rechtstheorie Iherings für dualistisch. Sie dient einerseits zum Begreifen der formalen Strukturen des positiven Rechts und andererseits zum Begreifen der Zweckmäßigkeit dieser Rechtssituation und ihrer Nützlichkeit für das Alltagsleben.<sup>18</sup> Diesen Dualismus hat Behrends in seinem Aufsatz „Das ‚Rechtsgefühl‘ in der historisch-kritischen

---

<sup>12</sup> Wieacker aaO., S. 452.

<sup>13</sup> Wieacker aaO., S. 452.

<sup>14</sup> Behrends, Okko: Rudolf von Ihering und die Evolutionstheorie des Rechts, in: Behrends, Okko [Hrsg.]: Privatrecht heute und Iherings evolutionäres Rechtsdenken. Köln 1993, S. 7-36.

<sup>15</sup> Behrends aaO., S. 15.

<sup>16</sup> Helmut Schelsky: Das Ihering Modell des sozialen Wandels durch Recht, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 3, 1972, S. 47-86.

<sup>17</sup> Behrends aaO., S. 15.

<sup>18</sup> Vgl. Behrends aaO., S. 20 f.

Rechtstheorie des späten Ihering“ ausführlich dargelegt als Dualismus zwischen der formalen Geltungstheorie des Rechts und dem materialen Bewertungskriterium für Kontrolle und Fortbildung des Rechts. Dieser Dualismus bedeutet auch eine Antwort von Ihering zur Frage, wie die Rechtsgeltung und Fortbildung des Rechts in der historischen Entwicklung jetzt und hier bestimmt werden können. Ihering leitet aus dem Ursprung der Rechtsregelungen als Zweckschöpfungen das Gebot ab, „die Begriffe von ihren Zwecken und ihrem Gerechtigkeitsgehalt her zu kontrollieren und fortzubilden.“<sup>19</sup>

Behrends Urteil über Iherings Theorie ist, dass in ihr die Theorie Savignys, die beide Methoden hat, nämlich die systematische und historische Methode, aufgenommen worden ist. Bis in seinen späten Schriften hielt danach Ihering an der systematischen Methode und der Begriffsjurisprudenz fest. Iherings historische Methode bei der Fortbildung des Rechts wurde immer von der systematischen Methode begleitet. Deshalb ähnelt Iherings Methode mehr der von Savigny als derjenigen der Begriffsjurisprudenz.

#### b) Ralf Dreier

Aber wir können auch Unterschiede der historischen Methode zwischen Ihering und Savigny finden. Savignys Methode hat die Möglichkeit, sie in der Richtung des objektiven Idealismus zu verstehen. Dagegen bezieht Iherings Methode sich auf die soziale Evolutionstheorie. Jetzt entsteht eine Frage, welche Stelle diese historische Methode innerhalb der Wissenschaftstheorie hat. Für diese Frage lehrreich ist der Aufsatz Ralf Dreiers „Iherings Rechtstheorie – eine Theorie evolutionärer Rechtsvernunft“.<sup>20</sup>

In diesem Aufsatz geht es darum, wie Ihering selbst den wissenschaftlichen Charakter seiner Rechtswissenschaft ansah. Anders als man erwartet, betonte Ihering, dass „Der Geist des römischen Rechts“ nicht eine rechtshistorische Schrift, sondern eine rechtsphilosophische und rechtsdogmatische Schrift war. Die Schrift versucht, am römischen Recht das Wesen des Rechts überhaupt klar zu machen, und zielt auf „die Naturlehre des Rechts“, die durch die Methode der Analyse und Vergleichung der Einzelnen zu gewinnen ist.<sup>21</sup> Diese Einzelnen sind etwas Historisches und etwas Konkretes. Ihering brachte das Ziel der Naturlehre des Rechts auch in die spätere Schrift „Zweck im Recht“ ein.

Dreiers Forschung unterstützt die Fortsetzungstheorie, weiter macht sie Behrends Lehrmeinung überzeugender. Wir können den Unterschied zwischen der Umschungs- und Fortsetzungstheorie darin finden, dass nach

---

<sup>19</sup> Vgl. Behrends, Das „Rechtsgefühl“ in der historisch-kritischen Rechtstheorie des späten Ihering, in: Behrends (Hrsg.) R. v. Jehring, Über die Entstehung des Rechtsgefühls, Napoli 1986, S. 81 f.

<sup>20</sup> Dreier, Ralf: Iherings Rechtstheorie – eine Theorie evolutionärer Rechtsvernunft, in: Behrends, Okko [Hrsg.]: Privatrecht heute und Iherings evolutionäres Rechtsdenken. Köln, 1993, S. 111-129.

<sup>21</sup> Ihering, Vorrede zu Teil II 2 von „Der Geist des römischen Rechts“, zit. nach Dreier, aaO., S. 115.

dieser Theorie Ihering sowohl die systematische Methode als auch die historische Methode in der formalen Geltungstheorie als materiales Bewertungskriterium für Recht durchweg in frühere und spätere Zeit aufrecht erhielt, und dass die Umschwungstheorie der früheren Zeit der Begriffsjurisprudenz die systematische Methode, der späteren Zweckjurisprudenz die historische Methode zuteilte.

Wenn man dies so versteht, entsteht eine Frage, in welchem Sinne die Naturlehre des Rechts die historische Methode benutzt. Nach Dreier ist diese Naturlehre nach heutigem Verständnis eine Rechtstheorie, d.h. „eine allgemeine juristische Theorie des Rechts und der Rechtswissenschaften“.<sup>22</sup> Diese Theorie war eine neue Naturlehre, die die analytische und die empirische Richtung der Rechtswissenschaften zu vereinheitlichen versuchte, weil seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts unter der Vorherrschaft des Rechtspositivismus beide Richtungen auseinander liefen.<sup>23</sup>

Aber dieses Urteil beruht auf der gegenwärtigen Sichtweise. Indem Ihering die Naturlehre des Rechts nicht als Wissenschaft des Rechts als Naturphänomen, das heißt als Erfahrungswissenschaft, sondern als Wissenschaft der Natur des Rechts versteht, versuchte er, meiner Meinung nach, eine neue Rechtsphilosophie zu begründen, die beide historischen und konkreten Elemente behandelt. Für Ihering bedeutet diese Rehabilitierung der Rechtsphilosophie durch Einführung der historischen Methode nach dem Vorbild der naturwissenschaftlichen Methode Wiederherstellung des Vertrauens in die Rechtsphilosophie.

### **III. Juristischer Naturalismus und Rechtsphilosophie bei Ihering**

In diesem Abschnitt werde ich mich mit der Frage beschäftigen, ob die erwähnte Naturlehre des Rechts von Ihering zum juristischen Naturalismus gehört oder nicht. Die Vertreter der Umschwungstheorie bejahen nicht immer diese Frage. Karl Larenz scheint Ihering nicht dem juristischen Naturalismus zuzurechnen, weil er den Begriff des Naturalismus auf „strenge“ Naturwissenschaft einschränkt, die kausale Gesetzlichkeit und experimentelle Beweisbarkeit fordert und biologische Methoden ausschließt. Aber Wieacker hält Ihering für einen Vertreter des juristischen Naturalismus.

#### **1. Juristischer Naturalismus**

Nach Wieacker findet der juristische Naturalismus seine Grundlage darin, dass er „das positive Recht nicht mehr an einer über dem Recht stehenden, sich selbst als Selbstzweck genügenden Gerechtigkeitsidee, sondern als Produkt von Mitteln und Zwecken der immanenten Wirklichkeit (legitimiert), die nicht mehr auf eine überwirkliche Gerechtigkeit bezogen ist.“<sup>24</sup> Es gebe drei Spielarten dieser Auffassung. Erstens: Der „mechanistische Naturalismus“ interpretiert die „Rechtsvorstellung als Verlauf äußerer Ursachen und Wirkung“. Zweitens: Der „vitalistische Naturalismus“ interpretiert „Recht als Funktion des biologischen Lebens nach dem Muster

---

<sup>22</sup> Dreier, aaO., S. 117.

<sup>23</sup> Vgl. Dreier, aaO., S. 117.

<sup>24</sup> Wieacker, Privatrechtsgeschichte aaO., S. 562.

der Lebenswissenschaften“. Drittens: Der „psychologische Naturalismus“ deutet Recht als „individual- oder kollektivpsychologisches Bewusstseinsphänomen“.<sup>25</sup>

Ihering war, wie Wieacker schreibt, soziologischer Positivist, der die „menschliche Gesellschaft als Summe kausal determinierter Individuen und kausal verlaufender Wirkungsprozesse“<sup>26</sup> verstand, weiter war er vitalistischer Naturalist. Nach Ihering sind die „subjektiven Phänomene der Rechtsgeltung, die das Leben der Individuen überdauern, wie Rechtsgewissen, Rechtsgefühl und Rechtsüberzeugung, Resultate oder Überbauten sekundärer Bewusstseinsphänomene einer kausal determinierten Entwicklung psychologischer Eigenschaften der Menschenspezies.“<sup>27</sup> Deshalb ging er unter der naturhistorischen Methode von der damals herrschenden Auffassung aus, nach der das Recht ein objektiver Organismus der menschlichen Freiheit war. Und mit der systematischen Methode zerlegt die Rechtswissenschaft die einzelnen Rechtsinstitute und die auf sie bezüglichen Rechtssätze in ihre logischen Elemente. Ihering bezeichnete diese Elemente gerade als „Körper“.<sup>28</sup>

Iherings juristischer Naturalismus fragte unter dem Einfluss der Biologie mehr nach dem Zweck des Rechts, als nach der Ursache des Rechts. Die strenge Naturwissenschaft hatte alle teleologischen Elemente aus der Welterklärung ausgeschieden.<sup>29</sup> Dagegen konnten die Lebenswissenschaften im Begriff des Entwicklungsprozesses eine „finale Richtung ... nicht entbehren.“<sup>30</sup> Iherings biologische Evolutionstheorie versuchte, das Recht als Entwicklungsprozess oder Selektionsprozess der Rechtsinstitute und Rechtssätze aus juristischen „Körpern“ zu erklären.

In dieser finalen Theorie Iherings richtet Wieacker seine Aufmerksamkeit auf den Zweck. Nach Ihering ist der Zweck der Schöpfer des Rechts. Wenn das Recht kausal aus der Wirklichkeit der Gesellschaft zu erklären ist, muss das Recht zugleich durch menschliche Zwecke motiviert sein. In dieser Theorie wird das menschliche Handeln determiniert, und es ist zugleich kausal und zweckhaft. Die Erklärung des Rechts von der Theorie ist nämlich die Erklärung durch determinierte menschliche Zwecksetzung. Aber für Wieacker liegt der Widerspruch darin zum eigentlichen Wortsinn vom Zweck, weil nach dem eigentlichen Sinn „menschliche Zwecke die motivierende Kraft des freien Willens“<sup>31</sup> sind. Die Zwecke bei Ihering werden als „die (bewusst gewordenen) Motive ... menschlicher Rechtssetzung“<sup>32</sup> erklärt, deshalb haben sie keinen Bezug auf das menschliche freie Wollen.

Wie gesagt hält Wieacker Ihering für einen juristischen Naturalisten, insbesondere weil Wieacker findet, dass Ihering auf die Werttheorie verzichtete. Iherings juristischer Naturalismus verneinte wissenschaftstheoretisch

---

<sup>25</sup> Wieacker, *Privatrechtsgeschichte* aaO., S. 563.

<sup>26</sup> Wieacker, *Privatrechtsgeschichte* aaO., S. 564.

<sup>27</sup> Wieacker, *Privatrechtsgeschichte* aaO., S. 565.

<sup>28</sup> Vgl. Larenz, *Methodenlehre*, S. 29.

<sup>29</sup> Vgl. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte* aaO., S. 566.

<sup>30</sup> Wieacker, *Privatrechtsgeschichte* aaO., S. 566.

<sup>31</sup> Wieacker, *Privatrechtsgeschichte* aaO., S. 567.

<sup>32</sup> Wieacker, *Privatrechtsgeschichte* aaO., S. 567.

den Wert der Freiheit, den die idealistische Philosophie entwickelte. Indem der Verzicht der Idee der Freiheit als des zu Grunde liegenden Werts zur Abschaffung der Werttheorie führte, verlor der juristische Naturalismus die legitimierende Kraft. Das ist die Krise des Positivismus.

Wieacker unterscheidet einen legitimen, legitimierende Kraft habenden Positivismus, „der sich selbst an unbedingte übergesetzliche Rechtsgrundsätze bindet, von einem illegitimen Positivismus, der sich von ihnen dispensiert hat.“<sup>33</sup> Und der Kampf gegen diesen illegitimen Positivismus ist ein Kampf gegen die Verbindlichkeit ungerechter Gesetze. Er spürt weiter nach der Strömung des illegitimen Positivismus bis zum Gesetzespositivismus, der nationalsozialistische ungerechte Gesetze herbeibrachte.

## 2. Ihering und die Werttheorie

Wieackers Interpretation von Ihering setzen die Vertreter der Fortsetzungstheorie eine andere Interpretation entgegen. Nach Behrends sind Rechtsprinzipien für Ihering zwar „Erzeugnisse einer zweckmäßigen, vom Menschen gestalteten, aber sich zugleich objektivierenden Entwicklung“.<sup>34</sup> Antriebe dieser Entwicklung sind Überzeugungen des Werts und der Zweckmäßigkeit, die beide nicht faktisch, sondern normativ zu begreifen sind. Rechtsprinzipien sind ihm zwar geschichtlich relative, aber nicht das wertfreie Verhältnis von Ursache und Wirkung.

Auch Dreier beschreibt, dass Ihering bei der Fortbildung des Rechts materiale Kriterien der Gerechtigkeit für unentbehrlich ansah, in denen *naturalis aequitas* und *bonum et aequum* enthalten sind, die nicht mehr nur rechtspolitische Leitungsprinzipien sind.<sup>35</sup> Nach Dreiers Auffassung ist Iherings Evolutionstheorie wegen dieses Elements der materialen Richtigkeit keine positivistische Theorie.<sup>36</sup>

Angesichts dieser Auseinandersetzung mit den Auffassungen von Wieacker einerseits, von Behrends und Dreier andererseits, meine ich, dass der damalige Zeitgeist bei Überlegungen zur Stellungnahme zu beachten ist. Einst schrieb Julius Binder über Nietzsche, dass nach dem Sturz der idealistischen Philosophie ihm nichts anderes als positivistische Wörter übrig blieben, dennoch war er kein Positivist.<sup>37</sup> Das gilt auch für Ihering. Wie Dreier zeigt, verstand Ihering seine Theorie als eine rechtsphilosophische, durch die er wieder Vertrauen in die Rechtsphilosophie gewann. Er findet in Biologie, nicht in Geometrie oder Physik, einen neuen Weg zur Werttheorie. Unter seiner historischen Methode sind „Organismus“ und „Körper“, meine ich, viel wichtiger als „logische Elemente“, wegen seiner durchlaufenden Neigung zur Biologie.

<sup>33</sup> Wieacker, *Privatrechtsgeschichte* aaO., S. 562.

<sup>34</sup> Behrends, Ihering, S. 17.

<sup>35</sup> Dreier aaO., S. 129.

<sup>36</sup> Dreier aaO., S. 129

<sup>37</sup> Binder, Julius: *Nietzsches Staatsauffassung*. Vorausgehend die Chronik des Jahres 1924/25. Festrede zur Jahresfeier der Georg-August-Universität am 17. Juni 1925. Göttingen 1925, S. 36 f.

Nach dieser Meinung ist Iherings Theorie nicht umwendend, sondern fortsetzend, und sie ist Rechtsphilosophie, keine juristisch-naturalistische Theorie, sofern man unter dem juristischen Naturalismus den Verzicht auf Werttheorie versteht. Aber durch diese Stellungnahme ist Iherings Evolutionstheorie aus dem Gebiet des Positivismus nicht ausgeschlossen. Wieacker betonte schon, dass die Begriffsjurisprudenz (od. wissenschaftlicher Positivismus) den Hintergrund der kantischen Ethik aus idealistischer Philosophie aufnahm. In diesem Sinne enthält Iherings Theorie eine Werttheorie. Man kann die Grundgedanken dieser Theorie „evolutionärer Positivismus“ nennen.

Was ich noch am Ende bemerken möchte, ist die Ähnlichkeit von Wieackers Theorie zu der als Rechtsphilosophie verstandenen Theorie Iherings. Wieacker schrieb, dass in der Beschreibung und Erklärung der Wirklichkeitsvoraussetzung des Rechts nicht etwa eine Verleugnung des Gerechtigkeitswerts liegt, sondern gerade die erste Voraussetzung für seine Auffassung. Weil die Gerechtigkeit eine zeitlose und unabänderliche Anforderung ist, wie Wieacker weiter schrieb, fordert sie von den jeweiligen Zeiten, Lagen und Personen Verschiedenes, nämlich von jedem und für jeden „das Seine“<sup>38</sup>. Das gilt auch für Iherings Theorie. Übrigens soll man nicht verkennen, dass es auch Wieackers Verdienst ist, die Bedeutung des juristischen Naturalismus zur umfassenden Wirklichkeitsentdeckung vollständig erkannt zu haben.

#### **IV. Schlusswort**

Man kann sagen, dass Biologie und ihre Möglichkeiten das Recht vor neue Herausforderungen stellen und neue Theorien verlangen. Ein Vertreter einer biologischen Evolutionstheorie könnte Niklas Luhman sein; er erklärt das Recht unter der Autopoiesis-Theorie. Aber seine Theorie hat mit der Gerechtigkeit nichts zu tun.

Der Münchner Rechtsphilosoph, Lothar Philipps, hat neuestens in seinem Aufsatz „Von Menschen und Memen“ Folgendes geschrieben. „Biologismus“ war unter Geisteswissenschaftlern lange Zeit ein Schimpfwort. In der letzten Zeit vernimmt man dies Wort allerdings selten; stattdessen geht die Rede von der „Zweiten darwinistischen Revolution“ um. Deshalb warte ich auf den Zweiten Ihering, der mit der Gen-Biologie und der Bio-Ethik eine umfassende Rechtsphilosophie begründet.

---

<sup>38</sup> Wieacker, Privatrechtsgeschichte aaO., S. 569.

---

# Zur Bedeutung und Funktion von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen des deutschen Privatrechts

Rainer Hausmann, Konstanz

## A. Einführung

Die klassische Reaktion des Zivilrechts auf eine unerlaubte Handlung ist der Schadensersatzanspruch, der – sieht man von Sonderfällen der sog. Gefährdungshaftung ab – Verschulden des Schädigers voraussetzt. Im deutschen Recht sind dem in seinen absoluten Rechten verletzten Gläubiger indessen schon frühzeitig verschuldensunabhängige Abwehransprüche zugebilligt worden, nämlich einerseits der Unterlassungsanspruch mit dem Ziel, die Wiederholung einer bereits eingetretenen oder den drohenden erstmaligen Eintritt einer Rechtsgutsverletzung zu verhindern, und andererseits der Beseitigungsanspruch mit dem Ziel, den fortwirkenden rechtswidrigen Störungszustand zu beenden. Die Entwicklung der Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche im deutschen Recht soll nachfolgend für drei Rechtsgebiete exemplarisch dargestellt werden, nämlich das allgemeine bürgerliche Recht, das Recht des unlauteren Wettbewerbs und das Verbraucherschutzrecht.

## B. Der bürgerlichrechtliche Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch

Anders als z. B. der italienische Codice civile sieht das deutsche BGB zum Schutz der Inhaber gewisser absoluter Rechte neben Schadensersatzansprüchen ausdrücklich auch Abwehransprüche, nämlich Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche vor. Wichtigste Grundlage für solche Ansprüche ist § 1004 BGB, der zum Schutz des Eigentums folgendes bestimmt:

*§ 1004 Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch.*

*(1) Wird Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind „weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen.*

*(2) Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist.*

In gleicher Weise wie das Eigentum in § 1004 schützt das BGB auch das Namensrecht in § 12 und den Besitz in § 862 Abs. 1 durch Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche gegen Eingriffe Dritter. Prototyp des bürgerlichrechtlichen Abwehrenspruchs ist freilich § 1004 BGB, dessen Voraussetzungen und Rechtsfolgen daher zunächst kurz vorgestellt werden sollen.

## **I. Der Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB**

Während § 985 BGB den Schutz des Eigentums dadurch verwirklicht, dass er dem Eigentümer die Verschaffung des Besitzes ermöglicht, schützt § 1004 BGB gegen alle Beeinträchtigungen, die das Eigentum auf andere Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes stören. § 1004 BGB gewährt diesen Schutz dadurch, dass er gegen bevorstehende drohende Beeinträchtigungen einen Unterlassungsanspruch (§ 1004 Abs. 1 S. 2 BGB) und gegen bereits eingetretene, noch existente Beeinträchtigungen den Anspruch auf Beseitigung (§ 1004 Abs. 1 S. 1 BGB) einräumt.

### **1. Voraussetzungen des Anspruchs**

#### **a) Eigentumsbeeinträchtigung**

Beeinträchtigung ist jeder dem Inhalt des Eigentums (§ 903 BGB) widersprechende Eingriff in die rechtliche oder tatsächliche Herrschaftsmacht des Eigentümers. Dies gilt insbesondere für positive Einwirkungen im Sinne unerlaubter Angriffe auf die Substanz der Sache (z.B. Beschädigung) sowie ihre unerlaubte Benutzung (z.B. Betreten oder Bebauen eines fremden Grundstücks). Eine Beeinträchtigung der Sachsubstanz ist also nicht erforderlich, sofern nur die Besitz- und Nutzungsmöglichkeit des Eigentümers geschmälert wird. Eine Beeinträchtigung ist auch die Zuführung der in § 906 BGB genannten unwägbaren Stoffe (Immissionen von Gasen Dämpfen, Gerüchen, Rauch, Geräuschen, Erschütterungen) von einem Nachbargrundstück. In neuerer Zeit hat die deutsche Rechtsprechung den Schutz des § 1004 BGB auch auf negative Einwirkungen ausgedehnt, die dadurch gekennzeichnet sind, dass einer Sache – insbesondere einem Grundstück – die natürlichen Verbindungen zur Umwelt (Zugang, Grundwasser, Licht, Aussicht, Fernsehempfang) entzogen werden. Umstritten ist hingegen, ob auch bloße ideelle Einwirkungen auf das Eigentum ausreichen, wenn also der Eigentümer durch das Verhalten Dritter in seinem ästhetischen oder sittlichen Empfinden derart beeinträchtigt wird, dass er sich dem auf zumutbare Weise nicht entziehen kann (z.B. Schrottplatz auf einem benachbarten Grundstück in einer Wohngegend).

#### **b) Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung**

Die Abwehrensprüche nach § 1004 BGB sind weiterhin nur gegen rechtswidrige Beeinträchtigungen gegeben. Rechtswidrig ist grundsätzlich jede Beeinträchtigung schon allein aufgrund ihres Erfolgs, dh. wegen der Störung des ungehinderten Eigentumsgenusses, sofern nicht besondere Duldungspflichten iSv. § 1004 Abs. 2 BGB bestehen. Dabei gilt für § 1004 BGB der Grundsatz des Zustandsunrechts, derzufolge das Urteil über die

Rechtswidrigkeit allein aus dem missbilligten Zustand abgeleitet wird. Allerdings muss die Beeinträchtigung in irgendeiner Weise auf menschliches Verhalten zurückführbar sein, das eine konkrete Gefahrenquelle für das Grundstück oder die sonst betroffene Sache des Eigentümers schafft. Dieses Verhalten selbst muss jedoch weder rechtswidrig noch schuldhaft sein. Reine Naturereignisse, die ohne menschliches Zutun auf die Sache einwirken, begründen daher keinen Anspruch nach § 1004 BGB.

## **2. Anspruch auf Unterlassung und Beseitigung**

### **a) Unterlassungsanspruch**

Rechtswidrige Beeinträchtigungen seines Eigentums braucht der Eigentümer nicht zuzulassen; er kann sie vielmehr verhindern, bevor sie sich auswirken. Voraussetzung ist lediglich, dass die Beeinträchtigung droht, d.h. als konkrete Gefahr unmittelbar und ernstlich bevorsteht. Dies wird immer dann vermutet, wenn es bereits zu einer Beeinträchtigung des Eigentums gekommen ist. Der Eigentümer kann aber nach heute überwiegender Meinung bereits gegen die drohende erste Beeinträchtigung vorgehen, obwohl der Wortlaut des § 1004 Abs. I S. I BGB ('weitere Beeinträchtigungen') eine bereits geschehene Beeinträchtigung vorauszusetzen scheint.

### **b) Beseitigungsanspruch**

Ist die Beeinträchtigung bereits geschehen und verbleibt ein störender Zustand, so kann der Eigentümer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Durch diesen Anspruch soll der verbliebene Störungszustand für die Zukunft beseitigt werden. Dies führt zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten mit dem Schadensersatzanspruch, der – im Gegensatz zum Beseitigungsanspruch – nur bei einem schuldhaften Eingriff in das Eigentum nach § 823 Abs. 1 BGB in Betracht kommt und gern. § 249 S. I BGB auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands (Naturalrestitution) gerichtet ist. Die Grenzziehung ist in der deutschen Literatur umstritten und von der Rechtsprechung bisher nicht abschließend geklärt. Vorzugswürdig ist die Auffassung, derzufolge der Beseitigungsanspruch darauf gerichtet ist, den Zustand der Benutzbarkeit wieder herzustellen. Einigkeit besteht ferner darüber, dass die Beseitigungspflicht als verschuldensunabhängige Kausalhaftung weniger weit reicht als die Verpflichtung zur Naturalrestitution nach § 249 BGB bei einem Schadensersatzanspruch. Die Beseitigungspflicht betrifft insbesondere nur die Sache selbst, nicht Schadensfolgen am sonstigen Vermögen des Geschädigten. Ferner kann Geldersatz aufgrund von § 1004 BGB allein nicht verlangt werden.

## **II. Ausdehnung der bürgerlichrechtlichen Abwehransprüche auf weitere Rechtsgüter**

### **1. Geschützte Rechtsgüter**

§ 1004 BGB dient seinem Wortlaut nach nur dem Schutz des Eigentums; aufgrund von Verweisungen ist die Vorschrift aber auch auf beschränkt-dingliche Rechte, z.B. Dienstbarkeiten (§§ 1027, 1090 Abs. 2

BGB), den Nießbrauch (§ 1065 BGB) und das Pfandrecht (§ 1227 BGB) entsprechend anwendbar. Darüber hinaus werden andere absolute Rechte in Spezialgesetzen durch Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche geschützt, z.B. das Wohnungseigentum (§ 34 Abs. 2 WEG), der Besitz (§ 862 Abs. 1 BGB), der Name (§ 12 BGB) sowie die meisten Immaterialgüterrechte, z.B. Patente (§ 139 Abs. 1 PatG), Marken (§§ 14 Abs. 5, 15 Abs. 4, 128 Abs. 1, 135 Abs. 1 MarkenG) und Urheberrechte (§ 97 UrhG). Aus diesen Bestimmungen wird der heute im deutschen Recht allgemein anerkannte Grundsatz abgeleitet, dass jedes absolute Recht gegen Beeinträchtigungen durch Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche in entsprechender Anwendung von § 1004 BGB geschützt ist. Dies gilt insbesondere für die in § 823 Abs. 1 BGB ausdrücklich geschützten Rechtsgüter Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit, erstreckt sich aber auch auf alle 'sonstigen Rechte', die – wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, das Recht am eigenen Bild (§22 KUG), die eheliche Lebensgemeinschaft oder das elterliche Sorgerecht – gegen widerrechtliche Eingriffe Dritter absoluten Schutz genießen. Die Rechtsprechung hat die Unterlassungsklage darüber hinaus auch bei einem drohenden Verstoß gegen ein sog. Schutzgesetz iSv. § 823 Abs. 2 BGB gegeben.

## **2. Anspruchsvoraussetzungen**

Materielle Anspruchsvoraussetzung für die Unterlassungsklage zum Schutz von absoluten Rechten, die das Gesetz selbst nur durch Schadensersatzansprüche schützt, ist – wie in § 1004 BGB – eine ernstliche, auf Tatsachen gegründete Besorgnis, dass in Zukunft gegen eine bestehende Unterlassungspflicht erstmals oder wiederholt verstoßen wird. Ein Verschulden ist für den Unterlassungsanspruch auch dann nicht erforderlich, wenn die Schadensersatznorm Verschulden voraussetzt. Die Rechtswidrigkeit der Handlung genügt auch in diesem Fall.

### **a) Wiederholungs- oder Erstbegehungsgefahr**

Im Regelfall begründet die vorangegangene rechtswidrige Beeinträchtigung eines geschützten Rechtsguts die tatsächliche Vermutung für die Wiederholungsgefahr; an deren Widerlegung durch den Verletzer sind hohe Anforderungen zu stellen. Auch die uneingeschränkte, bedingungslose und ernstliche Verpflichtung des Verletzers zur Unterlassung weiterer Verletzungen genügt in der Regel nur dann, wenn der Verletzer eine angemessene Vertragsstrafe für jeden künftigen Fall der Zuwiderhandlung übernimmt.

Ausreichend für eine – dann vorbeugende – Unterlassungsklage ist aber auch die sog. Erstbegehungsgefahr, d.h. die Besorgnis, dass es in der Zukunft erstmalig zu einem rechtswidrigen Eingriff in geschützte Rechtsgüter und Interessen des Berechtigten kommt. Sie ist etwa gegeben, wenn sich jemand des Rechts berührt, die Verletzungshandlung vornehmen zu dürfen.

### **b) Aktiv- und Passivlegitimation**

Zur Erhebung der Unterlassungsklage berechtigt ist der Inhaber des verletzten Rechtsguts. Zur Unterlassung verpflichtet ist der Störer, d.h.

derjenige, dessen Verhalten die Beeinträchtigung veranlasst hat oder eine Beeinträchtigung befürchten lässt, unabhängig von Art und Umfang seines Tatbeitrags.

### **3. Rechtsnatur**

Früher war – nicht zuletzt im Hinblick auf den Gesetzeswortlaut des § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB ('... kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen') – streitig, ob der Unterlassungsanspruch ein materiell-rechtlicher Anspruch iSv. § 241 Abs. 1 BGB oder nur ein prozessualer Rechtsbehelf ist. Für die Auffassung, dass die Vorschrift lediglich einen prozessualen Rechtsbehelf und keinen materiell-rechtlichen Anspruch gewährt, wurde insbesondere angeführt, dass ein gegen jedermann bestehender Anspruch nicht in das System der subjektiven Rechte passe. Die Frage ist inzwischen zu Recht zugunsten des materiell-rechtlichen Anspruchscharakters iSv. § 194 BGB entschieden, und zwar sowohl für den negatorischen wie für den quasi-negatorischen Anspruch. Der Einwand, der Anspruch sei, weil er sich gegen jedermann richte, nicht genügend individualisiert, trifft nicht zu; der Anspruch ist vielmehr durch das Tatbestandsmerkmal der Begehungsgefahr hinreichend individualisiert. Der Unterschied beider Auffassungen zeigt sich etwa bei der Frage, ob die nur für Ansprüche geltenden Verjährungsvorschriften anzuwenden sind. Dies ist nach h.M. zu bejahen, weil der Unterlassungsanspruch sich eben nicht gegen alle Unbeteiligten richtet, sondern nur gegen diejenigen, von denen konkret eine Beeinträchtigung droht.

## **C. Der wettbewerbsrechtliche Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch**

### **I. Allgemeines**

#### **1. Neuregelung im UWG 2004**

Außerhalb des bürgerlichen Rechts hat der Unterlassungsanspruch die größte praktische Bedeutung im Recht des unlauteren Wettbewerbs, das in Deutschland durch Gesetz vom 03.07.2004 grundlegend reformiert worden ist. In diesem Gesetz wurden erstmals die Verbote und die Anspruchsgrundlagen voneinander getrennt geregelt. Während die §§ 3 bis 7 UWG das unlautere Verhalten umschreiben, sind Ansprüche, die durch ein solches Verhalten ausgelöst werden, umfassend in den §§ 8 bis 10 UWG geregelt, wobei § 8 Abs. 1 UWG die Abwehransprüche (Beseitigung, Unterlassung), § 9 den Schadensersatzanspruch und § 10 den neu eingeführten Gewinnherausgabeanspruch betrifft.

#### **2. Terminologie**

Der wettbewerbsrechtliche Abwehranspruch schließt den gegen künftige unlautere Wettbewerbshandlungen gerichteten Unterlassungsanspruch und den gegen bereits eingetretene Beeinträchtigungen gerichteten Beseitigungsanspruch ein. § 8 Abs. 1 UWG nennt – ebenso wie § 1004 BGB – sogar zuerst den Beseitigungsanspruch. Andere Gesetze sprechen dagegen nur von Unterlassung; der Beseitigungsanspruch ist aber auch dort immer

mitzudenken. Ein Unterfall des Beseitigungsanspruchs ist der Widerrufsanspruch, der auf die Richtigstellung irreführender oder wettbewerbswidriger Äußerungen gegenüber einem Dritten gerichtet ist. Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche sind jedoch nicht zwangsläufig miteinander verbunden. Sie stehen vielmehr selbstständig nebeneinander und unterscheiden sich – ebenso wie im Allgemeinen Bürgerlichen Recht – in ihren rechtlichen Voraussetzungen.

### **3. Bedeutung**

Der auf Abwehr künftiger Wettbewerbsverstöße gerichtete Unterlassungsanspruch ist im Wettbewerbsrecht der wichtigste Anspruch überhaupt. Die Gesetze gewähren ihn regelmäßig mit der Wendung, der Verletzer könne ‚auf Unterlassung in Anspruch genommen werden‘ (z. B. § 8 Abs. 1 UWG). Wie im bürgerlichen Recht wird der wettbewerbsrechtliche Unterlassungsanspruch gewährt, wenn entweder Umstände auf eine bevorstehende Verletzungshandlung hindeuten (vorbeugender Unterlassungsanspruch) oder wenn es bereits zu einer Verletzungshandlung gekommen ist und weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind (Verletzungsunterlassungsanspruch).

### **4. Begehungsgefahr**

Wie jeder Anspruch konkretisiert auch der Unterlassungsanspruch eine bestehende rechtliche Pflicht (§ 194 Abs. 1 BGB). Da das Unterlassungsgebot – etwa das Gebot, die Verbraucher nicht irrezuführen – ohnehin besteht, bedarf es einer Anspruchsvoraussetzung, die erklärt und begründet, weshalb das allgemeine Verhaltensgebot in einem Urteil zu einem vollstreckbaren Verbot konkretisiert werden muss. Dieses Merkmal ist die Begehungsgefahr. Der Schuldner unterscheidet sich von anderen, die in derselben Weise dem Verbot unterworfen sind, allein dadurch, dass in seiner Person eine Begehungsgefahr besteht.

### **5. Verfolgung**

Um einen Unterlassungsanspruch durchzusetzen, hat der Gläubiger mehrere Möglichkeiten: Gewöhnlich wird er den Schuldner vor einer gerichtlichen Verfolgung abmahnen, um kein Kostenrisiko einzugehen. Gibt der Schuldner hierauf eine strafbewehrte Unterlassungserklärung ab, so entfällt grundsätzlich die Wiederholungsgefahr und damit auch der Unterlassungsanspruch. Gibt der Verletzer auf eine ordnungsgemäße Abmahnung hin keine strafbewehrte Unterlassungserklärung ab, so gibt er damit Veranlassung zur gerichtlichen Verfolgung (§ 93 ZPO). Der Gläubiger kann dann entweder den Erlass einer einstweiligen Verfügung beantragen, die zu einem endgültigen Titel (Beschluss oder Urteil) führt, wenn der Schuldner die Verfügung – wie im Regelfall – als endgültige Regelung anerkennt. Zum anderen kann der Gläubiger auf Unterlassung klagen, wodurch er einen Titel in der Hauptsache erlangt. Gibt der Schuldner während des Verfügungs- oder des Klageverfahrens eine strafbewehrte Unterlassungserklärung ab, muss der Gläubiger dadurch reagieren, dass er

den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt, weil sein Anspruch durch den Wegfall der Wiederholungsgefahr entfallen ist.

## **II Der vorbeugende Unterlassungsanspruch**

Der Unterlassungsanspruch dient auch im Recht des unlauteren Wettbewerbs der Abwehr künftiger Beeinträchtigungen (Störungen, Eingriffe). Seine Entstehung setzt die drohende Gefahr einer Beeinträchtigung voraus; die Beeinträchtigung braucht jedoch noch nicht eingetreten zu sein. Darin liegt der Unterschied zum negatorischen Beseitigungs- und zum deliktischen Schadensersatzanspruch. Der Unterlassungsanspruch wäre eine stumpfe Waffe, wenn der Bedrohte – um weitere Angriffe abzuwehren – abwarten müsste, bis ihm ein Schaden zugefügt worden ist. In Wahrheit sind die Interessen desjenigen, der unter der Drohung eines Angriffs lebt, bereits beeinträchtigt; es genügt deshalb auch hier die sogenannte Erstbegehungsgefahr. Dies stellt § 8 Abs. 1 S. 2 UWG nunmehr ausdrücklich klar. Erstbegehungsgefahr muss – ebenso wie Wiederholungsgefahr – objektiv vorliegen. Während letztere aber auf Grund einer begangenen Verletzung vermutet wird, muss der Kläger die tatsächlichen Umstände, die eine ernstlich drohende und unmittelbar bevorstehende Gefahr erstmaliger Begehung begründen, im Einzelnen darlegen und gegebenenfalls beweisen. Die bloß theoretische Möglichkeit der Begehung genügt nicht; gegen sie schützt kein Gesetz. Gewöhnlich werden sich die Umstände, die eine Erstbegehungsgefahr begründen, aus dem Verhalten des Schuldners ergeben, möglicherweise auch erst im Prozess. Liegt keine Erstbegehungsgefahr vor, ist die Unterlassungsklage als unbegründet abzuweisen; die rechtskräftige Abweisung steht der Geltendmachung eines künftigen Unterlassungsanspruchs bei Erstbegehungsgefahr allerdings nicht entgegen.

Anders als bei einem bereits begangenen Wettbewerbsverstoß besteht keine Vermutung für den Fortbestand einer Erstbegehungsgefahr; daher ist für die Beseitigung der Erstbegehungsgefahr keine strafbewehrte Unterlassungserklärung erforderlich. Die Erstbegehungsgefahr kann im Allgemeinen durch ein entgegengesetztes Verhalten beseitigt werden. Beruht sie auf einer Äußerung, ist der Widerruf oder die Erklärung des Unterlassungswillens ausreichend. Voraussetzung ist stets, dass die Äußerung unmissverständlich und ernst gemeint ist. Ausreichend ist jedenfalls die uneingeschränkte und eindeutige Erklärung, dass die beanstandete Handlung in der Zukunft nicht vorgenommen werde. Beruht die Erstbegehungsgefahr auf einer Werbung, so endet sie, wenn diese Werbung aufgegeben wird.

## **III Verletzungsunterlassungsanspruch**

Ist es bereits in der Vergangenheit zu einer Verletzungshandlung gekommen, stellt sich die Frage der Begehungsgefahr in anderem Licht. Weiterer Anzeichen für die bevorstehende Gefahr einer Zuwiderhandlung bedarf es nun nicht mehr; vielmehr besteht aufgrund des bereits geschehenen Verstoßes grundsätzlich Wiederholungsgefahr. Damit ist Voraussetzung des Verletzungsunterlassungsanspruchs zum einen ein

bereits erfolgter Wettbewerbsverstoß, zum anderen die Wiederholungsgefahr. Das wettbewerbswidrige Verhalten muss dabei rechtswidrig, braucht aber nicht schuldhaft zu sein.

Während § 1004 Abs. 2 BGB ausdrücklich bestimmt, dass der Anspruch ausgeschlossen ist, wenn 'der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist', kennt der wettbewerbsrechtliche Unterlassungsanspruch eine solche Einschränkung nicht. Das heißt aber nicht, dass es nicht auch Fallkonstellationen gäbe, in denen ein Wettbewerber eine Beeinträchtigung durch einen Mitbewerber hinnehmen muss. Liegt eine solche Duldungspflicht vor, scheidet aber schon ein Wettbewerbsverstoß aus. Die Frage der Duldung ist also, etwa im Rahmen einer Interessenabwägung, auf der Tatbestandsebene zu beantworten.

Ist es zu einem Wettbewerbsverstoß gekommen, streitet – wie im bürgerlichen Recht – eine tatsächliche Vermutung für die Wiederholungsgefahr. Diese beschränkt sich dabei nicht auf die identische Verletzungsform, sondern umfasst auch alle im Kern gleichartigen Verletzungsformen. An den Fortfall der Wiederholungsgefahr werden auch im Wettbewerbsrecht strenge Anforderungen gestellt.

Die Vermutung ist aber widerleglich. Sie zu widerlegen, obliegt dem Verletzer. Dies gelingt im Allgemeinen nur dadurch, dass der Verletzer eine bedingungslose und unwiderrufliche Unterlassungsverpflichtungserklärung unter Übernahme einer angemessenen Vertragsstrafe für jeden Fall der Zuwiderhandlung abgibt. In der wettbewerbsrechtlichen deutschen Praxis ist die strafbewehrte Unterlassungserklärung des Verletzers zum festen Brauch geworden. Weil dem Verletzer stets dieser einfache Weg offen steht, kann kaum ein anderer Umstand die Wiederholungsgefahr ausräumen. Vielmehr zeigt der Verletzer mit der Verweigerung der Unterwerfung, dass nach wie vor Wiederholungsgefahr besteht.

#### **IV. Gläubiger des Anspruchs**

Das UWG schützt nach seinem § 1 das Interesse der Mitbewerber, der Verbraucher und der Allgemeinheit vor einem unlauteren Wettbewerb. Neben dem Individualschutz sind auch die Belange der Verbraucher und die Interessen der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb geschützt; dies war schon vor der jetzigen Neufassung des UWG anerkannt und ist nunmehr ausdrücklich im Gesetz klargestellt. Die Durchsetzung der durch das UWG geschützten Interessen erfolgt weiterhin ausschließlich mit den Mitteln des Privatrechts. Gleichwohl steht nicht jedem, dessen Interesse an der Bekämpfung unlauterer Wettbewerbshandlungen betroffen ist, die Möglichkeit zur Verfolgung von Wettbewerbsverstößen zu. Das UWG eröffnet keine Popularklage und räumt auch dem Verbraucher keine Klagebefugnis ein. Wer Gläubiger eines Unterlassungsanspruchs ist, ergibt sich vielmehr abschließend aus § 8 Abs. 3 UWG. Aktiv legitimiert für die Unterlassungsklage ist danach in erster Linie der Mitbewerber (Nr. 1); darunter versteht das UWG nur solche Unternehmer, die als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen mit dem Schuldner in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis stehen (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG). Darüber hinaus räumt § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG den dort näher bezeichneten Wirtschaftsverbänden ein eigenes Recht auf Verfolgung von Wettbewerbs-

verstößen ein. Diese Verbandsklagebefugnis hat im deutschen Recht eine lange Tradition und war bereits im Wettbewerbsgesetz von 1896 vorgesehen. Sie hat ihren Grund darin, dass die Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs nicht nur dem Interesse der einzelnen Mitbewerber, sondern auch der Allgemeinheit dient. Die Verbandsklagebefugnis ist im Jahre 1965 auf Verbraucherverbände ausgedehnt worden. Daran hat man auch im Zuge der Neufassung des UWG ausdrücklich festgehalten (§8 Abs. 3 Nr. 3 UWG). Schließlich sind seit dem Jahre 1996 auch die Industrie- und Handelskammern sowie die Handwerkskammern klagebefugt, soweit der Wettbewerbsverstoß den Aufgabenbereich dieser Kammern berührt (§ 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG).

## **V. Missbräuchliche Klagerhebung**

Die Geltendmachung der in § 8 Abs. 1 UWG genannten Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche ist schließlich nach § 8 Abs. 4 UWG unzulässig, wenn sie unter Berücksichtigung der gesamten Umstände missbräuchlich ist, insbesondere wenn sie vorwiegend dazu dient, gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung entstehen zu lassen. Die Vorschrift enthält nach hM keine materiell-rechtliche Einwendung, sondern schließt die Prozessführungsbefugnis aus. Die Frage der missbräuchlichen Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs ist daher von den Gerichten in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen. Wird ein Missbrauch bejaht, so ist die Klage als unzulässig abzuweisen, ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

## **D. Der Verbraucherschützende Unterlassungsanspruch**

### **I. Gesetzgebungsgeschichte**

Neben dem bürgerlichrechtlichen und dem wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch ist im deutschen Recht seit Mitte der siebziger Jahre des vorigen Jahrhunderts die abstrakte Unterlassungsklage zum Schutz von Verbraucherinteressen getreten. Sie wurde eingeführt durch das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) vom 19.12.1976, das am 1.1.1977 in Kraft getreten ist. In der damals in Deutschland geführten Diskussion bestand weitgehend Einigkeit darüber, dass die materiell-rechtlichen Vorschriften über die Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch verfahrensrechtliche Kontrollmechanismen ergänzt werden müssen, um die Verbraucher effektiv zu schützen. Der 50. Deutsche Juristentag, der im März 1975 in Hamburg tagte, empfahl dem Gesetzgeber die Zulassung einer abstrakten Unterlassungsklage gegen AGB-Verwender sowie die Einführung einer Klagebefugnis der Wirtschafts- und Verbraucherverbände. Diesen Vorschlägen ist der Gesetzgeber mit dem AGB-Gesetz von 1976 im Wesentlichen gefolgt. Nach § 13 dieses Gesetzes konnten Verwender und Empfehler unwirksamer AGB-Bestimmungen auf Unterlassung und Widerruf verklagt werden. Klagebefugt waren – ebenso wie nach dem UWG – Verbraucherverbände, Wirtschaftsverbände sowie die Kammern von Industrie, Handel und Handwerk. Damit war

Deutschland – neben Schweden – Vorreiter auf dem Gebiet der verfahrensrechtlichen Kontrolle des Inhalts von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Europa. Die mit §§ 13 ff AGBG in Deutschland gemachten Erfahrungen haben auch den europäischen Gesetzgeber maßgeblich beeinflusst, als dieser im Jahre 1998 die Richtlinie 98/27 EG über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen verabschiedet hat. Die damalige Grundsatzentscheidung des deutschen Gesetzgebers für ein formal noch im zivil- und zivilprozessrechtlichen Rahmen bleibendes nachträgliches Kontrollverfahren – und gegen eine präventive Kontrolle durch staatliche Behörden, – hat sich damit als zukunftsweisender Reformansatz erwiesen.

Im Zuge der Schuldrechtsreform von 2001 hat der deutsche Gesetzgeber die materiell-rechtlichen Vorschriften zur Wirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in die §§ 307 ff BGB übernommen. Demgegenüber wurden die in §§ 13 ff ABGB enthaltenen Vorschriften zum Verbandsklageverfahren zusammen mit weiteren Vorschriften zur Umsetzung der Richtlinie 98/27/EG über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen in ein eigenständiges 'Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen' (Unterlassungsklagengesetz – UKlaG) zusammengefasst, das am 1. Januar 2002 in Kraft getreten ist.

## **II. Anspruchsvoraussetzungen**

### **1. Verwendung und Empfehlung unwirksamer AGB**

In Übereinstimmung mit § 13 AGBG a.F. regelt § 1 UKlaG den Unterlassungs- und Widerrufsanspruch gegen die Verwendung von unzulässigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Wer in AGB Bestimmungen, die nach den §§ 307–309 BGB unwirksam sind, verwendet oder für den rechtsgeschäftlichen Verkehr empfiehlt, kann danach auf Unterlassung und im Fall des Empfehlens auch auf Widerruf in Anspruch genommen werden. Die Vorschrift soll gewährleisten, dass der Rechtsverkehr von unwirksamen AGB freigehalten wird, und verhindern, dass sich Rechtsunkundige von einer Geltendmachung ihrer Rechte abhalten lassen, wenn ihnen eine nach §§ 307–309 BGB unwirksame Klausel entgegengehalten wird. Sie schützt allerdings nur gegen den Inhalt von AGB, nicht gegen die Art ihrer Einbeziehung. Der verbraucherschützende Zweck der Vorschrift rechtfertigt nach h.M. eine erweiternde Auslegung. Danach kann die Unterlassungsklage nicht nur auf die Unwirksamkeit der AGB nach §§ 307–309 BGB und Verstöße gegen das daraus folgende Transparenzgebot gestützt werden, sondern auch auf den Verstoß gegen sonstige gesetzliche Verbote oder zwingendes Recht. Ungeschriebene Voraussetzung für den Unterlassungsanspruch ist auch bei Verwendung oder Empfehlung unwirksamer AGB die Wiederholungsgefahr oder die ernsthaft drohende Gefahr der erstmaligen Verwendung.

Auch beim Unterlassungsanspruch nach § 1 UKlaG handelt es sich um keinen prozessualen Rechtsbehelf, sondern um einen den Anspruchsberechtigten im öffentlichen Interesse zugewiesenen materiell-rechtlichen Anspruch iSv. § 194 Abs. I BGB. Die Verwendung oder Empfehlung unwirksamer AGB kann zugleich wettbewerbswidrig sein. In diesem Fall kann der Anspruch sowohl auf § 1 UKlaG als auch auf § 8 UWG gestützt werden.

Beide Ansprüche bestehen materiell–rechtlich nebeneinander; prozess–rechtlich handelt es sich hingegen um einen Streitgegenstand.

## **2. Verstöße gegen sonstige Verbraucherschutzgesetze**

Einen weiteren Unterlassungsanspruch im Verbraucherinteresse sieht § 2 UKlaG vor. Danach kann, wer in anderer Weise als durch Verwendung oder Empfehlung von AGB Vorschriften zuwiderhandelt, die dem Schutz der Verbraucher dienen, auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Auch dieser Anspruch dient allein dem kollektiven Schutz der Verbraucher–interessen, nicht der Durchsetzung von Individualansprüchen. Anspruchsvoraussetzung ist der Verstoß gegen ein Verbraucherschutzgesetz, d.h. gegen ein Gesetz, das entweder ausschließlich oder – neben anderen Zwecken – zumindest auch dem Verbraucherschutz dient. Dazu gehören nach der Aufzählung in § 2 Abs. 2 UKlaG vor allem diejenigen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, die – wie die Regeln zum Verbrauchsgüter–kauf, zu Haustürgeschäften, Fernabsatzverträgen, Reiseverträgen und Verbraucherdarlehen – in Umsetzung europäischer Verbraucherrichtlinien geschaffen wurden. Durch seine offene Formulierung geht § 2 UKlaG allerdings über den abschließenden Katalog der Richtlinie 98/27/EG hinaus und erstreckt den Unterlassungsanspruch auf Verstöße gegen sämtliche deutsche Verbraucherschutzvorschriften.

## **III. Aktivlegitimation und Prozessführungsbefugnis**

Die in § 1 und 2 UKlaG bezeichneten Ansprüche auf Unterlassung und auf Widerruf stehen nicht dem einzelnen Verbraucher, sondern nur den in § 3 UKlaG genannten Institutionen zu, nämlich bestimmten qualifizierten Einrichtungen, die entweder in die hierfür geschaffene deutsche Liste oder das Verzeichnis der EG–Kommission nach Art.4 der EG–Richtlinie eingetragen sind (Nr. 1), ferner bestimmten rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Interessen (Nr. 2) sowie den Industrie– und Handelskammern oder den Handwerkskammern.

Umstritten ist, ob mit der Anspruchsberechtigung in § 3 UKlaG neben der Aktivlegitimation auch die Prozessführungsbefugnis geregelt worden ist. Dies wird von der überwiegenden Meinung in Deutschland zu Recht bejaht. Daraus folgt, dass auch die Prozessführungsbefugnis der in § 3 Abs. 1 Nr. 2 UKlaG genannten Wirtschaftsverbände der Parteidisposition entzogen und im öffentlichen Interesse als besondere Prozessvoraussetzung von Amts wegen zu prüfen ist. Genügt der klagende Verband daher nicht den gesetzlichen Voraussetzungen, so ist die Unterlassungsklage nicht als unbegründet, sondern durch Prozessurteil als unzulässig abzuweisen.



---

# Außergerichtliche Streitbeilegung und Mediation

Jörg Eisele, Konstanz

## I. Bedeutung der außergerichtlichen Streitbeilegung

Die außergerichtliche Konfliktbeilegung hat in den letzten Jahren in Deutschland nicht nur in der wissenschaftlichen Diskussion erheblich an Bedeutung gewonnen. Vielmehr hat sich ihr auch der Gesetzgeber – angesichts der knappen Finanzmittel freilich u.a. durch den Gesichtspunkt der Justizentlastung motiviert – angenommen. So hat der Bundesgesetzgeber mit dem Gesetz zur Förderung der außergerichtlichen Konfliktbeilegung die sog. Öffnungsklausel des § 15 a EGZPO eingeführt. Diese räumt den einzelnen Bundesländern im Bereich des Zivilprozesses die Möglichkeit ein, dass sie in vermögensrechtlichen Streitigkeiten bis zu 750 €, bei nachbarrechtlichen Streitigkeiten und bei Streitigkeiten, die die persönliche Ehre betreffen, die Zulässigkeit einer Klage von der Durchführung einer obligatorischen außergerichtlichen Streitschlichtung abhängig machen.

## II. Verhandeln (Negotiation) als Grundform der Streitbeilegung

Das Verhandeln wird zumeist als ein Prozess verstanden, bei dem zwei oder mehr Parteien Diskussionen führen, um dadurch eine Einigung über einen Gegenstand zu finden, über den Streit herrscht. Die meisten Konflikte werden so in einer informellen Art und Weise entweder von den Parteien selbst oder unter Hinzuziehung von Rechtsanwälten gelöst, ohne dass es einer Vermittlung durch Dritte bedarf. Das Verhandeln wird daher auch als Grundform aller Streitbeilegungsformen angesehen. Dabei sind das intuitive und das rationale Verhandeln zu unterscheiden.

### 1. Intuitives Verhandeln

Bei einer alltäglichen Verhandlung wird meist auf intuitive und unreflektierte Weise vorgegangen. Dabei stellt die eine Partei eine völlig überzogene Forderung, während die andere Partei mit einem viel zu geringen Angebot antwortet. Es wird dann verhandelt, bis sich beide Parteien annähern und so eine Einigung erzielen.

Die Suche nach einer einvernehmlichen Lösung im Wege des intuitiven Verhandeln ist freilich mit Schwierigkeiten behaftet. Zunächst besteht die Gefahr, dass eine Partei versucht, durch unfaires Verhalten, durch Anwendung von Manipulationstechniken oder durch Ausnutzen eines Wissensvorsprungs Vorteile zu erlangen. Dies kann dazu führen, dass die andere Partei das im Wege der Verhandlung gefundene Ergebnis später nicht mehr akzeptiert und deshalb ein neuer Streit ausbricht. Auch sind die Parteien

aufgrund der Komplexität der Lebenssachverhalte bei ihren Verhandlungen häufig überfordert. Erschwert werden Verhandlungen – insbesondere wenn zwischen den Beteiligten persönliche Bindungen bestehen – ferner dadurch, dass die Parteien mitunter emotional reagieren und daher eine Eskalation des Konflikts droht.

## 2. Rationales Verhandeln

Die Nachteile des intuitiven Verhandeln sollen nach dem sog. Harvard-Konzept durch rationales Verhandeln vermieden werden. Das kompetitive Verhandeln soll dabei durch ein kooperatives Verhandeln ersetzt werden. Rational ist eine Verhandlung nach diesem Konzept dann, wenn alle störenden Begleitumstände, die für die Lösung des Sachproblems unerheblich sind, ausgeschaltet werden können. Die Parteien dürfen sich ferner nicht von Emotionen leiten lassen, so dass die Verhandlung allein auf sachlicher Ebene stattfindet. Um dies gewährleisten zu können, soll der rationalen Verhandlung ein strukturierter Ablauf zugrunde liegen.

Das Modell einer rationalen Verhandlung setzt sicherlich zutreffend daran an, den Ablauf der Verhandlung zu strukturieren und die Interessen beider Parteien durch ein kooperatives Verhalten zu berücksichtigen. Dennoch dürfte es sich eher um ein theoretisches als um ein praktikables Verhandlungsmodell handeln. Denn es ist kaum denkbar, dass die Parteien, die sich bereits in einem (emotionalen) Konflikt befinden, zu einer solch strukturierten Vorgehensweise zusammenfinden und die vereinbarten Themen sowie den Ablauf ohne das Eingreifen Dritter einhalten.

## III. Streitbeilegung im staatlichen Gerichtsverfahren

Gelingt es den Parteien nicht, eine Lösung des Konflikts im Verhandlungswege zu finden, so schließt sich oftmals ein Verfahren vor staatlichen Gerichten an. Im Gerichtsverfahren steht freilich weniger die Klärung der eigentlichen Ursachen des Konflikts im Vordergrund, als vielmehr die Durchsetzung der von den Parteien eingenommenen *Positionen*. Dies zeigt sich bereits daran, dass der Kläger nach § 253 II Nr. 2 ZPO seine Position in der Klageschrift in einem bestimmten Antrag bezeichnen muss. Die Gerichtsverhandlung ist folglich zumeist durch ein kompetitives Verhalten gekennzeichnet, da die Parteien versuchen werden, den zur Entscheidung berufenen Richter von ihren Positionen zu überzeugen. Die eigentlichen Wurzeln des Konflikts und die Interessen der Parteien spielen hingegen jedenfalls dann eine untergeordnete Rolle, wenn sie für den Streitgegenstand des Verfahrens unerheblich sind. So mag in Nachbarschaftsstreitigkeiten der Kläger zwar möglicherweise die Beseitigung der ungeliebten Hecke erreichen, ein dauerhafter Rechtsfrieden zwischen den verfeindeten Nachbarn wird so aber kaum erreicht werden. Auch lassen sich bestimmte Interessen, die – wie freundliche Verhaltensweisen – lediglich den sozialen Umgang miteinander betreffen, oftmals mangels Bestehen einer Anspruchsgrundlage nicht in einem Gerichtsverfahren einklagen.

## 1. Der Prozessvergleich als Form der konsensualen Streitbeilegung im Gerichtsverfahren

Allerdings bietet auch das staatliche Gerichtsverfahren in Form des Vergleichs einen erheblichen Spielraum für kreative Lösungen und für eine umfassende Erledigung des Konflikts. „Der Vergleich stiftet nur dann Rechtsfrieden, wenn er den Konflikt der Parteien löst. Der Prozess ist aber oft nur die Spitze des Eisbergs. Weitere Prozesse sind anhängig oder stehen bevor. Der Richter versucht, alle Streitpunkte aufzudecken und im Vergleich mitzuregeln. Dies bietet sich vor allem dann an, wenn die Parteien in Geschäftsbeziehungen stehen oder als Nachbarn nebeneinander leben müssen.“ Eine solche umfassende Erledigung unter Berücksichtigung der Parteiinteressen stellt in der Praxis freilich den Ausnahmefall dar. Dies dürfte vor allem daran liegen, dass die hierfür erforderliche Aufarbeitung des Konflikts erhebliche Zeit in Anspruch nehmen kann, ohne dass sich dies für den Richter in seinen Erledigungszahlen positiv niederschlagen würde. Auch stehen viele Parteien einem Vergleich kritisch gegenüber, kommt er doch in der Praxis nicht selten auf Drängen des Gerichtes, das sich ein aufwendiges Urteil ersparen möchte, zustande. Letztlich werden die Parteien auch bei einer Vergleichsverhandlung nur selten alle Interessen und Fakten offen legen. Denn scheitert die Vergleichsverhandlung und wird der hierbei vermittelnde Richter zur Entscheidung berufen, so kann dieser die erhaltenen Informationen zum Nachteil der Parteien verwerten.

## 2. In das Gerichtsverfahren integrierte obligatorische Güteverfahren

An den eben genannten Nachteilen wird auch das zum 1.1.2002 in § 278 II ZPO eingeführte *obligatorische* Güteverfahren, das in das *ordentliche Gerichtsverfahren integriert* ist und dem Güteverfahren i.S.d. § 54 ArbGG nachgebildet ist, nichts ändern. Demnach geht der mündlichen Verhandlung zum Zwecke der gütlichen Streitbeilegung des Rechtsstreits regelmäßig eine Güteverhandlung voraus. Ob das Güteverfahren wirklich zu einer größeren Zahl einvernehmlicher Streitbeilegungen führt, bleibt abzuwarten. Die hohe Einigungsquote im Güteverfahren nach § 54 ArbGG hängt mit den Besonderheiten des Arbeitsgerichtsverfahrens zusammen. In Kündigungsschutzprozessen, die den Großteil der arbeitsgerichtlichen Verfahren darstellen, geht es vorwiegend nicht mehr um den Bestand des Arbeitsverhältnisses, sondern um den Erhalt einer Abfindung, die dann im Güteverfahren ausgehandelt wird.

## IV. Mediation als außergerichtliche Streitbeilegungsform

Mithilfe der Mediation sollen die Nachteile des Verhandeln sowie die Nachteile des Gerichtsverfahrens vermieden werden. Die Mediation eignet sich als Konfliktlösungsmethode grundsätzlich für Streitigkeiten in allen Rechtsgebieten. Praktische Bedeutung hat die Mediation bislang vor allem auf dem Gebiet des Familienrechts, des Wirtschaftsrechts und des Verwaltungsrechts erlangt. Diese aus den USA stammende Konfliktlösungsmethode erschöpft sich dabei – richtig verstanden – allerdings nicht in der bloßen Vermittlung durch einen Dritten bzw. dem Einsatz einzelner mediativer Elemente. Vielmehr handelt es sich um eine Konfliktlösungsmethode, bei der

der Verfahrensablauf bestimmten Grundsätzen folgt und von dem Mediator kontrolliert wird. Dadurch sollen nicht nur die Interessen der Parteien offen gelegt werden, sondern auch der Ausbruch von Emotionen und die Nichteinhaltung von Verfahrensregeln verhindert werden. Mediation kann daher definiert werden als die freiwillige Erörterung eines Konflikts zwischen den Streitparteien, deren Ziel es ist, mit Hilfe eines neutralen und unparteiischen Dritten, dem keine Entscheidungskompetenz zufällt, zu einem einvernehmlichen und eigenverantwortlichen Ergebnis zu gelangen.

## 1. Wesentliche Grundsätze und Merkmale der Mediation

a) Im Gegensatz zu dem bereits genannten Positionsdenken im Gerichtsverfahren sollen im Mediationsverfahren die *Interessen* der Parteien im Vordergrund stehen. Es soll der Konflikt mit seinen Wurzeln nicht nur umfassend gelöst werden, sondern auch eine Lösung gefunden werden, die den Bedürfnissen beider Parteien gerecht wird. Dabei sollen Vorteile der einen Partei nicht stets zu Lasten der anderen Partei gehen (sog. „Nullsummenspiel“). Vielmehr soll unter Einbeziehung weiterer Aspekte nach einer sog. „win-win-Lösung“ gesucht werden, die für beide Seiten Vorteile bringt.

b) Die Mediation ist durch ein *freiwilliges* Verhalten der Parteien gekennzeichnet. Unumstritten ist zunächst, dass die Einigung zwischen den Parteien freiwillig zustande kommen muss. Sie können in jedem Stadium des Verfahrens die Mediation abbrechen und diese ohne Einigung beenden. Der Mediator ist – anders als der Richter und der Schiedsrichter – nicht zu einer Streitentscheidung befugt. Nach klassischem Verständnis der Mediation muss darüber hinaus auch die Einleitung des Verfahrens auf einer autonomen Entscheidung der Parteien beruhen. Die Vereinbarung eines Mediationsverfahrens erfolgt dabei häufig erst nach Ausbruch des Konfliktes. Vor allem bei wirtschaftlichen Streitigkeiten, die auf vertraglichen Beziehungen beruhen, kann die Mediation aber auch bereits im Vertrag für den Fall einer Streitigkeit in einer sog. Mediationsklausel vorgesehen sein.

c) Weil bei der Mediation nicht die Positionen, sondern die Interessen der beteiligten Parteien im Mittelpunkt stehen und die Parteien diese selbst am besten kennen, müssen diese den Konflikt *eigenverantwortlich* lösen. Die Entscheidung wird also nicht wie im Gerichtsverfahren auf eine dritte Person übertragen. Daraus folgt zugleich, dass der Mediator lediglich Dienstleister ohne eigene Entscheidungsgewalt ist. Er strukturiert das Verfahren und hilft den Parteien dabei, dass diese den Konflikt eigenverantwortlich lösen.

d) Da die Parteien im Mediationsverfahren selbst die Konfliktlösungskompetenz besitzen, muss der Mediator *neutral und unparteiisch* sein. Dies gilt sowohl in Bezug auf seine Person als auch die Kontrolle des Verfahrensablaufs. Der Mediator sollte daher eine Person sein, die unabhängig ist und das Vertrauen beider Parteien genießt. Seine Hauptaufgabe liegt darin, den Parteien bei der Suche nach einer einvernehmlichen Lösung behilflich zu sein, indem er den Verlauf des Verfahrens strukturiert und organisiert. Die Tätigkeit als Mediator setzt daher nicht nur große Erfahrung, sondern auch ein erhebliches Maß an Fingerspitzengefühl voraus. Bei Streitgegenständen, die – wie Ehesachen – stark von persönlichen Bindungen geprägt sind, kann

es sich auch empfehlen, einen Psychologen als Mediator einzusetzen bzw. einen solchen als Co-Mediator hinzuzuziehen.

e) Damit die Interessen der Parteien festgestellt werden und diese zu einer sachgerechten Einigung gelangen können, muss im Mediationsverfahren *Offenheit* über alle relevante Sachinformationen gegeben sein. Der jeweils anderen Partei muss die Möglichkeit eingeräumt werden, sich ein Bild über die gesamte Situation zu machen. Weil der Mediator – anders als der Richter – nicht zur Streitentscheidung befugt ist, besteht keine Gefahr, dass die Informationen bei Scheitern der Einigung sogleich verwertet werden.

f) Korrespondierend zur Offenlegung aller Interessen und Informationen müssen diese vertraulich behandelt werden. Es muss – soweit möglich – gesichert sein, dass die Informationen bei Scheitern der Mediation nicht zum Nachteil der offenlegenden Partei in einem späteren Gerichtsverfahren verwertet werden. Die Einhaltung der *Vertraulichkeit* ist zu Beginn des Mediationsverfahrens zwischen den Parteien zu vereinbaren. Auch der Mediator muss sich im Mediatorenvertrag zur Verschwiegenheit verpflichten. Bei bestimmten Berufsgruppen – wie z.B. Rechtsanwälten – helfen zudem gesetzliche Schweigepflichten und Zeugnisverweigerungsrechte.

## 2. Mediation als strukturierte Konfliktlösungsmethode

a) Das Mediationsverfahren beginnt mit der sog. *Eröffnungs- bzw. Vorbereitungsphase* (Phase 1). Hier erfolgt zunächst eine Orientierung über das Konfliktfeld. Auch sollte der Mediator in diesem Stadium prüfen, ob der Konflikt für eine Mediation geeignet ist. So lassen sich bei Nachbarschafts- oder Familienstreitigkeiten die sozialen Bindungen nicht ohne Weiteres lösen, so dass eine umfassende Aufarbeitung des Konfliktes notwendig werden kann. Aber auch bei wirtschaftlichen Streitigkeiten kann ein Interesse der beteiligten Unternehmen bestehen, dass die Zusammenarbeit in der Zukunft fortgesetzt wird. Eine Mediation kommt häufig ferner in Betracht, wenn der Konflikt komplex ist, weitere Aspekte in die Konfliktlösung miteinbezogen werden können und der Sachverhalt bzw. die Rechtslage nicht eindeutig ist.

Auch muss in dieser Phase der Rahmen der Mediation abgesteckt werden, d.h. es müssen beispielsweise Absprachen über den Zeitplan des Verfahrens sowie den Ort, an dem die Sitzungen stattfinden sollen, getroffen werden. Darüber hinaus sollten Grundregeln für das Verhalten der Parteien während des Verfahrens festgelegt werden. Letztlich sollte auch die Übernahme der Kosten für das Mediationsverfahren geregelt werden.

b) An die Eröffnungsphase schließt sich die *Informationsphase* (Phase 2) an. Diese dient dazu, die Sach- und Rechtslage zu klären. Dabei sollten zunächst alle Probleme durch beide Parteien dargestellt werden. Während die eine Partei den Konflikt aus ihrer Sicht schildert, beschränkt sich die andere Seite auf das Zuhören. Sie darf weder den Vortrag unterbrechen noch zu dem Vorgetragenen Stellung beziehen.

c) Sodann beginnt die *Interessensphase* (Phase 3), in der die jeweiligen Interessen der Parteien ermittelt und offengelegt werden. Dieser Abschnitt beinhaltet die wichtigste, aber auch die schwierigste Phase des Verfahrens, weil die Interessen der Parteien von zentraler Bedeutung für einen

erfolgreichen Abschluss sind. Der Mediator muss dabei vor allem das Misstrauen der Parteien beseitigen und diese dazu bewegen, ihre Informationen und Interessen darzulegen. In schwierigen Situationen kann er auch Einzelgespräche mit nur einer Partei führen, muss jedoch darauf achten, dass dabei seine Unparteilichkeit nicht in Gefahr gerät.

d) Nachdem die Interessen der Beteiligten aufgedeckt worden sind, beginnt die *Lösungsfindungsphase* (Phase 4). In diesem Stadium werden Lösungsvorschläge der Parteien gesammelt. Dabei kommt es im Ergebnis darauf an, eine Lösung zu entwickeln, die beiden Parteien gerecht wird (sog. „win-win-Lösung“). Zunächst werden die Parteien vom Mediator aufgefordert, nach möglichst vielen Lösungsmöglichkeiten zu suchen. Dabei sollen auch solche Vorschläge genannt werden, die auf den ersten Blick nicht durchführbar sind oder gar als abwegig erscheinen.

e) Erst nachdem dieses Brainstorming beendet ist, beginnt die Bewertung der einzelnen Vorschläge (Phase 6). Dabei ist es zweckmäßig, die einzelnen Lösungsvorschläge nicht isoliert voneinander zu diskutieren, sondern sich auf Kriterien (z.B. finanzielle Gesichtspunkte, einfache Durchführbarkeit u.s.w.) zu einigen, nach denen die Lösungen bewertet werden können. Anhand dieser Kriterien ist dann der vorzugswürdige Lösungsvorschlag durch die Parteien herauszufiltern. Selbstverständlich können auch einzelne Vorschläge nochmals modifiziert werden oder mehrere Vorschläge miteinander verbunden werden.

f) Haben die Parteien eine gemeinsame Lösung gefunden, so ist in der *Schlussphase* (Phase 6) die Vereinbarung mit allen Details zu formulieren und in einem Vertrag schriftlich festzuhalten. Dabei empfiehlt es sich, die vollstreckungsmäßige Durchsetzbarkeit der Abschlussvereinbarung – soweit wie möglich – sicherzustellen.

### **3. Vor- und Nachteile des Mediationsverfahrens**

Einer der Vorteile des Mediationsverfahrens liegt darin, dass interessenbezogene, wertschöpfende und umfassende Lösungen gefunden werden sollen. Durch mögliche Einzelgespräche kann auch das Verhandlungsdilemma aufgelöst werden. Dadurch, dass die Parteien die Einigung eigenverantwortlich entwickeln, wird auf beiden Seiten eine höhere Akzeptanz des Ergebnisses erreicht, als wenn ein Dritter den Konflikt entscheidet. Dabei können die Parteibeziehungen erhalten und zukunftsgerichtete Lösungen gefunden werden. Damit wird zugleich eine höhere Wahrscheinlichkeit einer dauerhaften Beilegung des Streites erreicht. Ferner kann die Vertraulichkeit wichtiger Informationen, z.B. von Geschäftsgeheimnissen, anders als im öffentlichen Gerichtsverfahren besser gewahrt werden. Letztlich kann oftmals auch eine schnelle Lösung anstelle eines langwierigen Gerichtsverfahren – verbunden mit hohen Kosten – gefunden werden. Freilich kann sich dieser Vorteil auch schnell in sein Gegenteil verkehren. Scheitert nämlich das Mediationsverfahren nach einigen Terminen und muss daher anschließend doch noch ein Gerichtsverfahren durchgeführt werden, so ist dies sowohl mit einem Zeitverlust als auch mit höheren Kosten verbunden. Ein weiterer Nachteil liegt – trotz aller Bemühungen – darin, dass kein absoluter Schutz vor einem Missbrauch der erlangten Informationen gewährleistet werden

kann, wenn die andere Partei für die Verwertung die hierfür vorgesehenen Sanktionen in Kauf nimmt. Auch ist die Einigung – sofern sie beispielsweise nicht in Form eines Anwaltsvergleichs erfolgt – häufig nicht vollstreckbar, so dass bei einem späteren Streit ggf. die Rechte aus der Vereinbarung erst noch in einem nachfolgenden Gerichtsverfahren eingeklagt werden müssen. Letztlich lässt sich das in verschiedene Phasen gegliederte Modell nicht immer in dieser idealtypischen Form umsetzen. In der Praxis werden daher – obwohl von einem Mediationsverfahren gesprochen wird – oftmals nur einzelne mediative Elemente eingesetzt. Ein bedeutendes Beispiel hierfür dürfte der Täter–Opfer–Ausgleich im Strafrecht sein, bei dem in vielen Fällen die Kommunikation zwischen den Beteiligten im Vordergrund steht und eine echte „win-win“-Lösungen mitunter nur schwer vorstellbar ist. Auch wird der Mediator – je nach Stellung und Persönlichkeit – im Mediationsverfahren mitunter eine aktivere Rolle spielen und die Parteien zu einer Lösung leiten, die er selbst für sachgerecht hält.

## **V. Abgrenzung der Mediation zu anderen Streitbeilegungsformen**

### **1. Schiedsgerichtsbarkeit (Arbitration)**

Unter internationalen Gesichtspunkten erfreut sich das im zehnten Buch der ZPO geregelte Schiedsverfahren in Wirtschaftsstreitigkeiten großer Beliebtheit. Es handelt sich dabei nicht um ein staatliches Gerichtsverfahren, sondern um ein privates Verfahren, das jedoch echte Rechtsprechung ist. Die Einleitung eines Schiedsverfahrens ist – wie die Einleitung eines Mediationsverfahrens – freiwillig. Jedoch ist der Schiedsrichter wie der staatliche Richter zur Entscheidung des Rechtsstreits berufen. Das Schiedsgericht tritt an die Stelle des staatlichen Gerichts und der Schiedsspruch hat unter den Parteien die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils. Ein großer Vorteil des Schiedsverfahrens liegt darin, dass als Schiedsrichter solche Personen berufen werden können, die für den jeweiligen Streitgegenstand die notwendige Kompetenz besitzen. Ferner stellt die in der *New York Convention* geregelte Anerkennung von Schiedsvereinbarungen und von ausländischen Schiedssprüchen sowie deren Vollstreckbarkeit einen weiteren Vorzug dar. Jedoch haften der Schiedsgerichtsbarkeit diejenigen Nachteile an, die schon beim staatlichen Gerichtsverfahren genannt wurden. Insbesondere wird auch hier den Interessen der Parteien, die den Streitgegenstand nicht unmittelbar betreffen, zu wenig Beachtung geschenkt. Ferner wird eine Offenlegung der Informationen häufig deshalb nicht erfolgen, weil der Schiedsrichter zur Entscheidung des Konfliktes berufen ist.

### **2. Schlichtung (Non-binding arbitration)**

Auch die Schlichtung im herkömmlichen Sinne beruht auf einer freiwilligen Entscheidung der Parteien. Als bekanntestes Beispiel kann die Schlichtung in Tarifstreitigkeiten zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer genannt werden. Die Gemeinsamkeit von Schlichtung und Mediation liegt darin, dass jeweils eine dritte Person versucht, eine einvernehmliche Lösung des Konflikts herbeizuführen. Anders als bei der Mediation folgt die Schlichtung jedoch keinem bestimmten Verfahren. Gelingt es im Laufe des Schlich-

tungsverfahrens nicht, eine Einigung zu erzielen, so hat der Schlichter im Unterschied zum Mediator die Möglichkeit, einen Schlichterspruch zu fällen. Dieser ist als bloßer Vorschlag für die Parteien nicht bindend – daher wird die Schlichtung auch als „*non-binding arbitration*“ bezeichnet.

### **3. Gerichtsnahe Streitbeilegungsformen**

#### **a. Vorgeschaltete Verfahren: Streitschlichtungsgesetze**

Wie bereits erwähnt, hat der Bundesgesetzgeber mit § 15 a EGZPO den Bundesländern die Möglichkeit eingeräumt, ein dem Gerichtsverfahren vorgeschaltetes außergerichtliches Streitbeilegungsverfahren einzuführen. Demnach ist die Erhebung einer Klage erst zulässig, wenn versucht worden ist, die Streitigkeit einvernehmlich beizulegen. Im Gegensatz zu den zuvor genannten Streitbeilegungsformen ist das Verfahren in den von den Streitschlichtungsgesetzen bestimmten Fällen nicht freiwillig, sondern obligatorisch.

Der Hauptmangel dieser Streitschlichtungsgesetze besteht darin, dass sie Konflikte der außergerichtlichen Streitschlichtung obligatorisch zuweisen, ohne dass diese hierfür unbedingt geeignet sein müssen. Vor allem die pauschale Einbeziehung von vermögensrechtlichen Streitigkeiten über Ansprüche, deren Gegenstand an Geld oder Geldwert 750 € nicht übersteigt, stellt eine gesetzgeberische Fehlleistung dar. Denn die Eignung eines Streites zur außergerichtlichen Konfliktlösung unter Berücksichtigung der Interessen der Parteien ist ganz unabhängig vom Gegenstandswert. Für den Gesetzgeber stand die Entlastung der Gerichte von lästigen Bagatellstreitigkeiten im Vordergrund, was der Förderung des Gedankens der konsensualen Streitbeilegung nicht gerade förderlich sein dürfte.

#### **b. Integrierte Verfahren: § 278 V 2 ZPO**

In § 278 V 2 ZPO ist die Möglichkeit vorgesehen, dass das Gericht den Parteien eine außergerichtliche Streitschlichtung „in geeigneten Fällen“ vorschlägt. Anders als bei der obligatorischen Streitschlichtung nennt das Gesetz hier keine bestimmten Fälle, in denen eine außergerichtliche Streitschlichtung durchgeführt werden kann. Insbesondere ist der Streitwert insoweit unerheblich. Die Beurteilung, ob ein Fall für eine Streitschlichtung geeignet ist, liegt damit allein beim Gericht. Erklären sich die Parteien dazu bereit, so ordnet das Gericht das Ruhen des Verfahrens an. Es wird dann außerhalb des Gerichtsverfahrens eine einvernehmliche Lösung unter Mithilfe eines externen Vermittlers gesucht. Die außergerichtliche Streitschlichtung kann dabei sowohl als Mediationsverfahren als auch als einfache Schlichtung durchgeführt werden.

### **VI. Ausblick**

Neben den dargestellten Modellen gibt es noch weitere Streitbeilegungsformen, die durch mediative Elemente gekennzeichnet sind. So finden sich zahlreiche hybride Verfahren, die verschiedene Streitbeilegungsformen miteinander kombinieren und die bislang vornehmlich in den USA praktiziert werden. Beachtenswert ist für den Bereich von Verbrau-

cherstreitigkeiten ferner die Figur des sog. *Ombudsmannes*. Hierbei handelt es sich um private Schlichtungssysteme für bestimmte Bereiche des Banken- und Versicherungswesens die mit eigenen Verfahrensordnungen ausgestaltet sind und dem Ombudsmann auch bindende Entscheidungen ermöglichen. Die außergerichtliche Streitbeilegung wird auch künftig weiter an Bedeutung gewinnen, zumal sie – vor allem um eine Entlastung der Justiz zu erreichen – politisch gewünscht ist. Sie kann freilich das staatliche Gerichtsverfahren nicht ersetzen, sondern tritt – in ihren verschiedenen Formen – als zusätzliches Instrument der Streitbeilegung ergänzend hinzu.



# Neuere Entwicklungen im Sanktionenrecht der Bundesrepublik Deutschland

Wolfgang Heinz, Konstanz

## I. Strafrecht und Strafe

„Es wurde geköpft und gehängt, gerädert, gevierteilt und verbrannt, es wurde am Pranger ausgepeitscht und mit glühenden Eisen gebrandmarkt“.<sup>1</sup> So fasste Eberhard Schmidt die Situation der deutschen Strafrechtspflege bis Mitte des 18. Jahrhunderts (und darüber hinaus) zusammen. Erst zwischen der Mitte des 18. und des 19. Jahrhunderts wurden unter dem Einfluss der Aufklärung mit ihren Ideen der Säkularisierung, Humanisierung und Rationalisierung die Leibesstrafen zugunsten der Freiheitsstrafe überwunden.

Das Schwergewicht des Strafsystems des Strafgesetzbuches für das Deutsche Reich (RStGB) vom 15.5.1871, das auf das Preußische StGB von 1851 zurückgeht,<sup>2</sup> lag dementsprechend bei der Freiheitsstrafe. 1882, dem ersten Jahr, aus dem statistische Daten vorliegen, wurden 90 Todesurteile verhängt, der Anteil der unbedingt verhängten freiheitsentziehenden Sanktionen betrug 76,8%. Derzeit<sup>3</sup> beträgt er 8,7%. Werden auch die informellen Sanktionen, also die Opportunitätseinstellungen i.e.S. (§§ 153, 153a, 153b StPO, §§ 45, 47 JGG, 31a, 37 BtMG) berücksichtigt, die ja 1882 (jedenfalls in der Theorie) alle zur Verurteilung führten, dann beträgt der Anteil der unbedingt verhängten freiheitsentziehenden Strafen weniger als 4%. Was aber trat und weshalb trat es an die Stelle der Freiheitsstrafe?

Grundlage des StGB von 1871 war ein autoritäres Staats- und Strafrechtsverständnis. In ihm schwang noch die Vorstellung nach, wie sie einst Kant formuliert hatte, Strafrecht sei "das Recht des Befehlshabers gegen den Unterwürfigen, ihn wegen seines Verbrechens mit einem Schmerz zu belegen."<sup>4</sup> Straftheoretisch beruhte es auf einer Vergeltungstheorie.<sup>5</sup> Im

---

<sup>1</sup> Schmidt, E., Zuchthäuser und Gefängnisse, Göttingen, 1960, S. 8. Ausführlicher Schmidt, E., Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., Göttingen 1965; Rüping, H.; Jerouschek, G., Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 5. Aufl., München 2007.

<sup>2</sup> Das RStGB geht auf das Strafgesetzbuch des Norddeutschen Bundes vom 31.5.1870 zurück, dieses wiederum im Wesentlichen auf das Preußische StGB von 1851, das seit 1826 vorbereitet worden war (vgl. Schmidt, Einführung Fn. 1, §§ 280, 297, 298).

<sup>3</sup> Die aktuellsten verfügbaren Daten zur Strafrechtspflege beziehen sich auf das Berichtsjahr 2006.

<sup>4</sup> Kant, I., Die Metaphysik der Sitten, in: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.): Kants gesammelte Schriften, Bd. VI, Berlin 1914, S. 203, 331.

<sup>5</sup> Vgl. statt vieler Eser, A., Hundert Jahre deutscher Strafgesetzgebung, in: Festschrift für W. Maihofer, Frankfurt a.M. 1988, S. 109 ff.; Jescheck, H.-H.; Weigend, Th., Lehrbuch des

Sanktionensystem wurde unterschieden zwischen Todesstrafe, Zuchthaus, Gefängnis, Festungshaft, Haft und Geldstrafe. Für jede Tat konnte so der Richter die „gerechte“ Vergeltung durch Wahl von Strafart und -höhe zum Ausdruck bringen. Spezialpräventive Gesichtspunkte waren dem RStGB unbekannt – es kannte weder eine Strafaussetzung noch Maßregeln noch bot es Resozialisierungsmöglichkeiten im Strafvollzug<sup>6</sup>.

Für das RStGB war Strafe „eine Einbusse an Rechten oder Rechtsgütern, welche der Staat einem Delinquenten von Rechts wegen auflegt zur Genugtuung für seinen irreparabeln schuldhaften Rechtsbruch, um die Autorität des verletzten Gesetzes aufrecht zu halten. ... Zweck der Strafe kann also nicht sein, den Rebellen gegen die Rechtsordnung in einen guten Bürger zu verwandeln. ... (Die Strafe soll) nicht heilen, sondern dem Sträfling eine Wunde schlagen.“<sup>7</sup> Gegenüber dieser Position der „klassischen Schule“ vertrat die „moderne Schule“, Ziel des Strafrechts solle nicht die Aufrechterhaltung der "Autorität des Gesetzes" sein, sondern die Verhütung künftiger Straftaten. Daran gemessen hatte das damalige tatvergeltende Strafrecht versagt, wie Franz von Liszt am Beispiel der Jugendkriminalität ausführte: "Wenn ein Jugendlicher oder auch ein Erwachsener ein Verbrechen begeht und wir lassen ihn laufen, so ist die Wahrscheinlichkeit, dass er wieder ein Verbrechen begeht, geringer, als wenn wir ihn bestrafen. Ist das Gesagte richtig ..., so ist

---

Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996, S. 70 ff.; Regge, J., Wandlungen im Sanktionensystem und im Strafvollzug des 16. bis 19. Jahrhunderts, in: Manssen, G. (Hrsg.), Rechtswissenschaft im Aufbruch, Köln u.a. 1996, S. 43 ff.; Roxin, C., Strafrecht: Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl., München 2006, § 3, Rdnr. 1 ff..

<sup>6</sup> Ein Strafvollzugsgesetz trat in Deutschland erstmals am 1.1.1977 in Kraft, erzwungen durch das BVerfG, das mit seinem Urteil vom 14.3.1972 (BVerfGE 33, 1) die Rechtsfigur des sog. besonderen Gewaltverhältnisses als ausreichende Grundlage für die sich aus dem Vollzug ergebenden Rechtsbeschränkungen abgelehnt hatte. Grundrechte von Strafgefangenen können danach nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden. Dem Gesetzgeber wurde damals aufgegeben, zunächst bis zum Ende der laufenden Legis-laturperiode (Herbst 1973) und dann (wegen der vorzeitigen Auflösung des Deutschen Bundestages) innerhalb einer durch Beschluss des BVerfG vom 29.10.1975 (BVerfGE 40, 276) bis 1.1.1997 verlängerten Frist ein Strafvollzugsgesetz mit fest umrissenen Eingriffs-tatbeständen zu erlassen.

Durch die Föderalismusreform (Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28.8.2006 [BGBl I 2034]) von 2006 wurde die Gesetzgebungskompetenz für den Strafvollzug (einschließlich Untersuchungshaftvollzug) auf die Länder übertragen. Gem. Art. 125a I GG gilt das StVollzG als partikulares Bundesrecht fort, soweit es nicht durch Landesrecht ersetzt wird. Von der Gesetzgebungskompetenz zum Vollzug der Freiheitsstrafe haben inzwischen die Länder Bayern, Hamburg und Niedersachsen Gebrauch gemacht. Sie haben einheitliche Gesetze zum Erwachsenen- und Jugendstrafvollzug erlassen, Niedersachsen darüber hinaus auch zum Vollzug der Untersuchungshaft.

Zum Jugendstrafvollzug musste aufgrund der Entscheidung des BVerfG vom 31.5.2005 (BVerfGE 116, 69) bis zum 31.12.2006 eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden. Alle Länder haben inzwischen Gesetze erlassen (die Ländergesetze finden sich unter [www.dvjj.de](http://www.dvjj.de) → Themenschwerpunkte → Jugendstrafvollzugsgesetz → Jugendstrafvollzugsgesetz IV: (Jugend-) Strafvollzugsgesetze der Länder).

<sup>7</sup> Binding, K., Grundriss des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Leipzig 1907, S. 226, 227, 230.

damit der völlige Zusammenbruch, der Bankrott unserer ganzen heutigen Strafrechtspflege in schlagendster Weise dargetan."<sup>8</sup>

Damit prallten die klassischen, seit dem Altertum bekannten Grundgedanken<sup>9</sup> aufeinander. Entweder blickt die Strafe in die Vergangenheit und will durch die gewollte Zufügung eines Übels – eben die Strafe – einen Ausgleich der geschehenen Rechtsverletzung herbeiführen (absolute Theorie, Vergeltungstheorie), oder die Strafe blickt in die Zukunft und will auf den Täter bzw. die Allgemeinheit einwirken, um künftige Straftaten zu verhüten (relative Theorie). Der „Schulenstreit“ ist hier nicht nachzuzeichnen, er ist eingehend dokumentiert.<sup>10</sup> Entschieden wurde der Streit damals zwar nicht, die Einsicht in die Notwendigkeit einer Strafrechtsreform aber setzte sich durch.

Nach zahlreichen, nicht Gesetz gewordenen Entwürfen<sup>11</sup> wurde erstmals im Jugendgerichtsgesetz von 1923<sup>12</sup> für die Teilgruppe der straffälligen Jugendlichen ein spezialpräventiv ausgerichtetes Strafrecht eingeführt. Das Jugendstrafrecht, in das 1953 auch Heranwachsende partiell einbezogen wurden, hatte in der Folgezeit hinsichtlich der Erprobung spezialpräventiver Konzepte wiederholt "Vorreiterfunktion" für das Allgemeine Strafrecht.<sup>13</sup> Im Folgenden soll aber auf die jugendstrafrechtlichen Sanktionen und deren weitere Ausdifferenzierung nicht weiter eingegangen werden;<sup>14</sup> im Mittel-

<sup>8</sup> Liszt, F. von, Die Kriminalität der Jugendlichen, in: Liszt, F. von, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. 2, Berlin 1905, S. 331, 339.

<sup>9</sup> Um den Unterschied zu verdeutlichen, wird häufig Seneca zitiert (z.B. Jakobs, G., Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, Paderborn u.a. 2004, S. 5, Fn. 3): „Nam, ut Plato ait, nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur; reuocari enim praeterita non possunt, futura prohibentur“ (denn, wie schon Platon sagt, straft kein Vernünftiger, weil gefehlt worden ist, sondern damit nicht gefehlt werde). „Quia peccatum est“ – so sehen die absoluten oder Vergeltungs-Theorien die Strafe; „ne peccetur“ – so sehen die relativen (oder präventiven) Theorien die Strafe.

<sup>10</sup> Zum Schulenstreit vgl. Bohnert, C., Zu Straftheorie und Staatsverständnis im Schulenstreit der Jahrhundertwende. Pfaffenweiler 1992; zuletzt Koch, A., Binding vs. v. Liszt – Klassische und moderne Strafrechtsschule, in: Hilgendorf, E.; Weitzel, J. (Hrsg.): Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung, Berlin 2007, S. 127 ff.

<sup>11</sup> Sämtliche Entwürfe sind nunmehr in der mehrbändigen Edition von Schubert, W. u.a. (Hrsg.): Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts, Berlin, New York 1988 ff. (hierzu Godau-Schüttke, K.-D., Die gescheiterten Reformen des Straf- und Strafprozessrechts in der Weimarer Republik; JR 1999, 52 ff.), die Änderungsgesetze in der mehrbändigen Edition von Vormbaum, T. (Hrsg.): Sammlung der Änderungsgesetze und Neubekanntmachungen, Baden-Baden bzw. Berlin 1999 ff. (hierzu Tausch, S., Die Entstehung des StGB, seine Änderungen und Neubekanntmachungen – Dokumente zur juristischen Zeitgeschichte, GA 2008, S. 417 ff.), nachgewiesen. Übersichten bei Kubink, M., Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel, Berlin 2002, S. 146 ff.; Roxin (Fn. 5), § 4 Rdnr. 3 ff.

<sup>12</sup> Zur Geschichte des deutschen Jugendstrafrechts vgl. Meier, B.-D.; Rössner, D.; Schöch, H., Jugendstrafrecht, 2. Aufl., München, 2007, S. 31 ff.; Schaffstein, F.; Beulke, W., Jugendstrafrecht, 14. Aufl., Stuttgart u.a. 2002, S. 32 ff.; Streng, F., Jugendstrafrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2008, S. 14 ff.

<sup>13</sup> Kerner, H.-J., Jugendkriminalrecht als "Vorreiter" der Strafrechtsreform?, in: Juristische Fakultät der Universität Tübingen (Hrsg.): 40 Jahre Bundesrepublik Deutschland, 40 Jahre Rechtsentwicklung, Tübingen 1990, S. 347 ff.

<sup>14</sup> Vgl. den Überblick bei Heinz, W., Entwicklungstendenzen und Reformstrategien im Jugendstrafrecht im europäischen Vergleich – Übersichtsreferat Deutschland, in: Dünkler,

punkt soll vielmehr die Entwicklung des Rechts der Sanktionen und deren Handhabung im Allgemeinen Strafrecht stehen.

In Deutschland besteht heute weitgehend Konsens darüber, dass die Vergeltungsidee, die noch bis Anfang der 1960er Jahre herrschend war, den Einsatz der Strafe nicht mehr rechtfertigen kann. Die Akzente der Strafzweckbegründungen haben sich verschoben zu unterschiedlichen Ausprägungen von Vereinigungstheorien. Gemeinsam ist ihnen aber weit überwiegend, dass über Straftheorien diskutiert und von ihnen aus die Aufgabe des Strafrechts bestimmt wird. Zutreffend haben aber Zipf u.a. darauf hingewiesen, dass Aufgaben und Ziele des Strafrechts aus dem Verhältnis zwischen Bürger und Staat zu bestimmen sind, d.h. das Strafrecht ist durch eine Strafrechtstheorie zu begründen, von der aus erst eine Straftheorie entwickelt werden kann.<sup>15</sup>

Strafrechtspflege ist eine staatliche Aufgabe. Der säkularisierte Rechts- und Sozialstaat hat den Schutzauftrag, die Existenz und die freie Entfaltung der Menschen zu sichern. Zu den Instrumenten sozialer Kontrolle, mit denen der Staat seiner Schutzpflicht genügt oder genügen muss, gehört auch das Strafrecht.<sup>16</sup> Neben diese staatspolitische Rechtfertigung des Strafrechts tritt noch eine sozialpsychologische. Würde der Staat sich auf bloße Prävention beschränken, wären Lynchjustiz und Privatstrafe die Folge.<sup>17</sup>

Die Aufgabe der Strafe ihrerseits kann nur von den Aufgaben des Strafrechts her bestimmt werden; hierdurch wird sie zugleich auch begrenzt.

---

F.; Kalmthout, A. van; Schüler-Springorum, H. (Hrsg.): Entwicklungstendenzen und Reformstrategien im Jugendstrafrecht im europäischen Vergleich, Mönchengladbach 1997, S. 3 ff.

<sup>15</sup> "In der Strafrechtswissenschaft sind lange Zeit die Auffassungen über die Aufgabe des Strafrechts und die Straftheorie ohne Einbeziehung der Staatstheorie entwickelt worden; diese isolierte Strafrechtsbetrachtung wird erst allmählich in den letzten Jahren überwunden. ... die Strafrechtstheorie (muss) aus der Staatszielbestimmung unserer Verfassung, dem demokratischen und sozialen Rechtsstaat erarbeitet werden. Auch insoweit gilt es, das »Strafrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht« in seinem Bezug zum Staatsbegriff und zu den Staatsaufgaben herauszustellen (Zipf, H., Kriminalpolitik, 2. Aufl., Heidelberg 1980, 36). Ebenso schon früher Calliess, R.-P., Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, Frankfurt a.M. 1974; zuletzt Calliess, R.-P., Die Strafzwecke und ihre Funktion, in: Festschrift für H. Müller-Dietz, München 2001, S. 99 ff.

<sup>16</sup> Generell zum Strafrecht als Teil des Gesamtsystems sozialer Kontrolle zuletzt Rössner (Rössner, Dieter: Was kann das Strafrecht im Rahmen der Sozialkontrolle und der Kriminalprävention leisten?, in: Jehle [Hrsg.]: Kriminalprävention und Strafjustiz, Wiesbaden 1996, 203 ff.), speziell zu verfassungsrechtlichen Pönalisierungsbefugnissen und -pflichten Müller-Dietz (Müller-Dietz, Heinz: Verfassungsrechtliche Schutz- und Pönalisierungspflichten, in: Gedächtnisschrift für H. Zipf, Heidelberg 1999, 123 ff.).

<sup>17</sup> Diese Annahme ist freilich empirisch genau so wenig überprüft wie die Gegenthese. „Weil sämtliche bekannten staatlich organisierten Gesellschaften die Strafe verwenden und das Kontrollexperiment einer Gesellschaft ohne Strafe nicht durchführbar ist, fehlt es an einer Vergleichseinheit, an der sich die angenommene Funktionalität von Strafe überprüfen ließe. ... Im Sinne einer Konvention ... hat das praktizierte Strafkonzepit gegenüber dem imaginären Modell einer Gesellschaft ohne Strafe einen Vorteil“ (Kunz, K.-L., Muss Strafe wirklich sein?, in: Radtke u.a. [Hrsg.]: Muss Strafe sein?, Baden-Baden 2004, S. 76 f.). Diese Frage kann und soll hier nicht weiter verfolgt werden.

Besteht die Rechtfertigung des Strafrechts im innerweltlichen Zweck der Verhinderung sozialschädlicher Verhaltensweisen, also im Rechtsgüterschutz,<sup>18</sup> dann ist der Einsatz der Strafe nur dann gerechtfertigt, wenn sie sich als ein "wirksames und für den Rechtsschutz unentbehrliches Mittel der Prävention"<sup>19</sup> erweist. Sie darf also nur dort eingesetzt werden, wo erstens das Präventionsziel durch Strafe überhaupt erreichbar ist (Eignung) und wo es zweitens nicht auf eine andere, gleich wirksame, den Einzelnen aber weniger belastende Weise erreicht werden kann (Erforderlichkeit). Oder mit den Worten von C. Roxin: „...die Strafe ist ein einschneidender Staatseingriff und bedarf als solcher einer juristischen Legitimation, die ... nur in ihrer Geeignetheit und Erforderlichkeit zur Erfüllung staatlicher Aufgaben (im konkreten Fall: einer sicherheitsgewährenden Kriminalitätskontrolle) bestehen kann“.<sup>20</sup>

Ist der Einsatz von Strafe nur durch deren Eignung legitimierbar, Rechtsgüterschutz durch Prävention zu verwirklichen, dann bedeutet dies in der Terminologie der Strafrechtstheorien, dass Strafrecht der Generalprävention<sup>21</sup> dient und, wo es auf einen konkreten Täter angewendet wird, der Spezialprävention (präventive Vereinigungstheorie).<sup>22</sup> Damit ist gemeint, dass die der Strafe angesonnenen Wirkungen zum einen beruhen können auf der Einwirkung auf potentielle Täter, die durch den Eindruck von Strafandrohung, Strafverfolgung, Bestrafung, Strafvollstreckung und Strafvollzug von der Begehung von Straftaten abgehalten werden (negative Generalprävention), sowie auf der Normstabilisierung in der Bevölkerung durch Bestätigung der Normgeltung (positive Generalprävention). Diese Wirkungen können zum anderen darauf beruhen, dass der verurteilte Täter entweder resozialisiert (positive Spezialprävention), dass er von weiteren Straftaten abgeschreckt, oder dass die Rechtsgemeinschaft vor diesem Täter gesichert wird (negative Spezialprävention) (vgl. **Schaubild 1**).

---

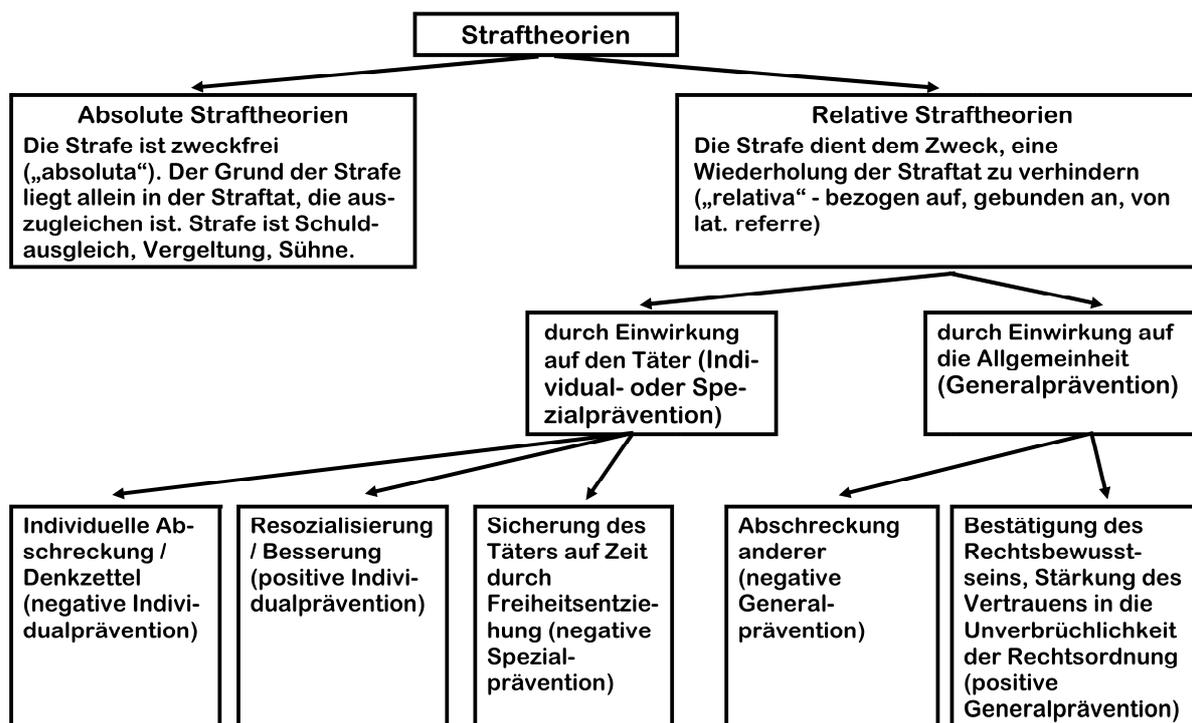
<sup>18</sup> Zusammenfassend Roxin, C., Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts, in: Symposium für B. Schünemann, Köln 2005, S. 135 ff.

<sup>19</sup> Gallas, W., Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs, ZStW 1968, S. 3.

<sup>20</sup> Roxin, C., Wandlungen der Strafzwecklehre, in: Festschrift für H. Müller-Dietz, München 2001, S. 702 f.

<sup>21</sup> Generell gilt, dass der Zweck der Strafandrohungen im Sinne der positiven Generalprävention zu sehen ist, d.h. der öffentlichen Behauptung und Sicherung fundamentaler Normen. Diese Zielrichtung wirkt noch in die Strafverhängung hinein, denn Generalprävention würde in sich zusammenfallen, wenn hinter ihr keine Realität stünde. Sollten generalpräventive und spezialpräventive Überlegungen zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, kommt Spezialprävention der Vorrang zu, und zwar schon aus verfassungsrechtlichen Gründen. Die Hilfe für den Straffälligen ist ein grundgesetzliches, aus der Menschenwürde und dem Sozialstaatsprinzip folgendes Gebot (hierzu zuletzt Leyendecker, N., (Re-)Sozialisierung und Verfassungsrecht, Berlin 2002).

<sup>22</sup> Vereinigungstheorien werden heute überwiegend vertreten; die Konzeptionen weichen indes im Einzelnen stark voneinander ab (vgl. den Überblick bei Roxin [Fn. 5], § 3 Rdnr. 33 ff.). Vorherrschend dürfte weniger die hier vertretene präventive Vereinigungstheorie (hierzu eingehend Roxin [Fn. 5], § 3 Rdnr. 37 ff.; Meier, B.-D.: Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl., Berlin u.a. 2006, S. 33 ff.) sein, als vielmehr additive Vereinigungstheorien (zu deren Kritik Roxin [Fn. 5], § 3 Rdnr. 33 ff.).

**Schaubild 1:** Straftheorien im Überblick

Schuld ist Voraussetzung für die Verhängung von Strafe. Schuld fordert aber nicht Strafe, wie dies die Vergeltungstheorie postuliert, sondern begrenzt sie, und zwar ausschließlich nach oben. Strafe darf das Maß an Schuld nicht über-, wohl aber unterschreiten.<sup>23</sup> Bestimmen Eignung und Erforderlichkeit den Einsatz der Strafe, dann braucht auch nicht jede schuldhaft Tatbestandsverwirklichung zwingend die Bestrafung nach sich zu ziehen, wie dies für das Vergeltungsstrafrecht selbstverständlich war: "Wo Strafe nicht erforderlich ist, kann, wo sie schädlich ist, muss auf sie verzichtet werden".<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Die Frage des Schuldunterschreitungsverbots ist heftig umstritten; die h.M. nimmt ein solches Verbot zumindest für die Strafverhängung an. Wenn aber die Vollstreckung hinter dem Strafausspruch zurückbleiben darf, dann ist das Verbot der Schuldunterschreitung beim Ausspruch nicht sehr einleuchtend. § 46 I S. 2 StGB fordert, (schädliche) Wirkungen, die von der Strafe auf das künftige Leben des Täters ausgehen, zu berücksichtigen. Dies kann als gesetzliche Erlaubnis der Schuldunterschreitung interpretiert werden. Zur hier vertretenen Position vgl. Roxin (Fn. 5), § 3 Rdnr. 48 ff.); zuletzt eingehend Schütz, H., Diversionentscheidungen im Strafrecht, Wien/New York 2003, S. 16 ff.

<sup>24</sup> Schäfer, G., Praxis der Strafzumessung, 3. Aufl., München 2001, Rdnr. 4.

---

Diese Präventionsaspekte sind auf den „Verwirklichungsebenen“ des Strafrechts unterschiedlich gewichtet.<sup>25</sup>

- (1) Der Gesetzgeber hat primär generalpräventive Aufgaben; er stellt plakativ klar, welche Rechtsgüter überhaupt und in welchem Umfange als schutz-würdig zu gelten haben; er droht abschreckende Strafen für die Verletzung der sanktionierten Verhaltensnormen an. Es geht also um Normbestätigung und ggf. Abschreckung:
- (2) Auf der Ebene der Einzelfallentscheidung über das Ob (Einstellung des Verfahrens) und das Wie (Strafzumessung) von Strafe durch den Richter sind dann alle oben genannten Strafzwecke möglicherweise relevant. Das Gesetz benennt die Schuld als zentralen Gesichtspunkt (§ 46 I S. 1 StGB) und fordert zugleich, die Wirkungen der Strafe für das künftige Leben des Täters zu berücksichtigen (§ 46 I S. 2 StGB). Neben diesen Resozialisierungsaspekten ist noch das Erfordernis der Verteidigung der Rechtsordnung, also eine generalpräventive Perspektive, für einzelne Entscheidungen relevant (§ 47 I, § 56 III StGB).
- (3) Auf der dritten Ebene, nämlich im Strafvollzug, dominiert ganz eindeutig der Sozialisierungs- bzw. Resozialisierungsgedanke. In § 2 S. 1 StVollzG ist der Besserungsgedanke als "Vollzugsziel" festgeschrieben. Daneben gilt – für die Zeit des Vollzugs der Freiheitsstrafe – der Sicherungszweck (als Minimalziel), also der Gedanke des Schutzes der Allgemeinheit durch sichere Verwahrung (§ 2 S. 2 StVollzG).

In dem am häufigsten verwendeten Strukturmodell von Kriminalprävention, in dem in Anlehnung an Modelle der Medizin zwischen primärer, sekundärer und tertiärer Prävention unterschieden wird, sind strafrechtliche General- und Spezialprävention wichtige Bestandteile (vgl. **Schaubild 2**). Deutlich wird anhand dieses Modells ferner, dass Strafrecht nicht nur auf den Bereich der 'tertiären' Prävention zielt, sondern durch positive und negative Generalprävention auch Wirkungen im Sinne primärer und sekundärer Prävention anstrebt. Nicht zuletzt zeigt dieses Strukturmodell, dass

- Strafrecht nur eines von mehreren Normensystemen,
- Strafjustiz nur eine von mehreren Trägern und
- Strafe nur eine von mehreren Mitteln der Kriminalprävention ist.

---

<sup>25</sup> Vgl. hierzu Roxin, C.; Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, S. 377 ff.; Müller-Dietz, H., Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems, Heidelberg, Hamburg 1979, S. 30 ff.; Roxin, C., Wandlungen der Strafzwecklehre, in: Festschrift für H. Müller-Dietz, München 2001, S. 711 ff.

**Schaubild 2:** Dimensionen der Kriminalprävention mit dem Ziel der Verhütung von Straftaten

	<b>Primäre Kriminalprävention</b>	<b>Sekundäre Kriminalprävention</b>	<b>Tertiäre Kriminalprävention</b>
<b>Zielgruppen:</b>			
- <b>Täter</b>	Allgemeinheit	potentielle Täter	Verurteilte
- <b>Situationen</b>	allg. Situationen	gefährdete Objekte	'hot spots'
- <b>Opfer</b>	Jeder als mögl. Opfer	potentielle Opfer	verletzte Opfer
<b>Maßnahmenbeispiele</b>			
<b>(potentielle/ reale) Täter</b>	Stärkung des Rechts- und Wertebewusstseins; <b>positive General- prävention</b> ; Beseitigung von Sozialisationsdefiziten; Aufklärung über Gefahren (z.B. Drogen- disco); Beseitigung von sozio- strukturellen Mängel- lagen	Stärkung des Rechts- und Wertebewusstseins bei Problemgruppen; <b>negative General- prävention</b> ; Hilfe/Stützung für gefährdete Personen (z.B. Familienhilfe, Erziehungsberatung, Schuldenberatung, Streetworker)	<b>spezialpräventive Sanktionierung</b> ; Therapie; Maßnahmen der Besserung und Sicherung; Straffälligenhilfe/ Bewährungshilfe; Resozialisierungsfonds
<b>Situationen/ Objekte/ Tatörtlich- keiten</b>	kriminalitätsabwehrende Architektur; übersichtliche Örtlichkeit; Sicherheits-TÜV; Objektmarkierung und/oder Zugriffs- erschwerung	Erhöhung des Tataufwands; Reduzierung tatfördernder Gelegen- heiten/Situationen; Erhöhung des Entdeckungsrisikos; Verstärkung der Über- wachung; Abschöpfung des Tatgewinns	Entschärfung von Kriminalitätsbrenn- punkten ('hot spots')
<b>Opfer</b>	Allg. Aufklärung über Selbstschutz/ Selbstverteidigung; allg. Aufklärung von speziellen Gruppen (Kinder/Alte); Information über allg. (technische/ personale) Sicherungsmaßnahmen	Schulung gefährdeter Opfer (z.B. Taxifahrer, Bankangestellte, Flugpersonal); Selbstverteidigungs- kurse; (technische/personale) Sicherung besonders gefährdeter Personen/ Objekte	Opferschutz; Opfer- beratung; Opferbetreuung; Opferhilfe; Opferentschädigung; Wiedergutmachung/ Täter-Opfer-Ausgleich; Frauenhäuser

## II. Kriminalprävention durch Strafrecht – Umsetzung durch den Gesetzgeber

Bestimmen Eignung und Erforderlichkeit den Einsatz des Strafrechts und der Strafe, dann sind Strafe und Strafverfahren schon aus verfassungsrechtlichen Gründen "ultima ratio". Dies bedeutet:

- (1) Strafrecht darf nur dann eingesetzt werden, wenn mildere Mittel zum Rechtsgüterschutz nicht ausreichen.<sup>26</sup> "Es verstößt gegen das Übermaßverbot, wenn der Staat zum scharfen Schwert des Strafrechts greift, wo andere sozialpolitische Maßnahmen ein bestimmtes Rechtsgut ebenso gut oder gar wirkungsvoller schützen können."<sup>27</sup> Daraus folgt der Leitgedanke des Vorranges außerstrafrechtlicher Prävention vor strafrechtlicher Repression.
- (2) Aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip<sup>28</sup> folgt für die Strafverhängung, dass unter mehreren, hinsichtlich des Präventionsziels gleichermaßen wirksamen Sanktionen nur die den Einzelnen am wenigsten belastende verhängt werden darf.
- (3) Der ultima ratio-Grundsatz bedeutet ferner, dass auf eine Verurteilung zu verzichten ist, wo eine informelle Sanktionierung (=Diversio) ausreicht. Deshalb verlor mit dem Vordringen general- und spezialpräventiver Auffassungen das strafverfahrensrechtliche Legalitätsprinzip (Verfolgungs- und Anklagezwang) einen Großteil seiner ursprünglichen Berechtigung.<sup>29</sup>

Dieser Änderung sowohl der strafrechts- als auch der straftheoretischen Grundkonzeption musste das Strafrecht, insbesondere das

<sup>26</sup> In der Rechtswirklichkeit wird dieser Grundsatz freilich nicht immer berücksichtigt. Strafrecht wird „oft als prima und gelegentlich sogar als sola ratio eingesetzt“ (Hilgendorf, E., Die deutsche Strafrechtsentwicklung 1975–2000 – Reformen im Besonderen Teil und neue Herausforderungen, in: Vormbaum, Th.; Welp, J. [Hrsg.]: Das Strafgesetzbuch – Sammlung der Änderungsgesetze und Neubekanntmachungen, Supplementband I: 130 Jahre Strafgesetzgebung – Eine Bilanz, Berlin 2004, S. 369). Ausführlich zu den hier nicht dargestellten Reformen im Besonderen Teil Hilgendorf, S. 258 ff.

<sup>27</sup> Roxin (Fn. 5), § 2 Rdnr. 39.

<sup>28</sup> Das Verhältnismäßigkeitsprinzip besagt hinsichtlich strafrechtlicher Sanktionen, "dass eine Maßnahme unter Würdigung aller persönlichen und tatsächlichen Umstände des Einzelfalles zur Erreichung des angestrebten Zwecks geeignet und erforderlich sein muss, das heißt, dass das Ziel nicht auf eine andere, den Einzelnen weniger belastende Weise ebenso gut erreicht werden kann, und dass der mit der Maßnahme verbundene Eingriff nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache und zur Stärke des bestehenden Tatverdachts stehen darf (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne)" (Hill, H., Verfassungsrechtliche Gewährleistungen gegenüber der staatlichen Strafgewalt, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.]: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VI, 2. Aufl., Heidelberg 2001, § 56, Rdnr. 22).

<sup>29</sup> Das Legalitätsprinzip ist das verfahrensrechtliche Korrelat der Vergeltungsidee, derzufolge der Staat zur Verwirklichung absoluter Gerechtigkeit jede Straftat auch zu bestrafen hatte. Es forderte eine Strafverfolgung auch in jenen Fällen, in denen eine Strafe weder zur Abschreckung potentieller Täter noch zur Einwirkung auf den jeweiligen Täter notwendig und geboten war, ja sogar dann, wenn eine Bestrafung zur Erreichung des Ziels der Legalbewahrung kontraproduktiv erschien.

Sanktionensystem, angepasst werden.<sup>30</sup> Dieser straftheoretische Wandel ist vor allem umgesetzt worden durch:

- (1) Einschränkungen des Legalitätsprinzips zugunsten des Opportunitätsprinzips<sup>31</sup>, um „informell“ dort reagieren zu können, wo eine Verurteilung aus Präventionsgründen entweder nicht geeignet oder nicht erforderlich erschien.<sup>32</sup> Der Gesetzgeber hat insbesondere mit den §§ 153 ff. Strafprozessordnung (StPO), §§ 45, 47 Jugendgerichtsgesetz (JGG), §§ 29, 31a, 37 Betäubungsmittelgesetz (BtMG) – straftheoretisch zutreffend – Möglichkeiten geschaffen, das Verfahren – trotz hinreichenden Tatverdachts – einzustellen. Seit diesen ersten Durchbrechungen des Legalitätsprinzips in der ersten Hälfte der 20er Jahre des 20. Jahrhunderts hat der Gesetzgeber den Anwendungsbereich dieser Opportunitätsvorschriften sowohl im Jugendstrafrecht als auch im Allgemeinen Strafverfahren<sup>33</sup> ausgeweitet und die Entscheidungskompetenz der Staatsanwaltschaft durch Zurückdrängung der richterlichen Mitwirkung deutlich ausgebaut.<sup>34</sup> Die Palette „klassischer Sanktionen“, namentlich der Geld-

<sup>30</sup> Zu Darstellung und zum Vergleich der Straftatfolgen im deutschen und koreanischen Strafrecht siehe Son, M., Straftatfolgen im deutschen und koreanischen Strafrecht, Frankfurt a. M. u. a. 2004.

<sup>31</sup> Zur Entwicklung des Opportunitätsprinzips im Allgemeinen Strafrecht vgl. m.w.N. Horstmann, M.: Zur Präzisierung und Kontrolle von Opportunitätseinstellungen, Berlin 2002.

<sup>32</sup> Während im Jugendstrafrecht das spezialpräventive Ziel im Vordergrund stand, erfolgte die Einführung im Allgemeinen Strafrecht aus justizökonomischen Erwägungen. Der Siegeszug von Diversion dürfte auch weniger auf straftheoretischen Erwägungen als vielmehr auf dem justizökonomischen Moment der Arbeitsentlastung beruhen.

<sup>33</sup> Im Allgemeinen Strafrecht wurden die Opportunitätsmöglichkeiten in den letzten drei Jahrzehnten sowohl aus verfahrensökonomischen als auch aus spezialpräventiven Gründen weiter ausgebaut. Durch das EGStGB von 1974 (Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch vom 2.3.1974, BGBl. I S. 469) wurde mit § 153a StPO im Allgemeinen Strafrecht erstmals die Möglichkeit geschaffen, das Strafverfahren bei Erfüllung von Auflagen oder Weisungen einzustellen. Das Strafverfahrensänderungsgesetz 1979 (vom 5.10.1978, BGBl. I S. 1645) erweiterte die eine Konzentration des Prozessstoffes ermöglichenden §§ 154, 154a StPO wesentlich; insbesondere bei Großverfahren ist eine Einstellung auch dann noch möglich, wenn die Rechtsfolge der einzustellenden Tat beträchtlich ins Gewicht fallen würde. Die Vorschriften der §§ 153 ff. StPO wurden 1993 durch das Rechtspflegeentlastungsgesetz (Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege vom 11.1.1993, BGBl. I S. 50) erneut erweitert. Hierdurch sollte "der Praxis die Möglichkeit (gegeben werden), 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). Der Katalog der zulässigen Maßnahmen wurde 1998 (Gesetz zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes und anderer Gesetze vom 24.4.1998, BGBl. I S. 747) durch die Aufnahme der für verkehrsauffällige Kraftfahrer bestimmten Nachschulung (Aufbauseminar) sowie 1999 durch die des Täter-Opfer-Ausgleichs erweitert. Durch das Gesetz zur strafverfahrensrechtlichen Verankerung des Täter-Opfer-Ausgleichs vom 20.12.1999, BGBl. I S. 2491) wurde der bisher abschließende Katalog der Maßnahmen geöffnet, wodurch die Einstellungsbereitschaft der Praxis gefördert werden sollte (Begründung zum Entwurf vom 29.10.1999, BT-Drs. 14/1928, S. 1).

Im Betäubungsmittelstrafrecht wurde der Vorrang der Therapie vor einer Strafe in § 37 Betäubungsmittelgesetz 1981 umgesetzt. 1992 wurde mit § 31a BtMG eine Geringfügigkeitseinstellung eingefügt.

<sup>34</sup> 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.:

und Freiheitsstrafen, ist damit durch Reaktionsmöglichkeiten ergänzt worden, die Alternativen zur Anklage oder zur Verurteilung darstellen.

- (2) Um- und Ausbau des Systems strafrechtlicher Rechtsfolgen zu einem tauglichen Instrument präventiver Kriminalpolitik. Nach einer Reihe wichtiger Zwischenschritte – Geldstrafengesetze aus den Jahren 1921 bis 1924<sup>35</sup>, Jugendgerichtsgesetz vom 16.2.1923<sup>36</sup>, Einführung der Maßregeln der Besserung und Sicherung (1933)<sup>37</sup>, Abschaffung der Todesstrafe (1949)<sup>38</sup>, Einführung der Maßregel der Entziehung der Fahrerlaubnis (1952)<sup>39</sup>, der Straf- und der Strafrestausschüttung zur Bewährung (1953)<sup>40</sup>, des Fahrverbots als Nebenstrafe (1964)<sup>41</sup> – sollte nach Auffassung des Gesetzgebers vor allem durch die beiden Strafrechtsreformgesetze von 1969<sup>42</sup> und durch das EGStGB von 1974<sup>43</sup> das Allgemeine Strafrecht „als taugliches Instrument der Kriminalpolitik (ausgestaltet werden) mit dem Ziel einer Verhütung künftiger Straftaten, vor allem durch Resozialisierung des Straftäters.“<sup>44</sup> Er konnte hierbei zurückgreifen

---

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, StV 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.).

<sup>35</sup> Gesetz zur Erweiterung des Anwendungsbereichs der Geldstrafe und zur Einschränkung der kurzen Freiheitsstrafen vom 21.12.1921 (RGBl. S. 1604), Geldstrafengesetz vom 27.4.1923 (RGBl. I S. 254), Gesetz über Vermögensstrafen und Bußen vom 13.10.1923 (RGBl. I S. 943), Verordnung auf Grund des Gesetzes über Vermögensstrafen und Bußen vom 23.11.1923 (RGBl. I S. 1117), Verordnung über Vermögensstrafen und Bußen vom 6.2.1924 (RGBl. I S. 44).

<sup>36</sup> RGBl. I S. 135. Vgl. auch die beiden folgenden Jugendgerichtsgesetze vom 6.11.1943 (RGBl. I S. 637) und vom 4.8.1953 (BGBl. I S. 751), ferner das Erste Gesetz zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes vom 30.8.1990 (BGBl. I S. 1853); Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung vom 23.7.2004 (BGBl. I S. 1838); Zweites Gesetz zur Modernisierung der Justiz vom 22.12.2006 (BGBl. I S. 3416); Gesetz zur Reform der Führungsaufsicht und zur Änderung der Vorschriften über die nachträgliche Sicherungsverwahrung vom 13.4.2007 (BGBl. I S. 513); Zweites Gesetz zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes und anderer Gesetze vom 13.12.2007 (BGBl. I S. 2894); Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung bei Verurteilungen nach Jugendstrafrecht vom 8.7.2008 (BGBl. I S. 1212); vom (BGBl. I S. );

<sup>37</sup> Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24.11.1933 (RGBl. I S. 995). Vgl. Eser, A., Zur Entwicklung der Maßregeln der Besserung und Sicherung als zweite Spur im Strafrecht, in: Festschrift für H. Müller-Dietz, München 2001, S. 213 ff.; Frisch, W., Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem, ZStW 1990, S. 343 ff.

<sup>38</sup> Art.102 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949 (BGBl. I S. 1).

<sup>39</sup> Gesetz zur Sicherung des Straßenverkehrs vom 19.12.1952 (BGBl. I S. 832).

<sup>40</sup> Drittes Strafrechtsänderungsgesetz vom 4.8.1953 (BGBl. I S. 735)

<sup>41</sup> Zweites Gesetz zur Sicherung des Straßenverkehrs vom 26.11.1964 (BGBl. I S. 921).

<sup>42</sup> Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 25.6.1969 (BGBl. I S. 645); Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 4.7.1969 (BGBl. I S. 717).

<sup>43</sup> Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch (EGStGB) vom 2.3.1974 (BGBl. I S. 469).

<sup>44</sup> Erster Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, BT-Drs. V/4094, S. 3.

auf die Arbeiten der sog. Großen Strafrechtskommission<sup>45</sup>, auf die die StGB-Entwürfe 1958, 1959, 1960 und vor allem 1962 (E 1962)<sup>46</sup> zurückgingen, ferner auf den 1966 veröffentlichten „Alternativ-Entwurf eines StGB“ (AE).<sup>47</sup> Das durch die beiden Strafrechtsreformgesetze reformierte Sanktionensystem ist ein Kompromiss aus den Vorschlägen des E 1962 und des AE, bei dem „Resozialisierungsfreundlichkeit mit den Bedürfnissen der Generalprävention auf einer mittleren Linie“ zu einem „einigermaßen fortschrittlichen Gesetzgebungswerk“<sup>48</sup> verbunden wurden. Dem dienten vor allem die am 1.4.1970 in Kraft getretenen Neuerungen des 1. StrRG, nämlich

- die Ersetzung der verschiedenen Arten freiheitsentziehender Strafen durch die (Einheits-)Freiheitsstrafe (§ 38 StGB),
- die Zurückdrängung der kriminalpolitisch unerwünschten kurzen Freiheitsstrafe unter sechs Monaten zugunsten der Geldstrafe ("ultima ratio-Klausel" von § 47 StGB),
- die Erweiterung des Anwendungsbereichs der Strafaussetzung zur Bewährung auf Freiheitsstrafen bis einschließlich zwei Jahren (§ 56 StGB), die Voraussetzung für die Aussetzung der Freiheitsstrafe bzw. des Strafrestes gelockert (§§ 56, 57 StGB sowie die Widerrufsregelung (§§ 56 f., 57 III StGB) neu gefasst,
- die Einführung des Rechtsinstituts des Absehens von Strafe (§ 60 StGB).<sup>49</sup>

Durch das am 1.1.1975 in Kraft getretene 2. StrRG wurde

- das Mindestmaß der Freiheitsstrafe von einem Tag auf einen Monat (§ 38 II StGB) heraufgesetzt,
- die Geldstrafe auf das Tagessatzsystem (§ 40 StGB) umgestellt und damit die Transparenz und Opfergleichheit der Geldstrafe verbessert,
- das Rechtsinstitut der Verwarnung mit Strafvorbehalt (§ 59 StGB) eingeführt, das einen Schuldspruch ohne gleichzeitigen Strafausspruch ermöglicht, sowie
- die Anrechnung der Untersuchungshaft gesetzlich vorgeschrieben (§ 51 StGB).

Kernstück des kriminalpolitischen Programms war die Einführung der Einheitsfreiheitsstrafe, die nachhaltige Einschränkung der als resozialisierungsfeindlich angesehenen kurzen Freiheitsstrafe, die Schaffung des dreistufigen Systems der Strafaussetzung zur Bewährung<sup>50</sup> sowie die Einführung des Tagessatzsystems bei der Geldstrafe, die künftig Hauptstrafe der Gegenwart sein sollte.

<sup>45</sup> Vgl. hierzu Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. 1 1956; Bde 2–6, 1958; Bde 7–12, 1959; Bde 13 und 14, 1960.

<sup>46</sup> Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 – Bundestagsvorlage – Bonn 1962 (BT-Drs. IV/650).

<sup>47</sup> Bauman, J. u.a.: Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, Tübingen 1966.

<sup>48</sup> Roxin (Fn. 5), § 4 Rdnr. 40.

<sup>49</sup> Hierzu Hassemer, W., Das Absehen von Strafe als kriminalpolitisches Instrument, in: Festschrift für W. Sarstedt, Berlin 1981, S. 65 ff.

<sup>50</sup> (1) Bei guter Prognose zwingende Aussetzung kurzer Freiheitsstrafen, (2) zwingende Aussetzung im Bereich von 6 bis zu 12 Monaten, falls nicht die Verteidigung der Rechtsordnung entgegensteht, (3) fakultative Aussetzung bei Strafen von 1 bis zu 2 Jahren, falls besondere Umstände vorliegen.

Im Recht der Maßregeln der Besserung und Sicherung wurden durch das 1. StrRG das Arbeitshaus abgeschafft. Die Sicherungsverwahrung wurde deutlich eingeschränkt, indem die Voraussetzungen für die Anordnung angehoben, die maximale Verwahrdauer bei erstmaliger Verhängung auf 10 Jahre festgesetzt und die Verhängung gegenüber Heranwachsenden<sup>51</sup> explizit ausgeschlossen und das Verhältnismäßigkeitsprinzip durch Einfügung einer deklaratorischen Norm (§ 62 StGB) gestärkt wurde. Durch das 2. StrRG wurden eingeführt das Prinzip des Vikariierens von Strafe und Maßregel (§ 67 StGB) sowie die Strafaussetzung zur Bewährung (§§ 67b, d StGB); ersetzt wurde die Sicherungsaufsicht durch die Führungsaufsicht (§ 68 StGB).<sup>52</sup> Die Maßregel der Unterbringung in einer sozialtherapeutischen Anstalt (§ 65 StGB) sollte erst 1978, dann 1985 in Kraft treten; noch vor Inkrafttreten wurde diese Maßregel aber aus dem StGB wieder herausgenommen.<sup>53</sup> Die Unterbringung in einer sozialtherapeutischen Anstalt ist heute eine besondere Form des Strafvollzugs (§ 9 StVollzG<sup>54</sup>).

In der Folgezeit wurde aufgrund eines Urteils des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG)<sup>55</sup> die Aussetzung der Strafe bei lebenslanger Freiheitsstrafe geregelt (§ 57a StGB).<sup>56</sup> Durch das 23. StrÄndG<sup>57</sup> wurde die strafscharfende Rückfall-Regelung des bisherigen Rechts (§ 48 StGB) ersatzlos gestrichen, die Strafaussetzung zur Bewährung bei Freiheitsstrafen zwischen einem und zwei Jahren der Fortentwicklung der Rechtsprechung angepasst, der Anwendungsbereich der Strafrestausssetzung zur Bewährung erweitert<sup>58</sup> und die

---

<sup>51</sup> Der bisherige § 106 II JGG ermöglichte es, von einer Anordnung der Sicherungsverwahrung abzusehen; durch die Neuregelung von § 106 II wurde die Anordnung ausgeschlossen.

<sup>52</sup> Vgl. Floercke, P., Die Entstehung der Gesetznormen zur Führungsaufsicht, Bonn 1989.

<sup>53</sup> Gesetz zur Änderung des Strafvollzugsgesetzes (StVollzÄndG) vom 20.12.1984 (BGBl. I S. 1654).

<sup>54</sup> Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung (StVollzG).

<sup>55</sup> BVerfGE 45, 187 vom 21. Juni 1977. Das BVerfG hatte u.a. entschieden: „Zu den Voraussetzungen eines menschenwürdigen Strafvollzugs gehört, dass dem zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten grundsätzlich eine Chance verbleibt, je wieder der Freiheit teilhaftig zu werden. Die Möglichkeit der Begnadigung allein ist nicht ausreichend; vielmehr gebietet das Rechtsstaatsprinzip, die Voraussetzungen, unter denen die Vollstreckung einer lebenslangen Freiheitsstrafe ausgesetzt werden kann, und das dabei anzuwendende Verfahren gesetzlich zu regeln“ (LS 3). In einer späteren Entscheidung (BVerfGE 86, 288 vom 3.6.1992) wurde § 57a StGB „verfassungskonform“ ausgelegt (vgl. hierzu Müller-Dietz, H., Lebenslange Freiheitsstrafe und bedingte Entlassung, Jura 1994, S. 72 ff.). U.a. hat danach das erkennende Gericht (und nicht die Strafvollstreckungskammer – StVK) die für die Bewertung der besonderen Schuldschwere maßgebenden Tatsachen mit bindender Wirkung für die StVK festzustellen und zu gewichten.

<sup>56</sup> Zwanzigstes Strafrechtsänderungsgesetz vom 8.12.1981 (BGBl. I S. 1329).

<sup>57</sup> Dreiundzwanzigstes Strafrechtsänderungsgesetz (23. StrÄndG) vom 13.4.1986 (BGBl. I S. 393).

<sup>58</sup> Durch das Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten (SexualdelBekG) vom 26.1.1998 (BGBl. I S. 160) wurde die Strafrestausssetzung wieder eingeeengt, als es nunmehr das Gericht verpflichtet, bei der Aussetzung der Vollstreckung des Restes einer Freiheitsstrafe stärker als bisher „Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit“ zu berücksichtigen (§§ 57 I S. 1 Nr. 2 StGB, § 88 I JGG); bei Aussetzung des Strafrestes einer wegen einer Katalogtat i.S. des § 66 III StGB verhängten zeitigen Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren ist ein Gutachten namentlich zur Frage erforderlich, „ob bei dem Verurteilten keine Gefahr mehr besteht, dass dessen durch die

Voraussetzungen über die Abwendung der Vollstreckung der – an die Stelle einer uneinbringlichen Geldstrafe tretenden – Ersatzfreiheitsstrafe durch gemeinnützige Arbeit (Art. 293 EGStGB) neu gefasst. Eines der Ziele des Sechsten Gesetzes zur Reform des Strafrechts vom 26.1.1998<sup>59</sup> war die Harmonisierung der Strafrahmen, die bei den „Delikten gegen die Person durchgängig dadurch erreicht worden (sei), dass die Spannweite der Bestrafungsmöglichkeiten durch Verschärfung der Strafrahmen oder durch Vermehrung von Qualifikationstatbeständen in besonders schweren Fällen zum Teil unverhältnismäßig nach oben erweitert worden sei, obwohl ein Absenken bei den Eigentums- und Vermögensdelikten nahegelegen hätte“.<sup>60</sup> Strafschärfungen und Tatbestandserweiterungen für Sexualdelikte brachte das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung vom 27.12.2003.<sup>61</sup> Durch das Zweite Gesetz zur Modernisierung der Justiz (2. Justizmodernisierungsgesetz) vom 22. Dezember 2006<sup>62</sup> wurde der Anwendungsbereich der Verwarnung mit Strafvorbehalt moderat erweitert.

Hauptstrafen sind seit den beiden Strafrechtsreformgesetzen 1969 die Freiheitsstrafe (§§ 38, 39 StGB) und die Geldstrafe (§§ 40–43 StGB).

- Die zeitige Freiheitsstrafe beträgt im Mindestmaß einen Monat, im Höchstmaß 15 Jahre (§ 38 II StGB). Die lebenslange Freiheitsstrafe ist teils als absolute, teils als wahlweise Sanktion angedroht. Die kurze Freiheitsstrafe (unter sechs Monaten) ist gegenüber der Geldstrafe ultima ratio (§ 47 StGB). Die Vollstreckung von Freiheitsstrafen bis einschließlich zwei Jahren kann zur Bewährung ausgesetzt werden. Bei Strafen unter sechs Monaten entscheidet allein die günstige Sozialprognose, d.h. die Erwartung, dass die Wahrscheinlichkeit erneuter Rückfälligkeit bei Aussetzung der Vollstreckung (gegebenenfalls unter Anordnung von Bewährungsmaßnahmen, namentlich unter der Einwirkung eines Bewährungshelfers) höher sein werde als bei Vollstreckung der Freiheitsstrafe. Bei Strafen zwischen sechs Monaten und einem Jahr wird die Vollstreckung auch bei günstiger Prognose nicht ausgesetzt, wenn generalpräventive Notwendigkeiten entgegenstehen. Strafen zwischen mehr als einem Jahr und bis einschließlich zwei Jahren können unter "besonderen Umständen" ausgesetzt werden (§ 56 StGB). Sowohl bei zeitiger als auch bei lebenslanger Freiheitsstrafe besteht die Möglichkeit, die Vollstreckung eines Strafrestes zur Bewährung auszusetzen (§§ 57, 57a StGB).
- Die Geldstrafe wird in Tagessätzen (§ 40 StGB) verhängt, d.h. festgelegt wird zunächst, und zwar nach allgemeinen Strafzumessungskriterien, die Zahl der Tagessätze, sodann wird die Höhe eines Tagessatzes bestimmt, die sich

---

Tat zutage getretene Gefährlichkeit fortbesteht“ (§ 454 II S. 2 StPO). Vor allem wegen der prognostischen Unsicherheiten hat diese Regelung in der Wissenschaft überwiegend Ablehnung erfahren (statt vieler Nedopil, N., Prognostizierte Auswirkungen der Gesetzesänderungen vom 26-01-1998 auf die Forensische Psychiatrie und was daraus geworden ist, MSchrKrim 2002, 208 ff.; Schöch, H., Kriminologische Grenzen der Entlassungsprognose, in: Festschrift für G. Kaiser, Berlin 1998, S. 1239 ff.; Schöch, H., Das Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26.1.1998, NJW 1998, 1257 ff.).

<sup>59</sup> BGBl. I S. 164.

<sup>60</sup> Lackner, K.; Kühl, K., Strafgesetzbuch, 26. Aufl., München 2007, vor § 38 Rdnr. 10.

<sup>61</sup> BGBl. I S. 3007.

<sup>62</sup> BGBl. I S. 3416.

nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Täters richtet. Die Mindestzahl der Tagessätze beträgt fünf, die Höchstzahl im Regelfall 360 Tagessätze. Die Höhe eines Tagessatzes beläuft sich auf mindestens einen und höchstens 5.000 Euro. Ein Tagessatz entspricht, was im Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe bedeutsam wird, einem Tag Freiheitsstrafe (§ 43 StGB). Statt der Aussetzung der Vollstreckung der Geldstrafe zur Bewährung sieht das StGB im Anwendungsbereich der Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen die Möglichkeit der Verwarnung mit Strafvorbehalt (§§ 59 ff. StGB) vor.

- Das Fahrverbot (§ 44 StGB) ist als Nebenstrafe ausgestaltet, die neben einer Freiheits- oder einer Geldstrafe verhängt werden kann.
  - Neben den eigentlichen Strafen kennt das StGB als Nebenfolgen den Verlust der Amtsfähigkeit, der Wählbarkeit und des Stimmrechts (§§ 45 ff. StGB).
- (3) Der zutreffenden Erkenntnis folgend, dass sich ein allein um den Täter und nicht auch um das Opfer kümmerndes Strafrecht "zu seinen Zielen der Friedensstiftung, Humanität und Prävention"<sup>63</sup> in Widerspruch setzen würde, wurden zunehmend auch Opferbelange<sup>64</sup> berücksichtigt, insbesondere durch den Täter-Opfer-Ausgleich (TOA).<sup>65</sup> 1990 wurde der TOA nach erfolgreichen Modellprojekten im Bereich des Jugendstrafrechts gesetzlich verankert.<sup>66</sup> Bereits 1986 war der Täter-Opfer-Ausgleich im Allgemeinen Strafrecht (§ 46 II StGB) durch ausdrückliche Erwähnung als Strafzumessungstatsache<sup>67</sup> deutlich aufgewertet und als fakultativer Strafmilderungsgrund anerkannt worden.<sup>68</sup> Weitergeführt wurde dieser Gedanke einer konfliktlösenden Verständigung zwischen Täter und Opfer durch das Verbrechensbekämpfungsgesetz von 1994<sup>69</sup>, durch das u.a. Täter-Opfer-Ausgleich und Schadens-wiedergutmachung als fakultative Strafmilderungsvorschrift ausgestaltet wurden. Es ermöglicht dem Gericht sogar – bei verurteilter Geldstrafe bis zu dreihundertsechzig Tagessätzen oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr<sup>70</sup> – ganz von Strafe abzusehen, wenn der Täter seine Tat ganz oder zum überwiegenden Teil wiedergutmacht oder deren Wiedergutmachung ernsthaft erstrebt hat (§ 46a StGB). Eine Förderung des Täter-Opfer-Ausgleichs wurde durch dessen

<sup>63</sup> Kaiser, G., Kriminalpolitik in der Bundesrepublik Deutschland, in: Hirsch, J.; Weigend, Th. (Hrsg.): Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, Berlin 1989, S. 47.

<sup>64</sup> Vgl. hierzu Jung, H., Zur Renaissance des Opfers – ein Lehrstück kriminalpolitischer Zeitgeschichte, ZRP 2000, S. 159 ff.

<sup>65</sup> Grundlegend hierzu Walther, S., Vom Rechtsbruch zum Realkonflikt – Grundlagen und Grundzüge einer Wiedergutmachung und Strafe verbindenden Neuordnung des kriminalrechtlichen Sanktionensystems, Berlin 2000.

<sup>66</sup> Erstes Gesetz zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes (1. JGG-ÄndG) vom 30.8.1990 (BGBl. I S. 1853).

<sup>67</sup> In § 46 II S. 2 StGB wurde nach den Worten "den Schaden wiedergutzumachen" die Worte "sowie das Bemühen des Täters, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen" eingefügt.

<sup>68</sup> Erstes Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren (Opferschutzgesetz) vom 18.12.1986 (BGBl. I S. 2496).

<sup>69</sup> Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung und anderer Gesetze (Verbrechensbekämpfungsgesetz) vom 28.10.1994 (BGBl. I S. 3186).

<sup>70</sup> Der damit erfasste Anwendungsbereich ist relativ groß, denn – gemessen an den verhängten Strafen – wurden im Bundesgebiet (alte Bundesländer) 2006 80,6% aller nach allgemeinem Strafrecht Verurteilten mit einer Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen belegt, weitere 14,5% erhielten eine Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr. 95% aller Verurteilungen fielen danach in den Anwendungsbereich von § 46a StGB, der das Absehen von Strafe ermöglicht.

strafprozessuale Verankerung erreicht.<sup>71</sup> Danach sind Staatsanwalt und Richter gehalten, in jedem Stadium des Verfahrens zu prüfen, ob ein Ausgleich zwischen Beschuldigtem und Verletztem erreicht werden kann (§ 155a StPO). Das Bemühen des Beschuldigten, einen TOA zu erreichen, kann die Einstellung des Strafverfahrens rechtfertigen (§ 153a StPO). Entsprechende Möglichkeiten hat das Gericht nach Anklageerhebung. Zur Stärkung der Opferinteressen im Bereich der Schadenswiedergutmachung sieht das Ende Dezember 2006 in Kraft getretene 2. Justiz-modernisierungsgesetz<sup>72</sup> vor, dass das Gericht bereits im Urteil Zahlungserleichterungen gewähren soll, wenn ohne deren Bewilligung die Wiedergutmachung gefährdet ist (§ 42 S. 3 StGB). Die Legitimität der Wiedergutmachung und des Täter–Opfer–Ausgleichs und ihre eigenständige „Spur“ im Strafrecht<sup>73</sup> wird heute nicht mehr ernstlich bestritten.<sup>74</sup> Die mit der Strafe verfolgten präventiven Funktionen bedürfen nicht notwendig der Auferlegung eines Übels, sie können auch durch sozial–konstruktive, auf den Ausgleich der Unrechtsfolgen gerichtete Leistungen sowie durch Übernahme der Verantwortung für die Tat abgedeckt werden.

In der Kriminalpolitik der letzten vier Jahrzehnte erfolgte ferner eine Ausdifferenzierung des Rechts strafrechtlicher Sanktionen hinsichtlich bestimmter Tätergruppen. Zum einen wurden zunehmend Möglichkeiten geschaffen, nicht nur den Grundsatz „Verbrechen darf sich nicht lohnen“ besser umzusetzen, sondern dem Täter zugleich die Grundlagen für eine weitere kriminelle Betätigung zu entziehen. Zum anderen wurde der Schutz vor dem gefährlichen, weil rückfallgefährdeten Täter zunehmend erweitert.

- (4) Während bei leichter und mittelschwerer Kriminalität weiterhin Diversionsmöglichkeiten behutsam ausgebaut wurden, wurden die Möglichkeiten erweitert, mithilfe strafrechtlicher Sanktionen illegal erlangte Gewinne abzuschöpfen und dadurch insbesondere der Organisierten Kriminalität die wirtschaftliche Grundlage für Aufbau und Erhalt einer auf kriminellen Erwerb gerichteten Organisation zu entziehen.<sup>75</sup> Das 2. StrRG von 1969<sup>76</sup> schuf mit den Instituten des Verfalls und der Einziehung die Möglichkeit, dem Täter (u.U. auch einem Dritten) Vermögensgegenstände zu entziehen, die durch eine enge Beziehung mit der Straftat gekennzeichnet sind. 1992 wurde das bisher für den Verfall geltende Nettoprinzip durch das Bruttoprinzip ersetzt.<sup>77</sup> Im gleichen Jahre wurden neue Vorschriften eingeführt, mit denen die Gewinnabschöpfung

<sup>71</sup> Gesetz zur strafverfahrensrechtlichen Verankerung des Täter–Opfer–Ausgleichs und zur Änderung des Gesetzes über Fernmeldeanlagen vom 20.12.1999 (BGBl I S. 2491).

<sup>72</sup> Fn. 62.

<sup>73</sup> Vgl. statt vieler Roxin, C., Zur Wiedergutmachung als einer "dritten Spur" im Sanktionensystem, in: Festschrift für J. Baumann, Bielefeld 1992, S. 243 ff.

<sup>74</sup> Vgl. Alternativ–Entwurf Wiedergutmachung (AE–WGM): Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer (Arbeitskreis AE), München 1992. Die Literatur ist inzwischen fast unübersehbar. Kritische Stellungnahmen, etwa von Hirsch, J., Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts, ZStW 1990, S. 534 ff.; Loos, F., Zur Kritik des „Alternativentwurfs Wiedergutmachung“, ZRP 1993, S. 51 ff., haben keine nachhaltige Unterstützung erfahren.

<sup>75</sup> Vgl. den Überblick bei Eser, A., Neue Wege der Gewinnabschöpfung im Kampf gegen die organisierte Kriminalität?, in: Festschrift für W. Stree und J. Wessels, Heidelberg 1993, S. 833 ff.

<sup>76</sup> 2. StrRG (Fn. 42)

<sup>77</sup> Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes, des Strafgesetzbuches und anderer Gesetze vom 28.2.1992 (BGBl. I S. 372).

erleichtert werden sollte: Geldwäsche (§ 261 StGB), Vermögensstrafe (§ 43a StGB)<sup>78</sup> und erweiterter Verfall (§ 73d StGB).<sup>79</sup> Von diesen Vorschriften wurde inzwischen die Vermögensstrafe durch das BVerfG<sup>80</sup> für nichtig erklärt.

Die Vorschrift über den erweiterten Verfall wurde durch den 4. Strafsenat des BGH<sup>81</sup> sowie eine Entscheidung des BVerfG vom 14.1.2004<sup>82</sup> in verfassungskonformer Auslegung auf die Fälle beschränkt, in denen das Gericht die „uneingeschränkte tatrichterliche Überzeugung von der deliktischen Herkunft“ der betreffenden Gegenstände gewonnen hat. Die Vorschriften über den Verfall haben zunehmend Bedeutung gewonnen als „Rückgewinnungshilfe“ für das Opfer (§ 111b V StPO).<sup>83</sup> Der Vorteil für die Geschädigten liegt darin, dass die Ermittlungsbehörden über effektivere Möglichkeiten verfügen, Vermögenswerte aufzuspüren und über Beschlagnahme und dinglichen Arrest sicherzustellen. Allerdings handelt es sich hierbei nur um Vollstreckungshilfe; der Geschädigte muss seinen Anspruch durchsetzen. Erfolgt dies nicht, dann konnte der Verfall wegen der Sperrwirkung von § 73 I 2 StGB („Totengräber“ des Verfalls) nicht angeordnet werden.<sup>84</sup> Durch das „Gesetz zur Stärkung der Rückgewinnungshilfe und der Vermögensabschöpfung“ vom 24.10.2006<sup>85</sup> wurde das bisherige materiell-prozessuale Vermögensabschöpfungsmodell durch eine prozessuale Lösung weiterentwickelt. Nunmehr wird das im Wege der Zurückgewinnungshilfe (§ 111b V StPO) sichergestellte Vermögen dem Tatopfer nach Urteilsverkündung drei Jahre lang zur Befriedigung seiner Ansprüche zur Verfügung gehalten. Soweit davon kein Gebrauch gemacht wird oder der Verletzte aus anderweitigem Vermögen des Täters befriedigt wurde, findet von Gesetzes wegen ein Auffangrechtserwerb des Staates statt.<sup>86</sup>

Vereinzelt, nämlich im Preisstrafrecht, ist als besondere Rechtsfigur die Abschöpfung des Mehrerlöses vorgesehen, den das Wirtschaftsstrafgesetz 1954 definiert als „Unterschiedsbetrag zwischen dem zulässigen und dem erzielten Preis (Mehrerlös).“<sup>87</sup> Im Kartellstrafrecht bildete bis vor Kurzem der Mehrerlös

<sup>78</sup> In gesetzlich besonders bestimmten Fällen konnte das Gericht "neben einer lebenslangen oder einer zeitigen Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren auf Zahlung eines Geldbetrags erkennen, dessen Höhe durch den Wert des Vermögens des Täters begrenzt ist (Vermögensstrafe)" (§ 43a I S. 1 StGB). Gesetzlich vorgesehen war die Vermögensstrafe bei denselben Delikten wie beim erweiterten Verfall.

<sup>79</sup> Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG) vom 15.7.1992 (BGBl. I S. 1302).

<sup>80</sup> BVerfGE 105, 135.

<sup>81</sup> BGHSt 40, 371.

<sup>82</sup> BVerfGE 110, 1.

<sup>83</sup> Groß, A., Vereinfachung der §§ 111b ff. StPO im Hinblick auf effektivere Möglichkeiten zur Abschöpfung von Vermögensvorteilen aus Straftaten, Hamburg 2006.

<sup>84</sup> Nach § 73 I S. 2 StGB sind solche Vorteile dem Verfall nicht unterworfen, soweit einzelne Personen durch die Tat an ihrem Vermögen verletzt worden sind, eine Erfüllung der daraus sich ergebenden Ansprüche dem Täter oder Teilnehmer aber den Wert des aus der Tat Erlangen entziehen würde. Eine Verfallsanordnung scheidet danach schon dann aus, wenn überhaupt nur abstrakt die Möglichkeit besteht, dass die strafbar erlangten Vermögensvorteile durch Initiative des Verletzten dem Täter oder Teilnehmer wieder entzogen werden.

<sup>85</sup> BGBl I, S. 2350. Hierzu Greeve, G., Verstärkte Rückgewinnungshilfe und Vermögensabschöpfung seit dem 1. 1. 2007, NJW 2007, S. 14 ff.

<sup>86</sup> Der noch im „Entwurf eines Gesetzes zur verbesserten Abschöpfung von Vermögensvorteilen aus Straftaten“ vom 3.2.1998 (BT-Drs. 13/9742) vorgesehene Verzicht auf die Regelung des § 73 I S. 2 StGB wurde unter Hinweis auf praktische Schwierigkeiten ausdrücklich abgelehnt.

<sup>87</sup> Vgl. § 8 I S. 1 Wirtschaftsstrafgesetz 1954.

zugleich einen Multiplikator zwecks Erweiterung des Bußgeldrahmens bis zum Dreifachen des (geschätzten) Mehrerlöses (§ 81 II S. 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen [GWB] a.F.). Durch die 7. GWB-Novelle<sup>88</sup> wurde dies geändert. Die Sollvorschrift von § 17 IV OWiG, wonach die Geldbuße den wirtschaftlichen Vorteil übersteigen soll, wurde in eine bloße Kannvorschrift geändert (§ 81 V GWB). Nunmehr wird zwischen Geldbuße mit Ahndungscharakter<sup>89</sup> und Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils getrennt. Die Geldbuße, deren Regelbußrahmen auf eine Million Euro erhöht wurde, darf bei Unternehmen mehr betragen, nämlich bis zu 10% des im vorausgegangenen Geschäftsjahres erzielten Gesamtumsatzes (§ 81 IV GWB). Dies entspricht der EG-Kartellverordnung und der EG-Kartellverfahrens-Verordnung, die für Kartellrechtsverstöße das Höchstmaß der Geldbuße ebenfalls auf 10% des Umsatzes festgelegt haben.<sup>90</sup> Die bisherige Mehrerlösabschöpfung wurde zu einem verwaltungsrechtlichen „Instrument zur Abschöpfung des gesamten, durch den Kartellrechtsverstoß erlangten wirtschaftlichen Vorteils“<sup>91</sup> ausgestaltet (§ 34 GWB).<sup>92</sup> Liegt ein schuldhafter Verstoß gegen eine Verfügung der Kartellbehörde oder gegen Art. 81, 82 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) vor, so kann die Kartellbehörde die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils anordnen. Der Vorteil kann geschätzt werden (§ 34 IV GWB). Die Vorteilsabschöpfung ist unzulässig, wenn der wirtschaftliche Vorteil durch Schadensersatzleistungen an Dritte, durch Geldbußen oder die Anordnung des Verfalls abgeschöpft worden ist (§ 34 II GWB).

Nach dem Vorbild des erstmals im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 3.7.2004 eingeführten – auf der Schnittstelle von Privat- und Strafrecht liegenden – Gewinnabschöpfungsanspruch (§ 10 UWG) wurde auch in § 34a GWB eine Vorteilsabschöpfung durch Verbände und Einrichtungen eingeführt. Zweck beider Vorschriften ist die Beseitigung von Durchsetzungsdefiziten bei sog. Streu- und Bagatellschäden.<sup>93</sup> Ordnet die Kartellbehörde im Fall von § 34 GWB die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils nicht an, dann kann von bestimmten Verbänden und Einrichtungen die Herausgabe des wirtschaftlichen Vorteils an den Bundeshaushalt gefordert werden, sofern dieser zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern oder Anbietern erlangt worden ist. Im parlamentarischen Beratungsverfahren war eingewandt worden, die Vorschrift sei unpraktikabel und werde leer laufen. „Die klagebefugten Verbände und Einrichtungen werden voraussichtlich von der Möglichkeit der Gewinnabschöpfung keinen Gebrauch machen, wenn sie im Unterliegensfall das volle Kostenrisiko tragen, im Falle des Obsiegens aber den

---

<sup>88</sup> Siebtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 7.7.2005 (BGBl. I S. 1954)

<sup>89</sup> Zum neuen (verfassungswidrig unbestimmten) Mehrerlöskriterium (10% des von jedem betroffenen Unternehmen usw. erzielten Gesamtumsatzes) vgl. m.w.N. Achenbach, H., Neuigkeiten im Recht der Kartellordnungswidrigkeiten, wistra 2006, S. 5.

<sup>90</sup> Art. 15 II VO Nr. 17/62 (EG-KartellVO i.d.F. der VO Nr. 4064/89); Art. 23 II EG-Kartellverfahrens-VO Nr. 1/2003. Durch die „Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen“ aus dem Jahr 1998 ist diese umsatzprozentuale Bebußung durch eine Bußgeldpraxis abgelöst worden, die von der Dauer und Schwere der Zuwiderhandlung ausgeht (vgl. Tiedemann, K., Wirtschaftsstrafrecht, Köln u.a. 2004, Rdnr. 289).

<sup>91</sup> BT-Drs. 15/3640, S. 55.

<sup>92</sup> Kritisch Achenbach (Fn. 89), S. 6.

<sup>93</sup> Zur strittigen Rechtsnatur vgl. Alexander, C., Marktsteuerung durch Abschöpfungsansprüche, JZ 2006, 890 ff.

Gewinn abführen müssen.<sup>94</sup> Es wird abzuwarten sein, ob die Vereinnahmung des wirtschaftlichen Vorteils oder die Wahrnehmung der Interessen der Verbraucher und der Wettbewerber das entscheidende Motiv für das Tätigwerden der Verbände sein wird.

Im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 3.7.2004<sup>95</sup> hatte der Gesetzgeber mit dem Gewinnabschöpfungsanspruch (§ 10 UWG) erstmals diesen außerstrafrechtlichen Weg beschritten. Wird durch unlaute Wettbewerbshandlungen, z.B. durch eine zu geringe Füllmenge, ein Gewinn zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern erzielt, dann kennt der einzelne Abnehmer entweder den Wettbewerbsverstoß nicht, oder es entsteht bei ihm kein messbarer Schaden oder dieser wird wegen dessen Marginalität nicht weiter verfolgt (Streuschäden). Damit der unlauter Handelnde in diesen Fällen die Früchte seines Tuns nicht behalten kann, besteht nunmehr, allerdings beschränkt auf vorsätzliches Verhalten, ein Gewinnabschöpfungsanspruch. Dieser ist aber nicht von Mitbewerbern oder einzelnen Abnehmern einklagbar, sondern nur von Verbraucher- oder Wettbewerbsverbänden. Der abgeschöpfte Gewinn soll auch nicht den klagenden Verbänden zufließen, sondern an den Bundeshaushalt abgeführt werden. Auch hier wird die praktische Bedeutung dieser Norm abzuwarten sein.

- (5) Auf eine Maßregel der Besserung und Sicherung kann entweder neben einer Strafe oder selbständig – bei schuldunfähigen Tätern – erkannt werden. Die Maßregeln der Besserung und Sicherung knüpfen an die Gefährlichkeit des Täters an und dienen, wenngleich aus Anlass einer begangenen Straftat verhängt, ausschließlich dem Schutz der Allgemeinheit vor zukünftigen Taten. Durch therapeutische oder pädagogische Einwirkung soll die Tätergefährlichkeit beseitigt, durch Isolierung des Täters oder durch Ausschluss von bestimmten Tätigkeiten soll die Gesellschaft vor dem Täter gesichert werden. Das geltende Strafrecht kennt als Maßregeln mit dem vorwiegenden Ziel der Besserung die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB) oder in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB). Vorwiegend der Sicherung dienen die Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB), die Entziehung der Fahrerlaubnis (§ 69 StGB) und das Berufsverbot (§ 70 StGB). Sowohl Sicherungs- als auch Besserungsfunktion hat die Führungsaufsicht (§ 68 StGB). Durch das Gesetz zur Sicherung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt vom 16.7.2007<sup>96</sup> wurde versucht, verfassungsgerichtlichen Anforderungen zu entsprechen,<sup>97</sup> eine bessere Ausnutzung der Kapazitäten des Maßregelvollzugs zu erreichen, insbesondere durch Änderung der Anordnungsvoraussetzungen der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) sowie durch Erweiterung der Möglichkeiten zur

---

<sup>94</sup> BT-Drs. 15/3640, S. 78. Kritisiert wurde ferner die Beschränkung auf vorsätzliches Verhalten, die Weiterleitung des Gewinns an den Staat sowie die mangelnde Praktikabilität des Gewinnabschöpfungsanspruchs wegen möglicher Rückerstattungsansprüche einzelner Verbraucher (vgl. Sack, R., Der Gewinnabschöpfungsanspruch von Verbänden in der geplanten UWG-Novelle, WRP 2003, S. 549 ff.; Stadler, A.; Micklitz, H.-W., Der Reformvorschlag der UWG-Novelle für eine Verbandsklage auf Gewinnabschöpfung, WRP 2003, S. 559 ff.; Wimmer-Leonhardt, S., UWG-Reform und Gewinnabschöpfungsanspruch oder "Die Wiederkehr des Drachen", GRUR 2004, S. 12 ff.).

<sup>95</sup> BGBl. I S. 1414.

<sup>96</sup> BGBl. I S. 1327.

<sup>97</sup> Vgl. die beiden Entscheidungen des BVerfG zum psychiatrischen Krankenhaus (BVerfGE 70, 297) und zur Entziehungsanstalt (BVerfGE 91, 1).

Anordnung des Vorwegvollzugs der Strafe (§ 67 StGB).<sup>98</sup>

Die durch das 2. StrRG von 1969<sup>99</sup> als neue Maßregel eingeführte Unterbringung in einer sozialtherapeutischen Anstalt trat nie in Kraft; sie wurde 1984 durch eine Vollzugslösung ersetzt.<sup>100</sup> Ein zu vollstreckter Freiheitsstrafe Verurteilter kann vom Regelvollzug in eine sozialtherapeutische Anstalt verlegt werden. Aufgrund des SexualdelBekG von 1998<sup>101</sup> sind Sexualstraftäter, die zu einer Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren verurteilt worden sind, in eine sozialtherapeutische Anstalt zu verlegen, wenn dies zur Erreichung des Vollzugsziels angezeigt ist (§ 9 I StVollzG).<sup>102</sup>

Vor allem einige Aufsehen erregende Sexualmorde an Kindern<sup>103</sup> haben den Gesetzgeber veranlasst, die Möglichkeiten der Sicherung vor rückfallgefährdeten Tätern weiter auszubauen. Durch das SexualdelBekG<sup>104</sup> wurden die Mindeststrafen bei Sexualdelikten erhöht, die Strafaussetzung und die bedingte Entlassung aus dem Straf- und Maßregelvollzug (für alle Straftäter) erschwert,<sup>105</sup> und die Voraussetzungen für eine Unterbringung als „gefährlicher“ Täter in Sicherungsverwahrung erheblich erleichtert.<sup>106</sup> Vor allem die Sicherungsverwahrung als "eine der letzten Notmaßnahmen der Krimi-

<sup>98</sup> Vgl. Schneider, U., Die Reform des Maßregelrechts, NStZ 2008, S. 68 ff.

<sup>99</sup> Vgl. oben Fn. 42.

<sup>100</sup> Vgl. oben Fn. 53.

<sup>101</sup> Vgl. oben Fn. 58.

<sup>102</sup> Kritisiert wird, dass dies zu einer Privilegierung der Gruppe der Sexualstraftäter zum Nachteil anderer therapeutisch behandelbarer Inhaftierter führe, „für welche es angesichts knapper finanzieller Ressourcen des Staates und geringer Gesamtkapazität in der Sozialtherapie an Behandlungsplätzen fehlt“ (Laubenthal, K., Die Renaissance der Sicherheitsverwahrung, ZStW 2004, S. 706).

<sup>103</sup> Die Gesetzgebung ist durch die kriminalstatistischen Daten nicht legitimierbar, sondern ist eher Folge eines „politisch-publizistischen Verstärkerkreislaufes“ (Scheerer, S., Der politisch-publizistische Verstärkerkreislauf, KrimJ 1978, S. 223 ff.). Denn die schwersten Formen, nämlich Tötungsdelikte, sind – gemessen in Häufigkeitszahlen (Fälle pro 100.000 Einwohner) – im Wesentlichen konstant geblieben oder entwickelten sich, wie Vergewaltigung, rückläufig. Auch die Häufigkeitszahl der Sexualmorde an Kindern ist nicht angestiegen, sondern war rückläufig (vgl. Heinz, W., Wie bedrohlich ist die Jugendkriminalität?, Schaubild 5 <<http://www.uni-konstanz.de/FuF/Jura/heinz/Heinz-Wie-bedrohlich-ist-Jugendkriminalitaet.pdf>>).

<sup>104</sup> Vgl. oben Fn. 58.

<sup>105</sup> Zur Neuregelung der Straf- und Strafrestausssetzung vgl. bereits oben Fn. 58. Bei der bedingten Entlassung aus dem Maßregelvollzug wurde die bisherige „Erprobungsklausel“ durch die „Erwartungsklausel“ ersetzt (§ 67d II StGB), d.h. es ist nunmehr die positive Erwartung künftiger Ungefährlichkeit erforderlich (§ 67d II StGB). Hierzu hat das Gericht gem. § 463 III StPO ein Sachverständigengutachten namentlich zur Frage einzuholen, „ob von dem Verurteilten aufgrund seines Hanges weiterhin erhebliche rechtswidrige Taten zu erwarten sind“. Die Anordnung einer Unterbringung in der Sicherungsverwahrung gem. § 66 III StGB wurde erleichtert. Die Höchstdauer von zehn Jahren bei erstmaliger Unterbringung in Sicherungsverwahrung wurde rückwirkend aufgehoben. Die Entlassung aus Sicherungsverwahrung setzt voraus, dass die Gefahr, der Inhaftierte werde infolge seines Hanges erhebliche Straftaten begehen, nicht mehr besteht (§ 67d III StGB).

<sup>106</sup> Zur Entwicklung der Vorschriften über die Sicherungsverwahrung bis 1998 vgl. Schewe, J, Die Geschichte der Sicherungsverwahrung, Hamburg 1999, S. 12 ff.; zur weiteren Entwicklung nach 1998 vgl. Brandt, R., Sicherheit durch nachträgliche Sicherungsverwahrung?, Konstanz 2008, S. 3 ff.; Milde, O., Die Entwicklung der Normen zur Anordnung der Sicherungsverwahrung in den Jahren von 1998 bis 2004, Hamburg 2006, S. 39 ff.

nalpolitik"<sup>107</sup> erlebte eine Renaissance.<sup>108</sup> 1969 waren durch das 1. StrRG ihre Anordnungsvoraussetzungen verschärft worden, um ihren ultima ratio-Charakter deutlicher zu betonen. Durch den durch das SexualdelBekG 1998 neu eingefügten § 66 III StGB wurden die formellen Voraussetzung für die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung wieder gesenkt, freilich ohne Beschränkung auf schwere Sexualdelikte, ferner wurde die Höchstdauer von 10 Jahren bei erstmaliger Unterbringung in Sicherungsverwahrung aufgehoben.<sup>109</sup> Umstritten blieb die Reaktion auf eine kleine Gruppe von Straftätern, deren Gefährlichkeit zwar zum Zeitpunkt des Urteils nicht mit der erforderlichen Sicherheit prognostiziert werden konnte oder worden war, deren Gefährlichkeit aber zum Zeitpunkt der Entlassung aus dem Vollzug der Freiheitsstrafe prognostisch gesichert schien. 2002 wurde zunächst die vorbehaltene Sicherungsverwahrung (§ 66a StGB) eingeführt.<sup>110</sup> Das erkennende Gericht kann danach in bestimmten Fällen die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung vorbehalten und deren endgültige Anordnung der Strafvollstreckungskammer überlassen, wenn nach Teilverbüßung der Freiheitsstrafe die Gefährlichkeit des Täters feststeht. 2004 wurde schließlich die nachträgliche Sicherungsverwahrung (§ 66b StGB) eingeführt.<sup>111</sup> In den letzten Jahren wurden Formen der Sicherungsverwahrung auch im Jugendstrafrecht eingeführt,<sup>112</sup> zuletzt die nachträgliche Sicherungsverwahrung auch Jugendlichen gegenüber.<sup>113</sup> Das BVerfG hat zwar deutliche Grenzen für die Unterbringungen nach § 66 StGB

<sup>107</sup> Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform – BT-Drs. V/4094, S. 19. Zur Sicherungsverwahrung vgl. vor allem Kinzig, J., Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand, Freiburg i.Br. 1996.

<sup>108</sup> Zusammenfassend Laubenthal (Fn. 102); Passek, I., Sicherungsverwahrung im Wandel, GA 2005, S. 96 ff.

<sup>109</sup> Prozedurale Rechtssicherheit wird gewährleistet durch gesetzlich festgelegte, wiederkehrende Überprüfungen, ob der Maßregelzweck die weitere Verwahrung noch erfordert (vgl. den Überblick bei Laubenthal [Fn. 102], S. 727 f.).

<sup>110</sup> Gesetz zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung vom 21.8.2002 (BGBl. I, 3344).

<sup>111</sup> Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung“ vom 23.7.2004 (BGBl. I S. 1838).

<sup>112</sup> Durch das „Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften“ vom 27. Dezember 2003 (BGBl. I S. 3007) wurde mit Wirkung zum 1.4.2004 mit der Einführung von § 106 III und IV JGG die vorbehaltene Sicherungsverwahrung teilweise auf nach Erwachsenenstrafrecht verurteilte Heranwachsende erstreckt.

Durch das „Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung“ vom 23. Juli 2004 (BGBl. I S. 1838) wurde die nachträgliche Sicherungsverwahrung mit Wirkung zum 29.7.2004 auch bei nach Erwachsenenstrafrecht verurteilten Heranwachsenden eingeführt (§ 106 V, VI JGG).

Durch das „Gesetz zur Reform der Führungsaufsicht und zur Änderung der Vorschriften über die nachträgliche Sicherungsverwahrung“ vom 13. April 2007 (BGBl. I S. 513) wurde die nachträgliche Sicherungsverwahrung auch auf sog. DDR-Altfälle erstreckt (§ 106 V S. 2 JGG).

Durch das „Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung bei Verurteilungen nach Jugendstrafrecht“ vom 8.7.2008 (BGBl. I S. 1212) wurde mit Wirkung vom 12.7.2008 diese Maßregel für Jugendliche und für nach Jugendstrafrecht verurteilte Heranwachsende eingeführt (§ 7 II, III JGG).

<sup>113</sup> Vgl. hierzu die Übersichtsbeiträge von Graebisch, C., Sicherungsverwahrung im Jugendstrafrecht, ZJJ 2008, S. 284 ff.; Kinzig, J., Die Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung für Jugendliche, ZJJ 2008, S. 245 ff.; Nestler, N.; Wolf, C., Sicherungsverwahrung gem. § 7 Abs. 2 JGG und der Präventionsgedanke im Strafrecht – kritische Betrachtung eines legislativen Kunstgriffs, NK 4/2008, S. 153 ff.

gesetzt,<sup>114</sup> die Verfassungs-mäßigkeit der Sicherungsverwahrung aber bestätigt.

Die Führungsaufsicht richtet sich an einen sehr heterogenen Personenkreis, der von „Vollverbüßern“ oder aus der Sicherungsverwahrung Entlassenen über Suchtmittelabhängige bis zu ehemaligen Psychiatriepatienten reicht. Führungsaufsicht „soll eine nachsorgende Betreuung von Täterinnen und Tätern gewährleisten, deren gesellschaftliche Wiedereingliederung nach ihrer Entlassung aus dem Straf- oder Maßregelvollzug ... gefährdet ... erscheint. Sie soll ... durch engmaschige Überwachung und Kontrolle an der Begehung weiterer Taten hindern und durch Betreuung ... in die Lage versetzen, außerhalb geschlossener Einrichtungen ein Leben ohne Straftaten zu führen.“<sup>115</sup> Sie dient der Überwachung und Betreuung vor allem von solchen Verurteilten, die ihre Strafe voll verbüßt haben oder aus einer Klinik für psychisch oder suchtkranke Straftäter entlassen wurden. Durch das Gesetz zur Reform der Führungsaufsicht und zur Änderung der Vorschriften über die nachträgliche Sicherungsverwahrung vom 13. April 2007<sup>116</sup> wurde die Führungsaufsicht (§§ 68 ff. StGB) reformiert mit dem Ziel, dass künftig eine wirksamere Kontrolle der Lebensführung von Straftätern vor allem in den ersten drei Jahren nach ihrer Entlassung in Freiheit möglich sein wird; die Führungsaufsicht ist nunmehr sogar auf unbefristete Zeit möglich (§ 68c III StGB). Ferner wurde die Möglichkeit einer stationären Krisenintervention bei Personen geschaffen, deren Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus oder in einer Entziehungsanstalt zur Bewährung ausgesetzt ist (§ 67h StGB).

Das gegenwärtige strafrechtliche Rechtsfolgensystem (vgl. **Schaubild 3**) weist demnach inzwischen mehrere „Spuren“ auf (vgl. **Schaubild 4**).<sup>117</sup>

---

<sup>114</sup> Vgl. zur Verfassungsmäßigkeit der Streichung der zehnjährigen Höchstgrenze bei einer erstmalig angeordneten Sicherungsverwahrung BVerfGE 105, 109; zur Frage der Gesetzgebungskompetenz für die nachträgliche Sicherungsverwahrung BVerfGE 109, 190. Hierzu m.w.N. Brandt Fn. 106.

<sup>115</sup> Schneider, U., Reform der Führungsaufsicht, in: DBH (Hrsg.): Sicherheit und Risiko – Soziale Arbeit im Spannungsfeld von Kontrolle und Privatisierung, DBH-Materialien Nr. 55, Köln 2007, S. 126.

<sup>116</sup> BGBl. I, S. 513. Vgl. hierzu Schneider, U., Die Reform der Führungsaufsicht, NStZ 2007, S. 441 ff.

<sup>117</sup> In historischer Betrachtung bilden die Maßregeln der Besserung und Sicherung die „zweite“ Spur, gefolgt von der Wiedergutmachung. Überzeugender ist es jedoch, sowohl Diversion als „informelle“ Sanktionierung als auch die vermögensabschöpfenden Maßnahmen als eigenständige „Spuren“ anzuerkennen. In systematischer Betrachtung erscheint dann die in Schaubild 4 vorgenommene Gliederung überzeugender.

**Schaubild 3:** Strafrechtliche Folgen (nach StGB)**Strafrechtliche Folgen (nach StGB)****Absehen von Strafe § 60 StGB****Verwarnung mit Strafvorbehalt §§ 59–59c StGB****Strafen****Hauptstrafen**

Freiheitsstrafe § 38 StGB

Strafaussetzung zur Bewährung §§ 56–56g StGB

Unbedingt verhängte Freiheitsstrafe

Geldstrafe § 40 StGB

**Nebenstrafen\*)**

Fahrverbot § 44 StGB

**Nebenfolgen**

Verlust der Amtsfähigkeit, der Wählbarkeit und des Stimmrechts §§ 45ff StGB

Bekanntgabe der Verurteilung §§ 165; 200 StGB

**Maßnahmen (§ 11 I Nr. 8) StGB**

Maßregeln der Besserung und Sicherung

Freiheitsentziehende Maßregeln

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus § 63 StGB

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt § 64 StGB

Unterbringung in Sicherungsverwahrung §§ 66ff StGB

Maßregeln ohne Freiheitsentzug

Führungsaufsicht §§ 68–68g StGB

Entziehung der Fahrerlaubnis §§ 69–69b StGB

Berufsverbot §§ 70–70b StGB

Verfall §§ 73–73e StGB

Einziehung §§ 74, 75 StGB

Unbrauchbarmachung § 74d StGB

\*) § 43a StGB (Vermögensstrafe) wurde durch Urteil des BVerfG vom 20.03.2002 – 2BvR 794/95 (BVerfGE 105, 135ff.) – wegen Unvereinbarkeit mit Art. 103 II GG für nichtig erklärt

**Schaubild 4:** Rechtsfolgen im Kriminalrecht (Übersicht)

Rechtsfolgen im Kriminalrecht				
1. Spur	2. Spur	3. Spur	4. Spur	5. Spur
Verfahrenseinstellung aus Opportunitäts- bzw. Subsidiaritätsgründen („Diversion“)	Wiedergutmachung/ Täter-Opfer-Ausgleich	Strafen bzw. Rechtsfolgen im Jugendstrafrecht	Vermögensabschöpfende Maßnahmen	Maßregeln der Besserung und Sicherung
Reaktionsverzicht bei fehlendem öffentlichem Interesse an der Strafverfolgung oder Beseitigung des öffentlichen Strafverfolgungsinteresses durch Weisungen/ Auflagen	Wiedergutmachung/ Täter-Opfer-Ausgleich als Verantwortungsübernahme	Strafe als Verantwortungsauferlegung	Einziehung des für oder aus einer Straftat Erlangten mit den Zielen der - Zerstörung krimineller Strukturen durch deren „Austrocknung“  oder - Rückgewinnungshilfe zugunsten des Opfers	Maßregeln als Gefahrenvorbeugung

Dieses differenzierte System erlaubt es, im Bereich der leichten bis mittelschweren Kriminalität von einer Verurteilung abzusehen und stattdessen informell zu reagieren, sei es durch folgenlose Einstellung, sei es unter Auflagen oder Weisungen, also einer konsensualen Sanktionierung. Es erlaubt die Unterstützung der Resozialisierung durch ambulante wie stationäre Betreuungs- und Behandlungsmaßnahmen ebenso wie schlicht ahndende „Denkzettelsanktionen“. Es ermöglicht die sichere Verwahrung ebenso wie die Förderung des Ausgleichs der Folgen der Tat durch Wiedergutmachung. Dem Täter kann schließlich das entzogen werden, was er für die Tat oder aus der Tat erlangt hat, nicht nur damit sich Verbrechen nicht lohnt, sondern auch um ihm – insbesondere bei organisierter Kriminalität – die wirtschaftliche Grundlage für weitere kriminelle Betätigungsmöglichkeiten zu entziehen, nicht zuletzt aber auch zugunsten des Geschädigten („Rückgewinnungshilfe“).

### III. Kriminalprävention durch Strafrecht – die Umsetzung der gesetzgeberischen Ziele durch die Praxis

#### 1. Entwicklung im Bereich der informellen Sanktionen

Die Praxis hat sich dieser Umorientierung nicht verweigert, sie eilte, insbesondere was die Nutzung der Opportunitätsvorschriften und den zunehmenden Verzicht auf die als schädlich erkannten kurzen Freiheitsstrafen anging, dem Gesetzgeber teilweise weit voraus.<sup>118</sup>

Von den Opportunitätsvorschriften wurde in hohem und in zunehmendem Maße Gebrauch gemacht. Werden auch die Einstellungen durch die Staatsanwaltschaften berücksichtigt, dann dürfte die Einstellungsrate im Allgemeinen Strafrecht – bezogen auf die Gesamtheit der formell oder informell Sanktionierten – von 34% (1981) auf 53% (2006) angestiegen sein (vgl. **Schaubild 5**).

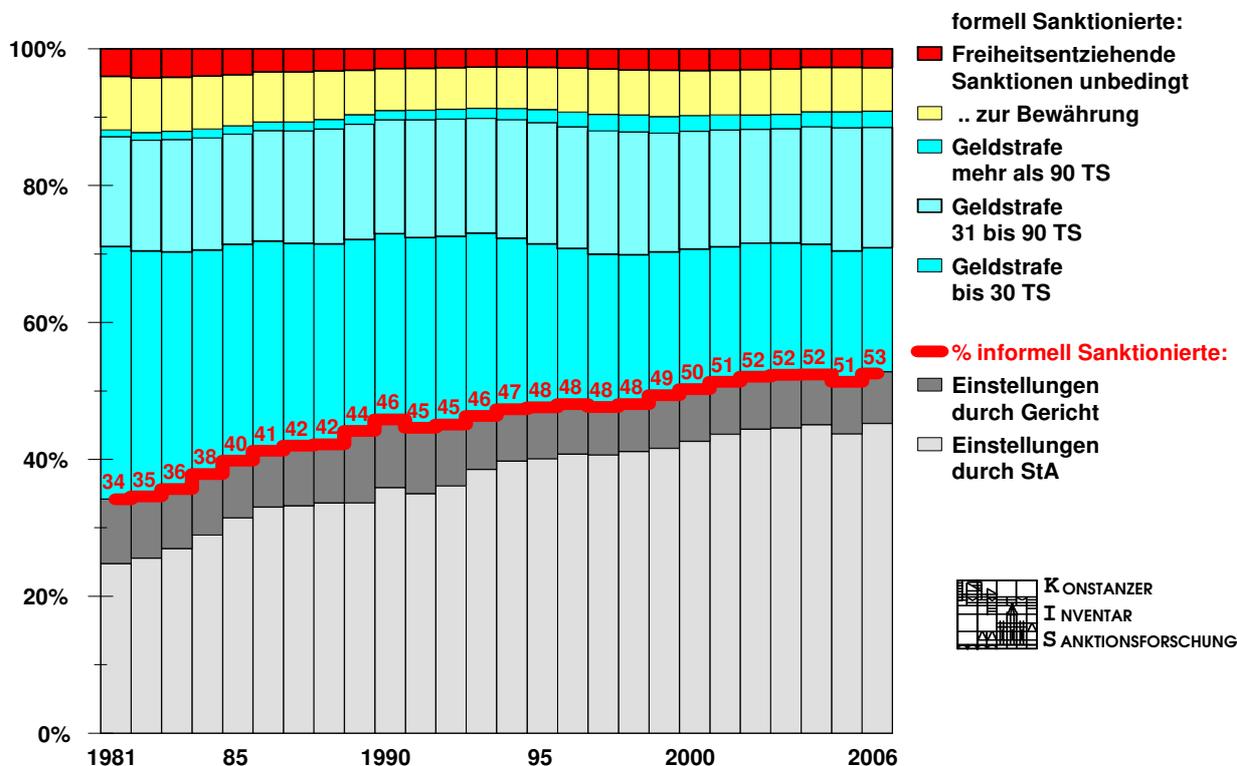
Die Zunahme der Opportunitätsentscheidungen beruht weitestgehend auf den Einstellungen ohne Auflage gem. §§ 153, 153b StPO (vgl. **Schaubild 6**). Innerhalb der Opportunitätsentscheidungen ging der Anteil der unter Auflagen eingestellten Verfahren von 57% (1981) auf 36,3% (2006) zurück. Die Einstellung unter Auflagen/Weisungen ist faktisch eine pekuniäre Denkzettelsanktion, denn auf die Geldbußenaufgabe entfielen 2006 83% aller Auflagen/Weisungen.

Träger der Opportunitätsentscheidung ist vor allem und in wachsendem Maße die Staatsanwaltschaft. Von allen Einstellungsentscheidungen wurden 2006 lediglich 14,3% durch das Gericht getroffen. Der Staatsanwalt wurde faktisch in großem Umfang zu einem „Richter vor dem Richter“<sup>119</sup>.

<sup>118</sup> Zur Entwicklung der Sanktionierungspraxis vgl. Heinz, W., Das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionierungspraxis in Deutschland 1882 – 2006 (Stand: Berichtsjahr 2006) Version: 1/2008. Internet-Publikation: <http://www.uni-konstanz.de/rtf/kis/sanks06.htm>; PDF-Version: <http://www.uni-konstanz.de/rtf/kis/Sanktionierungspraxis-in-Deutschland-Stand-2006.pdf>.

<sup>119</sup> Kausch, E., Der Staatsanwalt, ein Richter vor dem Richter?, Berlin 1980.

**Schaubild 5:** Nach Allgemeinem Strafrecht informell und formell Sanktionierte, 1981 – 2006. Anteile, bezogen auf (informell und formell) Sanktionierte insgesamt. Früheres Bundesgebiet mit Westberlin, seit 1995\* mit Gesamtberlin



**Legende:**

Freiheitsentziehende Sanktionen unbedingt: Freiheitsstrafe und Strafhaft, jeweils ohne Strafaussetzung zur Bewährung.

Freiheitsentziehende Sanktionen zur Bewährung: Freiheitsstrafe und Strafhaft, jeweils mit Strafaussetzung zur Bewährung.

Informell Sanktionierte: Personen mit Entscheidungen gem. §§ 153, 153a, 153b StPO.

Einstellungen durch Gericht: Einstellungen gem. §§ 153, 153a, 153b StPO durch das Gericht..

Einstellungen durch StA: Einstellungen gem. §§ 153, 153a, 153b StPO durch die Staatsanwaltschaft.

\* Ergebnisse aus Ostberlin (und damit Gesamtberlin) wurden in der Staatsanwaltschaftsstatistik seit 1993, in der Justizgeschäftsstatistik in Strafsachen seit 1991 und in der Strafverfolgungsstatistik seit 1995 berücksichtigt

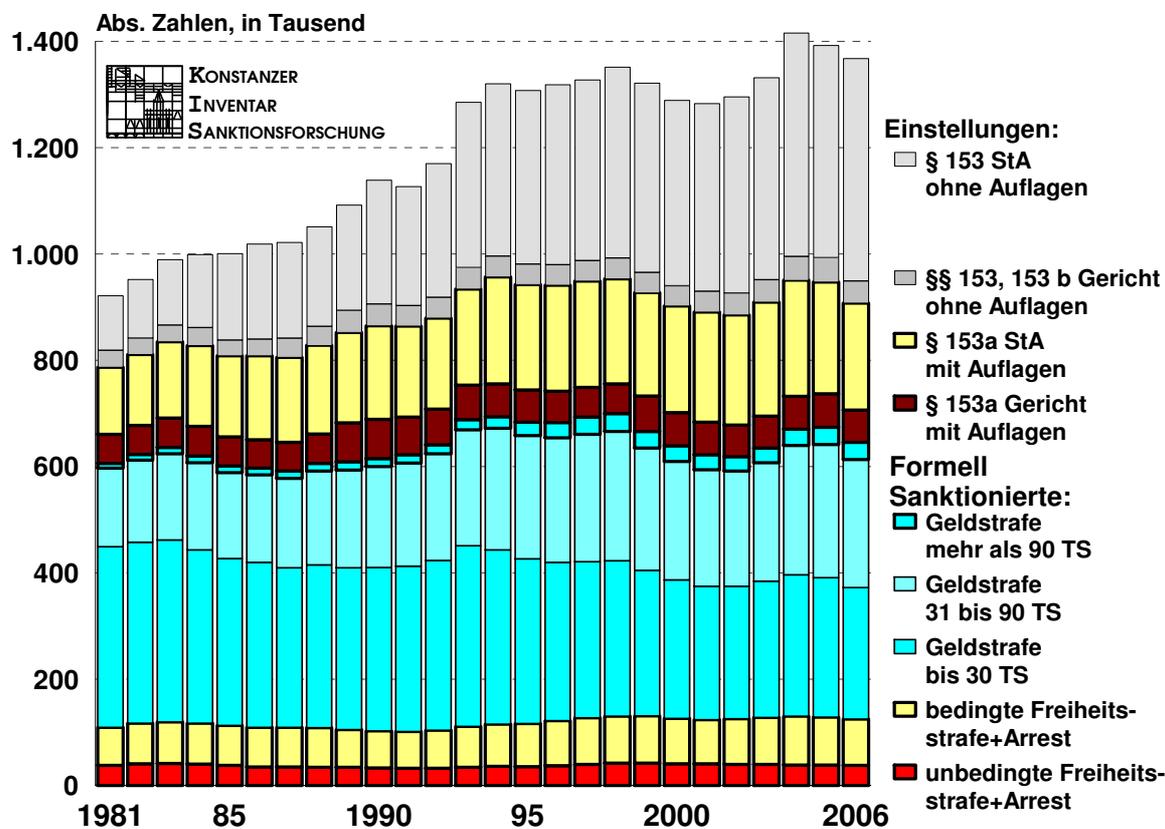
**Datenquellen:**

Statistisches Bundesamt (Hrsg.): Staatsanwaltschaftsstatistik (Arbeitsunterlage) 1981 .. 2006;

Statistisches Bundesamt (Hrsg.): Justizgeschäftsstatistik in Strafsachen (Arbeitsunterlage) 1981 .. 2006;

Statistisches Bundesamt (Hrsg.): Strafverfolgungsstatistik 1981 .. 2006 (Berechnungen durch Verf.)

**Schaubild 6:** Nach Allgemeinem Strafrecht informell und formell Sanktionierte 1981 ... 2006. Absolute Zahlen (in Tausend). Früheres Bundesgebiet mit Westberlin, seit 1995\* mit Gesamtberlin.



**Legende:**

§ 153 StA ohne Auflagen: Einstellungen gem. §§ 153 I, 153b I StPO/29 V BtMG durch die Staatsanwaltschaft.

§§ 153, 153b Gericht ohne Auflagen: Einstellungen gem. §§ 153 II, 153b II StPO/29 V BtMG durch das Gericht.

§ 153a StA mit Auflagen: Einstellungen gem. § 153a I StPO durch die Staatsanwaltschaft.

§ 153a Gericht mit Auflagen: Einstellungen gem. § 153a II StPO durch das Gericht.

Formell Sanktionierte: Verurteilte einschließlich Personen mit Entscheidungen gem. § 59 StGB (Verwarnung mit Strafvorbehalt) und § 60 StGB (Absehen von Strafe).

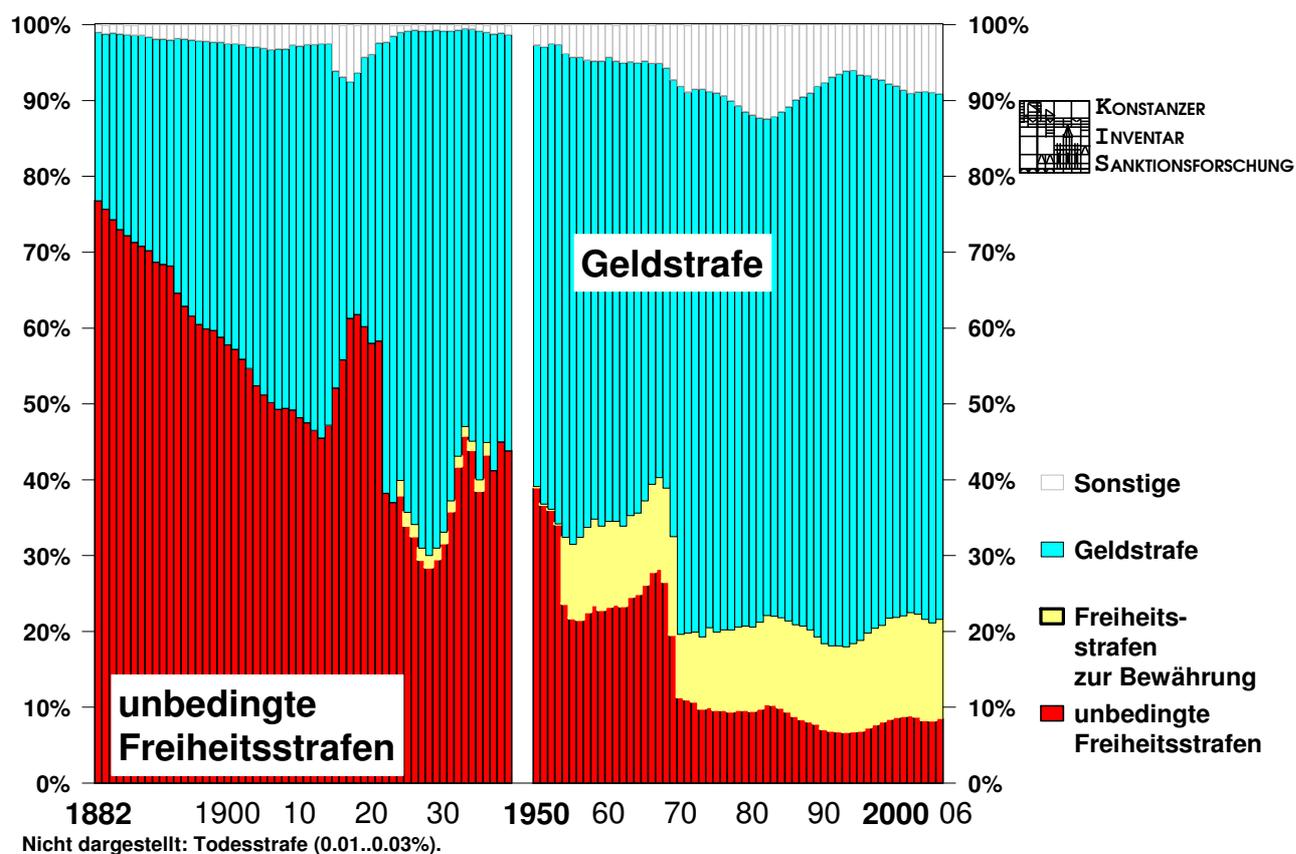
\* Vgl. Anmerkung zu Schaubild 5.

**Datenquellen:** Staatsanwaltschaftsstatistik 1981 .. 2006;  
Justizgeschäftsstatistik in Strafsachen 1981 .. 2006;  
Strafverfolgungsstatistik 1981 .. 2006.

## 2. Entwicklung im Bereich der Strafen

Die freiheitsentziehenden Sanktionen wurden stark zurückgedrängt. Besonders deutlich wird dies im Langzeitvergleich (vgl. **Schaubild 7**), wobei hier Verfahrenseinstellungen aus Opportunitätsgründen nicht berücksichtigt sind. Werden auch diese Verfahrenseinstellungen mit einbezogen, dann entfielen 2006 auf ambulante Sanktionen 96,4%.

**Schaubild 7:** Entwicklung der Sanktionierungspraxis, aber ohne informelle Sanktionen. Anteile, bezogen auf nach Allgemeinem und nach Jugendstrafrecht Verurteilte. Deutsches Reich bzw. früheres Bundesgebiet mit Westberlin, seit 1995 mit Gesamtberlin, 1882 .. 2006.



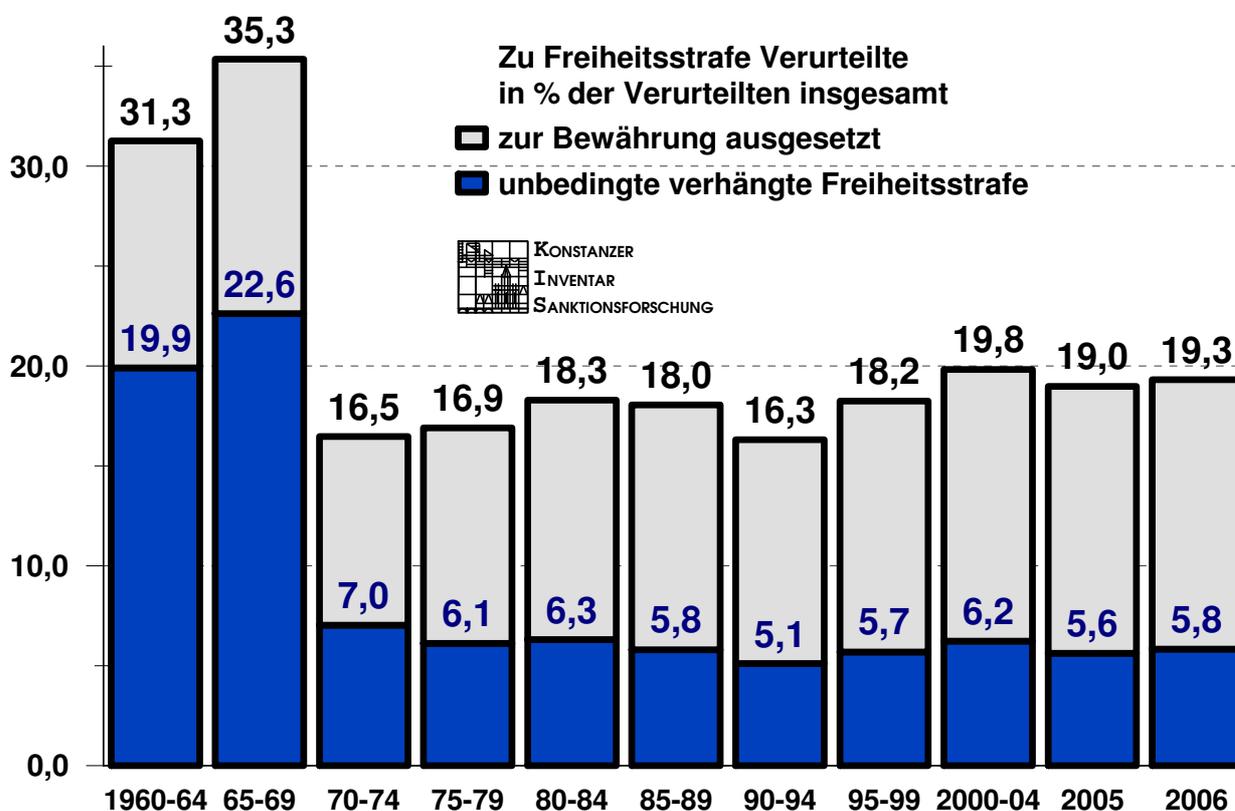
**Legende:** (vgl. hierzu die ausführliche Legende bei Heinz, Wolfgang: Das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionierungspraxis in Deutschland 1882 – 2006 (Stand: Berichtsjahr 2006) Version: 1/2008 (<http://www.uni-konstanz.de/rtf/kis/sanks06.htm>). Schaubild 3)

Geldstrafe ist die am häufigsten verhängte Strafe der Gegenwart. Seit der Strafrechtsreform von 1969 werden jährlich 80% oder mehr der Verurteilten zu Geldstrafe verurteilt. Dass die Geldstrafe diesen hohen Anteil von über 80% halten konnte, ist wegen der deutlichen Zunahme von Diversionsentscheidungen besonders beachtlich. Druckmittel für die Zahlung der Geldstrafe war und ist die ersatzweise zu verbüßende Ersatzfreiheitsstrafe (§ 43 StGB). Der Anteil der Ersatzfreiheitsstrafe verbüßenden Geldstrafenschuldner ist, vor allem wegen zunehmender wirtschaftlicher Schwierigkeiten der Schuldner, seit der ersten Hälfte der 1990er Jahre deutlich gestiegen. Um bei verstärkter Anwendung der Ersatzfreiheitsstrafe

das Reformziel der Zurückdrängung der kurzen Freiheitsstrafe nicht zu gefährden, kann dem Verurteilten gestattet werden, die Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe durch "freie Arbeit" abzuwenden (Art. 293 EGStGB in Verbindung mit den von den Ländern erlassenen Rechtsverordnungen). Von dieser Möglichkeit wurde in den letzten Jahren in zunehmendem Maße Gebrauch gemacht. Die in der StA-Statistik seit 1991 nachgewiesene Zahl von Personen, die ganz oder teilweise durch unentgeltliche gemeinnützige Tätigkeit die Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe abgewendet haben, ist in den alten Ländern (ohne Hamburg und Bremen) von 5.645 (1991) auf 35.035 (2006) gestiegen. Auch die Zahl der Tage der Ersatzfreiheitsstrafe, deren Vollstreckung durch unentgeltliche gemeinnützige Tätigkeit abgewendet wurde, nahm deutlich zu, und zwar von 142.688 (1991) auf 1.016.386.

Im Gefolge der Strafrechtsreform wurden absolute wie relative Zahlen der verhängten Freiheitsstrafen mehr als halbiert (vgl. **Schaubild 8**). Nachhaltigkeit war indes der Reform nur zum Teil beschieden, denn seit den 1970er Jahren stiegen absolute wie relative Zahlen der insgesamt verhängten Freiheitsstrafen zwar zunächst nur leicht, aber stetig an. Seit Mitte der 1990er Jahre kam es indes zu einem deutlichen Anstieg. Freilich bleibt der auf Freiheitsstrafen entfallenden Anteile an allen verhängten Strafen immer noch deutlich hinter dem Stand vor der Strafrechtsreform 1969 zurück. Überdies ist zu bedenken, dass heute weitaus mehr Verfahren der leichten und mittleren Kriminalität infolge von Diversion gar nicht mehr zur Anklage gelangen. Der Anteil der schweren, eher mit Freiheitsstrafen sanktionierbaren Verfahren, die zur Aburteilung gelangen, dürfte sich deshalb deutlich erhöht haben.

**Schaubild 8:** Nach Allgemeinem Strafrecht zu Freiheitsstrafen Verurteilte, mit und ohne Strafaussetzung zur Bewährung (5-Jahres-Durchschnitte), 1960 – 2006. Anteile, bezogen auf nach Allgemeinem Strafrecht zu Freiheitsstrafe Verurteilte. Früheres Bundesgebiet mit Westberlin, seit 1995 mit Gesamtberlin



**Datenquellen:** Strafverfolgungsstatistik 1960 .. 2006.

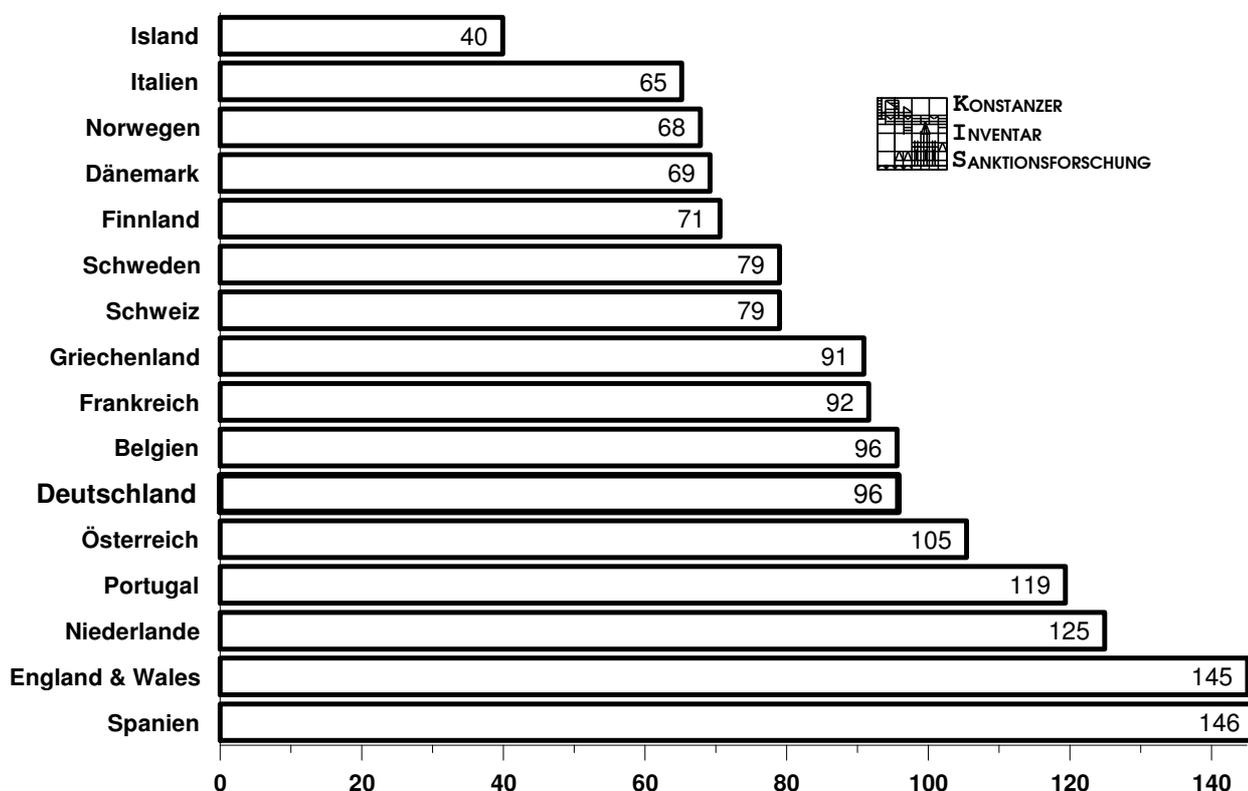
In den letzten 15 Jahren sind in Deutschland – wie in den meisten westeuropäischen Staaten<sup>120</sup> – die Gefangeneneraten (Gefangene pro 100.000 Einwohner) angestiegen.<sup>121</sup> Innerhalb der westeuropäischen Staaten (vgl.

<sup>120</sup> Zur Entwicklung und zum internationalen Vergleich eingehend Dünkel, F., Der deutsche Strafvollzug im internationalen Vergleich <<http://www.uni-greifswald.de/~ls3/Strafvollzug%20BRD.pdf>>.

<sup>121</sup> Vgl. statt vieler Chemin, A., Überfüllte Gefängnisse, ZfStrVo 1992, S. 249 ff.; Dünkel, F.; Geng, B., Fakten zur Überbelegung im Strafvollzug und Wege zur Reduzierung von Gefangeneneraten, NK 2003, S. 146 ff.; Dünkel, F.; Morgenstern, Ch.; Überbelegung im Strafvollzug – Gefangeneneraten im internationalen Vergleich, in: Festschrift für Müller-Dietz, München 2001, S. 133 ff.; Kretschmer, J., Die Mehrfachbelegung von Hafträumen im Strafvollzug in ihrer tatsächlichen und rechtlichen Problematik, NStZ 2005, S. 251 ff.; Maelicke, B., Überbelegung = Fehlbelegung? !!!, NK 2003, S. 143 ff.; Neufeld, W., Die Überfüllung der Gefängnisse und ihre negativen Folgen, StVfO 2000, S. 73 ff.; Schott, T., Strafausspruch, Strafzumessung und Strafvollzug in Zeiten der Überbelegung, ZfStrVo 2003, S. 195 ff.; Theile, H., Menschenwürde und Mehrfachbelegung im geschlossenen Vollzug, StV 2002, S. 670 ff.; Wagner, G., Harte Urteile – volle Gefängnisse, KrimPäd 2001, S. 38 ff.

**Schaubild 9)** liegt Deutschland mit seiner Gefangenenrate im oberen Bereich des Mittelfeldes. Dieser Anstieg der Gefangenenrate beruht nicht nur auf der zunehmenden Verhängung von Freiheitsstrafen. Weitere Gründe sind vor allem die häufiger erfolgende Verhängung unbedingter kurz- und mittelfristiger sowie von längeren Freiheitsstrafen,<sup>122</sup> der Anstieg der Zahl der eine Ersatzfreiheitsstrafe verbüßenden Gefangenen<sup>123</sup> sowie die Zunahme bedingter Freiheitsstrafen,<sup>124</sup> von denen ein Teil wegen Nichtbewährung widerrufen wird. Die hohe Gefangenenzahl hat also durchaus verschiedene Gründe, die in ihrer Summierung zur jetzigen Massenbelegung, teilweise schon zur Überbelegung, geführt haben.

**Schaubild 9:** Gefangene in westeuropäischen Staaten – 1.9.2006  
Gefangenenraten pro 100.000 der Wohnbevölkerung



**Datenquelle:** SPACE I (Annual Penal Statistics of the Council Of Europe) – Survey 2006, S. 18.  
[http://www.coe.int/t/e/legal\\_affairs/legal\\_cooperation/prisons\\_and\\_alternatives/statistics\\_space\\_i/Rapport%20SPACE%20I\\_2006\\_Dec.pdf](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/prisons_and_alternatives/statistics_space_i/Rapport%20SPACE%20I_2006_Dec.pdf)

<sup>122</sup> Die Zahl der aussetzungsfähigen, aber nicht ausgesetzten Freiheitsstrafen von unter 24 Monaten stieg von 26.917 (1990) auf 27.336 (2006). Die Zahl der nicht (zur Bewährung) aussetzungsfähigen Freiheitsstrafen von mehr als 24 Monaten Dauer stieg von 5.832 (1990) auf 10.269 (2006) an.

<sup>123</sup> Die Zugangszahlen im Strafvollzug wegen Ersatzfreiheitsstrafe stiegen in den alten Ländern seit Anfang der 1990er Jahre von 29.503 (1990) auf 45.700 (2002); aktuellere Zahlen fehlen.

<sup>124</sup> 1990 wurden 69.705 zur Bewährung ausgesetzt Freiheitsstrafen verhängt, 2006 87.058.

### 3. Entwicklung im Bereich der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung

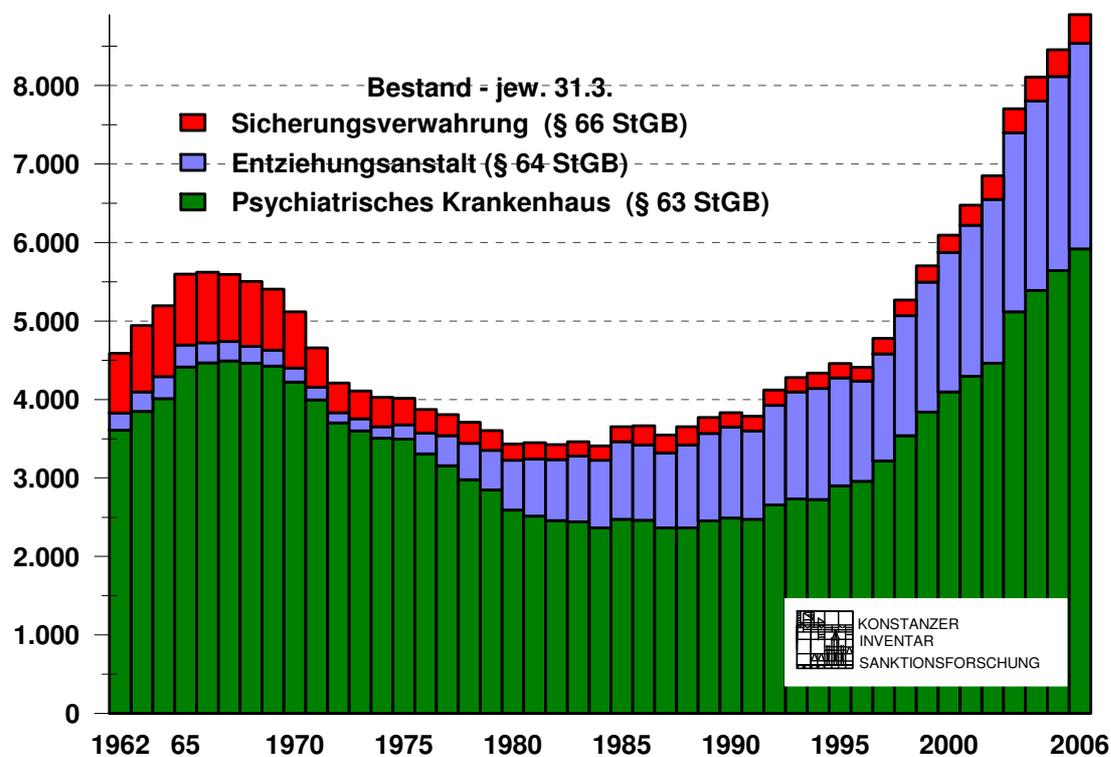
Der Anteil der Abgeurteilten, gegen die freiheitsentziehende Maßregeln der Besserung und Sicherung gem. §§ 63, 64 StGB (Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus oder in einer Entziehungs-anstalt) angeordnet wurden, ist insgesamt gering, in den letzten zwei Jahrzehnten jedoch deutlich gestiegen. Noch nie in der Geschichte der (alten Länder der) Bundesrepublik Deutschland wurde in den letzten Jahren bei so vielen Personen – 2.481 (2006) – strafrichterlich eine Unterbringung gem. §§ 63, 64, 66 StGB angeordnet wie derzeit und noch nie befanden sich zum Stichtag so viele Personen (31.3.2006: 8.904) im Vollzug einer freiheitsentziehenden Maßregel (vgl. **Schaubild 10**). Dies gilt auch dann, wenn auf die relativen Zahlen abgestellt wird, also auf die Anteile an den Abgeurteilten bzw. Gefangenen/Verwahrten/Untergebrachten. Die im Mittelpunkt der öffentlichen Diskussion stehende Unterbringung in Sicherungsverwahrung spielt – in rein quantitativer Betrachtung – keine große Rolle. 2006 wurden 645.485 Personen nach Allgemeinem Strafrecht verurteilt, darunter wurde bei 83 Sicherungsverwahrung angeordnet, von den 182 wegen Mordes Verurteilten lautete bei 4 das Urteil auch auf Sicherungsverwahrung.<sup>125</sup>

Im Vergleich zu den gerichtlich verhängten Freiheitsstrafen kommt den Anordnungen gem. §§ 63, 64, 66 StGB zwar keine große quantitative Bedeutung zu. Da indes die durchschnittliche Zeit einer Unterbringung ein Mehrfaches der durchschnittlichen Dauer der Strafhaft beträgt, ist mit 14,3% der Anteil der zum Stichtag nach §§ 63, 64, 66 StGB Untergebrachten deutlich höher (vgl. **Schaubild 11**).

---

<sup>125</sup> Zur Handhabung sowohl der vorbehaltenen als auch der nachträglichen Sicherungsverwahrung liegen keine Angaben in den Strafrechtspflegestatistiken vor. Zu Ergebnissen einer empirischen Erhebung vgl. Alex, M., Nachträgliche Sicherungsverwahrung – eine empirische erste Bilanz, NK 4/2008, S. 150 ff., vgl. ferner die Antwort der Bundesregierung vom 22.5.2008 (BT-Drs. 16/9241).

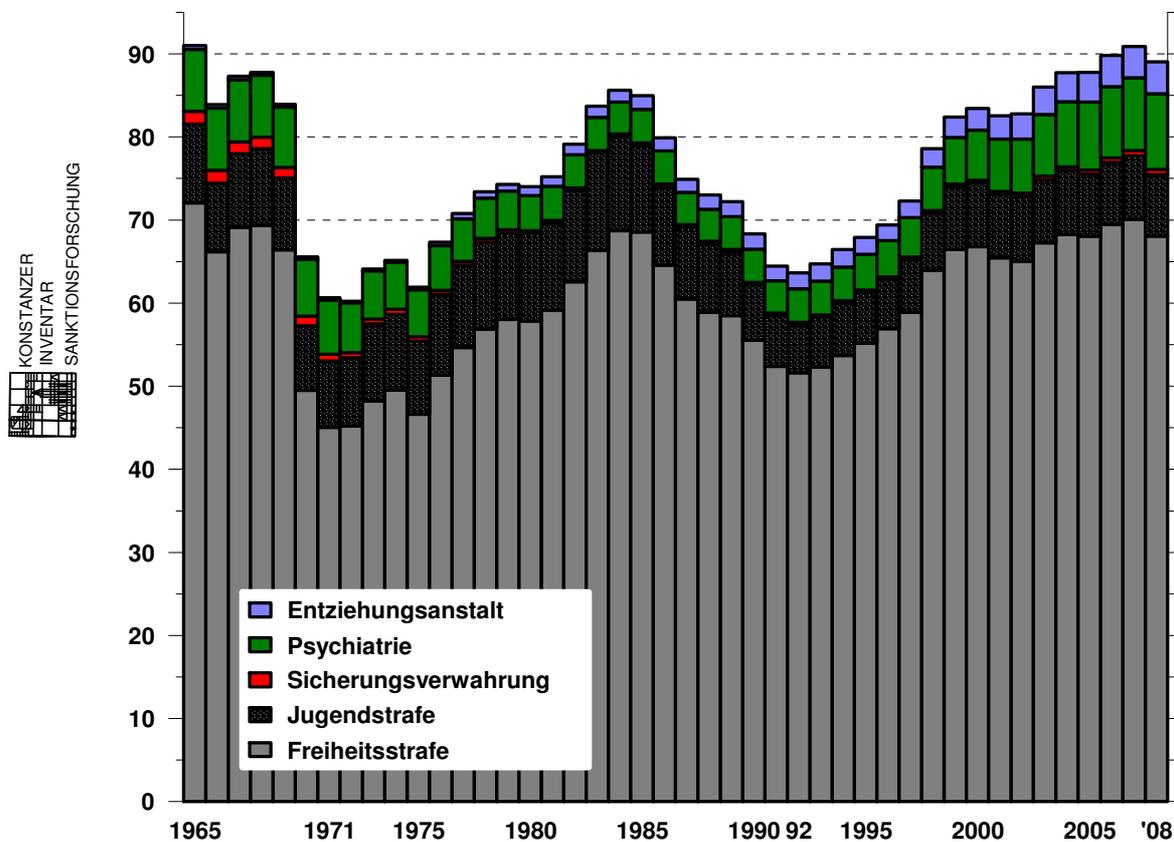
**Schaubild 10:** Im psychiatrischen Krankenhaus oder in einer Entziehungsanstalt aufgrund strafrichterlicher Anordnung Untergebrachte (Stichtagszählung, absolute Zahlen, jeweils 31.3. eines jeden Jahres) Früheres Bundesgebiet mit Westberlin, seit 1992 (Sicherungsverwahrte) bzw. seit 1996 (Maßregelvollzug) mit Gesamtberlin



Hinweise zu den Daten: Aktualisierte Bundesergebnisse; Rheinland-Pfalz 2000, 2001 = Ergebnisse aus 1998.

Datenquellen: Maßregelvollzugsstatistik, Tab. St 1 B, 1962 .. 2006.

**Schaubild 11:** Im Straf- und Maßregelvollzug aufgrund strafrichterlicher Anordnung Untergebrachte (Bestand: Stichtagszählung, jeweils 31.3. eines jeden Jahres)  
Früheres Bundesgebiet mit Westberlin, seit 1992 (Sicherungsverwahrte) bzw. seit 1996 (Maßregelvollzug) mit Gesamtberlin



**Datenquelle:** Strafvollzugsstatistik, Maßregelvollzugsstatistik

Über 60% der in ein psychiatrisches Krankenhaus Eingewiesenen sind schuldunfähig. Bei den in einer Entziehungsanstalt Untergebrachten sind Schuldunfähige dagegen die seltene Ausnahme. Auf vermindert Schuldfähige und voll Schuldfähige entfallen hier – insgesamt gesehen – ungefähr gleich große Anteile. Die Wahrscheinlichkeit einer Unterbringungsanordnung ist deliktspezifisch und maßregelspezifisch unterschiedlich groß.<sup>126</sup>

#### 4. Entwicklungen im Bereich des Täter–Opfer–Ausgleichs

Nachweise zum Umfang, in dem in Ermittlungs- und Strafverfahren von der Weisung, sich um einen Täter–Opfer–Ausgleich zu bemühen, Gebrauch gemacht wird, erfolgen in den amtlichen Strafrechtspflege-statistiken erst seit 2001 (StA-Statistik sowie Justizgeschäftsstatistik in Strafsachen, wo jeweils bei Einstellungen gem. § 153a StPO eine TOA-Weisung nachgewiesen wird) bzw. seit 2003 (Strafverfolgungsstatistik hinsichtlich der gerichtlich Abgeurteilten). Für die Zeit zuvor stehen nur Ergebnisse aus Befragungen sowie aus einer Täter–Opfer–Ausgleichs-statistik (TOA-Statistik), die seit 1993 von einer Forschergruppe aufgrund von Selbst-Meldungen erstellt wird, zur Verfügung.<sup>127</sup>

Die letzte bundesweite Umfrage bei den Landesjustizverwaltungen kam zum Ergebnis, im Jahre 2000 seien 11.704 TOA-Verfahren in der Bundesrepublik durchgeführt worden. Da Angaben für Baden–Württemberg und Bayern fehlten, wurde die Gesamtzahl auf ca. 20.000 geschätzt.<sup>128</sup> Im gleichen Jahr kam die bundesweite TOA-Statistik nur auf 3.711 Ausgleichsfälle.<sup>129</sup> Diese Unterschiede sind vor allem darauf zurückzuführen, dass die Beteiligung an der TOA-Statistik freiwillig ist und deshalb auch nur ein Teil der Fälle gemeldet wird.

Für das Jahr 2006 ist nach den Daten der amtlichen, auf die alten Länder beschränkten Statistiken für das Allgemeine Strafrecht von etwas mehr als

---

<sup>126</sup> Vgl. hierzu Heinz, W., Freiheitsentziehende Maßregeln der Besserung und Sicherung – Stand und Entwicklung anhand statistischer Eckdaten der amtlichen Strafrechtspflegestatistiken, in: Festschrift für H.–D. Schwind, Heidelberg u.a. 2006, S. 893 ff.; Heinz, W., Freiheitsentziehende Maßregeln der Besserung und Sicherung, insbesondere für suchtkranke Straftäter – statistische Eckdaten, SUCHT 53 (4), 2007, S. 214 f.

<sup>127</sup> Vollständigkeit der Nachweise kann deshalb nicht erreicht werden, wohl aber ein Einblick in die Struktur der Ausgleichsfälle und der Erledigung.

<sup>128</sup> Puderbach, K., Täter–Opfer–Ausgleich im Ermittlungs- und Hauptverfahren – Versuch einer Bestandsaufnahme aus der Sicht der staatsanwaltlichen Praxis, in: Egg, R.; Minthe, E. (Hrsg.), Opfer von Straftaten – Kriminologische, rechtliche und praktische Aspekte, Wiesbaden 2003, S. 100.

<sup>129</sup> Kerner, H.–J.; Hartmann, A., Täter–Opfer–Ausgleich in der Entwicklung. Auswertung der bundesweiten Täter–Opfer–Ausgleichs-Statistik für die Jahre 1993 bis 2002 < [http://www.bmj.bund.de/files/-/883/TOA\\_in\\_der\\_Entwicklung.pdf](http://www.bmj.bund.de/files/-/883/TOA_in_der_Entwicklung.pdf)>, S. 130  
Vgl. ferner für aktuelle Daten Kerner, H.–J.; Hartmann, A., Täter–Opfer–Ausgleich in Deutschland. Auswertung der bundesweiten Täter–Opfer–Ausgleichs-Statistik für den Jahrgang 2005 mit Vergleich zu den Jahrgängen 2003 und 2004 sowie einem Rückblick auf die Entwicklung seit 1993 < <http://www.bmj.bund.de/files/-/3336/TOA-Bericht-2005.pdf>>.

10.000 TOA-Weisungen auszugehen.<sup>130</sup> Diese Zahl dürfte unterschätzt sein, da die freiwillig durchgeführten TOA-Fälle, die zur Strafmilderung gem. § 46a StGB führen, für die Statistik nicht erfasst werden. Danach scheint im Allgemeinen Strafrecht das Potential des Täter-Opfer-Ausgleichs noch nicht voll ausgeschöpft zu werden. Von sämtlichen Einstellungen unter Auflagen/Weisungen entfielen nämlich auf eine TOA-Weisung gem. § 153a StPO knapp 4%; von den Abgeurteilten erhielten lediglich 0,1% eine entsprechende Weisung. Dies ergibt, bezogen auf alle sanktionierbaren Personen, eine TOA-Quote von 0,8%.<sup>131</sup> Die Praxis ist damit noch weit entfernt von der TOA-Quote, die in der Literatur geäußert wird. Danach sollen mehr als 20% aller Strafverfahren gegen bekannte Tatverdächtige TOA-geeignet sein.<sup>132</sup>

## 5. Entwicklungen im Bereich der vermögensabschöpfenden Maßnahmen

Mit der Abschöpfung von Gewinnen aus Straftaten werden vor allem drei Ziele verfolgt. Kriminalität soll dadurch verhindert werden, dass es dem Täter durch den Entzug der Logistik und der finanziellen Mittel unmöglich gemacht wird, diese zur Vorbereitung bzw. Begehung weiterer Straftaten einzusetzen. Es soll ferner Tataufklärung betrieben werden, weil verdächtige Finanztransaktionen zu den dahinter stehenden Organisationen und Personen nachverfolgt werden können. Schließlich ist konfisziertes Tätervermögen für die Entschädigung des Opfers bestimmt; Vermögensabschöpfung dient damit dem Opferschutz.

Wie aus den Berichten der beim Bundeskriminalamt angesiedelten Zentralstelle für (Geldwäsche-) Verdachtsanzeigen hervorgeht, hat die Anzahl der Verdachtsanzeigen in den letzten Jahren kontinuierlich zugenommen.<sup>133</sup> Die Geldwäscheverdachtsanzeigen enthalten in hohem Umfang relevante Informationen. 2007 wurden lediglich in rund 6% der Fälle die Ermittlungen ohne jeglichen Restverdacht abgeschlossen.<sup>134</sup>

Aufgrund von Schulungs- und Fortbildungsmaßnahmen für die Mitarbeiter der Strafverfolgungsbehörden zur effektiven Anwendung des geltenden Rechts sowie durch organisatorische Maßnahmen konnte in den letzten Jahren der Wert der sichergestellten Vermögensgegenstände deutlich

<sup>130</sup> In der TOA-Statistik wurden deutlich weniger Fälle ausgewiesen. Für 2005 – neuere Daten liegen noch nicht vor – wurden für die alten Länder insgesamt lediglich 2.939 Fälle gemeldet, davon dürften aber ca. 40% auf das Jugendstrafrecht entfallen (vgl. Kerner/Hartmann [Fn. 129, 2005], S. 64).

<sup>131</sup> 2006 wurde (in den alten Ländern) bei 722.515 Personen das Ermittlungs- oder Strafverfahren gem. §§ 153, 153a, 153b StPO eingestellt; 10.128 (=1,4%) Personen wurden angewiesen, sich um einen TOA zu bemühen.

2006 wurden 652.469 Personen nach Allgemeinem Strafrecht verurteilt (einschließlich Personen mit Entscheidungen gem. §§ 59, 60 StGB), 1.206 (0,2%) Personen wurden angewiesen, sich um einen TOA zu bemühen.

<sup>132</sup> Wandrey M.; Weitekamp, E., Die organisatorische Umsetzung des Täter-Opfer-Ausgleichs in der Bundesrepublik Deutschland – eine vorläufige Schätzung der Entwicklung im Zeitraum von 1989 bis 1995, in: Dölling, D. u.a. (Hrsg.): Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland, Bonn 1998, S. 143.

<sup>133</sup> 1994 wurden 2.873 Verdachtsanzeigen registriert, 2007 9.080 (BKA: Jahresbericht 2007 – Financial Intelligence Unit [FIU] Deutschland, S. 9). Der Jahresbericht ist abrufbar unter [www.bka.de](http://www.bka.de) bei "Berichte und Statistiken".

<sup>134</sup> BKA: Jahresbericht 2007 – Financial Intelligence Unit [FIU] Deutschland, S. 20.

gesteigert werden. Ein nicht unerheblicher Umfang dieser Sicherstellungsmaßnahmen diene der sog. "Rückgewinnungshilfe" zugunsten des Opfers, also der Realisierung der Ersatzansprüche des Opfers aus den sichergestellten Vermögenswerten.

#### IV. Aktuelle Pläne zur Reform des Rechts der strafrechtlichen Sanktionen

Vor dem Hintergrund vielfältiger Reformvorschläge aus Wissenschaft und Praxis<sup>135</sup> und im Hinblick auf mehrere, in den Deutschen Bundestag eingebrachte Gesetzesentwürfe,<sup>136</sup> wurde 1999 durch das Bundesministerium der Justiz die "Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems" eingesetzt, die im März 2000 ihren Abschlussbericht<sup>137</sup> vorgelegt hat. 2004 legte die Bundesregierung den "Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Sanktionenrechts" vor.<sup>138</sup> Diese Pläne zur Reform des Sanktionenrechts, die z.T. heftig und aus den verschiedensten Gründen kontrovers diskutiert werden,<sup>139</sup> sind vorläufig der Diskontinuität zum Opfer gefallen. Von der jetzigen Regierung wird dieser Entwurf nicht mehr in den Deutschen Bundestag eingebracht werden, nicht zuletzt wegen der Widerstände im Bundesrat. Gleichwohl ist es von Interesse, die Grundzüge und Zielrichtung der Reform kennen zu lernen. Der Entwurf will die ambulanten Sanktionsmöglichkeiten für den Bereich der kleinen und mittleren Kriminalität erweitern und „insbesondere der Vermeidung von kurzen Freiheits- und Ersatzfreiheitsstrafen dienen. Auf diese Weisen sollen unerwünschte Nebenwirkungen von Freiheitsstrafen vermieden oder abgeschwächt und der Strafvollzug entlastet werden. Die Erweiterung des Sanktionensystems durch den Ausbau ambulanter Sanktionen trägt wirksam zum strafrechtlichen Rechtsgüterschutz bei, denn nach allen bisherigen Erkenntnissen sind die vorgeschlagenen Sanktionen den heute vorhandenen in spezial- und

---

<sup>135</sup> Vgl. nur Schöch, H., Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug?, in: Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages, Band I (Gutachten), Teil C, München 1992, C 1 ff.; Streng, F., Modernes Sanktionenrecht, ZStW 1999, S. 827 ff.; Laun, S., Alternative Sanktionen zum Freiheitsentzug und die Reform des Sanktionensystems, Frankfurt a.M. u.a. 2002.

<sup>136</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems vom 11.11.1993 (BT-Drucks. 12/6141); Entwurf eines Gesetzes zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems vom 22.4.1996 (BT-Drucks.13/4462); Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des strafrechtlichen Sanktionensystems vom 14.1.1998 (BT-Drucks 13/9612); Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des strafrechtlichen Sanktionensystems vom 14.4.1999 (BT-Drucks. 14/761); Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Sanktionenrechts vom 11.6.2002 (BT-Drucks. 14/9358).

<sup>137</sup> Abrufbar im Internet unter <http://www.bmj.bund.de/media/archive/137.pdf>. Die Materialien der Kommission sind abgedruckt bei Hettinger, M. (Hrsg.): Reform des Sanktionenrechts, Baden-Baden 2001/2002, 3 Bde.

<sup>138</sup> Der Entwurf wurde am 2.1.2004 im Bundesrat eingebracht (BR-Drs. 3/04) und mit der Stellungnahme des Bundesrates im März 2004 dem Bundestag vorgelegt (BT-Drs. 15/2725). Am 1.4.2004 wurde der Entwurf vom Bundestag in erster Lesung beraten und in die Ausschüsse überwiesen. Am 1.12.2004 führte der Rechtsausschuss eine öffentliche Anhörung durch.

<sup>139</sup> Vgl. Dünkel, F., Reform des Sanktionenrechts – Neuer Anlauf, Neue Kriminalpolitik 2003, S. 123 f.; Morgenstern, Ch.; Dünkel, F., Aktuelle Probleme und Reformfragen des Sanktionenrechts in Deutschland, [www.juridica.ee/print\\_articel\\_en.php?document=en/international/2003/1/65300.ART.0.pub.php](http://www.juridica.ee/print_articel_en.php?document=en/international/2003/1/65300.ART.0.pub.php).

generalpräventiver Hinsicht gleichwertig.<sup>140</sup> Vorgesehen sind vor allem folgende Neuregelungen:

1. Erweiterung des Anwendungsbereichs der gemeinnützigen Arbeit<sup>141</sup>, um kurze Freiheits- und Ersatzfreiheitsstrafen möglichst zu vermeiden.<sup>142</sup>
  - Das Gericht soll die Möglichkeit erhalten, den Verurteilten zu gestatten, die Vollstreckung von Freiheitsstrafen von unter sechs Monaten durch die Leistung gemeinnütziger Arbeit abzuwenden („Freiheitsstrafen-Ersatzungsmodell“). Das Gericht soll die Abwesenheit gestatten, wenn der Täter erstmals zu einer vollstreckbaren Freiheitsstrafe verurteilt wird oder die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe die Wiedergutmachung des durch die Straftat verursachten Schadens durch den Verurteilten erheblich gefährdet. Einem Tag Freiheitsstrafe sollen sechs Stunden gemeinnütziger Arbeit entsprechen.
  - Mit Zustimmung des Verurteilten soll gemeinnützige Arbeit nicht mehr Ersatz für die Ersatzfreiheitsstrafe, sondern der primär anstelle der uneinbringlichen Geldstrafe zu leistende Ersatz sein. Um einen Anreiz zu schaffen, wird der bisherige landesrechtliche Umrechnungsmaßstab von zumeist 1:6 auf 1:3 festgelegt, d.h. ein Tagessatz Geldstrafe entspricht 3 Stunden gemeinnütziger Arbeit. Die Freiheitsstrafe soll künftig nur noch sekundäre Ersatzstrafe sein für den Fall, dass der Verurteilte die erforderliche Zustimmung verweigert oder die gemeinnützige Arbeit nicht in angemessener Zeit oder nicht in ordnungsgemäßer Weise erbringt. Der bisherige Umrechnungsmaßstab von 1:1 soll auf 2:1 umgestellt werden, d.h. zwei Tagessätze entsprechen einem Tag Freiheitsentzug, weil dieser schwerer wiegt als die Einbuße an Tageseinkommen.
  - Schließlich soll die Möglichkeit geschaffen werden, im Zusammenhang mit einer Verurteilung mit Strafvorbehalt eine moderate Arbeitsauflage von bis zu 60 Stunden zu verhängen.
2. Das Fahrverbot kann derzeit nur als Nebenfolge neben einer Geld- oder Freiheitsstrafe verhängt werden. Der Entwurf sieht vor, es künftig bei Verkehrsdelinquenz als Hauptstrafe (auch anstelle einer Geldstrafe oder einer kurzen Freiheitsstrafe) zu verhängen. Bei sog. Zusammenhangstaten soll das Regelfahrverbot angeordnet werden, wenn die

---

<sup>140</sup> BT-Drs. 15/2725, S. 1.

<sup>141</sup> Gemeinnützige Arbeit ist bereits im geltenden Strafrecht verankert, als Auflage in § 153a I Nr. 3 StPO zur Ermöglichung der Einstellung des Strafverfahrens, in Art. 293 EGStGB zum Abwenden von Ersatzfreiheitsstrafe, in § 56b II Nr. 3 StGB als Bewährungsaufgabe bei Straf- bzw. bei Strafrestausschüttung gem. §§ 57 III S. 1, 57a III S. 2 StGB, in §§ 10 I S. 3 Nr. 4, 15 I Nr. 3 JGG als Arbeitsweisung bzw. -auflage sowie als Bewährungsweisungen bzw. -auflagen gem. §§ 23 I S. 4, 29 S. 2 JGG, als Weisungen oder Auflagen als Voraussetzung einer Diversionsentscheidung (§§ 45 II, III S. 1, 47 I S. 1 Nr. 2 JGG). Eingehend Blau, G., Die gemeinnützige Arbeit als Beispiel für einen grundlegenden Wandel des Sanktionenwesens, in: Gedächtnisschrift für H. Kaufmann, Berlin u.a. 1986, S. 189 ff.; Feuerhelm, W., Stellung und Ausgestaltung der gemeinnützigen Arbeit im Strafrecht, Wiesbaden 1997.

<sup>142</sup> Zur gemeinnützigen Arbeit vgl. zuletzt Schneider, U., Gemeinnützige Arbeit als „Zwischensanktion“, MSchrKrim 2001, S. 273 ff.

Entziehung der Fahrerlaubnis unterbleibt.<sup>143</sup> Seine Höchstdauer soll von drei auf sechs Monaten erhöht werden.

3. Die Verwarnung mit Strafvorbehalt ermöglicht eine Verurteilung und eine Benennung des begangenen Unrechts, ohne dass bereits jetzt eine Bestrafung erforderlich wäre. Wegen ihrer engen Anwendungsvoraussetzungen war diese Sanktion bislang quantitativ bedeutungslos. Dies sollte dadurch geändert werden, dass in § 59 I StGB die Kann-Regelung in eine Muss-Regelung umgewandelt wird, die Anforderungen der „Würdigkeitsklausel“ herabgesetzt werden, der Ausschluss von § 59 StGB bei Vorverurteilungen des Beschuldigten in den letzten drei Jahren vor der Tat gestrichen und die Erteilung von Auflagen und Weisungen zur Regel erhoben wird. Im Hinblick auf die Bedenken des Bundesrates<sup>144</sup> wurde die zwischenzeitliche Neufassung durch das 2. Justizmodernisierungsgesetz<sup>145</sup> in zwei Punkten entscheidend abgeschwächt. Die bisherige Kann-Regelung wurde beibehalten, auf die Erteilung von Auflagen/Weisungen als Regelfall wurde verzichtet.
4. Die Opferorientierung soll ausgebaut werden:
  - Bei der Vollstreckung von Geldstrafen sollen die Wiedergutmachungsansprüche des Opfers Vorrang haben. Durch Zahlungserleichterungen bei der Geldstrafe oder durch Anrechnung von Wiedergutmachungsleistungen in bestimmten Fällen der Geldstrafenvollstreckung soll der Verurteilte motiviert werden, finanzielle Mittel zunächst für die Wiedergutmachung zu verwenden.
  - Bei Verurteilungen zu Geldstrafe sollen die Gerichte künftig die Anordnung treffen müssen, dass fünf Prozent der gezahlten Geldstrafe an eine gemeinnützige Einrichtung der Opferhilfe zu leisten sind.<sup>146</sup> Ein

---

<sup>143</sup> Weitergehend wird vorgeschlagen, das Fahrverbot als allgemeine Hauptstrafe einzuführen, also ohne Bindung an Verkehrsdelinquenz. Vgl. hierzu bereits den Vorschlag im Entwurf der SPD-Fraktion vom 11.11.1993 (BT-Drs. 12/6141), zuletzt den Gesetzentwurf des Bundesrates „Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Fahrverbots als Hauptstrafe“ vom 2.4.2008 (BT-Drs. 16/8695). In Wissenschaft und Praxis sind die Meinungen hierzu geteilt (vgl. einerseits Schöch [Fn. 135], C 116 ff., andererseits Streng, F., Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl., Stuttgart u.a. 2002, Rdnr. 789 ff.).

<sup>144</sup> Die Länderkammer befürchtete, dass diese Erweiterung zu Lasten der Geldauflage bei § 153a StPO und der Geldstrafe gehen würde mit der Folge, dass sie „zu nicht kompensierbaren Einnahmeausfällen bei den Ländern im zweistelligen, zumindest auf längere Sicht aber wohl sogar im dreistelligen Millionenbereich führen“ würde (BT-Drs. 15/2725, S. 42).

<sup>145</sup> Oben Fn. 62.

<sup>146</sup> Die Länder lehnten diesen Vorschlag ab. Sie befürchteten „Einnahmeausfälle von über 20 Millionen Euro“ ((BT-Drs. 15/2725, S. 36). Demgegenüber hat bereits 1992 der Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (Fn. 74) darauf hingewiesen, dass die Geldstrafe nicht die Aufgabe hat, dem Staat Einnahmen zu verschaffen. Soweit es um die Kosten des Strafverfahrens geht, ist die Kostentragungspflicht des Verurteilten der richtige Weg. Der AE hat deshalb folgende Regelung vorgeschlagen „Geldstrafen und die aufgrund von Auflagen zugunsten der Staatskasse gezahlten Beträge fließen Ausgleichsfonds zu, die von den Vollstreckungsbehörden eingerichtet und verwaltet werden. Zweck dieser Ausgleichsfonds ist es, die Befriedigung der aus der Straftat erwachsenen Ansprüche des Verletzten gegen den Verurteilten zu fördern. Das Nähere regelt das Landesrecht“ (AE-

Teil der Geldstrafe käme damit Einrichtungen der psychosozialen Opferhilfe zugute.

Nicht aufgenommen wurde in den Entwurf die noch im Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Sanktionsrechts vom Dezember 2000<sup>147</sup> vorgesehene Erweiterung der Möglichkeiten der Halbstrafenaussetzung auf Freiheitsstrafen über zwei Jahren. Nicht erwähnt werden neue Sanktionsformen, wie etwa der in einigen Bundesländern erprobte elektronische Hausarrest<sup>148</sup> oder die bedingte bzw. teilbedingte Geldstrafe; nicht aufgegriffen werden die gesetzliche Präzisierung der Voraussetzungen der informellen Sanktionen (§§ 153 ff. StPO) oder die Verbandsstrafe. Hinter dem Ziel, den Freiheitsentzug entschieden zurückzudrängen, blieb er weit zurück. Insgesamt gesehen war es ein moderater, aber kein sehr kühner Entwurf, ein kleiner Schritt, aber immerhin in die richtige Richtung. Dass er dennoch scheiterte, zeigt, dass derzeit Kraft und Wille zu einer großen Reform fehlen, insbesondere zum Ausbau ambulanter Alternativen. Zeiten, in denen die „Gewährleistung der Inneren Sicherheit“ einen hohen politischen Stellenwert hat, sind hierfür wenig geeignet.

Der Entwurf erweist sich als Teil einer auch in anderen westeuropäischen Ländern zu beobachtenden „Mehrfachstrategie“ der Kriminalpolitik<sup>149</sup> – Ausbau der Alternativen zu den freiheitsentziehenden Sanktionen für die leichte und mittelschwere Kriminalität durch Diversion und ambulante Sanktionen; Ausbau der Opferrechte und des Opferschutzes, Anhebung der Mindestfreiheitsstrafen bei Gewalt- und Sexualdelikten sowie Erschwerung der Strafrestauesetzung und Erweiterung der Maßregeln, die der Sicherung vor gefährlichen oder als gefährlich eingeschätzten Tätern dienen.

Derzeit ist noch völlig offen, in welche Richtung die weitere Reform des Sanktionenrechts in Deutschland gehen wird. Eines aber ist gewiss: Für die Reform des Strafverfahrens gewinnt die Rechtsvergleichung immer mehr an

---

Wiedergutmachung, § 25). Wenn schon 5% den Ländern zu viel sind, dann liegt freilich die Realisierung des AE-Vorschlags noch in sehr weiter Ferne.

<sup>147</sup> Hierzu Wolters, G., Der Entwurf eines „Gesetzes zur Reform des Sanktionenrechts“, ZStW 2002, S. 63 ff.

<sup>148</sup> Vgl. zuletzt Albrecht, H.-J., Der elektronische Hausarrest, MSchrKrim 2002, S. 84 ff.; Bergmann, S., Die elektronische Fußfessel, Forum Strafvollzug S 2007, S. 262 ff.; Bösling, T., Elektronisch überwachter Hausarrest als Alternative zur kurzen Freiheitsstrafe?, MSchrKrim 2002, S. 105 ff.; Haverkamp, R., Elektronisch überwachter Hausarrestvollzug ein Zukunftsmodell für den Anstaltsvollzug?, Freiburg i. Br. 2002; Haverkamp, R.; Das Projekt "Elektronische Fußfessel" in Frankfurt am Main, BewHi 2003, S. 164 ff.; Illert, H., Aspekte einer Implementierung des elektronisch überwachten Hausarrests in das deutsche Recht; elektronische Kontrolle als Alternative zum stationären Freiheitsentzug, Göttingen 2005; Kunze, T., Die elektronische Fußfessel in Hessen, Forum Strafvollzug 2008, S. 33 ff.; Redlich, M., Die elektronische Überwachung, Frankfurt a.M. 2005; Schneider, K., Electronic monitoring alternativer Strafvollzug oder Alternative zum Strafvollzug?, Baden-Baden 2003; Weber, J., Der elektronisch überwachte Hausarrest und seine versuchsweise Einführung in der Schweiz, Basel 2004.

<sup>149</sup> Etwas unfreundlicher ließe sich auch formulieren, eine theoretische und strategische Linie fehlt, es werden verschiedene, unverbunden nebeneinander stehende Ziele gleichzeitig verfolgt (in diesem Sinne Albrecht, H.-J., Anmerkungen zu Entwicklungen in der Kriminalpolitik, in: Festschrift für A. Böhm, Berlin 1999, S. 765 ff.).

Bedeutung. Deshalb wird dieses koreanisch-deutsche Seminar, in dem Erfahrungen über Strafrecht und Strafen ausgetauscht werden, auch der deutschen Reformdiskussion zu weiterführenden Erkenntnissen verhelfen.