

---

# Risiko und Prognose

Rechtliche Instrumente zur Regelung von Gefährdungen  
in Korea, Japan und Deutschland  
aus zivil-, öffentlich- und strafrechtlicher Sicht

Vorträge des 2. trilateralen - deutsch-japanisch-koreanischen -  
Seminars  
20.-22. Juni 2006 in Konstanz

herausgegeben von Wolfgang Heinz

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



## Vorwort

Die gemeinsamen Seminare im Rahmen der Kooperation zwischen dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Konstanz und dem College of Law der Hanyang Universität in Seoul haben eine inzwischen mehrjährige Tradition. Das erste Seminar fand im Jahr 2000 in Seoul statt. Seitdem fanden regelmäßig (ausgenommen 2002) einmal jährlich – abwechselnd in Seoul bzw. in Konstanz - mehrtägige Tagungen von Lehrenden des College of Law der Hanyang Universität und des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Universität Konstanz statt.

2005 wurde der Kreis der Partner erweitert. Erstmals fand ein trilaterales Seminar statt, an dem auch Professoren der School of Law der Kansai Universität, Osaka, des japanischen Kooperationspartners des College of Law der Hanyang Universität, teilnahmen. Das Folgeseminar, also das 2. trilaterale deutsch-japanisch-koreanische Seminar, fand vom 20.-22. Juni 2006 in Konstanz statt. In diesem Zusammenhang wurde auch mit der Kansai Universität und deren School of Law ein Kooperationsabkommen vereinbart, so dass künftig trilaterale Seminare die Regel werden.

Der vorliegende Tagungsband enthält fast alle der dort gehaltenen Vorträge. Zwei Beiträge sind bzw. werden an anderer Stelle veröffentlicht. Der Vortrag von Prof. Dr. Lorenz „Grundrechtsschutz gegen Gefahren und Risiken“ ist in der Festschrift für Rupert Scholz (Berlin 2007, S. 325 ff.) veröffentlicht worden. Der Vortrag von Herrn Prof. Dr. Choong-Soo Han über „Transition from Territorialism to Modified Universalism on Cross-Border Insolvency in Korea and Germany“ wird in ZZPInt 2006 (Zeitschrift für Zivilprozess International. Jahrbuch des Internationalen Zivilprozessrechts) veröffentlicht werden. In der Hanyang Law Review sind bereits drei der Beiträge der koreanischen Teilnehmer in koreanischer Sprache publiziert worden. Es handelt sich um die Vorträge von Herrn Prof. Dr. Kun-Young Chang (Vol. 23, No. 1, 2006, S. 395 ff.), Herrn Prof. Dr. Tae-Jae Cho (Vol. 23, No. 3, 2006, S. 12 ff.) und Herrn Prof. Dr. Sung-Soo Kim (Vol. 23, Nr. 2, 2006, S. 37 ff.).

Dem Herausgeber 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, der Universitätsgesellschaft Konstanz e.V., dem Fachbereich Rechtswissenschaft sowie der Deutsch-Koreanischen Juristischen Gesellschaft e.V. Mein ganz besonderer Dank gilt den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern meines Lehrstuhls, namentlich meiner Sekretärin, Frau Hannelore Biesle, meinen wiss. Mitarbeitern, Herrn Dipl.Soz. Gerhard Spiess und Herrn Jochen Stockburger, sowie den damaligen studentischen Hilfskräften Lukas Lehmann, Jan Meents, Daniel Mende und Daniela Seng. Ohne deren tatkräftige Unterstützung wäre weder diese Tagung durchführbar gewesen noch hätte die Herausgabe dieses Tagungsbandes erfolgen können.

Prof. Dr. Wolfgang Heinz

## INHALT

Jörg Eisele*	Grund und Grenzen abstrakter Gefährdungsdelikte	1
Keiichi Yamanaka**	Die dualistische Konzeption der "Risikoprognose" in der Straftatslehre	11
Young-Whan Kim***	Zur Veränderung der Verantwortungsstrukturen in der modernen Risikogesellschaft	25
Rudolf Rengier*	Abstrakte und potentielle Gefährdungsdelikte im Umweltstrafrecht	39
Rainer Hausmann*	Vertragsrisiko und Wegfall der Geschäftsgrundlage	49
Kun-Young Chang***	Defensive Stock Repurchases	57
Jochen Glöckner*	Prognoseentscheidungen im Wirtschaftsrecht und Wettbewerb als Entdeckungsverfahren?	77
Tae-Jae Cho***	Risikokommunikation im koreanischen Lebensmittelgesetz	93
Ken Takeshita**	Risikogesellschaft und Umweltstaat	107
Sung-Soo Kim***	Planungsinvestition des Unternehmers und sein Vertrauensschutz als Rechtsproblem	115
Dr. Jae-Min Lee***	Terrorism Prevention and the Right of Preemptive Self-Defense	129
Kay Hailbronner*	Germany - Immigration and Integration	145

\* Universität Konstanz, Fachbereich Rechtswissenschaft

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

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

---

# Grund und Grenzen abstrakter Gefährdungsdelikte

Professor Dr. Jörg Eisele, Konstanz

## I. Einführung

Legitimation und Berechtigung der abstrakten Gefährdungsdelikte werden im Schrifttum zunehmend bestritten. So spricht etwa *Herzog* von einer „Gefährdung des Strafrechts durch Gefährdungsstrafrecht“. Es wird hierbei vor allem geltend gemacht, dass ein solches „Risikostrafrecht“ nicht im Einklang mit rechtstaatlichen Garantien stehe und auch zur Bewältigung von Problemen moderner Risikogesellschaften ein wenig geeignetes, wenn nicht sogar untaugliches Mittel sei. Gefährdungsdelikte finden sich dabei in den unterschiedlichsten Bereichen des Strafrechts – von der Bekämpfung einfacher Trunkenheitsfahrten bis hin zur Bekämpfung krimineller und terroristischer Vereinigungen.

Zunächst möchte ich die abstrakten Gefährdungsdelikte in das Spektrum der verschiedenen Deliktsarten einordnen und dabei jeweils die wesentlichen Grundzüge darstellen (unten 1.). Sodann werde ich auf diejenigen Gründe eingehen, die den Gesetzgeber zu einer Normierung abstrakter Gefährdungsdelikte bewegen können (unten 2.). Abschließend soll darauf eingegangen werden, ob und unter welchen Voraussetzungen sich abstrakte Gefährdungsdelikte legitimieren lassen (unten 3.).

### 1. Abstrakte Gefährdungsdelikte im Spektrum der Deliktsarten

a) Die klassische Struktur des Straftatbestandes findet sich bei den Erfolgsdelikten. Die Handlung des Täters muss bei diesen Delikten zu dem im jeweiligen Tatbestand umschriebenen Erfolg führen, wobei entgegen dem allgemeinen Sprachgebrauch der Begriff „Erfolg“ nicht positiv, sondern – wie beim Eintritt des Todes im Sinne des § 212 – als eine (äußerst) negative Folge zu verstehen ist. Zwischen Handlung und dem (negativen) Erfolg muss ferner ein Kausalzusammenhang bestehen; und richtigerweise muss der Erfolg dem Täter auch objektiv zurechenbar sein. Vollendete Erfolgsdelikte zeichnen sich mithin durch einen Handlungs- und Erfolgsunwert aus.

aa) Zu den Erfolgsdelikten zählt man zunächst die Verletzungsdelikte, bei denen nach der Struktur des Tatbestandes ein Verletzungserfolg eintreten muss. Klassisches Beispiel ist der in § 212 normierte Totschlag, bei dem der Tatbestand die Verletzung des Rechtsguts Leben voraussetzt.

bb) Weiterhin gehören aber auch die konkreten Gefährdungsdelikte zu den Erfolgsdelikten. Die konkreten Gefährdungsdelikte weisen im Prinzip dieselbe tatbestandliche Struktur wie die Verletzungsdelikte auf. Jedoch ist

nach der gesetzlichen Ausgestaltung der Strafvorschrift bereits eine konkrete Gefährdung des geschützten Rechtsguts, d.h. ein Gefährtererfolg, ausreichend. So ist etwa die Trunkenheitsfahrt im Sinne des § 315 c StGB schon dann tatbestandsmäßig, wenn durch das Führen eines Fahrzeugs in fahruntüchtigem Zustand eine Gefahr für Leib oder Leben eines anderen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert herbeigeführt worden ist. Entsprechendes gilt gemäß § 308 StGB auch für das Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion. Tritt im Einzelfall über die konkrete Gefährdung sogar eine Verletzung des Rechtsguts ein, kommt also das Opfer einer Trunkenheitsfahrt oder einer Sprengstoffexplosion zu Tode, so ist der Tatbestand erst recht verwirklicht, weil die Gefährdung lediglich ein Durchgangsstadium zur Verletzung ist.

Das Hauptproblem bei der Anwendung der konkreten Gefährdungsdelikte liegt bei der Frage, wann eine Gefahr hinreichend konkret ist. Denn ohne Eintritt einer konkreten Gefährdung und damit eines Gefährtererfolges ist das gefährliche Handeln nicht strafbar. Unter einer konkreten Gefahr ist ein Zustand zu verstehen, bei dem die nicht fern liegende Möglichkeit der Verletzung eines konkreten Objekts besteht und die Tathandlung über die ihr innewohnende latente Gefährlichkeit hinaus zu einer kritischen Situation für das geschützte Rechtsgut führt. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung muss – was nach h.M. aufgrund einer objektiv nachträglichen Prognose zu beurteilen ist – die Sicherheit einer bestimmten Person u.s.w. so stark beeinträchtigt worden sein, dass es nur noch vom Zufall abhing, ob das Rechtsgut verletzt wurde oder nicht. Dabei dürfen nicht generelle Erfahrungswerte mit dem Argument zugrunde gelegt werden, dass bei bestimmten Handlungen typischerweise eine Gefährdung eintritt. Vielmehr müssen in jedem Einzelfall die Besonderheiten berücksichtigt und der Eintritt einer konkreten Gefahr festgestellt werden. Allein der Umstand, dass sich bei einer Sprengstoffexplosion Menschen im Umkreis der Gefahrenquelle befinden, genügt für sich genommen noch nicht zur Annahme einer konkreten Gefahr für Leib und Leben. Hier sind nähere Feststellungen über Sprengkraft, die räumliche Situation und den Standort der Personen zu treffen. Ebenso vertritt die Rechtsprechung inzwischen zu Recht die Auffassung, dass bei einer Trunkenheitsfahrt der Beifahrer nicht allein deshalb konkret gefährdet ist, weil er im Wagen eines betrunkenen Fahrers sitzt. Vielmehr bedarf es einer bestimmten kritischen Situation, etwa einem Beinaheunfall, bei dem der fahruntüchtige Täter alkoholbedingt mit seinem Wagen auf die Gegenfahrbahn kommt und dort der Fahrer eines entgegenkommenden Wagens nur durch ein geschicktes Ausweichmanöver eine Kollision in letzter Sekunde vermeiden kann.

b) Im Gegensatz zu den Erfolgsdelikten in Form der Verletzungs- und konkreten Gefährdungsdelikte stehen die schlichten Tätigkeitsdelikte. Solche Tatbestände knüpfen die Rechtsfolge lediglich an eine verbotene Handlung. Schwierige Feststellungen zur Frage, ob denn das geschützte Rechtsgut in eine konkrete Gefahr gebracht wurde, sind entbehrlich. So wird nach § 316 StGB schon bestraft, wer ein Fahrzeug in fahruntüchtigem Zustand führt. Anders als bei § 315 c StGB kommt es auf den Eintritt einer konkreten Gefahr nicht an. Entsprechend dem verminderten Unrechts- und Schuldgehalt der Tat ist der Strafrahmen des § 316 StGB auch geringer.

Ebenso stellt der in § 154 StGB normierte Meineid ein solches Tätigkeitsdelikt dar. Ausreichend für die Verwirklichung des Straftatbestandes ist, dass der Täter eine Falschaussage beschwört. Nicht entscheidend ist dagegen, ob die Falschaussage letztlich zu einem Fehlurteil führt oder irgendein Beteiligter einen Nachteil erleidet.

aa) Bei solchen schlichten Tätigkeitsdelikten geht der Gesetzgeber davon aus, dass bestimmte Handlungen typischerweise gefährlich sind und deshalb verboten werden müssen. Weil es auf den Eintritt einer konkreten Gefahrensituation nicht ankommt, d.h. kein konkretes Angriffsobjekt in seiner Existenz oder Sicherheit betroffen sein muss, spricht man auch von abstrakten Gefährdungsdelikten. Anders als bei konkreten Gefährdungsdelikten ist die Gefahr nicht als Tatbestandsmerkmal in die Vorschrift aufgenommen, sondern bleibt als gesetzgeberisches Motiv im Hintergrund. Zumeist nennt der Gesetzgeber im Tatbestand abschließend alle Umstände, die die Gefährlichkeit des Verhaltens begründen.

bb) Mitunter finden sich jedoch auch solche Delikte, bei denen der Gesetzgeber dem Richter einen gewissen Spielraum belässt. Dabei muss dieser entscheiden, ob die gefährliche Handlung unter den besonderen Umständen des Einzelfalls typischerweise geeignet ist, das Rechtsgut zu schädigen. So verlangt etwa der Tatbestand des § 325 Abs. 1 StGB, dass die Luftverunreinigung geeignet ist, die Gesundheit u.s.w. zu schädigen. Man spricht hier auch von Eignungsdelikten oder potentiellen Gefährdungsdelikten. Weil diese allein den abstrakten Gefährdungsdelikten zuzuordnen sind, hat sich die früher bisweilen vorgeschlagene Bezeichnung als „abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte“ nicht durchsetzen können.

cc) Letztlich existieren auch abstrakte Gefährdungsdelikte, bei denen ein „Erfolg“ als objektive Bedingung der Strafbarkeit ausgestaltet ist. Diese steht einer Einstufung als abstraktes Gefährdungsdelikt jedenfalls dann nicht entgegen, wenn man mit der h.M. auf eine Kausalität zwischen der Handlung und der objektiven Bedingung verzichtet und auch nicht verlangt, dass der Täter hinsichtlich der objektiven Bedingung vorsätzlich oder fahrlässig handeln muss. Als Beispiel ist der Tatbestand des § 231 StGB zu nennen, der bereits die Beteiligung an einer Schlägerei unter Strafe stellt, falls bei dieser Schlägerei eine schwere Folge in Form des Todes oder einer schweren Körperverletzung eintritt. Anknüpfungspunkt für die Bestrafung soll allein die Beteiligung an der Gefahrenquelle Schlägerei sein. Ob der Beteiligte etwas kausal zum Eintritt der schweren Folge beiträgt oder diesbezüglich vorsätzlich oder fahrlässig handelt, ist nach h.M. unerheblich. Noch weitergehend wird von der h.M. der Tatbestand sogar bejaht, wenn die schwere Folge schon vor der Beteiligung oder erst nach Aufgabe der Beteiligung eingetreten ist.

## II. Gründe für die Normierung abstrakter Gefährdungsdelikte

Geht man mit der h.M. davon aus, dass der Schutz von Rechtsgütern Hauptaufgabe des Strafrechts ist, so lässt sich die Verhängung einer Kriminalstrafe am einfachsten begründen, wenn der Straftatbestand an eine Rechtsgutsverletzung anknüpft. Aber auch Gefährdungstatbestände stehen mit der Konzeption des Rechtsgüterschutzes nicht von vornherein in Widerspruch.

## 1. Lücken bei der Versuchs- und Fahrlässigkeitsstrafbarkeit

Schon die Strafbarkeit bei Erfolgsdelikten verlangt keineswegs zwingend die Verwirklichung des Handlungs- und Erfolgsunwertes. Soweit bei Verletzungsdelikten auch der Versuch strafbar ist, kommt es nämlich auf den Eintritt eines Erfolges nicht an. Die Strafbarkeit des Versuchs weist damit eine gewisse Nähe zu den Gefährdungsdelikten auf. Ganz deutlich wird dies bei Meinungen, die für die Bestimmung des unmittelbaren Ansatzens Aspekte der Rechtsgutsgefährdung mit berücksichtigen wollen. Die Bandbreite des Versuchs erstreckt sich hierbei von konkreten Gefährdungen des Opfers – der Täter verfehlt beim versuchten Totschlag mit seinem Schuss das Opfer knapp – bis hin zu einer rein abstrakten Gefährdung beim untauglichen Versuch – der Täter schießt auf eine Vogelscheuche, weil er diese für einen Menschen hält.

Im Zusammenhang mit der Versuchsstrafbarkeit muss man sehen, dass abstrakten Gefährdungsdelikten die Aufgabe zukommen kann, Lücken zu schließen, die sich aus dem begrenzten Umfang der Versuchsstrafbarkeit ergeben. So kann auch bei Vorbereitungshandlungen, die dem unmittelbaren Ansetzen vorgelagert sind, ein Strafbedürfnis bestehen. Zu denken ist etwa an die Beschaffung von Waffen, um damit später Straftaten zu begehen. Auch kann bereits die Handlung im Vorfeld selbst so gefährlich sein, dass diese – wie das unerlaubte Betreiben einer kerntechnischen Anlage i.S.d. § 327 StGB – zu verbieten ist.

Außerdem erfordert die Versuchsstrafbarkeit im subjektiven Bereich zumindest Eventualvorsatz, so dass die Herbeiführung von Gefahren straflos bleibt, wenn der diesbezügliche Nachweis nicht erbracht werden kann. Zwar lassen sich Fahrlässigkeitsdelikte ebenfalls mit dem Gefährdungsstrafrecht in Beziehung bringen, weil diese vor Gefahren für das Rechtsgut durch sorgfaltspflichtwidriges bzw. riskantes Handeln schützen wollen. Aber selbst wenn man im Fahrlässigkeitsbereich den Schwerpunkt beim Handlungsunrecht sieht, erfordern Fahrlässigkeitsdelikte doch – unabhängig von allen dogmatischen Konstruktionen – den Eintritt des Erfolges. Das bloß gefährliche, auch bewusst fahrlässige Verhalten ist damit nicht tatbestandsmäßig, mag das Ausbleiben des Erfolges auch völlig unwahrscheinlich sein und auf großem Zufall beruhen. Abstrakte Gefährdungsdelikte schließen diese Lücke im Fahrlässigkeitsbereich, indem sie die Strafbarkeit vom Erfolg lösen und diese an eine sorgfaltswidrige Tätigkeit knüpfen.

## 2. Beweisschwierigkeiten

a) Ein weiterer Grund für die Normierung von abstrakten Gefährdungsdelikten kann in Beweisschwierigkeiten liegen. Der bereits angesprochene Schlägereitattbestand des § 231 StGB beruht letztlich darauf, dass bei Schlägereien, an denen eine Vielzahl von Personen beteiligt ist, oftmals nicht der Nachweis geführt werden kann, wer den Tod oder die schwere Körperverletzung herbeigeführt hat und ob diesbezüglich dem Beteiligten Vorsatz oder jedenfalls Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden kann. Ähnliche Erwägungen betreffen die Bereiche des Umwelt- und des Arzneimittelstrafrechts. So lässt sich etwa beim Verunreinigen der Luft oder beim



Inverkehrbringen von Arzneimitteln im Einzelfall der Nachweis einer durch die Tathandlung verursachten Schädigung nur schwer erbringen.

b) Häufig lässt sich eine Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsguts aber auch kaum praktikabel formulieren. Dies ist vor allem bei Rechtsgütern der Allgemeinheit der Fall. So entstünden beispielsweise erhebliche Schwierigkeiten, wenn im Rahmen der Aussagedelikte eine Verletzung oder konkrete Gefährdung der Rechtspflege verlangt oder auf eine kaum beweisbare Verursachung einer unrichtigen Entscheidung abgestellt würde. Entsprechende Schwierigkeiten entstünden auch beim Schutz der Versicherungswirtschaft im Rahmen des Versicherungsmisbrauchs oder beim Schutz der Kreditwirtschaft im Rahmen des Kreditbetrugs.

### III. Legitimation abstrakter Gefährdungsdelikte

#### 1. Kritik an den abstrakten Gefährdungsdelikten

Die abstrakten Gefährdungsdelikte sind zunehmend erheblicher Kritik ausgesetzt. Dabei wird nicht nur die kriminalpolitische Legitimation einer Strafbarkeit im Vorfeld der eigentlichen Rechtsgutsverletzung, sondern auch die Vereinbarkeit mit verfassungsrechtlichen Vorgaben bezweifelt.

a) Die Vertreter der Frankfurter Schule sehen in der Normierung abstrakter Gefährdungsdelikte sogar einen Angriff auf das rechtstaatlich-liberale Strafrecht und damit zugleich auf den Charakter des Strafgesetzbuchs als magna charta des Bürgers (bzw. des Verbrechers). Jedoch stellt das Gefährdungsstrafrecht keine völlig neue Entwicklung einer – wie auch immer zu definierenden – Risikogesellschaft dar. Vielmehr bestehen seit jeher Verbindungslinien zum Polizeirecht. So fanden sich Gefährdungstatbestände schon zu Zeiten der Constitutio Criminalis Carolina in den Reichspolizeiverordnungen und später auch in den Polizeistrafgesetzbüchern der Länder.

b) Auch leidet die Kritik an Gefährdungstatbeständen häufig an einer viel zu pauschalen Argumentation, weil auf eine hinreichend genaue Analyse der jeweiligen gesetzlichen Regelung unter Berücksichtigung des geschützten Rechtsguts verzichtet wird. So dürften kaum vernünftige Zweifel an der Legitimation des Gesetzgebers bestehen, die Trunkenheitsfahrt angesichts der damit verbundenen Gefahren für die Allgemeinheit unter Strafe zu stellen. Dies um so mehr, als dem Schuldprinzip dadurch Rechnung getragen wird, dass nur schwerwiegende Fälle strafrechtlich erfasst werden, im Übrigen aber mit § 24 a StVG das Ordnungswidrigkeitenrecht zur Anwendung gelangt.

c) Soweit bestritten wird, dass Gefährdungsdelikte überhaupt geeignet seien, den Risiken moderner Gesellschaften entgegenzuwirken, handelt es sich dabei jedoch so lange um eine bloße Behauptung, wie es an hinreichend genauen empirischen Untersuchungen fehlt, die ein solches Ergebnis bestätigen können. Auch mag es zutreffen, dass zunächst bei den gesellschaftlichen Ursachen der Entstehung solcher Risiken anzusetzen ist. Einer zumindest subsidiären Absicherung durch strafrechtliche Tatbestände steht dieser Gesichtspunkt jedoch nicht entgegen. Auch der weitergehende Vorschlag, das Gefährdungsstrafrecht auf das Kernstrafrecht zu

beschränken und dieses im Übrigen durch ein von der Kriminalstrafe gelöstes Interventionsrecht zu ergänzen, überzeugt nicht. Warum die Trunkenheitsfahrt strafbar sein, den Risiken einer atomaren Anlage aber grundsätzlich mit anderen Instrumentarien entgegengewirkt werden soll, ist angesichts des Gefährdungspotentials nicht einsichtig.

## 2. Grenzen abstrakter Gefährdungsdelikte

Die an sich zulässige Normierung von Gefährdungstatbeständen ist damit aber keineswegs schrankenlos möglich. Vielmehr müssen hierbei bestimmte Grundsätze beachtet werden, von denen ich nachfolgend die wichtigsten kurz skizzieren möchte.

a) Zunächst einmal muss die gefährliche Handlung, an die allein die Verhängung einer Kriminalstrafe geknüpft wird, schon im Hinblick auf den in Art. 103 Abs. 2 GG normierten Bestimmtheitsgrundsatz präzise umrissen sein. Geht man ferner davon aus, dass das Strafrecht dem Rechtsgüterschutz dient, so muss ferner ein hinreichend deutlicher Bezug zu einem Rechtsgut gegeben sein. Dies ist etwa der Fall, soweit es sich um den Schutz von Leib und Leben handelt. Die Sanktionierung einer gefährlichen Handlung stößt jedoch auf Bedenken, wenn ein Bezug zu einem Rechtsgut ganz fehlt oder sich dieses im Wege einer Vorverlagerung der Strafbarkeit nur noch diffus mit Hinweis auf Belange der Allgemeinheit bestimmen lässt. So ist es durchaus problematisch, wenn bei Betäubungsmitteldelikten auf die „Volks Gesundheit“ abgestellt wird, zumal es sich beim Eigenverbrauch von Drogen der Sache nach letztlich um eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Konsumenten handelt. Bei einer solchen Aufweichung droht letztlich eine Entmaterialisierung des Rechtsgutsbegriffs.

b) Besonders problematisch ist der Bezug zu einem überindividuellen Rechtsgut dort, wo die einzelne Handlung aufgrund einer weiten Vorverlagerung nie zu einer Beeinträchtigung des Rechtsguts führen kann. So kann die Leistungsfähigkeit des gesamten Versicherungswesens beim Versicherungsmissbrauch im Sinne des § 265 StGB durch eine einzelne Tat praktisch nie beeinträchtigt werden. Hier bleiben nur zweifelhafte Konstruktionen, die auf die Massenhaftigkeit der Taten ungeachtet der jeweiligen Verletzungstauglichkeit abstellen oder das Strafbedürfnis durch eine Summierung der Verstöße, die letztlich insgesamt zu einer Rechtsgutsbeeinträchtigung führen, begründen. Solche Kumulationsdelikte stoßen vor allem deshalb auf Bedenken, weil der Einzelne nicht allein aufgrund seiner eigenen Tathandlung, sondern auch aufgrund des Verhaltens anderer bestraft wird.

c) Weiterhin ist ein Blick auf diejenigen Gründe zu werfen, die für die Normierung des abstrakten Gefährdungsdelikts entscheidend waren.

aa) Geschieht die Vorverlagerung deshalb, weil die Versuchsstrafbarkeit hinsichtlich eines Erfolgsdelikts als zu eng angesehen wird, so muss angesichts des geringeren Schweregehalts der Tat im Vorfeld der Strafrahmen im Hinblick auf das Schuldprinzip entsprechend abgesenkt werden. Ferner kann es im Einzelfall geboten sein, Vorschriften über eine tätige Reue zu normieren, um die weite Vorfeldstrafbarkeit bei freiwilliger Tataufgabe einzuschränken. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist die Strafvorschrift über den Versicherungsmissbrauch mit seiner weiten Vorverlagerung

problematisch. Denn der Tatbestand ist bereits verwirklicht, wenn eine versicherte Sache z.B. zerstört oder beiseite geschafft wird und der Täter dabei die Absicht besitzt, sich später Leistungen aus der Versicherung zu beschaffen. Stellt der Täter etwa seinen Wagen in eine andere Garage, um diesen später gestohlen zu melden und so Leistungen aus der Versicherung zu erhalten, so ist die Tat vollendet. Weil eine tätige Reue nicht vorgesehen ist und die h.M. eine Analogie zu anderen Vorschriften ablehnt, wird er auch dann bestraft, wenn er kurz darauf den Plan aufgibt, auf eine Schadensmeldung verzichtet, den Wagen wieder aus der Garage holt und wie zuvor nutzt.

bb) Problematischer sind diejenigen Vorschriften, die Schwierigkeiten hinsichtlich des Nachweises der Verletzung des Individualrechtsguts vermeiden sollen und dazu eine objektive Bedingung der Strafbarkeit normieren. Weil hier zwischen gefährlicher Handlung, z.B. der Beteiligung an einer Schlägerei, und der objektiven Bedingung nach h.M. keine Kausalität bestehen und hinsichtlich der schweren Folge auch weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit gegeben sein muss, spricht einiges dafür, dass es sich um eine mit dem Schuldprinzip nicht mehr zu vereinbarende Verdachtsstrafe handelt. Zulässig sind solche objektiven Bedingungen nur, wenn diese in der Sache Strafeinschränkungsgründe darstellen, weil sie trotz an sich gegebener Strafwürdigkeit des gefährlichen Verhaltens die Strafe noch von zusätzlichen Umständen abhängig machen. Vor allem beim entsprechend ausgestalteten Vollrauschtatbestand des § 323 a StGB erscheint eine solche Konstruktion jedoch zweifelhaft, weil die bloße Berauschung kaum eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren verdient. Das Schuldprinzip kann allenfalls in verfassungskonformer Auslegung gewahrt werden, wenn man z.B. verlangt, dass der Eintritt der objektiven Bedingung der Strafbarkeit für den Täter zumindest voraussehbar sein muss, oder man eine anderweitige Verbindung zwischen gefährlicher Handlung und objektiver Bedingung herstellt.

d) Neben der bislang angesprochenen abstrakten Ausgestaltung des Straftatbestandes kann auch der konkrete Einzelfall in das Blickfeld rücken, wenn die Handlung wegen der besonderen Umstände des Einzelfalls nicht zu einer Gefahr für das geschützte Rechtsgut führen kann. Denn das tatsächlich ungefährliche Verhalten entspricht nicht mehr dem Bild, von dem der Gesetzgeber bei der Normierung des Tatbestandes ausgegangen ist. Auch solche Konstellationen sprechen jedoch nicht grundsätzlich gegen abstrakte Gefährdungsdelikte. Vielmehr erfordern diese ggf. eine restriktive Auslegung oder eine teleologische Reduktion des Tatbestandes, wenn nicht bereits der Gesetzgeber selbst – wie in § 326 Abs. 6 StGB beim unerlaubten Umgang mit gefährlichen Abfällen – Fälle von der Strafbarkeit ausnimmt, in denen schädliche Wirkungen offensichtlich ausgeschlossen sind.

Daher ist stets zu überlegen, ob bei im Einzelfall ungefährlichen Handlungen eine Einschränkung des Tatbestandes geboten ist, um die Verhängung einer nicht mit dem Schuldprinzip zu vereinbarenden Strafe zu vermeiden. Auch insoweit ist eine auf den jeweiligen Tatbestand bezogene Analyse zu fordern, wobei auch die üblichen Auslegungsmethoden hilfreiche Dienste leisten können.

aa) So verwirklicht etwa nach dem Wortlaut den Tatbestand des § 184 Abs. 1 Nr. 3 StGB wer im Einzelhandel außerhalb von Geschäftsräumen pornografische Schriften anbietet oder überlässt. Der Gesetzgeber sah im Hinblick auf den Jugendschutz solche Vertriebsformen als besonders gefährlich an, weil bei ihnen eine zuverlässige Alterskontrolle nicht garantiert bzw. nicht ausreichend überwacht werden könne. Richtigerweise ist der Tatbestand unter dem Gesichtspunkt des Jugendschutzes jedoch zu verneinen, wenn eine Gefährdung im Einzelfall offensichtlich ausgeschlossen ist, weil durch elektronische Verfahren eine wirksame Alterskontrolle, vielleicht sogar eine wirksamere Alterskontrolle als durch das Personal in Geschäftsräumen erfolgt. Dieses Ergebnis wird durch § 1 Abs. 4 JuSchG gestützt, wonach entscheidend ist, ob durch technische oder sonstige Vorkehrungen sichergestellt ist, dass kein Versand an Kinder und Jugendliche erfolgt. Entsprechend hat der Bundesgerichtshof nun auch für automatisierte Videotheken den Tatbestand des § 184 Abs. 1 Nr. 3 a StGB verneint, wenn durch technische Sicherheitseinrichtungen – wie etwa Chipkarte, PIN-Code, Fingerabdruckvergleich – ein dem der Überwachung durch Personal vergleichbarer Jugendschutz gewährleistet werden kann.

bb) Hingegen ist beim Brandstiftungstatbestand des § 306 a Abs. 1 StGB eine teleologische Reduktion abzulehnen. Das abstrakte Gefährdungsdelikt ist verwirklicht, wenn der Täter eine Räumlichkeit, die der Wohnung von Menschen dient, in Brand setzt. Auf eine Gefährdung oder Verletzung der Bewohner kommt es grundsätzlich nicht an. Es wird seit langem diskutiert, ob der Tatbestand in Fällen zu verneinen ist, in denen sich der Täter vor der Tatausführung vergewissert, dass eine Gefährdung von Menschenleben nicht eintreten kann, weil sich niemand in der Wohnung aufhält. Man könnte immerhin sagen, dass es sowohl am Handlungs- als auch am Erfolgsunrecht fehlt, wenn der Täter objektiv kein Gefährdungsrisiko bewirkt und sich subjektiv von der Unmöglichkeit der Rechtsgutsgefährdung überzeugt hat.

Dies wird von der inzwischen ganz h.M. aber mit Recht abgelehnt, weil die Vorschrift nach Sinn und Zweck den absoluten Schutz der Wohnung als Mittelpunkt des menschlichen Lebens gewähren möchte und eine zuverlässige Kontrolle des Ausschlusses jeglicher Gefahr kaum möglich ist. Auch hat der Gesetzgeber bei der Reform der Brandstiftungsdelikte im Jahre 1998 zum Ausdruck gebracht, dass er die bisherige Rechtsprechung, die eine solche Einschränkung abgelehnt hatte, billigt. Ferner spricht die Systematik der Brandstiftungsdelikte gegen eine teleologische Reduktion. Würde man eine solche bei Ausschluss jeglicher Gefahr befürworten, würde das abstrakte Gefährdungsdelikt des § 306 a Abs. 1 StGB in Richtung eines konkreten Gefährdungsdelikts verschoben. Ein solches ist aber bereits in § 306 a Abs. 2 StGB enthalten. Letztlich kann einer schuldangemessenen Bestrafung über die Annahme eines minder schweren Falles nach § 306 a Abs. 3 Rechnung getragen werden. Deshalb sollte man nicht einmal bei kleinen bzw. einräumigen Hütten oder Häuschen eine teleologische Reduktion des Tatbestandes befürworten.

#### IV. Zusammenfassung

Abstrakte Gefährungsdelikte sind nicht generell abzulehnen. Vielmehr können diese durchaus ihre Berechtigung finden, wenn im Vorfeld der Rechtsgutsbeeinträchtigung ein strafwürdiges Verhalten vorliegt und die einzelnen Ausprägungen des Schuldprinzips beachtet werden. Anstatt pauschaler Kritik bedarf es einer kritischen Analyse eines jeden Deliktes, wobei neben der konkreten Ausgestaltung des Tatbestandes auch das geschützte Rechtsgut mit einzubeziehen ist.

#### Kontaktadresse:

Prof. Dr. Jörg Eisele  
Fachbereich Rechtswissenschaft  
Universität Konstanz  
Universitätsstraße 10 Fach D 98  
D 78457 Konstanz  
eMail: [joerg.eisele@uni-konstanz.de](mailto:joerg.eisele@uni-konstanz.de)



---

# Die dualistische Konzeption der "Risikoprognose" in der Straftatslehre

Prof. Dr. Keiichi Yamanaka, Osaka

1. Einleitung
2. Die Risikoprognose in der Normentheorie
3. Kausalität und objektive Zurechnung
4. Gefährdungsdelikte
5. Fahrlässigkeitsdelikte
6. Versuch
7. Unechte Unterlassungsdelikte
8. Fazit

## 1. Einleitung

Aufgabe des Strafrechts ist der Rechtsgüterschutz. Seine Verwirklichung wird von den strafrechtlichen Normen zweistufig vollzogen: Auf der ersten Stufe verkündet der Gesetzgeber den Bürgern die Strafgesetze, um ihnen mittels der gesetzestatbestandlich beschriebenen Straftaten die Begehung von Rechtsgüterverletzungen zu verbieten. Diese Funktion der strafrechtlichen Normen wird als an die Bürger gerichtete und von ihnen zu befolgende „Verhaltensnorm“ bezeichnet. Demzufolge regulieren die Strafgesetze die Verhaltensweisen der Bürger, damit diese etwaige rechtsgüterverletzende Handlungen oder Unterlassungen durch Wahrung entsprechender Vorsicht gewissermaßen im Vorfeld vermeiden können. Einerseits handelt es sich also bei den Strafgesetzen um die allgemeine Vorbeugung von Rechtsgüterverletzungen durch zielorientierte Steuerung des menschlichen Verhaltens<sup>1</sup>. Auf der zweiten Stufe verwirklichen die Strafgesetze hingegen die Aufgabe, die durch die Straftat verletzte Rechtsgüterschutzfunktion des Strafrechts wiederherzustellen, indem sie den Delinquenten eine Sanktion für den begangenen Gesetzesverstoß aufbürden. Dabei hat die tatsächliche Sanktionsverhängung neben der Funktion der General- und Spezialprävention auch die zusätzliche Funktion, das Vertrauen der Bürger in einen effektiven, staatlichen Schutz ihrer

---

Ich danke meinem Freund, Herrn Dr. *Jörg Brammsen* in Bayreuth, herzlich für die Unterstützung bei der Herstellung der deutschen Endfassung.

<sup>1</sup> Das bedeutet Straftatvorbeugung durch Verhaltensnormierung. In erster Linie ist diese Prävention dadurch verwirklicht, dass der Bürger verpflichtet wird, spontan oder aus utilitaristischen Erwägungen heraus ein rechtskonformes Vorgehen einzuhalten bzw. vorzulegen.

Rechtsgüter zu bestärken. Zugleich steigert die Androhung der Sanktion das Bewusstsein und die Bereitschaft der Bürger zur Normeinhaltung bzw. Normbefolgung<sup>2</sup>. Insoweit hat die Strafnorm durch die tatsächliche Durchsetzung der Sanktion auch eine nachträgliche Präventionsfunktion.

Die verkündeten Straftatkatologe verlangen, dass die Bürger ihre Verhaltensweisen selbst auf eventuelle Rechtmäßigkeit und Schadlosigkeit kontrollieren. Sie sollen die Kausalverläufe ihrer Verhaltensweisen selbst auf eine mögliche Eignung zu Rechtsgüterverletzungen kontrollieren, um eine als gefährlich eingestufte Handlung als solche zu erkennen und diese dann gegebenenfalls zu unterlassen. In diesem Kontext ist die „Risikoprognose“ mithin unentbehrliche Voraussetzung für die Motivsetzung der Bürger, ein zur Rechtsgüterverletzung Dritter führendes gefährliches aktives oder passives Vorgehen zu vermeiden. Es ist die Ankündigungsfunktion des Gesetzlichkeitsprinzips, die den Bürger mit der Pflicht zur „Risikoprognose“ hinsichtlich seines eigenen zukünftigen Verhaltens dem Gebot effektiver Gefahrkontrolle unterwirft.

Daneben erfüllt die „Risikoprognose“ jedoch noch eine andere Funktion, nämlich die nachträgliche Überprüfbarkeit der Verantwortung für das Handeln derjenigen Täter, die sich strafnormwidrig verhalten haben. Zur oben beschriebenen Wiederherstellung des Vertrauens in die Geltung der Normen, die vom Täter verletzt oder beeinträchtigt wurden, bedarf es für die anstehende Sanktionsverhängung eines durchaus problematischen Bestimmens bzw. Herausfindens, wie und mit welcher Intensität welche Norm verletzt ist. Die Grenzziehung ist von zwei Seiten vorzunehmen: Ist das Täterverhalten für die Rechtsgüter erstens objektiv in keiner Weise gefährlich, dann ist es nicht notwendig, auf diese Tat mit Sanktionen zu reagieren. Hat der Täter zudem zweitens subjektiv keine Gefährlichkeit seines Verhaltens für die Rechtsgüter prognostiziert, darf die Rechtsordnung ihn nicht in die Verantwortung nehmen. Die Risikoprognose spielt somit auch bei der Bestimmung der Voraussetzungen einer Sanktionierung eine gewichtige Rolle.

In meinem Referat möchte ich die Bedeutung und Funktion der Begriffe „Risiko“ und „Prognose“ in den verschiedenen Kategorien des Straftaufbaus erörtern<sup>3</sup>. Für die Rechtsordnungen ist es in der modernen Risikogesellschaft immer wichtiger und schwerer geworden, die Balance zwischen der garantierten Handlungsfreiheit der Bürger einerseits und dem gleichfalls verfassungsrechtlich gebotenen Rechtsgüterschutz andererseits zu wahren. Die Lehre von den Straftaten ist unter Berücksichtigung der gesamten präventiven und repressiven Funktionen des Strafrechts zu konzipieren.

---

<sup>2</sup> Das bedeutet negative Generalprävention und positive Generalprävention.

<sup>3</sup> Allgemeine Gedanken zur Strafrechtsdogmatik in *Yamanaka, Keiho Soron* 1, 2 (Strafrecht AT, Bd. 1, 2) (1999) auf Japanisch.



## 2. Die Risikoprognose in der Normentheorie

### 1) Der Sinn des Risikos und der Prognose

Beide Begriffe beziehen sich auf noch nicht geschehene, zukünftige Tatsachen all jener Gegebenheiten, die Strafbegründungstatbestände und Strafausschließungsgründe betreffen bzw. konstituieren. Zunächst auf die Strafbegründungstatbestände bezogen, gehören Risiko und Erfolg zu den Tatbestandsmerkmalen, wobei das Tatbestandsmerkmal des „Risikos“ bei den Erfolgsdelikten meistens ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal darstellt. Alle tatbestandsmäßigen Handlungen setzen nämlich zwangsläufig jeweils „risikoerhöhende Tathandlungen“ voraus, soweit es sich um Erfolgs- oder Gefährdungsdelikte handelt.

In der Strafrechtswissenschaft wird dem Begriff des „Risikos“ fast dieselbe Bedeutung beigemessen wie den Begriffen Gefahr oder Gefährdung. Dabei ist schon fraglich, wie das Risiko dabei zu bestimmen ist. Grob gesagt gibt es zwei Theorien: Eine subjektive und eine objektive: Der Unterschied beider Theorien zeigt sich in Beurteilungsbasis und Beurteilungszeitpunkt des Risikos. Hier erweist sich die subjektive Theorie heute letztlich als überholt. Der rein individuelle psychologische Eindruck hat mit dem Risikobegriff nichts zu tun. Strittig ist deswegen nur das Beurteilungskriterium im Rahmen der objektiven Theorie.

Was den ersten Punkt, d.h. das Beurteilungskriterium betrifft, stehen einander die psychologische Risiko-Besorgnis eines Durchschnittsmenschen und eine objektive Wahrscheinlichkeitsprognose gegenüber. Was den zweiten Punkt, d.h. den Beurteilungszeitpunkt betrifft, stehen der Zeitpunkt der Handlung einerseits und der Zeitpunkt des Eintritts in einen Bereich mit konkreter Einwirkungsmöglichkeit auf das geschützte Rechtsgut alternativ gegenüber. Ich bezeichne vorläufig die Gefahr des letzteren Zeitpunkts als „Gefährdungszustand“<sup>4</sup>. Dieser Gefährdungszustand erfasst das Stadium zwischen der „Gefährlichkeit der Handlung“ und dem tatsächlichen „Erfolgseintritt“. Die Beurteilung des Gefährdungszustands und der Risiko-Verwirklichung ist für den Zeitpunkt unmittelbar nach der Täterhandlung zu treffen.

Der Begriff des „Risikos“ bezeichnet nach meiner Auffassung in der Strafrechtsdogmatik keine psychologische Besorgnis, sondern ist als „objektive Prognose“ zu verstehen. Diese stimmt demnach mit der objektiven Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts überein. Sie lässt sich in Bezug auf das zukünftige Geschehen nach der Prognose vom vorherigen Zeitpunkt aus (ex ante), also spätestens zum Zeitpunkt der Handlung, und derjenigen des nachträglichen Zeitpunkts (ex post), also des Zeitpunkts des Gefahren- bzw. des Erfolgseintritts vornehmen. In den letzten beiden Zeitpunkten wird sie auch die „objektiv-nachträgliche Prognose“ benannt<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Zu meiner Theorie vom „Beginn der Tatausführung“ vgl. *Yamanaka*, Zum Beginn der Tatausführung im japanischen Strafrecht, in: Hirsch/ Weigend (Hrsg.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, S.101 ff., S. 112.

<sup>5</sup> *Franz v. Liszt*, Strafrecht 6. Aufl., 1894, § 47 II Z.2; *Rümelin*, Der Zufall im Recht, 1896, S. 46; *ders.*, Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht, AcP 90 (1900),

Beide Prognosestandpunkte von ex ante und ex post sind, wie später noch beispielhaft zu zeigen sein wird, in den verschiedenen Straftatmerkmalen miteinander oder separat zu verwenden<sup>6</sup>.

Für die strafrechtliche Zurechnung ist es unerlässlich zu berücksichtigen, wie das betreffende Risiko vom Täter erkannt oder vorhergesehen wurde. In diesem Sinne ist die „subjektive Prognose“ des Risikos und des Erfolgseintritts, also Vorsatz und Fahrlässigkeit, Voraussetzung für die Zurechnung des tatbestandlichen Erfolges und damit Voraussetzung für die spätere Sanktionsverhängung.

## 2) Diskussion über den Normgegenstand

In der gegenwärtigen strafrechtlichen Dogmatik ist umstritten, wie die Merkmale des gesamten Tatbestandes in die Merkmale der Verhaltensnorm einerseits und diejenigen der Sanktionsnorm andererseits im Straftatsaufbau eingeteilt sind.

Die erste Auffassung beschränkt den Gegenstand der Verhaltensnorm nur bis zur Täterhandlung, weil die Funktion der Verhaltensnorm allein in der Regulierung der Handlung besteht. Die Verhaltensnorm dient der Vorbeugung der tatbestandlich beschriebenen gefährlichen Handlung, die zum Erfolg, d.h. zur Rechtsgüterverletzung führen kann. Der „Erfolg“ spielt nach dieser Ansicht bei der Verhaltensnorm keine Rolle, weil der Erfolgseintritt – er soll vielmehr zu den Voraussetzungen der Sanktionsnorm gehören<sup>7</sup> – lediglich ein Zufallsmoment ist. Nach dieser Ansicht gehört das tatbestandsmäßige Verhalten und der Erfolg mithin zu je einer anderen Norm, das erste zur Verhaltens- und der letzte zur Sanktionsnorm. Wenn der Täter durch sein Verhalten eine „rechtlich missbilligte Risikoschaffung“ bewirkt, dann ist seine Tat tatbestandsmäßig, der Verstoß gegen die Verhaltensnorm damit in der Regel rechtswidrig. Demzufolge bedeutet das strafrechtliche Unrecht auch primär Handlungsunwert. Gegenstand der subjektiven Prognose soll nur das tatbestandsmäßige Verhalten und die Verhaltenssituation sein: D.h. Gegenstand des Vorsatzes ist die „Gefährlichkeit“ des Verhaltens, nicht aber der „Erfolg“.

Auffassung des zweiten Standpunktes ist, dass die Verhaltensnorm den Zweck hat, die Rechtsgüterverletzung zu vermeiden, indem sie die Rechtsgüterverletzungshandlung reguliert<sup>8</sup>. Dieser Ansicht nach ist der Erfolg das Tatbestandsmerkmal der Verhaltensnorm. Der Vorsatz soll bis zum Erfolg reichen. Daher basiert das strafbare Unrecht auf der

---

S. 19. Dazu vgl. *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl., 1999, S. 286.

<sup>6</sup> Wenn man nur die ex-ante-Betrachtung in der Strafrechtsdogmatik bevorzugt, tritt der Charakter des Präventionsstrafrechts zu stark hervor; vgl. *Santiago Mir Puig*, Die „ex ante“-Betrachtung im Strafrecht, Festschrift für Jescheck, Bd. 1, (1985), S. 345.

<sup>7</sup> Vgl. *Wolfgang Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1985, S. 55 ff.; *ders.*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Erfolgzurechnung des Erfolgs, 1988, S. 7 ff. u. passim; *Georg Freund*, Strafrecht AT, 1998, S. 31 ff., S. 404 f.

<sup>8</sup> Vgl. *Urs Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 95; *Joachim Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, S.49.

---

Verursachung des Erfolges durch den Täter. Dieser Ansicht ist meines Erachtens beizupflichten.

### 3) Verhaltensnormverstoß und Rechtswidrigkeit

Die Antwort auf die Frage nach dem Beginn des Verstoßes gegen die Verhaltensnorm<sup>9</sup>, d.h. dem Zeitpunkt, in dem die missbilligte Gefahr entstanden ist oder erst dem Zeitpunkt des Erfolgseintritts, fällt nach den oben benannten Auffassungen unterschiedlich aus. Wenn man einmal von diesem Unterschied absieht, gilt im Allgemeinen, daß der Normverstoß eine „Vereitelung“ des Normzwecks bedeutet, der die Entstehung der Gefahr oder des Erfolgs zum Gegenstand hat. Der Normverstoß bedeutet dann, daß die „Gefahr“ sich irgendwie aktualisiert hat und der „Erfolg“ eingetreten ist.

Noch verbleibende Frage ist, ob die Verhaltensnorm dann an ihrer Zweckverwirklichung „scheitert“, wenn der Täter seine Tat nicht durch eine auf Menschen einwirkende Handlungssteuerung begangen hat. Wenn es beim Normadressat an der Fähigkeit fehlt, den Inhalt der Norm zu verstehen, ihr zu folgen und seine Handlungen danach zu steuern, könnte man sagen, daß die Norm für ihn nicht gelten kann. Fraglich ist, ob gegen die Norm verstoßen worden ist oder nicht.

Hier handelt es sich um den Sinn des Normverstoßes, also den der Rechtswidrigkeit. Nach herrschender Meinung ist der Sinn der Verhaltensnorm nach den Normfunktionen ein doppelter: „Bestimmungsfunktion“ und „Bewertungsfunktion“. Betrachtet man den Normverstoß aus Sicht der Bewertungsfunktion, wird der Eintritt des Gefährdungszustands oder des vom Täter objektiv zurechenbar verursachten Erfolgseintritts als Normverstoß bewertet. Wenn man ihn dagegen aus der Sicht der Bestimmungsfunktion sieht, ist die zum Erfolgseintritt führende gefährliche Handlung bzw. der verursachte Erfolg nicht normwidrig, weil die Verhaltensnorm wegen des Unverständnisses, der Unvorhersehbarkeit der Gefahr bzw. des Erfolgs oder der fehlenden Steuerungsfähigkeit des Täters o.ä. ihre Regulierungswirkung verloren hat. Die Verhaltensnorm ist als Bewertungsnorm zu verstehen<sup>10</sup>.

### 4) Sanktionsnorm

Sanktionsnorm ist die Norm, die an den Rechtsstab adressiert ist und dem Täter, der gegen die Verhaltensnorm verstoßen hat, die angedrohte Sanktion zufügen soll<sup>11</sup>. Sie bezweckt, die Geltung der Norm, die vom Rechtsbrecher verletzt worden ist, mit der Zufügung der Sanktion zu erhalten bzw. zu stabilisieren. Der Sanktionstatbestand besteht daher aus dem Tatbestand und der Folge, die dem Grad der Sanktion entspricht. Folglich gehören z. B. Schuldfähigkeit, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Unrechtsbewusstsein und Zumutbarkeit zum Sanktionstatbestand.

---

<sup>9</sup> Vgl. *Yamanaka*, Verhaltensnorm und Sanktionsnorm in der Straftatslehre, Festschrift für Professor Shigetsugu Suzuki, Bd. 1, 2007, S. 39 f.

<sup>10</sup> Vgl. *Yamanaka*, Normstruktur des Straftatsaufbaus, Sandai Hogaku S. 394 ff.

<sup>11</sup> *Kindhäuser*, Strafrecht AT, 2005, S. 36 ff.

### 3. Kausalität und objektive Zurechnung

#### 1) Risikoverringerung als Kriterium der Kausalitätsbeurteilung

Der Risikobegriff ist als ein Begrenzungsinstrument des Kausalitätsbegriffs zu verwenden. Nach der konkreten Erfolgsbetrachtung bei der Bedingungstheorie wird der Kausalzusammenhang bejaht, selbst wenn die Änderung des Tatbestandserfolgs sehr gering ist. Beispielsweise wird der Bedingungszusammenhang zwischen einem Steinwurf und der Körperverletzung auch bejaht, wenn die Flugbahn des Steines vom Kopf zur Schulter abgeändert wird<sup>12</sup>. Das Risikoverringerungsprinzip ist ein Kriterium der Zurechnungsbegrenzung<sup>13</sup>. Das Risikoerhöhungsprinzip wird weiterhin bei der Problematik der Kausalität von Beihilfetaten verwendet<sup>14</sup>. Statt dem Kausalitätsbegriff lässt sich das Risikoerhöhungsprinzip auch bei den unechten Unterlassungsdelikten verwenden<sup>15</sup>.

#### 2) Risikoschaffung und -verwirklichung als Kriterien der Erfolgszurechnung

Der Risikobegriff spielt im Bereich der auf der Grundlage der Kausalität konzipierten Erfolgszurechnung eine wesentliche Rolle. Dabei entwickelte sich die Lehre von der objektiven Zurechnung<sup>16</sup> aus den Aspekten der „Gefährlichkeit der Handlung“ und der „Gefahrverwirklichung“ bei der Adäquanztheorie<sup>17</sup>. Demgemäß unterscheidet auch die moderne objektive Zurechnungslehre die beiden entsprechenden Risikobeurteilungen „Risikoschaffung“ und „Risikoverwirklichung“. Die Risikoschaffung beinhaltet die Risikobeurteilung ex ante nach der allgemeinen Möglichkeit des Erfolgseintritts. Dagegen beschränkt die Risikoverwirklichung die Beurteilung ex post darauf, ob das geschaffene Risiko auch tatsächlich im konkret geschehenen Erfolg verwirklicht worden ist. Die erste Beurteilung ist die objektive Prognose des künftigen Erfolgseintritts, die letzte Beurteilung

---

<sup>12</sup> Wenn man der konkreten Erfolgsanschauung zustimmt, kann man sagen, daß die Kausalität auch dann vorliegt, wenn es bloß eine winzige Änderung des Erfolgs gibt. Dieser konkreten Erfolgsanschauung ist aber nicht beizupflichten, weil der Kausalitätsbegriff ohne rechtliche Bewertung nicht bestimmt werden kann.

<sup>13</sup> *Roxin*, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, Festschrift für Richard Honig, 1970, S. 136; *ders.*, Strafrecht, AT, 1. Bd., 4. Aufl. 2005, S. 375 f.

<sup>14</sup> Vgl. vor allem *Schaffstein*, Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe, Festschrift für Honig, S. 169 ff.

<sup>15</sup> *Roxin*, Strafrecht, AT, 2. Bd., 2003, S. 642 ff.

<sup>16</sup> *Yamanaka*, Die Entwicklung und Tendenz der Lehre von der objektiven Zurechnung in der japanischen Strafrechtswissenschaft, in: W Kregu Teorii i Praktyki Prawa Karnego, Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Waseka, Lublin/Poland, 2005, SS. 396-410. Dieser Aufsatz wurde modifiziert und ergänzt in *Yamanaka*, 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, (Festschrift für Maiwald), 2006, S. 57 ff.

<sup>17</sup> Vgl. *Karl Engisch*, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 55, 61 ff.

dagegen die sog. objektiv-nachträgliche Prognose, die auf der Basis aller herausgefundenen Umstände den Geschehensablauf normativ bewertet<sup>18</sup>.

#### 4. Gefährdungsdelikte

##### 1) Die Begrenzungsversuche der abstrakten Gefährdungsdelikte

Diskutiert wird heute insbesondere die Problematik der Reichweite strafbarer abstrakter Gefährdungsdelikte<sup>19</sup>. Typische abstrakte Gefährdungsdelikte sind etwa die Inbrandsetzung von Menschen bewohnter Gebäude (§ 108 jStGB) und die Aussetzung (§§ 217, 218 jStGB). Im Gegensatz zu den konkreten Gefährdungsdelikten bedarf es bei den abstrakten Gefährdungsdelikten keines Nachweises eines konkreten Gefährdungstatbestandes seitens der Staatsanwaltschaft. Wenn der Täter die tatbestandsmäßige Handlung vollzieht, wird der Gefährdungseintritt als gegeben angesehen. Diese Fiktion ist fraglich: Ist ein Täter, der das einzige, allein in der Mitte eines Feldes stehende Haus nach sorgfältiger Untersuchung, ob sich jemand im Haus aufhält, in Brand setzt, trotzdem wegen Brandstiftung an dem oben genannten Gebäude zu bestrafen? Sind das Leben oder die körperlichen Integrität „unbestimmt vieler oder mehrerer Leute“ als bedroht anzusehen? Die fiktive Erweiterung der Gefährdung ist dogmatisch zu begrenzen, da sie das Prinzip des subsidiären Rechtsgüterschutzes verletzt.

In der japanischen Lehre von den Gefährdungsdelikten werden ähnliche Lösungsversuche wie in Deutschland vorgeschlagen: Eine gewichtige Lehre ist die sog. Theorie der „quasi-abstrakten Gefährdung“, nach der es auch bei den abstrakten Gefährdungsdelikten des Eintritts einer „gewissen konkreten Gefahr“ bedarf. Nach dieser Theorie gehört die Brandstiftung an Gebäuden, in denen sich unbestimmt viele oder mehrere Leute befinden, zu den „quasi-abstrakten“ Gefährdungsdelikten<sup>20</sup>. Mir erscheint die Anerkennung der Kategorie dieser quasi-abstrakten Gefährdungsdelikte allerdings problematisch, da sie den Eintritt „einer gewissen konkreten Gefährdung“ ohne gesetzlichen Grund voraussetzt, den das Gesetz nicht als Tatbestandsmerkmal klar beschreibt, wenn es vom Eintritt der „Gefährdung“ als erforderlich absieht.

##### 2) Die zwei Arten der abstrakten Gefährdungsdelikte

Man kann zwei Erscheinungsformen von abstrakten Gefährdungsdelikten identifizieren<sup>21</sup>: Einerseits gibt es abstrakte Gefährdungsdelikte, bei denen das „Risiko“-Moment der tatbestandlich benannten „Tathandlung“ innewohnt. Andererseits gibt es abstrakte Gefährdungsdelikte, in denen das

<sup>18</sup> Ausführlich zu den verschiedenen Risikobeurteilungen in der objektiven Zurechnungslehre *Yamanaka*, Die Lehre von der objektiven Zurechnung im Strafrecht (japanisch), 1997, S. 376 ff., 455 ff.

<sup>19</sup> Zu den dogmatischen Begründungsversuchen der deutschen Strafrechtswissenschaft *Frank Zieschang*, Die Gefährdungsdelikte, 1998.

<sup>20</sup> *Atsushi Yamaguchi*, Kikenhan no Kenkzu (Studium zu den Gefährdungsdelikten) 1982, S. 248.

<sup>21</sup> *Yamanaka*, Strafrecht AT, Bd. 1, S. 164.

Risiko zwar nicht der Tatbestandshandlung innewohnt, es jedoch hinsichtlich des Gefährdungserfolgs - bei der Brandstiftung also hinsichtlich „des Lebens oder der körperlichen Integrität unbestimmt vieler oder mehrerer Leute“ - aus der Umschreibung der Tatbestandshandlung typischerweise abgeleitet und individuell prognostiziert werden kann. Die Tatbestandshandlung soll in diesen Fällen aus einem bestimmten Risiko-Umstand heraus begangen werden.

Die Aussetzung gehört zur ersten Gruppe<sup>22</sup>: Begrifflich bedeutet die Tatbestandshandlung „Aussetzung“ die Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit. Um dabei als Strafbarkeitsgrenze zu wirken, ist der Risikobegriff hier nicht nur als Risiko ex ante, sondern auch Risiko ex post zu verstehen. Beispielsweise will eine Mutter in einer Sommernacht ihren Säugling auf einer Bank im Stadtgarten liegen lassen, die Großmutter, die das Vorhaben vage geahnt hat, folgt ihr jedoch und sichert anschließend das Baby. Das Wort „Aussetzung“ beinhaltet nicht nur eine „ex ante gefährliche Handlung“, sondern auch „ex post tatsächlich zu einem Gefährdungszustand führende Handlungen“, d. h. reale Risikoerhöhungen. Im obigen Beispielsfall entsteht ein solcher Gefährdungszustand aber nicht.

Zur zweiten Gruppe der abstrakten Gefährdungsdelikte gehört etwa die Brandstiftung (§108 jStGB)<sup>23</sup>. Der Begriff des Inbrandsetzens beinhaltet nicht den Eintritt einer „Gemeingefahr“<sup>24</sup>. Wenn die Brandstiftungshandlung zum „Anbrennen“<sup>25</sup> reicht, ist die Gemeingefahr fiktiv festgestellt. Der Brandstiftungstatbestand setzt aber normalerweise einen Zustand voraus, in dem das Anbrennen des Gebäudes zu einer Gemeingefahr führt. Wird dieser typische Zusammenhang nicht hergestellt, gilt die Fiktion nicht. Dies ist etwa dann der Fall, wenn das Inbrandsetzen schon zu Beginn der Tatausführung keine Gefahren für das Leben oder die körperlichen Integrität unbestimmt vieler oder mehrerer Leute herbeiführen kann. In diesem Sinne ist die objektive Prognose (ex ante und ex post) einer Gemeingefahr ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal.

---

<sup>22</sup> Yamanaka, Aussetzung und Risikobegriff, Hogaku Seminar Nr. 346 (1983), S. 52 ff.

<sup>23</sup> §108 jStGB regelt wie folgt: „Wer ein Gebäude, das als Wohnraum benutzt wird oder in dem sich zur Zeit der Tat Menschen befinden, eine Eisenbahn, einen elektrischen Wagen, ein (Kriegs)Schiff oder eine (Gold- bzw. Kohlen- usw.) Grube in Brand gesetzt und zum Anbrennen gebracht hat, wird zum Tode, mit unbefristeter Zuchthausstrafe oder Zuchthausstrafe mindestens 5 Jahren bestraft.“

<sup>24</sup> „Die Gemeingefahr“ wird in Japan als Gefahr für das Leben oder die körperlichen Integrität „unbestimmt vieler oder mehrerer Leute“ definiert. In der Rechtsprechung wird auch die Gefahr für das „Vermögen“ als ausreichend erachtet. Die Gemeingefahr bedeutet praktisch die „Feuerausbreitungsmöglichkeit“ auf andere Gebäude.

<sup>25</sup> Nach der herrschenden Meinung und Rechtsprechung wird das „Anbrennen“ weit ausgelegt. Wenn das Objekt den Zustand des „selbständigen Brandes“ erreicht, ist die Anforderung erfüllt. Nach der Rechtsprechung ist ein Gebäude angebrannt, wenn 50 cm<sup>2</sup> der Decke verbrannt sind.

## 5. Fahrlässigkeitsdelikte

### 1) Die Theorie der doppelten Fahrlässigkeit

Die klassische Fahrlässigkeitstheorie definiert den Fahrlässigkeitsbegriff als Verstoß gegen eine Sorgfaltspflicht. Derartige Sorgfaltspflichten, die aus einer Erfolgsvorhersehpflicht und einer Erfolgsvermeidspflicht bestehen, entstehen deshalb mit Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit eines Erfolges. Umstritten ist sowohl das Kriterium der Erfolgsvorhersehbarkeit als auch dasjenige der Erfolgsvermeidbarkeit. Nach der subjektiven Theorie ist das Vorliegen entsprechender Fähigkeiten anhand der individuellen Fähigkeiten des Täters zu bemessen, nach der objektiven Theorie dagegen nach den Fähigkeiten eines Durchschnittsmenschen.

Auch nach der modernen Fahrlässigkeitslehre ist das Wesen der Fahrlässigkeit in der Verletzung der „im Sozialleben erforderlichen Sorgfalt“ zu sehen. Die Feststellung der Sorgfaltspflichtwidrigkeit folgt den objektiven Verhaltensmustern in allen Phasen des Soziallebens. Dabei ist die objektive Fahrlässigkeit im Deliktsaufbau auf der Ebene der Rechtswidrigkeit angesiedelt, die subjektive Fahrlässigkeit dagegen der Schuldebene vorbehalten. Diese Theorie wird „doppelte Fahrlässigkeits-theorie“ benannt.

### 2) Objektive Fahrlässigkeit als Risikoschaffung

Nun ist nach dem Sinn der objektiven Fahrlässigkeit zu fragen. Wenn man den Sinn der von der Erfolgszurechnung her bekannten „Schaffung eines unerlaubten Risikos“ bei den Fahrlässigkeitsdelikten genauer in Betracht zieht, ist sie mit der objektiven Fahrlässigkeit inhaltlich identisch<sup>26</sup>. Die Erfolgsvoraussicht bedeutet die „objektive Prognose vom Standpunkt ex ante“ bezüglich des Erfolgseintritts, also einer Risikoschaffung. Folglich ist die objektive Fahrlässigkeit kein Sondererfordernis der Fahrlässigkeitsdelikte, sondern ein Kriterium der objektiven Zurechnung. Weiteres Kriterium der Erfolgszurechnung ist die Risikoverwirklichung, die in Gestalt einer objektiv-nachträglichen Prognose vorzunehmen ist.

Die Problematik des „rechtmäßigen Alternativverhaltens“ ist allein bei der Risikoverwirklichung zu lösen. Das Urteil darüber, ob derselbe Erfolg auch eingetreten wäre, wenn der Täter ohne eine Pflichtverletzung gehandelt hätte, bedeutet, daß die Pflichtwidrigkeit ex ante gesehen zwar ein unerlaubtes Risiko geschaffen, nach der ex post Betrachtung die pflichtwidrige Handlung allerdings nicht die Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts erhöht hat. Es fehlt demnach an einer Risikosteigerung<sup>27</sup>. Eine Risikoerhöhung gehört aber zu dem Beurteilungskriterium der Risikoverwirklichung.

---

<sup>26</sup> *Yamanaka*, Die Entwicklung der japanischen Fahrlässigkeitsdogmatik im Lichte des sozialen Wandels, ZStW 102 (1990), S. 944; *Roxin*, Strafrecht AT, Bd. 1, 4. Aufl., S. 1605.

<sup>27</sup> *Roxin*, ZStW 74, S. 430 ff.; *ders.*, Strafrecht AT, 1.Bd., S. 386 ff.; *Yamanaka*, Keiho niokeru Ingakankei to Kizoku (Kausalität und Zurechnung im Strafrecht) (1984), S. 53 ff.; Vgl auch *Yamanaka*, aaO., ZStW 102 (1990), S. 942 f.; *ders.*, Die Entwicklung und Tendenz der Lehre von der objektiven Zurechnung (oben Fn. 16), S. 409 f.

Daher handelt es sich bei den Fahrlässigkeitsdelikten um eine dualistische Risikoprognose.

## 6. Versuch

### 1) Der Anfang der Tatausführung

Die dualistische Risikoprognose spielt auch beim „Versuch“ eine wichtige Rolle. In Japan ist die objektive Versuchstheorie die herrschende Meinung beim Strafgrund des Versuchs, hinsichtlich des Versuchsbeginns dagegen die materielle Gefahrtheorie. Darüber hinaus stehen sich die „aktuelle Gefahrtheorie“ und die „konkrete Gefahrtheorie“ gegenüber<sup>28</sup>. Nach der aktuellen Gefahrtheorie beginnt die Tatausführung mit dem Zeitpunkt, in dem der Täter das notwendige Risiko für den Erfolgseintritt in Gang setzt. Nach der konkreten Gefahrtheorie ist ein Versuchsbeginn nicht vorhanden, wenn das Tatmittel nicht den Wirkungsbereich des Verletzten erreicht. Der praktische Unterschied beider Theorien tritt offen bei den Distanzdelikten und der mittelbaren Täterschaft zu Tage, wo sich die Abschiekungstheorie und Erreichungstheorie gegenüberstehen. Dieser Streit verläuft parallel zu der Letztakttheorie und der Theorie des Eintretens des Verletzten in den Wirkungsbereich der Tathandlung<sup>29</sup>.

### 2) Der Beginn der Tatausführung als nachträgliche Regressbewertung

Meines Erachtens bestimmt sich der Zeitpunkt des Versuchsbeginns nach dem Konzept der dualistischen Risikoprognose: Der „Anfang der Tatausführung“, der in § 43 jStGB geregelt ist, bedeutet „Beginn“ der Tatausführung. Er darf folglich keinesfalls erst nach Beendigung der Tatausführung einsetzen. Deswegen widerspricht sich die konkrete Gefahrtheorie bei den Distanzdelikten. Dieser Widerspruch ist wie folgt zu lösen: Der Zeitpunkt des Versuchsbeginns muss nach der dualistischen Sicht der Risikoprognosen bestimmt werden. Die Täterhandlung muss erstens eine Risikoschaffungshandlung sein, was aus Sicht ex ante beurteilt werden muss. Diese Risikoschaffungshandlung muss zweitens einen Gefährdungszustand erreichen, um zur Strafbarkeit des Versuchs zu kommen. „Tatausführung“ bedeutet eine nachträgliche „Regressbewertung“ der Täterhandlung, die das unerlaubte Risiko geschaffen hat.

Dieser Gedanke bedarf näherer Erklärung: Die Tatausführung ist die Handlung, die eine direkte und aktuelle Gefahr für den Eintritt des Erfolgs bzw. Gefährdungserfolgs auslöst. Sie muss eine direkte Risikoschaffungshandlung sein, die nach der Tätervorstellung keine zweite Alltagshandlung, die eine normative Störung für den Erfolgseintritt bedeutet, dazwischen treten lässt.<sup>30</sup> Wenn der Täter z.B. an das Opfer per Post einen vergifteten

---

<sup>28</sup> Vgl. *Yamanaka*, Zum Beginn der Tatausführung im japanischen Strafrecht (oben Fn. 4), S.101 ff.

<sup>29</sup> Dazu vgl. *Roxin*, Strafrecht AT, Bd. 2, S. 374 ff., 395 ff.

<sup>30</sup> *Yamanaka*, Sog. verfrühte Tatbestandsverwirklichung und Erfolgzurechnung, *Gendaishakaigata Hanzai no Shomondai* (Festschrift für Itakura, 2004), S. 98 ff.; ders.,



Whisky schickt, um es zu töten, liegt die Gefahrschaffungshandlung mit der Abgabe des Whiskys am Schalter des Postamtes vor. Ein Gefährdungszustand tritt aber erst im Zeitpunkt der Zustellung im Hause des Verletzten ein, erst dann wird der Mordversuch strafbar. Ab diesem Zeitpunkt wird die Risikoschaffungshandlung regressiv als Tatausführung bewertet. Ich nenne diese Gedanken „nachträgliche Regressbewertungstheorie“<sup>31</sup>. Sie ist das Resultat einer dualistischen Risikoprognose.

Dasselbe gilt auch für den untauglichen Versuch. Die herrschende konkrete Gefahrtheorie passt nicht recht, weil sie auf einer monistischen Risikoprognose basiert. Es ist aber auch die objektiv-nachträgliche Prognose zu verwenden<sup>32</sup>.

## 7. Unechte Unterlassungsdelikte

### 1) Die Erfolgsvermeidbarkeit als Voraussetzung der Unterlassungsstrafbarkeit?

Die japanische Unterlassungsdogmatik enthält mit der Verwechslung von Tatausführung und Erfolgszurechnung ein Phänomen: Die vorherrschende Lehrmeinung vertritt die Auffassung, daß kein strafbarer Versuch gegeben ist, wenn es an der Kausalität zwischen Unterlassung und Erfolg mangelt<sup>33</sup>.

Nach dieser Lehre sind die unechten Unterlassungsdelikte überhaupt nicht strafbar, wenn keine Erfolgsvermeidbarkeit existiert. Wenn man mit einem bekannten japanischen Praxisfall<sup>34</sup> beispielhaft erklärt, ist der Totschlag durch Unterlassen selbst dann strafbar, wenn das Leben des Opfers nur mit der Wahrscheinlichkeit von 80 bis 90 Prozent (wörtlich: in 8 bis 9 von 10 Fällen) hätte gerettet werden können, falls der Täter seine Handlungspflicht erfüllt hätte. Die oben genannte Lehre vertritt nun die Auffassung, daß bei einer fehlenden Erfolgsvermeidbarkeit keine Handlungspflicht begründet werden kann<sup>35</sup>. Meines Erachtens verwechselt sie damit die Anforderungen von Versuch und Vollendung bei den Unterlassungsdelikten, da nicht genügend zwischen Tatausführung und Erfolgszurechnung differenziert wird. Es ist aber zweifelhaft, auch die

---

Der vorzeitige Erfolgseintritt in der japanischen Judikatur und Wissenschaft, Festschrift für Harro Otto, 2007, S. 489 ff.

<sup>31</sup> Vgl. *Yamanaka*, Keiho Soron 2 (Strafrecht AT 2. Bd.) 1999, S. 681 f.

<sup>32</sup> Dazu ausführlich *Yamanaka*, Die theoretische Struktur der Gefahrbeurteilung beim untauglichen Versuch - Die Verfechtung der Theorie von der dualistischen Risikoprognose, Gendai Keijihō Nr. 17, S. 57 ff.

<sup>33</sup> Vgl. *Yamanaka*, Entwicklung und Ausblick der Unterlassungsdogmatik in der japanischen Strafrechtswissenschaft, Das erste deutsch-japanisch-polnische Strafrechtsskolloquium der Stipendiaten der Alexander von Humboldt-Stiftung, (Hrsg. v. Szwarc/Wasek), 1998, S. 109 ff., insbes. S. 128 ff..

<sup>34</sup> Urteil des OGH vom 15. 12. 1989, Keishu 43, 13, 879; vgl. *Yamanaka* (Fn. 32), S. 132.

<sup>35</sup> Vgl. *Noriyuki Nishida*, Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Keiho Riron no Gendaiteki Tenkai, Bd. 1, S. 67 ff., S. 74; *Yamaguchi*, Mondai Tankyū Keiho Soron 1998, S. 44; *Masahide Maeda*, Keiho Soron Kōgi, 3. Aufl., 1998, S. 133.

Versuchshaftung zu verneinen, nur weil die Erfolgsvermeidbarkeit nicht ex post gegeben ist.

## 2) Erfolgsvermeidbarkeit und Risikovermeidbarkeit

Bei den Unterlassungsdelikten ist die Handlungspflicht zu bejahen, wenn eine faktische Rettungsmöglichkeit bzw. Erfolgsvermeidbarkeit vorliegt. Allerdings gibt es verschiedene Fälle, in den von einer „Handlungsmöglichkeit“ geredet wird: Erstens wird die Existenz einer Handlungspflicht bei fehlender individueller Handlungsfähigkeit verneint: Wenn etwa der Vater seinen Sohn, den die Strömung fortschwemmt, sehenden Auges nicht rettet, wird er nicht wegen eines Tötungsdelikts bestraft, wenn er ihn auf Grund mangelnden eigenen Schwimmvermögens nicht retten konnte. Er wird aber zweitens auch dann nicht bestraft, wenn er seinen Sohn wegen einer auf die vorhandene hohe Strömungsgeschwindigkeit zurückgehenden faktischen Handlungsunmöglichkeit nicht retten konnte. Drittens wird nach der oben benannten Theorie mangels Erfolgsvermeidbarkeit nicht bestraft. Im dritten Fall kann er aber nur nicht wegen Vollendung bestraft werden. Dies wird theoretisch damit erklärt, daß die Begründung der Handlungspflicht von der Erfolgzurechnung zu trennen ist. Hingegen ist im zweiten Fall kein Risiko entstanden, welches den Versuch begründet, weil schon beim Anfang der Tatausführung keine Risikovermeidbarkeit vorliegt. Bei der mangelnden Erfolgsvermeidbarkeit ist in der Tat die Risikovermeidbarkeit aus Sicht ex ante vorhanden, es gibt nur im Zeitpunkt nach der Tat keine Erfolgsvermeidbarkeit mehr. Ein Beispiel: Der Vater will absichtlich seinen im See ertrinkenden Sohn nicht retten, obwohl er, wenn er wollte, ihn retten könnte. Der Sohn ist jedoch von einem Taucher unter Wasser mit einer Harpune getötet worden, bevor er ertrunken ist. Faktisch war eine Risikovermeidbarkeit vorhanden, als der Vater sich entschloss, seinen Sohn nicht zu retten – Resultat der ex ante Betrachtung. Im Zeitpunkt der Unterlassung liegt aber bei ex post Betrachtung keine Erfolgsvermeidbarkeit mehr vor, weil der Sohn bereits vom Taucher getötet wurde. Das bedeutet, dass die Handlungspflicht in diesem Fall begründet wird, weil die Risikovermeidbarkeit gegeben ist. Die Erfolgzurechnung wird dagegen verneint. Der Täter wird wegen des Tötungsversuchs bestraft.

## 3) Risikobeurteilungen bei den Unterlassungsdelikten

Auch bei den Unterlassungsdelikten ist zwischen folgenden drei Risikobeurteilungen zu differenzieren: Erstens hinsichtlich der Gefährlichkeit der Unterlassung als Täterverhalten, welches das Risiko zum Erfolg gesteigert hat. Zweitens bezüglich des Eintritts jenes konkreten Gefahrenzustandes, welcher die Versuchsstrafbarkeit begründet. Und drittens hinsichtlich der Erfolgzurechnung, die hauptsächlich nachträglich regressiv beurteilt werden muss. Die erste Beurteilung ist vom Zeitpunkt der ex ante aus zu treffen. In den anderen beiden Fällen dagegen bestehen die Beurteilungen in nachträglichen Prognosen<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> Im zweiten Fall lassen sich jedoch die beide Prognosen nicht klar unterscheiden, weil der Beginn der Tatausführung bei den Unterlassungsdelikten im Täterverhalten im Zeitpunkt des Entstehens des Gefährdungszustandes vorliegt.

## 8. Fazit

Wie die oben entwickelten Ansätze gezeigt haben, sind im gesamten Straftataufbau Analysen und Ausdifferenzierungen zur „Risikoprognose“ notwendig. Mit ihrer Hilfe ist in den modernen Risiko- und Präventionsgesellschaften für eine hinreichende Ausbalancierung und Harmonisierung den „Tendenzen einer verfrühten Bestrafung“ und dem „Prinzip des subsidiären strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes“ zu sorgen. Die japanische Strafrechtsdogmatik hat, grob gesagt, eine Neigung zum Objektivismus, während die deutsche Strafrechtsdogmatik mehr einen Subjektivismus präferiert. Neuerdings finden sich aber auch dort in der Versuchslehre Objektivierungstendenzen<sup>37</sup>. Die Analyse der Bedeutung des Risikobegriffs für die Entwicklung der Versuchstheorie wird daher immer wichtiger.

In meinem Referat habe ich mich bemüht, die dualistischen Verwendungen der Risikoprognose auf der Grundlage der zweistufigen Normfunktion zu begründen und ihre Nützlichkeit anhand verschiedener dogmatischer Fragen darzustellen.

### Kontaktadresse:

Prof. Dr. Keiichi Yamanaka  
School of Law, Kansai University  
Yamatecho 3-3-35, Suita-shi,  
Japan 564-8680 Osaka  
eMail: [yamanaka@kansai-u.ac.jp](mailto:yamanaka@kansai-u.ac.jp)

---

<sup>37</sup> Vgl. u.a. *Thomas Maier*, Die Objektivierung des Versuchsunrechts, 2005; s. auch *Thomas Weigend*, Die Entwicklung der deutschen Versuchslehre, in: Hirsch/Weigend (Hrsg.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, 1989, S. 113 ff.



# Zur Veränderung der Verantwortungsstrukturen in der modernen Risikogesellschaft

Prof. Dr. Young-Whan Kim, Seoul

Zurzeit weiß jedermann um das Zerstörungspotential sowie um die tödliche Bedrohung alles höheren Lebens auf dieser Erde, zu der der wissenschaftlich-technische Fortschritt im 20. und an der Schwelle zum 21. Jahrhundert geführt hat: mit der unaufhaltsam zunehmenden Risikodichte, mit der globalen Gefährdung des Ökosystems der Erde, und nicht zuletzt mit der wachsenden Komplexität der sozialen Systeme. Sollten all diese Erscheinungen zu einer tiefen Krise der modernen Gesellschaft geführt haben, verwundert es nicht, daß die Wissenschaft vor die Frage gestellt wird, ob und auf welchem Wege sie etwa zum Fortbestand sinnvollen Lebens auf dieser Erde in der Zukunft beitragen könnte. Angesichts dieser Lage läßt sich aber die Lösungsperspektive, die sie aufzeigen kann, nicht anderswo finden als im Verantwortungsbegriff selbst, von dem im Folgenden die Rede sein wird.

Bekanntlich ist Verantwortung kein spezifisches Phänomen moderner Gesellschaften. Denn jede Gesellschaft ist, durch alle Regionen und Epochen hindurch, von Verantwortungsstrukturen durchzogen. Bereits mit den elementarsten Formen gesellschaftlicher Arbeitsteilung ist die Übernahme sozialer Rollen und damit von Verantwortungsbereichen verbunden. Verantwortung ist also kein spezifisches Phänomen, sie ist aber ein spezifisches Thema moderner Gesellschaften. Dies vor allem deshalb, weil der Versuch, mit dem traditionellen Denkmuster der Verantwortung die gegenwärtigen Probleme des Risikos beizulegen, aus den folgenden drei Gründen zu kurz kommen muß: bezüglich seiner Zielrichtung, des Gegenstandes der Zurechnung, und ihres Subjektes.<sup>1</sup>

Zum ersten bezieht sich das überholte Recht allein auf soziale Konflikte zwischen Beteiligten, die einander wirklich gegenüberstanden haben oder noch gegenüberstehen. Es schützt also die Interessen der heute lebenden Menschen. Das Thema einer zwischen den Generationen zu übenden Gerechtigkeit ist ihm unbekannt. Rücksichtnahme auf Menschen, die zu einer anderen Zeit geboren werden, deren Bedürfnisse und deren nähere Lebensumstände wir nicht kennen, ist ihm unbekannt. Worum es aktuell geht, ist stattdessen die Zukunft als solche. Aus dieser ersten grundlegenden Schwierigkeit folgt eine zweite, nämlich die, daß sich auch die Struktur des Unrechts, das im jeweiligen Rechtsgebiet verschieden erfasst wird, von den vertrauten Denkmustern radikal unterscheidet. Zum

---

<sup>1</sup>) G. Stratenwerth, ZStW, 1993, S. 680ff.

Beispiel sind die Taten des Unrechts zumindest in jenen Standardfällen, an denen wir uns immer noch orientieren, sozusagen handfeste, der sinnlichen Wahrnehmung unmittelbar zugängliche Eingriffe in rechtlich geschützte Interessen und die Handlungen, durch die sie geschehen, fallen zumindest in der Regel entsprechend deutlich aus dem normalen Sozialgeschehen heraus. Bei den die Zukunft bedrohenden Großrisiken geht es dagegen vor allem um Gefahren, die sinnlich gerade nicht mehr wahrnehmbar sind, sondern eher zur alltäglichen Lebensführung gehören, deren Gefährdungspotential sich erst aus der Einsicht in komplexe ökologischen Zusammenhänge erschließt. Damit hängt dann schließlich auch die dritte Schwierigkeit sehr eng zusammen. Was dem Recht, dessen Aufgabe gerade in der Zukunftssicherung liegt, abhanden zu kommen droht, ist nicht nur das eindeutige Unrecht, sondern auch das scharfumrissene Subjekt, dem zugerechnet werden soll. Während es nach dem überlieferten Denkschema ein Individuum darstellt, nimmt es nun eine gesellschaftliche Dimension an, so daß es sich mit Systemen von Individuen selbst - Kollektiven, Institutionen, Organisation - identifizieren lässt. Um das am Beispiel des Strafrechts zu illustrieren: Das kriminelle Subjekt besteht nicht primär aus den spektakulären Untaten einzelner Schurken, die die Menschheit bedrohen, sondern aus den Mechanismen eines sich fortentwickelnden ökonomischen Systems, zu dessen zerstörerischen Auswirkungen jeder beiträgt.

Im Hinblick auf diese Besonderheiten der modernen Probleme in der sog. Risikogesellschaft<sup>2</sup> ist aber die Frage unumgänglich, ob und inwiefern die überlieferte Regel der Zurechnung, die im Mittelpunkt der Verantwortung liegt, noch sinnvoll ist, oder ob es vielmehr notwendig sein soll, sie zu ergänzen bzw. der neuartigen Problemlage angepasst zu verändern. Im Folgenden soll keine Lösung beabsichtigt werden, was auch nicht möglich ist. Stattdessen wird hier versucht, das Problem selbst deutlich zu machen. Zunächst wird der Begriff der Verantwortung samt seiner sprachlichen Entstehung sowie seiner geschichtlichen Entwicklung analysiert (Teil II). Im Anschluß daran geht es darum, die Eigenschaften des klassischen Modells der Verantwortung<sup>3</sup> zu erklären (Teil III). Aufgrund dessen wird auch das Charakteristikum des modernen Verantwortungsmodells dargestellt (Teil IV). Abschließend werden Aspekte dieses Modells kritisch hinterfragt (Teil V).

## II.

Angesicht des Stellenwertes, den der Verantwortungsbegriff in der gegenwärtigen Moralphilosophie einnimmt, muß die Beobachtung überraschen, daß er seine steile Karriere erst vor wenig mehr als einem Jahrhundert antrat. Tatsächlich läßt sich in der klassischen Ethik von Aristoteles bis Kant der Begriff „Verantwortung“ schwer verfolgen. Erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhundert findet der Begriff größere

---

<sup>2</sup>) Zum Begriff der Risikogesellschaft, U. Beck, Risikogesellschaft, 1986, S. 35f. Und zur strafrechtlichen Rezeption dieses Begriffs, C. Prittwitz, Strafrecht und Risiko, Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, 1991.

<sup>3</sup>) Näher dazu unten III.

Verbreitung, um im 20. Jahrhundert in den Rang einer ethischen Schlüsselkategorie aufzusteigen.<sup>4</sup> Abgesehen von dieser begrifflichen Geschichte hat Kurt Bayertz drei wichtige Etappen in der Entwicklung der Verantwortungs-idee unterschieden.<sup>5</sup> Zunächst ist die Vorgeschichte zu skizzieren, in deren Verlauf sich das sog. klassische Modell der Verantwortung herausgebildet hat, ohne daß der Begriff bereits allgemein akzeptiert war. In einem zweiten Schritt ist dann die Durchsetzung eben dieses Begriffs im Kontext von tiefgreifenden Veränderungen in der Struktur des menschlichen Handelns nachzuzeichnen. Dabei zeigt sich, daß der Begriff damit zugleich eine nachhaltige Bedeutungsveränderung erfahren hat. Schließlich erweitert sich die Verantwortung auf die Natur und die Fortexistenz der Menschheit, wodurch sie die Form der Globalisierung in sich aufnimmt. Da aber ein deutlicher Unterschied im Bezug auf das Deutungsmuster der Verantwortung zwischen der ersten und der dritten Periode besteht und es uns daneben im Grund genommen um die Gegenwart geht, seien im Folgenden nur zwei Zurechnungsmodelle, nämlich das klassische und das diesem nachfolgende herausgegriffen, in dem die dritte Entwicklungsphase wesentlich im Vordergrund steht.

Abgesehen von der geschichtlichen Entwicklung des Begriffs sowie seiner Idee soll seine Herkunft wie folgt aussehen<sup>6</sup>: Das deutsche Wort leitet sich aus dem „Antwort geben“ her, seine französische und englische Entsprechung aus dem lateinischen verbum „respondere“, was „antworten“ bedeutet. Die Vergegenwärtigung dieser sprachgeschichtlichen Wurzel gibt einen Hinweis auf zwei wichtige Bedeutungselemente des Begriffs. Erstens: Antwort geben kann man nur auf eine Frage; es ist ein reaktives Verhalten, das immer auf die Initiative eines anderen zurückgeht. Hier ist aber Vorsicht geboten, wenn davon gesprochen wird, daß jemand verantwortlich *sei*, wenn dabei nicht an die natürlichen Voraussetzungen dieses „seins“ gedacht wird. Das heißt: Verantwortlich kann man nicht *sein*, sondern man wird von anderen verantwortlich *gemacht*. Dies geschieht dadurch, daß man zur Antwort aufgefordert wird. Damit kommt dann das zweite Element ins Spiel: Die Dimension des Dialogs, der Rede und Gegenrede, der Beschuldigung und Verteidigung. Dadurch erweist sich „Verantwortung“ als eine kommunikative Auseinandersetzung zwischen zwei oder mehreren Parteien, in der einer für sein Handeln zur Rede gestellt wird, und dann Gelegenheit erhält, sich zu rechtfertigen.

Wie bereits angedeutet, entsteht die Idee der Verantwortung aus dem Versuch, ein bestimmtes Problem dadurch zu lösen, daß eine Vielzahl von moralischen Urteilen eine Beziehung zwischen einem Subjekt des Handelns und einem Objekt der Bewertung herstellt: Dadurch beinhaltet der Prototypus der Verantwortung nichts anderes, als daß jemand

---

<sup>4</sup>) Geschichtlich gesehen, ist das Wort „Verantwortung“ wesentlich älter. Dem Grimmschen Wörterbuch zufolge soll es bis in die zweite Hälfte des 15. Jahrhundert zurückzuverfolgen sein. Jedoch würde nicht das jeweilige Substantiv, sondern zumeist die Adjektive „ responsible“ , „ verantwortlich“ verwendet. Vgl dazu, K. Bayerz, Eine kurze Geschichte der Herkunft der Verantwortung, in: ders.(Hrsg.), Verantwortung-Prinzip oder Problem, 1995, S. 3.

<sup>5</sup>) Ausführlich dazu, K. Bayerz, aaO(Fn. 4), S. 4 ff.

<sup>6</sup>) K. Bayerz, aaO(Fn. 4), S. 16 f.

Verantwortung für etwas gegenüber anderen schuldet. Daraus ergibt sich, daß Verantwortung eine dreistellige Relation hat; 1) Subjekt der Verantwortung, 2) ein Objekt der Zurechnung, 3) den Gegenstand, der dem Subjekt zugerechnet wird.<sup>7</sup> Zum Beispiel sind Eltern für ein schädigendes Verhalten ihrer Kinder gegenüber den Geschädigten verantwortlich, der Vorstand einer Aktiengesellschaft schuldet für seine Geschäftsführung Verantwortung den Mitgliedern der Gesellschaft gegenüber.

### III.

In seiner ersten und grundlegenden Bedeutung zielt der Begriff der Verantwortung auf das Problem der Zurechnung von Handlungsfolgen ab. Dieses Problem ist zentral für jedes bewußte menschliche Zusammenleben, und so ist es nicht wunderlich, daß wir uns schon frühzeitig mit ihm beschäftigt haben. Diese lange Tradition des Problems hat uns dazu verleitet, die spezifische Lösung, die sich in der abendländischen Tradition des moralischen Denkens herausgebildet hat - das sog. klassische Modell - als zu selbstverständlich oder zumindest einzig rationale anzusehen. Es scheint dann so, als ergebe sich die Verantwortung aus der Natur der Sache, sei es aus der Natur des menschlichen Handelns oder sei es aus der Struktur der Sachverhalte.

Aber es wurde bereits oben festgestellt, daß sich die fragliche Beziehung zwischen Subjekt und Objekt nicht aus der Natur der Sache automatisch ergibt, sondern diese erst hergestellt werden muß. Wenn die Idee der Verantwortung in dem Sinne das Resultat einer „Konstruktion“ sein soll, sind verschiedene Lösungen nicht nur möglich, sondern auch unter verschiedenen Bedingungen unterschiedliche Konzepte notwendig. Die entscheidende Bedingung ist dabei die jeweilige Struktur des Handelns. Die Wandlungen des Verantwortungsbegriffs in den letzten zwei Jahrhunderten sind auf Wandlungen in der Struktur und Reichweite des menschlichen Handelns zurückzuführen. Aber konstruktiv für die spezifische Lösung des Zurechnungsproblems sind außer solchen empirischen Bedingungen auch bestimmte philosophische Annahmen, darunter vor allem die Idee der menschlichen Freiheit und Autonomie.

Das sog. klassische Modell der Verantwortung zeichnet sich gerade dadurch aus, daß ihm deontologische Moralsysteme zugrunde liegen. Nach denen ist eine Handlung erst dann gut, wenn sie mit den gültigen Normen übereinstimmt. Das heißt, diese Moralsysteme denken in den Kategorien

---

<sup>7)</sup> Daneben kann der Verantwortungsbegriff in sechs Dimensionen wie folgt differenziert werden:

- jemand: Verantwortungssubjektträger
- für: etwas (Handlungen oder deren Folgen)
- gegenüber: einem Adressaten
- vor: einer(Sanktions-, Urteils-) Instanz
- in bezug auf: ein normatives Kriterium
- im Rahmen eines: (Verantwortungs-, Handlungsbereichs) verantwortlich.

Dazu Lenk/Maring, Verantwortung – Normatives Interpretationskonstrukt und empirische Beschreibung, in: Eckenberger/Gähde(Hrsg.), Ethische Norm und empirische Hypothese, 1993, S. 229.



von Zuständigkeit, Pflicht und Normbefolgung.<sup>8</sup> Hierbei besteht die Zuständigkeit wiederum aus drei Elementen. Zunächst die Kausalität als Basis für die Zurechnung einer Handlungsfolge. Doch die nackte Tatsache des Schadens erscheint nicht als ausreichend, um seinen Urheber verantwortlich zu machen. Es müssen bestimmte subjektive Faktoren hinzukommen: die Intentionalität der Handlung, die Voraussesbarkeit der Folgen und die Freiheit, auch anders entscheiden und handeln zu können. Als drittes Element kommt der Bezug auf ein jeweils bestimmtes System von Normen und Werten hinzu. Diese normative Dimension, die dem Verantwortungsproblem notwendig innewohnt, ist kein privater Besitz des Handelnden oder des von den Folgen der Handlung Betroffenen, sondern gehört der jeweiligen Gemeinschaft an, deren Mitglieder der Täter und das Opfer sind.

Dabei fällt auf, daß im dem klassischen Verständnis der Verantwortung das Individuum vor sich selbst tritt, um sich für sein Handeln zu rechtfertigen; das Gewissen entscheidet nach Maßgabe von Normen, die es aufgrund seiner Autonomie selbst erzeugt hat. Bemerkenswert an dieser Verinnerlichung der Verantwortung sind zwei eng miteinander zusammenhängende Punkte. Erstens erscheint nun die Selbstverantwortlichkeit als der eigentliche Grundtypus von Verantwortung in diesem Modell. Wichtiger ist auch hier, daß sie die wesentliche soziale Funktion der Verantwortungszuschreibung marginalisiert und die relationale Struktur jeglicher Verantwortung unterschlägt. Damit sind wir beim zweiten Punkt, nämlich, daß das oben genannte dreifache Geflecht der Verantwortung auf einen Punkt des individuellen Gewissens zusammenschrumpft.

Im engen Zusammenhang damit steht die Freiheit des jeweiligen Subjekts, die bei der Zuschreibung von moralischer wie rechtlicher Verantwortung immer vorausgesetzt wird. Jedoch ist die Handlungsfreiheit keine empirisch feststellbare Tatsache, sondern eine Eigenschaft, die den Subjekten grundsätzlich unterstellt wird.<sup>9</sup> Sie ist also normativer Art. Und indem diese Forderung im sozialen Leben verbindlich gemacht und autoritär durchgesetzt wird, findet ein historischer Prozeß der Formulierung des Menschen statt, in dem die schrittweise Durchsetzung individueller Freiheit erfolgt. Dabei zeigt sich auch unmißverständlich, daß dieses Bild eines Menschen, der alles auf sich selbst bezieht, unser Denken bis zur Gegenwart prägt. Es versteht sich von selbst, daß diesem Menschen die vollkommene Freiheit zugesprochen wird, über seinen Besitz und seine Person so zu verfügen, wie es ihm am besten scheint. Gegen dieses subjektivistische Menschenbild erhebt sich ein gewichtiger Einwand, dass diese Modellvorstellung dem gegenwärtigen Umstand nicht ganz gerecht werden kann. Denn es geht nun eben um die grundlegende Veränderung in der Einstellung des Menschen zu sich selbst und der ihn umgebenden Welt,

---

<sup>8</sup>) Näher dazu, U. Neumann, Zur Veränderung von Verantwortungsstrukturen unter den Bedingungen des wissenschaftlich-technischen Fortschritts, *Rechtstheorie* 36. Bd. Heft 4, 2005, S. 6f.

<sup>9</sup>) Das verweist auf den Begriff der Person. Kant hat dies so formuliert: "Person ist dasjenige Subjekt, dessen Handlungen einer Zurechnung fähig sind". I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, in: Akademie mit Textausgabe Bd. IV, 1968, S. 329.

ohne die die neuzeitlichen Probleme nicht sachgemäß gelöst werden können.<sup>10</sup>

#### IV.

Das klassische Modell der Verantwortung gerät spätestens in dem Augenblick unter Druck, in dem die technische Entwicklung Gefährdungspotentiale produziert, die zwar generell, nicht aber in jedem Einzelfall beherrschbar sind. Hier sind Schäden auch bei individuell sorgfältigem Umgang mit der Technik nicht zu vermeiden. Im traditionellen Modell stellt sich deshalb die Alternative, entweder das Opfer auf dem Schaden sitzen zu lassen oder aber den Einsatz der Technologie generell für rechtswidrig zu erklären. Da diese beiden Lösungen nicht gangbar sind<sup>11</sup>, kommt man zur Abkopplung der Haftung von der Rechtswidrigkeit der Handlung. Der Einsatz von gesellschaftlich akzeptierten und deshalb legalisierten, aber riskanten Technologien führt zur Gefährdungshaftung als Verantwortlichkeit für bestimmte unerwünschte Folgen rechtmäßigen Verhaltens. Zwischen der rechtswidrigen Tat im traditionellen Sinn einerseits und dem lediglich vom Opfer selbst zu bewältigenden Zufall andererseits tritt damit als die dritte Kategorie der *Unfall*: die konkret unvermeidbare Folge einer wegen ihres gesellschaftlichen Nutzens akzeptierten generellen Gefährdung. Die Einführung einer Haftung für die Folgen eines rechtmäßigen Verhaltens markiert den Beginn einer Entwicklung, die durch eine Ausweitung der Verantwortung bestimmt ist.

a) Bekanntlich stellt sich die Frage nach der Verantwortung in ihrem klassischen Verständnis immer nur ex post. Sie wird aufgeworfen durch ein negativ bewertetes Ereignis und zielt auf den menschlichen Urheber dieses Ereignisses. Wichtig ist dabei, daß dieses Ereignis bereits eingetreten und die Frage nach der Verantwortung somit in die Vergangenheit gerichtet ist. Freilich machen auch die neuartigen Risiken, die in der modernen Risikogesellschaft vorkommen, diese retrospektive Fragestellung keineswegs überflüssig. Sofern das Risiko eintritt, ist es auch für die Gesellschaft von großem Interesse, einen Verantwortlichen herauszufinden, der regreßpflichtig gemacht werden kann. Von noch größerem Interesse aber ist offensichtlich die Frage, wie solche Risiken vermieden werden können. Damit aber richtet sich der Blick nicht mehr in die Vergangenheit, sondern in die Zukunft. Die erstaunliche Karriere des Verantwortungsbegriffs muß im Zusammenhang mit dieser Umkehr der Zielrichtung gesehen werden. Kurz: während der klassische Verantwortungsbegriff retrospektiv war, ist der neue Verantwortungsbegriff prospektiv.<sup>12</sup>

b) Diese Umkehr der Zielrichtung ist nicht ohne Folge für den Inhalt der Verantwortung. Während die retrospektive Verantwortlichkeit sich auf

---

<sup>10)</sup> Zu dieser kritischen Ansicht siehe vor allem G. Stratenwerth, aaO(Fn. 1), S. 688ff. Auch ders., Wie wichtig ist die Gerechtigkeit, in: F. Haft u. a.(Hrsg.), Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, S. 357ff.

<sup>11)</sup> Dies schon deshalb, weil das Erste Ungerechtigkeit gegenüber dem Opfer bedeuten würde, wohingegen das Zweite den Ausstieg aus der technischen Entwicklung zur Folge hätte.

<sup>12)</sup> Vgl. dazu K. Bayerz, aaO (Fn. 4), S. S. 45.

negativ bewertete Folgen bezieht, zielt die prospektive Verantwortlichkeit auf positiv bewertete Zustände. Man wird in dieser neuen Bedeutung nicht mehr für bereits eingetretene Schäden verantwortlich gemacht, sondern für die Vermeidung künftiger Schäden und für die Erhaltung oder Herstellung erwünschter Zustände. Damit vollzieht sich die Umstellung von einer normbezogenen auf eine folgenorientierten Verantwortung. Während es nach einem normorientierten (deontologischen) Moralsystem lediglich auf die Übereinstimmung der Handlung mit der Norm ankommt, verfährt das konsequentialistische Modell völlig anders.<sup>13</sup> Konkret: Die moralische Qualität der Handlung bestimmt sich hier ausschließlich nach den Folgen, die aus der Vornahme der Handlung resultieren. Der Bereich der Verantwortung wird nicht mehr allein durch bestehende Gebote und Verbote festgelegt, sondern durch die Aufgabe, zukünftige Ereignisse herbeizuführen oder zu vermeiden.

Typisch für dieses neue Verständnis von Verantwortung als Vorsorge sind heute die viel diskutierten Bereiche der ökologischen Verantwortung, die an die Stelle des traditionellen Pflichtbegriffs treten. Moderne Risikogesellschaften sind durch eine wachsende Komplexität und Unübersichtlichkeit gekennzeichnet, die es zunehmend schwierig macht, das richtige Verhalten der Individuen durch eindeutige Pflichtenkataloge zu programmieren. Aufgrund seiner Unbestimmtheit bestimmt der Begriff der Verantwortung daher seine spezifische Relevanz dort, wo die überlieferten Mittel der Verhaltenssteuerung versagen: bei risikoorientierten Aufgaben, die nur durch hohe Kompetenz und Flexibilität gelöst werden können.

c) Darüber hinaus bedeutet diese Umstellung für den Handelnden eine erhebliche Belastung. Denn es reicht alleine die Normkonformität nicht mehr aus, vielmehr muß er sich auch um die Folgen des normkonformen Verhaltens kümmern. Im Strafrecht widerspiegelt sich diese Entwicklung in der Gewichtsverlagerung von den Verletzungsdelikten zu den Gefährdungsdelikten.<sup>14</sup> An die Stelle der Schädigung eines anderen tritt nun in der Risikogesellschaft das Verbot der übermäßigen Gefährdung. Ob und inwieweit diese Entwicklung im Strafrecht zu rechtfertigen ist, kann hier nicht eingehend dargestellt werden. An dieser Stelle soll es genügen, festzuhalten, daß der Konsequentialismus die Moralphilosophie des technischen Zeitalters sein soll.

d) Im klassischen, bzw. retrospektiven Sinne verantwortlich gemacht wurde man in der Regel für die Folgen seines Handelns. Wenn nun aber Verantwortung impliziert, daß ich einen erwünschten Zustand aufrechterhalten oder gar herstellen soll, dann muß ich nicht notwendigerweise handeln, um diese Verantwortung zu verfehlen. Es genügt also, nicht zu

---

<sup>13</sup>) Grundlegend zur Alternativität deontologischer und konsequentialistischer Ethiken W. K. Frankena, *Analytische Ethik*, 1972, S. 32ff.

<sup>14</sup>) Hier muß darauf aufmerksam gemacht werden, daß Hassemer das Strafrecht wieder auf seinen traditionellen Kern zurückführt, d.h. im Prinzip auf den Schutz von Individualrechtsgütern bezieht. Vgl dazu ders., *ZRP* 1992, 378, 383; *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, in: Philipps/Scholler, *Jenseits des Funktionalismus*, 1989, S. 90ff. Im Gegensatz dazu wird von den funktionalistischen Lagern die Durchsetzung abstrakter Verhaltensanforderungen befürwortet. Kritisch zu diesen beiden Ansichten, G. Strantenwerth, *aaO*(Fn. 1), 686, 688f.

handeln. Bei vielen Problemen ist es eine Frage der Perspektive, ob sie als Folge einer Handlung oder als Folge einer Unterlassung beschrieben werden. Die Umweltverschmutzung ist zweifellos eine Folge menschlichen Handelns. Zugleich aber sind die Folgen nur deshalb existent, weil bestimmte andere Akteure nicht handeln, sondern geschehen lassen. Die Konsequenz entsteht somit zugleich aus dem Handeln der einen und dem Unterlassen der anderen. Damit wird insbesondere der Grundsatz obsolet, daß der Einzelne grundsätzlich nur für eigene Handlungen und deren Folgen verantwortlich ist. Zugleich relativiert sich dadurch auch die moralische Relevanz der Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen.<sup>15</sup> Neben dem realen Zusammenhang zwischen Handlung und Folgen begründet auch der virtuelle Zusammenhang zwischen Nichthandeln und Folgen moralische, teils auch rechtliche, Verantwortlichkeit.<sup>16</sup>

Es ist sicher kein Zufall, daß parallel zu dem bereits erwähnten Wandel des Verantwortungsbegriffs ethische Theorien auftreten, die die Differenz zwischen Handeln und Unterlassen grundsätzlich eliminieren. Aus konsequentialistischer Sicht ist es prinzipiell irrelevant, ob ein bestimmtes Ereignis die Folge einer Handlung oder einer Unterlassung ist. Eine solche Auffassung wäre für das überlieferte Denkmuster vollkommen unplausibel gewesen: sie wird aber nahegelegt durch gesellschaftliche Randbedingungen, unter denen tatsächlich eine Unterlassung ebenso weitreichende Konsequenzen haben kann wie eine Handlung. Insofern macht die Gleichsetzung von Tun und Unterlassen deutlich, daß es sich bei Begriffen wie Handlung, Zurechnung und Verantwortung um soziale Konstruktionen handelt. Denn eine Unterlassung hat offenbar keine Entsprechung in der realen Welt, sondern wird aus den sich einstellenden Folgen rekonstruiert.

e) Darüber soll auch erwähnt werden, daß sich eine Tendenz der Globalisierung der Zuständigkeiten durch die Umstellung von einer normorientierten auf die folgenorientierte Verantwortlichkeit herausbildet. Hier scheint es erforderlich zu sein, den Unterschied von Gefahr und Risiko<sup>17</sup> zu bestimmen, mittels dessen diese Tendenz weitgehend erklärt werden kann.

Die Gemeinsamkeit von Gefahren und Risiken besteht darin, daß in Bezug auf künftige Schäden Unsicherheit besteht. Hier gibt es zwei Möglichkeiten. Entweder wird der etwaige Schaden als Folge der Entscheidung gesehen, also der Entscheidung zugerechnet. Dann sprechen wir von Risiko. Oder der etwaige Schaden wird als extern veranlaßt gesehen, also der Umwelt zugerechnet. Dann sprechen wir von Gefahr. Kurz: Gefahren ist man ausgesetzt, wohingegen Risiken eingegangen werden. Aber mit der wachsenden Kenntnis der Unsicherheiten, denen der Mensch in

---

<sup>15</sup>) Zur moralischen Relevanz der Unterscheidung unter Einbeziehung der rechtlichen Perspektiven D. Birnbacher, *Tun und Unterlassen*, 1995.

<sup>16</sup>) U. Neumann behauptet, daß das Solidaritätsprinzip hier als Grundlage von rechtlicher und moralischer Verantwortung neben das Schädigungsprinzip tritt. Dazu ders., aaO(Fn. 8), S. 10.

<sup>17</sup>) Dazu eingehend K. Bayerz, aaO (Fn. 4), S. 49f. Dabei ist nicht zu verkennen, daß es keine eindeutige Trennungslinie gibt. Was als „Gefahr“ und was als „Risiko“ erscheint, hängt nicht zuletzt von der Perspektive ab, aus der man eine Unsicherheit oder einen eingetretenen Schaden betrachtet.

---

seinem Leben und Handeln ausgesetzt ist, und den wachsenden Möglichkeiten, ihnen auszuweichen oder ihre Wirkungen zu beeinflussen, verlieren diese ihre Naturwüchsigkeit und nehmen mehr oder weniger anthropogenen Charakter an. Das heißt, Naturkatastrophen sind keine bloßen Naturkatastrophen mehr, soweit sie durch menschliche Intervention vermieden oder ihre Auswirkungen gemildert werden können. Indem mit der bloßen Möglichkeit der Einflußnahme die Zuständigkeit für das Geschehene begründet wird, globalisiert sich der Bereich der Verantwortung. Anders ausgedrückt: Je umfassender die Kenntnisse über die Natur werden und je systematischer die Kontrolle über sie ausgebaut wird, desto mehr verlieren unerwartete Naturereignisse den Charakter von Schicksalsschlägen und ihre Folgen erscheinen somit als Menschwerk.<sup>18</sup>

f) Abgesehen von den normlogischen Strukturen der Verantwortlichkeit macht sich auch eine Veränderung insoweit bemerkbar, daß das klassische Modell der Verantwortung, nach dem sich Individuen als Subjekt der Zurechnung darstellen, weitgehend in Frage gestellt wird. Konkret: ein solches individualistisches Konzept stößt überall dort auf Schwierigkeiten, wo Organisationen und Institutionen zu maßgeblichen Akteuren geworden sind. Aber dieses Problem ist dadurch relativ leicht zu erledigen, daß das verantwortliche Subjekt von der natürlichen Person auf die juristische Person ausgedehnt wird. Das gilt besonders für den Fall, wenn eine klare Verteilung der Zuständigkeiten innerhalb dieser Organisation existiert, die eine Rückverfolgung von Zurechnungslinien erlaubt. Diese Statuierung einer Verantwortung von Organisationen ist also eine zwangsläufige Folge der Entscheidungsstrukturen in modernen Gesellschaften. Hier sei lediglich bemerkt, daß die Erstreckung des Strafrechts auf juristische Personen relativ neu in Erscheinung tritt, wohingegen diese Erweiterung in der zivilrechtlichen Haftung bereits geschehen ist.

Demgegenüber verhält es sich schwieriger mit den Folgen unorganisierten Zusammenwirkens großer Zahlen von Individuen und Organisationen. Aber die Folgen solchen Zusammenwirkens sind ja gerade zum Auslöser der gesamten Ökologiedebatte geworden: Das Waldsterben, das Ozonloch oder der Treibhauseffekt ergeben sich nicht aus organisierter Zusammenarbeit von Individuen, die genau diese Effekte anstreben, sondern vielmehr aus der Kumulation zahlreicher nicht-koordinierter Einzelhandlungen, in denen ganz andere Ziele verfolgt werden. Es versteht sich von selbst, daß eine kausale Zurechnung solcher globaler Effekte auf individuelle Handlungen unmöglich ist, wenn diese Effekte sich erst aus der Kumulation vieler Einzelhandlungen ergeben. Zwar ist es richtig, daß die globalen Effekte sich ohne die Einzelhandlungen nicht einstellen würden, was die Individuen verantwortlich dafür macht. Aber sie sind es nicht als Individuen, sondern nur in ihrer kollektiven Gesamtheit. Als Lösung dieser Schwierigkeit bieten sich Konzepte an, die von der Zurechnung auf Individuen abrücken und Formen der Kollektivverantwortung zu begründen

---

<sup>18)</sup> Ein bekanntes Beispiel für diese Differenzierung ist die Auseinandersetzung zwischen Rousseau und Voltaire um das Erdbeben von Lissabon im Jahre 1775. Während dieser die Natur für dieses Unglück verantwortlich macht, schreibt jener den Menschen die Verantwortung dafür zu.

versuchen. Wenn sich bestimmte Phänomene als Effekte aus dem spontanen Zusammenwirken einer Gesamtheit von Individuen ergeben, dann liegt es nahe, eben diese Gesamtheit als Subjekt der Verantwortung zu identifizieren. Im Hinblick auf die ökologische Krise hieße das: Da nur die Individuen gemeinsam ihr Verursacher sind, muß auch die Gesamtheit - die Menschheit - als Subjekt der Verantwortung betrachtet werden.<sup>19</sup> Die Frage, ob diese Schlußfolgerung plausibel ist, bleibt zunächst dahingestellt. Hervorzuheben bleibt nur, daß dadurch der Bereich des Subjektbegriffes von Handlungen erheblich erweitert wird.

g) Darüber hinaus korrespondiert mit dieser Ausweitung des Bereichs verantwortlicher Subjekte eine Erweiterung des Kreises der Gläubiger von Verantwortung.<sup>20</sup> Mit anderen Worten: Verantwortlich ist nach dem neuen Modell das Subjekt nicht mehr nur gegenüber existenten menschlichen Individuen oder Gruppen, sondern auch gegenüber künftigen Generationen. Es wird aber auch versucht, neben dem Menschen Tieren oder Pflanzen subjektive Rechte zu verleihen,<sup>21</sup> wodurch der Bereich des Objekts der Verantwortung weit gezogen wird. Das geschieht in folgender Weise.

Ausgangspunkt dieser Überlegung ist die problematische Situation, in der sich der Versuch befindet, die Verantwortlichkeit für globale Probleme zu klären. Denn kausaler Urheber ist zweifellos die Menschheit; aufgrund ihrer mangelnden inneren Struktur kann sie jedoch nicht als entscheidungs- und handlungsfähiges Subjekt gelten. Angesichts dieser Schwierigkeit läßt sich eine Lösung dort finden, wo die Frage nach dem Subjekt von der nach der Verursachung abgelöst wird. Und in der Tat ist die Einsicht in die anthropogenen Ursachen der drohenden Katastrophe von den Vertretern der ökologischen Ethik nicht so sehr für die Zuweisung von Schuld benutzt worden als für die Zuweisung einer präventiven Fürsorge-Verantwortung der Menschheit und der Natur. Eine solche Fürsorge-Verantwortung hat aber zwei Voraussetzungen. Die erste liegt in der kausalen Einflußmöglichkeit des Subjekts auf das Objekt, was im Hinblick auf die ökologische Problematik grundsätzlich gegeben ist. Fraglich ist aber die zweite Voraussetzung, nämlich die normative Relation zwischen Subjekt und Objekt, was nicht leicht begründet werden kann. Als Lösung bietet sich an, diese normative Beziehung dadurch herzustellen, daß dem Objekt dieser Beziehung ein eigenständiger Wert zuerkannt wird. Mittels dieser *Ontologisierung* ergibt sich nun die Verantwortung einem bestimmten Objekt gegenüber unmittelbar aus seinem inhärenten Wert. Die Objektivität muß also wirklich vom Objekt kommen. Im Grunde genommen handelt es sich hier um einen Versuch, die normative Struktur des Sachverhalts der faktischen Struktur anzugleichen, indem das Handlungsobjekt selbst mit normativen Qualitäten ausgestattet wird. Unabhängig davon, ob und inwiefern dieser Weg gangbar wäre<sup>22</sup>, läßt sich nicht verkennen, daß die Bejahung eigener

---

<sup>19)</sup> Grundsätzlich dazu H. Jonas, *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, 1979.

<sup>20)</sup> Damit ist der Adressat der Verantwortung gemeint.

<sup>21)</sup> Zum Problem vgl. etwa Arthur Kaufmann, *Gibt es Rechte der Natur?*, in: M. Seebode(Hrsg.), *Festschrift für Günter Spindel*, S. 59ff.

<sup>22)</sup> Zur ausführlichen Kritik K. Bayerz, aaO(Fn. 4), S. 63ff.

---

Rechte der Umwelt tendenziell zu erheblich schärferen Regelungen führt als die Annahme, es gehe ausschließlich um den Schutz des menschlichen Interesses an der Erhaltung einer menschenfreundlichen Umwelt.

## V.

Der Sinn und Zweck des Verantwortungsbegriffs besteht darin, eine Beziehung zwischen (moralischen) Subjekten und (moralischen) Objekten herzustellen. Dies ist immer dann gelungen, wenn das Objekt einem Subjekt zugerechnet wird; gleichgültig, ob es sich bei diesem Objekt um eine Handlungsfolge (retrospektive Zurechnung) oder um einen zu erhaltenden oder herzustellenden Zustand (prospektive Zurechnung) handelt. Aufgabe einer Theorie der Verantwortung ist es dementsprechend, Kriterien für solche Zuschreibung zu entwickeln und zu begründen. Wir haben oben gesehen, daß die Kriterien je nach dem Kontext unterschiedlich sind. Die einzige Gemeinsamkeit, die diese beiden Modelle verbindet, liegt in der Zurechnung, die diesen zugrunde liegt. Aus dieser allgemeinen Bestimmung lassen sich folgende Bemerkungen gegen das neue Modell der Verantwortung herleiten.

Unter den Bedingungen der modernen Gesellschaft rücken neuartige Gegenstände der Verantwortung in den Vordergrund. Ob es sich um die Haftung für technische Unfälle handelt oder um die Sorge für die Erhaltung der Natur: In solchen Fällen geht es um Problemkomplexe, von denen eine große Anzahl von Menschen betroffen sind und die öffentlich wahrgenommen werden. Die Verantwortung wächst über den Rahmen unmittelbarer Beziehungen zwischen Individuen hinaus und wird mehr und mehr zur Sicherung öffentlicher Güter mobilisiert. Damit wird aber zugleich eines der Merkmale des traditionellen Verständnisses von moralischer Verantwortung zunehmend unplausibel. Unter dem Einfluß der Subjektivitätsphilosophie wurde moralische Verantwortung als eine innere Rechenschaft aufgefaßt, wobei das autonome Ich des Menschen im Vordergrund steht. Vor dem Hintergrund der neuartigen gesellschaftlichen Probleme, die mit dem Übergang zur modernen, funktional differenzierten Gesellschaft zunehmend dominant wurden, erscheint diese Leitvorstellung der inneren Rechenschaft als nicht länger befriedigend. Im Hinblick auf Handlungen, die über den Nahbereich des unmittelbaren Kontaktes weit hinausgehen, bei denen zwischen handelndem Individuum und Handlungsfolge mitunter genug Zwischenglieder eingeschoben sind, um die Folgen für das Subjekt zu verbergen,<sup>23</sup> mußte das individuelle Gewissen als zu privat erscheinen, um als Rechtfertigungsinstanz noch akzeptiert werden zu können.

Wenn man diesem Deutungsmuster der Zurechnung folgt, tauchen unüberwindbare Probleme dort auf, wo diese Vorstellung einer

---

<sup>23</sup>) Dieses Phänomen hat eng mit der Industrialisierung zu tun, in der die Umwälzung des Produktionssystems vor allem durch die intensivierete Arbeitsteilung erfolgt ist. Damit schieben sich zwischen das handelnde Individuum und die durch dieses Handeln bewirkten Effekte vermittelnde Instanzen, die eine Zurechnung auf bestimmte Individuen erschweren oder unmöglich machen. Es besteht also keine direkte Beziehung zwischen dem Akteur und der von ihm hervorgerufenen Folge. Dazu eingehend K. Bayerz, aaO (Fn. 4), S. 25f.

Verantwortlichkeit als eines quasi öffentlichen Prozesses moralisch nicht greifbar ist, weil ihr Subjekt überdimensionalisiert ist und damit keinen Raum mehr läßt für Personen oder Instanzen, deren Verantwortung geschuldet wird. Dadurch, daß nun schon die Menschheit unter der ehemals festumrissenen Figur des Subjektes von der Verantwortung verstanden wird, treten überall Unklarheiten in Erscheinung. Denn in welchem Sinne sollte die Menschheit als ein Subjekt aufgefaßt werden können? Der Begriff des Subjekts setzt die Verfügung über kausale Handlungsmacht voraus, stellt aber weitere Anforderungen: Intentionalität, Vorausschau, Entscheidungsfähigkeit und Handlungsfreiheit gehören dazu. All diese Eigenschaften sind bei menschlichen Individuen gegeben. Und in davon abgeleiteter Form können sie auch Institutionen und Organisationen zugeschrieben werden. Bei der Menschheit kann aber davon nicht die Rede sein. Sie ist kein Individuum und auch keine strukturierte Einheit von Individuen, sondern ein bloßes Konglomerat von Menschen, die jeweils ihre eigenen Ziele verfolgen. Die Tatsache, daß alle diese individuellen Handlungen sich zu einem Gesamtergebn addieren oder multiplizieren, konstituiert noch kein eigenständiges Subjekt, dem dieses Resultat zugeschrieben werden könnte. Kurz: Die Menschheit kann theoretisch als Subjekt fungieren, aber kaum praktisch.<sup>24</sup>

Auch in Bezug auf die praktische Funktion des Verantwortungsbegriffs läßt sich ein gewichtiger Einwand gegen dieses Modell erheben. Der Begriff der Verantwortung übt eine Entlastungsfunktion aus, indem die Verantwortlichen von den Nichtverantwortlichen scharf abgegrenzt werden. Für diese Absonderung hat das klassische Modell Kriterien entwickelt, die für Verantwortung für eine Handlungsfolge kausale Urheberschaft, Vorsehbarkeit und Vermeidbarkeit voraussetzen. Dagegen ist für die Fürsorgeverantwortung, die diesem neuen Denkmodell zugrunde liegt, kein vergleichbares Modell vorhanden. Wo aber alle verantwortlich sind, kann prinzipiell kein Unterschied mehr zwischen denen gemacht werden, die verantwortlich sind und denen, die es nicht sind. Und damit verliert die Rede von Verantwortung tatsächlich jeden deutlichen Sinn. Sie wird zur bloßen rhetorischen Floskel. Die Eliminierung des Subjektes ist eine weitere Ursache für die allenthalben grassierende Beliebigkeit und Folgenlosigkeit des Verantwortungsdiskurses. Wo alle angesprochen werden, ist niemand angesprochen. Es bleibt beim Appell ohne Adressat.<sup>25</sup>

Fazit: Durch die Globalisierung des Subjekts von Verantwortung wird auch der Zusammenhang von moralischem und strafrechtlichem Vorwurf gefährdet, womit vor allem die Ernsthaftigkeit strafrechtlicher Zurechnung in den Hintergrund rückt. Mit anderen Worten: an dem seit der Aufklärung ausgebildeten Gedanken, nach dem das Subjekt moralischer Verpflichtung und Verantwortung das menschliche Individuum als Person ist, sollte

---

<sup>24</sup>) Zur massiven Kritik in dieser Richtung W. Krawietz, Theorie der Verantwortung – neu oder alt?, in K. Bayerz(Hrsg.), Verantwortung – Prinzip oder Problem, 1995, S. 191ff.

<sup>25</sup>) K. Bayerz, aaO(Fn. 4), S. 66f.



unbedingt festgehalten werden. Wenn diese Voraussetzung aufgegeben würde, wäre die Diffusion der Verantwortlichkeit die notwendige Folge.<sup>26</sup>

**Kontaktadresse:**

Prof. Dr. Young-Whan Kim  
College of Law, Hanyang University  
17, Haengdang-dong, Seongdong-gu  
Korea 133.791 Seoul  
E-mail: kimyw@hanyang.ac.kr

---

<sup>26</sup>) Mit der Aufgabe dieses Grundsatzes wird das liberale Prinzip der Verantwortung torpediert, was die Tendenz des Interventionismus mittels der paternalistischen Denkweise verstärkt. Wie das Verbot der Euthanasie mit dem intrinsischen Wert des geschützten Rechtsguts begründet wird, ist es auch wohl denkbar möglich, daß die staatliche Intervention wegen des inhärenten Wertes der Natur oder dergleichen begründet wird.



---

# Abstrakte und potentielle Gefährdungsdelikte im Umweltstrafrecht

Professor Dr. Rudolf Rengier, Konstanz

## I. Zu den Deliktstypen im deutschen Strafrecht

### 1. Grundlagen

Die Unterscheidung zwischen Erfolgs- und Tätigkeitsdelikten knüpft an die etwaige Verbindung der Tathandlung mit einem davon getrennten tatbestandsmäßigen Erfolg an.

Die klassischen Erfolgsdelikte sind dadurch gekennzeichnet, dass sie den Eintritt eines von der Tathandlung abtrennbaren sichtbaren Außenwelterfolges voraussetzen. Typische Beispiele für vorsätzliche Erfolgsdelikte sind die Tötungs- und Körperverletzungstatbestände mit den Erfolgen Tod und Körperverletzung.

Bei den Tätigkeitsdelikten fehlt die Beziehung zwischen Handlung und Erfolg. Bei ihnen ist der Tatbestand mit dem Vollzug einer bestimmten tatbestandsmäßigen Handlung unabhängig von einer Außenwirkung vollendet. Typische Tätigkeitsdelikte sind die Falschaussage und der Meineid vor Gericht sowie die Trunkenheitsfahrt im Straßenverkehr (§§ 153, 154, 316 StGB).

Die Unterscheidung zwischen Verletzungs- und Gefährdungsdelikten stellt auf die Wirkung der Tathandlung für das Handlungsobjekt und das geschützte Rechtsgut ab. Bei den Verletzungsdelikten setzt der Tatbestand eine tatsächliche Schädigung des geschützten Objekts voraus. Die Tötungs- und Körperverletzungstatbestände sind nicht nur Erfolgsdelikte, sondern auch Verletzungsdelikte.

Bei den Gefährdungsdelikten muss man drei Typen unterscheiden:

(1) Der Tatbestand eines konkreten Gefährdungsdelikts verlangt den Eintritt einer konkreten Gefahr für das geschützte Tatobjekt. Bei ihnen handelt es sich zwar um Erfolgsdelikte, aber nicht um Verletzungsdelikte, weil es nicht zu einer Schädigung kommen muss. Das Objekt muss aber als Folge der Tathandlung an einer Verletzung, bildlich gesprochen, „nahe dran“ gewesen, das heißt juristisch betrachtet in konkrete Gefahr gebracht worden sein (Zustand einer akuten und insoweit sichtbaren Existenzkrise).

(2) Die abstrakten Gefährdungsdelikte sind typischerweise Tätigkeitsdelikte, bei denen es auf eine sichtbare Wirkung der Tathandlung für konkrete Schutzobjekte nicht ankommt. Der Gesetzgeber lässt sich allein von dem Gedanken leiten, dass bestimmte Verhaltensweisen erfahrungsgemäß für bestimmte Rechtsgüter allgemein, eben abstrakt gefährlich sind. Beispiele: Wer vor Gericht falsch aussagt, schafft eine abstrakte Gefahr für die geschützte Rechtspflege und erfüllt den Tatbestand des § 153 StGB

auch dann, wenn das Gericht die Falschheit sofort erkennt. § 316 StGB schützt die Sicherheit des Straßenverkehrs und insoweit abstrakt Leib, Leben und Eigentum anderer Verkehrsteilnehmer; die Vorschrift muss auch dann bejaht werden, wenn der alkoholbedingt fahruntüchtige Fahrer äußerlich völlig normal fährt.

Bei abstrakten Gefährdungsdelikten stellt sich immer wieder das Problem, inwieweit Verhaltensweisen, die formal den Tatbestand erfüllen, auch dann bestraft werden dürfen, wenn eine Realisierung der Gefahr ausgeschlossen ist.

(3) Als Untergruppe der abstrakten Gefährnungsdelikte sind die potentiellen Gefährnungsdelikte anzusehen. Sie werden auch abstrakt-konkrete Gefährnungsdelikte oder Eignungsdelikte genannt. Während bei den abstrakten Gefährnungsdelikten der Gesetzgeber die Kriterien für die generelle Gefährlichkeit im Gesetz abschließend normiert hat, muss bei den potentiellen Gefährnungsdelikten geprüft werden, ob nach den konkreten Umständen des Falles die Tathandlung bei genereller Betrachtung gefahrengeeignet ist. Typische Beispiele findet man im Umweltstrafrecht. Darauf wird zurückzukommen sein.

## 2. Allgemeines zu den abstrakten und potentiellen Gefährnungsdelikten

Unser Thema betrifft vor allem die abstrakten und potentiellen Gefährnungsdelikte im Umweltstrafrecht. Bevor ich mich den Umweltstrafatbeständen zuwende, möchte ich noch einige allgemeine Bemerkungen zu den abstrakten und potentiellen Gefährnungsdelikten voranschicken:

Der Typ des abstrakten Gefährnungsdelikts ist dadurch gekennzeichnet, dass bestimmte, typischerweise gefährliche Verhaltensweisen als solche unter Strafe gestellt werden, ohne dass es im Einzelfall auf den Eintritt einer Gefahr ankommt. In einer solchen Ausweitung bzw. Vorverlagerung des Strafbarkeitsbereichs kann man eine Verbesserung des Rechtsgüterschutzes sehen. Auch ist das Zufallsmoment, ob etwas passiert oder nicht, ausgeschaltet. Ein Vorteil dieser Tatbestandskonstruktion kann ferner darin liegen, Beweisschwierigkeiten zu vermeiden, die sich bei Verletzungs- und konkreten Gefährnungsdelikten ergeben.

Andererseits bleibt problematisch, dass abstrakte Gefährnungsdelikte dem Wortlaut nach notwendigerweise auch Verhaltensweisen erfassen, bei denen eine Gefährdung des generell geschützten Rechtsgutes unwahrscheinlich oder sogar von vornherein ausgeschlossen ist. Möglicherweise haben solche Überlegungen den Gesetzgeber gerade im Umweltstrafrecht veranlasst, verhältnismäßig häufig den Typ des potentiellen Gefährnungsdelikts aufzugreifen. Bei diesem Deliktstyp verbietet der Gesetzgeber eine bestimmte Verhaltensweise nicht generell, sondern verlangt eine näher beschriebene Schädigungseignung. Erfasst sind bestimmte generell gefährliche Verhaltensweisen, die der Gesetzgeber in einer Eignungsklausel konkretisiert. Die Konstruktion hat den Vorteil, dass völlig harmlose Verhaltensweisen mangels genereller Schädigungseignung aus dem Tatbestand herausfallen. Mit Eignungsklauseln kommt der Gesetzgeber ferner seiner Aufgabe nach, selbst die nicht mehr tolerablen Gefahrenquellen näher zu

definieren. Doch werden wir sehen, dass auch die potentiellen Gefährdungsdelikte viele Fragen aufwerfen.

## II. Zu den abstrakten und potentiellen Gefährdungsdelikten im Umweltstrafrecht

### 1. Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB)

Was den Deliktstyp betrifft, so ist der Tatbestand der Gewässerverunreinigung besonders interessant. Der einschlägige § 324 Abs. 1 StGB lautet:

„Wer unbefugt ein Gewässer verunreinigt oder sonst dessen Eigenschaften nachteilig verändert, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

Die herrschende Meinung sieht in dem Tatbestand ein Verletzungs- und Erfolgsdelikt und kein abstraktes Gefährdungsdelikt. Üblicherweise sagt man, dass nur bei abstrakten Gefährdungsdelikten der strafrechtliche Schutz weit nach vorne verlagert wird. Bei § 324 StGB ist das aber anders. Denn der Tatbestand büßt, obwohl er den Eintritt eines Verunreinigungserfolges voraussetzt, überhaupt nichts von seiner Effektivität ein. Dies wird dadurch erreicht, dass der Erfolg bagatellisiert und von daher der Tatbestand früh vollendet wird. Das wiederum hängt damit zusammen, dass man die Tatbestandsmerkmale aus ökologischer Sicht interpretiert. Insoweit sieht man durch den Tatbestand das Gewässer in seinem jeweiligen ökologischen Status quo – auch wenn er schon schlecht ist – als geschützt an. Demzufolge wird als nachteilige Veränderung jede nicht unerhebliche Verschlechterung der natürlichen Gewässereigenschaften im physikalischen, chemischen oder biologischen Sinn verstanden. Um die Veränderung der Gewässereigenschaften festzustellen, muss in der Regel der Zustand des Gewässers vor und nach der Tathandlung miteinander verglichen werden; es muss also ein Minus an Wassergüte eintreten. Eine „nachteilige“ Veränderung setzt nicht voraus, dass aufgrund der Veränderung Menschen, Tiere oder Pflanzen tatsächlich zu Schaden gekommen sind oder auch nur eine entsprechende konkrete Gefahr bestanden hat; vielmehr genügt es, dass die Verschlechterung – wie auch immer geartete – Nachteile zur Folge haben kann.

Nochmals: Der Tatbestand wird aus ökologischer Sicht weit ausgelegt. Von daher ergibt sich sogar das Problem, in den Tatbestand eine Erheblichkeitsschwelle hineinzupräzisieren, um nicht auch noch Bagatellen wie das Ausleeren etwa einer Milchflasche in ein Gewässer zu erfassen. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Einstufung des § 324 StGB als Erfolgsdelikt an seiner Griffigkeit nichts ändert.

Es gibt aber auch Stimmen, die in § 324 StGB ein abstraktes Gefährdungsdelikt sehen. Dies ist möglich, wenn man beim Rechtsgüterschutz den Akzent anders setzt. Was den Rechtsgüterschutz im deutschen Umweltstrafrecht betrifft, so besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass die Umwelt, also auch die Gewässer, nicht um ihrer selbst willen geschützt werden. Das Rechtsgut ist also nicht rein ökologisch zu bestimmen. Vielmehr steht die herrschende Meinung auf dem Boden einer ökologisch-anthropozentrischen Betrachtungsweise, wonach der Schutz der Umwelt immer auch die Funktion hat, die Umwelt als elementare Lebensgrundlage

des Menschen zu schützen. Setzt man nun den Akzent auf diesen humanen Hintergrund, dann gelangt man zu der Erkenntnis, dass es sich bei dem Tatbestand des § 324 StGB – mit Blick auf Leib und Leben – um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handelt. Eine weitere Meinung sieht in § 324 StGB sogar ein potentiell Gefährdungsdelikt; Ziel dieser Auslegung ist es, den Bagatellbereich zu präzisieren und gegenüber der herrschenden Meinung auszudehnen.

## 2. Bodenverunreinigung (§ 324a StGB)

Der für unseren Vortrag einschlägige § 324a Abs. 1 Nr. 1 StGB lautet:

„Wer unter Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten Stoffe in den Boden einbringt, eindringen lässt oder freisetzt und diesen dadurch in einer Weise, die geeignet ist, die Gesundheit eines anderen, Tiere, Pflanzen oder andere Sachen von bedeutendem Wert oder ein Gewässer zu schädigen, verunreinigt oder sonst nachteilig verändert, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

Eine tatbestandsmäßige Bodenverunreinigung liegt also nur dann vor, wenn der Eingriff die im Tatbestand genannte Schädigungseignung besitzt. Durch das Merkmal der Eignung wird ausgedrückt, dass einerseits eine abstrakte Gefahr nicht ausreicht, andererseits weniger als eine konkrete Gefahr verlangt wird. Mit Blick auf die Eignungsklausel kann man den Tatbestand der Bodenverunreinigung als potentiell Gefährdungsdelikt einstufen. Für das Merkmal der Eignung ist notwendig, dass nach den Umständen die nicht fern liegende generelle Möglichkeit einer Schädigung der genannten Schutzgüter besteht. Die Feststellung einer potentiellen Schädigungseignung kann an wissenschaftliche Erfahrungssätze anknüpfen. Dabei genügt es, wenn die konkrete Bodenveränderung nach derzeitiger gesicherter naturwissenschaftlicher Erfahrung generell schädliche Auswirkungen auf die im Tatbestand genannten Rechtsgüter erwarten lässt. Freilich werden entsprechende Feststellungen oft nur mit sachverständiger Hilfe getroffen werden können. Dies belegt die durchaus restriktive Tendenz, die das potentielle Gefährdungsdelikt aufweist.

Ungeklärt ist, ob und welche konkreten Umstände bei der Eignungsfeststellung heranzuziehen sind. Wenn man davon ausgeht, dass die Auslegung des Tatbestandes an eine generelle Betrachtungsweise anknüpfen hat, dann dürfen bei der Feststellung auch nur solche konkreten Umstände eine Rolle spielen, die in einen generellen Erfahrungssatz Aufnahme finden können. Dies legt es nahe, bei dem Prognoseurteil nur konstante Faktoren einzubeziehen, variable Faktoren aber auszuklammern. Danach sind alle konstanten Umstände des Einzelfalles wie etwa die Menge, die Konzentration und die Ausbreitung des Schadstoffs, die Bodenart, die Bodendichte und der Bodenbewuchs zu berücksichtigen. Demgegenüber müssen variable Einflüsse wie die Wetterverhältnisse grundsätzlich außer Betracht bleiben. Grenzfälle stellen ein (länger) gefrorener Boden sowie der Grundwasserspiegel dar, der sich durchaus ändert, im Prinzip aber verhältnismäßig konstant ist.

Zu allem zwei Beispiele:

(1) Wenn eine bestimmte Menge Öl in den Boden geleitet wird, so ergibt sich daraus keineswegs automatisch die Eignung, ein Gewässer zu

schädigen. Vielmehr müssen die konkreten konstanten Umstände berücksichtigt werden, und das heißt: Es muss untersucht werden, wo der Grundwasserspiegel liegt und welche Dichte der Boden aufweist, insbesondere also, ob die Bodenart (Gestein?) ein Versickern des Öls in das Grundwasser überhaupt zulässt. Solche Untersuchungen können sehr teuer sein und werden daher in der Praxis eher zurückhaltend angewendet. Nicht geklärt ist, inwieweit man in solchen Fällen in der Kontamination der Erde die Gefährdung einer „Sache von bedeutendem Wert“ sehen kann.

(2) Wenn bei einem Ölunfall Öl ausläuft und den Boden verunreinigt, wegen des kalten Winters aber der Boden so gefroren ist, dass eine Gefahr für das Grundwasser nicht besteht, so stellt sich die Frage, ob das potentielle Gefährdungsdelikt die Einbeziehung eines solchen bloß vorübergehend konstanten Faktors gestattet. Im Prinzip hat hier der gefrorene Boden eine Funktion wie eine undurchlässige Gesteinsschicht. Daher neige ich dazu, diesen Faktor wie einen statischen zu berücksichtigen.

### 3. Luftverunreinigung (§ 325 StGB)

Die Vorschrift des § 325 StGB scheint in besonderer Weise geeignet zu sein, den Unterschied zwischen potentiell und abstraktem Gefährdungsdelikt aufzuzeigen. Die Vorschrift lautet:

- „(1) Wer beim Betrieb einer Anlage, insbesondere einer Betriebsstätte oder Maschine, unter Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten Veränderungen der Luft verursacht, die geeignet sind, außerhalb des zur Anlage gehörenden Bereichs die Gesundheit eines anderen, Tiere, Pflanzen oder andere Sachen von bedeutendem Wert zu schädigen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Der Versuch ist strafbar.
- (2) Wer im Betrieb einer Anlage, insbesondere einer Betriebsstätte oder Maschine, unter grober Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten Schadstoffe in bedeutendem Umfang in die Luft außerhalb des Betriebsgeländes freisetzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
- (3) Handelt der Täter fahrlässig, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.
- (4) Schadstoffe im Sinne des Absatzes 2 sind Stoffe, die geeignet sind,
1. die Gesundheit eines anderen, Tiere, Pflanzen oder andere Sachen von bedeutendem Wert zu schädigen oder
  2. nachhaltig ein Gewässer, die Luft oder den Boden zu verunreinigen oder sonst nachteilig zu verändern.
- (5) Die Absätze 1 bis 3 gelten nicht für Kraftfahrzeuge, Schienen-, Luft- oder Wasserfahrzeuge.“

§ 325 Abs. 1 StGB erfordert, dass die aufgetretenen Emissionen „geeignet sind, außerhalb des zur Anlage gehörenden Bereichs die Gesundheit eines anderen, Tiere, Pflanzen oder andere Sachen von bedeutendem Wert zu schädigen“. Tatbestandsmäßig ist nicht die Einwirkung auf die Luft als solche. Die bloße Substanzveränderung der Luftmassen genügt nicht, vielmehr müssen davon auch schädliche

Immissionen ausgehen (daher wird § 325 Abs. 1 StGB auch als Immissionsschutztatbestand bezeichnet). Bei dem Tatbestand geht es also um den Schutz von Menschen, Tieren und Sachen vor den Folgen von Luftverunreinigungen. Praktisch bedeutet dies: Zuerst müssen die aufgetretenen Emissionen ermittelt werden. Dann muss deren Eignung zur Schadensverursachung anhand des Einzelfalls beurteilt werden, was in der Regel nur mit Hilfe eines Sachverständigen geschehen kann.

Nach der herrschenden Meinung sind hierbei besondere Tatumstände konstanter Art zu berücksichtigen. Genannt werden insoweit die Beschaffenheit und die Lage einer Anlage wie die Höhe eines Schornsteins und die Entfernung zu Ansiedlungen oder korrosionsanfälligen Bauwerken, ferner die Geländesituation. Variable Faktoren wie die Wetterverhältnisse oder der Umstand, dass sich zur Tatzeit keine Risikopersonen im Emissionsbereich aufhalten, sollen in die Beurteilung nicht einfließen.

Der Beschränkung der Tatsachenbasis auf konstante Faktoren wird freilich von einem Teil der Literatur mit der Begründung widersprochen, es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die zur Tatzeit vorhandenen Faktoren in beachtliche und unbeachtliche Faktoren aufzugliedern seien. Eine einsichtige Begründung für die Ausklammerung meteorologischer Faktoren lasse sich nicht finden. Das Gesetz knüpfe die Schädigungseignung allein an die Veränderung der Luft. Das gesamte objektiv verfügbare Material sei in die Prognoseentscheidung einzubeziehen.

Die Feststellung der Schädigungseignung ist nur dann verhältnismäßig einfach, wenn die Schadstoffe zu offenkundigen gesundheitlichen Schäden oder Sachschäden geführt haben. Man denke etwa daran, dass Gase aus einer chemischen Fabrik ausweichen und zu Atembeschwerden bei Anwohnern führen, oder an Russpartikel, die aus einer Feuerungsanlage stammen und Lackschäden bei Autos verursachen.

In der Praxis hat § 325 Abs. 1 StGB keine große Bedeutung erlangt. Ob dies an der Tatbestandsfassung liegt oder daran, dass illegale Fälle von Luftverunreinigungen nur selten vorkommen, ist empirisch nicht geklärt.

Jedenfalls hat der Gesetzgeber im Jahre 1994 den „Emissionstatbestand“ des § 325 Abs. 2 StGB mit dem Ziel neu geschaffen, Fälle von Luftverunreinigung leichter zu erfassen. Bei diesem abstrakten Gefährdungsdelikt kommt es allein darauf an, dass unter (grober) Verletzung von verwaltungsrechtlichen Pflichten Schadstoffe in bedeutendem Umfang in die Luft außerhalb des Betriebsgeländes freigesetzt werden. Aus dem Fehlen einer dem Absatz 1 entsprechenden Eignungsklausel und aus der Umschreibung der Schadstoffe in Absatz 4 ergibt sich, dass es allein auf die Gefährlichkeit der freigesetzten Stoffe ankommt, nicht auch auf die Verhältnisse am Tatort. Ob etwa in der Nachbarschaft der Betriebsstätte potentiell gefährdete Menschen wohnen oder schadensanfällige Sachen sich befinden, spielt keine Rolle. Doch muss nach § 325 Abs. 4 StGB immerhin die abstrakt-generelle Eignung eines bestimmten Stoffes zur Schädigung von Menschen oder Sachen von bedeutendem Wert festgestellt werden. Insoweit wird man ebenso bei dieser Vorschrift oft nicht ohne Sachverständigengutachten auskommen.

Auch der Emissionstatbestand des § 325 Abs. 2 StGB hat keine große praktische Bedeutung erlangt. Dies hängt nicht zuletzt mit bestimmten



restriktiven Tatbestandsmerkmalen zusammen, deren Notwendigkeit fraglich ist. Überhaupt kann man die Frage aufwerfen, warum der Gesetzgeber den Tatbestand der Luftverunreinigung nicht viel einfacher fasst, etwa nach dem Vorbild des § 324 StGB mit folgendem Wortlaut:

„Wer die Luft verunreinigt oder sonst deren natürliche Zusammensetzung nachteilig verändert, wird mit ... bestraft.“

Eine solche Tatbestandsfassung würde dem Anliegen entsprechen, die Umweltmedien Wasser, Boden und Luft in gleicher Weise zu schützen. Der Gesetzgeber will diesen Schritt aber offenbar (noch?) nicht tun. Dies hängt damit zusammen, dass der Gewässerschutz schon immer sehr streng gewesen ist, während der Gedanke, dass man auch über den Boden und die Luft nicht beliebig verfügen kann, erst in der neueren Zeit ins Bewusstsein geraten ist. Verwaltungsrechtlich findet das seinen Ausdruck darin, dass Gewässernutzungen grundsätzlich verboten und nur ausnahmsweise erlaubt sind (repressives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt), während die Nutzung von Boden und Luft grundsätzlich erlaubt ist und nur präventiv kontrolliert wird (präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt oder Kontrollerlaubnis).

#### 4. Unerlaubter Umgang mit gefährlichen Abfällen (§ 326 StGB)

Im Folgenden geht es um den Umweltstraftatbestand, der in Deutschland die größte Bedeutung erlangt hat. Es handelt sich um die umweltgefährdende Abfallbeseitigung gemäß § 326 Abs. 1 Nr. 4a StGB. Die Vorschrift lautet:

„Wer unbefugt Abfälle, die ...

4. nach Art, Beschaffenheit oder Menge geeignet sind,
  - a) nachhaltig ein Gewässer, die Luft oder den Boden zu verunreinigen oder sonst nachteilig zu verändern ..., außerhalb einer dafür zugelassenen Anlage oder unter wesentlicher Abweichung von einem vorgeschriebenen oder zugelassenen Verfahren behandelt, lagert, ablagert, abläßt oder sonst beseitigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

Die Interpretation der Eignungsklausel des § 326 Abs. 1 Nr. 4a StGB ist umstritten und in Einzelheiten ungeklärt. Dabei geht der Streit darum, ob der Tatbestand eher weit im Sinne eines abstrakten Gefährdungsdelikts oder eher eng im Sinne eines potentiellen Gefährdungsdelikts zu interpretieren ist. Zunächst einige

Beispiele: (1) Der Täter lagert Abbruchmaterial, das erheblich mit wassergefährdenden Stoffen belastet ist, ungenehmigt ab. Ein Sachverständigengutachten stellt fest, dass von dem Abfall aufgrund der konkreten Tatumstände keinerlei Gefahr für das Grundwasser ausgeht, weil am Lagerungsort über dem Grundwasser eine undurchlässige Gesteinsschicht liegt.

(2) Ein Unternehmer lagert bestimmte Mengen gefährlicher, unverwertbarer Flüssigkeiten entgegen den abfallverwaltungsrechtlichen Vorschriften auf seinem Betriebsgelände, allerdings in sicheren Kunststoffbehältern.

(3) Ein Täter schüttet 10 oder auch 100 Liter Altöl in die Kanalisation. Von der Kanalisation gelangt das Öl in die Kläranlage. Nach dem techni-

schen Stand der Kläranlage kann das Öl so ausgefiltert werden, dass es später nicht mehr in den Naturkreislauf zurückgelangt.

(4) Ein Autohändler lagert auf einem geteerten Grundstück ohne Genehmigung alte Autowracks, in denen sich noch Betriebsflüssigkeiten (Öl, Benzin) befinden. Die Flüssigkeitsbehälter und -leitungen der Fahrzeuge sind in einem guten Zustand.

Was die Interpretation der Eignungsklausel betrifft, so wird in der Literatur in Anlehnung an die amtliche Gesetzesbegründung die Auffassung vertreten, dass eine Bestrafung ausscheide, wenn bei der Abfalllagerung eine Gefährdung von Wasser, Boden oder Luft ausgeschlossen sei. Diese Ansicht zieht im Rahmen der Eignungsprüfung die konkrete Tat- und Lagerungssituation heran und käme daher in allen Beispielfällen – zumindest in der Tendenz – dazu, den Tatbestand zu verneinen. Insoweit wird die Vorschrift als potentiell Gefährdungsdelikt verstanden, bei dem *alle* konstanten Faktoren in die Beurteilung der Schädigungseignung einzubeziehen sind.

Die Gegenmeinung, die in dem Tatbestand im Prinzip ein abstraktes Gefährdungsdelikt sieht, stützt sich auf den Gesetzeswortlaut. Denn danach sind konkret nur die „Art, Beschaffenheit oder Menge“ des Abfalls zu berücksichtigen. Abgesehen davon muss im Sinne eines abstrakten Gefährdungsdelikts auf die abstrakt-generelle Ansichtgefährlichkeit des Abfalls abgestellt werden. Folgt man dieser herrschenden Ansicht, dann spielt es keine Rolle, ob die Gesteinsschicht undurchlässig ist, ob der gefährliche Abfall in sicheren Kunststoffbehältern aufbewahrt wird, ob die Kläranlage das Öl verarbeiten kann oder ob die Leitungen der Autowracks noch intakt sind.

Für die Interpretation als abstraktes Gefährdungsdelikt spricht, dass sie den Tatbestand der unerlaubten Abfallbeseitigung zu einem effektiven Instrument macht, um illegale Abfallbeseitigungen zu bekämpfen. Der Gesetzgeber verpflichtet mit guten Gründen jeden Abfallbesitzer dazu, Abfälle zu entsorgen, ob sie nun einem Dritten zur Entsorgung überlassen werden müssen oder selbst zu entsorgen sind. Jede Behandlung, Lagerung und Ablagerung außerhalb von besonders zugelassenen Abfallentsorgungsanlagen sind verboten. Besonders ernst ist die Entsorgungspflicht bezüglich solcher Abfälle zu nehmen, die nachhaltige Umweltbeeinträchtigungen im Sinne des § 326 StGB hervorrufen können. Interpretiert man den § 326 StGB als abstraktes Gefährdungsdelikt, so kann sich der Abfallbesitzer dem strafrechtlichen Druck nicht mit der – illegale Entsorgungshandlungen fördernden – Begründung entziehen, die konkreten Beseitigungs- und Lagerungsumstände hätten eine Gefährdung der Umwelt durch das Abfallprodukt ausgeschlossen.

## 5. Unerlaubtes Betreiben von Anlagen (§ 327 StGB)

In dieser Vorschrift finden wir klassische abstrakte Gefährdungsdelikte, die das unerlaubte Betreiben von Anlagen betreffen. Bestraft wird das Betreiben bestimmter Anlagen, sofern die behördliche Erlaubnis fehlt. Es kommt überhaupt nicht darauf an, ob die Tathandlung zu irgendeiner Gefahr führt. Der Tatbestand erfasst vor allem, ohne dass dies hier näher ausgeführt werden muss, das Betreiben einer kerntechnischen Anlage ohne

die erforderliche Genehmigung sowie das Betreiben von genehmigungsbedürftigen Anlagen nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz (z.B. Abfallbeseitigungsanlagen, Feuerungsanlagen, Lackieranlagen).

Rechtsprechung: BayObLG NJW 1989, 1290; NStZ-RR 2002, 76; OLG Koblenz NStZ 1996, 9; OLG Celle NStZ 1996, 191; OLG Schleswig NStZ 1997, 546; OLG Braunschweig NStZ-RR 1998, 175; BayObLG JR 2001, 475 mit Anm. *Sack*; LG Stuttgart NStZ 2006, 291 mit Anm. *Heinzler*

Literatur: *Dölling*, Grundprobleme des Umweltstrafrechts aus juristischer und kriminologischer Sicht, in: Natur- und Umweltschutzrecht, 1989, S. 81 ff.; *Franzheim/Pfohl*, Umweltstrafrecht, 2. Aufl. 2001; *Heine* (aktueller Bearbeiter), in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, 27. Aufl. 2006, Kommentierung der §§ 324 ff. StGB; *Henzler/Pfohl*, Der unerlaubte Betrieb von Anlagen zur Lagerung und Behandlung von ausgedienten Kraftfahrzeugen, wistra 2004, 331 ff.; *Kirchner/Jakielski*, Autowracks und andere Probleme des Abfallstrafrechts – OLG Braunschweig NStZ-RR 1998, 175, JA 2000, 813 ff.; *Rengier*, Das moderne Umweltstrafrecht im Spiegel der Rechtsprechung – Bilanz und Aufgaben, 1992; *Rogall*, Gegenwartsprobleme des Umweltstrafrechts, in: Festschrift zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988, S. 505 ff.; *Schall*, Systematische Übersicht der Rechtsprechung zum Umweltstrafrecht, NStZ 1992, 209 ff., 265 ff.; 1997, 420 ff., 462 ff., 577 ff.; NStZ-RR 1998, 353 ff.; 2001, 1 ff.; 2002, 33 ff.; 2003, 65 ff.; 2005, 33 ff., 97 ff.; *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – Zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte, 2000; *Zieschang*, Die Gefährdungsdelikte, 1998

Kontaktadresse:

Prof. Dr. Rudolf Rengier  
Fachbereich Rechtswissenschaft  
Universität Konstanz  
Universitätsstraße 10 Fach D 98  
D 78457 Konstanz  
eMail: [rudolf.rengier@uni-konstanz.de](mailto:rudolf.rengier@uni-konstanz.de)



---

# Vertragsrisiko und Wegfall der Geschäftsgrundlage

Professor Dr. Rainer Hausmann, Konstanz

## I. Vorbemerkung

Im geltenden deutschen Recht ermöglicht § 313 BGB als gesetzliche Ausformung des Gedankens von Treu und Glauben bei Störungen der Geschäftsgrundlage eine Anpassung des Vertragsinhalts an veränderte Verhältnisse. Er schränkt in seinem Anwendungsbereich den Grundsatz der Vertragstreue (*pacta sunt servanda*) ein und bezweckt einen Ausgleich zwischen dem Bestands- und Erfüllungsinteresse der einen und dem Anpassungs- oder Beendigungsinteresse der anderen Vertragspartei. Die Rechtsgrundsätze zur Störung der Geschäftsgrundlage sind im Anschluss an *Oertmann* von der deutschen Rechtsprechung entwickelt worden, nachdem der 1. Weltkrieg, Revolution und Geldentwertung die Grundlage einer Vielzahl von Schuldverhältnissen erschüttert hatten. An diesen Grundsätzen hat die Rechtsprechung auch nach Stabilisierung der wirtschaftlichen Verhältnisse festgehalten. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat diese Rechtsgrundsätze wegen ihrer erheblichen Bedeutung für Praxis und Theorie des Schuldrechts in einem modernisierten BGB ausdrücklich in § 313 verankert. In weitgehender Übereinstimmung mit den bisher von der Rechtsprechung angewandten Grundsätzen formuliert § 313 Abs. 1 BGB Voraussetzungen und Rechtsfolge einer Störung der Geschäftsgrundlage wie folgt:

„Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.“

Einer Veränderung der Umstände stellt das Gesetz in § 313 Abs. 2 den Fall gleich, dass sich wesentliche Vorstellungen der Parteien, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, später als falsch herausstellen. Damit führt das ursprüngliche Fehlen der subjektiven Geschäftsgrundlage in gleicher Weise zur Vertragsanpassung wie der nachträgliche Wegfall der objektiven Geschäftsgrundlage.

Schließlich stellt § 313 Abs. 3 BGB klar, dass die durch die Störung der Geschäftsgrundlage benachteiligte Partei ausnahmsweise vom Vertrag zurücktreten kann, wenn eine Anpassung des Vertrages nicht möglich oder ihr nicht zumutbar ist.

Aus der Fülle der Probleme, welche die Geschäftsgrundlagenlehre auch nach ihrer Kodifikation in § 313 BGB weiterhin aufwirft, soll – dem Rahmenthema dieses Seminars entsprechend – an dieser Stelle nur die Bedeutung des Vertragsrisikos für die Lehre von der Geschäftsgrundlage näher beleuchtet werden. Der Gesetzeswortlaut gibt seit der Schuldrechtsreform einen deutlichen Hinweis auf die Notwendigkeit einer Berücksichtigung der von den Parteien übernommenen vertraglichen Risiken, wenn er das Recht der durch die Störung der Geschäftsgrundlage benachteiligten Partei zu einer Anpassung des Vertrages davon abhängig macht, dass die Zumutbarkeit eines Festhaltens am unveränderten Vertrag insbesondere von „der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung“ abhängt. § 313 BGB ist mithin nicht anwendbar, wenn sich durch die Geschäftsgrundlagenstörung ein Risiko verwirklicht, das eine Partei zu tragen hat. Wie die Risikosphären der Parteien gegeneinander abzugrenzen sind, ergibt sich aus dem Vertrag, dem Vertragszweck und dem anwendbaren dispositiven Recht.

## II. Vertragszwecke und Vertragsrisiko

Der Begriff des Vertragsrisikos ist zunächst in Beziehung zu den von den Parteien verfolgten Vertragszwecken zu setzen. Diesbezüglich wird seit den grundlegenden Arbeiten von *Esser* zur Lehre von den Geschäftszwecken zwischen dem Bindungszweck und den Sachzwecken unterschieden. Der Bindungszweck betrifft inhaltlich allein den rechtserheblichen Willen zur Bindung; er ist ein Geschäftszweck, der auch beim Austauschvertrag beiden Parteien gemeinsam ist. Demgegenüber sind sachtypische und besondere Geschäftszwecke nicht Gegenstand gemeinsamer Zwecksetzung der Parteien. Sie betreffen zwar den Vertragsbereich, der „vereinbart“ wird, der aber auf unterschiedlichen, meist sogar entgegen gesetzten Geschäftszwecken der Parteien beruht. Daraus folgt, dass die Zwecke des Vertragspartners nur „Zwischenmotive“ einer Vertragspartei beim Austauschvertrag sind.

Charakteristisch für den Austauschvertrag ist somit nicht die Zugrundelegung gemeinsamer Zwecke, sondern eine Bindung trotz entgegen gesetzter Zwecke. Man nimmt also zwar die Zwecke des Vertragspartners in die eigene Zweckkette auf, aber nur als Zwischenmotiv, nicht als Inhalt des eigenen Erfolgswollens. Andererseits geht aber jeder Vertragsschließende gewisse Risiken ein, um seine eigenen Zwecke zu verfolgen. Diese Risikoabwägung hat zum Inhalt, wie weit sich jemand binden will, auch wenn gewisse Belastungen in Kauf genommen werden müssen. Beim Austauschvertrag verfolgt somit jede Partei ihre eigenen sachtypischen oder besonderen Geschäftszwecke und legt zugleich den Risikorahmen fest, den einzuhalten sie bereit ist, um die genannten Zwecke befriedigt zu erhalten. Durch den Vertragsschluss vereinbaren die Parteien daher die Gleichbehandlung der Risiken, die beide eingehen wollen, um ihre Einzelzwecke auch unter Einsatz gewisser Belastungen verfolgen zu können. Der Bindungszweck und die vereinbarte Gleichbehandlung der beiderseitigen Risikobereiche machen somit den Vertrag aus.

### III. Die Abgrenzung der beiderseitigen Risikosphären

#### 1. Allgemeines

Der Vertrag stellt sich sonach als Absicherung gegen Umstände dar, deren Änderung die Verfolgung von Einzelzwecken beeinträchtigen könnte. Es ist also geradezu der Sinn des Vertrages, für jede Partei ein Risiko zu schaffen und sie daran festzuhalten. Die Übernahme solcher Risiken ist Ausdruck der Privatautonomie, also einer selbstverantwortlichen Lebensführung. Hält sich die Veränderung der Umstände innerhalb der übernommenen Risiken, gilt der Vertrag. *Ihering* hat dies wie folgt formuliert:

„Die Anerkennung der bindenden Kraft der Verträge vom Standpunkt des Zweckgedankens aus betrachtet, heißt nichts als Sicherung des ursprünglichen Zwecks gegen den nachteiligen Einfluss einer späteren Interessenverschiebung oder veränderter Interessenbeurteilung in der Person des einen Teils, oder: Rechtliche Einflusslosigkeit der Interessenänderung“.

Jeder Vertrag entfernt sich also insofern von der bei seinem Abschluss gegebenen Wirklichkeit. Diese Entfernung von der Wirklichkeit ist gleichbedeutend mit dem Vertragsrisiko einer Partei. Nur wenn diese Entfernung zu groß wird, stellt sich die Frage nach der Fortgeltung der vertraglichen Bindung.

Bei dieser Beurteilung sind die Geschäftszwecke und daraus folgend die Risiken der beiden Vertragsparteien strikt zu trennen. Kein dem Vertrag vorgeordneter „gemeinsamer Zweck“ regiert das Schicksal des Vertrages, sondern die Inbezugsetzung der beiderseitigen Risikobereiche. Gemeinsam ist am Vertrag insoweit nur die Vereinbarung, dass die Risikorahmen dem gleichen Schicksal unterliegen, also miteinander stehen oder fallen sollen. Für die Verteilung der Risiken ist in erster Linie der Parteiwille maßgebend. Schweigt er, gilt subsidiär die Gesetzestypik oder die von der Lebenserfahrung entwickelte Verkehrstypik. Geht es also um die Feststellung, wen ein bestimmtes Vertragsrisiko trifft, so sind Vertrag, Verkehrssitte und Gesetz zu befragen. Die speziellere Regelung ist der Vertrag. Erst wenn er schweigt, sind die weiterreichenden, allgemeinen Bestimmungen heranzuziehen.

#### 2. Vertragliche Risikoübernahme

Ist also für die Änderung bestimmter Umstände bereits im Vertrag eine Regelung getroffen, so gilt grundsätzlich allein diese und eine Anwendung der Lehre von der Geschäftsgrundlage kommt daneben nicht in Betracht. Haben die Parteien etwa im Hinblick auf eine als möglich angesehene Entwicklung ein Rücktrittsrecht vereinbart, so kann die von dieser Entwicklung nachteilig betroffene Partei nicht stattdessen am Vertrag festhalten und eine Anpassung der Gegenleistung begehren. Dieses Ergebnis folgt vordergründig bereits aus der Überlegung, dass die eingetretene Änderung von Umständen Vertragsinhalt geworden ist und mithin nicht gleichzeitig ein Bestandteil der Geschäftsgrundlage sein kann. Freilich ist es möglich, dass weitere Umstände vorliegen, die auch diese vertragliche Abhilferegulation als unangemessen und anpassungsbedürftig erscheinen

lassen. Insoweit kommt es darauf an, inwieweit die von den Parteien getroffene Vereinbarung als Risikoordnung verstanden werden kann, die auch den konkret eingetretenen Fall einschließt, und ob sie auch insoweit als gültige Verwirklichung der Privatautonomie anzuerkennen oder ihrerseits nach § 313 BGB korrekturbedürftig ist.

Darüber hinaus hat die Rechtsordnung ganz allgemein darauf Bedacht zu nehmen, dass sie sich nicht in eine gültig vereinbarte und abgegoltene, d.h. mit Risikoprämie bezahlte Risikoübernahme einmischt, also nicht unter Berufung auf eine angeblich höhere Gerechtigkeit einer Partei ein Risiko abnimmt, welches diese sich mit einem geldwerten Vorteil hat bezahlen lassen, und ihr auf diese Weise einen unverdienten Profit („wind fall profit“) verschafft. Die Verfasser des § 313 BGB haben dem ausdrücklich Rechnung getragen, indem sie in Anlehnung an entsprechende Formulierungen des BGH „insbesondere die vertragliche oder gesetzliche Risikoverteilung“ zum Beurteilungsmaßstab erhoben haben.

### 3. Normative Risikoanweisung

Haben die Parteien die Rechtsfolgen der Verwirklichung bestimmter Risiken nicht ausdrücklich geregelt, so kommt es hilfsweise auf die typische Risikoverteilung an. So besagt etwa die Regelung der Sachmängelgewährleistung beim Kauf in §§ 434 ff BGB, dass der Verkäufer das Risiko für Mängel der verkauften Sache zu tragen hat, während der Käufer nach § 438 BGB das Risiko dafür trägt, dass der Mangel innerhalb der ersten zwei Jahre nach Ablieferung der Kaufsache entdeckt wird.

Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass das Wesen des Vertrages darin besteht, die beiderseitigen Risikorahmen in Bezug zueinander zu setzen. Wer das Vertragsrisiko trägt und wie weit es reicht, ist Frage des Vertrages, der Verkehrssitte und des nachgiebigen Gesetzes. Dabei ist die Auslegung vor allem zur Bestimmung des Umfangs des jeweils übernommenen Risikorahmens von großer Bedeutung. Sie ergibt oft erst im Einzelfall mit ausreichender Sicherheit, wie groß das aleatorische Moment ist, das die jeweilige Partei bei Eingehung des Vertrages auf sich genommen hat. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass nicht nur die sog. aleatorischen Verträge i.e.S. (Spiel, Wette, Börsentermingeschäft, Leibrentenvertrag) mit unbekanntem Risiken arbeiten. Vielmehr ist jeder Vertrag für die Parteien ein Würfelspiel, weil sie nicht wissen, ob die Belastungsgrenze, mit der sie sich um der Erlangung der Gegenleistung willen einverstanden erklärt haben, von der tatsächlichen Entwicklung bis vollständigen Erledigung des Vertrages ausgeschöpft wird.

### IV. Risikozurechnung und Vertragsanpassung

Die Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB darf also nicht dazu dienen, das von den Parteien gewollte und einvernehmlich festgelegte Vertragsgleichgewicht zum Nachteil einer Partei zu verschieben. Erst wenn eine Überprüfung der von jeder Partei übernommenen rechtsgeschäftlichen Risiken ergibt, dass ein rechtsgeschäftlich nicht berücksichtigter Umstand den Risikobereich einer Partei in unzumutbarer Weise überschreitet, gilt die rechtsgeschäftliche Bindung nicht mehr. Stattdessen ist durch Vergleich mit der für das Rechtsgeschäft vorgesehenen typischen oder einzelgeschäft-



lichen Risikoverteilung zu ermitteln, wie die vertragliche Regelung der neu eingetretenen Situation angepasst werden kann. Die Bezugnahme auf das rechtsgeschäftliche Risiko bestimmt also sowohl Inhalt und Grenzen der Geltung des Rechtsgeschäfts als auch den Inhalt der im Wege der Vertragsanpassung zu gewinnenden neuen Regelung.

Die Anwendung der Grundsätze der Geschäftsgrundlage bedeutet somit der Sache nach, das Risiko eines Auseinanderfallens von Vorstellung und Wirklichkeit nach Wertungsgesichtspunkten auf die Beteiligten zu verteilen. Dieses Risiko kann den Parteien mit unterschiedlicher Deutlichkeit bewusst oder erkennbar sein. Demgemäß können sie mehr oder minder konkrete und präzise Regelungen über die Risikoverteilung aufstellen. Für die praktische Risikozurechnung lautet damit die entscheidende Frage, unter welchen Voraussetzungen ein eingetretenes Risiko als vertragskonform zugeteilt zu gelten hat, und wann umgekehrt es einer Neuordnung bedarf. Denn das Begehren einer solchen Neuordnung durch eine Partei bedeutet nahezu zwangsläufig eine Neuordnung zum Nachteil der Gegenpartei. Für diese aber ist das verwirklichte Risiko i.d.R. ein vertragskonformes, das ihr den verdienten Vorteil aus einem glücklichen Geschäftsabschluss zuweist. Diese Annahme muss mithin im konkreten Fall ausgeschlossen werden können, um den Weg für eine Vertragsanpassung nach § 313 BGB frei zu machen.

Die für eine Neuordnung des Risikos maßgeblichen Kriterien – und zwar gleichermaßen für das „Ob“ und für das „Wie“ der Neuordnung – lassen sich wie folgt zusammenfassen:

(1) Abgrenzung von Risikosphären der beiden Parteien nach der Typizität des Risikos einerseits, der Typizität des Rechtsverhältnisses andererseits, sowie nach allgemeinen Gepflogenheiten, Geschäftssitten und -erwartungen.

(2) Erkenntnis oder Vorausssehbarkeit des Risikos nach Art und Umfang durch eine oder beide Parteien.

(3) Beherrschbarkeit und Beeinflussbarkeit des Risikos durch die eine oder andere Partei, insbesondere objektive oder subjektive Zurechenbarkeit der Herbeiführung des Risikoeintritts.

(4) Wirtschaftliche Belastbarkeit der Parteien mit dem Risiko.

Zu handhaben sind diese Kriterien i.S. eines beweglichen Bewertungssystems. Demgemäß können im Einzelfall starke Gesichtspunkte (Vorhersehbarkeit, Beherrschbarkeit) gegen eine Abhilfe sprechen und diese dennoch aus überwiegend anderen Erwägungen gewährt werden.

Verfährt man in dieser Weise, so verfängt auch der Einwand nicht, der Gegenpartei würde durch den Richter ein Vertragsinhalt aufgezwungen, den sie freiwillig so nie vereinbart hätte. Denn wenn die richterliche Vertragsanpassung dem entspricht, was gerecht und billig denkende Vertragspartner in Kenntnis der veränderten Umstände vereinbart hätten, dann ist die Verpflichtung der Gegenpartei auf den modifizierten Vertrag immer noch eine zumutbare Konsequenz dessen, dass sie sich auf den ursprünglichen Vertrag eingelassen hat.

## V. Einzelfälle

### 1. Äquivalenzstörung

Bei gegenseitigen Verträgen gehört der Gedanke der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung zur Geschäftsgrundlage. Wird das Äquivalenzverhältnis durch unvorhersehbare Ereignisse schwerwiegend gestört, ist der Vertrag nach § 313 Abs. 1 BGB an die veränderten Umstände anzupassen, soweit die Störung das von der benachteiligten Partei zu tragende Risiko überschreitet. Wie die Risikobereiche abzugrenzen sind und wann sie überschritten werden, soll abschließend anhand einiger Beispielfälle aus der Rechtsprechung verdeutlicht werden.

#### a) Geldentwertung

So trägt das Risiko der Geldentwertung grundsätzlich der Gläubiger. Die sinkende Kaufkraft des Geldes begründet daher grundsätzlich keine Rechte wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage; insbesondere bietet § 313 Abs. 1 BGB keine Handhabe, in langfristige Verträge entgegen dem für die Rechtsordnung grundlegenden Nominalwertprinzip eine stillschweigende Wertsicherungsklausel hinein zu interpretieren. Dies haben die deutschen Gerichte wiederholt z.B. für den zu Anfang des vorigen Jahrhunderts festgesetzten Kaliabbauzins, für den Erbbauzins und den Grundstücksverkauf auf Rentenbasis entschieden.

Eine Anpassung der vereinbarten Geldleistung ist jedoch ausnahmsweise dann geboten, wenn das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung so stark gestört ist, dass die Grenze des übernommenen Risikos überschritten und das Interesse der benachteiligten Partei bei einer unveränderten Aufrechterhaltung der vereinbarten Geldleistung auch nicht mehr annähernd gewahrt ist. Diese Voraussetzung hat der BGH beim Erbbauzins als erfüllt angesehen, wenn die Lebenshaltungskosten um 150% gestiegen sind und damit eine Entwertung um mehr als 60% eingetreten ist. Weniger streng werden die Voraussetzungen für eine Anpassung gehandhabt, soweit es sich um Verträge mit Versorgungscharakter handelt. So rechtfertigt bei Ruhegeldvereinbarung bereits eine Entwertung um 30% ein Anpassungsverlangen, bei Unterhaltsverträgen liegt die Grenze sogar nur bei etwa 10%.

#### b) Leistungserschwerungen

Treten nach Begründung des Schuldverhältnisses Leistungserschwerungen auf, so gehen diese nach der vertraglichen Risikoverteilung grundsätzlich zu Lasten des Schuldners; er erträgt insoweit das Aufwandsrisiko. Demgemäß kann sich der Geldschuldner nicht darauf berufen, dass sich für ihn unerwartete Finanzierungsschwierigkeiten ergeben haben. Wollte der Käufer eines Autos daher den Kaufpreis z.T. dadurch begleichen, dass er seinen Altwagen in Zahlung gab, so kann er sich gegenüber dem Anspruch des Verkäufers auf Zahlung des Neuwagenpreises nicht darauf berufen, dass der in Zahlung zu gebende Altwagen nach Vertragsschluss durch Zufall untergegangen ist oder dass eine von ihm geplante Kreditaufnahme gescheitert ist. Entsprechend bleibt der Sachleistungsschuldner, der einen Festpreis vereinbart hat, auch bei unerwarteten

Kostensteigerungen, witterungsbedingten Schwierigkeiten und ähnlichen Erschwerungen zur Leistung gegen den vereinbarten Festpreis verpflichtet. So hat der BGH einen Händler, der sich zur Lieferung größerer Mengen Heizöl gegen einen Festpreis verpflichtet hatte, an seiner Lieferpflicht festgehalten, obwohl der Einkaufspreis für Heizöl aufgrund der Ölkrise im Jahre 1973 auf das 6-fache des bei Vertragsschluss maßgebenden Preises gestiegen war. Er hat in diesem Zusammenhang insbesondere in der Vereinbarung eines Festpreises eine Risikoübernahme gesehen und maßgebend darauf abgestellt, dass der Händler das Risiko hätte gering halten können, wenn er sich rechtzeitig mit genügenden Mengen Heizöls eingedeckt hätte.

Eine Anpassung nach § 313 Abs. 1 BGB kommt nur ausnahmsweise in Betracht, wenn durch Umstände außerhalb des Einfluss- und Risikobereichs des Schuldners ein so krasses Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung entsteht, dass ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zumutbar ist. Es handelt sich um die Fälle, in denen die frühere Rechtsprechung wirtschaftliche Unmöglichkeit angenommen hatte. Die Gerichte haben eine Vertragsanpassung wegen übermäßiger Leistungerschwerung vor allem in Fällen von höherer Gewalt und von staatlichen Eingriffen in den Vertrag (Beschlagnahme, Embargo o.ä.) vorgenommen. Die Anwendung von § 313 BGB geht im Falle von Äquivalenzstörungen auch der Berufung des Schuldners auf die Einrede nach § 275 Abs. 2 BGB vor. Danach kann der Schuldner die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. In der Sache stimmen die anzulegenden Wertmaßstäbe in beiden Fällen freilich überein.

### c) Wertsteigerungen bei Geld- und Sachleistungen

Ähnliche Grundsätze wie bei Leistungerschwerungen gelten auch bei nachträglichen Wertsteigerungen von Geld- und Sachleistungen. So bleibt etwa eine Preisvereinbarung bezüglich eines Grundstückkaufs auch dann bindend, wenn das Preisniveau zwischen Begründung und Fälligkeit des Anspruchs wesentlich gestiegen ist. In diesem Sinne hat der BGH insbesondere mehrfach zum Verkauf von Grundstücken entschieden, die im Gebiet der ehemaligen DDR noch kurz vor der Wende des Jahres 1990 verkauft worden waren und aufgrund der veränderten politischen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen nach Vertragsschluss um ein Vielfaches im Wert gestiegen waren. Zur Begründung hat er darauf hingewiesen, dass es beim Austauschvertrag den typischen Vorstellungen der Parteien entspräche, dass spätestens nach Erbringung der Gegenleistung deren Schicksal den Leistenden künftig nichts mehr angehe und deshalb der Leistungsempfänger das Risiko, aber auch die Chance der künftigen Wertentwicklung trage. Positive oder negative Wertänderungen begründeten deshalb regelmäßig keine Rechte wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage.

## 2. Zweckstörungen

Neben Äquivalenzstörungen bilden vor allem die sog. Zweckstörungen eine weitere wichtige Fallgruppe der Störung der Geschäfts-

grundlage. Im Ausgangspunkt gilt insoweit der Grundsatz, dass der Gläubiger das Risiko der Verwertbarkeit der Leistung des Schuldners trägt. So kann sich der Darlehensnehmer nicht darauf berufen, dass er das Darlehen deshalb nicht mehr benötige, weil er wegen einer unerwarteten Erbschaft über hinreichende Liquidität verfüge oder weil er von dem Hauskauf, für den er das Darlehen benötigt hätte, inzwischen Abstand genommen habe. Entsprechend kann der Käufer keine Rechte aus § 313 BGB herleiten, wenn er für die gekaufte Ware, z.B. wegen zwischenzeitlicher Betriebsaufgabe, keine Verwendung mehr hat.

Etwas anderes gilt auch hier, wenn der Risikobereich des Gläubigers ausnahmsweise überschritten ist. Dafür genügt es freilich nicht, dass die geplante Verwendung der anderen Partei mitgeteilt oder im Vertrag erwähnt wird. Vielmehr muss der andere Teil sich die geplante Verwendung so weit zu eigen gemacht haben, dass sein Verlangen, den Vertrag trotz der auftretenden Störung unverändert durchzuführen, gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens verstößt. Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die geplante Verwendung bei der Preisbemessung berücksichtigt worden ist. Beispielsfälle hierfür liefert insbesondere die Rechtsprechung zum Kauf von Bauerwartungsland. Hier trägt zwar grundsätzlich der Käufer das Risiko einer künftigen Bebaubarkeit der erworbenen Grundstücke. Anders liegt es jedoch dann, wenn sich aus dem Gesamtinhalt des Vertrages, insbesondere aus der Höhe des vereinbarten Kaufpreises ergibt, dass auch der Verkäufer mit diesem Risiko belastet sein sollte.

**Kontaktadresse:**

Prof. Dr. Rainer Hausmann  
Fachbereich Rechtswissenschaft  
Universität Konstanz  
Universitätsstraße 10 Fach D 98  
D 78457 Konstanz  
eMail: rainer.hausmann@uni-konstanz.de

---

# Defensive Stock Repurchases

Assistant Professor Dr. Kun Young Chang, Seoul\*

## I. Introduction

The common law seriously questioned a corporation's power to repurchase its own shares, viewing them as impermissible reductions of capital and as ultra vires acts.<sup>1</sup> All American jurisdictions, however, currently recognize by statute a corporation's power to repurchase its own shares.<sup>2</sup>

It is generally said that stock repurchases serve a few valid financial purposes. First, when a corporation has limited internal investment opportunities available, and if internally generated funds cannot be invested profitably, then it may sometimes be better to distribute the excess funds by repurchasing outstanding shares than by paying dividends.<sup>3</sup> In such a case, the shareholders generally benefit from sales of their shares, because they are exempted from ordinary income tax.<sup>4</sup> Second, if the stock's market price falls below what the board believes is the stock's fair value, a corporation may raise the stock's market price to its true value by stock repurchases.<sup>5</sup> Finally, a stock repurchase program also can be used to prevent or defend against an imminent or already pending takeover bid.<sup>6</sup>

---

\* Lecturer in law, Hanyang University College of Law, Korea.

<sup>1</sup> The most famous case is the English case of *Trevor v. Whitworth*, 12 A.C. 409 (1887).

<sup>2</sup> BARBARA BLACK, *CORPORATE DIVIDENDS AND STOCK REPURCHASES* 6-4 (1998).

<sup>3</sup> VICTOR BRUDNEY & WILLIAM W. BRATTON, *CASES AND MATERIALS ON CORPORATE FINANCE* 606 (4<sup>th</sup> ed. 1993). With a buoyant economy and strong corporate earnings, many corporations have sizeable cash reserves on hand. One technique for distributing excess cash to shareholders is the implementation of a stock repurchase plan. Kenneth J. Bialkin & Robert G. Wray, *Recent Developments in Mergers & Acquisitions*, 1053 PLI/CORP 649, 675 (1998). If the repurchase is pro rata from all shareholders, it will have almost exactly the same effect as a dividend; the only difference will be a reduction in the number of shares outstanding. But whether a repurchase is pro rata or from fewer than all shareholders, its impact on creditors will be the same as if the corporation paid a dividend. Thus, if the repurchase is not made on a pro rata basis, there may be both injury to creditors and unfair treatment of shareholders. Consequently, corporation statutes in the United States generally impose restraints on the repurchase of stock similar to those imposed on dividends. LEWIS D. SOLOMON ET AL., *CORPORATIONS, LAW AND POLICY, MATERIALS AND PROBLEMS* 261 (3d ed. 1994).

<sup>4</sup> By repurchasing stock rather than paying dividends, the corporation's distributions of cash to shareholders may generate capital gain rather than ordinary income to the shareholders and thus reduce their taxes. In the public corporation context, however, the occasions for tax-motivated repurchases are real but limited. ROBERT C. CLARK, *CORPORATE LAW* 628 (1986).

<sup>5</sup> *Id.*

<sup>6</sup> RONALD J. GILSON, *THE LAW AND FINANCE OF CORPORATE ACQUISITIONS* 652 (1986).

Unlike American corporations that may acquire their shares from their shareholders,<sup>7</sup> Korean corporations are prohibited to repurchase their own stocks in principle. Although there are several exceptions, the Korean Commercial Code has strictly prohibited stock repurchases in principle up to now, because it has been generally accepted that stock repurchases may cause capital impairment, unfair transactions in the securities market, and unequal transfer of shareholder wealth.

Since the early 1990s, however, it has been contended in Korea that stock repurchases should be deregulated for various reasons. By introducing finance theories to the corporate law area, the positive functions of stock repurchases are being highlighted. In addition, as the Korean government moves quickly to abolish barriers to foreign companies' buy-ups of Korean firms, the Korean corporations have begun to find a way to defend their controls against hostile tender offers, and they have recognized that the stock repurchase program can be a useful tactic. On February 1, 1999, the Korean Securities and Exchange Act was amended, permitting repurchases of the outstanding stocks which were issued by publicly held corporations.<sup>8</sup> As a result, defensive stock repurchases became possible for publicly held corporations in Korea.<sup>9</sup>

Part II introduces the current regulatory system of stock repurchases in Korea. Part III examines economic analysis of defensive stock repurchases provided by American commentators. Based on the theoretical analysis of defensive stock repurchases, Part IV discusses some recommendations and the need for amendments to the rules concerning stock repurchases in Korea.

## II. Regulation of Stock Repurchases in Korea

Korea has a dual system of regulation on stock repurchases. The Korean Commercial Code<sup>10</sup> prohibits stock repurchases in principle, with several exceptions. The Korean Securities and Exchange Act,<sup>11</sup> which has superiority in application over the Korean Commercial Code, permits repurchases of the outstanding stocks which were issued by publicly held

---

<sup>7</sup> See Note, *Corporate Stock Repurchases under the Federal Securities Laws*, 66 COLUM. L. REV. 1292, 1292-93 (1966).

<sup>8</sup> See *infra* Part II.B.

<sup>9</sup> However, repurchased shares become treasury stock, which cannot be voted for by the target managers. Therefore, although defensive stock repurchases increase the percentage of target stock in the hands of target managers or their loyalists, these repurchases also increase the percentage of voting stock owned by the hostile bidder. Since such bidders often acquire substantial stakes in the target before launching a tender offer, defensive stock repurchases may represent a somewhat risky strategy. Because tender offer rules of the United States require the bidder to reveal its pre-offer stake in the target, target managers can avoid defensive stock repurchases when that strategy would be particularly risky. See Michael Bradley & Michael Rosenzweig, *Defensive Stock Repurchases*, 99 HARV. L. REV. 1377, 1379 n.2 (1986) [hereinafter Bradley & Rosenzweig, *Defensive Stock Repurchases*].

<sup>10</sup> KOREAN COMMERCIAL CODE of January 20, 1962, Act No. 1000 (as amended by Act No. 6545, Dec. 29, 2001) [hereinafter KCC].

<sup>11</sup> KOREAN SECURITIES AND EXCHANGE ACT of January 15, 1962, Act No. 972 (as amended by Act No. 7762, Dec. 29, 2005) [hereinafter KSEA].

corporations.<sup>12</sup> As a result, the principle that stock repurchases are prohibited under the Korean Commercial Code applies only to closely held corporations.

#### A. Prohibition and Exceptions under the Korean Commercial Code

Under the Korean Commercial Code, Korean corporations are prohibited from repurchasing their own stocks in principle.<sup>13</sup> The prevalent legal theory of Korean corporate law is that the assets of a corporation constitute a trust fund for the benefit of creditors. This means that the consideration paid by shareholders for their equity interests in the corporation cannot be invaded, but must be held for the corporation's permanent use. Thus, creditors can be repaid from the trust upon corporate liquidation.

The Korean Commercial Code, however, permits stock repurchases exceptionally in the following situations, because these transactions have an obvious legitimate corporate purpose or would likely involve only a small depletion of assets, so there would be little possibility of harm to the creditors or other shareholders.

##### 1. Retirement of Shares

Korean corporations may acquire their own shares on their own account when shares are retired.<sup>14</sup> Shares can be retired only in accordance with the provisions relating to the reduction of capital, provided that this shall not apply to the case of the retirement of shares effected out of profits to be distributed to shareholders in accordance with the articles of incorporation.<sup>15</sup> Also, a corporation may acquire its own shares when a class of shares having preferential right as to a dividend is retired out of profits.<sup>16</sup> After acquiring its own shares in accordance with the retirement provision, the corporation shall, without delay, proceed to the cancellation of the shares.<sup>17</sup> The Korean Supreme Court stretched the meaning of Article 341[1] of the Korean Commercial Code, holding that a corporation may acquire its own shares with the intention of a future retirement.<sup>18</sup>

---

<sup>12</sup> In Korea, there have been somewhat delicate relationships between the KCC and the KSEA. Compared with the KCC, which is considered to be a fundamental law, the KSEA has been amended more often and more easily than the KCC.

<sup>13</sup> Art. 341 (Acquisition of Company's Own Shares) of the KCC provides that a company may not acquire its own shares on its own account, except in the following cases: (1) In the case of the retirement of shares; (2) In the case of the merger of companies or of the acquisition of the entire business of another company; (3) Where it is necessary to do so for achieving the objective in the course of exercising the rights of the company; (4) Where it is necessary to deal with the fractional shares; and (5) In the case of the exercise of appraisal rights by the shareholder.

<sup>14</sup> KCC art. 341[1].

<sup>15</sup> KCC art. 343(1).

<sup>16</sup> KCC art. 345(1).

<sup>17</sup> KCC art. 342.

<sup>18</sup> Korean Supreme Court Decision of April 14, 1992, 90 Da Ka 22698. Citations to Korean court cases do not reveal the parties involved. Thus, the Korean cases are cited in the following order: the name of the deciding court, the exact date of the decision and the docket number. See INTRODUCTION TO THE LAW AND LEGAL SYSTEM OF KOREA 19 (Sang-Hyun Song ed., 1983).

## 2. Merger of Companies or Acquisition of the Entire Business of Another Company

Where the acquiring company's shares are included in the assets of the acquired company, or where the transferee company's shares are included in the business of the transferor company, then the acquiring company or the transferee company may acquire its own shares.<sup>19</sup>

## 3. Exercising the Rights of Company

A corporation can acquire its own shares where it is necessary to do so for achieving the objective in the course of exercising the rights of the corporation.<sup>20</sup> For example, where a corporate debtor has no assets other than the stocks of the corporation, the corporation has no choice but to acquire its shares in order to exercise its rights. Namely, if a shareholder is indebted to the corporation, a settlement which involves the repurchase of the shares may be the most efficacious way of resolving the claim.

## 4. Dealing with Fractional Shares

Where it is necessary to deal with fractional shares,<sup>21</sup> a corporation may acquire its own shares.<sup>22</sup> Fractional shares are usually created when the corporation pays a stock dividend. The fractional share is an administrative nuisance for the corporation, and so the corporation should be able to pay the generally small amounts involved to get rid of it. Therefore, when a stockholder has fractional shares, it is necessary for the corporation to acquire these fractional shares in order to pay the stockholder. If, however, the way of dealing with the fractional shares is limited by other provisions to the auction or transaction on an exchange,<sup>23</sup> Article 341[4] of the Korean Commercial Code applies only to the case where there is no statutory limitation, such as conversion of the convertible bonds.

## 5. Exercising of Appraisal Rights by the Shareholder

If a shareholder who dissents from the subject-matter of resolution (such as transfer, takeover or lease of the business of the company) has notified the company of his intention of dissenting before the general shareholders' meeting is held, he may request that the corporation purchase the shares owned by him.<sup>24</sup> In addition, in the case where the transfer of shares is subject to the approval of the board of directors, the

---

<sup>19</sup> KCC art. 341[2].

<sup>20</sup> KCC art. 341[3].

<sup>21</sup> A fractional share is a unit of stock less than a full share.

<sup>22</sup> KCC art. 341[4].

<sup>23</sup> If there are shares the number of which is unit for the consolidation, the new share issued for that portion unit for the consolidation shall be sold by means of auction, the proceeds from which shall be delivered to the former shareholders in proportion to the number of their shares, provided that the shares which are transacted on an exchange at the price quoted thereat may be sold through such exchange and shares without an exchange quotation may be sold in a manner other than auction with the permission of the court. KCC art. 443(1).

<sup>24</sup> KCC art. 374-2. A merger which is advantageous for the corporation should not be defeated by the corporation's inability to make payments to dissenters required under the appraisal statutes.



shareholder or any person who has acquired the shares may request that the corporation purchase the shares.<sup>25</sup>

## 6. Granting of Stock Option

A corporation may, in accordance with the articles of incorporation, grant by the resolution of the general shareholders' meeting the option to purchase new shares or shares it owns (hereinafter referred to as "stock option") at a fixed price established in advance to its directors, auditors or other employees who have contributed or will be able to contribute to the promotion of its incorporation and management, technological innovation and the like.<sup>26</sup> Thus, for the purpose of granting stock option, a corporation may acquire its own shares within the limits not exceeding 10/100 of the total outstanding shares.<sup>27</sup> In this case, the total amount for the acquisition shall be within such limits as shall not affect the availability of dividends to shareholders in accordance with Article 462(1) of the Korean Commercial Code.<sup>28</sup>

## B. The Korean Securities and Exchange Act

In 1994, responding to the demand that stock repurchases should be permitted for Korean corporations, the Korean Securities and Exchange Act permitted restrictive stock repurchases by publicly held corporations.<sup>29</sup> Going one step forward, in 1999, the Korean Securities and Exchange Act has permitted publicly held corporations to repurchase the outstanding stocks without quantitative limitation.

The Korean Securities and Exchange Act permits repurchases of the outstanding stocks which were issued by stock-listed corporations<sup>30</sup> or KOSDAQ-listed corporations.<sup>31</sup> Article 189-2 of the Korean Securities and Exchange Act provides that a stock-listed corporation or a KOSDAQ-listed corporation may acquire its outstanding stocks under its name and for its own account through the securities market, KOSDAQ, or tender offer method under Chapter IV of the Korean Securities and Exchange Act. In this

---

<sup>25</sup> KCC arts. 335-6, 335-7.

<sup>26</sup> KCC arts. 340-2.

<sup>27</sup> KCC arts. 341-2(1).

<sup>28</sup> KCC arts. 341-2(1).

<sup>29</sup> In 1994, the KSEA permitted repurchases of 10% of the outstanding stocks which were issued by publicly held corporations only.

<sup>30</sup> The term "stock-listed corporation" refers to a corporation which has issued stocks listed on the securities market. KSEA art. 2(13).

<sup>31</sup> The term "KOSDAQ-listed corporation" means a corporation which gets its issued securities listed on the KOSDAQ. KSEA art. 2(15). The term "KOSDAQ" means the KOSDAQ that is opened in accordance with Article 2(2) of the Korea Stock and Futures Exchange Act. KSEA art. 2(14). The Korea Stock and Futures Exchange Act Article 2(2) provides that KOSDAQ means any market which is established by the Korea Stock and Futures Exchange for the purpose of transactions of securities as prescribed by the Presidential Decree.

case, the acquisition amount shall be within the limit of allowing any dividend as prescribed in Article 462(1) of the Korean Commercial Code.<sup>32</sup>

Where a stock-listed corporation or a KOSDAQ-listed corporation acquires its own stocks or intends to dispose of the treasury stocks acquired, it shall report the matters relating to the acquisition or disposal of stocks to the Financial Supervisory Commission and the Korea Stock Exchange according to the criteria as prescribed by the Presidential Decree, such as necessary conditions and procedure, etc.<sup>33</sup> A person who violates this requirement shall be punished by imprisonment for not more than two years, or a fine of not more than ten million *won*.<sup>34</sup>

Where a stock-listed corporation or a KOSDAQ-listed corporation owns the treasury stocks in excess of the limit as referred to in Article 189-2(1) of the Korean Securities and Exchange Act due to a reduction of the limit to distribute the dividend, the corporation shall dispose of the excessive portion within such period from that day as determined by the Presidential Decree.<sup>35</sup>

### III. The Theoretical Analysis of Defensive Stock Repurchases

This Part examines the theoretical analysis related to defensive stock repurchases argued by American commentators. Public firms typically repurchase shares in one of three ways: self-tenders, open market repurchases, or private repurchases. Self-tenders must be made in accordance with regulations similar to those governing ordinary tender offers, including the solicitation of all shareholders, with proration if an offer is oversubscribed.<sup>36</sup> Open market and private repurchases are not subject to these regulations, because they may be structured so as not to constitute "tender offers" under the Williams Act. Open market repurchases are made on secondary markets at the then-prevailing price, while private or targeted repurchases are made from a few sellers at a price which usually exceeds market value.<sup>37</sup>

The theoretical analysis in this Part illustrates that defensive stock repurchases should be permitted only when effected through self-tender offers, and that greenmail may maximize shareholder wealth in a fair way.

---

<sup>32</sup> KCC art. 462 (Dividends) provides that (1) A company may pay dividends within the limit of the amount of net assets stated on the balance sheet after deducting the following: (i) Amount of the capital; (ii) Total amount of the capital surplus reserve and the earned surplus reserve, which are accumulated till the pertinent period for the settlement of accounts of the company; and (iii) Amount to be accumulated for the pertinent period for the settlement of accounts of the company. (2) If dividends have been paid in violation of paragraph (1), any creditors of the company may demand that such dividends be returned to the company.

<sup>33</sup> KSEA art. 189-2(3).

<sup>34</sup> KSEA art. 209[9]. The monetary unit of Korea is the *won*. It is reasonable to assume the exchange rate of 1,000 *won* to U.S. 1 dollar.

<sup>35</sup> KSEA art. 189-2(4).

<sup>36</sup> F. H. Buckley, *When the Medium is the Message: Corporate Buybacks as Signals*, 65 *IND. L.J.* 493, 494-95 (1990).

<sup>37</sup> *Id.*

## A. Defensive Open Market Repurchase

An open market repurchase strategy has a number of potential goals from a defensive standpoint. First, if the repurchases are done by management or management loyalists who are unlikely to tender, they take away shares that otherwise might fall into the hands of the bidder, thereby enhancing the probability that the bid will fail.<sup>38</sup> Second, a repurchase may raise the price of the target's stock above the tender offer price, forcing the bidder to confront the unwelcome dilemma of having to increase its offer or abandon the fight.<sup>39</sup> Finally, when repurchases are carried out by the issuer itself and the issuer has excess cash, they deplete some of that cash supply, and when the funds are borrowed, they may add a significant debt burden to the company's capital structure<sup>40</sup> — either way making the issuer potentially less attractive as a takeover target.<sup>41</sup>

These open market repurchases raise a number of regulatory issues, one of which is that the repurchases must be made in such a way that the acquisition program does not constitute a tender offer under federal and state securities laws.<sup>42</sup> Although open market repurchases by their very nature cannot conform to the requirements relating to tender offers, stock repurchases may take on the appearance of a tender offer, and care should be taken to assure that it is not actually a tender offer.<sup>43</sup>

---

<sup>38</sup> A target corporation's accumulation of its own stock, particularly when done in conjunction with the ownership of a substantial block of shares by a friendly third party, can be an effective deterrent to potential hostile acquirors. See Martin Nussbaum & Ernest S. Wechsler, *Defensive Corporate Restructurings: Split-ups, Spin-offs, and Partial Dispositions*, 733 PLI/CORP 9, 55 (1991).

<sup>39</sup> Bradley & Rosenzweig, *Defensive Stock Repurchases*, *supra* note 9, at 1378-79.

<sup>40</sup> Dennis J. Block & George F. Meierhofer, Jr., *Developments in Offense: Open Market Purchases in Lieu of Tender Offers and Leveraged Deals*, 577 PLI/CORP 205, 216 (1987).

<sup>41</sup> JAMES D. COX ET AL., *SECURITIES REGULATION—CASES AND MATERIALS* 912 (2d ed. 1997).

<sup>42</sup> CHARLES J. JOHNSON, JR. & JOSEPH MCLAUGHLIN, *CORPORATE FINANCE AND THE SECURITIES LAWS* 797 (2d ed. 1997). The fundamental concern of the courts has been to prevent offers that put pressure on shareholders leading them to make uninformed, ill-considered decision to sell.

<sup>43</sup> What is a "tender offer?" U.S. Congress used the term "tender offer" in the Williams Act without definition. See Section 14(d)(1) of the Securities Exchange Act of 1934. The SEC has the power to provide a definition by rule, but has chosen not to do so, presumably because it does not want to lose the flexibility provided by the statutes. See Rule 13e-4(a)(2). Several courts have employed an eight-factor analysis to test whether open market stock repurchases constitute an unconventional tender offer. The court in *Wellman v. Dickinson*, 475 F. Supp. 783 (S.D.N.Y. 1979), *aff'd*, 682 F.2d 355 (2d Cir. 1982), *cert. denied*, 460 U.S. 1069 (1983) was the first to adopt the eight-part analysis. The eight factors are: (1) an active and widespread solicitation for shares; (2) public announcements of an acquisition program preceding or accompanying the accumulation of stock; (3) a premium over the current market price; (4) contingent upon the tender of a fixed minimum, and often a fixed maximum, number of shares; (5) a solicitation for a substantial percentage of the company's stock; (6) a limited time period; (7) nonnegotiable terms; and (8) pressure on the offerees to sell their stock. The eight factors also were discussed in *SEC v. Carter Hawley Hale Stores, Inc.*, 760 F.2d 945 (9<sup>th</sup> Cir. 1985).

Professors Michael Bradley and Michael Rosenzweig argue that all defensive open market stock repurchases should be outlawed.<sup>44</sup> Their proposal is based on two related propositions. First, defensive open market repurchases create precisely the pressures on target shareholders that Congress sought to eliminate by adopting the Williams Act in 1968.<sup>45</sup> Second, because of the coerciveness of defensive open market repurchases under current regulations, target managers can use them to defeat value-increasing interfirm takeover bids. They propose, therefore, that publicly announced defensive open market repurchase programs be barred, and that defensive stock repurchases should be permitted only when effected through self-tender offers.<sup>46</sup>

Through economic analysis, Bradley and Rosenzweig provide their own model of the distortion of shareholder choice by open market repurchases as follows.<sup>47</sup> Consider a target firm with 200 shares outstanding, trading at \$40 a share prior to the bid, and thus valued by the market at \$8,000. They assume that the pre-offer market price of the shares reflects the value of the target's resources in their current allocation. The acquiror values the firm at a minimum of \$10,000 and makes a two-tier, front-loaded bid<sup>48</sup> of \$60 for the first 100 shares, \$40 for the remaining shares. By definition, the announcement of a value-increasing tender offer will raise the market price of target shares above its pre-offer level. The post-announcement but pre-execution market price of the target shares will reflect the terms of the bid and the probability that the offer will be accepted. Assuming that all target shareholders will tender their shares, the post-announcement but pre-execution market price of the target shares ( $P$ ) will be:

$$(I) \quad P = [F \times Pt] + [(1 - F) \times Pe] > Po^{49}$$

<sup>44</sup> Bradley & Rosenzweig, *Defensive Stock Repurchases*, *supra* note 9, at 1387.

<sup>45</sup> As first-come, first-served premium offers, defensive open market repurchases are "tender offers." See Michael Bradley & Michael Rosenzweig, *Defensive Stock Repurchases and the Appraisal Remedy*, 96 YALE L.J. 322, 324 (1986).

<sup>46</sup> Bradley & Rosenzweig, *Defensive Stock Repurchases*, *supra* note 9, at 1382-83, 1429.

<sup>47</sup> *Id.* at 1384-99.

<sup>48</sup> In using this technique the raider initially seeks a low percentage of the target's securities at a high premium. This is the first tier of the offer, which is called front-end loaded because of the high premium offered. The second tier is a subsequent tender offer for the remaining securities at a less attractive price than the price offered during the first tier acquisition. The strategy behind this type of tender offer is to encourage shareholders to sell their shares quickly to the raider or run the risk of being bought out in the second tier at less favorable terms. See Gregory v. Anderson & Steven Augspurger, *Defensive Tactics to Hostile Tender Offers - An Examination of Their Legitimacy and Effectiveness*, 11 J. CORP. L. 651, 660 (1986).

<sup>49</sup>  $P$  = the post-announcement, pre-execution market price of the target shares;

$Pt$  = the per share offer price;

$Pe$  = the expected post-execution market price of the target shares not purchased;

$Po$  = the pre-offer market price of the target shares; and

$F$  = the fraction of the target shares sought by the bidding firm.

If a firm has only common stock outstanding, the value of the firm should be equal to the aggregate value of the common stock on the market. Therefore, if the post-execution value of a firm is divided by the number of shares outstanding, the market

Namely, the prevailing market price of target shares will increase to reflect the expected value of a tendered share, \$50 ( $P = [1/2 \times 60] + [1/2 \times 40] = 50$ ).<sup>50</sup>

Suppose that after the announcement of the interfirm bid, when the market price has increased to reflect the premium of that bid, target management then defend with an open market repurchase program. Specifically, assume that the target managers announce that they will buy 120 shares in the open market at the prevailing market (supply) price. Under these conditions, the supply price of the target shares will be the expected value of the outstanding offer, \$50 or  $P$  in the above Equation (I), which reduces the value of the firm by \$6,000. In this situation, a fully informed target shareholder can choose either to tender to the interfirm bidder and realize an expected value of  $Pt$  per share (\$60), or to sell the shares in the open market, which is equivalent to selling them back to the target firm, at a price equal to  $P$  (\$50). Target shareholders would understand that if they tender and the repurchase program succeeds, two results will follow: (1) the tender offer will fail, and they will not receive any takeover premium; and (2) the premium repurchase will dilute the value of their holdings. On the other hand, if they move quickly enough to participate in the repurchase program, they can avoid the potential loss of dilution and still receive the expected value of the takeover ( $P$  in Equation (I))<sup>51</sup> because the repurchase will be effected on a first-come, first-served basis.<sup>52</sup> Therefore, while the target shareholder's usual wealth-maximizing strategy when faced with a premium tender offer is to tender, the introduction of a defensive open market repurchase program suggests a different course of action<sup>53</sup> – the incentive is to sell in the market, thus ensuring the success of the repurchase program.<sup>54</sup> Selling shareholders will gain \$1,200; non-participating shareholders will lose \$1,200. Namely, non-participating shareholders will in effect finance the premium that is paid to the selling shareholders in the open market buyback.

In sum, a defensive open market repurchase program in the work of a value-increasing interfirm tender offer is equivalent to a first-come, first-served, premium tender offer.<sup>55</sup> As a result, target shareholders will be pressured to sell their shares to the target managers rather than tender to the interfirm bidder, even though the interfirm tender is at a substantial

---

price of the target shares reflecting the terms of the bid ( $P$ ) can be obtained. Assuming the number of shares outstanding is  $No$  and the number of shares purchased in the bid is  $Nt$ , then  $F = Nt / No$ . Assuming the post-execution value of the firm is  $V$ , then  $V = [Nt \times Pt] + [(No - Nt) \times Pe]$ . Now, if we divide this equation by  $No$  in order to get  $P$ , the above Equation (I) can be obtained.

<sup>50</sup> Bradley & Rosenzweig, *Defensive Stock Repurchases*, *supra* note 9, at 1391.

<sup>51</sup> *Id.* at 1398.

<sup>52</sup> *Id.* at 1396.

<sup>53</sup> *Id.* at 1396-97.

<sup>54</sup> *Id.* at 1398.

<sup>55</sup> *Id.* at 1403.

premium.<sup>56</sup> Thus, according to Bradley and Rosenzweig, open market repurchase amounts to payout of a special dividend to selling shareholders that distorts the shareholder decision, which results in the defeat of a bid which would raise the value of the firm from \$8,000 to \$10,000.<sup>57</sup> Therefore, Bradley and Rosenzweig conclude that defensive open market repurchases are "tender offers," and should be barred.

#### B. Defensive Self-tenders

When faced with a hostile tender offer, a target may self-tender (i.e., offer to purchase its own shares) for cash at a price substantially above the bidder's price, which may be an effective defensive tactic. This technique has the advantage of affording shareholders the opportunity to obtain a higher price for their shares pursuant to the self-tender, or to tender their shares in a different kind of deal.<sup>58</sup> Self-tenders, however, may pose some problems. For example, if target shareholders are unimpressed by management's expectation of the target's future earnings potential, they will be unwilling to stay with the target when given the opportunity to receive cash immediately for all their shares from the bidder.<sup>59</sup> Also, large-scale self-tenders are only possible while a target has sufficient unrestricted assets to support large borrowings or the capacity to sell quickly equity securities to friendly purchasers.<sup>60</sup>

Bradley and Rosenzweig claim that unlike open market repurchases, self-tenders are generally permissible because they do not have the potential for discrimination among shareholders and therefore cannot distort shareholder choice as between self-tenders and interfirm bids,<sup>61</sup> and because self-tenders create an auction for the firm's resources among competing management teams. In particular, they contend that self-tender offers enable target managers to defeat value-decreasing but not value-increasing bids.<sup>62</sup> To see these arguments, consider below Bradley and Rosenzweig's model of value-decreasing and value-increasing interfirm

---

<sup>56</sup> Target shareholders are put into a "prisoner's dilemma." This prisoner's dilemma arises because the shareholders must act individually, in ignorance of what their fellow shareholders will do, so that it is difficult for the shareholders to coordinate their action. As a result, target management may be able, by playing the shareholders off against each other, to buy the shares for a lower premium. See LARRY E. RIBSTEIN & PETER V. LETSOU, *BUSINESS ASSOCIATIONS* 1063 (3d ed. 1996).

<sup>57</sup> Bradley & Rosenzweig, *Defensive Stock Repurchases*, *supra* note 9, at 1395-96.

<sup>58</sup> In *AC Acquisitions Corp. v. Anderson, Clayton & Co.*, 519 A.2d 103 (Del. Ch. 1986), the court held that in response to a third party's cash tender offer for all the shares, management could offer the shareholders the choice of a continuing participation in a highly leveraged corporation.

<sup>59</sup> James H. Fogelson, *Recent Takeover Defense Strategies*, 513 PLI/CORP 467, 477 (1986).

<sup>60</sup> Theodore A. Levine & Thomas J. Lykos, Jr., *Recent Developments in Defensive Strategies*, 474 PLI/CORP 105, 107-08 (1985).

<sup>61</sup> Undistorted choice is essential to the efficient operation of the market for corporate assets, and equal treatment is suggested by both efficiency and fairness considerations. See generally Lucian Arye Bebchuk, *Toward Undistorted Choice and Equal Treatment in Corporate Takeovers*. 98 HARV. L. REV. 1693 (1985).

<sup>62</sup> Bradley & Rosenzweig, *Defensive Stock Repurchases*, *supra* note 9, at 1407-29.

tender offers.

### 1. Value-Decreasing Bid

Here is a value-decreasing tender offer.<sup>63</sup> In the absence of an alternative offer, each target shareholder tenders his shares in order to maximize his wealth. Consequently, if target shareholders are a homogeneous group, this individual optimizing behavior will ensure the success of the outstanding offer even though the acquisition will decrease the aggregate wealth of the initial target shareholders.<sup>64</sup> One solution to this is to allow the target managers to engage in a self-tender offer. As the total value of the outstanding interfirm tender offer is less than the total pre-offer value of the target shares, target managers can fashion a self-tender offer that dominates the takeover bid. As long as the repurchase is effected on a pro rata basis, regardless of the magnitude of the premium, the wealth of tendering shareholders will remain at pre-offer levels.<sup>65</sup> Therefore, the self-tender offer can be used by target managers to defeat a value-decreasing interfirm tender offer.<sup>66</sup>

### 2. Value-Increasing Bid

Bradley and Rosenzweig argue that a defensive self-tender can never be used to defeat a value-increasing acquisition.<sup>67</sup> Recall their previous numerical example.<sup>68</sup> A target firm has 200 shares outstanding, each worth \$40, and thus valued at \$8,000. A bidding firm has made an offer for 100 of the target firm's shares at \$60 per share, and stated that if the offer is successful, it will buy the remaining 100 shares at \$40 per share. Now, assume again that the target managers attempt to defeat the takeover bid by repurchasing the firm's outstanding shares, only now the target managers must effect the repurchase through a self-tender offer. Assume further that the target managers offer to repurchase 120 of the firm's shares at \$60 per share.<sup>69</sup>

Even though the offer prices of the target firm and the bidding firm are the same, target shareholders, who are in the classic prisoner's dilemma, would be induced to reject the interfirm offer and tender their shares to the target firm in order to avoid the inevitable dilution that would occur if the self-tender offer succeeded.<sup>70</sup> This situation where value-increasing takeover bids are hindered is not socially efficient.

---

<sup>63</sup> A "value-decreasing" bid is one whose value is less than the pre-offer value of the target firm.

<sup>64</sup> Bradley & Rosenzweig, *Defensive Stock Repurchases*, *supra* note 9, at 1412-13.

<sup>65</sup> Of course, the wealth of non-tendering shareholders would be decreased in the above situation. Nevertheless, "this seems untroubling as long as the rules governing self-tender offers ensure target shareholders a fair and realistic opportunity to tender." See *id.* at 1414 n.134.

<sup>66</sup> *Id.* at 1414.

<sup>67</sup> *Id.* at 1417.

<sup>68</sup> See *supra* Part III.A.

<sup>69</sup> As the target firm offers not on the market, but through self-tender offer, the offer price doesn't have to be the market price (\$50) of the target shares.

<sup>70</sup> Bradley & Rosenzweig, *Defensive Stock Repurchases*, *supra* note 9, at 1418.

In order to solve this apparent prisoner's dilemma, the bidding firm has to revise offer.<sup>71</sup> Now, assume the bidding firm has revised an offer to purchase 120 shares. Because the bidding firm values the target at \$10,000, the bidder is willing to pay a total of \$10,000 for the target firm. Thus, the bidder can adjust a back-end price to \$10 for 80 shares, because if self-tenders succeed, the post-executed market price of the target shares not purchased would be \$10.<sup>72</sup> As a result, the bidding firm can pay up to \$9,200 in total ( $10,000 - 80 \times 10 = 9,200$ ) for the 120 shares on the front-end, or \$76.67 per share ( $9,200 / 120 = 76.67$ ). Clearly, such an interfirm offer would dominate the repurchase offer, because the interfirm offer has a front-end premium of 92% and the repurchase offer has a front-end premium of only 50%, while both are for the same number of target shares and have the same back-end price.<sup>73</sup>

The preceding analysis is general in its application. The management team that can put the target resources to their highest-valued use can always fashion a dominating two-tier bid. Thus, as long as the managers of the target and bidding firms are able to compete on an equal footing, the team that can maximize the value of the target can also formulate a winning bid.<sup>74</sup> What is important here is not only that shareholder's wealth is increased, but also that resources are distributed efficiently.<sup>75</sup> This result, moreover, is consistent with the policy of even-handedness that Congress favored in regulating tender offers.<sup>76</sup> Bradley and Rosenzweig therefore conclude that interfirm bids and defensive self-tenders should be regulated alike. Thus, taking the basic regulatory scheme of the Williams Act as given, they argue that the same restrictions should apply to both types of tender offers.<sup>77</sup>

---

<sup>71</sup> It has been demonstrated that the optimal bidding strategy is to maximize the difference between the front end and the back end of the offer. Specifically, if target shareholders are faced with two front-end loaded two-tier bids, they will tender to the offer with the greater difference between the front end ( $P_f$ ) and the back end ( $P_b$ ). See *id.*

<sup>72</sup> The present value of the target is \$8,000. If self-tender offer succeeds, the value of the target becomes \$800 because \$7,200 ( $120 \times 60 = 7,200$ ) flows out of the assets of the target. Thus, because the number of shares outstanding is 80, the post-execution market price of the target shares is \$10 ( $800 / 80 = 10$ ).

<sup>73</sup> Bradley & Rosenzweig, *Defensive Stock Repurchases*, *supra* note 9, at 1420.

<sup>74</sup> *Id.* at 1420-21.

<sup>75</sup> If not subjected to certain additional restrictions, however, target managers would still enjoy a significant competitive edge against interfirm bidders. Specifically, defensive self-tenders could defeat even value-increasing interfirm bids if target managers were permitted either to seek fewer shares than the number sought by the interfirm bidder, or to exclude the bidder from participating in the self-tender. Accordingly, Bradley and Rosenzweig propose to bar defensive self-tenders that either exclude the bidder or seek fewer shares than the bidder has sought. See *id.* at 1421-27.

<sup>76</sup> *Id.* at 1406-08.

<sup>77</sup> *Id.* at 1407 & n.102.



### C. Greenmail

Greenmail is the buyback of the shares owned by a particular shareholder of the target who has made a takeover bid. The greenmail payment is typically at a premium over the prevailing market price. Although the greenmail payment remains a valid defensive maneuver mainly because it is an effective method for management to rid itself of a dissident stockholder,<sup>78</sup> many commentators and the courts argue that greenmail serves management entrenchment objectives only; that is, that management, which has mismanaged target assets, pays greenmail in order to perpetuate its ability to exploit the target.<sup>79</sup> According to this opinion, greenmail should be prohibited because it decreases shareholder wealth and discriminates unfairly among shareholders in the distribution of corporate assets.<sup>80</sup>

Professors Jonathan R. Macey and Fred S. McChesney, however, contest the standard account of greenmail. They contend that greenmail, although discriminatory, may maximize shareholder wealth in a "fair" way, and that greenmail potentially provides a mechanism for rewarding the gathering of information by an initial bidder as follows.<sup>81</sup> Consider that there are incumbent ownership-management ( $I$ ) and a minority purchaser ( $M$ ). In this situation, compare the value of the firm under incumbent ownership-management ( $V_I$ ) with its prospective value under the ownership-management of the current minority shareholder ( $V_M$ ). If the value of the firm is greater in the hands of the current management ( $V_I > V_M$ ), the substantial minority position will only be for purposes of investment. Namely, acquisition of the minority block has nothing to do with a corporate "raid."<sup>82</sup> By definition, as long as the minority purchaser holds for investment only, the majority has no reason to expect the minority to make a takeover bid.<sup>83</sup> In some cases, however, the value of the firm will be greater if control is placed in the hands of the current minority purchaser ( $V_M > V_I$ ).<sup>84</sup> In these circumstances, the minority stake may be acquired in contemplation of a future tender offer, which might result in the defeat of a value-increasing bid and the social inefficiency.

However, assuming that other bidders may decide that they value the firm even more than the current minority purchaser, they would be willing

---

<sup>78</sup> Eric Bielawski, *Selective Stock Repurchases After Grobow: The Validity of Greenmail under Delaware and Federal Securities Laws*, 15 DEL. J. CORP. L. 95, 107 (1990).

<sup>79</sup> See generally Note, *Greenmail: Targeted Stock Repurchases and the Management-Entrenchment Hypothesis*, 98 HARV. L. REV. 1045 (1985).

<sup>80</sup> Negative opinions say that greenmail must be controlled because it is inequitable to the shareholders who do not benefit from the payments. Also, critics claim that management pays greenmail in a self-serving attempt to prevent a shift in corporate control that would threaten their jobs.

<sup>81</sup> Jonathan R. Macey & Fred S. McChesney, *A Theoretical Analysis of Corporate Greenmail*, 95 YALE L.J. 13, 17-27 (1985).

<sup>82</sup> *Id.* at 17.

<sup>83</sup> *Id.* at 18.

<sup>84</sup> *Id.*

to offer an even higher price.<sup>85</sup> If a higher premium over current market price can be obtained from some third party ( $T$ ), the majority shareholders will of course prefer to thwart the takeover plans of the current minority purchaser in order to make way for an auction by other bidders and subsequent acquisition by a third party. Namely, if the value of the firm owned and managed by a third party ( $V_T$ ) may be even greater ( $V_T > V_M > V_I$ ), it is efficient for a third party to obtain control, because this places the firm's resources in the hands of their highest-valued user.<sup>86</sup> In this situation, a third party can acquire control in two ways. The third party can either purchase the firm after the current minority owner completes the contemplated takeover, or he can enter the bidding for the firm at the first stage, competing with the minority holder in an auction for control of the firm.<sup>87</sup> Although the highest-valuing party will ultimately control the firm either way, the incumbent shareholders prefer selling directly to the third party ( $T$ ), instead of selling to a minority purchaser ( $M$ ) who then sells to  $T$ , because of the following reason: while the premium of the current minority purchaser would be at most only  $V_M - V_I$ ,  $T$ , as the highest-valuing bidder among them, will be willing to offer the greatest premium, up to  $V_T - V_I$ .<sup>88</sup> For example, assume that the target firm has 101 shares outstanding with the pre-tender market price of \$30, and a minority purchaser ( $M$ ) values the assets at \$37 per share. First, after purchasing one share at \$30, the minority purchaser ( $M$ ) makes a front-loaded two-tier offer of \$40 for 50 shares, and \$30 for the remaining 50 shares. Under this set of facts, the bid is desirable for both the minority purchaser and the shareholders, because (1) each shareholder, if all tender, realizes a profit of \$5 per share; and (2) the minority purchaser realizes a profit of \$2 per share, for a total of \$207.<sup>89</sup> Now, assume a potential third party ( $T$ ) values the target firm's assets at \$39 per share. In this case, a greenmail payment will maximize shareholder wealth, because sale at \$39 per share to the third party provides an additional gain of \$4 per share (or \$400 total) to current shareholders over the minority purchaser's offer. Here, payment of greenmail means a management offer of more than \$30 for the single share held by the minority purchaser in exchange for a withdrawal of its tender offer.<sup>90</sup> Then, how much would the target firm offer to the minority purchaser not to make a tender offer? According to Macey and McChesney, that depends on the probability that the minority purchaser will succeed in her initial offer, and the probability that the third party will subsequently

---

<sup>85</sup> *Id.*

<sup>86</sup> *Id.* at 18-19.

<sup>87</sup> *Id.*

<sup>88</sup> It is in the interest of the incumbent shareholders to capture for themselves the largest possible share of any gain from a change in control. With positive transaction costs, this may be accomplished by having as many additional parties as possible bid against the minority purchaser for control. *Id.* at 19.

<sup>89</sup> The minority purchaser pays on average \$35 per share for 100 shares which it values at \$37 per share, and thereby realizes a profit of \$200. In addition, the purchaser gains \$7 on the purchase of the first share for \$30.

<sup>90</sup> Macey & McChesney, *supra* note 81, at 23-24.

offer to repurchase.<sup>91</sup> The greater these two probabilities, the less the minority purchaser will find greenmail attractive.<sup>92</sup> The relevant probabilities in turn depend on exogenous factors like transaction costs and regulatory impediments.<sup>93</sup>

In sum, Macey and McChesney see greenmail as a step occasionally necessary to instigate an auction for the target firm, because a greenmail payment can increase shareholder wealth by permitting another bidder to arrive offering a higher price.

#### IV. Recommendations for Stock Repurchases in Korea

By reference to the above analysis of defensive stock repurchases, this Part proposes some suggestions and recommendations for Korean law and practice. The primary concerns of this Part are (1) the prohibition of the defensive open market stock repurchases by publicly held corporations in Korea; and (2) legal reform permitting stock repurchases by closely held corporations in Korea.

##### A. Stock Repurchases by Publicly Held Corporations

Before amended on February 1, 1999, the Korean Securities and Exchange Act permitted repurchases by publicly held corporations of their outstanding shares only through open markets. As stated in Part II, however, Korean stock-listed corporations or KOSDAQ-listed corporations may now repurchase their own shares through open markets or the tender offer method, even though greenmail is still prohibited.<sup>94</sup>

As Bradley and Rosenzweig propose, stock repurchases through the self-tender offer method do not have the potential for discrimination among shareholders and cannot distort shareholder choice as between self-tenders and interfirm bids.<sup>95</sup> Therefore, by permitting stock repurchases through the tender offer method in the 1999 amendment, the Korean Securities and Exchange Act seems to recognize the positive functions of the self-tender offers.

Bradley and Rosenzweig's other arguments are also pertinent to Korea. According to Bradley and Rosenzweig, because defensive open market stock repurchases may create the pressures on target shareholders to sell their shares to the target managers rather than tender to the interfirm bidders, target managers can use the repurchase program to defeat value-increasing takeover bids.<sup>96</sup> Even though the number of shares repurchased in a day by the target firm may be limited, the pressures on target shareholders cannot be removed as long as the repurchase is effected on a first-come, first-served basis. In addition to that, although the Korean securities market has achieved remarkable quantitative growth since

---

<sup>91</sup> *Id.* at 27.

<sup>92</sup> *Id.*

<sup>93</sup> *Id.*

<sup>94</sup> See *supra* Part II.B.

<sup>95</sup> See *supra* Part III.B.

<sup>96</sup> See *supra* Part III.A.

the 1980s,<sup>97</sup> there is still an undesirable regulatory vacuum, and procedures for the regulation of unfair trading practices and market surveillance are still inadequate. For example, the U.S. Securities Exchange Commission ("the SEC") Rule 13e-1 requires a target firm to make an SEC filing containing specified information if it proposes to purchase any of its equity securities during the course of a third-party tender offer.<sup>98</sup> The Korean Securities and Exchange Act, however, has no provisions requiring this kind of filing. Thus, in a case in which the purpose of the repurchase is not disclosed in Korea, the firm's open market repurchase program can be abused to result in manipulation. In other words, publicly announced defensive open market repurchases in Korea may exert a negative influence on the securities market and the shareholders' equal opportunity. Therefore, it seems that restrictions on the defensive open market stock repurchases should be considered in Korea. Even if total prohibition of defensive open market repurchases cannot be expected for various reasons,<sup>99</sup> provisions similar to Rule 13e-1 should at least be adopted by the Korean Securities and Exchange Act.

As to greenmail payments, it is questionable whether objections to greenmail can be also true in Korea. One of the objections to greenmail is an agency-cost problem,<sup>100</sup> and according to agency theory, agency costs are lower in owner-controlled corporations than in management-controlled corporations.<sup>101</sup> Because owner-controlled corporations represent the most prevalent form of enterprise in Korea today,<sup>102</sup> the agency-cost problem is not perceived as such a serious issue in Korea. Namely, majority shareholders are composed of family members of the founders of the corporation

---

<sup>97</sup> Sang-Hyun Song, *Law and Policy of Securities Regulation in Korea*, in *KOREAN LAW IN THE GLOBAL ECONOMY* 847, 864 (Sang-Hyun Song ed., 1996).

<sup>98</sup> Section 13(e)(1) of the Securities Exchange Act of 1934, adopted in 1968 as part of the Williams Act, provides the SEC with broad rule-making authority to regulate issuer repurchases of equity securities. Pursuant to this authority, the SEC adopted Rule 13e-1 to prohibit a target from repurchasing any of its shares in the open market during the course of a third-party tender offer unless, prior to the purchases, it has filed specified information (e.g., the amount to be purchased, the market to be entered, and the source of funds) with the SEC and transmitted the substance of such information to its security holders within the previous six months. Namely, the SEC has regulated issuer open market stock repurchases only if they occur during the course of an interfirm tender offer.

<sup>99</sup> Open market repurchase program is the most common mechanism used by corporations in many countries and gives corporations considerable flexibility as to the timing, price, and size of repurchases. Technical Committee of the International Organization of Securities Commissions, Report on "Stock Repurchase Programs" (Feb. 2004), at 4.

<sup>100</sup> See *supra* Part III.C.

<sup>101</sup> Michael C. Jensen & William H. Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, 3 J. FIN. ECON. 305, 312-28 (1976).

<sup>102</sup> Jae Yeol Kwon, *Toward Fostering Management Accountability: Finding Korea's Own Path by Reference to American Law and Experience*, Unpublished S.J.D. dissertation, Georgetown University Law Center, 281 (1994).

and make most of the decisions about the operation of the corporation.<sup>103</sup> Thus, under the current governance system of Korean corporations, even though greenmail payments are made, there are few circumstances in which managements pay greenmail only to protect their jobs. After all, objections to greenmail based on the agency-cost problem may not be appropriate in Korea. Thus, there is a greater possibility in Korea that the positive aspects of greenmail payments argued by Macey and McChesney<sup>104</sup> could function adequately to maximize shareholder wealth in a fair way.

## B. Stock Repurchases by Closely Held Corporations

Since the Korean Securities and Exchange Act amended in 1999 permits only stock-listed corporations or KOSDAQ-listed corporations to acquire their own shares, closely held corporations, which do not have issued stocks listed on the securities market, can repurchase their own shares exceptionally only in accordance with the Korean Commercial Code.

This system in which the Korean Securities and Exchange Act permits only publicly held corporations to repurchase freely their own shares is not based on a particular theory, and the reason for the system is generally explained as follows. First, practical necessity for stock repurchases is much bigger on the part of the publicly held corporations.<sup>105</sup> Second, since the legislators' actual purpose of permitting the restrictive stock repurchases in 1994 was to stimulate the stock market to escape from slowdown, there was no need at that time to give a right to repurchase their own shares to close corporations which have no market for their shares. Therefore, considering this situation, only publicly held corporations have been permitted to repurchase their own shares until now.

However, the proposition that publicly held corporations have a greater need of stock repurchases is not verified in Korea. On the contrary, closely held corporations are more in need of the opportunities to repurchase their own shares than publicly held corporations, because a close corporation itself may be the only available market for its shares. Especially in Korea, since it is frequently believed to be desirable for close corporations to limit the class of persons entitled to own their stock, close corporations usually have the articles of incorporation which subjects the transfer of shares to the requirement of an approval of the board of directors.<sup>106</sup> In such a case, even though the shareholder may request the

---

<sup>103</sup> The *chaebol* is an intriguing example in Korea of an enterprise group dominated by an extended kinship network. The *chaebol* is compared to Japan's *zaibatsu* of the pre-World War II period, defined as "a group of formally independent firms under single common administrative and financial control, owned and controlled by certain families." See Chan Sup Chang, *Chaebol: the South Korean Conglomerates*, BUS. HORIZONS, Mar.-Apr. 1988, at 51, 52; Sea Jin Chang & Unghwan Choi, *Strategy, Structure and Performance of Korean Business Groups: A Transactions Cost Approach*, 37 J. INDUS. ECON. 141, 141 (1988).

<sup>104</sup> See *supra* Part III.C.

<sup>105</sup> HONG YEOL CHUN, CHUNG GWON KUHRAE BUB HAESUL [COMMENTARY ON THE KOREAN SECURITIES AND EXCHANGE ACT] 287 (1994).

<sup>106</sup> KCC art. 335(1).

corporation to repurchase the shares by executing his appraisal rights,<sup>107</sup> he has to meet some requirements in advance: (1) the shareholder intending to transfer his shares should first request the corporation to approve the transfer by specifying the contemplated transferee;<sup>108</sup> (2) if the corporation refuses to approve the transfer, then the shareholder may ask the corporation to designate the alternative transferee or to repurchase his shares.<sup>109</sup> Namely, before the close corporation, which has the articles of incorporation restricting the transfer of shares, can repurchase their own shares, the shareholders whose shares are to be purchased by the corporation should try to find a transferee in advance. If the close corporations can repurchase freely their own shares like publicly held corporations, this onerous thing can be avoided.

Also, looking at it from the side of control defense, it is more necessary for close corporations to acquire their own shares. Since there is no securities market for close corporations, there exist possibilities that the attempts to purchase the corporation cannot be recognized by the corporation and can proceed confidentially, or that unfairly executed buy-ups of the corporation cannot be regulated through the securities market. Therefore, the need for stock repurchases as a defensive tactic may be greater on the part of the close corporations than the publicly held corporations.

Certainly, by permitting stock repurchases for close corporations, there exists the possibility that the controlling shareholders can cause the corporation to buy back the shares of certain favored shareholders on terms advantageous to the seller, yet deny the same opportunity to other shareholders. These discriminatory repurchasing problems, however, should be regulated by the improvement of the method of repurchasing or the process of repurchasing, not by prohibiting stock repurchasing itself. For example, abuses of the stock repurchase program can be prevented by imposing liability upon directors or controlling shareholders for authorizing an improper acquisition.

In sum, stock repurchases which are permitted by the Korean Securities and Exchange Act should be widened to include closely held corporations in Korea, without limitation pursuant to acquisition purposes.

## V. Conclusion

This Article has made a brief examination of the stock repurchase program in Korea, and American proposals for stock repurchasing reform have been evaluated in terms of their potential contributions to the Korean system.

Since a corporation's repurchase of its own shares may seriously threaten the interest of the corporate creditors, there are stringent limitations upon the manner in which repurchases are exercised: A corporation may not acquire its shares unless it is financially able to do so. Like the

---

<sup>107</sup> KCC art. 335-6.

<sup>108</sup> KCC art. 335-2(1).

<sup>109</sup> KCC art. 335-2(4).

---

American corporations, Korean stock-listed corporations may acquire their own shares within the limit to distribute any dividend.

Public firms typically repurchase their own shares as a defensive tactic in one of three ways: open market repurchases, self-tenders, or private repurchases. Even though an open market repurchase strategy has a number of potential goals from a defensive standpoint, some commentators argue that all defensive open market stock repurchases should be outlawed because (1) defensive open market repurchases create the pressures on target shareholders; and (2) target managers can use them to defeat value-increasing interfirm takeover bids due to the coerciveness of defensive open market repurchases. The prohibition of the defensive open market repurchases may be more necessary in Korea whose securities market is too immature to cope with the possibility of sophisticated illegal activities.

On the contrary, self-tenders are generally permissible because (1) they do not have the potential for discrimination among shareholders and therefore cannot distort shareholder choice as between self-tenders and interfirm bids; and (2) self-tenders create an auction for the firm's resources among competing management teams.

As for greenmail, many commentators argue that greenmail should be prohibited because it decreases shareholder wealth and discriminates unfairly among shareholders in the distribution of corporate assets. However, the legality of greenmail continues to be examined in the U.S. courts, and greenmail payment remains a valid defensive maneuver in the United States. Although greenmail is prohibited in Korea, the positive aspects of greenmail payments could function adequately to maximize shareholder wealth in a fair way.

Finally, stock repurchases which are permitted by the Korean Securities and Exchange Act should be widened to include closely held corporations in Korea, because closely held corporations may be more in need of the opportunities to repurchase their own shares than publicly held corporations.

**Kontaktadresse:**

Assistant Professor Dr. Kun Young Chang  
College of Law, Hanyang University  
17 Haengdang-dong, Seongdong-gu  
Korea 133-791 Seoul  
eMail: kchang@hanyang.ac.kr





## Prognoseentscheidungen im Wirtschaftsrecht und Wettbewerb als Entdeckungsverfahren?

Professor Dr. Jochen Glöckner, Konstanz\*

*Die klassische Methode der Rechtsanwendung bildet der Justizsyllogismus. Dazu sind Vorgänge aus der Lebenswirklichkeit unter Rechtsbegriffe zu subsumieren. Die Auslegung der Rechtsbegriffe betrifft dabei Rechtsfragen, das tatsächliche Vorliegen der Umstände Tatfragen, welche der Beweiserhebung zugänglich sind. Die Rechtstheorie hat entwickelt, dass diese Trennung nicht so eindeutig möglich ist, wie sie zu sein scheint. Die Praxis, aber auch die allgemeine Dogmatik verlassen sich gleichwohl nach wie vor weitgehend auf diese Unterscheidung.*

*Abgesehen von dieser – die Grenze zur philosophischen Betrachtung überschreitenden – generellen Problematik wirft die Beurteilung von in der Vergangenheit abgeschlossenen Vorgängen vergleichsweise geringe Schwierigkeiten auf: Hat der Verkäufer einer 2-Zimmer-Eigentumswohnung verschwiegen, dass vor dem einzigen großen Fenster des Wohnraums aufgrund einer bauordnungsrechtlichen Auflage eine stählerne Feuerleiter zu errichten ist?<sup>1</sup> Wenn ja, welche Rechtsfolgen hat dieses Verschweigen? Bestand eine Rechtspflicht zur Offenlegung dieser Information? Wenn ja, begründet die Feuerleiter vor dem Fenster einen Sachmangel oder kann an das Verschweigen der Vorwurf des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen geknüpft werden? Doch rasch treten Unwägbarkeiten hinzu: Wenn etwa wegen des Verschweigens Schadensersatz verlangt wird, setzt bereits die Differenzhypothese voraus, dass eine tatsächliche Vermögensentwicklung ins Verhältnis zu einer hypothetischen Entwicklung gesetzt wird. Wie hätte sich die Vermögenslage des Käufers unserer Eigentumswohnung entwickelt, wenn tatsächlich eine Informationspflicht des Verkäufers bestand und der Verkäufer ihn pflichtgemäß von der Notwendigkeit einer Feuerleiter informiert hätte? Hätte er dann die Wohnung überhaupt gekauft? Hätte er vielleicht nur einen niedrigeren Kaufpreis geboten? Und hätte sich der Verkäufer in letzterem Fall auf einen geminderten Kaufpreis eingelassen? Noch weitergehend werden den Rechtsanwendern seherische Fähigkeiten abverlangt, wenn etwa für in der Zukunft entgehenden Gewinn Schadensersatz verlangt wird<sup>2</sup>.*

---

\* Das Manuskript bildete die Grundlage für den am 21. Juni 2006 im Rahmen des 1. Trilateralen deutsch-japanisch-koreanischen Seminars „Risiko und Prognose“ des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Universität Konstanz, des College of Law der Hanyang Universität (Seoul) und der School of Law der Kansai Universität (Osaka) gehaltenen Vortrag des Verf. Für die Unterstützung bei der Recherche möchte ich Herrn cand. iur. Frank Baumann danken.

<sup>1</sup> Beispielsfall nach BGH, NJW 1989, 1793.

<sup>2</sup> Vor dem Hintergrund der daraus resultierenden Beweisproblematik ist die aktuelle Diskussion um die Möglichkeit der Ersatzfähigkeit „verlorener Chancen“ zu würdigen, vgl. dazu die Ergebnisse der Arbeitsgruppe Zivilrecht des 66. Deutschen Juristentages 2006, Beschlüsse abrufbar unter <[http://www.djt.de/files/djt/66/66\\_DJT\\_Beschluesse.pdf](http://www.djt.de/files/djt/66/66_DJT_Beschluesse.pdf)> (site zul. besucht am 08.11.2006).

*Darüber noch hinausgehend operiert das Wirtschaftsrecht in erheblichem Umfang mit Rechtsbegriffen, die an Prognosen anknüpfen. Sie sollen Gegenstand der folgenden Ausführungen sein. Gleichwohl ist es wichtig, die Universalität der Problematik nicht aus dem Blick zu verlieren. Im Folgenden sollen zunächst einige prototypische Prognoseentscheidungen im Wirtschaftsrecht dargestellt werden (I.). Anschließend werden die Strukturen der Entscheidungsfindung dargestellt (II.), bevor der Frage nachgegangen wird, inwieweit Akzentverschiebungen bei den Begründungen die Verteilung der Beurteilungskompetenz und zugleich die materiellen Rechtszuweisungen beeinflussen (III.). Abschließend wird der Frage nachgegangen, ob marktbezogene Prognoseentscheidungen überhaupt dem Wesen des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren gerecht werden können (IV.).*

## I. Prognoseentscheidungen im Wirtschaftsrecht

### 1. Kartellrecht

Im Rahmen des allgemeinen Kartellrechts wiederholt sich zunächst die bereits beschriebene Problematik der Zukunftsentwicklung des Vermögens im Zusammenhang mit dem Ersatz entgangenen Gewinns, die zu der feststellbaren Bedeutungslosigkeit zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche beiträgt<sup>3</sup>. Im Übrigen, d.h. auf der Tatbestandsseite, bedarf es wegen der Rückwärtsgerichtetheit der Betrachtung keiner besonderen Prognoseentscheidung. Dass die Unternehmen im Hinblick auf ihr Marktverhalten das Risiko tragen, damit unter Umständen gegen die Artikel 81, 82 EG zu verstoßen, beruht nicht auf dem Umstand, dass einer Entscheidung eine künftige Entwicklung zugrunde zu legen ist.

Hervorgehoben werden sollte demgegenüber, dass das in den Art. 81 EG bzw. § 1 GWB niedergelegte Kartellverbot selbst auf einer Prognoseentscheidung des Gesetzgebers beruht: Beide Normen setzen keine (gemeinsam) marktbeherrschende Stellung der Kartellmitglieder voraus; die Marktstellung der beteiligten Unternehmen ist – jenseits der ungeschriebenen Grenze der Spürbarkeit<sup>4</sup> – unerheblich. Zweck des Kartellrechts ist indes nicht die Sanktion besonders unangemessenen Verhaltens, sondern der Schutz des Wettbewerbs als Institution. Als Institution würde der Wettbewerb indes nur dann geschädigt, wenn durch die Vereinbarungen künstlich eine marktbeherrschende Stellung geschaffen würde, welche es gestattet, eine Monopolrente zu erwirtschaften und unter den Kartellisten zu verteilen. Konsequenterweise gestattet beispielsweise die schweizerische Kartellrechtsordnung in Art. 5 Abs. 1, 3 KG den beteiligten Unternehmen, den Gegenbeweis zu führen, dass trotz der getroffenen Vereinbarung hinreichender Außenwettbewerb bestehen geblieben ist, um eine aus der Vereinbarung resultierende Wettbewerbsbeschränkung auszuschließen.

---

<sup>3</sup> Vgl. Arbeitspapier der Kommission, Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, Dez. 2005, S. 14 ff., abrufbar unter [http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions\\_for\\_damages/sp\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/sp_de.pdf) (site zul. besucht am 08.11.2006).

<sup>4</sup> EuGH v. 9.7.1969, Rs. 5/69 - Völk, Slg. 1969, 295; v. 25.11.1971, Rs. 22/71 - Béguelin, Slg. 1971, 949; allgemein: *Enchelmeier*, in Hailbronner/Wilms, Recht der Europäischen Union, Band III, Das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft – Vorschriften für Unternehmen (Art. 81-86 EG), 5. Lieferung, 2004, Rn. 13.

Diese Möglichkeit haben der europäische und der deutsche Gesetzgeber (auch bereits vor der 7. GWB-Novelle) ausgeschlossen. Dem liegen die Vermutungen zugrunde, dass Unternehmen zum einen nur dann wettbewerbsbeschränkende Abreden treffen, wenn sie gemeinsam über eine Position verfügen, die es ihnen gestattet, die Monopolrente zu erzielen, und dass sie zum anderen am besten in der Lage sind, das Vorliegen dieser Position zu beurteilen.

Was im Bereich horizontaler Absprachen plausibel erscheint, fällt bei vertikalen Abreden in der Begründung schwer: Während ein Preiskartell nur dann funktionieren wird, wenn es an nennenswertem Außenwettbewerb fehlt, können beispielsweise ein selektives Vertriebssystem oder eine Exklusivvertriebsvereinbarung geschlossen werden, auch ohne dass die beteiligten Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung haben. Der Rückschluss von der Vereinbarung auf die Wettbewerbsbeschränkung ist daher nicht möglich. Dennoch geht das EG-Kartellrecht – und seit der 7. GWB-Novelle auch das deutsche Kartellrecht – von der wettbewerbsbeschränkenden Wirkung von Alleinvertriebs- und Alleinbezugsverträgen aus<sup>5</sup>. Eine überschießende Regelungsdichte wird an dieser Stelle durch den großzügigen Umgang mit der Freistellungsmöglichkeit in Art. 81 Abs. 3 EG bzw. § 2 Abs. 2 GWB durch den Einsatz der Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung<sup>6</sup> ausgeschlossen.

Den Prototyp einer Prognoseentscheidung im Kartellrecht hält das Recht der Zusammenschlusskontrolle bereit. Die Zusammenschlusskontrolle operiert sowohl im deutschen Kartellrecht als auch im Europäischen Kartellrecht im Wege einer Ex-ante-Kontrolle. Zusammenschlussvorhaben müssen vor ihrem Vollzug angemeldet werden. Die zuständige Wettbewerbsbehörde beurteilt ihre wettbewerbliche Auswirkung und entscheidet auf dieser Grundlage. Die maßgebenden Obersätze enthalten dabei die Art. 2 Abs. 2 bzw. 3 der Fusionskontrollverordnung<sup>7</sup> bzw. § 36 Abs. 1 GWB. Maßgebend ist danach, ob ein Zusammenschluss wirksamen Wettbewerb im Gemeinsamen Markt erheblich behindern würde bzw. ob eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt würde. In beiden Fällen setzt bereits die Beurteilung des Tatbestands eine Zukunftsprognose voraus.

## 2. Lauterkeitsrecht

Während im EG-Kartellrecht seit jeher ein gestalterischer Spielraum der Europäischen Kommission als Wettbewerbsbehörde anerkannt wurde<sup>8</sup>,

---

<sup>5</sup> Alleinvertriebsverträge: EuGH v. 13.7.1966, Rs. 56/64 und 58/64 – Consten und Grundig, Slg. 1966, 322; Alleinbezugsverträge: EuG vom 8.6.1995, T-7/93 – Langnese-Iglo, Slg. 1995, II-1533; allgemein: *Mäger*, in: Schulze/Zuleeg, Europarecht, 2006, § 16 Rn. 129 ff., 136 ff.

<sup>6</sup> Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. 1999 Nr. L 336/21.

<sup>7</sup> Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“), ABl. 2004 Nr. L 24/1.

<sup>8</sup> *Schröter*, in: von der Groeben/Schwarze, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band 2, 6. Aufl., 2003,

der ihre Entscheidungen nicht nur unter dem Gesichtspunkt der Prognoseunsicherheit, sondern auch unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung vor allzu dichter gerichtlicher Kontrolle schützte, wurde das Lauterkeitsrecht von Gerichten im Hinblick auf in der Vergangenheit abgeschlossene Sachverhalte angewendet. Eine mit Gestaltungsmacht versehene Wettbewerbsbehörde gibt es im deutschen Lauterkeitsrecht nicht.

Dabei haben die Gerichte indes in erheblichem Umfang auf antizipierte Entwicklungen des Wettbewerbs zurückgegriffen. Während *Josef Kohler* sich ausdrücklich dagegen ausgesprochen hatte, „das Geschäft des Gegners samt allen Betriebsmitteln aller Erwerbs- und Absatzquellen zu durchstöbern und in alle Winkel hineinzuleuchten“<sup>9</sup>, ging die Rechtsprechung schon sehr bald dazu über, nicht nur die Rückschau, gegen welche sich *Kohler* gewandt hatte, sondern auch eine Vorschau auf künftiges Wettbewerbsverhalten vorzunehmen. Bahnbrechend ist insoweit bis heute die bekannte Entscheidung *Diamantine* des Reichsgerichts aus dem Jahr 1936 geblieben:

Die Beklagte hatte Gutscheine für Schuhcreme dieses Namens in Verbindung mit der Teilnahmemöglichkeit an einer Lotterie kostenlos verteilt.<sup>10</sup>

Das Reichsgericht bejahte die Unlauterkeit mit der Begründung, das nicht wettbewerbsgemäße Verschenken von Originalware könne, da eine konkrete Gefahr der Nachahmung durch die Wettbewerber bestehe, zu einer Marktverstopfung führen, die andere Wettbewerber vom Markt verdrängen könne. Bis heute ist anerkannt, dass insbesondere in den Fallkonstellationen der Vorsprungserlangung durch Rechtsbruch gem. § 4 Nr. 11 UWG sowie der allgemeinen Marktstörung, die unter die Generalklausel in § 3 UWG subsumiert wird<sup>11</sup>, die Wettbewerbsrelevanz gerade auch aus der Nachahmungsgefahr durch die Wettbewerber resultieren kann. Der Bundesgerichtshof ist der Rechtsprechung des Reichsgerichts insoweit gefolgt<sup>12</sup>. Er stützte sein die Unlauterkeit des Verschenkens von Originalware insoweit tragendes Urteil auf den Gesichtspunkt der Nachahmungsgefahr. Sie wurde mit der Begründung des Reichsgerichts aus der *Diamantine*-Entscheidung unterstellt: Erfahrungsgemäß werde eine Gegenmaßnahme der Wettbewerber umso nachdrücklicher sein, je erfolgreicher der Konkurrent damit gewesen sei.

Insoweit ist jedoch Vorsicht geboten: Die Heranziehung von Erfahrungssätzen ist bei der Rechtsanwendung zwar zulässig und geboten. Blinde Übernahme ist jedoch gefährlich. Sie kann zu einer Fehlentwicklung des Rechts führen. Die Argumentation mit der Nachahmungsgefahr bildet hierfür ein gutes Beispiel. Tatsächlich ist es möglich, dass die wettbewerbs-schädigende Wirkung erst mittelbar infolge einer Nachahmung durch

---

Vorbemerkung zu den Artikeln 81 bis 89 EG, Rn. 25; *Enchelmeier*, in: Hailbronner/Wilms: Recht der Europäischen Union, Band III, Vorbemerkung zu den Artikeln 81, 82 EG, 8. Lieferung, 2005, Rn. 173 f.

<sup>9</sup> *Kohler*, Der unlautere Wettbewerb. Darstellung des Wettbewerbsrechts, 1914, S. 31.

<sup>10</sup> RG, GRUR 1936, 810 – *Diamantine*.

<sup>11</sup> *Heermann*, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Bd. 2, 2006, Anh. §§ 1 – 7 A Rn. 73.

<sup>12</sup> BGHZ 23, 365, 375 – *Suwa* (1957).

Wettbewerber eintritt. Im Interesse eines Funktionsschutzes der Wettbewerbsordnung ist die Einbeziehung einer eventuellen Nachahmungsgefahr deshalb grundsätzlich geboten. Es bedarf jedoch konkreter Erwägungen, weshalb von der angegriffenen Wettbewerbshandlung eine von der Nachahmungsgefahr vorausgesetzte „Sogwirkung“ ausgeht. Sie wurde in verschiedenen grundlegenden Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vernachlässigt<sup>13</sup>. Die Übernahme der vom Reichsgericht aufgestellten Vermutung, dass die von „solchen wettbewerblichen Maßnahmen (in concreto: Verschenken von Originalware, d. Verf.) betroffenen Mitbewerber, soweit sie dazu nur irgendwie in der Lage sind, alle Mittel, insbesondere aber gerade die von ihren Konkurrenten angewendeten, einsetzen werden“<sup>14</sup>, erscheint bedenklich. Die Einschränkung dieses Grundsatzes in der späteren *Kleenex*-Entscheidung, wonach die Nachahmungsgefahr nicht bei jeder Warenart und auch nicht in jedem Einzelfall in demselben Maß besteht, und in jedem Fall die Umstände des Einzelfalles und die jeweiligen Marktverhältnisse herangezogen werden müssen<sup>15</sup>, ist in der Praxis zu wenig beachtet worden<sup>16</sup>.

Ganz unstrittig ist die Erforderlichkeit von Prognoseentscheidungen im Hinblick auf die Auswirkungen unlauterer Wettbewerbshandlungen. Sie müssen zunächst gem. § 3 UWG geeignet sein, den Wettbewerb zum Nachteil der Wettbewerbsbeteiligten nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen. Daneben wird die Feststellung der Unlauterkeit sehr häufig eine Prognose zumindest im weiteren Sinne voraussetzen: Der Wortlaut von § 5 Abs. 1 UWG scheint zwar vorauszusetzen, dass eine Werbung tatsächlich irreführt. Es entspricht aber ganz allgemeiner Auffassung, dass insoweit die Eignung zur Irreführung genügt<sup>17</sup>. Dieser Eignungsprüfung ist eine besondere Zukunftsbezogenheit eigen, da sie von der erwarteten Reaktion der Adressaten abhängt.

### 3. Kennzeichenrecht

Im Kennzeichenrecht ist wieder eine typischere Prognoseentscheidung durch eine behördenähnliche Einrichtung vorgesehen: Nach harmonisiertem deutschem, aber auch nach dem Gemeinschaftsmarkenrecht kann ein Kennzeichen durch Eintragung markenrechtlichen Schutz erlangen. Weil die Marke die kommerzielle Herkunft mitteilen soll, wird vorausgesetzt, dass das zur Eintragung als Marke angemeldete Zeichen unterscheidungsgeeignet sein muss. Insoweit wird nach dem deutschen Recht relativ scharf, nach europäischem Recht weniger deutlich zwischen der abstrakten Unterscheidungseignung, d.h. der Fähigkeit des Zeichens, überhaupt auf eine betriebliche Herkunft hinzudeuten<sup>18</sup>, und der konkreten Unter-

---

<sup>13</sup> BGHZ 23, 365, 372 ff. – Suwa – (1957); 43, 278, 282 ff. – Kleenex (1965).

<sup>14</sup> BGHZ 23, 365, 372 – Suwa (1957).

<sup>15</sup> BGHZ 43, 278, 283 – Kleenex (1965).

<sup>16</sup> *Sosnitza*, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Bd. 2, 2006, § 3 UWG Rn. 92.

<sup>17</sup> Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 24. Aufl., 2006, § 5 UWG Rn. 2.64.

<sup>18</sup> *Hacker*, in: Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl., 2006, § 3 Rn. 5.

scheidungskraft, verstanden als Möglichkeit, als Herkunftshinweis für konkrete Waren oder Dienstleistungen zu dienen<sup>19</sup>, unterschieden.

„Damit die Marke ihre Aufgabe als wesentlicher Bestandteil des Systems eines unverfälschten Wettbewerbs, das der EG-Vertrag errichten will, erfüllen kann, muss sie die Gewähr bieten, dass alle Waren oder Dienstleistungen, die mit ihr versehen sind, unter der Kontrolle eines einzigen Unternehmens hergestellt oder erbracht worden sind, das für ihre Qualität verantwortlich gemacht werden kann (Urteil Canon, Rdnr. 28).“<sup>20</sup>

Auf die Fähigkeit des Zeichens, den die Hauptaufgabe der Marke darstellenden Herkunftshinweis zu vermitteln, bezieht sich die Prognoseentscheidung der Markenbehörden. Nicht erforderlich ist, dass der als Marke zu schützende Umstand von den Adressaten bereits zum Zeitpunkt der Eintragung als Herkunftshinweis verstanden wird. Entscheidend ist, ob angenommen werden kann, dass es dem Unternehmen bei Einsatz entsprechender Mittel und unter Inanspruchnahme der vorgesehenen Schutzdauer gelingen wird, diese herkunftshinweisende Wirkung bei den Adressaten zu etablieren. Dabei handelt es sich um eine normative Prognoseentscheidung, die partiell auf empirischen Grundlagen (z.B. Marktverhältnisse, Verbrauchergewohnheiten) beruht<sup>21</sup>.

Entscheidungen des DPMA bzw. des BPatG im Eintragungs- bzw. Lösungsverfahren über das Vorliegen absoluter Eintragungshindernisse entfalten zwar Bindungswirkung für die ordentlichen Gerichte. Insbesondere im Beschwerdeverfahren kontrolliert aber das BPatG die Entscheidung des DPMA in vollem Umfang<sup>22</sup>.

Eine weitere kennzeichenrechtliche Prognoseentscheidung ist entweder im Widerspruchsverfahren von den Markenbehörden oder im Verletzungsverfahren von den Gerichten zu treffen: Es ist – analog zur lauterkeitsrechtlichen Irreführungsgefahr – das Bestehen einer Verwechslungsgefahr mit einem älteren Kennzeichen.

## II. Strukturen der Entscheidungsfindung

### 1. Wer entscheidet?

Die Beispiele haben bereits deutlich gemacht, dass die relevanten Prognoseentscheidungen von durchaus unterschiedlichen Entscheidungsträgern gefällt werden: An einem Ende des Spektrums steht die Betrachtung der Entscheidung über Unternehmenszusammenschlüsse durch die Kartellbehörden: Hier entscheiden spezialisierte Behörden mit überlegenem Sachverstand, die im Grundsatz sogar mit einer besonderen wettbewerbspolitischen Gestaltungsprärogative versehen sind. Die nachgeschaltete gerichtliche Kontrolle erfolgt daher nur eingeschränkt.

<sup>19</sup> Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 2. Aufl., 2003, § 8 Rn. 112 f., 116.

<sup>20</sup> EuGH v. 29.4.2004, C-371/02 – Björnekulla Fruktindustrier, Slg. 2004, I-5791 Rn. 20.

<sup>21</sup> Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., 2001, § 8 Rn. 33.

<sup>22</sup> Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., 2001, § 70 Rn. 3.

Auch im kennzeichenrechtlichen Eintragungs- bzw. Widerspruchsverfahren entscheidet eine Quasi-Behörde, nämlich das Deutsche Patent- und Markenamt (DPMA) bei deutschen Marken bzw. das Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (HABM) bei Gemeinschaftsmarken. Eine besondere Beurteilungsprärogative wird den Markenämtern jedoch nicht zugestanden<sup>23</sup>. Die gerichtliche Kontrolle erfolgt umfassend.

Im markenrechtlichen Verletzungsverfahren sowie im Lauterkeitsrecht fehlt es vollständig an einer behördlichen Prognoseentscheidung. Vielmehr trifft das Gericht selbst eine entsprechende Entscheidung.

## 2. Auf welcher Grundlage wird entschieden?

Entsprechend unterschiedlich sind die sachlichen Grundlagen der Prognoseentscheidung. Das eine Extrem wird vom kartellrechtlichen Verfahren der Zusammenschlusskontrolle beschrieben: Die Beurteilung, ob ein Zusammenschlussvorhaben wettbewerbsschädigend ist oder nicht, erfolgt zunächst auf der Grundlage einer breiten tatsächlichen Abstützung: Die beteiligten Unternehmen haben umfangreiche Angaben zu den Auswirkungen des geplanten Vorhabens auf die betroffenen Märkte zu machen. Auf der Grundlage dieser Angaben, die ggf. durch eigene Untersuchungen ergänzt werden, entscheidet die Behörde unter Einbeziehung ökonomischen Sachverständs (vgl. dazu noch u.). Im Hinblick auf sämtliche entscheidungsrelevanten Tatsachen unterliegt die Entscheidung der Kontrolle durch die Gerichte. Man unterscheidet insoweit zwar zwischen primären Tatsachen (z.B. das Treffen der CEOs im Hotel Interconti am 24.5.2005) und sogenannten sekundären Tatsachen (z.B. ein Marktanteil in Höhe von 43%). Gleichwohl eröffnet das Gericht erster Instanz am EuGH den betroffenen Unternehmen weitgehenden Rechtsschutz im Hinblick auf die zugrunde gelegten Tatsachen. Besonders deutlich wird dies bei Betrachtung der in den letzten Jahren erfolgreich angefochtenen Entscheidungen, bei welchen regelmäßig der mangelnde Nachweis der von der Kommission behaupteten Wirkungen beanstandet wurde<sup>24</sup>.

Die doppelte Privilegierung der Kommission, einerseits im Hinblick auf die Zukunftsgerichtetheit der Entscheidung, andererseits im Hinblick auf die wettbewerbsspolitische Gestaltungsprärogative, geht bei derart hohen Anforderungen an die Begründung zukünftiger Entwicklungen leicht verloren.

Im lauterkeitsrechtlichen Verfahren ist die Bewertung gespalten: Die Nachahmungsgefahr wird im Regelfall eher postuliert als begründet (vgl. bereits oben). Tatsächliche Feststellungen werden nicht angestellt. Dem Beweis ist eine solche Annahme nicht zugänglich; es handelt sich um richterliche Erfahrungssätze. Sie sind zwar in vollem Umfang revisibel. Erfahrungsgemäß verspüren Gerichte aber nur wenig Neigung, die von ihnen selbst aufgestellten Erfahrungssätze in späteren Entscheidungen in

---

<sup>23</sup> Fezer, aaO., § 41 Rn. 10, § 44 Rn. 3, § 70 Rn. 2 f., § 89 Rn. 3 f.

<sup>24</sup> Z.B. EuG v. 25.10.2002, T-05/02 - Tetra Laval, Slg. 2002, II-4381; v. 14.12.2005, verb. Rs. T-209, 210/01 - General Electric/Honeywell, noch nicht in Slg., WuW/E EU-R 977, zu wettbewerbsschädigenden Wirkungen von Konglomeratfusionen; EuG v. 6.6.2002, T-342/99 - Airtours, Slg. 2002, II-2585 zu gemeinsam marktbeherrschender Stellung.

Frage zu stellen. Diesen Umstand machen insbesondere verschiedene Annahmen deutlich, die bei der Begründung der lauterkeitsrechtlichen Irreführungsgefahr oder der kennzeichenrechtlichen Verwechslungsgefahr bzw. der Unterscheidungskraft zugrundegelegt werden. Immerhin ist es bei lauterkeitsrechtlichen Irreführungsgefahren nicht unüblich<sup>25</sup>, demoskopische Gutachten einzuholen, durch welche das richterliche Urteil abgestützt wird.

Im Markenrecht wird davon ausgegangen, dass die Prognoseentscheidung über die Unterscheidungskraft eine spekulative Entscheidung sei, weil es sich um eine Rechtsfrage handele, die anhand allgemein kundiger Tatsachen zu entscheiden sei, ohne dass Verkehrsbefragungen veranlasst wären<sup>26</sup>. Die primäre Entscheidung der Markenämter wird dementsprechend selten im Hinblick auf die zukunftsgerichtete Dimension problematisiert. Zumeist bleiben die Begründungen konkreten, dem Zeichen zu entnehmenden Indizien verhaftet, so etwa einem etwaigen Phantasieüberschuss, um das Mindestmaß an Unterscheidungskraft, das vom Gesetzgeber vorausgesetzt wird, zu begründen. Es wird immerhin als zulässig erachtet, dass Parteien von sich aus Verkehrsbefragungen im Verfahren vorlegen.

### III. Veränderungen des Umfelds kartellrechtlicher Prognoseentscheidungen

Die beschriebenen Umstände der Fällung von Prognoseentscheidungen waren soweit ersichtlich bislang nicht Gegenstand einer übergreifenden methodischen und inhaltlichen Betrachtung. Offensichtlich wurden jedoch die materiellen Vorentscheidungen, die durch die Methodik bei der Findung einer Prognoseentscheidung getroffen werden, aus Anlass sehr drastischer Veränderungen, die ihren Ursprung in der Behandlung kartellrechtlich relevanter Tatbestände haben: Dabei geht es um kompetenzielle Veränderungen (1.) sowie um strukturelle Veränderungen im Hinblick auf die Entscheidungsfindung (2.).

#### 1. Kompetenzielle Veränderungen

Gravierende Veränderungen sind im Kartellrecht mit der Novellierung des Europäischen Kartellverfahrensrechts aus Anlass der EG-Verordnung Nr. 1/2003<sup>27</sup> eingetreten. Mit dieser Verordnung ist eine geänderte Betrachtung des Rechtscharakters von Art. 81 Abs. 3 EG, der die Freistellung von bestimmten wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen vorsieht, ver-

---

<sup>25</sup> Die Reichweite einer Pflicht der Gerichte, insoweit Sachverständige zuzuziehen, ist durch die Entscheidung des BGH, GRUR 2002, 550 – Elternbriefe, stark eingeschränkt worden. Vgl. darüber hinaus BGH, WRP 2004, 339 – Marktführerschaft.

<sup>26</sup> Fezer, aaO., § 8 Rn. 33. Anders ist die Rechtslage bei der Verkehrsdurchsetzung. Bezüglich der insoweit durchzuführenden Meinungsumfragen hat das DPMA Richtlinien erlassen. Die methodischen Schwierigkeiten im Umgang mit solchen Umfragen hat die Entscheidung des EuG v. 12.6.2006, Rs. T-277/04 – Vitakraft, noch nicht in Slg., Rn. 39, 40, deutlich gemacht, welche die Beweiskraft einer Umfrage unter Verwendung von Frageformen, die nach den DPMA Richtlinien zulässig sind, als unzulässig „führend“ ablehnte.

<sup>27</sup> Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln vom 16. Dezember 2002, ABI. Nr. L 1 vom 04.01.2003, S. 1 ff.



bunden. Früher wurde die Regelung in der Weise interpretiert, dass es einer positiven Feststellung der Rechtfertigung bedurfte, die konstitutive Wirkung hatte und der Europäischen Kommission als Wettbewerbsbehörde vorbehalten war. Sie konnte im Wege einer Einzelfallentscheidung oder durch generell-abstrakte Regelungen in sog. Gruppenfreistellungsverordnungen getroffen werden.

Mit der Verordnung Nr. 1/2003 wurde dieses Freistellungsmonopol der Europäischen Kommission aufgegeben. Gemäß Art. 1 Abs. 2 der Verordnung wird Art. 81 Abs. 3 EG nunmehr als Legalausnahme interpretiert. Die Vorschrift ist damit insgesamt unmittelbar anwendbar, wodurch sowohl die nationalen Wettbewerbsbehörden, aber auch sämtliche Gerichte, im Fall der Entscheidung über kartellrechtlich relevante Sachverhalte, zur Anwendung des Art. 81 Abs. 3 EG befugt und gem. Art. 3 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1/2003 zugleich verpflichtet wurden. Der besondere, oben bereits hervorgehobene wirtschaftspolitische Gestaltungsspielraum der Europäischen Kommission wird dadurch in weiten Bereichen eingeschränkt. Die Kommission kann ihn vor allem durch die Verabschiedung von Leitlinien bewahren. Im Übrigen hat sie die Möglichkeit, durch die Attraktion von geeigneten Verfahren gem. Art. 10 Abs. 6 der Verordnung Nr. 1/2003, von denen sie auf der Grundlage der Meldepflicht der nationalen Behörden und Gerichte nach Art. 10 Abs. 1 Verordnung Nr. 1/2003 Kenntnis erhält, für eine systematische stimmige, aber auch wirtschaftspolitisch ausgewogene Anwendung des EG-Kartellrechts zu sorgen. Jüngere Äußerungen aus der Kommission bestätigen, dass sie trotz der Veränderungen durch die Verordnung Nr. 1/2003 von der Notwendigkeit einer aktiven Ausfüllung ihrer Rolle überzeugt ist<sup>28</sup>.

## 2. Strukturelle Veränderungen

### a) „More economic approach“

Neben diese Kompetenzverschiebungen treten zugleich strukturelle Veränderungen: Während noch bis in die 90er Jahre die Ansicht verbreitet war, das EG-Kartellrecht entziehe sich wegen seiner Binnenmarktfinalität einer besonderen Einflussnahme durch ökonomische Modelle, was es auch gegenüber Versuchen der sog. Chicago School of Economics „resistent“ mache, die Tatbestände ausschließlich effizienzorientiert auszulegen<sup>29</sup>, hat seit Mitte der 90er Jahre eine Akzentverschiebung stattgefunden, die unter dem Schlagwort des „*more economic approach*“ zusammengefasst wird. Als erstes wurden die verschiedenen Gruppenfreistellungsverordnungen für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen im Vertikalverhältnis aufgehoben und in einer neuen Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung aus dem Jahr 1999<sup>30</sup> einheitlich geregelt. Das Grundmuster dieser Verordnung beruht

---

<sup>28</sup> Lowe, Preserving and Promoting Competition. A European Response, XIII St.Gallen International Competition Law Forum 2006, May 11, 2006.

<sup>29</sup> Faull, The Enforcement of Competition Policy in the European Community: A Mature System, 15 Ford. Int. L. J. 219, 221 (1991-92).

<sup>30</sup> Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen

auf der Annahme, dass Beschränkungen des Intra-Brand-Wettbewerbs im Regelfall unschädlich sind, solange der Inter-Brand-Wettbewerb nicht dadurch beeinträchtigt ist, dass die im Vertikalverhältnis jeweils wettbewerbsbeschränkende Partei eine besonders starke Marktstellung hat (EGr. 6). Dem entspricht die Regelung, wonach die freistellende Wirkung erst bei einem Marktanteil von über 30% endet (EGr. 7).

Den nächsten Schritt ging die Europäische Kommission mit der Novellierung der Fusionskontrollverordnung im Jahr 2004. Die Ablösung des bis dahin verwendeten Marktbeherrschungstests, der bis heute in § 36 Abs. 1 GWB verwendet wird, durch den sog. SIEC Test, der eine bedeutende Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs („significant impediment to effective competition“) voraussetzt und die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nur noch als Regelbeispiel aufführt, ist dem Bestreben zu verdanken, weitere wettbewerbsfeindliche Zusammenschlüsse untersagen zu können, auch wenn u.U. keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird. Ökonomische Modelle hatten die Möglichkeit einer Schutzlücke im Fall sog. unilateraler Effekte aufgezeigt<sup>31</sup>.

Gegenwärtig werden die Regeln hinterfragt, die auf den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 82 EG angewendet werden. Beschränkt auf die Fälle des sog. Behinderungsmissbrauchs hat die Europäische Kommission im vergangenen Dezember ein Diskussionspapier vorgelegt<sup>32</sup> und damit eine öffentliche Diskussion angestoßen.

#### b) Emanzipation der Grundrechte im Wirtschaftsrecht

Als weiterer Umstand tritt die Emanzipation der Grundrechte im Wirtschaftsrecht hinzu. Die individuelle, grundrechtlich geschützte Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung wurde lange Zeit vernachlässigt. Eine Reihe jüngerer Entscheidungen hat aufgezeigt, dass der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum, auch wenn es um die abstrakte Vornahme von Prognoseentscheidungen geht, nicht unbegrenzt ist. Begrenzend wirkten zunächst die europäischen Grundfreiheiten auf die abstrakten Gefährdungstatbestände des UWG<sup>33</sup>. In jüngerer Zeit hat der EuGH deutlich gemacht, dass auch (Europäische) Grundrechte vermögen, sogar außerhalb des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten mitgliedstaatliche Regelungen zu erfassen<sup>34</sup>. Im deutschen Recht hat die Meinungsäußerungsfreiheit eine überschießende

---

Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABI. 1999 Nr. L 336/21.

<sup>31</sup> Vgl. dazu *Röller/Strohm*, Ökonomische Analyse des Begriffs „significant impediment to effective competition“, Rn. 2, in: Münchener Kommentar zum Kartellrecht, abrufbar unter <[http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2005\\_010\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2005_010_de.pdf)> (site zul. besucht am 8.11.2006).

<sup>32</sup> Abrufbar unter <<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>> (site zul. besucht am 08.11.2006).

<sup>33</sup> Vgl. insb. EuGH v. 18.5.1993, Rs. C-126/91 - Yves Rocher, Slg. 1993, I-2361 Rn. 16 ff., 19.

<sup>34</sup> EuGH v. 25.3.2004, Rs. C-71/02 - Karner, Slg. 2004, I-3025.

---

Anwendung von § 1 UWG a.F. im Fall der schockierenden Werbung verhindert<sup>35</sup>.

### 3. Zurückdrängung von per-se-Regeln und abstrakten Tatbeständen

All das hat dazu geführt, dass in verschiedenen Bereichen des Wirtschaftsrechts per se-Regeln und abstrakte Gefährdungstatbestände zurückgedrängt wurden. Verschiedene abstrakte Gefährdungstatbestände des Lauterkeitsrechts, welchen regelmäßig eine Vermutung der Begründung einer Irreführungsgefahr zugrundelag (§§ 6d, e UWG a.F. zur Beschränkung der Abgabemenge und zur Werbung mit Preisgegenüberstellungen), wurden bereits 1994 abgeschafft. 2001 folgten das Verbot der Gewährung von Rabatten und Zugaben. Mit der UWG-Novelle von 2004 fielen das Verbot des Hinweises auf die Herkunft von Waren aus einer Insolvenz, wenn die Waren nicht mehr zur Insolvenzmasse gehören (§ 6 UWG a.F.), das Verbot des Kaufscheinhandels (§ 6a UWG a.F.) sowie das Recht der Sonderveranstaltungen. Das geltende Lauterkeitsrecht kommt sehr weitgehend ohne solche Vermutungen aus. Als letzter abstrakter Gefährdungstatbestand findet sich heute in § 4 Nr. 6 UWG das Verbot akzessorischer Werbepreisausschreiben und -gewinnspiele.

Auch im Kartellrecht stehen per se-Regeln auf dem Prüfstand. So galt seit langem im EG-Kartellrecht der Grundsatz, dass von einem Marktbeherrscher gewährte Treuerabatte wegen der von ihnen vermeintlich ausgehenden Sogwirkung wettbewerbsschädlich und deshalb missbräuchlich i.S.d. Art. 82 EG seien<sup>36</sup>. Er wird nunmehr auf ökonomischer Grundlage hinterfragt<sup>37</sup>. Ähnliches gilt für die Annahme, dass Verkäufe unter Einstandspreis ohne rechtfertigende Gründe wettbewerbsschädlich seien. Ein entsprechendes Verbot enthält § 22 Abs. 4 S. 2 GWB. Diese Einschätzung beruht auf den Annahmen, dass (1) solche Verkäufe, da sie per definitionem nicht der Gewinnerwirtschaftung dienen können, darauf gerichtet sein müssen, Wettbewerber vom Markt zu verdrängen, (2) diese Preisstrategie erfolgreich ist, d.h. die Wettbewerber tatsächlich den Markt verlassen, so dass anschließend eine Monopolsituation entsteht, (3) diese Monopolsituation erhalten bleibt, weil keine weiteren Wettbewerber den Markt betreten und (4) die Zahlungsbereitschaft der Marktgegenseite dem Monopolisten schließlich gestattet, eine Monopolrente zu erwirtschaften, mit welcher die Kosten des Preiskampfs amortisiert werden können (sog. „*recoupment*“). Diese Annahmen mögen zwar zutreffen; die selbstverständliche, allein an den Verkauf unter Einstandspreis anknüpfende, Unterstellung aller Annahmen vermag jedoch heute nicht mehr zu überzeugen.

---

<sup>35</sup> BVerfGE 107, 245 – Benetton-Werbung II (2003).

<sup>36</sup> EuGH v. 13.2.1979, Rs. 85/76 - Hoffmann-La Roche, Slg. 1979, 461; EuG v. 1.4.1993, T-65/89 - BPB, Slg 1993, II-389; allgemein: *Mäger*, aaO., § 16 Rn. 220 ff.; zur Sogwirkung eines Treuerabatts siehe Entscheidung der Kommission vom 20. März 2001, K(2001) 728 - Deutsche Post AG, ABl. 2001 Nr. L 125/27.

<sup>37</sup> Diskussionspapier der Kommission zu Art. 82, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Dez. 2005, S. 41 f., 43 ff., abrufbar unter <<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>> (site zul. besucht am 08.11.2006).

#### 4. Notwendigkeit der Begründung konkreter Gefahren

Die Beseitigung abstrakter Gefährdungstatbestände führt zwar weder zu einer vollständigen Legalisierung des fraglichen Wettbewerbsverhaltens noch zu einem Vakuum, da stets die konkreten Gefährdungstatbestände zu beachten sind<sup>38</sup>. Im Hinblick auf das Erfordernis der konkreten Wettbewerbsgefährdung sind die Begründungslasten aber im Ergebnis gestiegen.

#### 5. Auswirkungen auf die Beurteilungskompetenz

Das bleibt nicht ohne Auswirkungen für die Beurteilungskompetenz. Bei gesetzlich vorgenommenen Prognoseentscheidungen in Gestalt abstrakter Gefährdungstatbestände, aber auch in Gestalt widerleglicher oder unwiderleglicher Vermutungen übernimmt der Gesetzgeber eine solche Beurteilung in abstrakter Weise. Mit der oben beschriebenen Zurückdrängung solcher Tatbestände wird die Beurteilung der zukünftigen Entwicklung auf die Rechtsanwender, in letzter Instanz auf die Gerichte verlagert.

##### a) Grundsatz des Beurteilungsspielraums bei Prognoseentscheidungen

Wo Verwaltungsbehörden eingesetzt werden, stellt sich darüber hinausgehend die Frage der Beurteilungskompetenz im Verhältnis zwischen Behörde und Gericht. Im deutschen Verwaltungsrecht wurde als Instrument der nur eingeschränkt justiziable Beurteilungsspielraum bei Prognoseentscheidungen etabliert<sup>39</sup>. Dem liegt die Annahme zugrunde, dass auch Gerichte in keiner besseren Position sind, zukünftige Entwicklungen zu antizipieren. Insoweit ist auffällig, dass hinsichtlich der mit der Feststellung der markenrechtlichen Unterscheidungskraft verbundenen Prognoseentscheidung durch die Markenbehörden keine entsprechende Rücksicht genommen wird.

Im Kartellrecht wird der Beurteilungsspielraum der Behörden demgegenüber im Ausgangspunkt bejaht. Allerdings ist unverkennbar, dass durch die graduelle Anhebung der beweisrechtlichen Anforderungen an die Begründungen durch die Behörden auch der als solcher anerkannte Beurteilungsspielraum eingeschränkt wird.

##### b) Differenzierung von Prognoseentscheidungen

So stellt sich die Frage, ob tatsächliche Umstände in der Lage sind, die wie gezeigt ganz unterschiedliche Behandlung der dargestellten Prognoseentscheidungen zu rechtfertigen. Ein solcher Umstand ist sicher die gesamtwirtschaftliche Bedeutung der Entscheidung. Eine Entscheidung über ein Zusammenschlussvorhaben kann ganze Märkte in ihrer zukünftigen Entwicklung prägen (z.B. *McDonnell Douglas/Boeing*, *General Electric/Honeywell*). Es ist offensichtlich, dass solche Prognoseentscheidungen einen höheren Aufwand rechtfertigen.

Einen weiteren relevanten Umstand stellt die Gesamtzahl der zu treffenden Prognoseentscheidungen dar. Für das Jahr 2003 berichtet die Kom-

---

<sup>38</sup> Für das Lauterkeitsrecht vgl. Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 24. Aufl., 2006, § 5 UWG Rn. 1.86.

<sup>39</sup> Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2004, § 7 Rn. 31 ff., 41.

mission von insgesamt 222 Entscheidungen in Zusammenschlussvorhaben, von denen allerdings 203 bereits in der Phase I als unproblematisch erachtet wurden<sup>40</sup>. Europaweit wurden nur 19 Verfahren näher geprüft. Das Bundeskartellamt gibt für denselben Zeitraum bei annähernd 1300 Anmeldungen knapp über 30 Entscheidungen an, die in der zweiten Phase zu entscheiden waren<sup>41</sup>. Im selben Jahr wurden beim HABM über 57.000 Marken angemeldet<sup>42</sup>, beim DPMA waren es 62.000 Anmeldungen<sup>43</sup>. Im Bereich des Lauterkeitsrechts hat die größte deutsche Rechtsdatenbank für dieses Jahr 445 Entscheidungen registriert<sup>44</sup>, von denen erfahrungsgemäß deutlich mehr als die Hälfte auf Irreführungstatbestände gestützt werden. Es liegt ebenfalls auf der Hand, dass Hunderte oder Tausende von Behörden- und Gerichtsentscheidungen nicht mit demselben Aufwand vorbereitet und gefällt werden können, wie wenige Dutzend.

Schließlich ist nicht ganz von der Hand zu weisen, dass der Erkenntnisgewinn durch weitere Untersuchungen unterschiedlich groß sein kann. Dieser Umstand führt zur abschließenden Frage:

#### IV. Vertragen sich marktbezogene Prognoseentscheidungen und Wettbewerb als Entdeckungsverfahren?

Eine der zentralen Annahmen im Wirtschaftsrecht ist seit den 1950er-Jahren das sog. Struktur-Verhaltens-Ergebnis-Paradigma im Kartellrecht, das von der sog. Harvard School of Economics entwickelt wurde: Wenn man die Marktstruktur steuere, könne man über das Marktverhalten der Akteure die gewünschten Marktergebnisse herbeiführen. Diese Lehre wurde vor allem von der Chicago School of Economics angegriffen. Sie wandte sich – gerade wegen der marktmachterodierenden Wirkung des Wettbewerbs – dagegen, Wettbewerbsverhalten, das sich im Wettbewerb bewährt hat, kartellrechtlich zu sanktionieren. Die Chicago School of Economics hat vor allem das US Antitrust law der letzten 30 Jahre entscheidend geprägt. Prominente Vertreter der „Law & Economics“, wie *Posner* und *Easterbrook*, sind seit langer Zeit Bundesrichter und stehen auf der Liste der „Honorable Mentions“ für den Aufstieg in den Supreme Court.

Die europäische Rechtsentwicklung hat der ursprünglichen Idee von Law & Economics reserviert gegenübergestanden. Mit der Überwindung der Chicago School of Economics in den Wirtschaftswissenschaften ist jedoch

<sup>40</sup> European Merger Control - Council Regulation 139/2004 – Statistics, 21 September 1990 to 31 October 2006, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/statistics.pdf> (site zul. besucht am 08.11.2006).

<sup>41</sup> Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2003/2004 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet und Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drs. 15/5790, S. 216.

<sup>42</sup> [www.habm.eu.int/pdf/office/SSC009-Statistics\\_of\\_Community\\_Trade\\_Marks\\_2006.pdf](http://www.habm.eu.int/pdf/office/SSC009-Statistics_of_Community_Trade_Marks_2006.pdf) (site zul. besucht am 08.11.2006).

<sup>43</sup> Deutsches Patent- und Markenamt Jahresbericht 2003, S. 23, 109, abrufbar unter <http://www.dpma.de/veroeffentlichungen/jahresbericht03/jb2003.pdf> (site zul. besucht am 08.11.2006).

<sup>44</sup> Ergebnis einer Recherche bei juris unter den Einträgen „UWG“ als Rechtsnorm und dem Jahr 2003 als Zeitraum.

auch ein neuer Impetus im Hinblick auf die Bedeutung der Ökonomie in den Rechtswissenschaften verbunden. Die Unterordnung des Rechts unter die Effizienz wurde, wenn sie je wirklich behauptet wurde, deutlich aufgegeben. Betont wird aber, dass jedenfalls dort, wo Recht wirtschaftliches Verhalten steuern wolle, die ökonomischen Konsequenzen zu berücksichtigen seien. In der Europäischen Kommission wird ein Ansatz verfolgt, der zwar der Ökonomie ihren Platz einräumt, sie aber zugleich auf diesen Platz verweist: Eine sorgfältige Erarbeitung des wirtschaftlichen Hintergrunds im tatsächlichen Bereich soll die rechtliche Entscheidung abstützen. Doch auch dieser Zugang ist nicht ohne Probleme:

„Der Einsatz von quantitativen Methoden und Simulationsmodellen in der Fusionskontroll-Praxis wird, gerade in Deutschland, von Teilen der Wissenschaft mitunter mit Skepsis gesehen und mit grundsätzlichen Fragen über die Erkenntnismöglichkeiten der Wirtschaftswissenschaften in Verbindung gebracht. Diese Debatte hat bereits eine lange Tradition. Etwa von der in Deutschland besonders beachteten erkenntnistheoretischen Position von *Hayeks* aus gesehen, sind die aus „konstitutioneller Unwissenheit“ resultierenden Grenzen im Hinblick auf die Möglichkeit zur Ableitung exakter Vorhersagen über das Marktgeschehen grundsätzlich „unüberwindlich“. Infolgedessen kann dieser Auffassung gemäß eine Ausrichtung der Wirtschaftspolitik an konkreten Zielen (wie der Konsumentenwohl-fahrt) nicht zu den gewünschten Ergebnissen führen.“<sup>45</sup>

Am 5. Juli 1968 hielt *v. Hayek* am Institut für Weltwirtschaft in Kiel seinen vielbeachteten Vortrag über den Wettbewerb als Entdeckungsverfahren<sup>46</sup>. Mit dem Begriff „Entdeckungsverfahren“ bezog *v. Hayek* sich nicht allein auf die Innovationsförderungsfunktion des Wettbewerbs, also den durch ihn gegebenen Ansporn, neue und bessere Produkte zur Befriedigung derselben Nachfrage zu entwickeln, sondern er wollte im Wesentlichen abstrakt feststellen, dass die Unterstellung der klassischen Markttheorie, die von einer gegebenen Menge knapper Güter ausgeht, ihr den Weg zur Verständnis des Wettbewerbs versperrt, da erst der Wettbewerb selbst zeigen kann, welche Güter knapp sind. Erst die vorläufigen Ergebnisse des Marktprozesses zeigen den Marktteilnehmern, wonach zu suchen sich lohnt. Eine solche Grundhaltung gestattet nur schwer eine Rechtfertigung zukunftsorientierter Prognoseentscheidungen im Hinblick auf die Marktergebnisse<sup>47</sup>.

*v. Hayeks* Vorgehen basierte indes auf der Alternative von Markt und Staat. Auf der Grundlage dieser kategorialen Gegenüberstellung entwickelte er die Vorzüge des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren. Diese Wettbewerbstheorie ist nicht nur gegen wirtschaftswissenschaftliche Paradigmen –

<sup>45</sup> *Röller/Strohm*, Ökonomische Analyse des Begriffs „significant impediment to effective competition“, Rn. 26, Münchener Kommentar zum Kartellrecht, abrufbar unter <[http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2005\\_010\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2005_010_de.pdf)> (site zul. besucht am 08.11.2006).

<sup>46</sup> *v. Hayek*, Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, abgedr. in: Freiburger Studien. Gesammelte Aufsätze von F.A. v. Hayek, 2. Aufl., 1994, S. 249 ff.

<sup>47</sup> Vgl. insoweit kritisch *Sosnitza*, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Bd. 2, 2006, § 3 UWG Rn. 91.



Preistheorie, Keynesianismus etc. – gerichtet, sondern richtete sich als politisches Dokument gegen die seinerzeit auch im Westen geläufigen Ansätze staatlicher Wirtschaftssteuerung und gegen eine um sich greifende politische Planungseuphorie<sup>48</sup>. Davon ist die moderne Begründung der Einbeziehung ökonomischer Argumente im Rahmen wirtschaftsrechtlicher Prognoseentscheidungen weit entfernt. Der frühere Chefökonom der Generaldirektion Wettbewerb, *Lars-Hendrik Röller*, hat das für das Beispiel der Zusammenschlusskontrolle folgendermaßen formuliert:

„Anders als der strukturelle Ansatz des deutschen Wettbewerbsrechts, der Eingriffe der Behörden aufgrund abstrakt als wettbewerbsfeindlich definierter Marktstrukturen und Verhaltensweisen rechtfertigt, orientiert sich das Konzept der Konsumentenwohlfaht an den Auswirkungen eines Zusammenschlusses. Gewollt ist somit eine stärkere Ausrichtung der Entscheidungen an den erwarteten konkreten ökonomischen Wirkungen eines Zusammenschlusses (auf die Verbraucher). Konzeptionell unterscheidet sich das in den Leitlinien sichtbare Konzept insofern auch vom Leitbild der vollständigen Konkurrenz. Es orientiert sich vor allem an den Marktergebnissen, wobei das Marktergebnis anhand des Kriteriums der Konsumentenrente oder der Konsumentenwohlfaht beurteilt wird; in erster Linie ist das der Preis.“<sup>49</sup>

Insbesondere ist sich die Wirtschaftswissenschaft der Unsicherheit ihrer eigenen Instrumente sehr bewusst<sup>50</sup>. Der grundsätzliche Einwand gegen die Nutzung ökonomischer Argumente kann daher widerlegt werden. Ein Risiko, das mit der so verstandenen Ökonomisierung des Rechts allerdings verbunden ist, besteht im möglichen Verlust an Rechtssicherheit für die Wettbewerbsteilnehmer. Befürchtet wird auch eine Schwächung des Rechtsschutzes kleinerer Marktteilnehmer, die zu einer Durchführung der Untersuchungen außerstande sind, derer es für die Erstellung eines bestimmten Wettbewerbsverstoßes künftig womöglich bedarf, insbesondere, wenn die Durchsetzung im Wege privater Klagen erfolgen soll.

Eine mögliche Lösung des Konflikts wird in der Weise aufgezeigt, dass der ökonomische Sachverstand einer Kartellbehörde und der dort durchführbare Einsatz von quantitativen Methoden und Simulationsmodellen instrumentalisiert wird, um empirisch weitergehend gestützte, aber dennoch nicht verbindliche Leitlinien zu entwickeln, die von Behörden und Gerichten herangezogen werden können. Sie können rechtliche Erfahrungssätze entweder absichern, sie als falsches Vorurteil entlarven oder aber – wohl im Regelfall – ihre Geltungskraft an das Vorliegen bestimmter Umstände knüpfen.

---

<sup>48</sup> *Czada*, Kooperation als Entdeckungsverfahren, Vortrag im Rahmen der Tagung „Kooperative Politikverfahren“, Universität Witten-Herdecke, 8. – 10.10.1998.

<sup>49</sup> *Röller/Strohm*, Ökonomische Analyse des Begriffs „significant impediment to effective competition“, Rn. 25, Münchener Kommentar zum Kartellrecht, abrufbar unter <[http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2005\\_010\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2005_010_de.pdf)> (site zul. besucht am 08.11.2006).

<sup>50</sup> Z.B. *Röller/Strohm*, Ökonomische Analyse des Begriffs „significant impediment to effective competition“, Rn. 27 ff., Münchener Kommentar zum Kartellrecht, abrufbar unter <[http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2005\\_010\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2005_010_de.pdf)> (site zul. besucht am 08.11.2006).

Dieses im Kartellrecht im Entstehen begriffene System könnte durchaus auch bei anderen wirtschaftsrechtlichen Prognoseentscheidungen, etwa der Frage nach der markenrechtlichen Unterscheidungskraft, nach der Verwechslungs- oder der lauterkeitsrechtlichen Irreführungsgefahr aufgebaut werden. Es könnte einerseits das bislang bestehende Konvolut von teilweise widersprüchlichen Erfahrungssätzen – steigt oder fällt die Verwechslungsgefahr mit der Bekanntheit eines Kennzeichens<sup>51</sup>? Prägt der Wort- oder der Bildbestandteil Wort-Bildmarken<sup>52</sup>? Muss ein richtig stellender Zusatz am Blickfang teilhaben, um eine Irreführungsgefahr auszuschließen<sup>53</sup>? – geordnet und zugleich der häufig beanstandete Mangel an Rechtssicherheit behoben werden. Zugleich gestattet ein solches System, außerjuristischen Sachverstand auch in Massenverfahren wie der Markeneintragung oder dem Wettbewerbsprozess unter angemessenem Aufwand einzubringen. Angesiedelt werden könnten solche Kompetenzteams für den Bereich des Kennzeichenrechts bei den Markenämtern. Im Lauterkeitsrecht böte die in Deutschland im Hinblick auf die Verpflichtungen aus der EG-Verordnung über die Zusammenarbeit beim Verbraucherschutz<sup>54</sup> zu schaffende Behörde<sup>55</sup> eine Plattform, um in Zusammenarbeit von Juristen, Demoskopen und Soziologen vergleichbare Leitlinien zu erarbeiten.

**Kontaktadresse:**

Prof. Dr. Jochen Glöckner, LL.M. (USA)  
Fachbereich Rechtswissenschaft  
Universität Konstanz  
Universitätsstraße 10 Fach D 98  
D 78457 Konstanz  
eMail: jochen.gloeckner@uni-konstanz.de

---

<sup>51</sup> Zum Konflikt zwischen dem Satz, wonach der Schutzzumfang einer Marke mit ihrem Bekanntheitsgrad zunimmt, und der Annahme, begriffliche oder visuelle Ähnlichkeiten zwischen zwei Marken könnten neutralisiert werden, wenn zumindest eines der Zeichen eine eindeutige und bestimmte Bedeutung habe, vgl. *Schenk*, Verwechslungsgefahr zwischen Gemeinschaftsmarken: Zur „Neutralisierungslehre“ des EuG und EuGH, ELR 2006, 300.

<sup>52</sup> Schweizerische Gerichte haben eine prägende Wirkung des Bildbestandteils angenommen, BGE 103 II 211, 217 – Schokoladedragés, in Deutschland wird dagegen häufig davon ausgegangen, dass Bildbestandteile eher weniger einprägsam sind, z.B. BGH, WRP 2001, 1320, 1323 – Bit/Bud.

<sup>53</sup> Vgl. BGH, GRUR 2003, 163 – Computerwerbung II.

<sup>54</sup> Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Oktober 2004 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden („Verordnung über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz“), ABl. 2004 Nr. L 364/1.

<sup>55</sup> Regelmäßig das Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit auf der Grundlage von § 2 Nr. 1 des EG-Verbraucherschutz-Durchsetzungsgesetzes, BGBl 2006, I, S. 3367.



---

# Risikokommunikation im koreanischen Lebensmittelgesetz

Professor Ph.D. Tae-Je Cho, Seoul

## I. Einleitung

In der koreanischen Gesellschaft wird Risiko als ein komplexes Risiko beurteilt. Die Ursache für das Auftreten eines solchen komplexen Risikos kann als erstes in der schnelllebigen Modernisierung der Gesellschaft gefunden werden. Korea hat sich in den letzten 50 Jahren zwar rasch der westlichen Gesellschaft angenähert, hat aber als Schattenseite in der Qualität einbüßen müssen. Dadurch, dass der Schnelligkeit und der Realisierung der Verwestlichung mehr Bedeutung gegeben wurde, wurde auf der anderen Seite die Lebensqualität der Bürger vernachlässigt. So war es möglich, dass Lebensmittelvergiftungen in Schulmensen auftreten konnten. Gleichzeitig weist die koreanische Gesellschaft ebenfalls dieselben Risiken der westlichen Gesellschaft auf. Gemeint sind damit die Risiken, die in den neuen genetisch entwickelten Nahrungsmitteln durch wissenschaftliche Unzulänglichkeiten auftreten.

Die der koreanischen Gesellschaft eigenen Risiken sind alltägliche und doch ungewöhnliche Risiken. Das Risiko begründet sich hier auf die mangelnde Regelung und Kommunikation zwischen den Gesellschaftsschichten und nicht wie in der westlichen Gesellschaft auf die Unvollkommenheit der wissenschaftlichen Technik. Hier kann Sicherheit zwar erforscht und angestrebt werden, kann jedoch in keinem Fall garantiert werden.

Heutzutage ist unser reichhaltiges Nahrungsmittelangebot nicht in geringem Maße von Lebensmittelzusätzen und genetisch manipulierten Lebensmitteln abhängig. Aber dort finden sich noch zum großen Teil viele Fragen über deren genauen Einfluss auf die Gesundheit. In der Situation der Unsicherheit, welches Lebensmittel für das menschliche Leben und die Gesundheit schädlich ist, greifen die traditionellen Verwaltungsmaßnahmen nur unzureichend. Denn diese haben, sobald eine Gefahr erkannt wurde, nur einen Regulierungsstandard aufgesetzt und diesen einfach durchgesetzt.

In solch einer von Unsicherheit umgebenen Situation muss die Regierung zum Schutz des menschlichen Lebens und der Gesundheit formell entgegenwirken. Eine entsprechende Maßnahme ist die Risikokommunikation. Die Risikokommunikation wird im Allgemeinen als ein im Austausch von Informationen und Gedanken bestehender interaktiver Prozess verstanden. Nicht der Gebrauch des Begriffes von Informationsangebot, sondern Risikokommunikation, weist darauf hin, dass nicht das einfache Angebot von Information genügt, sondern dass ausgehend vom

Verständnis der Information eine auf die Bürger zugeschnittene Kommunikation in Verwaltung, Unternehmen und Lebensmittel als wichtiger Faktor angesehen wird.

In Korea wuchs die Unsicherheit der Bürger gegenüber dem Nahrungsmittelangebot durch eine Reihe von Lebensmittelskandalen, wie Rinderfett-Ramen (1989), gegorene Milch (1995), Formalin enthaltende Konserven (1998), schlechte Mandu (2004) und Parasiteneier in Kimchi (2005). In gleichem Zuge erlitten Lebensmittelunternehmen Insolvenzen. Die Nachuntersuchungen ergaben jedoch, dass in der Mehrzahl keine Gefahren bestanden. Skandale wie diese zeigen nur, dass sie lediglich Resultate fehlender Kommunikation darstellen. So wird im Anschluss die Risikobehandlung und die Bedeutung und Funktion von Risikokommunikation erläutert. Anschließend wird im Bereich des Lebensmittelgesetzes das Lebensmittelkennzeichnungssystem, Verbraucherschutzsystem und das Publikationssystem als Mittel der Risikokommunikation behandelt und darüber hinaus andere einsetzbare Methoden erörtert.

## II. Risikokommunikation als Risikomanagement

### 1. Risikokommunikation als Vereinbarungsprozess

#### (1) Das Verständnis von Risiko

Das Risiko als Gefahr wird als ein im menschlichen Leben und in der Wirtschaft aus einer unerwünschten Situation entstehendes Ausmaß an Unsicherheit und deren Ergebnis und Größe definiert. Dieses Risiko kann in Gefahr und Schaden unterschieden werden.

Betrachtet man die Lebensmittelzusätze und deren Einfluss auf die Gesundheit, so kann man sich von der auf Wahrscheinlichkeiten basierenden Entweder-Oder-Entscheidung, ob ein Risiko vorliegt oder nicht, lösen. Die übliche Handhabung war, dass bei der Diskussion eines körperlichen Schadstoffes ein Grenzwert festgelegt wurde, und bei dessen Überschreitung eine Gefahr anerkannt und bei Unterschreitung Sicherheit deklariert wurde. Doch ist es erforderlich, dass bei korrekter Anwendung des Begriffes Risiko genauer analysiert wird, unter welchen Bedingungen, in welchem Ausmaß und mit welcher Wahrscheinlichkeit ein Hindernis auftreten wird. Außer dem Fall, wenn das Risiko Null ist und Sicherheit besteht, darf man auch bei kleinen Werten nicht aufhören, über ein Risikobestehen nachzudenken. Auch in einem Sicherheitsbereich muss man sich bewusst werden, dass eine Gefahr besteht.

So wie man nicht sagen kann, dass ein Lebensmittel sich nicht in irgendeiner Weise auf die Gesundheit auswirkt, ist es nahezu illusorisch von einem Nullrisiko auszugehen. Somit wird die angemessene Behandlung von Risiko eine realistische Aufgabe.

Wählt man den Begriff Risiko, könnte man durch die Durchführung einer von der Regierung veranlassten Maßnahme die Schadensgröße grob einschätzen. Dadurch wäre dann auch ein vernünftiger Entschluss möglich. Da das Risiko quantitativ eingeteilt wird, kann es für die Regierung als Entscheidungsgrundlage für eine Reihenfolgefestlegung der Wichtigkeit der zu akzeptierenden Risiken dienen.

## (2) Politischer Charakter des Risikomanagements

Wenn ein Nullrisiko unrealistisch ist, müssen wir gezwungenermaßen ein Risiko akzeptieren. Es ist also notwendig, ein bestimmtes Ausmaß an Risiko zu dulden und uns darüber eine Meinung zu bilden. Hierbei bedarf es nicht nur der Berücksichtigung von Schadensgröße oder deren Auftretenswahrscheinlichkeit, sondern auch der Einbeziehung des Nutzens des betreffenden Stoffes, der Kosten der Risikoreduzierung sowie verschiedener politischer und wirtschaftlicher Elemente.

Wichtig ist, dass die Entscheidung des Risikolevels sowohl die Schadensqualität als auch die Schadensgröße bestimmt. Bei allen Entscheidungen, außer der Wahl des Nullrisikos, spielt folglich ein bestimmtes Ausmaß an Schadensauftretenswahrscheinlichkeit eine Rolle.

Entscheidungsrichtlinien für ein Risikoniveau stellen folgende dar: (a) Nullrisiko, bei dem kein Risiko vorhanden sein darf, (b) minimales Risikoniveau, bei dem das Risiko fast unbedeutsam ist und (c) ein rationales Niveau, bei dem Risikogröße und -nutzen in Verhältnis gestellt werden bzw. die Kosten der Risikoreduzierung in Beziehung zum Nutzen der Risikoreduzierung betrachtet werden. Im konkreten Fall besteht die Schwierigkeit sich für eine bestimmte Richtlinie zu entscheiden. Kritisiert wird, dass es überhaupt keine rationalen Risikorichtlinien bezüglich des menschlichen Lebens und der Gesundheit geben könne.

Aber es ist auch unmöglich die Anwendung von Medizin und Pestiziden zu verbieten, um die durch sie verursachten Risiken zu umgehen, wenn man deren Nutzen vor Augen führt. So ist es nicht richtig einfach nur ein Nullrisiko oder ein minimales Risiko zu fordern, ohne eine Kosten-Nutzen-Analyse durchzuführen. Z.B. stehen die Infektionsgefahr durch die Bakterien in Leitungswasser und die Nebenwirkungen von Chlor, um diese zu behandeln, in Wechselwirkung. Das bedeutet, dass bei dem Versuch ein Risiko zu entfernen, es nicht dabei bleibt, sondern ein Kompromiss als angemessenes Risikomanagement erforderlich ist.

Bei der Entscheidung des Risikostandards ist ebenso die Berücksichtigung der betroffenen Personen entscheidend. Denn oft befinden sich die Personen, die einen Nutzen aus dem Risiko tragen, und die risikogefährdeten Personen weit auseinander. Da nun bei der Risikofestlegung die risikobetroffenen Personen meistens automatisch mitbestimmt werden, steht das Problem der Risikoverteilung mit der Bestimmung des Risikos im Zusammenhang. Folglich wird die Entscheidung des Risikostandards eine komplett politische Frage.

Der Risikostandard kann nicht einfach im Nullrisiko als Sicherheit liegen. Welches Ausmaß an Risiko ist dann akzeptabel? Die Antwort ergibt sich aus der Betrachtung von verschiedenen Faktoren, wie z.B. der Risikoqualität, den Kosten und Nutzen der entgegenwirkenden Stoffe, und kann somit wieder als politisches Resultat aufgefasst werden.

Die Risikoregulierung kann als Schadensverteilung betrachtet werden, die die nationalen ethischen Werte reflektiert. Daraus wird geschlossen, dass so eine Entscheidung des Risikostandards den rein politischen Charakter übersteigt und vielmehr noch das soziale ethische Wertsystem umfasst, so dass die Entscheidung nicht nur wissenschaftlich und logisch begründet werden kann. Auch wenn die Regierungsentscheidung aus einer

Kosten-Nutzen-Analyse hervorgeht, muss das Resultat den Gerechtigkeits-sinn der Mitbürger und die sozialen Werte der demokratischen Gesellschaft widerspiegeln. Hier wird noch einmal durch das Gewicht aller sozialen Werte bei der Kosten-Nutzen-Analyse der politische Entscheidungscharakter deutlich.

### (3) Unterschiede in der Risikobeurteilung

Zu beachten ist, dass sich das Bewusstsein und die Wahrnehmung des Risikos von Experten und Laien, den normalen Bürgern, unterscheidet. Im Gegensatz zu den Experten, die das Risiko nach vorbestimmten Kriterien beurteilen und managen, tun die Laien das nach vagen Kriterien. Dieser Unterschied rührt nicht aus Verkennung der Fakten oder des niedrigen Verständnisses, sondern aus unterschiedlichen Ansichten der Werte. Der Laie beurteilt das Risiko danach, ob es bereits allgemein bekannt ist oder wie er es individuell kontrollieren kann, ob er spontan damit umgehen kann, ob ein Schaden bereits aufgetreten ist, nach dem Einfluss auf die Kinder und die nachfolgenden Generationen, nach der Angst, nach der Wahrscheinlichkeit einer Katastrophe, den Übereinstimmungen zwischen den risikobetroffenen Personen und denen, die daraus einen Nutzen ziehen und weiteren die Risikoqualität betreffenden Faktoren. Auf der anderen Seite können die Experten einen standardisierten Maßstab zur Beurteilung der Risikogröße verwenden.

Um diesen Tatsachen gerecht zu werden, bedarf es der Entwicklung eines Maßstabes, der die qualitativen Eigenschaften im Risikoentscheidungsprozess widerspiegelt. Wir können die Risikobeurteilung der Bürger als Laienurteile nicht einfach übergehen. Hier wird die Bedeutung der Einbeziehung der Mitbürgerurteile in politischen Entscheidungsprozessen deutlich. Ein solcher Prozess wird als Vereinbarungsprozess der Risikokommunikation bezeichnet.

Wir können nicht abstreiten, dass die Bürger sich nicht immer den tatsächlichen Ursachen und dem wissenschaftlichen Wissen bewusst sind bzw. sich leicht täuschen lassen können. Folglich stellt das Informationsangebot die Basis für die Risikokommunikation dar. Aus diesem Grund wird das Informationsangebot und dessen Erklärungen als Versuch, eine Übereinstimmung zwischen der Regierung, der Industrie und den Bürgern zu erlangen, als Risikokommunikation bezeichnet. Die richtige Risikokommunikation besteht in der Akzeptanz der Bürger als Risikomanagementpartner und dem daraus folgenden Informationsaustausch und der wechselseitigen Kommunikation über die Methoden zur Risikobewältigung.

Die Notwendigkeit der Risikokommunikation liegt nicht nur darin, dass die Bürger und Experten unterschiedliche Ansichten von Risiko haben, sondern aus der Demokratie selber wird sie erforderlich. Dieses steht im Zusammenhang mit der Entscheidungsfreiheit und dem Recht auf Wissen des Staatsbürgers. Das Ausmaß des zu akzeptierenden Risikos wird ein Teil der Entscheidungsfreiheit und seiner Autonomie. Die Einschätzungen der Experten mögen zwar zutreffender sein, doch wenn die Prozesse der Demokratie übergangen werden, besteht eine Konfliktmöglichkeit.

#### (4) Grenzen der Risikokommunikation

Der Erfolg der Risikokommunikation bedeutet nicht die Problemlösung des Risikos. Die Aufgabe der Risikokommunikation liegt in der Reduzierung von Missverständnissen bezüglich eines Risikos und dem Versuch, durch Verstehensbildung der Urteile eine Einigkeit zu erzielen. Aber bei der Entscheidung über Risikostandards und -verteilung bedarf es nicht nur genauen Wissens, sondern auch politischer Kriterien. Die Problemlösung über die betroffene Personengruppe und der Risikoverteilung stellt einen politischen Prozess dar. Daraus folgt, dass die Risikokommunikation dann erfolgreich ist, wenn das Verständnis des Problems und des Handelns erhöht wird und angemessene und verständliche Informationen dargeboten werden.

### 2. Risikokommunikation als Regulierungsmaßnahme

#### (1) Kennzeichen und Grenzen der herkömmlichen Maßnahmen

Die traditionelle Risikoregulierung bestand in der Festlegung einer Zielnorm, die durch Verbesserungsverordnungen, administrative Verfahren und Strafen einzuhalten versucht wurde. Dieser Standard stellte dann die Entscheidung des zu akzeptierenden Risikoniveaus dar. Die Regulierungen gegenüber einer Firma sollten auf Gesetzen basieren und ausreichend nachvollziehbar sein. Insbesondere die Industrie einschränkenden Maßnahmen sollten wissenschaftlich abgesichert sein. Das heißt, dass zwischen der Regulierungsmaßnahme und dem Schaden nachweislich eine Ursache-Wirkung-Beziehung bestehen sollte, außerdem wird bei jeder nachgewiesenen Beziehung zwischen Mensch und Schaden eine neue Maßnahme angeordnet. Da diese Verfahren auf Regierungsebene abgewickelt werden, war es hinreichend, die Informationen ausschließlich der Regierung mitzuteilen.

Hier wird die Grenze der herkömmlichen Maßnahme deutlich. Konnte eine Schädlichkeit nicht nachgewiesen werden, so konnten auch keine Maßnahmen eingeleitet werden, auch wenn potentiell eine Schädlichkeit durch einen Stoff oder eine Handlung vorhanden war. Da so lange keine Politik eingeleitet wurde, bis eine Schädlichkeit nachgewiesen wurde, verstrich oft viel Zeit, in der sich Kosten der Kontrolle erhöhten, oder es gab technische Probleme der Beweisführungen. Zudem ist es problematisch, wenn man den Einfluss von Stoffen einzeln betrachtet, wenn komplexe Einflüsse von vielen Stoffen zu verstehen sind. Zum Beispiel wenn beim Versuch ein Risiko zu entfernen ein anderes Risiko sich erhöht, ist das Management des Gesamtrisikos nicht ausreichend.

Ein weiteres Problem ergibt sich dadurch, dass die Industrie die vorgegebenen Standards befolgen muss, um nicht sanktioniert zu werden. Gesetzeswidrigkeiten, im Sinne von Missachtung der Vorgaben, sind also nicht erwünscht, was jedoch zur Folge hat, dass die Industrie keine Verbesserungsleistungen erbringen kann, die sich außerhalb der gesetzlichen Vorgaben bewegen.

## (2) Regulierung durch Risikokommunikation

Ein Verzicht der Regierung auf Risikomanagement aufgrund fehlender oder mangelnder Beweise für eine Schädlichkeit ist nicht zu rechtfertigen. Weiche Methoden wie Informationsangebote sind hierbei erforderlich, um einigen Risiken zu begegnen und diese zu managen. Hier kann das Angebot an Informationen als Risikokommunikation betrachtet werden, was als Maßnahme nicht so streng ist wie eine Regulierung, die die Rechte des Bürgers direkt einschränkt.

Risikomanagement durch Risikokommunikation ist bei den mit Risiko behafteten Produkten wie im Bereich der Lebensmittelzusätze angemessen. Diese Produkte weisen Informationen bezüglich des Risikos auf den Etiketten oder auf den Gebrauchsanweisungen aus und ermöglichen den Konsumenten, sich durch das Angebot selbständig in Abhängigkeit von individueller Konstitution, Geschmack und wirtschaftlichen Verhältnissen ein Urteil zu bilden und mit dem Risiko umzugehen.

Herkömmliche Regierungsmaßnahmen erforderten nicht nur legale, sondern auch wissenschaftliche Gründe, um in Kraft zu treten, so dass viel Zeit und Geld notwendig war. Dadurch wurden die Maßnahmen oft verschoben oder gar nicht durchgesetzt. Informationsangebot als Maßnahme kann hier den Mangel an Geschwindigkeit ausgleichen. Da das Informationsangebot auch den Druck auf die Verwaltungseinrichtungen des wissenschaftlichen Nachweises mildert, kann allein durch die Offenlegung eines auch ungewissen Risikos das Risikomanagement ermöglicht und den Problemen, die aus einer Maßnahmenverspätung herrühren, begegnet werden. Jedoch besteht die Gefahr, dass die Bürger und die Medien emotional reagieren, und unbeabsichtigterweise aus dem Informationsangebot große Probleme entstehen. Die Regierung neigt in Befürchtung solcher Überreaktionen dazu, zu verkünden, dass „man nicht sagen kann, dass es einen direkten Einfluss auf die menschliche Gesundheit gibt.“ Risikokommunikation muss hier aktiv dazu beitragen, dass ein Verständnis über die Qualität und das Ausmaß des Risikos entwickelt wird.

Informationsangebot als Maßnahme kann die Schwächen der herkömmlichen Maßnahmen ausgleichen. Die Festlegung von Grenzwerten reduziert lediglich den Verschmutzungsgrad bis zu diesem Wert. Bildet man jedoch den entsprechenden Rahmen für konkrete Informationsangebote, stellen die Grenzwerte eine Mindestanforderung an die Industrie dar und bringen diese unter Druck, weitere Verbesserungen zu leisten. Denn dadurch präsentiert sich die Firma nicht nur als eine Firma, die Vorgaben einhält, sondern erhält das Image, Risiken zu eliminieren. Dieses Image ist effektiv, um auf dem Markt zu bestehen. Risikokommunikation als Maßnahme kann als Regulierung durch den Markt gesehen werden.

Die herkömmliche Regulierung legte Grenzwerte für jeden einzelnen Stoff fest, und überprüfte deren Einhaltung, so dass das Risikomanagement in Einzelteile zerlegt wurde und komplexe Risiken durch multiple Stoffe übersehen wurden. Wenn jedoch das potentielle Risiko von allen Stoffen bekannt und klar gemacht wird, ist die Analyse von multiplen Wirkungen der komplexen Risiken nicht zu vermeiden, woraus ein integriertes Risikomanagement ermöglicht wird.

### (3) Probleme der Informationsveröffentlichung von Risiko

Vorteil von Informationsangebot als Maßnahme ist, dass es weder Lebensmittelzusätze in der Herstellung noch in der Verwendung verbietet, und die Industrie in ihrer Produktionsfreiheit nicht einschränkt. Die Summe der einzelnen Wahlentscheidungen hat in Form von Nachfrage die Kraft auf dem Markt, die Industrie aufzufordern, das entsprechende Produkt anzubieten. Kann sich ein Unternehmen nicht an den Anforderungen des Marktes anpassen, verliert es seine wirtschaftliche Wettbewerbskraft und verschwindet vom Markt, so dass der tatsächliche Einfluss der Informationsangebots nicht ignoriert werden kann.

Administrative Bekanntgaben erfüllen zwei Zwecke: erstens der Öffentlichkeit Informationen zu liefern und zweitens die Effizienzsteigerung der Verwaltung durch sanktionierende Bekanntgaben. Berücksichtigt man diese Unterscheidung beim Informationsangebot, so erreicht man die Öffentlichkeit und wird wirksam, ohne einen Eingriff der privaten Rechte durch legale Vorgaben zu riskieren. Andererseits werden sanktionierende Bekanntgaben nur mit Hilfe von Gesetzesfestlegungen wirksam.

Problematisch wird es, wenn man eine bestimmte Firma als Risikoquelle bekannt gibt und der Markt daraufhin negativ reagiert, so dass die Firma mit großer Wahrscheinlichkeit Verluste durch die Bekanntgabe erleidet, auch wenn solche Nachteile nicht beabsichtigt waren. Ob derartige Sanktionen entstehen oder nicht, kann als Maßstab zur Beurteilung genutzt werden, ob die Bekanntgabe von Informationen eine gesetzliche Grundlage erfordert. Selbstverständlich ist die Wahrscheinlichkeit von Verlusten sehr hoch und somit werden vollständige legislative Festlegung und der Hinweis auf den genauen Anlass der Veröffentlichung von Informationen gefordert.

Ebenso wichtig ist das normale Informationssystem in Bezug auf die Risikoinformationen der Verwaltung. Dieses System beschränkt sich nicht nur auf Risikoinformationen, sondern ermöglicht auch die Erlangung von Risikoinformationen bezüglich Lebensmitteln. Der Staat legt Gesetze über die Bekanntgabe von Informationen in öffentlichen Einrichtungen fest. Auch auf Bezirksebene sind derartige Vorschriften vorhanden. Allerdings unterliegen die Privatsphäre und das unternehmerische Handeln dem Datenschutz. Jedoch sind Unternehmen gesetzlich verpflichtet, mitzuteilen, wenn von ihnen eine Gesundheitsgefährdung ausgeht. Ein Problem besteht, wenn es der Verwaltung misslingt entsprechende Informationen einzuholen, und sich dies in geringerer Quantität und Qualität der Informationsbekanntgabe auswirkt. Folglich besteht die Notwendigkeit, die Unternehmensverantwortlichkeit für Informationsbekanntgaben stärker zu regulieren.

Ein weiterer Aspekt ist die Informationsgenauigkeit. Ein Problem stellt das Ausmaß der Genauigkeit des Nachweises der veröffentlichten Risikoinformationen dar. Nach dem Obersten Gerichtshof benötigt eine Behauptung keinen konkreten Wahrheitsnachweis, muss jedoch logisch nachvollziehbar und zu dem Zeitpunkt vom Subjekt als wahr wahrgenommen worden sein.

Bei der Informationsbekanntgabe kann man zwar ein Risiko nicht eindeutig schlussfolgern, aber dessen Wahrscheinlichkeit verneinen. Es ist zu fragen, ob die Veröffentlichung einer nicht nachgewiesenen Information,

die einem Unternehmen Schaden zufügen kann, zulässig ist, auch wenn die Gesundheit des Bürgers bzw. der Gemeinnutz betroffen ist. Vielmehr stellt sich die Frage nach der angemessenen Entschädigung, wenn eine Firma zu Unrecht bereits Schaden erlitten hat. Doch sicher ist, dass die Information der Veröffentlichung nicht fehlerhaft ist, da sie lediglich ein Risiko zu dem Zeitpunkt ausdrückt. Im Gegensatz dazu ist es schwierig zu akzeptieren, einen größeren Schaden auf sich zu nehmen, weil eine Information aufgrund fehlender Nachweise nicht mitgeteilt wurde. In so einem Fall wäre eine Veröffentlichung an sich nicht illegal. Illegal wäre sie, wenn ihre Methode nicht angemessen wäre.

### III. Risikokommunikationsmittel beim Lebensmittelgesetz

#### 1. System der Lebensmittelkennzeichnung

Die Lebensmittelkennzeichnung bietet dem Verbraucher wichtige Informationen über den realen Inhalt und den korrekten Gebrauch. Außerdem ist es eine Vorbedingung, um im Falle eines Unfalls Verantwortlichkeitszuschreibungen und Produktrücknahmen schnell und genau durchzuführen. Die Lebensmittelkennzeichnung stellt nicht nur einen herkömmlichen Regulierungsstandard dar, sondern auch eine Informationsdarbietung eines Unternehmens an die Bürger. Da der Inhalt überwiegend willkürlich festgelegt wird, nimmt die zweite Funktion einen größeren Stellenwert ein.

Die Richtlinien bezüglich der Lebensmittelkennzeichnung werden zum einen vom Verbraucherschutzministerium, das die Lebensmittelhygiene kontrolliert, und vom Ministerium für Agrar- und Forstwesen bzw. Ministerium für Meeresprodukte, die die Gesetze für die entsprechenden Produkte festlegen, verwaltet. Die erste Einrichtung sorgt dafür, dass eine Gefährdung von Lebensmitteln durch Steigerung der allgemeinen Hygiene reduziert wird. Die Richtlinien der sog. gesundheitsfördernden – energetischen Lebensmittel weisen solche Merkmale auf. Die zweiten aufgeführten Einrichtungen helfen durch angemessene Kennzeichnung der Menge und Qualität den Konsumenten bei ihrer Produktwahl. Beispiele hierfür sind z.B. die Legislativen der Agrar- und Viehverarbeitungsindustrie, der Ökolandwirtschaft oder der Ginsengindustrie.

Beide Einrichtungen unterscheiden sich folglich in ihrem Kennzeichnungsobjekt, -artikel und in der Sanktionierung.

#### (1) Lebensmittelkennzeichnung nach dem Lebensmittelhygienegesetz

- Kennzeichnung von Lebensmitteln und anderen

Lebensmittel, Lebensmittelzusätze, Küchengeräte, Behälter und Verpackungen werden nach einem Kennzeichnungsstandard gekennzeichnet. Auch Fleischprodukte unterliegen bestimmten Kennzeichnungsrichtlinien. Auch für die zum Verkauf vorgesehenen importierten Fleischprodukte gelten dieselben Bestimmungen.

Gekennzeichnet werden: Produktname, Lebensmittelart, Herstellername und –ort, Herstellungsdatum, Gültigkeitsdauer, Inhaltsmenge, Zutaten und ihre Menge, chemische Substanzen mit Mengenangaben und schließlich



Nährwertangaben. Name und Inhalt müssen auf dem Hauptetikett abgebildet werden, die restlichen Informationen sollten in einer bestimmten Schriftgröße, in einer vom Hintergrund unterschiedlichen Farbe gut sichtbar dargestellt sein. Außerdem kann die koreanische und lateinische Schriftart gemischt oder abwechselnd gebraucht werden.

Die Reihenfolge der Zutaten richtet sich nach ihrer Inhaltsmenge, und es müssen mindestens 5 Zutaten aufgeführt werden. Zutaten, die Allergien auslösen können, wie z.B. Nussarten, Makrelen, Pfirsiche und Eiprodukte, müssen speziell mit Mengenangaben dargestellt werden. Geschmacksverstärker, künstliche Farbstoffe, Konservierungsstoffe, Antioxidationsmittel, Bleichmittel, Farbverstärker, Saccharin usw., insgesamt 71 Zusatzstoffe müssen ebenfalls benannt werden. Kekse- und Kuchenarten, Brote, Donuts, Trockenobstsorten, Schokolade, Marmelade, Nudelsorten, Retorten-nahrungsmittel und Getränke müssen grundsätzlich Nährwertangaben aufweisen. Darunter fallen mindestens die Angaben von Kalorien, Kohlenhydraten, Eiweiß, Fett und Natriumgehalt. Ein Problem ist, dass die Standards in Korea im Vergleich mit den Richtlinien der USA, Europas oder Japans weniger entwickelt sind, so dass ein großes Misstrauen der Bürger gegenüber der Lebensmittelkennzeichnung besteht.

Die fleischverarbeitende Industrie muss ebenfalls den Herkunftsort und die Fleischsorte angeben.

- Kennzeichnung genetisch entwickelter Lebensmittel

Die Kennzeichnung genetisch manipulierter Lebensmittel ist ebenfalls obligatorisch. Besteht eine Wahrscheinlichkeit genetischer Manipulation, so muss diese gekennzeichnet werden. Darunter fallen seit 2001 Nüsse, Mais, Sojabohnen und 27 weitere meist Grundzutaten. Der Ausschluss von Kartoffeln, Raps und Baumwolle wird kontrovers diskutiert. Als genetisch veränderte Meeresprodukte werden die Regenbogenforelle, der atlantische Lachs und Schmerle aufgeführt.

- Kennzeichnung funktioneller Lebensmittel

Funktionelle Lebensmittel müssen zum einen dahingehend gekennzeichnet werden, dass sie keine Medizin darstellen, zum anderen Angaben über ihre Funktion und Nährwertangaben wie Dosierungsempfehlung nach Menge und Art, Warnungen, Verfallsdatum und Informationen über die Aufbewahrung enthalten.

- Verbot von Falschaussagen

Name, Herstellungsart, Qualität, Herkunftsort des Fleisches und Sortenangaben dürfen nicht verfälscht und mit übertriebenen Werbeaussagen verbunden werden. Kennzeichnung und Bewerbung von Lebensmittel und ihren Zusätzen dürfen nicht zu Verwechslungen mit Arzneimitteln führen. Das Gleiche gilt auch für Nährwertangaben, Zutaten und Gebrauchshinweise.

Insbesondere funktionelle Lebensmittel, die präventive und therapeutische Wirkung gegenüber Krankheiten aufweisen, dürfen ebenfalls nicht mit Arzneimitteln verwechselt werden und mit Begriffen, die nur für

Arzneimittel zulässig sind, beschrieben oder beworben werden. Auch eine ähnliche Kennzeichnung ist verboten.

(2) Kennzeichnung des Qualitätsmanagement von Agrar- und Meeresprodukten

- Geprüfte Qualitätskennzeichnungen

Es bestehen besondere Richtlinien für Agrar- und Meeresprodukte, wie z.B. für die Verpackung und deren Qualitätsklasse. Geprüfte Agrarprodukte können als solche auch gekennzeichnet werden. Hochwertigkeit, Umweltfreundlichkeit oder Traditionalität stellen z.B. solche Kategorien dar.

Den in letzter Zeit bevorzugten Ökoprodukten fehlen geprüfte Kennzeichnungen. Es gibt nur die Regulierung, ein Öko-Kennzeichen zu erlauben, wenn der Hauptbestandteil über 95% ökologisch ist. In einigen Fällen verwenden Hersteller ein „Öko-Label“, obwohl die Produkte nicht die Richtwerte erfüllen; dadurch wird den Konsumenten suggeriert, dass es von Organisationen geprüft worden sei.

- Kennzeichnung der Produktionsschritte

Kennzeichnung der einzelnen Produktionsschritte meint die Datenaufnahme jedes Arbeitsschrittes von der Produktion bis hin zum Konsum. Dadurch wird es möglich, Probleme und Sicherheiten bei Agrarprodukten z.B. besser zu analysieren. Ein Hersteller oder Vertreiber, der sich in das System mit seinen Produkten registrieren lassen möchte, kann dies beim Ministerium für Agrarwirtschaft tun. Einige Hersteller/Vertreiber bestimmter Agrarprodukte sind sogar dazu verpflichtet, sich registrieren zu lassen. Sie müssen dann Daten aufnehmen, speichern und verarbeiten. Registrierte Produkte, ob freiwillig oder unfreiwillig, können und müssen ein Kennzeichen der Kontrolle der Produktionsschritte tragen. Zurzeit initiiert eine solche Kontrolle das Ministerium für Agrarwirtschaft stichprobenartig an der Rinderverarbeitung. Ab 2009 soll die Kennzeichnung der Produktionsschritte zur Pflicht gemacht werden. Dadurch wird eine schnelle Ursachenfindung möglich, so dass Sicherheitsmaßnahmen schnell eingeleitet werden können, wenn Epidemien, wie z.B. die Rinderwahnseuche, ausbrechen.

- Geographische Kennzeichnung

Höherwertige Agrar- und Meeresprodukte aus bestimmten geographischen Regionen dürfen sich besonders registrieren lassen und anschließend gesondert die geographische Besonderheit kennzeichnen.

- Kennzeichnung des Herkunftsortes

Es gibt agrarwirtschaftliche Produkte oder weiterverarbeitete Produkte, die auf Agrarprodukten basieren, die Hinweise auf ihre Herkunft geben müssen. Produkte dieser Kategorie stellen zahlreiche importierte Lebensmittel, Meeresprodukte oder weiterverarbeitete Produkte dar.

- Kennzeichnung gentechnisch entwickelter Produkte

Wie bereits erwähnt, müssen genetisch manipulierte Produkte als solche gekennzeichnet werden.

- Verbot von Falschaussagen

Dem Verkäufer ist es nicht gestattet, falsche oder anderen Produkten ähnliche Etiketten anzubringen. Ebenso dürfen Etiketten nicht beschädigt oder verändert werden, bspw. ein falsches Herkunftsland angeben. Agrarprodukte, die mit einem Herkunftsland gekennzeichnet sind, mit anderen zu mischen und zu verkaufen, ist ebenfalls nicht gestattet.

Wenn ein bereits gekennzeichnetes Produkt Qualitätsstandards nicht mehr gerecht wird oder die Produktion sich als problematisch herausstellt, ist es möglich, die Kennzeichnung zu verändern, zu unterbrechen oder gar zu streichen.

## 2. Verbrauchermitwirkungssystem

### (1) System der Hygienekontrolle

Ein effektives Qualitätsmanagementsystem stellt das Lebensmittel-Monitoring-System dar, bei dem der Konsument miteinbezogen wird. Hierfür wurde ein Verbraucher-Hygienekontrollsystem durch die Regierung eingerichtet. Sie setzt eine Gruppe von Konsumenten ein, die als Hygienekontrolleure die Kontrollfunktion der Regierung ergänzen.

### (2) Bürger als Lebensmittelprüfer

Hier wird eine Gruppe von Konsumenten, die durch öffentliche Einrichtungen empfohlen wurden, oder Experten als Lebensmittelprüfer eingesetzt. Dieses System versucht, die Gerechtigkeit und die Transparenz des Hygienemanagements zu erhöhen, indem externe Experten den Hygienezustand untersuchen. Diese Lebensmittelprüfer können den Standort eines Gewerbes besichtigen und notwendige Maßnahmen bezüglich der Lebensmittelsicherheit empfehlen. Folgt jedoch ein Gewerbe den Hygieneempfehlungen des Prüfers nicht, so ist dieser berechtigt, dies der Regierung zu melden.

## 3. Öffentlichkeitsarbeit

### (1) System der Veröffentlichung

Schädigende Lebensmittel müssen bekannt gegeben werden. Sobald eine Schädlichkeit von einem Lebensmittel bekannt wird und das Nahrungsmittel zurückgenommen werden muss, oder Kennzeichnungen verändert werden, kann die Regierung ein Gewerbe veranlassen, diese Tatsachen publik zu machen. Zweitens kann die Regierung ihre Verwaltungseffektivität steigern, indem illegale Aktivitäten direkt von ihr veröffentlicht werden. Die Regierung sollte dann unternehmensbezogene Informationen mitteilen, wie der Verfahrensinhalt, Geschäftsname und das entsprechende Lebensmittel.

### (2) Informationsangebot

Nach dem Gesetz des Qualitätsmanagements von Meeresprodukten sollte die Regierung sich bemühen, innerhalb der Gesetzesgrenzen

Informationen zu veröffentlichen und ein System zu etablieren, das Informationen bezüglich der Sicherheit und Qualität sammelt und verarbeitet.

Gerade wenn das Risiko in Art und Ausmaß ungenau ist, stellt die erste Gegenmaßnahme unverzerrtes Wissen und Informationen dar. Gegenwärtig werden die Informationen bezüglich Lebensmitteln aus verschiedenen Bereichen zusammengetragen. Da die Informationsquellen zu vielfältig und die Ausdrucksmethoden zu unterschiedlich sind, kommt es leider häufig vor, dass die wirklich wichtigen Informationen über die Schädlichkeit nicht schnell und akkurat dargeboten werden. So ist es für den Verbraucher schwierig auf den ersten Blick alle Informationen zu erlangen, zumal ein Informationsaustausch zwischen den Abteilungen nicht immer vonstatten geht. Folglich wird die Forderung laut, dass ein Lebensmittelinformationszentrum eingerichtet wird, das alle Lebensmittelinformationen zusammen verwaltet und ein umfassendes Informationsnetz bildet. Ein neues System, das alle Informationen über die Produktion, Verarbeitung, Verteilung und Konsum verwaltet und verteilt, ist notwendig. Benötigt wird auch die Bekanntgabe von Informationen durch Lebensmittelhersteller aus ländlichen Gebieten im Web, um diese mit den nationalen zentralen Informationsquellen abzudecken. Die zu integrierenden Informationen wären z.B. das Road-Ram-System des Gewerbes, Gesetzesvorgaben, Lebensmittelunfälle, Informationen über Verstöße, Informationen aus einem Gewerbe-Autodiagnoseprogramm, Gewerbebeurteilungen, Verbraucherschutzinformationen.

Das schnelle Anwachsen an importierten Lebensmitteln bedingt, dass Grenzen in ihrer Untersuchung bestehen. Abhilfe könnte durch ein Monitoringsystem des Herkunftslandes, das die Lebensmittelinformationen kontrolliert, geschaffen werden.

#### IV. Ausblick

Risikokommunikation wurde im Hinblick auf qualitative Probleme, ob eine Sicherheit oder eine Gefahr besteht, und auf quantitative Probleme, in welchem Ausmaß ein Risiko besteht, erörtert. Wenn Sicherheit nicht anders als ein akzeptables Risiko dargestellt werden kann, konzentriert sich das Risikomanagement auf die Festlegung des zu akzeptierenden Risikolevels und wer die Verantwortung für das Risiko tragen wird. Da die Entscheidung des Risikolevels einen politischen Charakter hat, sind demokratische Rechtfertigungen notwendig. Weiterhin sollte das Risikoverständnis von Bürgern akzeptiert werden, das sich von dem der Experten unterscheidet. Risikokommunikation ist ein Prozess, der durch die Informationsdarbietung hilft, den Kern des Problems zu verstehen, und daraus eine rationale Diskussionsbasis schafft. Ein weiterer Aspekt von Risikokommunikation ist die Ergänzung der Schwächen von herkömmlichen Regulierungsmaßnahmen. Ihre Effektivität wird durch die rationale Wahl der Konsumenten vergrößert. Da hier der Druck des Marktes ausgenutzt wird, kann Risikokommunikation auch als Regulierungsmaßnahme gesehen werden, das den wirtschaftlichen Markt benutzt.

Die Funktion von Risikokommunikation als Maßnahme ist einschränkend. Geht nachweislich eine Gesundheitsgefährdung von einem Lebensmittel aus, so müssen diese Risiken eindeutig reguliert werden.

Dieser Aspekt zeigt, dass die herkömmlichen Maßnahmen weiterhin von Bedeutung sind. Risikokommunikation wird dann wichtig, wenn herkömmliche Methoden nicht greifen, weil eine Lebensmittelschädlichkeit unsicher ist. Auch wenn es schwierig ist, ein Lebensmittel trotz eventueller Schädlichkeit einzuschränken, weil es sozial geschätzt wird, und nur eine minimale Sicherheit durch herkömmliche Maßnahmen gewährleistet ist, aber eine Verbesserung wünschenswert ist, kann Risikokommunikation nützlich sein.

Die Risikokommunikationsmittel im Bereich der Lebensmittelgesetze sind das Kennzeichnungssystem, Verbrauchermitwirkungssystem, System der Informationsveröffentlichung. Ein Problem ist, dass das gegenwärtige Kennzeichnungssystem noch unzureichend entwickelt ist. Es besteht die Notwendigkeit, strengere Maßstäbe bezüglich der Kennzeichnung aller Zutaten und Zusätze vorzugeben und die Anzahl der Lebensmittelprodukte zu vergrößern, für die Nährwertangaben obligatorisch sind. Anstatt nur komplizierte Symbole aneinanderzureihen, ist es wichtiger, Informationen anzubieten, die von den Verbrauchern tatsächlich verstanden werden. Insbesondere die Genussmittel für Kinder sollten so gekennzeichnet werden, dass selbst Kinder schnell und einfach sich ein Urteil über die Nährwerte bilden können, wie z.B. zurzeit die diskutierte Ampeldarstellung. Außerdem stellt die Tatsache, dass es mehr Arten von Kennzeichnungsstandards gibt als gesetzlich festgelegt und dass die Meinungen von Verbrauchern zu gering berücksichtigt werden, ein weiteres Problem dar.

Kernpunkte der Risikokommunikation bei Lebensmitteln sind zum einen der Informationsaustausch zwischen der Regierung und anderen in Verbindung stehenden Organisationen und zum anderen Gesetzesbildungen. Hierbei ist der Versuch die Verbraucher als Hygieneprüfer und im Forum der Lebensmittelsicherheit einzubeziehen sehr wichtig. Wir müssen aus den alten Verfahren der eingrenzenden und passiven politischen Entscheidungen in eine offene Verwaltung herauswachsen, die freiwillig von Verbrauchern, Herstellern und Experten getragen wird. Damit ein solches Forum dauerhaft und aktiv sein kann, muss es legislativ in Kraft gesetzt werden. Das Wichtige an der Lebensmittelverwaltung ist die Vermeidung von Leiden durch Lebensmittelunfälle. Das erfordert ein Informationsnetz, das bei Auftreten einer Schädlichkeitsinformation schnell und rechtzeitig ein Warnsystem einleitet. Der Erfolg eines solchen Systems ist u.a. von einem effektiven Monitoringsystem und einem wissenschaftlichen Evaluationsystem abhängig, aber auch von einem offenen System, das an die Bürger gerichtet ist. Nichtsdestotrotz liegt die Verantwortung bei Verbreitung einer falschen Information bei der Regierung. Die Regierung ist aufgefordert, Pläne zu entwickeln, wie nur Informationen bekannt gegeben werden können, die nachweislich schädlich sind.

Vor kurzem hat die koreanische Regierung entschieden, eine Lebensmittelsicherheitsorganisation zu gründen, die alle Lebensmittelverarbeitungsschritte kontrolliert. Einer der Gründe lag in der zunehmenden Unsicherheit von Bürgern, was hinderlich für die Vertrauensgewinnung der Regierung war. Doch um dieses Vertrauen zurück zu gewinnen, bedarf es mehr als die Manipulation von bestehenden Gesetzen. Es wird eher möglich durch aktive Risikokommunikation.

**Kontaktadresse:**

Professor Ph.D. Tae Je Cho  
College of Law, Hanyang University  
17 Haengdang-dong, Seongdong-gu  
Korea 133-791 Seoul  
eMail: [tjcho@hanyang.ac.kr](mailto:tjcho@hanyang.ac.kr)

---

# Risikogesellschaft und Umweltstaat

Professor Dr. Ken Takeshita, Osaka

## I. Vorwort

Der Münchner Rechtsphilosoph Arthur Kaufmann (1923~2001) hat sich in seinen letzten Lebensjahren besonders für den Pluralismus und das Toleranzprinzip in den Wertvorstellungen und in der Methodenlehre interessiert. Dieses Interesse beginnt mit der "Rechtsphilosophie der Nach-Neuzeit" (zweite Auflage, 1992), eine Publikation, die seine letzte, 1988 an der Münchner Universität gehaltene Vorlesung ergänzt.

Im 'Nachwort 1991' dieser Publikation erklärt er, welche Themen der Gegenstand der letzten Vorlesung waren, nämlich die schicksalhaften Probleme moderner Menschen, die Garantie des Friedens und des Überlebens, die sozialen Probleme, die Atomkraft, Bio- und Gentechnik mit sich bringen. Er versucht in dieser Publikation eine Lösung dieser Probleme nicht durch eine von der Diskursethik angeleitete formale und prozedurale Rechtsphilosophie, sondern durch eine Rechtsphilosophie materiellen Inhalts. Kaufmanns Antwort beschränkt sich auf die Idee der Person als einen grundlegenden Wertmaßstab, aber im erwähnten „Nachwort“ fordert er, für die Zukunft eine neue Ethik und Rechtsphilosophie zu entwerfen, und betont an mehreren Stellen die Wichtigkeit des Pluralismus für die gegenwärtige Gesellschaft.

Später hat sich Kaufmann in den Publikationen, die mit "Grundprobleme der Rechtsphilosophie" (1994) bis zur "Rechtphilosophie" (1997) reichen, kontinuierlich mit dieser Konzeption auseinandergesetzt. In "Grundprobleme" lautet die Überschrift des letzten Artikels des letzten Kapitels 'Rechtsphilosophie der pluralistischen Risikogesellschaft'. Dieser zweiseitige Artikel behandelt auf knappen zwei Seiten die Bedeutsamkeit des Toleranzprinzips in der Wirklichkeit dieser Gesellschaft. Und die "Rechtsphilosophie" widmet diesem Problem das ganze letzte Kapitel unter dem Titel 'Das Prinzip Toleranz – Rechtsphilosophie in der pluralistischen Risikogesellschaft'. Es behandelt auch die Risiken der Politik, legt aber den Schwerpunkt mehr auf die Risiken der Atomkraft und die Gentechnik. In dieser Risikogesellschaft verteidigt Kaufmanns Rechtsphilosophie also den Pluralismus und das Prinzip der Toleranz.

Demgegenüber möchte ich in diesem Vortrag meine Betrachtung in andere Richtung lenken. Ich möchte noch kritischer die Risikogesellschaft erfassen und deshalb in einer rechtsphilosophischen Analyse mich mehr auf die Eingriffe in das Bio-System konzentrieren, d.h. den Umweltschutz als Rechtsidee anbieten.

## II. Fragestellung

Daß die Menschen in der gegenwärtigen Gesellschaft vielfältigen Risiken ausgesetzt sind, ist allgemein bekannt. Dieser Erkenntnis hat Ulrich Beck vom soziologischen Standpunkt aus wissenschaftlichen Ausdruck gegeben, in seinem Buch "Risikogesellschaft - auf dem Weg in eine andere Moderne"(1986). Dieses Buch beschreibt den Übergang von der Industriegesellschaft zur Risikogesellschaft.

In der modernen Industriegesellschaft können wir unser Verhalten anhand einer von Wissenschaft und Technik angeleiteten rationalen Berechenbarkeit bestimmen. Aber die Entwicklung der Industriegesellschaft hat die Rationalität der Berechenbarkeit zerstört und menschliches Verhalten unberechenbar gemacht. Beck nennt diese Situation „eine andere Moderne“, die anders als die Tradition modernisierende Industriegesellschaft als Risikogesellschaft die „Bedingungen der Industriegesellschaft verändert“. Andererseits haben demokratische Staaten die Wohlfahrtsgesellschaft verwirklicht und sind soziale Rechtsstaaten geworden. Die wissenschaftlichen Theorien über den sozialen Rechtsstaat behandeln das Problem des Umweltschutzes. Es gibt aber auch Lehrmeinungen, die fordern, daß der rechtliche Rahmen für Umweltschutz aus einem anderen Rechtsprinzip als dem des sozialen Rechtsstaats abgeleitet wird.

Im Folgenden gehe ich auf die Beziehung zwischen dem Rechtssystem des Umweltschutzes und der Risikogesellschaft ein. Zuerst fasse ich Becks Theorie der Risikogesellschaft zusammen. Im Hintergrund dieser Theorie steht eine Theorie des sozialen Wandels, deren Betrachtung nicht nur für die Bewertung der Risikogesellschaft, sondern auch für das rechtliche Begreifen des Umweltproblems unentbehrlich ist. Diese Betrachtung bezieht sich auch auf eine Bewertung von Becks Theorie der Nachmoderne. Ferner werde ich, abweichend von Becks Theorie, meine Auffassung vom Übergang von der liberalen zur sozialen Gesellschaft das Rechtsprinzip betreffend vorstellen, um das Rechtsprinzip des Umweltstaats zu erklären.

## III. Theorie der Risikogesellschaft

Die Aufgabe, die Beck sich in „Risikogesellschaft“ stellt, ist, „gegen die noch vorherrschende Vergangenheit die sich heute schon abzeichnende Zukunft ins Blickfeld zu heben“(S.12). Mit Vergangenheit ist „die Moderne“, und zwar die klassische Industriegesellschaft gemeint. Und die sich abzeichnende Zukunft ist die industrialisierte Risikogesellschaft, deren Aufkommen die Moderne spalten wird.

### 1. Die Zeit der Unbestimmtheit

„Risiko“ ist natürlich gegenwärtige Terminologie, aber hat alte Herkunft. Der Begriff des Risikos hat eine Beziehung mit dem der Unbestimmtheit oder der Unsicherheit, den man in der Gesellschaft am Beginn des 20. Jahrhunderts bemerkt hat. Deshalb nennt man dieses Jahrhundert die Zeit der Unbestimmtheit. Diese Situation möchte ich ohne einen Vergleich mit Becks Auffassung erklären.

Nach der primären Lehre der Risikogesellschaft hat Albert Einsteins quantenmechanischer Aufsatz zum ersten Mal eine auf dem Begriff der Unbestimmtheit beruhende Theorie entwickelt. Dort wird behauptet, daß



man Ort und Geschwindigkeit des Moleküls nicht bestimmen, den Gesamtzustand der Energie wahrscheinlich aber beschreiben könne. Ein weiterer Fortschritt der Quantenmechanik ist die Entdeckung der Tatsache, daß das Phänomen der Materie eigentlich zufällig ist. Am Beginn des 20. Jahrhunderts hat sich die Auffassung durchgesetzt, daß nach Darwins Evolutionstheorie zufällige, plötzliche Mutationen auftreten können.

Zufällige Phänomene werden für uns wichtige Forschungsgegenstände zwecks Auffindung von Gesetzen. Entwicklungen auf dem Gebiet der Mathematik und der Statistik, zum Beispiel die Erfindung der Wellengleichung, die Anwendung der random list und der nichtartifizialen Abstraktion, tragen stark zu dieser Forschung bei. Hier ist die Zufälligkeit, der man im 19. Jahrhundert auswich und die negativ besetzt war, zu einem positiven Phänomen geworden.

In der informationstechnischen Gesellschaft des 20. Jahrhunderts werden zufällige Phänomene jenseits von Physik und Biologie noch aktiver benutzt. Die kausale Behandlung der Phänomene, sowohl der psychologischen als auch der soziologischen, hat sich in eine auf der Wahrscheinlichkeit beruhende Erklärung verwandelt. Bei der Willensbestimmung des menschlichen Verhaltens stehen sich Vor- und Nachteile einer Entscheidung gegenüber. Hier kann man diese Aufgabe statistisch oder aufgrund der Wahrscheinlichkeit lösen.

Diese Beschreibung lehrt uns, daß die Wissenschaft von der Unbestimmtheit und Technik der Wahrscheinlichkeit sich mit dem Risiko beschäftigen, mit anderen Worten, daß diese Wissenschaft vom Risiko sich in eine Wahrscheinlichkeitstheorie verwandelt. Aber vom Standpunkt der Sozialwissenschaften aus ist die moderne Gesellschaft eine risikoreiche geworden, und diese Feststellung ist erst durch jene Wissenschaft und Technik möglich geworden. Dennoch kann ich auch nicht verleugnen, daß das Erkennen der vielfältigen Risiken erst durch diese neue Wissenschaft und Technik möglich wurde.

Die Begriffsbestimmungen des Risikos sind je nach Wissenschaftler verschieden. Ich setzte hier den Begriff voraus, den Beck verwendet. Er definiert Risiko als 'die Möglichkeit des Schadens oder des Nachteils, der menschliches Vorhaben begleitet'. Dieser Begriff des Risikos vermeidet die Unbestimmtheit der Nebenwirkung, den die Naturwissenschaft verwendet, und folgt der Definition der Sozialwissenschaften, die zum Ausdruck bringt, daß in der gegenwärtigen Gesellschaft der Mensch Risiken begehen muss, um zu überleben.

## 2. Becks 'Risikogesellschaft'

Wie oben erwähnt, besteht die Aufgabe des Buches "Risikogesellschaft" darin, "die sich heute schon abzeichnende Zukunft" als industrialisierte Risikogesellschaft soziologisch zu erfassen. Dabei stellt sich für Beck zugleich die wichtige Frage, ob das Heraufkommen "der sich abzeichnenden Zukunft" der Moderne ein Ende macht und die Nachmoderne beginnen läßt, mit anderen Worten, ob die die Moderne spaltende Zukunft eben nicht mehr die Moderne ist.

Dazu sagt Beck: "Denjenigen, die an der Aufklärung in den Prämissen des 19. Jahrhunderts gegen den Ansturm der 'Irrationalität des Zeitgeistes'

nun erst recht festhalten, wird ebenso entschieden widersprochen wie denjenigen, die heute mit den aufgestauten Anomalien gleich das ganze Projekt der Moderne den Bach der Geschichte hinuntergehen lassen wollen"(S.13). Beck ist also weder Modernist noch Postmodernist und fordert die Verwirklichung beider sozialer Ideen, nämlich der Ideen der Moderne und zugleich der Ideen der Postmoderne angesichts der Entartung der modernen Gesellschaft. Beck sucht in der Zukunft der veränderten modernen Gesellschaft eine neue Idee der Gesellschaft, die die Ideen der Moderne einschließt.

Aber diese Konzeption einer neuen Idee der Gesellschaft eröffnet keine Aussicht auf die zukünftige Gesellschaft. Sie wird paradoxerweise als nicht vorhersehbar bezeichnet. Diese Konzeption ist auch vorläufig, obwohl wir sehen, daß die Zivilisation sich Risiken aussetzt. Denn die sich "heute schon abzeichnende" Gestalt zeigt sich nur in Umrissen und in ihren Symptomen. Noch sind die Einzelheiten der Spaltung der Moderne, also des Übergangs von der Industriegesellschaft zur Risikogesellschaft nicht geklärt.

Auch unter der Prämisse, daß die Risikogesellschaft noch nicht ausreichend begriffen ist, soll es Aufgabe des Buches "Risikogesellschaft" sein, Rezepte zu finden gegen die Unbestimmtheit. Die Aufgabe bezieht sich darauf, "wie diese Verunsicherungen des Zeitgeistes, die ideologiekritisch zu leugnen zynisch, denen distanzlos nachzugeben gefährlich wäre, in einem soziologisch informierten und inspirierten Denken zu verstehen und zu begreifen sind".

Der Übergang zur Risikogesellschaft bedeutet einen Wandel der Gesellschaft, der eine selbstreflexive Modernisierung, d.h. eine Modernisierung, die begleitet ist von einer Veränderung der Grundlagen der Industriegesellschaft selbst beinhaltet. Dieser Wandel hat zwei Seiten, erstens die "Erzeugung des Risikos in Gesellschaft" und zweitens die "Destabilisierung der industrialisierten Moderne". Erstere bedeutet, daß in der traditionellen Industriegesellschaft die als Nebenwirkung der Produktion von Reichtum verstandene Produktion der Risiken in den Vordergrund tritt. Hier wird der Gedanke „des Fortschritts von Wirtschaft und Technik“ wegen der Produktion weltweiter Risiken kritisiert.

Die zweite Seite bedeutet, daß im Verlauf der Modernisierung die der Industriegesellschaft immanenten Traditionen zerstört werden. Klassengesellschaft und Kleinfamilie, feste Formen der Arbeit und die parlamentarische Demokratie, ferner Vertrauen in den Fortschritt von Wissenschaft und Technik, sind nicht „Notwendigkeiten der Moderne überhaupt“(S.16), sondern vielmehr „historisch bedingte Konturen“(S.15). Die selbstreflexive Modernisierung befreit die Menschen von den Lebensstilen und dem gesunden Menschenverstand der Industriegesellschaft.

Die Abnahme der stabilisierenden Elemente und die Erzeugung von Risiken, die die Entwicklung der Technik mit sich bringt, bewirkt, daß die Gesellschaft unsicherer wird. Diese Verunsicherung schwächt das bisherige politische System der Demokratie. Das bedeutet, daß eine „Subpolitik“ in Erscheinung tritt, deren Handlungsbestimmungen nicht mehr auf dem demokratischen Prozeß beruhen. D.h. die Hälfte der Entscheidungskompetenzen mit großem sozialen Einfluß ist "den Regeln öffentlicher Kontrolle

und Rechtfertigung entzogen und an die Investitionsfreiheit der Unternehmen und die Forschungsfreiheit der Wissenschaft delegiert" (S.302).

Das bedeutet einen Funktionsverlust des zentralen politischen Systems. Nach Becks Rezept sollen wir den nichtzentralisierten demokratischen Prozeß in das un stabile Gebiet der Wirtschaft und Technik verlegen und dadurch das Selbstkontrollsystem wiederaufbauen. Weil Modernisierung nach Beck "Autonomie, Differenzierung, Partikularisierung" der Gesellschaft bedeutet, ist die Konstruktion solcher neuen Systeme als eine weitere Durchsetzung der Modernisierung zu werten.

#### IV. Risikogesellschaft und Sozialstaat

Wie oben erwähnt, ist noch zu klären, ob die die Moderne spaltende Zukunft noch eine Moderne ist oder nicht. Davon abgesehen unterscheidet Beck zwischen der die 'traditionelle Gesellschaft modernisierende Industriegesellschaft' und der die 'Risikogesellschaft mit der Vorbedingungen verändernden Modernisierung'. Es handelt sich dabei um 'die traditionelle Gesellschaft' in früherer und 'die industrialisierte Risikogesellschaft' in späterer Zeit.

In letzterer werden die Risiken durch Produktion und Technik verursacht, aber er schränkt diese nicht ein, sondern, betrachtet man den Zusammenhang des ganzen Buches, auch die Risiken, die durch Armut entstehen, werden dazu gerechnet. Diese Risiken, die die traditionelle Industriegesellschaft nicht berücksichtigt hat, entwickeln sich jetzt zu aktuellen Problemen.

Die Industriegesellschaft hat also zwei Arten von Risiko hervor gebracht, ein Risiko durch Armut und ein Risiko durch Technik, und das erstere durch sozialstaatliche Maßnahmen zu lösen versucht, was aber dazu führte, daß die Klassengesellschaft, die ein konstitutives Element der Industriegesellschaft war, abgebaut wurde, was die bürgerliche Aktivität für den Aufbau und das Voranbringen der Gesellschaft auf der anderen Seite schwächte. In dieser Situation ist es Becks Rezept, durch demokratische Umbildung die Risiken, die die Technik mit sich bringt, zu lösen.

Ich meine aber, daß Becks Theorie des historischen Wandels der Gesellschaft Fehler enthält, weil sie in der Konzeption der Risikogesellschaft das Risiko durch Armut und das Risiko durch Technik gleich behandelt. Dadurch übersieht man die qualitativen Unterschiede und auch das historische Faktum, daß der Sozialstaat seine politischen Maßnahmen verändert hat. Das staatliche System der Industriegesellschaft hat sich von einem System, das die freie Marktwirtschaft inclusive den Arbeitsmarkt sichert, zu einem Sozialstaat entwickelt, der in die Lebensumwelt der Staatsbürger schützend eingreift.

Von dieser Auffassung her gesehen erkennen wir zwei Entwicklungsstufen der modernen Industriegesellschaft, die nicht parallel, sondern konsekutiv ablaufen. Die erste ist der liberale, die bürgerliche Freiheit schützende Staat, die zweite der die soziale Wohlfahrt fördernde Staat. Der Übergang von der ersten zur zweiten Stufe, oder der Übergang vom liberalen zum sozialen System, bedeutet konkret den Übergang vom Rechtsstaat zum sozialen Rechtsstaat, zum Beispiel in Deutschland oder in Japan.

Wir dürfen auch den qualitativen Unterschied zwischen beiden Systemen nicht übersehen. Der soziale Rechtsstaat zielt darauf ab, daß die Garantie der bürgerlichen Freiheit im bisherigen liberalen Rechtsstaat mit Rücksicht auf gleiche Sicherung allen Lebens bis zu einem gewissen Grade eingeschränkt werden soll. Man kann sagen, daß der Sozialstaat die Verteilung von Freiheit und das Überleben der Person anders bewertet als der liberale Staat. Aber ich fasse diese beiden Staatsformen als unterschiedlich gerichtete Substanziialisierungen des Rechtsstaats auf und verankere beide polare Phänomene im Rechtsstaat.

Nach den Prinzipien dieses Rechtsstaats soll die Regierung die Grundrechte der Staatsbürger garantieren und zugleich die Mindestbedingungen für das Leben der Staatsbürger gleich sichern. Darüber hinaus folgt er den Prinzipien der konstitutionellen Rechtstaatlichkeit, die zwischen den entgegenstehenden Prinzipien des liberalen Staates und des Sozialstaats ausgleichend abwägen.

#### V. Risikogesellschaft und Umweltstaat

Nun wissen wir, daß gegenwärtig im Rahmen des sozialen Rechtsstaats Probleme des Umweltschutzes erwogen werden. Ich stimme der Auffassung des 'Umweltstaats' von Hasso Hofmann und Michael Klöpfer zu, daß Rechtsprinzipien für Umweltprobleme nicht aus dem Sozialstaatsprinzip abgeleitet können. Der gegenwärtige Rechtsstaat braucht andere Rechtsprinzipien als nur Gleichheit oder Verteilung. unter dem Sozialstaatsprinzip. Und wir müssen uns fragen, wie der Umweltstaat in Verbindung gebracht werden kann mit der Theorie der Risikogesellschaft.

Wir stoßen hier auf zwei wichtige Punkte. Der erste ist die Frage, ob in der Theorie des gesellschaftlichen Wandels die Ideen des Staates und des Rechts gemäß der Entwicklungsstufe der Gesellschaft anerkannt werden oder nicht. Becks soziale Theorie erkennt das nicht an, weil sie besagt, daß Schemata der Erkenntnis zur Welt des Seins gehören, und daß sie dem Erkenntnisakt der Menschen immanent sind. Dagegen meine ich, daß man auf Probleme, die wie Umweltprinzipien, das Vorsorge-Prinzip oder die ethische Selbstbestimmung begründet werden können, vom Standpunkt der immanenten Auffassung überhaupt nicht antworten kann. Erst wenn eine normative Theorie zugrunde liegt, die dem Staat eine normative Bedeutung gibt, werden Gesellschaft und Staat sozialphilosophisch begründet.

Ich plädiere also für eine normative Theorie des Staates, nicht für eine soziale Theorie der Gesellschaft. Dennoch kann ich der Theorie des Sozialstaates nicht zustimmen, die die Rechtsprinzipien der Umwelt aus sozialstaatlichen Wertprinzipien abgeleitet. Diese Theorie kann nur unzulänglich die Umweltprobleme des alltäglichen Lebens, nicht die der ökologischen Systeme der Erde begreifen, denn sie übersieht den Übergang von der sozialen Gesellschaft zur Risikogesellschaft.

In Becks Argumentation ist aber folgender Hinweis auf Umweltprobleme beachtenswert. "Wo Risiken die Menschen beunruhigen, liegt der Ursprung der Gefahren also nicht mehr im Äußeren, Fremden, im Nichtmenschlichen, sondern in der historisch gewonnenen Fähigkeit der Menschen zur Selbstveränderung, Selbstgestaltung und Selbstvernichtung der Reproduktionsbedingungen allen Lebens auf dieser Erde. Das aber

heißt: Die Quellen der Gefahren sind nicht länger Nichtwissen, sondern Wissen, nicht fehlende, sondern perfektionierte Naturbeherrschung, nicht das dem menschlichen Zugriff Entzogene, sondern eben das System der Entscheidungen und Sachzwänge, das mit der Industrieepoche etabliert wurde"(S.300).

Ferner spricht Beck von "dem Ende der Gegenüberstellung von Natur und Gesellschaft"(S.107). In der Gegenwart sind Natur und Gesellschaft undenkbar ohne das andere. Die frühe Sozialtheorie hat Natur als Vorgegebenes und zu Beherrschendes vorausgesetzt. Jetzt ist Natur nur noch ein "geschichtliches Produkt". Und "der ungesehene Nebeneffekt der Vergesellschaftung der Natur ist die Vergesellschaftung der Naturzerstörung und -gefährdungen" (S.107).

Für die oben erwähnte Lehre vom Umweltstaat hat diese Meinung über die Natur besondere Bedeutung. In der Risikogesellschaft durchdringen sich Natur und Gesellschaft. Die Industriegesellschaft setzt sogar auf der Stufe des Sozialstaates noch die Beherrschung der Natur voraus, wobei die Äußerlichkeit der Natur und eine von der Natur unabhängige autonome Gesellschaft vorausgesetzt sind. Wenn die Industriegesellschaft in die Risikogesellschaft übergeht, muss man erkennen, daß durch die Verbindung von Natur und Gesellschaft die vom Sozialstaat gewährleisteten Lebensbedingungen voller Risiken sein können. So erfordert die Risikogesellschaft einen neuen Begriff der Gesellschaft und verlangt neue Prinzipien des Umweltstaats.

#### Verzeichnis der hauptsächlichen deutschen Literatur

Ulrich Beck, Risikogesellschaft – Auf dem Weg in eine andere Moderne –, Suhrkamp, 1986.

Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie, München, 1997.

#### Kontaktadresse:

Prof. Dr. Ken Takeshita  
School of Law, Kansai University  
Yamatecho 3-3-35, Suita-shi,  
Japan 564-8680 Osaka  
eMail: kentake@kansai-u.ac.jp



---

# Planungsinvestition des Unternehmers und sein Vertrauensschutz als Rechtsproblem

Professor Dr. Sung-Soo Kim<sup>1</sup>, Seoul

## I. Problemstellung

### 1. Zustand der Wasserindustrie in Korea

Heute steht die Wasserindustrie in Korea vor einem entscheidenden Wandel. Von außen sieht sie sich dem Druck ausgesetzt, sich zu öffnen, im Inneren wird die Unzufriedenheit der Konsumenten mit der Wasserqualität und der Wasserversorgung immer größer. Die WTO, die im Jahr 1995 gegründet wurde, verfolgt durch multilaterale Abkommen das Ziel, den Handel mit Wasser und die Wasserversorgung zu liberalisieren und zu öffnen. Außerdem sieht die WTO Wasser als Handelsware an, so dass die Maßnahmen zur Beschränkung der Ein- und Ausfuhr von Wasser als Verstoß gegen die internationalen Handelsbestimmungen bewertet werden. Und gemäß Doha Development Agenda (DDA), dem allgemeinen Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen, stellen auch die öffentlichen Dienstleistungen eine ‚Geschäftshandlung‘ dar, und Verhandlungen über deren Öffnung sind heute im Gange, falls private Unternehmen beteiligt sind und Gebühren bezahlt werden. Die insb. von Frankreich und Großbritannien geförderten multinationalen Wasserunternehmen, sehen in der zukünftig zu öffnenden Wasserindustrie in Korea einen äußerst attraktiven Markt und unternehmen somit den Versuch, die für die Öffnung notwendigen Geschäftsstrategien zu entwerfen.

Aber in Korea ist die Wasserversorgung der Gemeinden unabhängig von Umfang und Lage den 167 Kommunen überlassen, wobei die Wasserversorgung von der Organisation der Kommunalbeamten verwaltet wird. Daraus ergeben sich systematische Probleme wie Ineffizienz und mangelnde Konkurrenzfähigkeit. Außerdem führen die schlechten finanziellen Verhältnisse der Gemeinden zu Ineffizienz und Verschwendung in Bezug auf Betrieb und Kontrolle der Wasseranlagen. Denn aufgrund der fehlenden Geldmittel können die nötigen Investitionen für Verbesserung, Reparatur sowie Ersetzung der alten Wasserleitungen nicht zu einem angemessenen Zeitpunkt erfolgen. Zwar ist es nicht nur rechtlich, sondern auch logisch nur schwer zu leugnen, dass die Einrichtung und Kontrolle von Wasserleitungen, die für das Leben der Gemeindebewohner unentbehrlich sind, eine wichtige Aufgabe der betreffenden Gemeinden ist. Aber die unmittelbare Verwaltung der Wasserversorgung durch die Gemeinde ist in Korea im Vergleich zu den anderen Ländern eher ein seltenes Phänomen.

---

<sup>1</sup> Professor für öffentliches Recht an der Universität Hanyang, Korea

Weltweit wird versucht, auf verschiedene Art und Weise die Wasserversorgung zu gewährleisten, und in den meisten Fällen wird zwischen Unternehmensfunktion und Aufsichtsfunktion unterschieden.

## 2. Verbesserung der Konkurrenzfähigkeit durch den Übertragungsvertrag im Wasserwerkgesetz

In dieser Situation bemüht sich die koreanische Regierung darum, Strategien für die Verbesserung der Konkurrenzfähigkeit zu entwickeln. So hat die koreanische Regierung 2001 das Wasserwerkgesetz (WWG) geändert, wobei der Übertragungsvertrag eingeführt wurde. Beim Übertragungsvertrag handelt es sich darum, dass die Gemeinden als die eigentlich für die Wasserversorgung zuständige Stelle eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, z. B. Die Koreanische Wasserressourcen-Organisation, - diese Körperschaft bedeutet hier Unternehmer oder Wasserversorgungsunternehmen - mit der Kontrolle der Wasserleitungen beauftragen mit der Folge, dass diese Körperschaft die Gemeindebewohner mit Wasser versorgt und dafür Gebühren erhält. Über die Übernahme der Wasserversorgung durch den dafür spezialisierten Unternehmer richtet sich die koreanische Regierung politisch darauf aus, die Konkurrenzfähigkeit der Wasserversorgung und die Zufriedenheit der Konsumenten zu erhöhen. Mit Vertrauen auf diese Politik der Regierung hat ein Unternehmer mit den Städten Non-San und Jeong-Eup einen Vollziehungsvertrag abgeschlossen und damit die Aufgabe der Wasserleitungskontrolle erfüllt. Heute machen sich die öffentlichen Unternehmer in Korea durch Betriebsrationalisierung und angemessene Investitionen auf die Suche nach denjenigen Unternehmungen, mit denen in Zukunft Gewinn erzielt werden kann. Weil der Betriebserfolg ein gewichtiges Moment bei der Prüfung der öffentlichen Unternehmer durch die Regierung bildet, haben sie mit den 37 Gemeinden neulich einen Grundvertrag vor dem Vollziehungsvertrag abgeschlossen und investierten dafür etwa 16.6 Millionen Euro.

Übrigens hat das koreanische Umweltministerium Ende 2005 das Wasserwerkgesetz mit dem Zweck geändert, mittels der Aktivierung des Übertragungsvertrags die bereits vorhandene Politik stärker zu systematisieren. In der Gesetzesänderung wird in der Nebenbestimmung geregelt, dass die geänderten Vorschriften auch für gerade laufende Unternehmungen gelten, für die vor der Gesetzesänderung ein Vollziehungsvertrag sowie ein Grundvertrag abgeschlossen wurde. Wie bereits oben erwähnt, erweitern aber die Unternehmer seit 2001 durch den Übertragungsvertrag mit Gemeinden dauernd ihre Unternehmungsgegenstände und -bereiche und investieren erhebliche Summen, um zu sog. konkurrenzfähigen Unternehmern zu werden. Solche Maßnahmen der koreanischen Regierung sind somit besonders dann in zweierlei Hinsicht bedenklich, wenn ein Unternehmer mit Vertrauen auf die staatliche Politik über die Art und Weise von Unternehmungen entscheidet und demgemäß einen sicheren Gewinn voraussieht: Einerseits stößt die Anerkennung der rückwirkenden Geltung des geänderten Wasserwerkgesetzes im Hinblick auf den Vertrauensschutz als einen wesentlichen Inhalt des Rechtsstaatsprinzips auf Bedenken. Andererseits besteht hier die Gefahr der unverhältnismäßigen Beeinträchtigung des verfassungsrechtlich verbürgten



Eigentumsrechts. Aus diesen Gründen möchte diese Untersuchung der Frage nachgehen, ob das geänderte Wasserwerkgesetz überhaupt als eine rückwirkende Gesetzgebung angesehen werden kann und ob die Verletzung der Planungsinvestition des Unternehmers durch die rückwirkende Gesetzgebung gegen das verfassungsrechtliche Prinzip des Vertrauensschutzes verstößt.

## II. Hauptinhalte des geänderten Wasserwerkgesetzes und des Entwurfs zur Änderung der Wasserversorgungsverordnung

### 1. Wichtige Vorschriften des geänderten Wasserwerkgesetzes hinsichtlich der Übertragung der Wasserversorgung

1) Gemäß Art. 17-3 Abs. 1 Wasserwerkgesetz, das mit der Änderung von Art. 17 Abs. 3 neu geschaffen wurde, soll die Aufgabe der Wasserversorgung auf die bestimmte Art und Weise durchgeführt werden, die in der Wasserversorgungsverordnung als Rechtsverordnung des Präsidenten vorgesehen ist. Damit wird eine bestimmte Wasserversorgungsmethode gesetzlich geregelt, was nach dem alten Art. 17 Abs. 3 nicht möglich war. Zudem ist noch zu bemerken, dass der Umfang der Wasserversorgungsunternehmer im geänderten Gesetz beträchtlich erweitert wird. Während das alte Gesetz vorgesehen hat, die Aufgabe der Wasserversorgung allein den in der Rechtsverordnung des Präsidenten bestimmten Fachunternehmen zu übertragen, kann gemäß dem geänderten Gesetz die Aufgabe der Wasserversorgung dem Wasserversorgungsunternehmer, also den Gemeinden, übertragen werden. In dieser Regelung zeigt sich vor allem der Zweck der Rationalisierung der Wasserversorgung durch die Konkurrenz zwischen Fachunternehmen im öffentlichen Bereich einerseits und solchen Gemeinden, die wie die Großstadt Seoul bezüglich der Wasserversorgungsaufgabe konkurrenzfähig sind, andererseits.

2) Daneben sieht der neue Art. 17-3 Abs. 2 vor, dass diejenigen allgemeinen Wasserversorgungsunternehmer, welche mit dem Auftraggeber einen Übertragungsvertrag abgeschlossen haben, nach der Rechtsverordnung des Umweltministers erstens den Abschluss und zweitens die Kündigung des Übertragungsvertrags unverzüglich dem Umweltminister melden müssen. Der damit verfolgte Zweck scheint darin zu liegen, dass der Umweltminister mittels der Meldung sämtliche abzuschließenden oder aufzuhebenden Übertragungsverträge im Griff behalten und kontrollieren kann.

3) Wenn die Gemeinden einem Wasserversorgungsunternehmer die Aufgabe der Wasserversorgung übertragen, sollen sie diesen Unternehmer beaufsichtigen und dazu anleiten, die einschlägige Aufgabe der Wasserversorgung durchzuführen. In diesem Fall können die Gemeinden verlangen, Bericht zu erstatten oder Unterlagen zu liefern, wenn das für die sichere und angemessene Wasserversorgung als nötig angesehen wird. Infolgedessen wird den Gemeinden im Sinne von Auftraggebern die Möglichkeit eröffnet, sich durch die öffentliche Leitung und Aufsicht an der Aufgabe der Wasserversorgung zu beteiligen, statt dem Wasserversorgungsunternehmer als Auftragnehmer umfassende Rechte und Pflichten zukommen zu lassen.

## 2. Übergangsregelung (Art. 2 Nebenbestimmung des Wasserwerkgesetzes)

Gemäß Art. 2 Nebenbestimmung gilt das geänderte Wasserwerkgesetz für die Unternehmungen, über deren Übertragung bereits vor der Gesetzesänderung ein Grundvertrag sowie ein Vollziehungsvertrag abgeschlossen wurde. Denn in Art. 2 Nebenbestimmung ist vorgesehen, dass die Übertragung „des Betriebs der Wasseranlage nach Art. 17 Abs. 3 altes Wasserwerkgesetz an einen Unternehmer als Übertragung der Aufgabe der Wasserversorgung gemäß der neuen Regelung von Art. 17-3 gehalten wird. Aufgrund dieser Übergangsregelung wird dem Unternehmer die Pflicht auferlegt, entsprechend dem neuen Gesetz mit 41 Gemeinden erneut weitere Übertragungs- und Vollziehungsverträge abzuschließen, die schon vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes abgeschlossen worden sind.

## 3. Inhalte der vom Umweltministerium angestrebten Wasserversorgungsverordnung

Zu den wichtigen Inhalten des Entwurfs der neulich vom Umweltministerium ausgearbeiteten Wasserversorgungsverordnung des Umweltministers zählt die Regelung einer Reihe von Methoden und Verfahren für den Abschluss eines Vollziehungsvertrags zwischen Fachunternehmern als Auftragnehmern und Gemeinden als Auftraggebern. Nach der geltenden Methode geht der Abschluss des Vollziehungsvertrags dahingehend vor sich, dass Gemeinde und Unternehmer einen Grundvertrag über die Übertragung abschließen und danach der Unternehmer sowohl eine Projektverträglichkeitsprüfung durchführt als auch die Projektplanung einreicht. Nach dem Entwurf der Wasserversorgungsverordnung des Umweltministers wird dagegen die Projektverträglichkeitsprüfung und die Projektplanung zur Aufgabe der Gemeinde selbst gemacht (auch wenn die Gemeinde dritte Fachinstitute damit beauftragt). Außerdem sieht der Entwurf der Wasserversorgungsverordnung des Umweltministers bezüglich der Methode der Wahl des Unternehmers eine Ausschreibung vor, während nach der alten Bestimmung die Gemeinde mit einem Unternehmer nach ihrer Wahl einen Vertrag abschließen konnte.

## III. Verfassungsrechtliche sowie rechtliche Probleme des geänderten Wasserwerkgesetzes und des Entwurfs der Wasserversorgungsverordnung des Umweltministers

### 1. Verfassungsrechtliche Probleme der Übergangsregelung

#### 1) Problemstellung

Wie oben erwähnt, findet Art. 17-3 Abs. 1 des geänderten Wasserwerkgesetzes gemäß Art. 2 Nebenbestimmung auf die vor dessen Inkrafttreten abgeschlossenen Vollziehungs- und Grundverträge Anwendung, so dass für die bereits vorliegenden Unternehmungen gerade die geänderte Übertragungsmethode gilt, die im Entwurf der Wasserversorgungsverordnung des Umweltministers vorgesehen ist. In diesem Fall ist die Frage der Verfassungswidrigkeit aufzuwerfen, wenn es sich bei dieser

Nebenbestimmung um die verfassungsrechtlich verbotene rückwirkende Gesetzgebung handelt (Art. 13 Abs. 2 Verfassungsrecht, nach dem niemand durch die rückwirkende Gesetzgebung in seinem Wahlrecht beeinträchtigt werden oder seines Eigentumsrechts beraubt werden darf).

Zwar ist es nicht ausgeschlossen, dass die Übergangsregelung als eine Verletzung von Vertrauensschutz und Rechtssicherheit für verfassungswidrig erklärt wird, wenn in ihr die echte Rückwirkung gesehen würde. Aber es besteht auch die Möglichkeit, diese Übergangsvorschrift als verfassungsmäßig zu beurteilen, weil sie mit der noch bestehenden Unternehmung im Zusammenhang stehen und daher nur eine unechte Rückwirkung haben würde.

Abgesehen davon ist hier von Bedeutung, dass die große Gefahr besteht, dass die Übergangsregelung in der Nebenbestimmung als verfassungswidrig bezeichnet wird, weil das koreanische Verfassungsgericht in seiner Rechtsprechung unter Verwendung des Begriffs des „gelenkten Vertrauens“ den Schutz von Rechtssicherheit und Vertrauen der privaten Person verstärkt. Damit vertritt das koreanische Verfassungsgericht die Auffassung, dass die Schutzwürdigkeit von privaten Schutzinteressen davon abhängt, ob die gemäß der Gesetzesregelung vorgenommene Handlung der privaten Person vom Staat in eine bestimmte Richtung gelenkt ist oder als bloße Nutzung der vom Gesetz abzuleitenden Chance grundsätzlich zur privaten Risikosphäre gehört (28.11.2002). Wenn das erste der Fall ist, soll das spezielle schutzwürdige Vertrauensinteresse anerkannt werden. So ergibt sich die Möglichkeit, dass der Vertrauensschutz auf der Seite der privaten Person dem Interesse an der Gesetzesänderung auf der Seite des Staates vorgeht.

Diesbezüglich scheint es angebracht, dass der Staat zum Zweck der Rationalisierung und Erhöhung der Konkurrenzfähigkeit der Wasserversorgung am 28. 3. 2001 Art. 17 Abs. 3 des Wasserwerkgesetzes neu geschaffen hat und dadurch für die Aktivierung der Übertragung der Wasserversorgung die Marktbeteiligten politisch gelenkt hat. Hinzu kommt, dass aufgrund dieser politischen Richtung der Unternehmer einen Vollziehungs- oder Grundvertrag in Wirklichkeit umsetzt, den er mit 41 Gemeinden abgeschlossen hat. Damit lässt sich feststellen, dass es durchaus möglich ist, die Übergangsregelung in Art. 2 Nebenbestimmung des geänderten Wasserwerkgesetzes als eine Verletzung des verfassungsrechtlich gelenkten Vertrauensschutzes zu betrachten.

Aus diesem Grund ist im Folgenden auf die Fragen einzugehen, ob es sich bei der Übergangsregelung um eine echte oder unechte Rückwirkung handelt, ob der Grundsatz des Vertrauensschutzes durch die Übergangsregelung verletzt wird und ob die Übergangsregelung dem Unternehmer Zeit und Spielraum eingeräumt hat, um das Unternehmensinteresse und die Rechtssicherheit hinreichend zu verteidigen.

2) Der rechtliche Charakter der Rückwirkung bei der Übergangsregelung

(1) Differenzierung der Rückwirkung: Echte Rückwirkung und unechte Rückwirkung

Wie bereits gesagt, gilt die Regelung von Art. 17-3 des geänderten Wasserwerkgesetzes gemäß Art. 2 in der Nebenbestimmung für die nach Art. 17 Abs. 3 des alten Gesetzes abgeschlossenen Verträge und daraufhin sorgt der Entwurf der Wasserversorgungsverordnung des Präsidenten für das neue Übertragungsverfahren. Das hat zur Folge, dass die betreffende gesetzliche Bestimmung auf die aufgrund bereits abgeschlossener Verträge laufenden Unternehmungen rückwirkend angewendet würde, wenn das geänderte Wasserwerkgesetz und der Entwurf der Wasserversorgungsverordnung des Umweltministers in Kraft treten.

Indes ist es in Art. 13 Art. 2 Verfassungsrecht ausdrücklich verboten, durch die rückwirkende Gesetzgebung das Wahlrecht zu beschränken oder das Eigentumsrecht zu berauben. Das lässt sich damit begründen, dass durch die rückwirkende Gesetzgebung oder die Rückwirkung des Gesetzes die Rechtssicherheit desjenigen verletzt wird, der mit Vertrauen in den vorliegenden Rechtszustand eine Handlung vorgenommen hat. Mit der grundsätzlich verbotenen Rückwirkung gemeint ist aber insoweit die sog. echte Rückwirkung, als die bereits abgeschlossenen Rechts- oder Sachverhältnisse unter den Geltungsbereich von gesetzlichen Bestimmungen sowie Verwaltungsmaßnahmen fallen. Währenddessen ist die Annahme der verfassungsrechtlich verbotenen rückwirkenden Gesetzgebung oder die Rückwirkung bei der unechten Rückwirkung zu verneinen, bei der die Geltung von Gesetzesregelungen sowie Verwaltungsmaßnahmen auf die noch nicht abgeschlossenen, sondern fortgehenden Unternehmungen zutrifft.

Somit ist es allgemein anerkannt, dass der letztere Fall als eine abgeschwächte Rückwirkung zu verstehen ist, so dass die Anwendung der in Frage stehenden gesetzlichen Bestimmung zum Schutz des persönlichen Vertrauens beschränkt werden kann, falls das Vertrauen der Bevölkerung auf das Fortbestehen der Regelung als viel schutzwürdiger bewertet wird als das öffentliche Interesse an der geänderten gesetzlichen Bestimmung (Entscheidung des obersten Gerichts 10.3. 2003).

(2) Die Einordnung der Übergangsregelung in der Nebenbestimmung des geänderten Wasserwerkgesetzes

A. Gesetzgebung mit echter Rückwirkung

Es bedarf der Prüfung, ob die Übergangsregelung in der Nebenbestimmung des geänderten Wasserwerkgesetzes als echte rückwirkende Gesetzgebung als verfassungswidrig zu qualifizieren ist oder ob sie nur als eine unechte rückwirkende Gesetzgebung sowohl verfassungsrechtlich als auch gesetzlich zulässig ist. In erster Linie kann man besonders dann von der Verfassungswidrigkeit der Übergangsregelung ausgehen, wenn die Anwendung dieser Übergangsregelung auf diejenigen Fälle ausgedehnt wird, in denen der Unternehmer gemäß Art. 17 Abs. 3 des alten Wasser-

werkgesetzes mit Gemeinden Vollziehungsverträge abgeschlossen hat und aufgrund solcher Verträge die Aufgabe der Wasserversorgung gerade noch durchführt (Diese Auslegung ist im Hinblick auf den einschlägigen Rechtsatz durchaus möglich). In diesen Fällen stellt sich die Übergangsregelung als eine echte rückwirkende Gesetzgebung dar, die verfassungsrechtlich verboten ist, weil gerade die schon abgeschlossenen Sachverhältnisse und vertragsrechtlichen Verhältnisse als Gegenstand der Übergangsregelung in Frage gestellt sind.

Heute hat der Unternehmer bereits u. a. mit den Städten Non-San und Jeong-Eup, insgesamt 4 Städten und Gemeinden, Vollziehungsverträge abgeschlossen und die Aufgabe der Wasserversorgung übernommen. In diesem Zusammenhang ist das koreanische Verfassungsgericht der folgenden Ansicht: „Das Gesetz mit echter Rückwirkung, dessen Inhalt darin besteht, durch die nachträgliche Gesetzgebung die bereits durch das geltende Gesetz ausgestaltete individuelle Rechtsposition des Betroffenen zu entwerten, ist zwar nach dem Rechtsstaatsprinzip im Schutz individuellen Vertrauens und in der Rechtssicherheit verfassungsrechtlich grundsätzlich unzulässig, aber es ist dann ausnahmsweise zulässig, wenn der besondere Umstand besteht, in dem das öffentliche Interesse an der Änderung des bisherigen Gesetzes überwiegt, während die Schutzwürdigkeit individuellen Vertrauens auf bestehende Rechtsposition demgegenüber nicht mehr gerechtfertigt werden kann“ (vgl. 17.3. 1989; 19.12. 1989 etc.). Jedoch deutet dies allein darauf hin, dass diese Ausnahme von der Unzulässigkeit des Gesetzes mit echter Rückwirkung sich nur auf den verfassungsvernichtenden Akt bezieht wie bei dem in dieser Entscheidung in Frage stehenden Fall von 5.18 Sondergesetz.

Freilich ist mehr als selbstverständlich, dass das in 5.18 Sondergesetz in Frage stehende Problem der rückwirkenden Strafbarkeit des verfassungsvernichtenden Akts nicht auf derselben Ebene mit dem Problem der durch die Übergangsregelung des Wasserwerkgesetzes hervorgerufenen Verletzung der Rechtssicherheit des Unternehmers vergleichbar ist. Die kommende Wasserversorgungsverordnung wäre mithin dann als Gesetzgebung mit echter Rückwirkung verfassungswidrig und damit nichtig, wenn sie weiter gehend doch noch auf die vorhandenen Übertragungsunternehmungen angewendet würde, bezüglich derer bereits zwischen Unternehmern und 4 Städten sowie Gemeinden die Vollziehungsverträge abgeschlossen wurden und die schon begonnen haben.

## B. Gesetz mit unechter Rückwirkung

### a. Prüfung des Rückwirkungszeitpunkts

Ist dann Art. 2 Übergangsregelung des neuen Wasserwerkgesetzes aber zur Gesetzgebung mit unechter Rückwirkung zu zählen? Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass dann die Gefahr bestünde, dass sie als Gesetzgebung mit echter Rückwirkung gälte und damit verfassungswidrig wäre, wenn diese Übergangsregelung doch noch auf den Teil der bereits zwischen dem Wasserversorgungsunternehmer und den Gemeinden abgeschlossenen Vollziehungsverträgen angewendet würde. Die Frage stellt sich

dann, ob Art. 2 Übergangsregelung des neuen Wasserwerkgesetzes in demjenigen Fall den Charakter der Gesetzgebung mit echter oder doch unechter Rückwirkung aufweist, in dem er auf die Unternehmungen angewendet wird, bezüglich derer der Unternehmer zwar bereits mit 37 Gemeinden die Grundverträge abgeschlossen hat, die aber noch in dem Verhandlungsstadium hinsichtlich weiterer Wasserversorgungsaufgaben stehen. Um diesen Fall adäquat zu beurteilen, kommt es entscheidend darauf an, auf welchen Zeitpunkt die Rückwirkung zurückgreift.

Stellt man den Rückanknüpfungszeitpunkt dabei auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Grundvertrages zwischen dem Unternehmer und der Gemeinde ab, des Grundvertrages, der auf die Vorbereitung des weiteren Übertragungsvertrages (Vollziehungsvertrages) angelegt ist, dann könnte die fragliche Übergangsregelung doch als Gesetzgebung mit echter Rückwirkung angesehen werden, weil sie weitergehend auch auf die bereits durch den Grundvertragsabschluss gestalteten Rechte und Pflichten zurückreift. Auf der anderen Seite könnte die Übergangsregelung doch wohl auch als Gesetzgebung mit unechter Rückwirkung gelten. Zieht man in Betracht, dass der Grundvertrag bloß als schwacher Vertrag einer Art von memorandum of understanding (MOU) gilt und dass sich infolgedessen erst nach dem Abschluss des Vollziehungsvertrages die wesentlichen Rechte und Pflichten aus dem Übertragungsvertrag für die Wasserversorgung ergeben können, dann gilt die Anwendung der Übergangsregelung auf das Verhandlungsstadium nach dem Grundvertragsabschluss nämlich als Rückanknüpfung an die noch nicht vollständig abgeschlossenen Sachverhalte und Rechtsverhältnisse.

Ergeben sich aber auch keine rechtlichen Probleme mehr, soweit Art. 2 Übergangsregelung als Gesetzgebung mit unechter Rückwirkung gelten kann, weil schon dieser Befund allein gewährleisten kann, dass die Rechtssicherheit oder das Vertrauen des Betroffenen dadurch nicht ausschließlich verletzt werden? Mit anderen Worten: Erscheint eine solche Ansicht – „Gesetzgebung mit unechter Rückwirkung ist uneingeschränkt verfassungskonform und gesetzmäßig“ – überhaupt noch plausibel, obwohl der Unternehmer und die Gemeinden gravierende Verluste dadurch hinnehmen müssen, dass trotz des Vorliegens der bereits zwischen dem Unternehmer und 37 Gemeinden abgeschlossenen Grundverträge doch all diese Sachverhalte rückgängig gemacht und erneut eine Projektverträglichkeitsprüfung und eine Projektplanung in Anspruch genommen werden müssen, so dass die bisher erfolgten Investitionen nicht nur zunichte gemacht werden, sondern auch das Projekt selbst ungewiss wird?

Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Die Unterscheidung von echter und unechter Rückwirkung ist eine bloße rechtstechnische, aber keine absolute, weshalb die materielle Abwägung zwischen der individuellen Rechtssicherheit und der Rechtmäßigkeit der durch die Gesetzgebung erfolgten Verwaltung jedenfalls unumgänglich ist. Infolgedessen ist wohl auch denkbar, dass auch Gesetzgebung oder Verwaltungsakt mit unechter Rückwirkung doch noch als verfassungswidrig oder gesetzwidrig angesehen werden, soweit sie unter dem materiellen Gesichtspunkt doch die individuelle Rechtssicherheit und das individuelle Vertrauen berühren. Auch im Hinblick auf die Rechtsprechung des koreanischen Verfassungsgerichts

stellt sich heraus, dass Gesetzgebung mit echter und unechter Rückwirkung nur ein instrumentaler Begriff mit relativem Belang und Geltungsanspruch ist. Diese Rechtsprechung vermittelt auch bei der Verfassungsmäßigkeitsprüfung von § 2 Übergangsregelung den entscheidenden Hinweis.

b. Wertung von Art. 2 Übergangsregelung des neuen Wasserwerkgesetzes

Das koreanische Verfassungsgericht hielt in seiner Entscheidung vom 26. 10. 1995 hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeitsprüfung von Art. 13 des Gesetzes über die Steuererleichterung im Prinzip an der Unterscheidung von echter und unechter Rückwirkung fest, aber verlangte – abweichend von dem fixierten Gedanken, dass die erste verfassungswidrig, während die letzte verfassungskonform sei – die materielle Abwägung zwischen dem dadurch zu bewahrenden öffentlichen Interesse einerseits und der Art der dadurch zu verletzenden Individualinteressen und ihrem Verletzungsgrad andererseits. Infolgedessen hat das Verfassungsgericht die folgende Begründung geliefert: „Aus dem verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzip wird das Vertrauensschutzprinzip abgeleitet. Wenn bei der Gesetzesänderung das Vertrauen des Betroffenen auf die alte Rechtsordnung zwar rational sowie legitimierbar ist, aber sein dadurch hervorgerufener Schaden so schwerwiegend ist, dass das durch die neue Gesetzgebung zu erzielende öffentliche Interesse eine solche Verletzung des Vertrauens des Betroffenen nicht mehr rechtfertigen kann, dann ist solche neue Gesetzgebung in Hinsicht auf das Vertrauensschutzprinzip nicht zulässig. Bei der Prüfung der Verletzung des Vertrauensschutzprinzips sind Schutzwürdigkeit des zu verletzenden Interesses, Eingriffsschwere, Verletzungsgrad und Methode der Vertrauensverletzung einerseits und das durch die neue Gesetzgebung angestrebte öffentliche Ziel andererseits in einer Gesamtbetrachtungsweise abzuwägen“ (29.6. 1995 ; vgl. ähnlich 23.3. 1995).

Schließlich hat das koreanische Verfassungsgericht in diesem Fall das Urteil gesprochen: Das zu verletzende Interesse des Steuerzahlers sei so schwerwiegend, dass der besondere Rechtfertigungsgrund dafür vorliege, die unechte Rückwirkung zu verneinen, während das die Rückwirkung legitimierende öffentliche Interesse hingegen gering sei. Infolgedessen könne der fragliche Paragraph sich dem Vorwurf der Verfassungswidrigkeit nicht entziehen, selbst wenn er noch als Gesetzgebung mit unechter Rückwirkung gelte. Zieht man die Ansicht des koreanischen Verfassungsgerichts in Betracht, dass nicht alle unechten Rückwirkungen verfassungsrechtlich legitimierbar sind, gelangt man zum Ergebnis, dass sich, selbst wenn § 2 Übergangsregelung des Wasserwerkgesetzes äußerlich doch zu der Gesetzgebung mit unechter Rückwirkung gehören würde, schon daraus allein die Verfassungsmäßigkeit dieses Paragraphen nicht voreilig erschließen lässt, soweit er die Rechtssicherheit des Unternehmers auf unerträgliche Weise berühren würde.

Nach der Stellungnahme des koreanischen Verfassungsgerichts hängt die Verfassungsmäßigkeit der in Frage stehenden Übergangsregelung des neuen Wasserwerkgesetzes auch davon ab, ob ein besonderer Rechtfertigungsgrund dafür besteht, die Rechtssicherheit und das Vertrauen des

Unternehmers zu schützen. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass das Parlament im Jahr 2001 durch die Änderung des Wasserwerkgesetzes die rechtliche Grundlage für den Übertragungsvertrag nach Art. 17 Abs. 3 geschaffen und damit die Rationalisierung der Wasserversorgungsindustrie und die Erhöhung ihrer Konkurrenzfähigkeit als grundsätzliche Richtlinie der staatlichen Wasserversorgungsindustrie gesetzt hat. Dementsprechend hat der Unternehmer bislang bereits mit 41 Gemeinden die Vollziehungs- oder Grundverträge abgeschlossen, die Wasserversorgung übernommen und dafür schon erhebliche Investitionen in Höhe von über 20 Milliarden Won etwa 16,6 Millionen Euro vorgenommen.

Auch darf man nicht übersehen, dass das koreanische Selbstverwaltungsministerium für die sichere Durchführung der Unternehmung – aufgrund von Art. 78 Abs. 3 des Gesetzes über öffentliches Unternehmen der Gemeinde – „die Richtlinie zu den Übertragungserträgen der kleinen Wasserwerke“ (24.9.2004), trotz der Form der Verwaltungsvorschrift, gesetzt hat und sie seitdem als Grundlinie der Übertragungsunternehmung verwendet. Unter diesen Umständen steht außer Frage, dass die öffentlichen Interessen wie „Transparenz des Vertragsverfahrens oder Erhöhung der Kundenzufriedenheit“, welche das Umweltministerium für die Rechtfertigung der wesentlichen Änderung von bestehender Unternehmungsmethode und bestehendem Übertragungsprozess und damit für ihre Rückanknüpfung an sämtliche bereits vorhandenen Unternehmungen nach dem neuen Wasserwerkgesetz präsentiert hat, keineswegs die Rechtssicherheit hinsichtlich der bereits zwischen dem Unternehmer und den Gemeinden abgeschlossenen Grund- sowie Vollziehungsverträge und die bereits beanspruchten erheblichen Kosten überwiegen können.

Art. 2 Übergangsregelung des neuen Wasserwerkgesetzes gilt denn auch zwar als Gesetzgebung mit unechter Rückwirkung, aber ist als verfassungswidrig anzusehen, denn der besondere Rechtfertigungsgrund dafür besteht darin, die Rechtssicherheit von Unternehmern und Gemeinden zu schützen, wenn man die Tatsache bedenkt, dass diese Unternehmung durch die staatliche Politik gelenkt wurde und dafür erhebliche Investitionen erfolgt sind.

Das koreanische Verfassungsgericht hat in dieser Entscheidung Folgendes angemerkt: „Max Weber hat bereits darauf hingewiesen, dass der Entwicklung des Kapitalismus in westlichen Ländern vor allem die formelle Rationalität und Voraussehbarkeit des Rechts zugrunde lagen. Bedenkt man die Realität, dass Bürger, insbesondere Unternehmer, ausschließlich die Geschäfte führen, kann das Recht dann nicht als Grundlage für die gesunde wirtschaftliche Entwicklung fungieren, wenn das geltende Recht jederzeit mit nachteiligen Folgen geändert werden dürfte“. Nichts anderes kann für das neue Wasserwerkgesetz und den Entwurf des Umweltministeriums zur Wasserversorgungsverordnung gelten.

Auch bezüglich der fraglichen Übergangsregelung hat das koreanische Verfassungsgericht Folgendes klargestellt: „Obwohl der Gesetzgeber für den Schutz des auf dem alten Gesetz beruhenden Vertrauens des Bürgers zumindest eine gewisse Übergangsfrist hätte bestimmen müssen, hat er solche Maßnahme nicht ergriffen und insofern wurde das Vertrauen des Beschwerdeführers dadurch erheblich verletzt“. Obwohl die eigentliche



Bedeutung von Art. 2 Übergangsregelung des Wasserwerkgesetzes darin bestehen müsste, die seit dem Grundvertragsabschluss laufende Unternehmung zu schützen, hat der Gesetzgeber den eigentlichen Sinn der Übergangsregelung auf den Kopf gestellt, dass er im Gegenteil den bestehenden Rechtszustand für nichtig erklärt und damit die Rückwirkung erzwingt.

## 2. Das Problem des sog. „gelenkten Vertrauens“ und der Übergangsregelung

Das Verfassungsgericht hat im Jahr 2002 in seiner Entscheidung bezüglich der Verfassungsmäßigkeit von Art. 71 Abs. 1 des Gesetzes über militärische Dienstleistung (28.11. 2002) das neue Vertrauensprinzip, das sog. gelenkte Vertrauen, ausgesprochen. Demzufolge hängt die Schutzwürdigkeit des individuellen Vertrauensinteresses davon ab, ob die individuelle Orientierung an dem gegebenen Gesetz auf dem Vertrauen beruht, das gerade durch den Staat in eine bestimmte Richtung gelenkt wurde, oder ob sie als bloße Nutzung der vom Gesetz gegebenen Möglichkeit prinzipiell dem individuellen Risiko zugehört. Ist die individuelle Orientierung an dem Gesetz – über die Nutzung der von dem Gesetz gegebenen Möglichkeit als Nebenwirkung hinaus – die durch den Staat in eine bestimmte Richtung gelenkte Handlung, dann ist das besonders schutzwürdige Vertrauensinteresse anzuerkennen und damit kann der individuelle Vertrauensschutz im Prinzip gegenüber dem staatlichen Interesse an der Gesetzesänderung Vorrang genießen.

Entscheidend ist dann, ob die individuelle Orientierung an der Regelung über den Übertragungsvertrag der Wasserversorgung, die durch das neue Wasserwerkgesetz von 2001 eingeführt wurde, um durch die Kooperation von der durch die Verordnung festgelegten, professionellen Institution und den Gemeinden die Wasserversorgungsindustrie zu rationalisieren und vor der Öffnung des Wasserversorgungsmarktes ihre Konkurrenzfähigkeit zu erhöhen, überhaupt als bloße Nutzung der durch diese Regelung gegebenen Möglichkeit grundsätzlich dem individuellen Risiko zugehört oder ob der Staat dadurch auf eine gewisse Richtung der Politik hinsichtlich der langfristigen Sicherung der Wasserversorgungsindustrie hinweisen wollte und damit den Unternehmer sowie die Gemeinde in diese Richtung geleitet hat.

Die Tatsache, dass der Unternehmer nach der Regelung über den Übertragungsvertrag der Wasserversorgung bereits mit den 41 Gemeinden die Vollziehungs- oder Grundverträge abgeschlossen und durch große Investitionen die Unternehmung durchgeführt hat, kann nicht bloß zu dem individuellen Risikobereich, dem „individuellen Risikobereich, in dem das Individuum ‚bloß zufällig‘ die von dem Gesetz gegebene Möglichkeit genutzt hat“, gehören und insofern kann man nicht bestreiten, dass dies doch noch „zwingend den rechtspolitischen Charakter aufweist“. Deshalb beruht die Unternehmung, die der Unternehmer zur Zeit nach dem Grundvertragsabschluss durchführt, auf dem durch den Staat gelenkten Vertrauen und insofern, wie das koreanische Verfassungsgericht ausgesprochen hat, ist das besonders schutzwürdige Vertrauen anzuerkennen und der individuelle Vertrauensschutz geht mithin grundsätzlich dem staatlichen

Interesse an der Gesetzesänderung vor. Art. 2 Übergangsregelung des neuen Wasserwerkgesetzes und der entsprechende Entwurf der Wasserversorgungsverordnung könnten infolgedessen im Hinblick auf das Vertrauensschutzprinzip, das sich unmittelbar aus dem Rechtsstaatprinzip ableiten lässt, die individuelle Rechtssicherheit berühren und damit als verfassungswidrig gehalten werden. In diesem Fall müsste die Regel sein, dass der Gesetzgeber eine Übergangsregelung festlegt, um damit das durch rückwirkende Gesetzgebung verwirklichte öffentliche Interesse einerseits und die dadurch hervorgerufene Verletzung des Vertrauens und der Rechtssicherheit des Unternehmers andererseits rational auszubalancieren.

Das koreanische Verfassungsgericht weist dabei auf zwei Möglichkeiten zur Bestimmung der Übergangsregel hin, deren Zweck gemeinhin ausschließlich darin liegt, den durch die Gesetzesänderung herbeizuführenden, unerwarteten Schaden zu verhindern: Eine Möglichkeit besteht demzufolge darin, dass auf diejenigen Betroffenen, auf die sich das alte Gesetz bezogen hat, nicht das neue, sondern stattdessen noch das alte Gesetz Anwendung findet. Die andere Möglichkeit besteht darin, die Anpassungsfrist festzulegen. In Art. 2 Übergangsregelung des Wasserwerkgesetzes und dem Entwurf des Umweltministeriums zur Wasserversorgungsverordnung jedoch ist Rücksichtnahme weder auf den Anwendungsvorbehalt für die bereits begonnene Unternehmung noch auf die Anpassungsfrist zur Risikodämpfung zu finden. Da die in Frage stehende Übergangsregelung nicht einmal „Risikodämpfung“ oder „die Verhinderungswirkung des unerwarteten Schadens“ berücksichtigt, die eine Übergangsregelung eigentlich hätte beinhalten müssen, und stattdessen nur „die unbedingte Anwendung der Rückwirkung“ zum Inhalt hat, berührt diese Übergangsregelung also unmittelbar das Vertrauensprinzip und ist damit verfassungswidrig.

#### IV. Schluss

Angesichts der neuen Weltwirtschafts- und Handelsordnung mit Globalisierung und Marktöffnung kann auch der Markt der Wasserversorgung als eine der wichtigsten öffentlichen Dienstleistungen in Korea einem Umbruch nicht ausweichen. Die koreanische Regierung hat sich durch die Änderung des Wasserwerkgesetzes von 2001 in erster Linie mit der Zielsetzung der Erhöhung der Konkurrenzfähigkeit des öffentlichen Sektors, etwa der Wasserversorgungsunternehmen, auf die kommende Änderung des Wasserversorgungsmarkts vorbereitet und damit die Aktivierung des Übertragungsvertragsabschlusses zwischen Gemeinden als früheren Wasserversorgungsunternehmen und Fachunternehmen veranlasst. Unternehmer, welche zum großen Teil öffentliche Unternehmen sind, sehen den Übertragungsvertrag auf dem Wasserversorgungsmarkt als die beste Chance für die Rationalisierung der Geschäftsführung der öffentlichen Unternehmen und für die Gewinnerzielung an und haben beim Abschluss von Grund- und Vollziehungsverträgen über die Wasserversorgung mit Gemeinden große Summen investiert

Diese politische Richtlinie muss jedoch schon innerhalb der nächsten 4 oder 5 Jahre eben durch die Änderung des Wasserwerkgesetzes und durch die von dem Umweltministerium vorzunehmende Änderung der Wasser-

versorgungsverordnung jedenfalls mit grundsätzlichen Änderungen rechnen, aber diese Änderung hätte zur Folge, dass durch rückwirkende Gesetzgebung dem Vertrauen auf die Vorausssehbarkeit, etwa im Hinblick auf das bereits investierte Vermögen und den Unternehmensgewinn, entgegengewirkt wird. Zu beachten ist vor allem, dass das koreanische Verfassungsgericht zuletzt die Notwendigkeit des Schutzes des „durch staatliche Politik gelenkten Vertrauens“ betont und darauf hingewiesen hat, dass auch die Gesetzgebung mit unechter Rückwirkung dann das auf dem verfassungsrechtlichen Rechtsstaatprinzip beruhende Vertrauensschutzprinzip berühre und damit verfassungswidrig sei, wenn ein besonderer Grund für den Schutz der Rechtssicherheit des Unternehmers bestehe. Solche rückwirkende Gesetzgebung könnte weitergehend die Reform des öffentlichen Sektors durch Globalisierung und Marktöffnung verhindern und widerspräche sämtlichen Grundlinien der Wirtschaftspolitik der koreanischen Regierung, weshalb eine solche Gesetzgebung grundsätzlich neu überdacht werden muss.

**Kontaktadresse:**

Prof. Dr. Sung-Soo Kim  
College of Law, Hanyang University  
17 Haengdang-dong, Seongdong-gu  
Korea 133-791 Seoul  
eMail: [neckar@hanyang.ac.kr](mailto:neckar@hanyang.ac.kr)



---

# Terrorism Prevention and the Right of Preemptive Self-Defense

Associate Professor Dr. Jaemin Lee<sup>1</sup>, Seoul

## I. Introduction: Right of Preemptive Self-Defense in the Era of Surging Terrorism

The concept of right of self-defense has long been recognized under international law. Its legitimacy and necessity have been rarely challenged and universally accepted by states. The actual application of the concept to a specific situation, however, almost always have led to fierce confrontation among interested parties regarding whether a particular international situation indeed warrants exercise of right of self-defense. This is mainly caused by a fact-specific nature of the right of self-defense. When a "prospective element" is added to this already laden and fiercely debated concept, and thus when the debates become whether an uncertain future event may authorize the exercise of the right of self-defense, the issue invites further complication.

This is what is going on with respect to the concept of so-called preemptive self-defense. The preemptive self-defense (or anticipatory self-defense) is generally understood to be an expansion of the traditional right of self defense. The issue of preemptive self-defense first appeared in 1967, when Israel initiated military operation against Egypt based on intelligence that its Arab neighbors were planning to attack the Jewish state. Israel resorted to preemptive self-defense again in 1981 by raiding and destroying a nuclear power facility in Iraq, also based on the information that Iraq was engaged in the development of nuclear weapon that could be used against it. Given that the 1981 raid was not triggered by the information of imminent attack as shown in 1967, the aerial raid caused more debates on the issue of preemptive self-defense and its scope.

Similar logic was also adopted by U.S. President George Bush when he was contemplating an invasion of Iraq in 2003.<sup>2</sup> On March 20, 2003, the Bush administration initiated a hostile activity against Iraq by asserting Iraq's possession of Weapons of Mass Destruction ("WMD") and its future

---

<sup>1</sup> Associate Professor of Law, Hanyang University, Seoul, Korea (Ph.D (Seoul National University), Juris Doctor (Boston College Law School), LL.M. (Georgetown University Law Center)). This paper was presented at the Trilateral Conference held in Konstanz University, Germany on June 21, 2006.

<sup>2</sup> See Richard Falk, *The New Bush Doctrine*, *The Nation* (July 15, 2002 issue). For instance, the Bush administration unveiled a sweeping new national security strategy yesterday, declaring that the United States is prepared to launch preemptive strikes against terrorists and nations that threaten America with weapons of mass destruction. See Tom Bowman, *Bush Details Preemptive Strike Policy*. *Chicago Tribune* (Sept. 22, 2002).

threat to the security of the United States. By declaring the adoption of preemptive self-defense, the Bush administration tried to keep the U.N. Security Council at bay, and resorted to unilateral military operation against Iraq.<sup>3</sup> Basically, the United States argued that the invasion was critical to protect its people and interest both at home and abroad, before an actual wave of attack reaches the U.S. borders, which is now known as the "Bush Doctrine."<sup>4</sup> This doctrine or its equivalent is still maintained by the United States.<sup>5</sup> The U.S. action in Iraq and the underlying doctrine in the post-September 11 era have triggered more debates in the international community on the issue of right of preemptive self-defense. Despite the importance of building international consensus on this issue, unfortunately there does not seem to be a reliable guideline for states on this issue.<sup>6</sup>

Worse yet, the current issue of preemptive self-defense has gotten further complicated; the preemptive self-defense is now being discussed in the context of terrorism prevention, which invites another volatile and political debates among various countries. It is needless to say that the international community must come up with a cooperation network to cope with the surging international terrorism, and that individual states' right to protect themselves from terrorism must be permitted within the ambit of international law. Due to the unique characteristics of threats posed by terrorism and the lack of legal coherence in defining and identifying terrorism, preemptive self-defense in the context of terrorism prevention apparently implicates more elements to consider and requires a new approach. It is well known that various international organizations, including the United Nations, are mobilizing collective efforts to deal with the surge of interna-

---

<sup>3</sup> To circumvent the intervention of the U.N. Security Council, a state needs to refer to the right of self-defense provided in Article 51 of the U.N. Charter. See Article 51 of the U.N. Charter

<sup>4</sup> See *Article 51 and the Argument for the Pre-emptive Self-defense*, <http://www.worldpress.org/specials/iraq/>

<sup>5</sup> For instance, despite growing concern and anti-war sentiment within the United States, President Bush on March 16, 2006 reaffirmed his first-strike policy against terrorists and rogue nations. In the National Security Strategy of the United States of America, a report prepared and published by the White House regarding the current status of war against terrorism, President Bush made clear that the policy of preemptive strike is a key element in the U.S.'s right of self-defense. He stated that:

To forestall or prevent such hostile acts by our adversaries, the United States will, if necessary, act preemptively in exercising our inherent right of self-defense. The United States will not resort to force in all cases to preempt emerging threats. Our preference is that nonmilitary actions succeed. And no country should ever use preemption as a pretext for aggression.

White House, *National Security Strategy of the United States of America* (March 16, 2006), at 18. See also Bill Nichols and Barbara Slavin, *New Security Strategy Reaffirms Bush's Preemptive Strike Policy*, USA TODAY (Mar. 16, 2006). In this regard, one commentator states that President Bush was the first U.S. President to explicitly support the doctrine of preemptive self defense as a rationale for going to war. See Matthew Klapper, *The Bush Doctrine and North Korea*, 8 Gonz. J. Int'l L. (2004-05).

<sup>6</sup> Still, it appears that the scholars are sharply divided over the legitimacy of the preemptive self-defense. See, e.g., Mary Ellen O'Connell, *The Myth of Preemptive Self-Defense*, paper published by the American Society of International Law Task Force on Terrorism (August 2002), at 2-3.

tional terrorism.<sup>7</sup> Nonetheless, it is also incumbent upon the international jurists to contemplate relevant legal issues, coupled with unique characteristics, arising from preemptive self-defense in the course of terrorism prevention.

This effort would be important in two respects. First, incidents of preemptive self-defense by individual states are expected to increase under the current pace of international terrorism. So, this issue would be posed repeatedly in the near future. Second, since the issue being addressed here involves one of the most extreme forms of conflict in the international society - namely, armed conflict among states and entities -, absence or lack of jurisprudence would plant a seed for continuing escalation of international disputes in the future. With these issues in mind, this paper attempts to briefly examine relevant issues of preemptive self-defense in the context of terrorism prevention.

## II. The Framework under U.N. Charter

International law usually divides situations surrounding a war into three categories: *jus ad bellum* (addressing the right to use force), *jus in bello* (addressing how to use force during the conflict), and *jus post bellum* (addressing cessation and postludes to war).<sup>8</sup> Among these, self-defense is related to the first category, where the core issue is whether a war is legitimate or just. With the danger of over-simplification, an argument could be made that a state's military operation adopted for the purpose of coping with terrorist attacks to protect people and interest falls under one of the situations of a legitimate or just war.<sup>9</sup> Therefore, one could further argue that any state that supports or sponsors terrorism would constitute a part of the threat and thus a legitimate target of self-defense. Even if this general characterization is appropriate, the actual application in a particular context is far from simple.

### 1. Right of Self-Defense under Customary International Law

The *Caroline* case provides a classic guideline for the right of self-defense under international law. This case arose from a dispute between the United States and Great Britain over an 1837 incident, where British forces, claiming self-defense, seized an American steamboat transporting supplies to a Canadian rebel group, and destroyed it. The self-defense jurisprudence established from this case is that exercise of self-defense is limited to instances in which the "necessity of self-defense is instant, overwhelming, and leaving no choice of means, and no moment for deliberation."<sup>10</sup> In other

---

<sup>7</sup> For example, following the increased Security Council management of the United Nations' anti-terrorism strategy after September 11, the General Assembly continued to adopt resolutions calling on states to eliminate international terrorism. See G.A. Res. 56/88, para. 16, U.N. Doc. A/RES/56/88 (Jan. 24, 2002).

<sup>8</sup> See Notes, *War, Schemas, and Legislation: Analyzing the National Discourse About War*, 119 *Harvard Law Review*, 2099, 2105.

<sup>9</sup> See *id.*, at 2116.

<sup>10</sup> See R. Y. Jennings, *The Caroline and McLeod Cases*, *American Journal of International Law* 32 (1938), p. 82; Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice* 150-52 (2d ed. 1991).

words, any use of force in self-defense must respect the principles of necessity and proportionality; necessity restricts the use of military force to the attainment of legitimate military objectives,<sup>11</sup> and the proportionality requires the countermeasure adopted to be proportional to the threat posed.

This jurisprudence had been further developed and widely accepted as a guideline in examining a dispute over self-defense. One could argue that the Caroline formula has established itself as customary international law. The Caroline formula is also believed to fit the letter and spirit of the U.N. Charter, where the right of self-defense is provided.<sup>12</sup> Thus, when the issue of self-defense is discussed, an analysis based on the Caroline formula is always required.

## 2. U.N. Charter

The U.N. Charter imposes a strict rule against the use of force by states. As the International Court of Justice ("ICJ") in *Nicaragua v. United States* articulated, the U.N. Charter is based on the fundamental principle outlawing the use of force in international relations.<sup>13</sup> As such, Articles 2(4) and 51 of the U.N. Charter were introduced to prohibit the use of military force except when necessary to repel an "armed attack." Although the use of military force conducted with the authorization of the Security Council under Chapter VII of the U.N. Charter also constitutes an exception, as far as a state's unilateral decision and action for military operations is concerned, Articles 2(4) and 51 are the two relevant provisions in the U.N. Charter.

To begin with, Article 2(4), as one of the principles of the U.N. Charter, provides that:

4. All Members shall refrain in their international relations from the *threat or use of force* against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations. (emphasis added)

Although Article 2(4) does not contain an exception in the provision itself, a critical exception is provided in Article 51 of the U.N. Charter, which provides that:

Nothing in the present Charter shall impair the *inherent right of individual or collective self-defense* if an *armed attack* occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of the right of self-defense shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary to maintain or restore international peace and security. (emphasis added)

---

<sup>11</sup> Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, 1996 I.C.J. 226, para. 41.

<sup>12</sup> See, e.g., Mary Ellen O'Connell, *supra* note 6, at 9.

<sup>13</sup> See *Military and Paramilitary Activities (Nicaragua v. U.S.)*, 1986 I.C.J. 14 (June 27, 1986).



So, Article 51 basically reaffirms that if a nation is attacked, it may use force to defend itself, as it could do under customary international law. Through the wording of "inherent right," the provision also makes clear that this right is not something newly created by the U.N. Charter, but that the Charter simply recognizes an already existing right of individual states. Here again, one could confirm that the relevant customary international law principles developed from the *Caroline* case still play an important role in disputes about the right of self-defense. In any event, Article 51 is the key provision that should be referred to whenever there is a dispute over the legitimacy of exercising the right of self-defense. As it currently stands, although this provision stipulates procedural issues in the course of exercising self-defense, it does not offer a specific guideline to determine in what situation the right of self-defense could be legitimately exercised. Examination and determination on legitimacy or legality in specific instances are reserved for discretion of respective individual states, as the holder of "inherent rights." Such being the case, this issue is by nature prone to a dispute among interested parties. Given the enormity of interests and danger at stake, any dispute in this area may well develop into a severe international conflict.

Indeed, there is a wording in the Article that has specific relevance to the preemptive self-defense. The Article permits exercise of right of self-defense "if an armed attack occurs." This language, when literally read, apparently restricts preemptive self-defense, because it seems to allow self-defense only if an armed attack actually occurs. The drafters could have easily provided that "if an armed attack occurs or is likely to occur," or any similar language to that effect. So, one could refer to this language as a ground that the U.N. Charter does not allow preemptive self-defense. General rules of treaty interpretation as set forth in 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties dictate that treaty interpretation begins with an "ordinary meaning" to the treaty terms used.<sup>14</sup> The ordinary meaning of the Article thus appears to impose interpretation that the U.N. Charter basically disproves the preemptive self-defense.

This view also seems to be supported by the ICJ in the *Nicaragua* case, where it determined that the right of individual or collective self-defense is triggered only by acts tantamount to an armed attack.<sup>15</sup> Relying in part on the UN General Assembly's definition of aggression, the Court in that case concluded that an "armed attack" triggering unilateral self-defense may include "the sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to' ...an actual armed attack conducted by regular forces...."<sup>16</sup> Therefore, from this language, one could argue that both the ordinary meaning of the words "if an armed attack

---

<sup>14</sup> Article 31 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties provides as follows:  
General rule of interpretation

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

<sup>15</sup> See *Nicaragua* case, at paras. 194-95, 211.

<sup>16</sup> *Id.*, at paras. 194-95.

occurs" and the jurisprudence of the ICJ basically negates the concept of the right of preemptive self-defense.

This view, however, is not necessarily accurate. First of all, provisions in the U.N. Charter should be interpreted in a way that achieves the principles of the U.N. and underlying spirit of the provision at issue. The principles of the U.N. as provided in Article 2 and spirit of Article 51 make clear that "although aggressive war is now generally prohibited, states still may resort to the right of self-defense." Once this basic theme is confirmed, existence or absence of a particular word should not be regarded as a ground to undermine the theme. It should be noted that the U.N. Charter only provides a framework for the code of conduct of states rather than detailed instruction for all the imaginable situations. If the Charter is indeed designed to be a detailed instruction, then we would have to be bound by the provisions "to the letter." But this is not the case and sometimes the U.N. must fill the holes of the Charter, adequately reflecting the ever-changing nature of the international community.<sup>17</sup> Likewise, the concept of the right of self-defense cannot be insulated from the changing reality of modern warfare, where a first strike, if unchecked, could be a decisive factor. In short, a counter-argument could be made in favor of preemptive self-defense by stressing that; (i) the "context" of the provision generally recognizing the right of self-defense should also apply to other variations of self-defense including a preemptive one, commensurate with the changing environment of modern warfare and that (ii) the "object and purpose" of the U.N. Charter are not to disregard the sovereignty of member states to preserve its territorial integrity and legitimate interests through the right of self-defense, unless specifically delegated to the U.N.<sup>18</sup>

Secondly, the language of the Nicaragua case does not necessarily negate the concept of preemptive self-defense. The holding of the ICJ in that case does not necessarily restrict exercise of the right of self-defense to occurrence of an actual armed attack. Rather, the Court refers to a situation where acts of armed forces are grave enough to *amount to* an armed attack.<sup>19</sup> "Amounting to" something connotes that the something has not happened yet. So, the holding of the case could be more properly understood as stipulating that preemptive self-defense should be strictly interpreted as opposed to rejecting the concept categorically.

All in all, therefore, it seems more plausible that preemptive self-defense could be recognized under the current U.N. Charter as long as the prerequisite conditions for the right of self-defense as mentioned in the *Caroline* case are sufficiently met. For instance, as one scholar put it, preemptive self-defense could be exercised "where there is convincing evidence not merely of threats and potential danger but of an attack (or preparation for an attack) being actually initiated, though it has not passed the fron-

---

<sup>17</sup> See *Certain Expenses Case*, at para. 220.

<sup>18</sup> For instance, While Articles 1 and 2 of the U.N. Charter provide purposes and principles of the U.N., they do not include a reference to the effect that U.N. Charter restricts individual state's inherent right unless and until explicitly provided in the Charter.

<sup>19</sup> *Nicaragua case*, at paras. 194-95.

tier.<sup>20</sup> So, under this standard, the Japanese fleets moving toward the Pearl Harbor may provide the ground for preemptive self-defense while the possession of weapons of mass destruction without more may not.<sup>21</sup>

Of course, in the context of preemptive self-defense, the exercising state would face more difficult task of fulfilling its burden of proof than ordinary self-defense, because the evidence and materials in preemptive context are only prospective in nature.<sup>22</sup> However, as long as the exercising state successfully fulfills its burden of proof based on the *Caroline* standard, there does not seem to be a particular ground to dismiss preemptive self-defense as illegal under international law.

### III. Problems under the Current Regime Concerning Terrorism Prevention and Preemptive Self-Defense

When does the right of self-defense legitimately start under international law? Does that limit self-defense to a situation where an enemy attack crosses a border or otherwise actually begins?<sup>23</sup> If one country can take a preemptive measure when an attack is imminent, how imminent should it be? It is never easy to answer these questions. Also, the answers to these questions may vary from situation to situation, given the fact-specific nature of the self-defense inquiry under international law.<sup>24</sup> In any event, however,

---

<sup>20</sup> C.H.M. Waldock, *The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law*, 81 HAGUE RECUEIL 451, 498 (emphasis added)

<sup>21</sup> See, e.g., Mary Ellen O'Connell, *supra* note 6, at 9, 11.

<sup>22</sup> One scholar mentioned that there are three ways that a state can abuse the right of preemptive self-defense.

First, the alleged attack may never have materialized. Second, under a broad construction of self-defense, states may invent anticipated attacks as a pretext. Third, the attacking state may be mistaken as to the other nation's intent. Dawn M. Gibson, *A Virtual Pandora's Box: Anticipatory Self-Defense in Cyberspace* (2004), available at <http://www.uiowa.edu/~cyberlaw/csl03/dgcs103.html>.

<sup>23</sup> See, for example, Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States* 275-80 (Oxford 1963).

<sup>24</sup> For instance, even if there is consensus that preemptive self-defense is permitted under international law, there are still sharp debates going on whether a particular situation indeed meet the threshold. William Bradford, Assistant Professor of Law, Indiana University School of Law, is of the view that the Iraqi invasion is justified as preemptive self-defense. He stated that:

There should be scant surprise that in practice presidents have acknowledged and embraced the 'great object and duty' with which natural law charged them to defend U.S. lives, liberty, and property through 'prompt and decided action.' Viewed in this light, the Bush Doctrine, notwithstanding its proclamation of the unilateral right to engage in preventive war, is revealed as nothing more than a renewed commitment to the natural law duty to defend which is at once wholly consistent with the letter and spirit of international law as well as with the object and purpose of the Framers of the U.S. Constitution.

*The Duty To Defend Them: A Natural Law Justification for the Bush Doctrine of Preventive War*, Notre Dame Law Review Volume 79 (2004). On the other hand, Duncan E. J. Currie, former legal counsel to Greenpeace, argues that the invasion cannot be justified under preemptive self-defense. He stated that:

"The guarantees of international peace and security and the determination to avoid the scourge of war put in place following World War II have been undermined and even imperiled by the use of military force under the doctrine of 'preventive war' and the

any rule that requires a country to wait for the first blow from another country before it legitimately exercises the right of self-defense does not appear to function in the modern world filled with WMD. So, in short, the concept of preemptive self-defense could be basically accepted as legitimate by the international community. Whether the exercise of preemptive self-defense in a particular context is justified, however, is a totally different question, which would require an in-depth inquiry into all the relevant circumstances of the case at issue to determine if elements of self-defense have been duly satisfied. As such, if terrorists are planning a series of attacks against a state in a terrorism campaign, the state may be permitted to respond militarily in order to prevent future attacks. The exercising state, however, must present specific evidence that sufficiently meets the Caroline standard.

Even if we accept that the concept of preemptive self-defense needs to be recognized as legitimate expansion of the inherent right of self-defense, the application of the concept to the terrorism prevention at issue here requires more careful consideration. That is because the underlying problems and uncertainties surrounding preemptive self-defense are further exacerbated in the terrorism prevention context due to the unique characteristics of international terrorism. Unique characteristics regarding preemptive self-defense and international terrorism could be briefly summarized as follows.

#### 1. Involvement of Non-State Actors

The rules of self-defense under the current U.N. Charter regime and customary international law have been developed with nation-states in mind, a situation where one country is attacked by another country. However, as the term "inherent" in Article 51 of the U.N. Charter connotes, self-defense should not necessarily be confined to the situation where the exercising state is being attacked by another state only. The right should be equally recognized vis-à-vis attacks from non-state actors, if any, provided that such attacks, in various respects, constitute similar threats to the exercising state as contemplated in Article 51 of the U.N. Charter. Otherwise, the notion of self-defense would become an empty shell, given the increasing role played by non-state entities in the current international community.

The September 11, 2001 attacks provide a vivid example. The incident demonstrated that nowadays non-state actors have emerged, and that they are able to wage armed conflict with a power that only nation-states once possessed.<sup>25</sup> As a matter of fact, given their fanatic determination and military hardware within their possession, these actors are, to some extent, even stronger than some conventional nation-states. Thus, there seems to

---

invasion of Iraq. It is critical that member States following the attack on Iraq re-acknowledge their commitment to avoiding war and to the principles and purposes of the United Nations Charter, in order that the role of the rule of law in avoiding future wars may prevail." 05/22/03

From the paper titled *Preventive War' and International Law After Iraq* (May 22, 2003).

<sup>25</sup> John C. Yoo, *Force Rules: U.N. Reform and Intervention*, 6 *Chicago Journal of International Law*, 641, 647.

be actually growing necessity to recognize the right of self-defense in this kind of situation.<sup>26</sup>

The emergence and involvement of non-state actors, however, make the right of self-defense in the context of terrorism prevention more complicated. First of all, since non-state terrorists are not confined to a traditional boundary of a state, it is sometimes murky as to which state or whose territory should be the target of the counter-measure arising from the right of self-defense, even if all elements of self-defense have been somehow met. Should the country where the mastermind resides be the target, should the country where the majority of military force is located be the target, or should any country that has relationship with the terrorist group become a fair game? Furthermore, the concept of preemptive strike adds another layer of complexity here. For instance, in this case, can the exercising state resort to a military force against a state which is simply expected to offer an operating place for the non-state actors? In addition, what about a state which is not aware of terrorists' current operation or a future plan of operation within its territory? Should it accept the exercising state's exercise of right of self-defense? Preemptive self-defense against terrorists brings all these complex questions.

The concept of preemptive self-defense itself is a fact-specific, complicated issue, as noted above. But the preemptive self-defense in the terrorism prevention context is all the more complex because of this amorphous nature of terrorist activities not confined to traditional boundaries of states, which are carried out by non-state actors. It would subject the already fluctuating concept of preemptive self-defense to more uncertain and arbitrary decisions by interested parties.

Furthermore, the increasing involvement of non-state actors in armed conflict is not simply confined to the terrorist groups. The same is also true with the party that purports to exercise the right of self-defense against the terrorist groups. Thus, one observer opined that:

Although many Americans still visualize the U.S. military as a monolithic force of uniformed personnel only, the reality is far different. Due to federally imposed personnel limitations for the armed forces and the need for specialized skills in the modern high-tech mili-

---

<sup>26</sup> For instance, with respect to Iraqi invasion Anne-Marie Slaughter, Dean of the Woodrow Wilson School of Public and International Affairs, Princeton University, mentions that the terrorism attack is different from the conventional warfare and indicates broader application of preemptive self-defense may be justified. She stated that:

The reason you now need to talk about preventive war rather than preemptive war is because we are facing the kinds of threats where you're not going to be able to know when the threat is imminent. Preemptive war, the classic example is the Israeli war in 1967. The armies are amassing on the borders. You know they're about to strike and you strike first. That's preemptive war. That's--the threat is imminent. Now...

Now the question is precisely that -- take what happened 9/11 or take you think that some country is about to get nuclear weapons and they are funding terrorists and they are -- so imagine the Taliban was about to go nuclear. Well at that point, you know that if you wait till the threat is imminent, it's too late. By then, you're not going to -- if they've got a nuclear weapon, you're not going to wait around wondering when they're going to use it. So you have to strike beforehand."

Presentation at Hoover Institute discussion of preemption titled "The Best Defense," (May 26, 2005).

tary, hundreds of activities once performed by the military are now privatized and outsourced to thousands of civilian contractors.<sup>27</sup>

The increasing tendency of "privatization" and "outsourcing" on the part of the state allegedly exercising the right of self-defense adds another twist to the situation. The entities that exercise the right of self-defense are sometimes not conventional armed forces, but "contractors" from private companies or from other countries. In short, sometimes it becomes non-state actors versus non-state actors in an alleged self-defense conflict. When non-state actors are utilized in the exercise of preemptive self-defense, the degree of intrusiveness on the part of the country that has become the target of preemptive strike due to the presence of terrorist operation would be higher than it otherwise would be. That would be particularly the case if non-state actors from both sides are engaged in military conflicts within the territory of the country which is not necessarily responsible for the terrorist activity in its territory.

Therefore, the situation would be even murkier when preemptive self-defense is applied in the context of terrorism prevention, because it is basically an exercise of the right of self-defense against a non-state entity without a clear border or sphere. The terrorists belonging to a particular group could be ubiquitous, but it would not be easy to single out a state or a place within a state as a target of self-defense.

## 2. Minimum Threshold Requirement

In addition, one thing to note in this respect is that an attack initiated or feared to be initiated by non-state actors should meet a certain minimum threshold, both in terms of quantity and quality of the aggression or threat of aggression thus posed. This threshold is about the quantity and quality of the attack and attackers themselves, so it is different from the Caroline standard, which focuses on the perception on the side of the state being attacked. For instance, a terrorist attack that gives rise to the exercise of the right of self-defense should be something systematic and organized, which is being planned and orchestrated by a leader or mastermind and which is being directed to another state or a group of states where the exercising state belongs. It would be impossible to come up with exact quantification for this threshold, but it is necessary to recognize that there has got to be some dividing line between the two situations of international terrorism; a situation which belongs to law enforcement authority of a state, and a situation which triggers the issue of self-defense due to the intensity and enormity of the terrorist attack.

Without this notion of minimum threshold, any terrorist activity with sizable enormity could arguably offer a ground for the exercise of right of self-defense, whether preemptive or present. This, however, does not seem to lead to a reasonable conclusion: a terrorist activity may certainly constitute a crime to be punished, either under domestic law or international law

---

<sup>27</sup> Jeffrey F. Addicott, *Contractors on the "Battlefield": Providing Adequate Protection, Anti-Terrorism Training and Personnel Recovery for Civilian Contractors Accompanying the Military in Combat and Contingency Operations*, 28 *Houston Journal of International Law*, 323, 325.

as the case may be, but that does not necessarily provide a sufficient ground for exercising the right of self-defense. In other words, with regard to international terrorism, domestic or international criminal proceedings and the issue of self-defense should be distinguished from each other. A situation which warrants a necessary law enforcement response does not guarantee that it also permits exercise of self-defense.

Article 51 of the U.N. Charter could also be reviewed from this perspective. As noted above, as a precondition for the exercise of right of self-defense, Article 51 imposes a requirement that "if an armed attack occurs." The word "armed attack" here should be understood to mean a systematic attack against another country planned and orchestrated by a leader, thereby excluding sporadic incidents of international terrorism. Thus, one could argue that Article 51 also generally supports for the proposition that an inquiry into the minimum threshold needs to be conducted when one addresses the issue of self-defense against international terrorists.

Preemptive self-defense against international terrorism, however, seems more likely to blur the dividing line between the law enforcement aspect and the self-defense aspect. The speculative nature of preemptive self-defense against terrorism mixes up the results of the investigation into a terrorist activity and a resulting state-wide response to the terrorist activity thus identified. The inevitable tendency is that a military action, even if framed as preemptive self-defense, is actually contemplated as retaliation as a result of the criminal investigation. Thus, with regard to preemptive self-defense in terrorism prevention context, a more thorough inquiry into the minimum threshold needs to be conducted by the exercising state or a reviewing entity.

### 3. Transnational Nature

Furthermore, these non-state actors do not operate within the boundary of one state. Instead, most of the time, the current terrorist groups pursue their activities on a global basis. As shown in the *Al-Qaeda* example, these new terrorist groups are scattered in multiple countries and operate across borders. It is sometimes meaningless to stage an armed attack, in the course of a preemptive self-defense, against one state since the terrorists in the state can be easily relocated to another country. If so, a preemptive strike could simply result in a failed attempt, if the terrorists are easily transferred to a third country, or a chain reaction of strikes against multiple states, if the exercising states continue to exercise the right of self-defense tracking down the terrorists' trail. The latter situation would further undermine the stability of the international community by ruining the relationship among the related states.

Such being the case, it is incumbent that collective efforts are made in addressing the threats from the international terrorists. A unilateral action, be it law enforcement or self-defense, would be rarely effective as far as the international terrorism is concerned. An inquiry into a preemptive strike in the context of international terrorism would render meaningless if it only focuses on the right of self-defense of an individual state. A more appropriate inquiry would be whether such individual self-defense exercise is effective in addressing the problem posed. If it is clear that the exercise

of preemptive self-defense will not be effective in dealing with the claimed problem, then it is more likely that such preemptive self-defense would be found illegitimate. It should be noted that individual exercise of preemptive self-defense against international terrorist groups would turn out to be a stop-gap measure, and that an effective preemption could only be achieved through mobilization of collective efforts.

#### 4. Absence of Definition

More fundamentally, the international society has yet to come up with a legal definition for "terrorism."<sup>28</sup> There does not exist a reliable definition for terrorism under international law yet. For example, some states, such as the Russian Federation and the People's Republic of China, think that every act of violence carried out by irregular fighters against the state must be called "terrorism." Other states, on the other hand, consider every act of violence against civilians or non-combatants a terrorist act, even if it is carried out by a state or by an official institution.<sup>29</sup>

Under these circumstances, the issue of preemptive self-defense in the context of terrorism prevention inevitably becomes complex; both of the key terms here, that is, "terrorism" and "preemptive self-defense," lack clear definition. As such, the combination of both would certainly lead to wide difference in opinions and positions of various states. It is almost inevitable, therefore, that an international dispute arises when preemptive self-defense is initiated in response to international terrorism.

#### IV. Suggestion for Future Reform

To address these problems, following recommendations could be considered in addressing the issue of preemptive self-defense and terrorism prevention. This is not to negate or modify the Caroline standard, but to further fine-tune the preemptive self-defense in the context of terrorism prevention. As an overview, any new rule to be adopted in this field needs to be tailored as precisely as possible to achieve the purpose; which is balancing the necessity for a state to resort to the use of force to maintain its territorial integrity and the danger flowing from possibilities for pretextual uses of force.<sup>30</sup> In other words, any new rule to be adopted here should be neither under-inclusive nor over-inclusive.

---

Ninian Stephen, *Toward a Definition of Terrorism, in Terrorism and Justice: Moral Argument in a Threatened World 1* (C.A.J. Coady & Michael P. O'Keefe eds., 2002). In fact, The General Assembly's most significant resolution to date, the Declaration on Measures to Eliminate International Terrorism of 1994 (Elimination Declaration), states that: 2. Acts, methods and practices of terrorism constitute a grave violation of the purposes and principles of the United Nations, which may pose a threat to international peace and security, jeopardize friendly relations among States, hinder international cooperation and aim at the destruction of human rights, fundamental freedoms and the democratic bases of society; G.A. Res. 49/60, U.N. Doc. A/RES/49/60 (Dec. 9, 1994).

<sup>29</sup> Cyrille Begorre-Bret, *The Definition of Terrorism and the Challenge of Relativism* (from Symposium Terrorism, Globalization and the Rule of Law), 27 *Cardozo Law Review*, 1987, 1989.

<sup>30</sup> John C. Yoo, *Force Rules: U.N. Reform and Intervention*, 6 *Chicago Journal of International Law*, 641, 659.



## 1. Distinguishing Criminal Procedures and Right of Self-Defense

First of all, the issue of preemptive self-defense in the context of terrorism prevention should be distinguished from the issue of addressing increasing international terrorism from the law enforcement perspective. Although they are certainly related, they should not be mingled together. It goes without saying that the surge of international terrorism in various places requires effective counter-measures by relevant states. It is also true that without such measures the international community would be put in jeopardy. This line of argument, however, is more directly related to the law enforcement perspective of terrorism prevention as opposed to preemptive self-defense. Rather, preemptive self-defense should be able to be justified on its own accord in accordance with elements required for the legitimate exercise of self-defense under international law.

Future discussion on preemptive self-defense with respect to terrorism prevention, therefore, should be conducted with this distinction in mind. Any attempt to justify, or loosen the rule on, preemptive self-defense based only on the necessity to cope with the surge of terrorism, therefore, must fail. This rationale may provide sufficient grounds for why individual or collective law enforcement efforts are in order for the purpose of suppressing international terrorism, but they hardly provide a sufficient legal basis for the right of preemptive self-defense. Efforts to distinguish preemptive self-defense from criminal investigation could help the international community develop more workable standard in this area.

## 2. Consideration of Mitigating Factors

In evaluating the legitimacy of preemptive self-defense in a specific instance, it is necessary to take into consideration any mitigating factors, if any. This is so, because preemptive self-defense is prospective in nature, and because it is more prone to reasonable interpretation of the situation at hand by the exercising state. For instance, in examining the legitimacy of preemptive self-defense against international terrorism, one of the elements to be considered would be whether the state within which the terrorists operate is somehow responsible for their activity. If the state directly supports the terrorist activity, it would be an easy question. But, if the state is unable or unwilling to cope with the terrorists within its boundary, then the situation is a little murkier. In any event, at least such inability or unwillingness on the part of the terrorist-operating state could be considered as a mitigating factor in determining legitimacy of preemptive self-defense against terrorism.

As a matter of fact, the UN International Law Commission has acknowledged the important role of such mitigating circumstances within its influential 2001 Articles on State Responsibility. For instance, when determining whether reparation for a wrongful act is required, the Articles suggest that account shall be taken of any contributory willful or negligent action or omission on the part of the injured party.<sup>31</sup> Although the specific

---

<sup>31</sup> See *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-third Session, Article 39; available at [www.un.org/law/ilc/texts/State\\_responsibility/responsibility\\_articles\(e\).pdf](http://www.un.org/law/ilc/texts/State_responsibility/responsibility_articles(e).pdf).

context between state responsibility and the legitimacy of self-defense is different, this shows that the concept of consideration of mitigating factors could be similarly applied.

Similarly, the fact that there appeared to exist sufficient time to seek a prior review by the U.N. Security Council is also an important factor to be considered in determining the legitimacy of any preemptive self-defense. Article 51 implies that the right of self-defense exists only when there is no time to take the issue before the Security Council.<sup>32</sup> This general rule should equally apply to preemptive self-defense. If there is time for deliberation by the Security Council, such situation would militate against justifiable self-defense. For instance, regarding the U.S. military operation in Iraq in 2003, the threat posed by Iraq, even if true, may have had sufficient time for a deliberation by the Security Council. The fact that the United States attempted to circumvent a deliberation by the Security Council would operate as a factor that goes against the U.S. claim of preemptive self-defense.

Therefore, any discussion on rules of preemptive self-defense against international terrorism should contemplate on how to identify and consider mitigating factors. Involvement of or discussion with international organizations could carry significant weight in this process. This is particularly important in the terrorism context because the surrounding situation is more subtle and confusing than other incidents. Properly considered mitigating factors would reduce the likelihood of disputes over legitimacy of any preemptive self-defense.

### 3. Evidence Collection and Evaluation by the U.N.

In addition, in the United Nations system, the Security Council plays an important role in making a determination that an emergency situation exists and thus exercise of self-defense is justified. The Security Council is authorized by Articles 25 and 48 of the U.N. Charter to adopt resolutions that bind U.N. member states.<sup>33</sup> International terrorism is almost certainly within the Security Council's province. As matter of fact, the Security Council proclaimed it one of the "most serious threats to peace and security," thereby making it clear that it can invoke its powers under Chapter VII of the Charter to address issues arising from international terrorism.

Needless to say, preemptive self-defense against international terrorism needs to be subject to a careful scrutiny of an international organization with proper authority. This is particularly the case given the fact that frequently international terrorism implicates multiple countries at the same time. Unless adequately reviewed and coordinated by a reliable international entity, unilateral exercise of preemptive self-defense can plant a seed for a continuing dispute among states. For instance, when Israeli fighters bombed the Iraqi Osirik nuclear reactor in 1981, the Security Council unanimously condemned the bombing regardless of the fact that the Iraqi nuclear weapons could threaten the Israeli security interest. The Security Council thus determined that "the military attack by Israel is clear

---

<sup>32</sup> See Article 51 of the U.N. Charter.

<sup>33</sup> See Articles 25 and 48 of the U.N. Charter.

violation of the Charter of the United Nations and the norms of international conduct."<sup>34</sup> Such evaluation of the U.N., even if *post hoc*, is still important because it could ensure that other countries understand that such military action is not justified by preemptive self-defense. It would operate as a deterrent for another state considering similar action in the future.

Unlike conventional situations of self-defense, where one state is being attacked by another state and thus where an immediate response in the form of self-defense is a necessity, the situation caused by international terrorism rarely mounts to a situation that requires immediate exercise of right of self-defense (although it may require immediate law enforcement response). Of course, any prospective terrorist activity does require an immediate response from the prospective victim state, but most of the time the initial response would be provided in the form of law enforcement procedures to prevent or punish particular terrorist activities. Theoretically, there may be instances where the state itself is under a massive attack by an organized entity; in those instances, a state may well resort to its inherent right to protect itself. But such instance would be indeed rare. In the context of terrorism prevention, therefore, most of the time there may be, at least, some time to evaluate the situation. So, the terrorism-based preemptive self-defense should be considered to be subject to more in-depth prior inquiry by an objective entity than other instances of preemptive self-defense.

Even if a terrorist attack with the intensity and magnitude that are usually seen in a state-to-state conflict is expected, where an immediate exercise of preemptive self-defense is thus arguably permitted, an international entity needs to conduct an *ex post facto* review to determine the legitimacy of any claimed preemptive self-defense. The absence of consensus on and continuing controversy over the concept of terrorism and preemptive self-defense certainly militates in favor of such an *ex post facto* review.

Obviously, at this point, the most appropriate evaluating entity in this context would be the Security Council, as the entity that assumes primary responsibility for the maintenance of international peace and security.<sup>35</sup> However, the Security Council's frequently perceived lack of interest or inability to get involved in issues that threatens or constitutes breach of international peace has caused many observers to question the role of the Security Council as contemplated in the U.N. Charter. Under these circumstances, a strict interpretation of Article 2(4) and Article 51 would be indeed detrimental to the inherent right of states to protect themselves.

This situation needs to be remedied as soon as possible, not only for the maintenance of world security in general, but also to cope with preemptive self-defense against international terrorism in particular. Unless and until the Security Council, or its equivalent, is in full charge of evaluating a particular situation at issue, international disputes surrounding this issue will continue to increase.

---

<sup>34</sup> SC Res. 487 (June 19, 1981).

<sup>35</sup> See Article 24 of the U.N. Charter.

#### 4. International Cooperation Network

Given the fact that terrorism prevention mostly involves criminal investigation and law enforcement issue both under domestic law and international law, it is critical for the international community to enhance international networking to deal with these terrorist activities. Extradition treaties and mutual legal assistance treaties would be good examples. Individual efforts by an individual state would only provide a temporary relief to the problem given the ubiquitous nature of international terrorism. The lukewarm results of the U.S.-led efforts in Afghanistan and Iraq prove the limit of unilateral action to address problems of international terrorism.

Therefore, future discussion on preemptive self-defense should be conducted in a way that fosters international cooperation further. It is true that the concept of self-defense by nature connotes individual response before a multilateral security system is set to work. However, the international community may exert efforts to make the states aware that establishing an international cooperation network is more effective in addressing international terrorism. This may reduce dubious exercise of preemptive self-defense, which in turn may reduce unnecessary conflict over this issue.

#### V. Conclusion

Given the nature of the current international disputes, the exercise of allegedly preemptive self-defense will continue to rise. The concept of preemptive self-defense will also emerge in the context of terrorism prevention. Therefore, it is critical to come up with reliable jurisprudence applicable to this unique situation. The basic formula could still be found from the Caroline standard and the Article 51 of the U.N. Charter. However, it is also necessary to recognize the unique traits of the international terrorism and to take those traits into consideration in examining preemptive self-defense in terrorism context.

Even if the concept of preemptive self-defense is basically accepted, it is critical that there is a mechanism in place to deter or punish an abuse of the right. It should be noted that this is an exception to the general prohibition of use of force. Otherwise, the spirit of the Charter as codified in Articles 2(4) and 51 will be effectively nullified.<sup>36</sup>

#### Kontaktadresse:

Associate Prof. Dr. Jaemin Lee  
College of Law, Hanyang University  
17 Haengdang-dong, Seongdong-gu  
Korea 133-791 Seoul  
eMail: jaemin@hanyang.ac.kr

---

<sup>36</sup> One commentator mentioned that “[a misguided] preemptive self-defense would provide legal justification for Pakistan to attack India, for Iran to attack Iraq, for Russia to attack Georgia, for Azerbaijan to attack Armenia, for North Korea to attack South Korea, and so on.” See Mary Ellen O’Connell, *supra* note 6, at 19.

---

## Germany – Immigration and Integration

Professor Dr. Kay Hailbronner, Konstanz

### I.

Although recently the inflow of asylum seekers into Germany has substantially decreased, Germany is still one of the largest immigration countries in the world. In 2002 approximately 7.34 million foreigners were living in Germany making up for approximately 8.9 percent of the total population.<sup>37</sup> The number of foreigners has increased since 1960 from 686,000 to 7.34 million in 2002, equalling for an average yearly increase of 200,000 to 300,000. Most foreigners come from Turkey (26.1 %), from the Federal Republic of Yugoslavia (8.1 %), from Italy (8.3 %), from Greece (4.9 %), and Poland (4.3 %). Only 25.3 % of all foreigners living in the Federal Republic of Germany were EU-citizens.

Germany's development to a de-facto immigration country was largely the result of special recruiting arrangements with at that time labour-exporting countries, in particular Italy, Greece, Portugal and Spain. The recruiting arrangements resulted in a substantial increase of the foreign labour force, from 1960 – 1973 from 280 000 workers to 2 320 000 foreign workers registered in the social insurance scheme. The high number of employed foreigners shows clearly the pattern of labour transfer that had happened in nearly 12 years. The recruiting policy stopped in 1973 with the termination of recruiting arrangement due to an economic recession. Nevertheless, the migration flow continued although the number of employed foreign workers decreased constantly until 1985. By June 2000 1 963 000 migrant workers were employed. Even with the economic growth in the 90ies, the number of foreigners in employment in 1998 was substantially lower than in 1972, although by that time the overall number of the foreign population had increased more than twice to 7.32 million persons (8.9 % of the domestic population).

Germany's development to a de-facto immigration country did not come about totally unregulated or uncontrolled. Although the German Law on Foreigners of 1990 does not know as such the status of an immigrant, it provides for unlimited residence permits which grant protection against expulsion unless serious crimes are committed and includes unlimited access to employed as well as self-employed activities. There is no automatic path

---

<sup>37</sup> See Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge, Migration und Asyl, aktualisierte Auflage, 1. Halbjahr 2003; see Beauftragte der Bundesregierung für Ausländerfragen, Bericht über die Lage der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, September 2002.

in the way of a "tenure track" leading to German citizenship. The reform of German citizenship law, however, which entered into force on January 1, 2000 has substantially facilitated naturalization. Foreigners may now acquire German citizenship after eight years of lawful residence in Germany provided they have a residence permit or a residence entitlement, that they are not dependent on social welfare, have no criminal record and have sufficient knowledge of the German language. In 2002 154 547 persons have acquired German nationality by naturalization. Applicants for naturalization still need to demonstrate loss or renunciation of their previous citizenship; the law, however, provides for a variety of exceptions if renunciation of the previous nationality is either impossible or unreasonable.<sup>38</sup>

In addition, the legislative reform of the German nationality law provided for a *ius soli* citizenship of children in possession of a residence permit and having lawfully resided in Germany since 8 years, which, however, is subject to a duty to opt between German nationality and any other nationality acquired by descent from their foreign parents when achieving adulthood. In 2000 41 257 children acquired German nationality by this provision.

The year 2004 marks a major change in German immigration policy – almost simultaneously with other European states – when the German government announced its "Green Card" initiative, which would allow high-tech specialists to work in Germany for up to five years. The new regulation enacted in July 2000<sup>39</sup> provided that third-country nationals with an academic degree in the area of information and communication technology or whose qualifications have been recognized by an agreement with an employer providing for a salary of at least 100,000 German Marks per year may be granted a residence permit in the area of information and communication technology.

Although the Green Card-initiative has soon turned out to become somewhat obsolete by the collapse of the New Market, the basic need for a reform of the German immigration policy and law was recognized by all major political parties.

A Federal Commission, established in 2000, was charged to work out concrete recommendations for a future German immigration policy, including the issue according to what criteria and principles and by what procedures a demand for immigration could be established and what techniques could be used to control immigration more.

The Commission notes that although 40 % of the foreigners have been living in Germany for more than 15 years, there has been no up-to-date and future-oriented concept for the structuring of immigration to Germany and the integration of immigrants. The political and normative guiding principle of the past that "Germany is not a country of immigrants" has become untenable in the view of the Commission as the *maxime* of the mi-

---

<sup>38</sup> *Hailbronner*, 50 Years of the Basic Law, p. 15 f.

<sup>39</sup> Verordnung über Aufenthaltserlaubnisse für hochqualifizierte ausländische Fachkräfte der Informations- und Kommunikationstechnologie, IT-AV, see *Hailbronner*, 2000, A 1.2.1

gration and integration policy, since it fails to recognize the enrichment of immigration to Germany's culture and economic prosperity. Although the aging of the population and the decline in the population cannot be averted by immigration to Germany through an economically and socially compatible extent, it may be weakened by adopting a more active family policy and immigration. Controlled immigration of qualified workers to Germany should increase the supply of labour and gainful employment in general and therefore contribute to stabilising the social security systems. Although the Commission recognizes that it is impossible to predict the future demand for labour accurately, it stresses the need for a flexible immigration system that reflects the relevant trends and supply and demands of the labour market in terms of number and qualifications. It is recognized that immigration to Germany should be structured in such a way that it does not come into conflict with the reduction in employment while on the other hand in a medium and long-term perspective immigration of qualified immigrants is envisaged.

Based upon the recommendations of the Commission the Bundestag passed a new immigration law.<sup>40</sup> The Constitutional Court by decision of 18 December 2002 on procedural grounds (incompatibility with Art. 87 of the Basic Law, requiring the consent of the Federal Chamber) has declared the law as unconstitutional.<sup>41</sup> The Bill has been reintroduced and finally approved in 2004 by the Bundesrat and Bundestag after a lengthy negotiation and some substantial changes based upon a compromise between the opposition parties and the ruling coalition of the Social Democratic Party and the Green Party.

Major points of the new immigration law are

- new rules on admission of economically active foreigners, particularly if they have a qualification,
- facilitation of admission of foreign students,
- extension of the concept of political persecution by including gender-related and non-state related prosecution into the scope of application of the Geneva Convention and facilitating the access of humanitarian refugees to a residence title,
- establishment of an infrastructure for systematic integration of foreigners, by obligatory language, history and culture courses,
- new provisions on restricting entry and residence for persons affiliated to terrorist organizations.

On a number of issues agreement could be reached between the government and the opposition parties. The opposition criticized that new provisions on labour migration might lead to an essential extension of immigration. In principle, the opposition parties succeeded with their claim that admission to the German labour market should only be possible in principle on the basis of an examination of the demand for labour and the

---

<sup>40</sup> Gesetz zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern (Zuwanderungsgesetz) v. 20.6.2002, BGBl I, 2002, p. 1946.

<sup>41</sup> Az 2 BvF 1/02.

availability of internal labour force. Therefore, one of the major provisions of the former immigration law of 2002 was skipped.

## II. Admission for Labour Purposes and Work Permits

Concerning the access to the highly regulated labour market the new immigration law provides for a facilitation of the procedure. Rather than obliging foreigners to obtain a residence permit and a separate labour permit the law has introduced a one-stop procedure whereby the residence permit is granted once in an internal procedure the labour authorities have given permission if the residence permit is extended for taking up employment. Two regulations enacted in December 2004 contain detailed rules in which cases the admission to the labour market requires the consent of the labour authorities. As a general rule a residence permit for the purpose of taking up employment requires a previous examination whether German or privileged EU citizens are available on the labour market to fill a certain post. However, the procedure in case of qualified work is facilitated by a general assessment for certain branches and categories of jobs that there is in fact a demand which makes an examination in every single case unnecessary. In addition, particular types of residence permits imply by law the right to take up employment. This is particularly the case with regard to persons who are entitled to a settlement permit, but also for persons having been granted a residence permit for the purpose of family reunion or residence permit for children born in Germany.

One of the major changes includes the possibility to grant a settlement permit for highly qualified employees.

For the first time for self-employed may be granted a residence permit provided that they invest at least 1 million Euro and create ten permanent jobs.

Students are also admitted for labour provided that they have successfully completed their studies. They may receive a residence permit for the purpose of seeking labour for up to one year once they have finished their studies in Germany.

## III. Family Reunion

Persons joining their families make up a large group of immigrants in Germany. According to estimates, family reunion accounts for at least 100 000 resident permits per year. Under the previous Aliens Act of 1990 spouses and unmarried children under the age of 16 were entitled to join third-country nationals living in Germany. The Immigration Bill of 2002 provided for some restrictions concerning the subsequent immigration of children by restricting the age to 12 years unless the person possesses an adequate knowledge of German. Exceptions were possible with due regard to the child's wellbeing, the family situation and the expectation that the child will integrate on account of his/her knowledge in German, for example. The provision is subject to heavy criticism of both sides. The Green Party has criticized the restrictions of family reunion of children while the Conservative Party would have favoured a less extensive exception regime. The compromise was to maintain the previously existing 16 year rule while raising at the same time the threshold for an exemption. Children wanting to join



---

their parents will now have to prove that they have sufficient knowledge of the German language, which means that they have to speak and write German.

#### IV. Humanitarian Residence Permit

The Immigration Act 2004 provides for a general clause for granting a residence permit on humanitarian grounds. Not only entitlement to asylum or to the Geneva Convention status, but also the impossibility to deport may lead to a residence permit, if the departure is impossible in fact or in law. An exception is only provided if the foreigner has furnished false information, deceived the authorities with regard to his/her identity or nationality or failed to meet reasonable demands to eliminate the obstacles to departure. The basic idea of this provision is to replace the practice of toleration by entitlement to a residence permit. It has rightly been criticized by the opposition since entitlement to a residence permit in case of impossibility of deportation may substantially endanger an effective policy of return and provide for incentives to illegal residence. Although in principle the intention to "legalize" the residence of persons who cannot be deported is reasonable, the instrument of a suspension of a deportation cannot be completely replaced by a system of residence permits.

Finally, a compromise was reached by maintaining the toleration and restricting it to the case in which a deportation cannot be executed temporarily for a factual reason or other reasons. Foreigners, however, who dispose of an entitlement to "subsidiary protection", for instance due to a concrete danger of inhuman treatment or severe danger for life and liberty, without fulfilling the requirements for political persecution, are entitled to a residence permit.

A new possibility has been established to grant a humanitarian residence permit based on the recommendation of a commission even if the legal requirements for a residence permit are not fulfilled. A Commission consisting of representatives of churches, non-governmental organizations and public officials may give a recommendation to grant a humanitarian residence permit based on a hardship clause.

#### V. Students and Trainees

The possibilities of students to receive a residence permit have been substantially facilitated. The new Immigration Act provides for the possibility to grant a residence permit for the purpose of applying to study and studying at a university or a comparable educational institution, including preparatory measures for a course of study, like, for instance, acquiring sufficient knowledge of German in order to study at a German university. The residence permit entitles the holder also to take up employment for no more than 90 days and to take up spare time student employment. After completion of studies, the residence permit may be extended by up to one year for the purpose of job-hunting.

#### VI. Categories of Residence Permits

Following a recommendation by the Immigration Commission, the Immigration Act 2004 has simplified the system of various categories of

residence permits by providing only for a residence permit defined as a temporary residence title and a settlement permit defined as an unlimited residence title which entitles the holder by law to pursue an economic activity and which is not subject to any time limits but geographic restrictions. A foreigner shall be granted a settlement permit provided that he/she fulfils certain integration requirements like having held a residence permit for five years and being able to secure maintenance and pay contributions to a pension system.

In addition, there must be an absence of a criminal record, a permission of employment and an adequate knowledge of the German language as well as a basic knowledge of the legal and social system. These requirements shall be deemed to be fulfilled if an integration course has been successfully completed.

In the parliamentary debate it has been highly controversial whether there should be sanctions in case of non-compliance with these obligations. The Immigration Act now provides that in case of a violation of a duty to attend an integration course, this can be taken into account in proceedings on prolongation of a residence permit. If there is no legal right, an application for a prolongation for a residence permit can be refused. In addition, the fulfilment of integration requirements can be taken into account in the proceedings on naturalization.

It should be kept in mind, however, that the duty to attend an integration course does only in principle apply for those persons who have established a permanent residence permit in Germany if they are applying for the first time for a residence permit either for labour purposes, for family reunion or as a recognized refugee, or in case of an application for a settlement permit. Exceptions from the integration requirements apply with children or juveniles attending school in Germany, if the foreigner disposes of sufficient knowledge of the German language or in case of obvious lack of integration necessity.

## VII. Expulsion and Deportation

The German aliens law distinguishes between the administrative order of expulsion and deportation. Expulsion means that a residence permit is terminated or a person without a residence permit ordered to leave the country. Expulsion precludes the issuance of a new residence permit for a certain time limit and establishes a legal basis for deportation measures by the police and alien authorities. Deportation means the actual act of removing of a foreigner obliged to leave the territory of the Federal Republic of Germany. A person may be deported if the obligation to leave the territory is enforceable. Usually, a notice of intention to deport a foreigner must be served in writing, specifying a period allowed for departure. Frequently, it is claimed in spite of previous unsuccessful asylum procedure that there are legal or factual obstacles to deportation, for instance on reasons of persecution, torture, inhuman treatment or substantial danger to life or liberty. In practice, factual obstacles like the absence of travel documents or illness play a substantial role as obstacles to deportation.

The Aliens Act of 1990 has introduced a division of expulsion grounds giving rise to mandatory expulsion, regular expulsion or discretio-

nary expulsion. While mandatory expulsion does not allow for exceptions if certain conditions are fulfilled, regular expulsion means that under normal circumstances a person will be expelled unless there are special reasons for an exception. In case of a discretionary expulsion a comprehensive balancing of public and private interests is required in order to expel a person. The Aliens Act of 1990 distinguishes between different categories of persons. Foreigners who are in possession of a qualified residence permit or have been born in Germany or entered Germany as a minor and have been lawfully resident in Germany for a certain time, spouses of Germans or partners in life in a registered partnership as well as recognized refugees enjoy special protection from expulsion. They can only be expelled on serious ground pertaining to public security and law and order.

The Immigration Act 2004 has in principle maintained the previous system with some changes concerning expulsion reasons and major changes concerning more effective return and deportation proceedings. Mandatory expulsion is provided under Sec. 53 in case of a prison sentence of at least three years or in case of several prison terms totalling to at least three years within a five-year period, or if a foreigner has been sentenced to a prison term under the Narcotics Act or for a breach of the peace committed at a prohibited public gathering or a prohibited assembly pursuant to Sec. 125 of the Penal Code and the sentence has not been suspended on probation. The Immigration Act has included a criminal conviction for smuggling of foreigners into the federal territory. On discretionary grounds a foreigner may be expelled if his or her stay is detrimental to the public security and law and order or other substantial interests of the Federal Republic of Germany, which are defined in more precise letters in Sec. 55 para. 2.

A major political debate has arisen in 2001 on more effective return and deportation proceedings. By the end of 2000 there were 234 682 persons registered in the aliens central registry against whom expulsion or deportation measures have been instituted; 261 506 persons were required to leave the federal territory, but cannot be deported due to legal or factual obstacles to deportation. These persons were entitled to a toleration under Sec. 55 of the Aliens Act of 1990. The reason why persons can not be deported are laid down in a not publicly available report of the Interior Ministers. There are no precise statistical data concerning the reasons for a failure of deportation and the number of unsuccessful attempts of deportation. According to practical experience it can be assumed that at least 10 000 deportations (1/3 of all deportations in 2000) fail due to activities attributable to the foreigner; reasons include

- destruction of documents,
- concealing identity,
- resistance against deportation or against other measures necessary to receive documents or clarify the identity,
- resistance against enforcement measures before or after boarding a plane.

Another set of obstacles results from a lack of cooperation of a home state. In case of unclear identity it is necessary to receive travel or identity documents. Home countries frequently require documents in spite of

proven nationality. Sometimes the confirmation of nationality may depend upon an explicit declaration of a foreigner to be a national of the respective state or to provide evidence by way of witnesses, documents or procedures in the home country. In case of deportation by air frequently transportation through transit states is necessary. Since accompanying police officers are not entitled to exercise their police powers in transit states, the success of return measures is frequently dependent upon the cooperation of the authorities of transit states.

As a result a number of substantial changes have been introduced into the Immigration Act 2004. Section 61 has created a legal basis for establishing special institutions for deportable aliens. The aim of such institutions is to promote the voluntary return on providing a programme of assistance and consultation as to the return situation and the possibility to receive assistance.

The new provision of Sec. 58a is particularly aimed at foreigners endangering the security of the Federal Republic or constituting a terrorist threat. Such persons may be ordered to leave on the basis of an immediately effective deportation order if there is sufficient evidence for such a threat on the basis of facts. Such orders may be issued by the supreme authorities of the Länder as well as by the Federal Ministry of Interior. Judicial protection may be granted within 7 days after notification of the administrative order. However, the administrative court and the alien authorities will have to examine whether there are deportation barriers including the danger of inhuman treatment or torture. The new provision is in some way a reply to the difficulties or effecting the deportation of Metin Kaplan, who had been sentenced in Germany to three years imprisonment for ordering the execution of a political opponent in his organization with the aim to establish in Turkey a new regime based on the idea of a "Kalifat-state".

## VIII.

Finally, the immigration law 2004 makes provisions for those Germans who have lost the German dual nationality as a result of some legislative changes introduced in 2000. German nationality law in principle provides for an automatic loss of German citizenship if a foreign citizenship is intentionally acquired. This provision does not apply if dual nationality is acquired as a result of, for instance, acquisition of Turkish and German citizenship by descent of a Turkish and a German parent. However, before 2000 a loss of German nationality did not occur if a German maintained his permanent residence in Germany. This provision was abolished by a new legislation changing substantially the German nationality law entering into force on 1 January 2000. However, a large number of Turkish citizens were not fully informed or simply did not realize this legislative change. They had acquired German citizenship by first giving up their Turkish citizenship and – with the tacit agreement of the Turkish authorities – immediately re-acquired their Turkish citizenship after having submitted to the German authorities their notification of renouncing the Turkish citizenship formally. They re-acquired the Turkish nationality frequently within a few days after the act of formal renunciation. In the German political debate it was generally considered that this was an undermining of the German legislation

which in principle requires the renunciation of a foreign citizenship before naturalization. An exception is made for children born on German territory if one parent possesses a residence permit since at least four years or a settlement permit since three years. However, in this case the child having acquired dual nationality must declare between 18 and 21 whether he/she wants to maintain the German or a foreign nationality.

By changing the nationality legislation in 2000 many foreigners, particularly the Turkish-German dual nationals, did not recognize that by re-acquiring their Turkish citizenship they did immediately lose the German nationality. Therefore, eventually it became known to the authorities that a large number of German-Turkish dual nationals had lost their German citizenship by the application for re-acquisition of Turkish nationality. Therefore, they were suddenly foreigners and therefore subject to a residence permit, although they may have lived for a long time in Germany. The new Immigration Act provides for that situation by a special provision granting a right to a residence permit for former German nationals. However, there are certain requirements which may not be easy to fulfil for a number of Turkish nationals. Sec. 38 gives a right to a settlement permit if in case of a loss of German citizenship the applicant had his permanent residence since 5 years as a German citizen in Germany. A right to a residence permit exists if the foreigner in case of a loss of German nationality was permanently resident since at least one year in Germany. A number of problems, however, arise which the general requirements for issuing a residence or a settlement permit. Such requirements include for instance the non-dependence on social welfare or the absence of any criminal conviction. Sec. 38 provides that in particular cases a residence permit can be granted without regard to such requirements, but does not exactly provide what "particular circumstances" are. The provision may affect 50 000 Turkish-German dual nationals, who have simply not fully realized what the consequences of re-acquisition of Turkish citizenship were.

**Kontaktadresse:**

Prof. Dr. Kay Hailbronner  
Fachbereich Rechtswissenschaft  
Universität Konstanz  
Universitätsstraße 10 Fach D 98  
D 78457 Konstanz  
e-mail: [migration@uni-konstanz.de](mailto:migration@uni-konstanz.de)

\* \* \*