

ISSN 2093-3754

YONSEI LAW JOURNAL

Vol. 6 Nos. 1 & 2, November 2015



INSTITUTE FOR LEGAL STUDIES
YONSEI UNIVERSITY

ISSN 2093-3754

YONSEI LAW JOURNAL

Vol. 6 Nos. 1 & 2, November 2015

SYMPOSIUM:

LEGAL ISSUES ARISING FROM CHANGE OF LEGAL REGIMES

EDITOR'S NOTE

THE LAW AND POLITICS OF CITIZENSHIP IN DIVIDED KOREA

Chulwoo Lee

THE ILLEGITIMATE INHERITANCE OF THE GERMAN DEMOCRATIC
REPUBLIC

Gunnar Duttge

ASSESSING THE EFFICIENCY OF TRANSITIONAL JUSTICE

Kai Ambos

THE EMERGENCE OF COPYRIGHT ISSUES IN THE SYSTEM
REUNIFICATION OF SOUTH AND NORTH KOREA AS AN INTEGRATED
CULTURAL COMMUNITY

Hyung Doo Nam

DEUTSCHLANDS ARBEITSMIGRATIONSPOLITIK IM INTER-
NATIONALEN VERGLEICH: EINE ‚UNKANADISCHE‘ BETRACHTUNG
EINES PARADIGMENWECHSELS

Christine Langenfeld und Holger Kolb

DIE ANWENDUNG DES KOREANISCHEN BÜRGERLICHEN
GESETZBUCHS AUF DIE NORDKOREANISCHE BEVÖLKERUNG IM
VORPROZESS DER WIEDERVEREINIGUNG

Dong-Jin Park

DER AUFBAU EINER VERWALTUNGSGERICHTSBARKEIT IN DEN
NEUEN BUNDESLÄNDERN

Thomas Mann

VON DER KONKURS- ÜBER DIE GESAMTVOLLSTRECKUNGS- ZUR
INSOLVENZORDNUNG

Martin Ahrens

SPECIAL LECTURE

FROM GOSPEL TO LAW: THE LUTHERAN REFORMATION AND ITS
IMPACT ON LEGAL CULTURE

John Witte, Jr.

INSTITUTE FOR LEGAL STUDIES, YONSEI UNIVERSITY

YONSEI LAW JOURNAL

VOL. 6 NOS. 1 & 2, NOVEMBER 2015

BOARD OF EDITORS

Publisher

Sungsoo Kim (Yonsei University)
Director of the Institute for Legal Studies

Editor-in-Chief

Chaihark Hahm (Yonsei University)

Managing Editor

Hyunjin Cho (Yonsei University)

Editorial Staff

Jung Hyun Kim (Yonsei University)
Da-Eun Chung (Yonsei University)
So Eon Park (Yonsei University)

YONSEI LAW JOURNAL

VOL. 6 NOS. 1 & 2, NOVEMBER 2015

BOARD OF EDITORS

Advisory Board

Jörg-Martin Jehle (Göttingen University)
Setsuo Miyazawa (Aoyama Gakuin University / UC Hastings)
Michael Palmer (Shantou University / School of Oriental &
African Studies, London)
Hi-Taek Shin (Seoul National University)
Kyu Ho Youm (University of Oregon)

Editorial Board

Chulwoo Lee (Yonsei University)
Jongcheol Kim (Yonsei University)
Joongi Kim (Yonsei University)
David Law (Washington University in St. Louis)
Luke Nottage (University of Sydney)
Joe Phillips (Pusan National University)
Yong-Sung Jonathan Kang (Yonsei University)

YONSEI LAW JOURNAL

VOL. 6 NOS. 1 & 2, NOVEMBER 2015

EDITORIAL POLICY

YONSEI LAW JOURNAL

The Institute for Legal Studies of Yonsei University publishes the Yonsei Law Journal (YLJ) in order to provide a significant and emerging forum for the discussion of pressing legal issues by bringing together a diverse group of professors, judges, legal professionals and law students. Articles and essays concerning all areas of law are published in its biannual issues (May and November). All articles published in the YLJ are accessible on Westlaw and HeinOnline.

SUBMISSIONS

The manuscript should be submitted electronically in Microsoft Word format. The YLJ strongly prefers manuscripts that do not exceed 12,000 words in length including the main text and footnotes. The YLJ will not publish articles exceeding this length requirement except in extraordinary circumstances. The manuscript must be double-spaced and written in Times New Roman 11 font. All submissions should include keywords and an abstract that provides the reader with a summary of the content of the manuscript. A 3-4 sentence biography of the author is also required.

Citations should conform to THE BLUEBOOK: A UNIFORM SYSTEM OF CITATION (19th ed. 2010). The author is expected to provide a complete citation to every fact, opinion, statement, and quotation that is not of his/her original idea. While there is no specific timeframe for submitting manuscripts, the YLJ strives to meet its publication deadline (March 31 for the Spring issue and November 30 for the Fall issue). Manuscripts should be submitted via email to: yslj@yonsei.ac.kr.

YONSEI LAW JOURNAL

VOL. 6 NOS. 1 & 2, NOVEMBER 2015

EDITORIAL POLICY

REVIEW PROCESS

The YLJ carefully reviews all manuscripts that it receives. Each manuscript is reviewed anonymously. Manuscripts are referred to a formal evaluation process conducted by the Editorial Board and external referees. Outcomes of the review are divided into four categories: acceptance without revision, acceptance with minor revisions, re-submit after revisions, and rejection. Once a manuscript is accepted for publication, the author shall submit a final draft which incorporates suggested revisions and which complies with the editing rules of the YLJ. A modest honorarium will be remitted to the authors of manuscripts chosen for publication.

YONSEI LAW JOURNAL

VOL. 6 NOS. 1 & 2, NOVEMBER 2015

CONTENTS

SYMPOSIUM: LEGAL ISSUES ARISING FROM CHANGE OF LEGAL REGIMES

EDITOR'S NOTE.....	1
THE LAW AND POLITICS OF CITIZENSHIP IN DIVIDED KOREA <i>Chulwoo Lee</i>	3
THE ILLEGITIMATE INHERITANCE OF THE GERMAN DEMOCRATIC REPUBLIC <i>Gunnar Duttge</i>	33
ASSESSING THE EFFICIENCY OF TRANSITIONAL JUSTICE <i>Kai Ambos</i>	45
THE EMERGENCE OF COPYRIGHT ISSUES IN THE SYSTEM REUNIFICATION OF SOUTH AND NORTH KOREA AS AN INTEGRATED CULTURAL COMMUNITY <i>Hyung Doo Nam</i>	55
DEUTSCHLANDS ARBEITSMIGRATIONSPOLITIK IM INTER- NATIONALEN VERGLEICH: EINE ‚UNKANADISCHE‘ BETRACHTUNG EINES PARADIGMENWECHSELS <i>Christine Langenfeld und Holger Kolb</i>	69
DIE ANWENDUNG DES KOREANISCHEN BÜRGERLICHEN GESETZBUCHS AUF DIE NORDKOREANISCHE BEVÖLKERUNG IM VORPROZESS DER WIEDERVEREINIGUNG <i>Dong-Jin Park</i>	89

DER AUFBAU EINER VERWALTUNGSGERICHTSBARKEIT IN DEN
NEUEN BUNDESLÄNDERN

Thomas Mann 107

VON DER KONKURS- ÜBER DIE GESAMTVOLLSTRECKUNGS- ZUR
INSOLVENZORDNUNG

Martin Ahrens..... 121

SPECIAL LECTURE

FROM GOSPEL TO LAW: THE LUTHERAN REFORMATION AND ITS
IMPACT ON LEGAL CULTURE

John Witte, Jr. 141

YONSEI LAW JOURNAL

VOL. 6 NOS. 1 & 2, NOVEMBER 2015

SYMPOSIUM: LEGAL ISSUES ARISING FROM CHANGE OF LEGAL REGIMES

EDITOR'S NOTE

Since 2009, Yonsei Law School and the Law Faculty of the University of Göttingen have held a series of joint conferences featuring faculty members from the two schools. The most recent meeting of this ongoing collaborative exchange took place on 10–11 February, 2015, at the conference center of the Historic Observatory (*Historische Sternwarte*) on the Göttingen campus. Under the general theme of “Legal Issues Arising from Change of Legal Regimes (*Rechtsfragen beim Wechsel des Rechtsregimes*),” this year’s conference saw the presentation of six papers—three by Yonsei faculty members and three by Göttingen faculty. The papers and the discussion that followed focused on what lessons might be learned from the German experience of reunification in 1990, and on various anticipated legal issues if a similar process were to take place in Korea. After the conference, its conveners on both sides decided to supplement the exchange by commissioning two additional articles on the same theme. It was also agreed that the final products of the meeting, including the two commissioned works, shall be published simultaneously by both universities through the most appropriate outlet at each school. *Yonsei Law Journal* is pleased to be able to publish the fruits of this year’s unique intellectual exchange. The same articles may also be found in *Rechtsfragen beim Wechsel des Rechtsregimes: Viertes Symposium der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen mit der Yonsei Law School (Seoul)*, edited by Gunnar Duttge and Jong Hwan Kim, and published by the Universitätsverlag Göttingen as the eighteenth volume in the series, “Göttinger Juristische Schriften.”

Since a few of the articles were originally presented in German, *YLJ* has made an exception in this case to the rule of

publishing works in English only. It is with regret that *YLJ* notes that the lively exchange during the final discussion panel at the conference could not be included in these pages. The contribution of the panel participants, Prof. Sang-Ki Park of Yonsei Law School, Prof. Horst Hammen of University of Giessen, and Dr. Werner Blau of the law firm of Arnecke Siebold, is hereby duly recognized. Editors would like to extend a special thanks to Prof. Jong-Hwan Kim of Yonsei Law School and Ms. Melanie Steuer of the University of Göttingen for facilitating the communication between the two schools.

THE LAW AND POLITICS OF CITIZENSHIP IN DIVIDED KOREA^{*}

Chulwoo Lee^{**}

I. INTRODUCTION

In 2000, Gi-Wook Shin conducted a survey on the national identity of South Koreans and their attitudes to national unification. Ninety-three percent of the respondents reported that the Korean nation had a single bloodline and 95 percent agreed that North Korean people were of the same ethnic nation.¹ For South Korea, North Koreans are not only members of the same ethnic nation, but also members of the same state. As we shall see, the official constitutional interpretation in the Republic of Korea denies North Korean statehood and extends the sovereignty of the Republic of Korea over all parts of the Korean peninsula, as a result of which all citizens of North Korea are regarded as citizens of the Republic of Korea despite the lack of any such provision in the Constitution. This shows a strong discursive impulse in Korea towards congruence between nation and state, the ideal that underlies the very concept of the nation-state.² Each nation-state has its own way of achieving that ideal, namely its own way of imagining the relationship between its statehood and peoplehood. At the same time, each nation-state has its own experiences of betraying that ideal, namely the experiences of discrepancy or contradiction between statehood and peoplehood. The purpose of this essay is to delineate how South Korea's imagination of congruence between its statehood and peoplehood has been institutionalized by way of its codification of membership boundaries and, at the same time, to demonstrate the tensions and contradictions in the execution of the membership rules thus codified in the treatment of North

^{*} This article was presented at the conference on "Legal Issues Arising from Change of Legal Regimes," at Göttingen University, 10–11 February, 2015. As per agreement with Göttingen University, the same article is also included in *Rechtsfragen beim Wechsel des Rechtsregimes: Viertes Symposium der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen mit der Yonsei Law School (Seoul)* (Gunnar Duttge & Jong Hwan Kim eds., 2015).

^{**} Professor, Yonsei Law School.

¹ GI-WOOK SHIN, *ETHNIC NATIONALISM IN KOREA: GENEALOGY, POLITICS, AND LEGACY* 2 & 185-203 (2006).

² Gi-Wook Shin, James Freda & Gihong Yi, *The Politics of Ethnic Nationalism in Divided Korea*, 5(4) *NATIONS & NATIONALISM* 465 (1999).

Koreans, which is now the most acute point of experiencing the complexity of Korea's divided nationhood. The discussion consists of four main parts.

First, the essay traces the historical process through which the subjects of the Chosŏn dynasty, the members of a protonational historic community, were reconstituted as the individual members of a population that was later declared to be the citizenry of the Republic of Korea.³ This is a groundwork for unearthing the logic of membership in divided Korea, which is based on a strong commitment to the principle of 'one nation, one state' and the concomitant goal of national unification. That principle and goal appears to derive from a historically embedded ethnonational sense of identity, as suggested by Gi-Wook Shin's survey. This study discusses the nature of the Korean notion of nationhood with reference to major theories of nationalism. While it joins the critiques of the civic-ethnic dichotomy, it recognizes the usefulness of the civic and ethnic models as ideal-types for describing historical realities. While it pays heed to the characteristic features of Korea's historical experiences in developing a collective identity which has continuity with the boundaries of its current nationhood, it stresses the importance of modern factors, primarily the power/knowledge of the state apparatus whose style of government was transplanted by the Japanese, in delimiting the boundaries of the Korean nation and concomitantly the citizenry of an independent Korea.

Second, the study traces the process through which Korea's current citizenry was legally constructed, that is, how the members of the Chosŏn population, which Japan apprehended as a separate unit of its imperial population, turned into citizens of the Republic of Korea. In so doing, it highlights the paradox of creating the initial citizenry of a republic, which lies in the performative character of the act of interpellating the people in whose name a population turns into a citizenry, and shows how this paradox has manifested itself in the Korean experience.

Third, cases are introduced to show how South Korea has coped with the arrival of North Koreans via China, which put to the test the constitutional principle of the Republic of Korea being the only state on the Korean peninsula and its adjacent islands and

³ Korean words are transliterated according to the McCune-Reischauer system of romanization. Korean names, including the names of the authors of the works cited, are romanized in the ways adopted by the name holders.

the concomitant interpretation that North Korean citizens were nationals of the Republic of Korea. The study proceeds to discuss some problems that arise from the application of South Korea's nationality law when judging whether a North Korean is a national of the Republic of Korea.⁴ Also discussed is the conflict between the only and single state principle and the reality of two states in international law, which may bring disadvantages when North Koreans seek asylum in third countries.

Fourth, the essay delineates bureaucratic practices in treating persons who claim to be North Korean and discloses discrepancies between those practices and the constitutional interpretation that North Koreans are citizens of the Republic of Korea. This part of the inquiry highlights the significance of the actual procedures of determining the individual identities of persons who claim to be North Korean and the complexity of this side of citizenship administration, which is often neglected in studies that focus on the formal side of who is in and who is out. The study introduces a typology of cases in which persons claiming to be North Korean failed to be recognized as North Korean.

This writing forms a part of my inquiry into the nexus between nation and state in Korea's nation-state project. In my previous studies, I highlighted the discrepancies, tensions and contradictions in that project, which exemplifies the unevenness of the global process of segmenting the world into nation-states.⁵ While the structural logic or organizing principle of the nation-state idealizes congruence between nation and state, or between *Volksnation* and *Staatsnation*, that ideal is seldom achieved. It is not incorrect to say that national identity derives from state-building experiences. An extreme form of saying this is Hobsbawm's statement that "nations do not make states and nationalisms but the other way round."⁶ Yet a nation cannot be held together simply by administrative power. The nation is a "conceptual community" held together by some sense of cultural

⁴ In this paper, citizens and nationals, and citizenship and nationality, are used interchangeably, as there is no distinction between the two in Korean law.

⁵ See, e.g., Chulwoo Lee, *South Korea: The Transformation of Citizenship and the State-Nation Nexus*, 40(2) J. CONTEMP. ASIA 230 (2010); Chulwoo Lee, *How Can You Say You're Korean? Law, Governmentality and National Membership in South Korea*, 16(1) CITIZENSHIP STUD. 85 (2012). Many parts of these two articles are reproduced in this essay.

⁶ ERIC J. HOBBSBAM, *NATIONS AND NATIONALISM SINCE 1780: PROGRAMME, MYTH, REALITY* 10 (1992).

homogeneity and a “common symbolic historicity.”⁷ The sense of cultural homogeneity and the common symbolic historicity fuel the state-building project.

The principle of congruence between nation and state enshrined in the very term ‘nation-state’ is hypocrisy, but it is an “organized hypocrisy” in that it exercises a real force and shapes the world in its image.⁸ The state-nation nexuses of nation-states do not have a uniform form. The organizing logic of the nation-state consists of genealogically distinct discursive and structural components whose differing permutations account for a variety of societal forms which often conflict with one another. People, territory, and government can be connected in differing combinations without necessarily undermining the integrity of the nation-state. The state-nation nexus on which the nation-state is based is precarious because of its inherent contradiction, namely the contradiction between its subsets – the authority-territory nexus and the authority-population nexus. Many features that seemingly violate the notion of nation-statehood are contradictions which have always been intrinsic to the nation-state. But, because of the discursive power exercised by the ideal of nation-statehood, the permutations of the various linkages that make up the state-nation nexus of a nation-state are constantly negotiated with the ideal of congruence between nation and state as the point of reference. Every nation and every state has its own story about its struggle to resolve the mismatch between nation and state, oriented towards the idealized image of the nation-state. So far, I have delivered Korea’s story with special reference to its policy towards the ethnic diaspora, which has resulted in a transnational nationhood.⁹ In this essay, I tell another side of the story, that is, South Korea’s experiences in coping with its divided nationhood and in incorporating or excluding the members of the polity established on the other half of the peninsula.

The second aim of this study is to bring into relief the importance of bureaucratic practice and ‘governmentality’ in the shaping of a citizenry. The question of “who is what” has driven citizenship scholars to inquire into the politics of sovereignty that informs the drawing of ‘hard boundaries’ and the politics of

⁷ ANTHONY GIDDENS, *THE NATION-STATE AND VIOLENCE* 219 (1985).

⁸ The term “organized hypocrisy” comes from Krasner, who applied it to the concept of sovereignty. STEPHEN D. KRASNER, *SOVEREIGNTY: ORGANIZED HYPOCRISY* (1999).

⁹ See my two articles, *supra* note 5.

identity that shapes the cultural self-understanding of the group in question.¹⁰ Yet the codification of membership boundaries is informed also by the state's capability of, and mode of, apprehending the population. Equally important is how each individual is actually treated in the web of administrative measures. This paper highlights the problem of governmentality in Korea's making and execution of its nationality rules based on *jus sanguinis* and its practical significance in determining "who is what." One's legal membership depends on the state's cognitive grasp of the population as *omnes et singulatim*, in other words, the state's capacity to manage the totality of people separate from the territory and to act on the individual members of that totality with detailed knowledge of those individuals.¹¹ While this essay brings to light the historical background of codifying the boundaries of the Republic of Korea's citizenry and the execution of the rules thus made in a way that highlights their indeterminate character, it delineates some of the administrative practices of admission and exclusion, which will shed fresh light on the governmental rationality and biopower that permeate the state's treatment of individuals. In a previous study, I discerned the working of this rationality and power in the South Korean government's determination of the identities of ethnic Korean applicants for citizenship or ethnizenship.¹² Here, I discuss the issue in relation to the treatment of North Korean applicants for recognition as nationals.

II. THE NOTION OF NATION IN KOREA AND THE INSTITUTIONALIZATION OF MEMBERSHIP BEFORE 1945

In his world-renowned book on nationalism, Eric Hobsbawm described how ethnically homogenous Korea is; he observed that

¹⁰ Lee, *How Can You Say You're Korean? Law, Governmentality and National Membership in South Korea*, 16(1) CITIZENSHIP STUD. 85, 85-6 (2012).

¹¹ Michel Foucault, *Omnes et Singulatim: Towards a Criticism of 'Political Reason'*, in TANNER LECTURES ON HUMAN VALUES 223 (Sterling McMurrin ed., 1981); Michel Foucault, *Governmentality*, in THE FOUCAULT EFFECT: STUDIES IN GOVERNMENTALITY 53 (Graham Burchell, Colin Gordon & Peter Miller eds., 1991).

¹² Lee, *supra* note 10.

“the two Koreas are 99 percent homogenous.”¹³ It is surprising because of Hobsbawm’s position as the skipper of the modernist camp in nationalism theory, the camp of scholars whose hobby is to ridicule those who believe that “nations have navels.”¹⁴ In nationalism theory, modernists and postmodernists are allies.¹⁵ They ally in debunking the myths of ethnic unity entertained by putatively homogenous nations. By showing that nations are constructs, they blur the differences between nations that have differing collective self-images. They have contributed to discrediting the once popular Hans-Kohnian view that dichotomizes civic and ethnic nations. Now the Manichean dichotomy between the civic and ethnic notions of nation is criticized as both analytically useless and normatively problematic.¹⁶ But should we content ourselves with reciting what has now become a truism – that all nations are constructs or “imagined communities”¹⁷ – and remain indifferent to the ways in which the members of particular nations conceive of themselves? As Brubaker pointed out, the constructivist rethinking of nation is “too obviously right, too readily taken for granted, to generate the friction, force, and freshness needed to push arguments further and generate new insights.”¹⁸ However problematic the civic vs. ethnic dichotomy is, one cannot ignore the differences among the notions of nation that manifest themselves in the policies, public discourses, and ideologies of nations, and the spectrum of rationales that fuel the projects of nation-states.

Then how should we make sense of the Korean notion of national identity? According to some scholars, Koreans hardly had any identity as a single *Staatsvolk* until their incorporation into the

¹³ Hobsbawm applied the same observation to Japan and China. According to Hobsbawm, Japan is also 99 percent homogenous and “94 percent of the People’s Republic of China are Han.” HOBBSAWM, *supra* note 6, at 66.

¹⁴ Ernest Gellner, *Ernest Gellner’s Reply: Do Nations Have Navels?*, 2(3) NATIONS & NATIONALISM 366, 366-70 (1996).

¹⁵ Anthony D. Smith, *Anthony D. Smith’s Opening Statement: Nations and Their Pasts*, 2(3) NATIONS AND NATIONALISM 358, at 360-1 (1996).

¹⁶ Rogers Brubaker, *Myths and Misconceptions in the Study of Nationalism*, in THE STATE OF THE NATION: ERNEST GELLNER AND THE THEORY OF NATIONALISM 272 (John A. Hall ed., 1998); Will Kymlicka, *Nation-Building and Minority Rights: Comparing West and East*, 26(2) J. ETHNIC & MIGRATION STUD. 183, 199-200 (2004).

¹⁷ BENEDICT ANDERSON, IMAGINED COMMUNITIES: REFLECTIONS ON THE ORIGIN AND SPREAD OF NATIONALISM (1983).

¹⁸ ROGERS BRUBAKER ET AL., NATIONALIST POLITICS AND EVERYDAY ETHNICITY IN A TRANSYLVANIAN TOWN 7 (2006).

modern world system.¹⁹ For them, not only Korean nationalism but much of the Korean ethnonational identity is a product of Japanese rule or an outcome of struggle against Japanese imperialism.²⁰ It is true that many cases of primordialist collective self-perception are products of political and economic forces as well as deliberate ideological projects in the modern era. Yet, as Anthony Smith pointed out, this is only half of the story. Some nations, or many nations, have “navels,” and the links between their modern shape and their past experiences in the womb of history are often quite strong.²¹ Those who emphasize the historical embeddedness of Korean nationhood recognize the existence of relatively clear “protonational” self-imaginings since the Koryŏ kingdom established in the tenth century.²² Although it may be true that protonational communities have no necessary relation with the territorially organized nations of today, one should not slight the long history of unitary government with identifiable “historic frontiers” that characterizes the Korean experience.²³ The population was confined within the geographic bounds of a hermit kingdom and a substantial degree of shared identity was inculcated, which derived from a mixture of various sources of legitimacy and authority – ancestry, language, rituals and so forth. Despite the fact that the cultural lives and written languages of the people differed across the social strata, it would be difficult to deny the existence of a rather homogenous “societal culture” that provided symbolic unity to the population.²⁴ This

¹⁹ CARTER J. ECKERT, *OFFSPRING OF EMPIRE: THE KOCH'ANG KIMS AND THE COLONIAL ORIGINS OF KOREAN CAPITALISM 1876-1945* 226-7 (1991); Henry H. Em, *Minjok as a Modern and Democratic Construct: Sin Ch'aeho's Historiography*, in *COLONIAL MODERNITY IN KOREA* 336 (Gi-Wook Shin & Michael Robinson eds., 1999); SHIN, *supra* note 1, at 1-20.

²⁰ Shin, Freda & Yi, *supra* note 2; see also Gi-Wook Shin & Michael Robinson, *Introduction: Rethinking Colonial Korea*, in *COLONIAL MODERNITY IN KOREA* 1 (Gi-Wook Shin & Michael Robinson eds., 1999).

²¹ Smith, *supra* note 15, at 358-65 (1996). In his debate with Anthony Smith, Gellner argued that the fact that some nations have navels is inessential and that it would be enough if modernist theory could account for 30 percent of the nations. Gellner, *supra* note 14, at 367.

²² Paik Nak-Chung, *South Korea: Unification and the Democratic Challenge*, 1(197) *NEW LEFT REV.* 67 (1993); John Duncan, *Proto-Nationalism in Premodern Korea*, in *PERSPECTIVES ON KOREA* 198 (Sang-Oak Lee & Duk-Soo Park eds., 1998).

²³ Duncan, *supra* note 22.

²⁴ Kymlicka defines a societal culture as “a culture which provides its members with meaningful ways of life across the full range of human activities, including social, educational, religious, recreational, and economic life,

unity should not be characterized only as ethnic-cultural as opposed to territorial-political. It was also territorially based and created by the “organizational, educational and ritual activities of the state” targeting people on the territory.²⁵

Despite these rich historical resources for nation building, the traditional Korean state lacked a decisive condition for turning a protonation into a nation-state. The state was not sufficiently “governmentalized” in Foucault’s terms.²⁶ It had insufficient power/knowledge to mold the subjects into a demographic whole to be measured and engineered with the goal of maximizing stability and productivity, which simultaneously required a grasping of the subjects as individuals. The population census, which had the limited purpose of finding out taxpayers and which should have been carried out every three years according to the law, was not regularly and thoroughly conducted as the authority of the Chosŏn government gradually weakened and in the end disintegrated. Whereas popular rhymes had it that Korea was a nation of twenty million, only five million subjects were identified when Japan took control of the government of Korea following the Treaty of 1905. Seo Ho-Chul’s study shows how the number increased to thirteen million by 1910 as a result of new censuses conducted during the protectorate period.²⁷ Under the gaze of a governmentalized state machinery installed by the Japanese, changes in the size and state of the population were identified and recorded. The population was recorded to be twenty-five million at the end of Japanese rule.

Koreans’ ethnic conception of nationhood owes much to the organizing logic of the Japanese empire. Although Japan treated Koreans as subjects of the Empire of Japan, it did not apply its Nationality Law and instead explained that Koreans had become Japanese as a result of annexation and in accordance with custom and reason. This was to block Koreans from escaping Japan’s jurisdiction by naturalization to another country, which would have effected loss of nationality had the Nationality Law been

encompassing both public and private spheres.” WILL KYMLICKA, *MULTICULTURAL CITIZENSHIP* 76 (1995).

²⁵ Duncan, *supra* note 22, at 221.

²⁶ Foucault, *Governmentality*, *supra* note 11.

²⁷ Seo Ho-Chul, 1890-1930 nyŏndae chumin tŭngnok chedo wa kŭndaejŏk t’ongch’isŏng ŭi hyŏngsŏng [The Resident Registration System and the Formation of Modern Governmentality 1890-1930] (2007) (unpublished Ph.D. dissertation, Seoul National University).

applied.²⁸ Though being treated as Japanese subjects, however, Koreans were separated from the Japanese and the other ethnonational groups in the empire. The family registry that recorded the population, with every change to the civil status of each individual meticulously traced and inscribed, was a codification of distinction inasmuch as the Japanese, Koreans, and Taiwanese were recorded on different family registers. This internal nationality was comparable to the *natsional'nost'* codified by the Soviet Union in 1932 in that both were a hereditary status, but it differed from the latter because no choice was given when the new system of registration was first introduced and initial entry was made.²⁹ A former subject of Chosŏn and the Empire of Korea was recorded on the family register for *chōsenjin* (Koreans), and no move from one registry to another was possible except when the person became a member of a family belonging to a different ethnonational group.³⁰ Hence the Japanese imperialists' "vision and division" of the world and their governmental rationality fixed the personal boundaries of the peoples under imperial rule and turned the "groupist" representation entertained by the rulers, as well as many of their subjects, into a legal-institutional reality.³¹ This population was carried over into the two Koreas as the pool of their 'initial citizens.'

III. WHO BECAME CITIZENS OF THE REPUBLIC OF KOREA?

South Korea's Nationality Act was enacted on December 20, 1948, four months after the Government of the Republic of Korea was established. According to Article 2 of the Act, a person who satisfied one of the following conditions acquired Korean nationality (citizenship) at birth.

²⁸ Chung In Seop, *Popchŏk kijun esŏ pon hangugin ūi pŏmwi* [Legal Boundaries of Koreans], in SAHOEGWAHAK ŪI CHEMUNJE [PROBLEMS IN SOCIAL SCIENCE] 653 (1988); Hidebumi Egawa, Yamada Ryōichi & Hayada Yoshirō, KOKUSEKIHŌ [NATIONALITY LAW] 191 (1989).

²⁹ ROGERS BRUBAKER, NATIONALISM REFRAMED: NATIONHOOD AND THE NATIONAL QUESTION IN THE NEW EUROPE 23-54 (1996).

³⁰ A woman was transferred to her husband's family register upon the registration of marriage.

³¹ Brubaker introduced the term 'groupism' to denote the conception that a nation is a natural, pre-given, "internally homogeneous and externally bounded" collectivity. Brubaker, *supra* note 16.

- (1) A person whose father is a national of the Republic of Korea when the person is born;
- (2) A person whose father was a national of the Republic of Korea at the time of his death, if he died before the birth of the person;
- (3) A person whose mother is a national of the Republic of Korea, if the father of the person is unknown or stateless;
- (4) A person born in the Republic of Korea both of whose parents are unknown or stateless. A foundling found in the Republic of Korea is presumed to have been born in the Republic of Korea.

A number of issues arise from this. First, what are the implications of the principle of *jus sanguinis* introduced in the Nationality Act? Some people attribute Korea's adoption of *jus sanguinis*, the principle of blood in conferring nationality at birth, to the powerful sense of ethnic homogeneity that characterizes the Korean collective self-perception.³² *Jus sanguinis* has been the main principle in the nationality laws of all East Asian countries, and it is often regarded as a sign of their racialized ethnic notion of nation. It is not uncommon for scholars to associate ethnic nationhood with *jus sanguinis* and civic with *jus soli*, the principle of citizenship based on birth on the territory. Brubaker's early work *CITIZENSHIP AND NATIONHOOD IN FRANCE AND GERMANY* (1992) is a paradigm example.³³ While it is true that *jus soli* is functionally effective in incorporating immigrants, *jus sanguinis* should not be regarded as representing a racialized and blood-centered notion of nationhood.³⁴ Patrick Weil is keen to correct that preconception. According to Weil, when France became the first modern state to adopt *jus sanguinis*, its motivation was to break with the traditions of the *ancien régime*, where birth on the territory was the ground of allegiance to the monarch, and to prioritize family links transmitted by the *paterfamilias* over

³² Dong-Hoon Seol, *Global Dimensions in Mapping the Foreign Labor Policies of Korea: A Comparative and Functional Analysis*, 34(1) *DEVELOPMENT & SOC'Y* 75, 81 (2005).

³³ ROGERS BRUBAKER, *CITIZENSHIP AND NATIONHOOD IN FRANCE AND GERMANY* (1992).

³⁴ Citizenship indexes tend to treat *jus soli* as a decisively important indicator of liberal citizenship policy. See, e.g., MARC MORJÉ HOWARD, *THE POLITICS OF CITIZENSHIP IN EUROPE* 17-36 (2009).

territorial subjecthood.³⁵ Neither did China adopt *jus sanguinis* because of a conception of nationhood based on a belief in a shared bloodline. Its adoption of *xuetongzhuyi* (*jus sanguinis*) was motivated more by the political goal of securing individuals' perpetual allegiance to the state.³⁶ When Japan adopted *jus sanguinis* in its first nationality law in 1899, its decision was driven more by the settled family registration system, security concerns, and the influence of European models than by a blood-obsessed ethnonationalistic impulse.³⁷ It was natural for independent Korea to adopt *jus sanguinis*, which was the dominant principle in East Asia as well as in Europe. It was a path-dependent choice for a country that inherited a governmentalized state apparatus with a system of recording the population developed by the Japanese.

Second, who were the nationals of the Republic of Korea who could pass on their Korean nationality to their posterity? In other words, who were the initial citizens of the Republic of Korea? When a state enacts its law of citizenship for the first time, it faces the question of who are the initial citizens from whom citizenship is to be bequeathed. Here arises a paradox. The initial citizens must be the sovereign people in whose name the state is founded. How can a group of people become the sovereign people and initial citizens of a state before that state recognizes and empowers them? Is it not true that the sovereign people create themselves by the very act of declaring their sovereign will?³⁸ Indeed, the very notion of the nation-state carries in itself the essentialist belief that the citizenry of a state is molded out of a preexisting nation, a community of people united by common culture and history. But the nation becomes a bounded community only when it is interpellated as such by the state, when its constitution calls the

³⁵ PATRICK WEIL, HOW TO BE FRENCH: NATIONALITY IN THE MAKING SINCE 1789 11-29 (2008).

³⁶ China's first nationality law, enacted in 1909 by the Qing government, adopted *jus sanguinis* in reaction against the 1907 Dutch statute in Java, whereby all Chinese born in Java should be considered Dutch nationals no matter whether they resided in Java or China, and against the attempts of Chinese subjects to acquire the nationalities of European countries. Shao Dan, *Chinese by Definition: Nationality Law, Jus Sanguinis, and State Succession, 1909-1980*, 35(1) TWENTIETH-CENTURY CHINA 4, 4-28 (2009).

³⁷ Chikako Kashiwazaki, *Jus sanguinis in Japan: The Origin of Citizenship in a Comparative Perspective*, 39(3) INT'L J. COMP. SOCIOLOGY 278 (1998).

³⁸ Jacques Derrida, *Declarations of Independence*, 15 NEW POLITICAL SCIENCE 7 (1986).

‘people’ into existence.³⁹ According to the nation-state ideology, an individual belongs to a state (*Staatsnation*) by virtue of being a member of a nation (*Volksnation*). Yet it is the state that determines whether he/she belongs to the nation. The Nationality Act manifests this paradox in a peculiar way.

If the “Republic of Korea” (Taehanminguk) in the law had meant the South Korean state whose modern constitution was promulgated and whose republican government was established in the summer of 1948, the vast majority of Koreans would have failed to acquire Korean nationality at birth because they were born earlier. Indeed, this logical gap was not created out of mistake. Yi In, the Minister of Justice when the Nationality Act was enacted, explained, “We had a state before 15 August.... We have had nationality both spiritual and legal since a long time ago.”⁴⁰ The name of the country, Taehanminguk, had been used since the establishment in 1919 of the Korean Provisional Government in Shanghai, which declared that it was the government of the Republic of Korea in exile. In sum, the “Republic of Korea” in the above provision simply meant the Korean state past and present – the historic Korean state as well as the new republic born in 1948. The drafters deliberately omitted an extra provision that would define who the initial citizens were, because they believed that the Korean state had never ceased to exist despite Japanese occupation and that the subjects of the historic Korean state were naturally carried over into the citizenry of the new republic.⁴¹

Interestingly, the drafters of the Nationality Act never mentioned the nationality rules issued under the United States Army Military Government in Korea (USAMGIK) that governed Korea south of the 38th parallel from September 1945 through August 1948. USAMGIK confronted situations where Koreans and Japanese should be distinguished and, envisaging the establishment of a government for the South, felt the need to enact a nationality law. The outcome was the Provisional Rules on Nationality issued by the South Korean Interim Legislative

³⁹ Chaihark Hahm & Sung Ho Kim, *To Make ‘We the People’: Constitutional Founding in Postwar Japan and South Korea*, 8(4) INT’L. J. CONST. L. 800, 807 (2010).

⁴⁰ Quoted in Chung, *supra* note 28, at 661-2.

⁴¹ Chung In Seop, *Uri kukch’ökpöp sang ch’oech’o kungmin hwanchöng kujun e kwanhan kömt’o* [A Study of the Criteria for Determining Initial Citizens under Korea’s Nationality Law], 43(2) KUCHEBÖPHAKHOE NONCH’ONG [KOR. J. INT’L. L.] 235, 236-7 (1998).

Council in May 1948, although it came too late to be used for election and other important purposes. The Provisional Rules, which purported to “clarify legal relations by establishing the nationality of Koreans until the enactment of a nationality law,” stipulated that, among others, 1) one whose father was a “Korean” (*chosōnin*) and 2) one whose mother was a Korean and father was unidentified or stateless had Korean (Chosōn) nationality (Article 2). Chosōn in this provision also meant the historic Korean polity and practically coincided with Taehanminguk as conceived by the drafters of the Nationality Act. The drafters did not refer to this law presumably because they did not want to give any chance of compromising their belief in Korea’s sovereign continuity.

Third, how could one be recognized as a national of the Republic of Korea under the Nationality Act or a national of Chosōn under the Provisional Rules on Nationality? This practical question cannot be solved by formal rules governing hard boundaries. While USAMGIK faced a number of situations where it needed to determine who belonged to which group, namely Korean or Japanese, it did not have a consistent set of criteria. In repatriating Japanese residents in Korea, it ordered all Japanese nationals, other than those who had been brought under Japanese sovereignty as a result of annexation in 1910, to return to Japan. Even the Japanese spouses of Korean men who had been entered on the Korean family register were excluded from automatic entitlement to residence in Korea. They needed permission to stay in Korea.⁴² All Japanese were required to register themselves as ‘Japanese’ and were barred from traveling more than ten kilometres from their residence without permission. This resulted in a spectacular diminution of Japanese residents in Korea. Only 242 Japanese were reported to be remaining in Seoul a month before the end of the U.S. military government.⁴³ In confiscating “enemy property,” on the other hand, USAMGIK resorted to the family registry in sorting out the holders of property that should be confiscated. The rules for the National Assembly election in 1948 introduced additional criteria. Those who were recorded on the Korean family register were recognized as citizens (*kungmin*) and

⁴² Chung, *supra* note 28, at 663-5.

⁴³ Kim Soo-ja, *Taehanminguk chōngbu surip chōnhu kukchōkpōp chejōng nonūi kwajōng e nat’anan ‘kungmin’ kyōnggye sōlchōng* [The Delimitation of the Boundaries of the ‘Citizenry’ in the Discussion of Nationality Law Enactment before and after the Establishment of the Government of the Republic of Korea], 49 HANGUK KŪNHYŌNDAESA YŌNGU [J. MOD. KOR. HIST.] 114, 118 (2009).

therefore voters. Persons who had been born between Korean parents were also recognized as citizens. Persons who were born to Korean men were enfranchised insofar as they had no other nationality or citizenship.⁴⁴ The family registry was also used in the Provisional Rules on Nationality as the line distinguishing between Korean and Japanese. One who had been entered on the Japanese family register could recover Korean nationality only upon the deletion of that registration (Article 5). These show that the family registry was the most reliable evidence for proving one being Korean. One who was not recorded on the family register had to prove his/her identity by substantive means. Ironically, a product of colonial governmentality – the family registry compiled under Japanese rule – turned out to be the most powerful means of determining one's identity and therefore membership of the independent nation. As we shall see, people asserting their membership in the Korean nation often find that this “papereality” is practically more real than their real identity.⁴⁵

IV. MEMBERSHIP IN A DIVIDED NATION

According to Walker Connor, the original purpose of the term nation-state was to describe “a territorial-political unit (a state) whose borders coincided or nearly coincided with the territorial distribution of a national group,” a group of people which he sees as united by a belief in common ancestry.⁴⁶ According to Anthony Smith, a nation-state exists only when “a single ethnic and cultural population inhabits the boundaries of a state, and the boundaries of that state are coextensive with the boundaries of that ethnic and cultural population.”⁴⁷ Both Connor and Smith assert that less than ten percent of United Nation member states are true nation-states. If Korea were not included, the justification would be that, because of the national division, the boundaries of the state are not coextensive with the boundaries of the ethnic and cultural population. For many Koreans, this

⁴⁴ Chung, *supra* note 28, at 665-7.

⁴⁵ I picked up the term “papereality” from David Dery, ‘Papereality’ and Learning in Bureaucratic Organizations, 29(6) ADMIN. & SOC’Y. 677 (1998), guided by Jaeeun Kim, *The Making and Unmaking of a ‘Transborder Nation’: South Korea during and after the Cold War*, 38(2) THEOR. & SOC’Y. 133 (2009).

⁴⁶ WALKER CONNOR, ETHNONATIONALISM: THE QUEST FOR UNDERSTANDING 96 (1994).

⁴⁷ ANTHONY D. SMITH, NATIONS AND NATIONALISM IN A GLOBAL ERA 86 (1995).

discrepancy between nation and state is an affront to their ideal of nation-statehood, which places huge value on what Brubaker terms the “correspondence theory of justice.”⁴⁸ Gi-Wook Shin’s survey shows a positive correlation between a strong sense of ethnic homogeneity and a strong commitment to the goal of national unification.⁴⁹

While declaring unification as a national aim that can never be compromised, the two Koreas have negated each other’s statehood. Not only does the mutual negation manifest itself in hostile confrontations, but it has also been agreed upon by the two parties in times of rapprochement. Notwithstanding that the two Koreas are separate states in the eyes of international law, they have formally agreed to recognize that their relationship is not one between states but “a special interim relationship stemming from the process towards unification.”⁵⁰ During the Cold War, South Korea found few problems in treating North Koreans as nationals of the Republic of Korea pursuant to the Constitution of the Republic of Korea.⁵¹ Until the end of the Cold War the South Korean government immediately recognized as citizens 600 North Koreans who had defected to South Korea and rewarded them as freedom fighters. No change has been officially made to the principle that North Koreans are citizens, but the process of their entry has become complicated. As China has become the major route of their transit to South Korea, South Korea’s approach has become doubly complex.

First, in dealing with North Koreans in China, the South Korean government could not avoid inconsistencies in observing the principle of “one nation, one state.” China insists that its treatment of “escapees” from North Korea is a question of handling illegal migrants on its territory and a matter to be dealt with according to its domestic law and agreements with North Korea.⁵² Unable to exercise personal jurisdiction over North

⁴⁸ Brubaker, *supra* note 15, at 274.

⁴⁹ SHIN, *supra* note 1, at 185-203.

⁵⁰ Agreement on Reconciliation, Nonaggression, and Exchanges and Cooperation between the South and the North, S. Kor.-N.Kor., Mar. 25, 1992, CD/1147.

⁵¹ “The territory of the Republic of Korea consists of the Korean peninsula and its adjacent islands.” TAEHANMINGUK HÖNPÖP [CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF KOREA], art. 3 (S. Kor.).

⁵² Although China has acceded to the 1951 Convention on the Status of Refugees and its 1967 Protocol, it refuses to recognize people displaced from North Korea as refugees. In Korea, the “escapee” has become an official term, although the lengthier label “person having escaped from North Korea” is used in statutes.

Koreans in China (as well as in all other countries), South Korea has limited capacity to transport North Koreans to South Korea. Although the South Korean government announced that it would accept all North Koreans who desire to settle in South Korea, it has granted entry on a selective basis.⁵³ The Act on the Protection and Settlement Support of Residents Escaping from North Korea was enacted in 1997 to streamline administration for facilitating the settlement of North Koreans in South Korean society, but most of the measures which it provides relate to treatment within South Korea.⁵⁴ The few provisions regarding the “protection” of North Koreans outside of Korea compromises the principle that North Koreans are citizens by giving discretion to the government in deciding whether to offer protection, which is apparently repugnant to the constitutional freedom of residence and movement and the concomitant right to entry into the state territory.

Second, as North Koreans are mixed up with their coethnics in China – *chaoxianzu* (Chinese citizens of Korean ethnic origin) or *chosŏnjok* (as pronounced in Korean) – they are not readily discernible to the South Korean authorities as citizens. Disputes arose and the judiciary was called upon to clarify who they were. Involved in these disputes was a clash between the definition of national membership and the papereality. Bureaucratic obsession with documentary correctness was coupled with a shaky policy and exclusionary attitudes towards North Korean ‘migrants’ as well as ethnonational kin from China.

The first court case regarding the status of a North Korean was that of Han Yŏngsuk. Han was born to Korean parents in Shanghai in 1943. Unlike Koreans in Manchuria, the family did not acquire Chinese citizenship and were treated as North Korean citizens; they were *chogyo* (*chaoqiao* in Chinese, meaning “North Koreans abroad”) and not *chaoxianzu*. Han remained a North Korean citizen despite her marriage to a Chinese man. Han found a job in a firm in joint venture with the Korean firm Daewoo. In 1988, the company arranged for Han to make a short-term visit to South Korea on a travel certificate issued by the South Korean

⁵³ *Hangukhaeng hŭimang t'albukcha chŏnwon suyong pangch'im* [All Escapees from North Korea Wishing to Settle in South Korea Should Be Accepted], CHOSŌN ILBO [CHOSUN DAILY] (S. Kor.), Oct. 18, 1999, at 2.

⁵⁴ I respect the English translations of Korean laws available at <http://elaw.klri.re.kr>, a website of the Korean Legislation Research Institute affiliated with the Ministry of Government Legislation, but do not always follow its translations.

foreign ministry. At that time, when South Korea was yet to recognize the People's Republic of China and its passports, the South Korean government issued Chinese travelers travel documents instead of visas. Han was treated in the same way. Upon the expiry of her period of stay, Han refused to return to China and claimed that she was a citizen of the Republic of Korea. Han stressed that she was included in the family register of her elder sister who had left Shanghai in 1949 and had been living in South Korea. Her claim was accepted and she was issued a Resident Registration Card in 1989. A few months later, however, her resident registration was cancelled because she had not submitted a certificate of invalidation of her "overseas resident" passport, a requirement which a nonresident citizen had to fulfill in order to complete resident registration and recover the full public rights as a resident citizen. Han, who had never been given a Korean passport, could not fulfill this requirement. She challenged the decision through administrative adjudication proceedings and subsequently through a court action, but failed to have the decision declared void. Both the Seoul High Court and the Supreme Court found that the cancellation of the resident registration was flawed and could have been voided, but did not regard it as null and void.⁵⁵ Since the period for filing an objection to the administrative decision was well over, Han could not have the decision voided and have her resident card back. In the end, uproar of public sympathy pressed the government to find a solution; the government decided to treat Han as a "permanent returnee" and issued her a resident registration card.⁵⁶

Although Han differed from most North Korean escapees in background and migration process, her experience marked the first stage of post-Cold War North Korean migration to South Korea. The South Korean government turned out to be surprisingly unprepared to deal with the new pattern of North Korean migration. The case demonstrates a relative lack of distinction between North Koreans and Korean-Chinese (*chaoxianzu*). As South Korea recognized the People's Republic of China following the 7.7 Declaration of President Roh Tae-Woo in 1988, Chinese

⁵⁵ Seoul High Court [Seoul High Ct.], 93ku15146, Feb. 3, 1994 (S. Kor.); Supreme Court [S. Ct.], 94nu3223, Aug. 26, 1994 (S. Kor.).

⁵⁶ I am grateful to Um Sang-ik, the lawyer who represented Han Yöngsuk in her action, for providing me with precious information and his book which contains an essay about the case. UM SANG-IK, ÖMMA HABÜI HAPSIDA [MOM, LET'S COMPROMISE] 242-59 (1996).

passport holders were issued visas, in contrast to North Korean passport holders, who were given special travel documents for entering South Korea. Yet the government had a rather unclear attitude regarding the nationality of Chinese passport holders of Korean ancestry. The practice of granting “permanent returnee” status was an example. Former independence activists and their immediate family members who had become Chinese citizens were the first group to be given this status. They could resettle in South Korea as citizens without reacquiring Korean nationality. The government applied this treatment to Han.

The Yi Yöngsun case, decided two years later, involved another instance of bureaucratic exclusion, but the court’s decision marked a watershed in a significant respect. Yi was born in Korea during Japanese rule and had lived in North Korea until she moved to China in 1960. Yi, twice married to a Chinese citizen of Korean descent, entered South Korea in 1992 on a Chinese passport and visa. She came with her second husband, and the couple worked in restaurants and motels until a drunken man killed Yi’s husband. In the course of handling the aftermath of her husband’s death, Yi decided to settle permanently in South Korea and reported to the police that she was a North Korean. The police and immigration authorities, however, regarded her as Chinese and decided to deport her. Being interned for deportation, Yi brought an action against the decision. She submitted her North Korean citizen card and alien resident card issued by the Chinese government as proof. The Seoul High Court ruled that Yi was a citizen and the deportation decision should be revoked. The Supreme Court affirmed the ruling.⁵⁷

The Yi Yöngsun decision corrected the bureaucracy’s prioritization of the passport as evidence for its factual determination of a person’s country of nationality. More importantly, the decision was the first to explain how Koreans had become citizens of the Republic of Korea. Until then, it was taken for granted that North Koreans were citizens of the Republic of Korea, although Article 3 of the Constitution only mentioned the territory of the Republic of Korea and not its people.⁵⁸ In clarifying Yi Yöngsun’s legal status, the courts gave its official interpretation of the legal grounds on which all Koreans were

⁵⁷ Seoul High Court [Seoul High Ct.], 94ku16009, Dec. 8, 1995 (S. Kor.); Supreme Court [S. Ct.], 96nu1221, Nov. 12, 1996 (S. Kor.).

⁵⁸ The previous cases on North Koreans related to violations of the National Security Act.

citizens of the Republic of Korea. In their decisions, the Seoul High Court and the Supreme Court recognized the Provisional Rules on Nationality as a middle station en route to citizenship in the Republic of Korea. The courts explained that Koreans had possessed a Chosŏn nationality pursuant to the Provisional Rules on Nationality and acquired the nationality of the Republic of Korea when the Constitution came into force on July 17, 1948. According to the courts, Yi Yŏngsun had become a citizen of the Republic of Korea in this way, which was unaffected by her acquisition of North Korean citizenship, a status unrecognized by the Constitution and laws of the Republic of Korea.

Two questions arise from the Yi Yŏngsun ruling. First, it is questioned whether it was right for the courts to declare that Chosŏn nationals “acquired” the nationality of the Republic of Korea in July 1948.⁵⁹ It seems that the courts mistakenly used the term “acquired” when it could have ruled that Chosŏn nationality automatically converted to the nationality of the Republic of Korea, a reasoning that does not conflict with the practice of the South Korean government both before and after the decision. Second, should all North Koreans be treated as citizens of the Republic of Korea because they are North Korean citizens according to North Korean law or because they are Korean nationals according to the laws of South Korea? In other words, are there any North Korean citizens who do not satisfy the conditions for nationality under South Korea’s nationality law and, if there are, how should they be treated?

By principle it is South Korea’s nationality law that governs North Koreans’ nationality status in the Republic of Korea, since the Republic of Korea does not recognize the effect of the laws of the Democratic People’s Republic of Korea. Yet most North Koreans qualify as citizens of the Republic of Korea under the latter’s nationality law, as North Korea also derived its initial citizenry from the membership of the historic Korean nation. Article 1 of North Korea’s Nationality Act of 1963, the first statute on nationality, defined “citizens of the Democratic People’s Republic of Korea” as “persons who had the nationality of Chosŏn prior to the establishment of the Democratic People’s Republic of Korea and their offspring, provided that they had not renounced

⁵⁹ Kim Myung-Ki, *Pukhan chumin ŭl Taehanminguk kungmin ŭro pon taebŏbwon p’angyŏl ŭi pŏbiron* [The Jurisprudence of the Supreme Court Decision that Regarded a North Korean as a Citizen of the Republic of Korea], 30(2) CHŎST’ISŬ [JUSTICE] 186, 203-4 (1997).

their nationality of Chosŏn prior to the promulgation of this law.” While South Korea’s Nationality Act did not, and does not, contain such a provision for defining its initial citizenry, the nationality of the Republic of Korea, as posited by the drafters of the Nationality Act, and the nationality of Chosŏn, provided for by the Provisional Rules on Nationality, squarely coincide with the nationality of Chosŏn under the North Korean law.

However, the nationality laws of the North and South have differed in many respects. One of the most important differences until the late 1990s was that South Korea’s *jus sanguinis* was patrilineal while North Korea had respected the bilineal principle from the beginning. Hence, one who was born to a North Korean woman and a foreign man in wedlock after South Korea’s Nationality Act came into force in 1948 and before its amendment came into force in 1998 was not a national of the Republic of Korea, whereas he/she was a citizen of the Democratic People’s Republic of Korea. Kim Kwangho was such a person.

Kim was born in North Korea in 1955 and moved to China in 1957 with his parents. In 1995 he secretly entered South Korea through a sea route, but was caught and faced deportation, as the South Korean authorities regarded him as an illegal migrant holding Chinese nationality. He brought an administrative action to contest the deportation order, and contended that he was a citizen of the Republic of Korea because he was born to a Korean man who had been a national of Chosŏn according to the Provisional Rules on Nationality and who thus had become a citizen of the Republic of Korea on July 17, 1948. The court found that Kim’s father had acquired Chinese nationality before the Provisional Rules was issued and had not recovered Korean nationality before Kim was born. But the court made a referral to the Constitutional Court upon a motion filed by Kim, who argued that, if he were treated as a foreigner because his father was a foreigner despite her mother’s North Korean citizenship, Article 2(1)(i) of the Nationality Act should be held violative of the constitutional principle of equality and set aside. While the case was pending in the Constitutional Court, the National Assembly amended the Nationality Act to make the law conform with the human rights treaties to which South Korea was a party. As a result, Article 2(1)(i) was revised to adopt the bilineal *jus sanguinis* principle. Yet Kim could not benefit from this, because only those who had been born within ten years prior to the amendment could apply for the benefit of the legal change. The

Constitutional Court held that the limitation of the retrospective effect to ten years was contrary to the Constitution.⁶⁰ The National Assembly responded by extending the period to twenty years. Kim was still unable to enjoy the benefit of the new rule.

Therefore, because of gaps between the nationality laws of South and North Korea, some members of the North Korean citizenry are excluded from the citizenship of the Republic of Korea. This should be compared with the experience of Germany. Like the Republic of Korea, the Federal Republic of Germany insisted upon a common German nationality embracing East Germans, whereas the German Democratic Republic, unlike the Democratic People's Republic of Korea, abandoned the idea of a common German nationality in 1967.⁶¹ Like Korea's construction of continuity between the republic's citizenship and Chosŏn nationality, the scope of German nationality in the Federal Republic of Germany was broad, as the nationality law that applied was the *Wilhelmine Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz* of 1913. Hence, "almost all" residents of East Germany were regarded as German citizens.⁶² Nonetheless, questions arose as to whether all effects of GDR nationality law, such as naturalization decisions made by the GDR, should be respected. These questions have not been completely solved.⁶³ The Federal Republic of Germany has taken flexible approaches to individual cases, such as treating as a citizen an Italian who had acquired GDR citizenship by naturalization.⁶⁴

Probably the Republic of Korea is more obstinate with regard to the effects of the nationality law of North Korea than the Federal Republic of Germany has been toward the East German law, although the former has yet to face a situation where citizenship should be recognized en masse like in Germany. South Koreans know little about how many and what kinds of North Koreans there are in North Korea who do not qualify as Korean nationals under South Korean law. But encounters with people who claim to be escapees from North Korea suggest that North Korea's different approach to citizenship may have created groups

⁶⁰ Constitutional Court [Const. Ct.], 97hōnga12, Aug. 31, 2000 (S. Kor.).

⁶¹ Kay Hailbronner, *Germany*, in 2 ACQUISITION AND LOSS OF NATIONALITY: POLICIES AND TRENDS IN 15 EUROPEAN STATES 218 (Rainer Bauböck et al. eds., 2006).

⁶² BRUBAKER, *supra* note 33, at 169.

⁶³ Hailbronner, *supra* note 61, at 219.

⁶⁴ SON HIDU, THE NATIONALITY LAW OF NORTH KOREA [PUKAN ŪI KUKCHŎK PŎP] 19 (1997).

whose status would be problematic if the South Korean law applied. Although North Korea's nationality policy and administration were rather vague and ad hoc between 1945 and 1963, North Korea had more 'progressive' approaches with regard to a number of issues than South Korea. Gender equality was an example, as we saw. Another example was the treatment of *huaren* or people of Chinese origin. The first Constitution of the Democratic People's Republic of Korea promulgated in 1948 contained a number of articles that presupposed that the North Korean citizenry was multiethnic. These articles provided for the equality of rights between citizens of different ethnic origins (Articles 11 and 12), and between "national minorities who possess the citizenship of the Democratic People's Republic of Korea" and "Korean citizens" (Article 31). The drafters of the constitution explained that the conferral of citizenship on "national minorities" would not only be just but also advantageous to North Korea because it would be helpful in demanding China to respect the interests of ethnic Koreans in China. The people of Chinese origin were the principal national minority to be treated as citizens.⁶⁵ Many among the twenty thousand Chinese in North Korea acquired North Korean citizenship, although many of them later changed their status to that of foreigners, namely *hwagyo* (*huaqiao* in Chinese, Chinese citizens abroad). Cases regarding Chinese escapees from North Korea show that the South Korean authorities are reluctant to treat them as escapees from North Korea and therefore citizens of the Republic of Korea.⁶⁶

Are North Koreans dual nationals because they qualify as nationals of the Republic of Korea under South Korea's Nationality Act? Some South Korean scholars argue against imposing the nationality of the Republic of Korea upon North Koreans. Apart from illustrating a Cold-War mentality, the unilateral treatment of North Koreans as ROK nationals would cause difficulty when North Koreans seek refugee status in other

⁶⁵ Kim Seong-Bo, *Nambuk kukka suripki inmin kwa kungmin kaenyŏm ūi punhwa* [Differentiation of the Concepts of People and Nation during the Establishment of South Korea and North Korea], 144 HANGUKSA YŎNGU [REV. KOR. HIS.] 69, 69-95 (2009).

⁶⁶ Chung In Seop, Park Jung Hae, Lee Chulwoo & Lee Ho Taeg, *Mugukchŏkcha kwalli mit ch'eryu chilsŏ hwangnip ūl wihan chedo yŏngu* [The Study of a System for the Treatment and Orderly Settlement of Stateless Persons], Report in Fulfillment of a Research Project Commissioned by the Ministry of Justice, Government of Korea 112-60 (2009).

states.⁶⁷ According to the Convention Relating to the Status of Refugees,

In the case of a person who has more than one nationality, the term “the country of his nationality” shall mean each of the countries of which he is a national, and a person shall not be deemed to be lacking the protection of the country of his nationality if, without any valid reason based on well-founded fear, he has not availed himself of the protection of one of the countries of which he is a national (Art. 1(A)(2)).

The links between North Korean escapees and South Korea are in fact purely formal until they actively seek South Korea’s protection. The UNHCR’s following guideline has some relevance to this kind of circumstance.

In examining the case of an applicant with dual or multiple nationality, it is necessary, however, to distinguish between the possession of a nationality in the legal sense and the availability of protection by the country concerned. There will be cases where the applicant has the nationality of a country in regard to which he alleges no fear, but such nationality may be deemed to be ineffective as it does not entail the protection normally granted to nationals. In such circumstances, the possession of the second nationality would not be inconsistent with refugee status. As a rule, there should have been a request for, and a refusal of, protection before it can be established that a given nationality is ineffective. If there is no explicit refusal of protection, absence of a reply within reasonable time may be considered a refusal.⁶⁸

⁶⁷ Park Jeong Won, *Protection of the Human Rights of the North Korean Defectors*, 33(5) KONGPÖP YÖNGU [PUBLIC LAW] 105, 128 (2005); Yi Gwangsu, Chaoe t’albukcha ūi kungnaeböpchök chiwi [The Legal Status under Domestic Law of North Korean Escapees Abroad] 76-7, Proceedings of the 34th Seminar of the Human Rights Forum of the National Assembly, Sept. 18, 2008.

⁶⁸ U.N. HIGH COMM. ON REF., HANDBOOK ON PROCEDURES AND CRITERIA FOR DETERMINING REFUGEE STATUS UNDER THE 1951 CONVENTION AND THE 1967 PROTOCOL RELATING TO THE STATUS OF REFUGEES (1979), para. 107.

In short, that North Koreans are deemed nationals of the Republic of Korea alone does not preclude the recognition of North Korean escapees as refugees. However, what if a North Korean does not want to be treated as a national of the Republic of Korea? Can we impose the nationality of the Republic of Korea upon that person against his/her wishes and despite his/her lack of actual links with South Korea? Unfortunately, North Koreans face increasing difficulty with asylum application in other countries because they have a country that recognizes them as its citizens even if they do not want to be treated as such. For example, Australia dismisses asylum applications by North Korea escapees as invalid. Australia recognizes no obligation to protect the applicants as refugees insofar as they have not taken all possible steps to avail themselves of the right to enter and reside in South Korea.⁶⁹ North Korean asylum seekers are often seen as opportunistic migrants who can, but do not try to, settle in the Republic of Korea, where they are entitled to citizenship.

V. HOW DO WE KNOW YOU'RE NORTH KOREAN?

Over 27,500 North Koreans had entered South Korea by the end of 2014.⁷⁰ In the late 1990s, stories and scenes of North Koreans refused entry to South Korean diplomatic missions were sensationalized and aroused popular sympathy. This called for the enactment of the Act on the Protection and Settlement Support of Residents Escaping from North Korea. Instead of aligning practice with principle, however, the law compromised the principle by providing a statutory ground for bureaucratic discretion as to whether to give “protection.” Within the scope of “protection” are various measures ranging from admission to a diplomatic mission and then to South Korea, to providing economic, social and educational benefits on Korean territory. Protection can be refused on various grounds, including the likelihood that the person will “cause serious political or diplomatic difficulties.” The changing

⁶⁹ *RRT Case No. 0910048*, [2010] RRTA 911, Australia: Refugee Review Tribunal, Oct. 20, 2010. In this case, the tribunal held that such applicants should not simply be refused a visa; their applications cannot be considered at all.

⁷⁰ See the statistics on escapees from North Korea on the webpage of the Ministry of National Unification, <http://www.unikorea.go.kr/content.do?cmsid=1518> (last visited May 5, 2015).

image of “escapees” from victims of oppression to voluntary migrants, which more or less accords with the reality,⁷¹ explains why protection might be denied to applicants who have lived in a foreign country for a lengthy period of time – ten years or more.⁷² The South Korean authorities distinguish such persons from escapees and apply the label *chogyo*, which North Koreans use to denote North Korean citizens living abroad. The practice is at variance with the constitutional principle that all North Koreans are ROK citizens.

The treatment of North Koreans as nationals of the Republic of Korea remains no more than theoretical when individual North Koreans cannot be identified as North Korean and admitted to South Korea. There are three routes for individual North Koreans to be recognized as North Korean and therefore nationals of the Republic of Korea.⁷³

The first is the aforementioned protection procedure under the Act on the Protection and Settlement Support of Residents Escaping from North Korea. The law empowers the Minister of National Unification to make a decision as to whether or not to offer “protection” and, if there is a likelihood that national security could be affected, the Director of the National Intelligence Service (NIS) can block admission (Article 8). The decision to offer protection is an act of determination as well and, therefore, no separate procedure is needed for identifying the applicant as North Korean until he/she is admitted into South Korea. Once the protected person is in South Korea, his/her identity is thoroughly screened again, and the protection decision can be revoked if the identity is found to have been misrepresented.

Second, Article 20 of the Nationality Act provides for a nationality determination procedure (*kukchŏk p'anjŏng*) administered by the Ministry of Justice (MOJ). This procedure is also available to Koreans from Sakhalin who seek to settle permanently in Korea.⁷⁴ North Koreans who cannot avail

⁷¹ Hazel Smith, *North Koreans in China: Sorting Fact from Fiction*, in CROSSING NATIONAL BORDERS: HUMAN MIGRATION ISSUES IN NORTHEAST ASIA 165 (T. Akaha & A. Vassilieva eds., Tokyo, 2005).

⁷² PUKHAN I'TAL CHUMIN ŬI POHO WA CHŎNGCH'AK CHIWON E KWANHAN PŎMNYUL [ACT ON THE PROTECTION AND SETTLEMENT SUPPORT OF RESIDENTS ESCAPING FROM NORTH KOREA] art. 9 (S. Kor.); ENFORCEMENT DECREE OF THE ACT, art. 16 (S. Kor.).

⁷³ See Chung et al., *supra* note 66, at 112-60.

⁷⁴ As we shall see, before the nationality determination procedure was given a statutory ground in the Nationality Act in 1998, the MOJ operated the procedure on the basis of an administrative guideline, and used it for

themselves of the protection procedure under the Act on Protection and Settlement Support, such as *chogyo*, or those who have been refused protection may still resort to the nationality determination procedure. Yet recourse to this procedure is restricted because one can apply for a nationality determination only when he/she is in South Korea.

Until 2010, the nationality determination decision took the form of either “determined” or “undeterminable.” Now the decision uses the term “possession” or “non-possession” (of Korean nationality). If the MOJ either concludes that the applicant is not North Korean or has failed to obtain enough evidence to conclude whether the person is North Korean, it issues a “non-possession” decision. Thus the procedure does not distinguish between when someone is definitively found not to be North Korean and when it is unclear whether the person is North Korean. An “undeterminable” or “non-possession” decision covers a variety of circumstances where the government is not ready to recognize the applicant as a national. This decision, which ranges from “you’re not” to “we don’t know,” is constative in the sense that it simply states the understanding of a fact that preexists the decision, but in substance it is performative, with the effect of realizing the state’s desire to create a citizen. Nonetheless, a “non-possession” decision is not a definite administrative decision which can be challenged in an administrative court.⁷⁵ By the same token, the applicant may reapply.

Third, it is not theoretically impossible to obtain a declaratory judgment from a court that he/she has the nationality of the Republic of Korea by virtue of being North Korean. However, no case of such action has been reported.

Hence nationality determination under the Nationality Act is practically the last resort. If one fails at this stage, he/she finds it virtually impossible to assert his/her Korean nationality and is likely to be *de facto* stateless. Although one can reapply, reversal is unlikely, and he/she has to live in South Korea without an effective nationality.

The seemingly exclusionary attitude of the South Korean government is partly explained by the fact that protection seekers are not readily legible as North Korean. Practically, nationality

recognizing exiled patriots and their families from China and the former Soviet Union as Korean citizens without an extra process of granting them citizenship.

⁷⁵ Seoul Administrative Court [Seoul Admin. Ct.], 2011kuhap22051, Feb. 17, 2011 (S. Kor.).

determination is focused on whether the applicant is North Korean or Korean-Chinese (*chaoxianzu*, *chosŏnjok*). Lee Ho Taeg, a member of a research team which included myself, interviewed eleven people who had failed to be recognized as North Korean (including one who was later given recognition) and analyzed four other cases. Based on the information, Lee gives the following typology.⁷⁶

First, persons who enter South Korea possessing documents showing that the holder is a Chinese national have a high risk of failure. Although many North Korean escapees are believed to possess forged Chinese identity cards or passports or similar documents obtained through fraud, the possession of such documents can be a ground for negative consideration.

Second, *chogyo*, or North Korean citizens living abroad, face extra difficulty in proving their links with North Korea. *Chogyo* in China possess documents showing that they are North Korean, such as a North Korean national identity card and an alien resident document issued by the Chinese government, but the South Korean government does not readily accept those as proof, because such documents can be easily forged in China. Instead of relying on documents, the South Korean authorities tend to test the person's knowledge of the North Korean situation and of the surroundings of his/her place of origin in North Korea. *Chogyo* who have been out of North Korea for a long time have a higher risk of failing to pass this test. Escapees who have lived in a foreign country for more than ten years, and who accordingly have been refused protection, have the same difficulty.

Third, children born to North Korean escapees tend to lack documentations of their identity just like any other children of refugees. If they enter South Korea with their parents and if the parents are recognized as North Korean, they have few problems unless the parental links are questioned. But some children enter South Korea separated from their parents and mixed up with illegal migrants from China, in which case the South Korean authorities find difficulties in establishing whether they are truly North Korean.

⁷⁶ What follows partly reproduces In Seop Chung, Chulwoo Lee, Ho Taeg Lee & Jung Hae Park, *The Treatment of Stateless Persons and the Reduction of Statelessness: Policy Suggestions for the Republic of Korea*, 13(1) KOR. REV. INT'L STUD. 7, 26 (2010). The article is a summarized and translated version of Chung et al., *supra* note 66.

Fourth, escapees from North Korea who have *huaqiao* (*hwagyo*) backgrounds are doubly vulnerable because even their North Korean citizenship is precarious. Four of the interviewees were born in North Korea to a *huaqiao* father and North Korean mother, and one interviewee was treated as *huaqiao* in North Korea as she was married to a *huaqiao*. As they had chosen to live as *huaqiao* at some point before they left North Korea, the South Korean Ministry of Justice seems to be either reluctant to recognize them as North Korean citizens or unable to determine whether they are North Korean. Still worse, *huaqiao* from North Korea are not necessarily accepted by China. The Chinese authorities may also find difficulties in establishing who they are.⁷⁷

Lastly, some people of North Korean origin have acquired Chinese citizenship, which they do not deny, and are not treated as North Korean for that reason. But even though the Chinese government issued them Chinese passports, the process through which they acquired Chinese citizenship is often questioned and the holders contend that they obtained the passports by irregular means.

VI. CONCLUSION

We have seen how North Korean migrations to South Korea have challenged the ideology of one nation / one state. Those migrations tested the South Korean complacency regarding the constitutional vision of a single nation-state. The official vision has been disrupted by the government's inconsistent practices, which are not only due to the geopolitical intricacy of the problem and diplomatic realism but also stem from exclusionary intentions and a bureaucratic *habitus* of closure. The influx of North Koreans in turn has stimulated a retrospective reaffirmation of the boundary of the nation and of the citizenry. The ROK's belated retrospective recognition of its initial citizens has recaptured the genealogy of an ethnic nation whose boundary had become

⁷⁷ There is a variation in China's treatment of *huaqiao* from North Korea. While China refused to recognize Kim Ch'ŏnil, one of Lee Ho Taeg's interviewees, as Chinese, Yu Usŏng, who was arrested and put on trial for espionage but was acquitted of that charge, had easily obtained a Chinese *hukou*. See *Yu Usŏng Story 4*, OHMYNEWS, April 28, 2014, http://www.ohmynews.com/NWS_Web/Event/Special/sp_story.aspx?CNTN_CD=A0001984845 (S. KOR.).

institutionally delimited and ascertained by the governmentality of an ethnic-minded imperialist power.

This study showed how a protonational community of people turned into the citizenry of a modern nation-state, albeit incomplete because of national division. This transformation was not only a product of the mutual constitution of sovereignty and identity, manifested in the paradox that a society of politically empowered citizens originates from a community of people united by common identity, while the boundaries and identity of the latter are shaped by the decision of the former. What should not be neglected is the mediating role of the politics of governmentality. In the Korean case, the governmentalized gaze of the state machinery transplanted by the imperialistic rulers reconstituted the historic Korean nation as a knowable population with its individual members identified and recorded, which mediated the equation of the citizenry of the independent republic and the precolonial protonation. Through this project of governmentality, the population was institutionalized as a community of descent. Korea's ethnicized identity and membership should be explained not as the manifestation of a collective cultural disposition but as a product of multidimensional politics.

In recapturing the varied dimensions of the politics of citizenship and national membership, this essay brought to light shaky and hazy administrative practices of admission and exclusion. These practices are not the mere execution of a project of sovereignty or notion of identity, but have their own logic and dynamics. With reference to the treatment of persons claiming to be North Korean, this study threw light on how these administrative practices unfold a biopolitics which reproduces and is reproduced by a notion of nation that has turned into an institutional reality. While the biopolitical practices of admission and exclusion are informed by the institutionalized notion of ethnonational identity and codified membership criteria, those practices are performative in the sense that they practically create the identities of individuals rather than discover their real identities.⁷⁸

⁷⁸ Mark Salter, *When the Exception Becomes the Rule: Borders, Sovereignty, and Citizenship*, 12(4) CITIZENSHIP STUD. 365 (2008).

THE ILLEGITIMATE INHERITANCE OF THE GERMAN DEMOCRATIC REPUBLIC*

Gunnar Duttge**

I. THE TERM “ILLEGITIMATE STATE”

In respect to the idea of constitutionality, political and social power has to base itself on statute and law (“rule of law”)¹ instead of the supremacy of political influences² since law determines the shape and dimension of the state itself, its effectiveness, and the form of coexistence within the state.³ The Constitution of the Federal Republic of Germany contains a variety of institutional and procedural regulations to protect the state's structure against political predominance. Especially Art. 20 III of the Basic Law establishes a system of checks and balances to avoid an unregulated exercise of authoritarian governance.⁴ The limitation of the state's sovereignty is achieved by the segmentation and coordination of the central functions of the state.⁵ As a result, personal freedom is ensured by the concurrent preservation of the sovereign regulatory function, which is a requirement to protect one's right to free development and right to human dignity against absolutist rule. These significant requirements are guiding principles in a constitutional state.⁶

* This article was presented at the conference on “Legal Issues Arising from Change of Legal Regimes,” at Göttingen University, 10–11 February, 2015. As per agreement with Göttingen University, the same article is also included in *Rechtsfragen beim Wechsel des Rechtsregimes: Viertes Symposium der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen mit der Yonsei Law School (Seoul)* (Gunnar Duttge & Jong Hwan Kim eds., 2015).

** Professor, University of Göttingen.

¹ 1 KLAUS STERN, DAS STAATSRICHT DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND § 20 I. (2nd ed. 1984).

² Eberhard Schmidt-Aßmann, § 26 - *Der Rechtsstaat*, in HANDBUCH DES STAATSRICHTS DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND marginal note 21 (Josef Isensee & Paul Kirchhoff eds., 2004); 2 Helmuth Schulze-Fielitz, Art. 20 (*Rechtsstaat*), in GRUNDGESETZ-KOMMENTAR marginal note 1 (Horst Dreier ed., 1998); Hans F. Zacher, *Was kann der Rechtsstaat leisten*, in FESTSCHRIFT FÜR KLAUS STERN ZUM 65. GEBURTSTAG 393 (Joachim Burmeister ed., 1997).

³ Konrad Hesse, *Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes*, in RECHTSSTAATLICHKEIT UND SOZIALSTAATLICHKEIT 557-60 (Ernst Forsthoff ed., 1968).

⁴ REINHOLD ZIPPELIUS, ALLGEMEINE STAATSLERE § 30 I 1 (12th ed. 1994).

⁵ *Id.*

⁶ Wilfried Berg, *Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit*, 51 VERÖFFENTLICHUNGEN DER VEREINIGUNG DER DEUTSCHEN STAATSRICHTSLERE 47-8 (1992).

With regard to these requirements, the National Socialist dictatorship in Germany between 1933 to 1945 was the complete antitype, which is alarmingly shown by the inhuman brutality of the Nazi regime and the extensive mass murder of the European Jews and other minorities in an efficient manner. The infiltration of the complete structure of the state and society by the ideology of the National Socialism is also expressed through the inflational use of the death penalty that is inhuman and violative of human rights according to modern European opinion.⁷ Within a period of twelve years, the political court of the infamous criminal judge Roland Freisler, the Supreme Court of the German Reich, and other tribunals⁸ condemned an enormous number of human beings to death. Fifty thousand imposed death penalties were carried out.⁹ After 1945, none of the judges or attorneys were held liable, which is a shameful and alarming objective fact according to the general opinion¹⁰ and the opinion of the Federal Court of Justice.¹¹ Furthermore, because of the delayed prosecution of crimes committed by the National Socialists, the German process of coming to terms with the past appears in a disgraceful light and the proceedings against the last remaining Nazi criminals (such as the former SS guard Oskar Gröning, known as the “accountant of Auschwitz”)¹² are more likely to be compensative, since imposed penalties cannot be completely enforced.

In that regard, it is easy to understand that the criminal jurisdiction of the Federal Republic of Germany strives for the comprehensive appraisal of incidents that are punishable under criminal law and that huge efforts are made to investigate crimes committed within the territory of the German Democratic Republic until the German reunification in 1989/90. It is very important to recognize that the expression “illegitimate state” is considerably more applicable to the illegal Nazi dictatorship than

⁷ Art. 2 II CFR; *Al-Saadoon & Mufdhi v. United Kingdom*, 174 Eur. Ct. H. R. (2010).

⁸ LORE MARIA PESCHEL-GUTZEIT, *ZUR RECHTLICHEN AUSEINANDERSETZUNG MIT DER NS-GEWALTHERRSCHAFT UND DEM SED-REGIME* 6 (1995).

⁹ Klaus Bästlein, *Als Recht zu Unrecht wurde. Zur Entwicklung der Straffjustiz im Nationalsozialismus*, 13-14 *AUS POLITIK UND ZEITGESCHICHTE* 1 (1989).

¹⁰ PESCHEL-GUTZEIT, *supra* note 8, at 14.

¹¹ “A major share of this development is due to the jurisdiction of the Federal Court of Justice.... The related criticism is considered as legitimate by the senate.” Bundesgerichtshof, *NEUE JUSTIZ* 156 (1996).

¹² Reports found in, for example, *DIE ZEIT* (Apr. 21, 2015), <http://www.zeit.de/wissen/geschichte/2015-04/nationalsozialismus-auschwitz-anklage-oskar-groening>.

to the GDR.¹³ In an illegitimate state, the creation of a legal vacuum is particularly intended.¹⁴ Indeed, the constitution of the GDR did not establish a system of separated powers, and it did not include fundamental rights in the classic sense as rights of defense against the authority of the state. Injustice was exercised by parts of the judiciary and reveals itself for instance in the suppression of the freedom of opinion and the systematic and comprehensive control over, and spying on, the citizens of the GDR. However, the GDR did not generally act arbitrarily in general but rather in conformity with the law: In many regards, the citizens of the GDR lived normal lives in respect to, and compliance with, the law in force.¹⁵ This is a part of the reality in the GDR as well as the many forms of injustice.¹⁶

Apparent acts of injustice on the territory of the GDR, such as law espionage,¹⁷ electoral fraud,¹⁸ the bending of law in force by courts of the GDR,¹⁹ the looting of private mail from the FRG,²⁰ or the abduction of western intelligence services employees to the GDR,²¹ as well as fatal shots at the former inner-German border,²² were prosecuted by the criminal jurisdiction of the FRG. But the question concerning the legitimacy of prosecution of criminal offences committed on the territory of the GDR by the FRG after the reunification persists, because Art. 103

¹³ For more details refer to the report of the Enquête Commission, *Aufarbeitung von Geschichte und Folgen der SED-Diktatur in Deutschland*, BT-DRUCKS. 12/7820. For more details on the controversial debate refer, for example, to Ingo Müller, *Rechtliche Einordnung oder Kampfbegriff?*, LEGAL TRIBUNE ONLINE (Nov. 9, 2014), <http://www.lto.de/recht/feuilleton/f/ddr-unrechtsstaat-rechtsstaat-sed-regime-mauerfall/>; Gerd Roellecke, *War die DDR ein Unrechtsstaat?*, FRANKFURTER ALLGEMEINE ZEITUNG, June 15, 2009, at 29; Volkmar Schöneburg, *Recht im nazifaschistischen und im "realsozialistischen" deutschen Staat - Diskontinuitäten und Kontinuitäten*, NEUE JUSTIZ 156 (1996); Horst Sendler, *Über Rechtsstaat, Unrechtsstaat und anderes - Das Editorial der Herausgeber im Meinungsstreit*, NEUE JUSTIZ 379 (1991); Horst Sendler, *Die DDR ein Unrechtsstaat - ja oder nein?*, ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSPOLITIK 1 (1993).

¹⁴ Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Rechtsstaat oder Unrechtsstaat?*, FRANKFURTER ALLGEMEINE ZEITUNG, May 12, 2015, at 9.

¹⁵ *Id.*

¹⁶ *Id.*

¹⁷ BVerfGE 92, 277 ff.

¹⁸ BGHSt 39, 54 ff.; Bundesgerichtshof, NEUE ZEITSCHRIFT FÜR STRAFRECHT 126 (1995).

¹⁹ BGHSt 40, 30 ff.; 41, 247 ff.; 41, 317 ff.

²⁰ BGHSt 40, 8 ff.; 40, 169 ff.; 41, 187 ff.

²¹ BGHSt 42, 332 ff. with a comment by Ellen Schlüchter & Gunnar Duttge, *Strafbarkeit eines DDR-Amtsträgers wegen Verschleppung*, NEUE ZEITSCHRIFT FÜR STRAFRECHT 595 (1997).

²² BGHSt 39, 1 ff.; 40, 241 ff.

II of the Basic Law implies that no act is punishable unless declared so by law before it was committed.²³ Since the reunification was unforeseeable and those acts mentioned above, which are illegal based on the law of the FRG, but were in line with the "socialistic legality"²⁴ of the GDR, the prosecution by the courts of the GDR could not reasonably be expected. The assessment below therefore analyzes the approaches to the justification of the prosecution of extra-territorial crimes. It focuses on the example of the boarder guards of the GDR, who received the order to shoot refugees at the inner-German border and who are prosecuted in the trials called *Mauerschützenprozesse* after the reunification by the FRG. It also focuses on the question, if these results could be transferred to a eventual Korean reunification.

II. MAUERSCHÜTZENPROZESSE AND GERMAN JURISDICTION

The GDR's sovereignty was acknowledged by the United Nations. For that reason, the German Reunification Treaty between the FRG and the GDR²⁵ declared, in Article 315 I, that crimes on the former territory of the GDR could only be prosecuted based on the law of the GDR, as far as the law of the FRG did not impose lower sanctions (§ 2 III StGB). In the trials concerning the shootings at the inner-German border, the key issue was that, under § 27 GrenzG-DDR (law of the former GDR), shooting refugees was allowed and unpunished under certain circumstances. In accordance with Article 315 I of the Reunification Treaty, § 27 GrenzG-DDR, which is much more favourable to the guards,²⁶ may be applicable. Under the terms of

²³ This is the position taken by the continuous jurisdiction of the FRG. Refer, for example, to BVerfGE 28, 175 (183); 41, 314 (319); 45, 346 (351); 64, 389 (393 f.); 71, 108 (114); 75, 329 (341); 87, 209 (224) (the principle of legality has the function to ensure personal freedom).

²⁴ MICHAEL STOLLEIS, *SOZIALISTISCHE GESETZLICHKEIT: STAATS- UND VERWALTUNGSRECHTSWISSENSCHAFT IN DER DDR* (2009).

²⁵ Treaty between the Federal Republic of Germany and the German Democratic Republic on the Establishment of German Unity, Aug. 31, 1990, BGBl. II S. 885, 889.

²⁶ Knut Amelung, *Strafbarkeit von "Mauerschützen"* - BGH NJW 1993, 141, JURISTISCHE SCHULUNG 637 (1993); Michael Pawlik, *Strafrecht und Staatsunrecht - Zur Strafbarkeit der "Mauerschützen"*, GOLTDMAMMER'S ARCHIV FÜR STRAFRECHT 472 (1994).

§ 27 II S. 1 GrenzG-DDR, the shooting of refugees was justified to prevent the performance or the continuation of criminal offences, which were crimes within the meaning of § 1 III S. 2 StGB-DDR. According to § 1 III S. 2 StGB-DDR, crimes were criminal offenses against social rights and interests, or against the socialistic legality of the GDR which were punishable by deprivation of liberty for more than two years. This level of penalty was applied by § 213 III StGB-DDR on unauthorized border crossings "under usage of hazardous instruments or methods." In the opinion of law enforcement authorities, the usage of hazardous instruments or methods included the usage of climbing aids. So, § 27 II S. 1 GrenzG-DDR was applicable in almost every attempt of unauthorized border crossing.

After the reunification, the criminal justice of the FRG had three options to harmonize the penalization of former border guards of the GDR with the prohibition on retroactivity implied by Art. 103 II of the Basic Law. The first option was to interpret the corresponding laws of the GDR in a manner conforming with human rights. As a result, the shooting of refugees would not conform to the principle of proportionality: Under the terms of Art. 30 I of the Constitution of the GDR,²⁷ the citizen's independence and personality was inviolable. Furthermore, according to Art. 30 II, restrictions due to administrative acts were legitimate only to the extent permitted by law and if they were unavoidable. In accordance with § 27 V GrenzG-DDR, the lives of refugees had to be reprieved if possible. So § 27 V GrenzG-DDR may be interpreted as a concretization of the principle of proportionality imposed by Art. 30 I, II of the Constitution of the GDR. Consequently, numerous killings at the inner-German border would be illegal based upon the laws of the former GDR. The Federal Constitutional Court of the FRG followed this interpretation,²⁸ which was not used by the judicial authorities of the GDR. Even though the law in force is accessible for and influenced by prevalent interpretations, especially those established by the continuous jurisdiction,²⁹ a conclusive method

²⁷ Gesetzesblatt der DDR Teil I Nr. 47.

²⁸ BGHSt 39, 1 ff.; 39, 168 ff.; 41, 101 ff.

²⁹ "To specify the written law, the mere knowledge of paragraphs is insufficient. The additional knowledge of court decisions is necessary to juristically appraise the present case." 1 HANS-GEORG GADAMER, WAHRHEIT UND METHODE 335 (6th ed. 1990). "Since human reality, which should be within the scope of law, is always deficient, the law itself is always insufficient." *Id.* at 324; *see also*

of interpretation was used which had no legal significance in the GDR and which was foreign to their legal system indeed. Ultimately, this argumentation is based on a reinterpretation of § 27 GrenzG-DDR according to the understanding of law in the FRG. Such interpretation and the consequential use of a non-existing provision disregards the sovereignty of the GDR and violates the principle of non-retroactivity based on Art. 103 II of the Basic Law, as well as employs the direct use of legal rules of the FRG.³⁰ In addition, this approach does not take into account, that the GDR withdrew the refugees' fundamental right to life from the scope of protection of the legal system.³¹ The legal situation in the GDR is intolerably euphemized instead.³²

The second option focused on international law. The objective was to prove infringements of international law by the GrenzG-DDR with the aim of declaring the GrenzG-DDR unlawful and inapplicable.³³ For that purpose, The Federal Constitutional Court of the FRG refers in particular to Art. 6 (right to life) and Art. 12 (liberty of movement) of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR),³⁴ which was signed by the GDR in 1974. It should be noted that new rights and obligations or new legal rules, which apply to national legal systems, are not established directly by international agreements, which relate to legal relationships among contractual partners only. Indeed, a transposing act is necessary due to constitutional provisions. According to Art. 51 of the Constitution of the GDR, parliamentary confirmation was needed which was actually not performed.³⁵ Perhaps the GDR disobeyed international law. But a violation of international law is no legal justification for the

GUSTAV RADBRUCH, ARCHIV FÜR SOZIALWISSENSCHAFT UND SOZIALPOLITIK 22 (1st ed. 1906).

³⁰ According to Alexy, the concealed violation is even worse than the evident violation of the principle of non-retroactivity. ROBERT ALEXY, DER BESCHLUSS DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS ZU DEN TÖTUNGEN AN DER INNER-DEUTSCHEN GRENZE 8 (1997).

³¹ Horst Dreier, *Gustav Radbruch und die Mauerschützen*, JURISTENZEITUNG 421 (1997); Klaus Adomeit, *Die Mauerschützenprozesse - rechtsphilosophisch*, NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT 2914 (1993).

³² Dreier, *supra* note 31.

³³ BGHSt 39, 1 (22 f.).

³⁴ BGBl. 1973 II p. 1553, available at <http://www.auswaertiges-amt.de/cae/servlet/contentblob/360794/publicationFile/3613/IntZivilpakt.pdf>.

³⁵ Gerald Grünwald, *Die strafrechtliche Bewertung in der DDR begangener Handlungen*, STRAFVERTEIDIGER 31 (1991); Bodo Pieroth, *Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vorrechtsstaatlichen Vergangenheit*, 51 VERÖFFENTLICHUNGEN DER VEREINIGUNG DER DEUTSCHEN STAATSRECHTSLEHRER 91-8 (1992).

individual culpability of the border guards, nor it can be a substitute for the required act of transposition.³⁶

In terms of the legal consequence, the third option, which was used by the Federal Constitutional Court³⁷ and approved by the European Court of Human Rights (ECHR),³⁸ is congruent with the second option. As a manifestation of the rule of law, the principle of non-retroactivity usually guarantees the protection of legitimate expectations by ensuring the systematic relation between democracy, the principle of the separation of powers, and the fundamental rights regarding to the criminal law. But, if universally recognized human rights are seriously violated by the incitement and support of the national government concerning the performance of wrongful acts, the protection of legitimate expectations can not justify the impunity of those involved. In this particular situation, the protection of legitimate expectations and the principle of non-retroactivity has no comprehensive validity due to the principle of material justice, in which the general respect of human rights is inherent.

This argument, appearing contradictory at first,³⁹ is based on a theory of the German legal philosopher, Gustav Radbruch, which was intended to allow punitive sanctions of Nazi crimes. According to the Radbruch Formula, a judge must decide in favor of the principle of material justice only, if the legal rule, which is supposed to be used, seems intolerably unjust or inappropriate to induce material justice. In this situation, the positive law contradicts the principle of material justice in an unacceptable and

³⁶ Dreier, *supra* note 31, at 425; Gerhard Dannecker, *Die Schüsse an der innerdeutschen Grenze in der höchstrichterlichen Rechtsprechung - BGH - Entsch. v. 3.11.1992 - 5 StR 370/92 = BGHSt 39, 1 -*, JURISTISCHE AUSBILDUNG 585 (1994); Gilbert Gornig, *Die Verantwortlichkeit politischer Funktionsträger nach völkerrechtlichem Strafrecht*, NEUE JUSTIZ 4 (1992); Joachim Renzikowski, *Zur Strafbarkeit des Schußwaffengebrauchs an der innerdeutschen Grenze*, NEUE JUSTIZ 52 (1992).

³⁷ BVerfGE 96, 95 ff.

³⁸ "The Court considers that a state practice, such as the GDR's border-policing policy, which flagrantly infringes human rights and, above all, the right to life, the supreme value in the international hierarchy of human rights, cannot be covered by the protection of Article 7 § 1 of the Convention. That practice, which emptied the legislation of its substance, on which it was supposed to be based, and which was imposed on all organs of the GDR, including its judicial bodies, cannot be described as 'law' within the meaning of Article 7 of the Convention." *Streletz, Kessler & Krenz v. Germany*, Eur. Ct. H. R. applications nos. 34044/96, 35532/97 & 44801/98 (2001), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59353>.

³⁹ ALEX, *supra* note 30, at 21.

disgraceful way.⁴⁰ The Radbruch Formula was used by the German Federal Court of Justice in the early post-war-period.⁴¹ It was appropriate to express the moral and ethical denunciation of the deviancy of the legal theory⁴² used during the reign of the National Socialists. It is, however, to be considered that this argument follows the idea of a natural law whose validity and institutional source as well as the concrete contents are highly uncertain. Furthermore, with unlimited use of natural law, the risk exists that the priority of codified law could be undermined since natural law is manifested in its application as case law.⁴³ In fact, this would be unconstitutional because of the contradiction with the principle of separation of powers.⁴⁴ Since the individual rights of criminals are shortened by the actual application of criminal law, there is the absolute necessity to define the culpability in clear, unambiguous rules.⁴⁵ Punishment based on a sense of justice and legitimacy would be punishment based on the changing perspective of a plural society, which could not be a criterion in a tolerant and fair society: It may not be imposed, if it is supported by sensible reasons only. One cannot be punished if the action was not previously prohibited by codified law.⁴⁶ The idea of the rule of law, which is the basis for punishment as sovereign task, may not be accomplished due to the recourse to natural law. Criticism of illegitimate state systems, based on the ambition for material justice at all costs, does not lead to a reasoned justification for governmental punishment.⁴⁷

⁴⁰ Gustav Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, SÜDDEUTSCHE JURISTENZEITUNG 105-7 (1946), also printed in GUSTAV RADBRUCH GESAMTAUSGABE: RECHTSPHILOSOPHIE III 83 (Winfried Hassemer ed., 1990).

⁴¹ BGHSt 2, 173 (177); 2, 234 (237 ff.); 3, 357 (362 f.); see also Arthur Kaufmann, *Die Naturrechtsrenaissance der ersten Nachkriegsjahre - und was daraus geworden ist*, in FESTSCHRIFT FÜR STEN GAGNÉR ZUM 70. GEBURTSTAG 105 (Michael Stolleis ed., 1991).

⁴² Dreier, *supra* note 31, at 423.

⁴³ BERND RÜTHERS, CHRISTIAN FISCHER & AXEL BIRK, RECHTSTHEORIE marginal note 266 (7th ed. 2013).

⁴⁴ BVerfGE 73, 206 (235); 75, 329 (341); 87, 209 (224); 92, 1 (12) ("strict legal reservation").

⁴⁵ HANS RYFFEL, RECHTS- UND STAATSPHILOSOPHIE 231 (1969).

⁴⁶ Günther Jakobs, *Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch*, in VERGANGENHEITSBEWÄLTIGUNG DURCH RECHT: DREI ABHANDLUNGEN ZU EINEM DEUTSCHEN PROBLEM 37-53 (Josef Isensee ed., 1992).

⁴⁷ MICHAEL KÖHLER, STRAFRECHT ALLGEMEINER TEIL 108 (1997).

III. ALTERNATIVES?

Even if governmental punishment is indicated due to a sense of justice and legitimacy, sanctions can not be imposed without a sufficient codified legal basis. It is conceivable that an exception clause concerning crimes against humanity, similar to those in Art. 7 ECHR or Art. 15 ICCPR,⁴⁸ could be added to Art. 103 of the Basic Law.⁴⁹ Such a constitutional amendment would not be prohibited since only changes to Art. 1 through Art. 20 of the Basic Law are prohibited under Art. 79 III of the Basic Law (“Amendments to this Basic Law affecting ... the principles laid down in Articles 1 and 20 shall be inadmissible”).⁵⁰ This would avoid direct infringement of Art. 103 II of the Basic Law, but the already mentioned objections against the application of natural law still remain. In addition, in view of the state’s sovereignty, regarding the egalitarian and the non-interference principle recognized by international law (Art. 2 I of the Charter of the United Nations), disciplinary actions could be performed by the international community of states only. It is not up to a single state to decide on or to interfere with the constitution or the governmental activities of another state.⁵¹ Nor can it reasonably be claimed that an illegitimate state has to discard its constitution and assume the risk that the state’s territory could be subsequently assimilated by other states.⁵²

It is also possible to strive for a solution based on international criminal law. The establishment of the International Criminal Court or an ad-hoc tribunal, similar to those established to prosecute war crimes on the territory of the former Yugoslavia and in Rwanda, is appropriate opportunities⁵³ to aim for the intended, retributive objective of legal punishment.⁵⁴ But criminal liability within the scope of international criminal law comprises particularly severe criminal offenses against the minimum conditions of a peaceful coexistence only. Crimes within the

⁴⁸ BGBl. 1973 II p. 1553, available at <http://www.auswaertiges-amt.de/cae/servlet/contentblob/360794/publicationFile/3613/IntZivilpakt.pdf>.

⁴⁹ Proposal by Pieroth, *supra* note 35, at 104.

⁵⁰ This assumption is not unequivocal since Art. 103 II of the Basic Law is a manifestation of the rule of law codified in Art. 20 of the Basic Law.

⁵¹ IMMANUEL KANT, ZUM EWIGEN FRIEDEN 11 (re-print 1985).

⁵² *Id.* at 73 (Anhang, I.).

⁵³ KAI AMBOS, INTERNATIONALES STRAFRECHT 130 (4th ed. 2014).

⁵⁴ Gunnar Duttge, *Menschengerechtes Strafen*, in DAS STRAFENDE GESETZ IM SOZIALEN RECHTSSTAAT 1 (Eva Schumann ed., 2010).

jurisdiction of the ICC are genocide, crimes against humanity, war crimes, and aggression according to Art. 5 ff. RSICC⁵⁵ (see also §§ 6 ff. VStGB⁵⁶). The wide variety of crimes beyond these core crimes, committed or supported by illegitimate states are frowned upon but cannot be prosecuted on the basis of international criminal law since prosecution by international jurisdiction would require a degree of illegality comparable to the crimes within the scope of Art. 5 ff. RSICC.⁵⁷

In this respect, non-criminal solutions must be considered. The atonement for already inflicted governmental injustice is in the interests of victims as well as involved relatives. So adequate reparations are promising and essential prospects for restoring legal peace.

After German reunification, reparations and compensation were granted as rehabilitation measures,⁵⁸ especially to former political prisoners. Corresponding measures have been taken in view of administrative acts contrary to the rule of law.⁵⁹ Financial compensation is suitable to abolish judicially inflicted injustice. Affirmative relief does not interfere with the principle of non-retroactivity since this non-criminal solution is not linked to the liability of the criminals, but also bears the risk of overlooking their culpability. According to this, efforts to establish alternate, extrajudicial institutions to identify relevant power structures and persons in charge are very important. In this context, the aspiration for future co-existence should not be ignored. The South African Truth and Reconciliation Commission is a good example.⁶⁰ It is essential that such an institution guarantee a fair and transparent procedure⁶¹ and that questions regarding the competence to impose certain legal consequences, and regarding the competitive relationship with judicial proceedings, be resolved.

⁵⁵ For an overview on the pursuable criminal offenses, see AMBOS, *supra* note 53, at 246.

⁵⁶ Völkerstrafgesetzbuch (BGBI. I at 2254).

⁵⁷ KLAUS LÜDERSSEN, DER STAAT GEHT UNTER - DAS UNRECHT BLEIBT? REGIERUNGSKRIMINALITÄT IN DER EHEMALIGEN DDR 116 (1992).

⁵⁸ For details see §§ 1 ff. of Strafrechtliches Rehabilitierungsgesetz [StrRehaG] [Criminal Rehabilitation Law], Dec. 17, 1999, BGBI. I at 2664. In the period from 2002 to 2011 inclusive, 38 477 affected people applied for judicial rehabilitation measures. The Federal Government and the Federal States provided 1.4 billion Euros to implement financial compensation during the period from 1993 to 2011 (see also BT-Drucks. 17/12115 at 20).

⁵⁹ Verwaltungsrechtliches Rehabilitierungsgesetz [VwRehaG] [Administrative Rehabilitation Law], June 23, 1994, BGBI. 1997 I at 1620.

⁶⁰ For a comprehensive overview, see AMBOS, *supra* note 53, at 124.

⁶¹ LÜDERSSEN, *supra* note 57, at 131.

IV. PERSPECTIVES

A constitutional state, which comes into the inheritance of an illegitimate state, is confronted with the difficult task of systematic reappraisal. For the successful completion of this task, it can only operate with resources specified by the constitution itself. National criminal law is inexpedient in this case. On the one hand, the injustice committed by an entire government is not sufficiently ascertainable, since only individual culpability is within the scope of national criminal law. National criminal law is not suitable to reckon with a dictatorial regime and to call rulers or officials to account.⁶² On the other hand, its full applicability is limited due to the fundamental principles of the rule of law. The essential purpose of national criminal law is to ensure individual freedom, equality, and security under constitutional principles.⁶³ This fundamental purpose must not be sacrificed to the sheer sense of justice and the desire for retaliation, which may be disappointing to those who strove for material justice but gained punishment on the basis of the rule of law.⁶⁴ But a general characterization of public enemies would be an arbitrary classification, which may not be performed by a constitutional democracy. Sophisticated legal intentions must be the basis to impose penalties instead of general condemnations. This is the only option to ensure, that the jurisdiction will not become the perpetrator itself.⁶⁵ But injustice committed in the past must be noticed and not be forgotten even if it is not possible to impose criminal sanctions.

⁶² CHRISTOPH SCHAEFGEN, VERGANGENHEITSBEWÄLTIGUNG DURCH DIE JUSTIZ 16 (1996).

⁶³ Jakobs, *supra* note 46, at 91-103; RENATE JÄGER, NOCH EINMAL: RECHTSSTAAT UND GERECHTIGKEIT 17 (1996).

⁶⁴ This is based on the widely cited term of the German civil rights campaigner, Bärbel Bohley.

⁶⁵ Jakobs, *supra* note 46, at 91-101.

ASSESSING THE EFFICIENCY OF TRANSITIONAL JUSTICE*

Kai Ambos**

I. PRELIMINARY REMARKS

Transitional justice (hereinafter ‘TJ’) has originally been associated with a ‘transition’ from one (totalitarian, authoritarian) regime to another (democratic) or from war/armed conflict to peace.¹ After all, the use of the term ‘transitional’ implies some kind of transition or change, that is, something grander than mere ‘justice’ responses in the form of limited and selective reactions to rights violations. Of course, such a narrow, transition-focused reading of TJ would exclude situations where, like in Colombia or – perhaps – Palestine/Israel, the parties to an ongoing conflict want to make use of the toolkit of TJ. It is for this reason that a broader, justice-focused reading of TJ appears more appropriate. Accordingly, in its current form, TJ refers essentially to the adequate responses to (human) rights violations, irrespective of the nature of the underlying conflict (negative peace or armed conflict within the meaning of IHL).²

TJ, so understood, entails investigation and prosecution, reparations, truth-seeking, reconciliation, institutional reforms, vetting, and other measures, which, alone or in combination, all aimed to provide adequate responses to rights violations. These measures may be judicial and/or non-judicial and involve domestic and/or international state and non-state actors. A more ambitious approach goes beyond the mere focused responses to justice violations and advocates a structural transformation of the

* This article was presented at the conference on “Legal Issues Arising from Change of Legal Regimes,” at Göttingen University, 10–11 February, 2015. As per agreement with Göttingen University, the same article is also included in *Rechtsfragen beim Wechsel des Rechtsregimes: Viertes Symposium der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen mit der Yonsei Law School (Seoul)* (Gunnar Duttge & Jong Hwan Kim eds., 2015).

** Professor, University of Göttingen. Judge District Court (Landgericht), Göttingen. Director, Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano, University of Göttingen.

¹ Jens Iverson, *Transitional Justice, Jus post Bellum and International Criminal Law: Differentiating the Usages, History and Dynamics*, 7 INT’L J. T.J. 415 (2013).

² *Id.* at 419.

society concerned.³ While such a concept of ‘transformative justice’ rightly points to some of the shortcomings of TJ and stresses the importance of socioeconomic injustice and inequality as the root causes of violence and rights violations, it faces even more problems regarding its actual implementation on the ground.

II. THE EFFICIENCY OF TRANSITIONAL JUSTICE

The efficiency of TJ refers to its ability to produce outcomes that meet its goals. This differs from effectiveness, although both are closely related and not always distinguished in the literature. Following a distinction used in economics, effectiveness asks whether the right things are done, while efficiency examines whether things are done right, asking if and how the adopted measures contribute meaningfully towards achieving the intended goal.⁴ The few available studies mostly find that TJ has either a moderately beneficial impact on transitional societies, no measurable impact at all, or even a negative impact on peace, democratization and reconciliation.⁵ Unfortunately, these kinds of assessments often lack a solid empirical basis and rather appear as mere normative claims. Let us look at a few examples from recent literature: Iverson argues in a 2013 paper on the distinction between TJ, *Jus post Bellum*, and international criminal law (ICL) that “TJ has proven to be a remarkable useful concept, improving lives and societies around the world” – an indeed strong statement.⁶ In stark contrast to that, Gready and Robins affirm, in the same journal, that the results of TJ are “ambiguous and at times disappointing.”⁷ More specifically, Jacob Childers argues that a (blanket) amnesty – one of the most important tools in a TJ justice

³ Paul Gready & Simons Robins, *From Transitional to Transformative Justice: A new Agenda for Practice*, 8 Int'l J. T.J. 350 (2014).

⁴ PETER F. DRUCKER, *THE EFFECTIVE EXECUTIVE* (1967).

⁵ Oskar Thomas, James Ron & Roland Paris, *Does Transitional Justice Work? Perspectives from Empirical Social Science* (2008), available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1302084

⁶ Iverson, *supra* note 1, at 413. As proof, he refers, in his footnote 1, to David Backer, *Cross-National Comparative analysis*, in *ASSESSING THE IMPACT OF TRANSITIONAL JUSTICE: CHALLENGES OF EMPIRICAL RESEARCH* 23-90 (H. van der Merwe et al. eds., 2009)

⁷ Gready & Robins, *supra* note 3, at 339-40.

process – may increase the desire for revenge and entail a conflict relapse.⁸

However, none of these authors informs the interested reader of any criteria or indicators used to assess the performance of a TJ process. Clearly, a serious assessment of TJ performance presupposes an agreement on what constitutes an efficient and effective TJ process in the first place. This, in turn, requires an agreement on the indicators of the good or bad performance of such a process. I would argue, as a preliminary take, that TJ, being part of the broader (criminal) justice system, may greatly benefit from a discussion on the performance of criminal justice systems in general and that therefore the criteria and indicators developed in this context may be used (e.g. importance of leadership, ‘systems thinking’/comprehensive approach, publicity, and transparency).⁹

As the circumstances of each TJ case differ widely, in order to maximize efficiency, the situation on the ground needs to be evaluated and an individualized program developed before implementing TJ mechanisms. During and after the implementation of these mechanisms, periodical evaluations of the adopted measures are necessary to possibly make corrections. This is not only in the interest of the country concerned (Have the respective programs contributed to stability/sustainable peace/victims satisfaction? What else needs to be done? What can we do better?), but also in the interest of future TJ efforts (What lessons can be learnt from past transitions?).

Unfortunately, so far, empirical studies on the impact and results of TJ are few, and periodical evaluations are seldom conducted. Perhaps the main reason is that obtaining empirical data on TJ is difficult and reaching reliable findings about its efficiency is even more challenging.¹⁰ There are numerous, often superficial ‘second hand’ country-studies, exceptionally comparative, cross-country, but more comprehensive primary research is rare.¹¹ Existing studies do not focus on efficiency, but

⁸ Among other researchers stressing the incompatibility with reconciliation, see Jacob Childers, *Amnesty, Revenge, and the Threat of Conflict Relapse*, 14 ICLR 1115 (2014).

⁹ Cf. Yvon Dandurand, *Criminal Justice Reform and the System's Efficiency*, 25 CLF 383-440 (2014).

¹⁰ ASSESSING THE IMPACT OF TRANSITIONAL JUSTICE: CHALLENGES OF EMPIRICAL RESEARCH (H. van der Merwe et al. eds., 2009).

¹¹ THE PURSUIT OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE: A WORLD STUDY ON CONFLICTS, VICTIMIZATION, AND POST-CONFLICT JUSTICE (Cherif Bassiouni ed., 2010).

normally evaluate certain TJ methods (such as truth commissions) or report surveys on the acceptance of TJ mechanisms. These studies may include conclusions relevant for the assessment of efficiency, but efficiency-focused comprehensive comparisons are lacking. Arguably, further empirical ‘one country’ research is needed before comparative, interdisciplinary cross-country studies on efficiency can be conducted. In any case, present findings on efficiency must be treated with due caution owing to the difficulties of gathering data, getting access to existing data, and risking a too subjective evaluation of the data.

III. DESIGNING AN EFFICIENT TJ PROJECT

The purposes of TJ and its means drive considerations about its efficiency and effectiveness. TJ aims or – ideally – should aim to facilitate reconciliation, promote democracy, and consolidate the domestic judicial system in order to ensure accountability and serve justice and peace in a comprehensive sense.¹² So broadly understood, TJ comes close or even corresponds to ‘transformative justice’.¹³

Every situation and country where a TJ process is taking place differs in history, culture, organization, and the causes for human rights abuses and political violence. Thus, it is impossible to offer the *one* TJ model which suits all cases and serves as a master plan with guaranteed success.¹⁴ However, some general guidelines and principles may be useful to achieve a more efficient TJ process.

Some call for stable conditions as a requirement for a successful and efficient project: a country needs security (and the ability to protect victims and witnesses), basic infrastructure, and the political will to come to terms with its past. Experience shows, moreover, that effective and efficient TJ consists not of a single method, but of several that complement each other. Only a holistic or integrated approach can satisfy different needs in complex

¹² Kai Ambos, *The Legal Framework of Transitional Justice. A Systematic Study with a Special Focus on the Role of the ICC.*, in BUILDING A FUTURE ON PEACE AND JUSTICE: STUDIES ON TRANSITIONAL JUSTICE, CONFLICT RESOLUTION AND DEVELOPMENT 19-103. (Kai Ambos et al. eds., 2009).

¹³ Gready & Robins, *supra* note 3, at 339-61.

¹⁴ Ellen Lutz, *Transitional Justice: Lessons Learned and the Road Ahead*, in TRANSITIONAL JUSTICE IN THE TWENTY-FIRST CENTURY, BEYOND TRUTH VERSUS JUSTICE 325-41 (Naomi Roth-Arriaza & Xavier Mariezcurrena eds., 2006).

transition situations, thereby increasing the likelihood of efficient TJ. In fact, holistic TJ amounts to Transformative Justice.¹⁵

As to the design of a holistic TJ model, the so-called ‘templatization’ of TJ activities has been debated. Of course, efforts to design a blanket TJ template applicable to all cases will fail given the particularity of each TJ situation.¹⁶ The use of templates may also take some TJ structures or models for granted when in fact they still need to be questioned; this would be counterproductive. Despite these undeniable risks, scholars like Bassiouni (2010) support the search for TJ standards since they represent an opportunity to develop comprehensive approaches. These authors usually see holistic guidelines as frameworks and rules of possible operations within a TJ project. Beyond that, they underline the need to contextualize specific TJ situations.

Guidelines for holistic approaches include the following. The United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights (UNOHCHR) published a series of *Rule of Law Tools for Post-Conflict States*, discussing prosecutions, truth commissions, vetting, reparations, and national consultations; providing guidelines for each tool; and suggesting ways in which they fit together from a coherent operational perspective. The *Chicago Principles* (2007) framed foundational elements of post-conflict justice, understood as comprising “transitional justice,” “strategies for combating impunity,” “peace building,” and “post-conflict reconstruction.” The seven guiding principles address prosecutions; truth-telling and investigations; victim’s rights, remedies and reparations; administrative measures; memorialization; traditional, religious approaches to justice and healing; and institutional reform and effective governance. They re-stated legal obligations and formulated recommendations based on international norms, thereby contributing to the search for widely accepted basic guidelines that take into account the comparability of different situations and help create a common terminology applicable across cases. The *Nuremberg Declaration on Peace and Justice* of June 2008 provided crucial guidelines which highlighted principles like the complementarity of peace and justice, the need to end impunity, the importance of a victim-centered approach, the legitimacy of the adopted measures, and reconciliation, and

¹⁵ Gready & Robins, *supra* note 3, at 339-61, referring thirteen times to the need for a holistic approach.

¹⁶ Thomas, Ron & Paris, *supra* note 5; Lutz, *supra* note 14.

offered recommendations on peacemaking, dealing with the past, and promoting development.

Besides these guidelines for efficient TJ, links between the efficiency of TJ and other issues and circumstances important to overcoming past large-scale abuses and guaranteeing non-repetition – including the prosecution of corruption and economic crimes, the pursuit of economic and social justice, and the fashioning of a development-based approach – are discussed, most prominently under the heading of ‘Transformative Justice’.¹⁷ In this vein, Miller cautioned against ignoring the economic dimension of transitions and the ensuing danger of renewed violence if the conflict’s socio-economic causes are not addressed.¹⁸ While this debate is still unfolding, it is clear that the socio-economic context of a given transition must be considered.

As noted above, the efficiency of a given TJ method depends on the implementation of measures that serve adequately the intended goal. For example, sustainable peace and democracy can be efficiently achieved only if the adopted measures accord with the respective country’s legal framework. Transitional justice measures should be compatible with international and national law (and may be incorporated into national law), although, admittedly, the legal framework of transitional justice leaves quite some room for interpretation.¹⁹ Indeed, the ICC’s principle of complementarity – which makes the Court’s intervention dependent on the unwillingness and/or the inability of national justice systems to hear cases of human rights violations (Article 17 Rome Statute) – implies that the national investigation and prosecution of the international core crimes are preferred over international prosecutions. The apparent assumption is that domestic prosecution contributes more directly to national TJ processes and is therefore more efficient.

Victims’ interests and needs should take center stage since their due consideration is one of the key conditions to perform effective and efficient TJ leading to sustainable peace and democracy. Foremost concerns for victims are justice, truth, and reparations.²⁰ TJ measures are more efficient the more victims’ interests are recognized in a comprehensive manner. For example,

¹⁷ Gready & Robins, *supra* note 3, at 339-61.

¹⁸ Zinaida Miller, *Effects of Invisibility: In Search of the ‘Economic’ in Transitional Justice*, 2 INT’L J. T.J. 266-91 (2008).

¹⁹ Ambos, *supra* note 12.

²⁰ *Id.* at 19-20, 34 ff.

truth commissions are conducive to the victims' interest in coming to terms with the past through naming perpetrators and recording past abuses. Yet, victims will appear in front of a truth commission or a criminal court only if their security is protected and they are immunized from prosecution for testifying.²¹ In any case, truth commissions are often the only acceptable TJ mechanism for the former rulers and thus replace, de facto, full-fledged criminal prosecutions.²²

Reparation programs are also of the highest relevance to the victims.²³ The right to reparation has a substantive dimension (as a duty to provide redress for harm suffered in the form of restitution, compensation, rehabilitation, satisfaction, and guarantees of non-repetition) and a procedural dimension (as an effective remedy). The efficiency of the substantive dimension depends on the design of the reparations program, that is, its scope, completeness, comprehensiveness, complexity, coherence, finality, and magnitude.²⁴ 'Scope' refers to the total number of beneficiaries of the reparations program, while 'completeness' to the proportion between beneficiaries and the total number of victims. The 'comprehensiveness' refers to the types of harm to be repaired, and 'complexity' to the different measures of reparation: material, symbolic, individual or collective benefits. Efficient reparation requires an adequate mix of these dimensions according to the particularity of the case. An internally coherent program combines restitution, indemnification, rehabilitation, satisfaction, and non-repetition. An externally coherent program includes criminal prosecutions and truth-telling mechanisms alongside the reparation program. 'Finality' means the extent to which the program represents the end of the reparation process, versus allowing victims to seek reparation through alternative mechanisms (access to reparations in the context of criminal proceedings against perpetrators, litigation before civil courts, or the presentation of judicial reparations claims against the state). Finally, the 'magnitude' of reparations refers to the financial

²¹ Gready & Robins, *supra* note 3, at 357-8.

²² Regarding the recent report of the Brazilian Truth Commission, see Kai Ambos & Eneas Romero, *The Report of the Brazilian Truth Commission: Late Truth without Justice?* EJILTalk, Jan. 19, 2015, available at: <http://www.ejiltalk.org/12892/>.

²³ Gready & Robins, *supra* note 3, at 347-8.

²⁴ Pablo de Greif, *Repairing the Past: Compensation for Victims of Human Rights Violations*, in THE HANDBOOK OF REPARATIONS 1-18 (Pablo de Greif ed., 2006).

resources allocated to the program. As to the procedural dimension, the effectiveness of a reparations program depends on its procedural structure and whether the standards of proof and evidence benefit the victims.

Ultimately, the overarching goal of a TJ – or, if you prefer, Transformative Justice process – is the empowerment of victims.²⁵

IV. CHALLENGES IN ASSESSING THE EFFICIENCY OF TJ MECHANISMS

As noted above, it is difficult to measure the impact of TJ mechanisms on accountability, justice, reconciliation, healing, or forgiveness.²⁶ Different data collection methods (media screening, interviews with public officials, and opinion surveys), statistics (concerning the number of prosecutions, beneficiaries, or reparation payments), and methodologies can lead to different results. In addition, most studies rely on a very thin database. Conclusions are often drawn from a handful of well-documented cases and may suffer from a normative bias. Cross-national investigations remain scarce, focusing on specific regions (Latin America, Africa, or Asia) or specific TJ measures (truth telling or amnesties). Regional comparisons only allow for a limited transfer to the global level, and comparisons of particular measures often ignore the interactions and dynamic relations between measures.

Thus, it is clear that further empirical studies are needed. The selection of appropriate research methodologies – deciding between quantitative and qualitative methods, defining the research questions, and selecting the participants (be it respondents in opinion polls or participants in research projects) – remains a challenge. Here, guidelines for TJ's monitoring and evaluation can help to achieve a broader and more solid assessment of data. A comparative perspective might also highlight factors conducive to efficient TJ processes. Thus, comprehensive cross-country studies are needed to acquire transnational, fact-based knowledge about efficient models. Yet, cross-country and cross-method comparative studies face the difficulty of comparing country-specific TJ efforts that vary greatly by mandate, structure, and implementation. The risk of

²⁵ Gready & Robins, *supra* note 3, at 358-60.

²⁶ Merwe et al., *supra* note 10.

misreading causes and effects must also be considered, since outcomes like the improvement of the human rights situation could be caused by factors not related to TJ. TJ methods might seem efficient, when in fact the improvement results from the country's democratization, that is, a classical rule of law or good governance aim, much older than the TJ discourse.

When TJ mechanisms and development programs are pursued simultaneously, it can be difficult to separately assess their impact. Also, social scientists warn against the publication bias that allows studies that report positive findings or outcomes to be published more often than studies finding null, negative, or contradictory results. Thus, correlations between democracy and successful (or efficient) TJ outcomes often remain fuzzy, in the sense that TJ alone could not have produced the same effects. However, TJ and democratization can also be mutually reinforcing.

The need for evaluation of specific TJ projects is not always acknowledged. The often highly politicized and conflictive context in which TJ is launched encourages stakeholders (that is, the parties to the TJ process) to make quick changes and implement mechanisms before collecting data and evaluating the TJ proceedings. When undertaken, evaluations are often focused on the short term and ignore questions about sustainability of TJ in the long run. International organizations and independent experts could bring attention to the need for continuous and long-term evaluation. Also, debates on the efficiency of TJ often assume – in line with the original understanding mentioned at the beginning of this paper – a political transition from authoritarianism to democracy, when in fact TJ is also employed in post-conflict or even ongoing conflict situations (Palestine/Israel, Colombia, etc.). Thus, different challenges must be taken into account when designing and assessing mechanisms.

THE EMERGENCE OF COPYRIGHT ISSUES IN THE SYSTEM REUNIFICATION OF SOUTH AND NORTH KOREA AS AN INTEGRATED CULTURAL COMMUNITY*

Hyung Doo Nam**

I. INTRODUCTION

It has been seventy years since Korea was divided into South and North Korea in 1945. Despite the border drawn along the thirty-eighth parallel, it was possible to go back and forth between the two countries, until it became completely forbidden with the conclusion of the Korean War in 1953. However, few Koreans believe reunification is a mere pipe dream as Korea had been a single country for 1,300 years.

Fortunately, South and North Koreans began nongovernmental interchanges after the 1990s. Active engagement between South Korea and North Korea¹ will also promote active exchange of their respective intellectual property, especially copyrighted works.² In light of the foregoing, it becomes important to establish how a work, whose country of origin is one side of a common border, can be protected in the territory of the other side. How works, whose country of origin is North Korea, are protected in South Korea is not a matter of uncommon interest in recent days.³ Articles in newspapers of South Korea entitled “the protection in South Korea of works whose country of origin is in North Korea” often introduce stories of disputes involving

* This article was presented at the conference on “Legal Issues Arising from Change of Legal Regimes,” at Göttingen University, 10–11 February, 2015. As per agreement with Göttingen University, the same article is also included in *Rechtsfragen beim Wechsel des Rechtsregimes: Viertes Symposium der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen mit der Yonsei Law School (Seoul)* (Gunnar Duttge & Jong Hwan Kim eds., 2015).

** Professor, Yonsei Law School.

¹ Intellectual property, due to its characteristic of intangibility, is easily movable, and the rapid spread of Internet services has enabled a global market which makes it much easier to access and use others’ intellectual property.

² As to the exchange and cooperation of publications between South Korea and North Korea, see Dooyoung Lee, *Nam-bukhan Chulpanyoryuhyeopryeokgiban Joseongbanghyang* [Direction of Formation of Foundation for Exchange and Cooperation on Publication between South Korea and North Korea], in *THE 1ST SEMINAR ON DEVELOPMENT OF SOUTH AND NORTH KOREA PUBLISHING POLICY TOWARD REUNIFICATION* 43-53 (2004).

³ Here, “works whose country of origin is North Korea” means “works whose copyrights are held by residents in North Korea”, and they can be divided into two categories. See *infra* Chapter II. 2.

works of authors who emigrated or defected to North Korea (before or during the Korean War in the 1950s). These disputes are usually between their heirs in North Korea and users in South Korea.

More recent legal contests involve the importation to South Korea of works from North Korea. Because South Korea has been comparatively open to the exchange between South and North, these disputes predominate over the relatively few contests arising from the importation of works originating in South Korea to North Korea. This infrequent second category of intellectual property has not lead to meaningful discussions.

Copyright law is significantly based on culture. If cultural goods, which are protected by copyright law, for example songs and dramas, are used without the copyright holders' permission, it could constitute copyright infringement. In the cases of the Koreans, there are two categories of copyright issues, regardless of enforceability. First is the legal issue arising out of using North Korean works in South Korea; the second is the opposite legal issue related to using South Korean works in North Korea.

II. COPYRIGHT ISSUES IN USING NORTH KOREAN WORKS IN SOUTH KOREA

1. The Copyright Cases

The two Koreas are a racially homogeneous entity where the people share the same language, history, culture, and mores, all of which consolidate identity as a single cultural community. Even today, South Koreans enjoy numerous literary works, such as poems and novels, created by North Koreans. Significant potential legal issues exist because heirs of authors, who originally lived in North Korea or voluntarily/involuntarily moved from South to North Korea, are still alive in North Korea.

In recent years, there have been several cases in South Korea, which were filed by North Korean copyright holders. The lawsuits can be divided into two groups based on the legal status of authors under South Korean law: one category includes the works of authors who emigrated or defected to North Korea; the second includes works which are by North Korean authors and introduced to South Korea. The disputes relating to the former will decrease in the near future due to the expiry of the applicable copyright

protection period, whereas disputes relating to the latter will continue because of intercultural exchange between South and North Korea.

This introduction or importation can be further divided into two categories: one, a direct transaction between a North Korean authority and a South Korean company, the other, an importation through agents located in another country.⁴ In the former situation, the works are imported through the Ministry of Reunification and are regarded as works originating in South Korea. In the latter case, the works are imported through the Ministry of Culture and Tourism and regarded as works from a foreign country, with customs duties imposed. The differing legal treatment of North Korean works introduced to South Korea, based on the importing ministries, results from South Korea's differing attitudes toward North Korea. These attitudes are naturally linked to the arguments for protecting North Korean works in South Korea.

2. Arguments for Protecting North Korean works in South Korea

There are three different views on whether North Korean works should be protected in South Korea.

a) Affirmative View

So far, South Korean courts have consistently applied South Korean copyright law where the work originates in North Korea and is introduced into South Korea. Such a position is based on the traditional theory that, under Article 3 of South Korea's Constitution, the sovereignty of the Republic of Korea reaches the territory of North Korea.⁵

⁴ The agents employed by North Korean authorities are mainly located in China. For a while, the North Korean government made efforts to establish agencies in China.

⁵ Supreme Court [S. Ct.], 89Nu6396, Sept. 28, 1990 (S. Kor.). Another decision rendered by a district court held that the sovereignty of the Republic of Korea reaches the territory of North Korea under the South's constitutional law, even if North Korea is not party to the Universal Copyright Convention (UCC). Works, whose country of origin is North Korea, must be protected under the South's copyright law, regardless of the principle of reciprocity. Seoul District Court [Dist. Ct.], 96No3819, Sept. 12, 1996 (S. Kor.).

Article 3

The Territory of the Republic of Korea shall consist of the Korean Peninsula and its adjacent islands.

The Constitution allows an interpretation that North Korean territory is under South Korean sovereignty, because North Korea is obviously part of the Korean peninsula. This position is supported by South Korean courts non-discriminatory treatment of North Korean works.⁶ Accordingly, South Korean courts have ordered publishers in South Korea to compensate the descendants of the North Korean authors or the agents employed by North Korean authorities. These decisions, which extend protection for North Korean works, seem rather surprising in that South Korean courts are widely known to have taken a conservative stance regarding North Korea. A conservative attitude against North Korea is generally considered one which parsimoniously aids North Korea.

b) Negative View

This view is based on the Japanese government's policies and court decisions. Many Koreans live in Japan, most of them are descendants of people involuntarily relocated to Japan before the ceasefire ending World War II. Thus, Korean music and literature have been widely consumed by Koreans in Japan. While the Japanese government and courts have protected South Korean copyrights through the principle of reciprocity under the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, they have not done so with North Korean works. North Korea also joined the convention in 2003. However, the Supreme Court of Japan recently confirmed that Japanese courts have no duty to protect reciprocal copyrights registered in an unrecognized country even though it is a member state of the Berne Convention.⁷ The Court's decision is consistent with the Japanese government's position, which has never recognized North Korea

⁶ 'Soseol Hwang Jin-i Heorakeopsi Namhanseo Chulgan' Bukhan Jakga Cheot Jeojakgwon Sosong [*'Novel Hwang Jin-i Published in South Korea without Permission' North Korean Writer's First Copyright Lawsuit*], JOONGANG ILBO [JOONGANG DAILY] (S. Kor.), Dec. 12, 2005, http://article.joins.com/news/article/article.asp?total_id=1763485&ref=mobile&clcc=joongang%7Cmnews%7Cpcversion (last visited Apr. 26, 2015).

⁷ Saiko Saibansho [Sup. Ct.] Sept. 8, 2011, Hei 21 (O) No. 511, 512 SAIKO SAIBANSHO (Japan).

as a country. Some scholars in South Korea support this position.⁸ These scholars think that the current position of South Korean courts is incompatible with the principle of reciprocity, because North Korea and its judicial institutions have neither expressed nor guaranteed that South Korean copyrights would be protected in the North. Therefore, their view is that there is no reciprocal protection.

c) A Compromise on Conflicting Views

Both the affirmative and negative views seem extremely political. Although they differ on whether to protect North Korean copyrights, it is clear that both share the position that North Korea is not a recognized country. Even the affirmative view is based on the rationale that North Korean works are protectable because they are actually South Korean. This paper strongly maintains that North Korean copyrights should be protected not because they are South Korean works - the affirmative view - but as copyrighted works of a recognized and independent country. Notably, the two Koreas were allowed to simultaneously join the United Nations in 1991. South Korea's Constitution calls for peaceful unification (Article 4) and international peace (Article 5).

Article 4

The Republic of Korea shall seek unification and shall formulate and carry out a policy of peaceful unification based on the principles of freedom and democracy.

Article 5(1)

The Republic of Korea shall endeavor to maintain international peace and shall renounce all aggressive wars.

Therefore, it is rational to recognize North Korea as a nation and to protect North Korean works under South Korean copyright law in accordance with the Berne Convention.⁹

⁸ Lee Jongseok, *Bukhan Jeojakmul-ui Beopjeok Boho* [Legal Protection of North Korean Copyrightable Work], 11 JAEPAN-GWA PALLYE [TRIAL AND CASE LAW] 377 (2002) (S. Kor.).

⁹ Yoon Daekyu, *Bukhan Jeojakmul-e Daehan Boho Mit Munjejeom* [Protection of North Korean Copyrightable Works and Legal Issues], 3 Bukhanbeop Yeongu [STUD. N. KOREAN L.] 126 (2000) (S. Kor.).

III. COPYRIGHT ISSUE OF USING SOUTH KOREAN WORKS IN NORTH KOREA

It is imperative to review North Korean copyright law as North Korea has been a member state of the Berne Convention since 2003. This is closely related to whether South Korean works can be protected in the North under the North Korean copyright law.

Section 74 of the North Korean Constitution provides that “people shall have the freedom of scientific, literary and artistic activities; the nation shall give consideration to inventors and creative designers; and copyright and invention rights shall be protected by law.” Section 98 of the criminal law of North Korea provides that “a person who, by intentionally misevaluating them, ignores any writing, invention, creative design, or literary or artistic work, or publishes another’s creation in his/her own name, shall be subject to punishment of both labor and imprisonment for less than 3 years.” Section 113 of the criminal law provides that “a person who ignores or appropriates another’s writing, invention, or creative design shall be subject to either imprisonment for less than 3 years, or both labor and imprisonment for less than 2 years.” Previously, except for these provisions, there was no separate law on copyright, and the North Korean copyright law,¹⁰ composed of six chapters and forty-eight articles, was enacted and finally adopted at the fourth meeting of the Tenth Supreme People’s Congress on April 5, 2001.¹¹

Even though North Korea has this codified law, which is concrete rather than abstract, the North Korean copyright law was not publicized through a promulgation procedure, nor was it published as a code.¹² Therefore, it is difficult to believe that this law will play a role in regulating activities related to copyright as well as serving as criteria for trial. However, review of the characteristics of the North Korean copyright law in comparison with the South Korean law would help improve mutual

¹⁰ The entire provisions of the North Korean Copyright Law can be easily obtained from the homepage of the Korea Copyright Commission (www.copyright.or.kr).

¹¹ Amended Feb. 1, 2006.

¹² Choi Chongko, *Bukhanbeop-ui Yeoksajeok Hyeongseong-gwa Byeonhwa* [Historical Formation and Change of Law of North Korea], 46-1 (134) SEOULDAEHAKGYO BEOPHAK [SEOUL NAT’L U. LEGAL STUD.] 374 (2005) (S. Kor.).

understanding of copyrights and prepare for integration of the two legal systems after reunification of Korea.

1. Emphasis on the Major Role of a Nation

North Korean copyright law emphasizes the role of a nation, which is typical for socialist law.¹³ Normally copyright law is premised on the private ownership system and can be described as a law rooted in a strong capitalist disposition. From this perspective, it is awkward for a socialist country to provide elaborately drafted copyright law that strongly protects private property rights.¹⁴ Thus, the North Korean copyright law has only forty-eight articles, which is less than half the number of articles in South Korea's copyright law.

North Korea's law has scattered provisions emphasizing the role of a nation in the maintenance of the copyright order, which cannot be found in South Korean jurisprudence. For example, it has declaratory provisions, such as "the protection of copyrights is the consistent policy of the Democratic People's Republic of Korea; the nation shall ensure authors' writing activities and protect the right of copyright holders" (Section 2). It provides that any transfer of copyright to a foreign company or individual shall be subject to approval by the competent authority (latter part of Section 21). Institutions, organizations, and people shall use works in accordance with the specified procedure and method (Section 26). Royalties for the use of copyrights shall be determined by a price setting authority (Section 31). Provisions for "fair use" include a sub-section on "reproduction, broadcasting, or use in making compilations of works necessary for the control of the nation." (Section 32(4)). There is a separate chapter on other "guidance and control with respect to copyright business," under which it is declared that the nation shall strengthen its guidance and control of the copyright business (Chapter 6; Section 41). It is

¹³ Lee Eunjeong, *Bukhan-ui Jijeok Jaesangwon*[*Intellectual Property Right of North Korea*], 6(5) BUKHANBEOP YEONGU[STUD. N. KOREAN L.] 166 (2002) (S. Kor.).

¹⁴ The original starting point of Locke's labor theory, which is the most discussed philosophical basis recognizing copyright, is protection of private property right. In addition, basically, all other theories, such as the incentive theory, the economic theory, the personality theory, etc., are also premised on the private ownership system. As to the philosophical basis of a copyright system, see Justin Hughes, *The Philosophy of Intellectual Property*, 77 GEO. L.J. 287 (1988).

also provided that the copyright businesses shall be subject to supervision and control through various authorities (Sections 42-45).

These provisions, however, are clearly contradictory to other provisions acknowledging copyrights as private property: (a) an individual has a copyright for works created by him/her (Section 16); (b) inheritance and transfer of the author's property and neighboring rights are recognized (1st sentence of Section 21; Section 39); (c) the copyright is protected for fifty years after the death of the author (Section 23); and (d) a system of indemnification for damages is provided (Section 46). If North Korean copyright law is used in practice to regulate activities or trial, these contradictions would be too significant to resolve. Thus, it is difficult to say that the enactment of the North Korean copyright law has specific and substantial effects on the protection of works whose country of origin is South Korea or a foreign country. Clearly, the law is limited as that of a socialist nation.¹⁵ In light of these characteristics of North Korea's copyright law, it is premature to say that the works whose country of origin is South Korea will be protected under the North Korean jurisprudence.

2. Importance of Traditional Culture

The North Korean copyright law protects writings rewritten in modern-day language, adapted from traditional literary classics, as separate works (Section 10). Though the term "derivative works" is not used, it is a concept corresponding to derivative works under the copyright law. Considering that South Korean copyright law is unclear¹⁶ on whether to deem a translation (derivative works) an adaptation of a literary work from an archaic language to a modern one, North Korean copyright law can be viewed as more inclined to protect Korean traditional culture and further the Korean language.

On the other hand, it is distinctive in including the circus¹⁷ as one of the works protected by North Korean copyright law, since it is not a part of Korean traditional culture. Including the circus as

¹⁵ Kim Sangho, *Bukhan Jeojakkwonbeop-ui Naeyong-gwa Teukjing [Contents and Features of Copyright Law of North Korea]*, 11 KYEONGSANG DAEHAKGYO BEOPHAK YEONGU [KYUNGSANG U. LEGAL STUD.] 77-8 (2002) (S. Kor.).

¹⁶ OH SEUNGJONG, *JEJAKKWONBEOP [COPYRIGHT LAW]* 168-9 (2013) (S. Kor.).

¹⁷ The law includes "theatrical art works, such as an opera, play, circus, dance" *Bukhan Jeojakgwonbeop [North Korean Copyright Act]*, Apr. 5, 2001, Section 9(3) (N. Kor.).

a work related to dramatic pieces¹⁸ seems related to the North Korean circus reaching global fame.¹⁹ Moreover, many countries' copyright laws tend²⁰ to protect peculiar creative works produced in their countries. It may be advisable for South Korean copyright law to similarly protect peculiar indigenous creative works of with global competitiveness or local competitiveness in the East Asian markets.

3. *International Protection of Copyrights*

Section 7 of the North Korean copyright law provides that “the nation shall develop exchange and cooperation with other countries and international organizations in the area of copyright.” North Korea entered into the Berne Convention on January 28, 2003. As South Korea is also a party to the Berne Convention, this is the sole copyright-related international treaty to which both South and North Korea are parties.

Under the Berne Convention, the principle of “National Treatment”²¹ is applied among the member nations. Thus, theoretically, under North Korea's copyright law, works whose country of origin is South Korea are entitled to the same protection as those whose country of origin is North Korea. Although, so far there has been no case where the North Korean copyright law was applied to South Korean works in North Korea, Section 7 and North Korea's agreement to the Berne Convention predict that South Korean works would be protected in the North.

¹⁸ The law references a “dramatic work, including a play and dance, mime, etc.” Jeojakgwonbeop [Copyright Act], Act. No. 12137, Dec. 30, 2013, Section 4(1)(iii) (S. Kor.).

¹⁹ Kim, *supra* note 15, at 84.

²⁰ For example, the United States continues to extend the copyright protection period to protect its entertainment industry, such as movies, and France protects fragrance as works in order to protect its perfume industry, one of its major sectors. It is not novel that each country has policies to recognize works and protect copyrights in order to protect a strong sector such as the flower industry in the Netherlands. See Hyung Doo Nam, *Chongseong Eomneun Jeonjaeng [War without Gun Shots]*, 202 MUNHWA JEONEOL [MUNHWA J.] 64 (2005) (S. Kor.).

²¹ “Authors shall enjoy, in respect of works for which they are protected under this Convention, in countries of the Union other than the country of origin, the rights which their respective laws do now or may hereafter grant to their nationals, as well as the rights specially granted by this Convention.” Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, art. 5(1), Sept. 9, 1886, S. Treaty Doc. No. 99-27.

4. *Strengthening the Author's Moral Rights*

North Korea's copyright law provides that only those who create the work shall have the "author's moral rights,"²² which will be protected for an indefinite period of time but cannot be transferred or inherited (Section 20). This contrasts with South Korean copyright law which does not recognize the inheritability of the "author's moral rights" due to their inalienable nature.²³ In a national economy where the copyright industry constitutes an important part, it is necessary to strengthen the characteristics of copyright as a property right, the essence of which is transferability, even though the moral element of copyright is somewhat curtailed. Similarly, U.S. copyright law does not separately recognize the "author's moral rights."²⁴ North Korean copyright law protects the "author's moral rights for an indefinite period of time, while it protects the property right for fifty years after author's death. The North Korean copyright law can be viewed as legislation emphasizing the moral rights more than the commercial aspect of copyright.

5. *Expansion of the Scope of Fair Use*

Allowing fair use of works is as important to achieving the purposes of copyright law as is protecting the author's rights.²⁵

²² The North Korean copyright law provides for the following moral rights of an author: (i) right to determine whether to make a work public, (ii) right to disclose the name of a work; and (iii) right not to allow any change to the title, content, form, and the like of a work. Under the copyright law, however, such rights are categorized as the author's moral rights, more specifically, (i) the right to make public (Section 11), (ii) the right to indicate the author's name (Section 12), and (iii) the right to maintain identity (Section 13).

²³ Jeojakgwonbeop [Copyright Act], Act. No. 12137, Dec. 30, 2013, Section 14 (S. Kor.):

(1) Author's moral rights shall belong exclusively to the author.

(2) Even after the death of the author, a person who exploits his work shall not commit an act which would be prejudicial to the author's moral rights if he were alive, unless such act is deemed to have not defamed the honor of the author in light of the nature and extent of the act, and in view of the prevailing social norms.

²⁴ The U.S. copyright law does not separately recognize the author's moral right. On this issue, see Roberta Rosenthal Kwall, *Copyright and the Moral Right: Is an American Marriage Possible?*, VAND. L. REV. 1, 5 (1985).

²⁵ The purpose of this Act is to protect the rights of authors and the rights neighboring them and to promote the fair use of works in order to contribute to the improvement and development of culture." Jeojakgwonbeop [Copyright Act], Act. No. 12137, Dec. 30, 2013, Section 1 (S. Kor.). "The copyright law of the Democratic People's Republic of Korea shall, by setting a strict system and

The North Korean copyright law has a provision for fair use of works, which does not require the authors' permission.²⁶ In comparison with South Korea's copyright law, which contains eighteen provisions on fair use under one sub-chapter, it is remarkable that the North Korean copyright law contains only one provision. However, this is not because North Korean copyright law narrowly recognizes fair use. To the contrary, more detailed provisions on the requirements for fair use make it difficult for uses to qualify. In this sense, the North Korean copyright law's very rough provision for fair use can be regarded as recognizing fair use much more broadly.

In addition, as mentioned, so long as the necessity for the control of a nation is recognized, reproduction and broadcasting of works would be legally permissible without the authors' permission by the "fair use" clause (Subsection 4). Fair use can be easily recognized in the quotation of works and free performances under the North Korean copyright law (Subsection 6, 7) because there are not specific requirements for fair use comparable to the South Korean copyright law.²⁷ In light of the foregoing, the rights of copyright holders may be, to any extent and at any time, restricted at the will of the North Korean government because the

order for the use of works, protect the right of authors and contribute to the development of culture, art, science and technology." Bukhan Jeojakgwonbeop [North Korean Copyright Act], Apr. 5, 2001, Section 1 (N. Kor.). "Protection of copyright is the consistent policy of the Democratic People's Republic of Korea. It shall guarantee author's activities for the creation and protection of the rights of copyright holders." *Id.* at section 2. "To correct the use of work is an important condition for the development of literature, art, science and technology. The nation shall determine the procedure and method of the proper use of works and enforce strict compliance therewith." *Id.* at section 3.

²⁶ "Works may be used without permission of its author, in any of the following cases: (i) reproduction or translation of works for personal use or use on a household level; (ii) reproduction for the purposes of preservation, exhibition, perusal and borrowing at a library, documentary records storage facilities, museums, memorial centers, etc.; (iii) reproduction, broadcasting or adaptation of work for the purpose of education at school; (iv) reproduction, broadcasting or preparation of compiled matters of works necessary for the control of a nation; (v) broadcasting or making public through newspapers and periodicals in order to introduce works; (vi) quotation of works; (vii) free performance of works; (viii) reproduction of works exhibited at a public place, and (ix) recording or reproduction into Braille points for the blind. *Id.* at section 32.

²⁷ Kim, *supra* note 15, at 97. See also the South Korean copyright law, providing that "in case of reporting current events by means of broadcasting, newspapers or by other means, it shall be permissible to reproduce, distribute, perform publicly, broadcast, or transmit a work seen or heard in the relevant courses to the extent justified by the reporting purpose." Jeojakgwonbeop [Copyright Act], Act. No. 12137, Dec. 30, 2013, Section 24 (S. Kor.).

provisions of fair use are not elaborate. For this reason, fair use in North Korea probably would be poisonous to copyrights.

6. Insufficient Update of the Copyright Law to Accommodate Technological Development

Development of digital and internet technology has enabled not only the reproduction of original works without impairment, but also the simultaneous use of works in large quantities. For this reason, acute tensions between copyright holders and users have been increasing. Copyright holders' reaction seems to lag behind but tightly follows the development of technology. Likewise, the copyright law is always a bit late but never fails to follow the ever-changing technology. The history of copyright law can thus be seen as a series of responses by copyright holders to technological developments. Meanwhile, the North Korean copyright law has not demonstrated any changes in its provisions in response to technological developments.

The fact that the North Korean copyright law does not show any intent to protect copyright holders from digital reproduction clearly indicates that it lacks core features of contemporary copyright law. The digital divide between the two Koreas is so big that insufficiently updating copyright law to keep pace with technological developments could be an obstacle to protecting South Korean works in the future.

7. Other Features of the North Korean Copyright Law

As pointed out, the North Korean copyright law emphasizes the leading role of a nation in the maintenance of the copyright order. Further, there are some peculiar provisions construed as arising from the characteristics of the North Korean system.

For instance, there is a provision that "no protection of copyright is extended to any work whose publication, issuance, performance, broadcasting, projection on a screen, exhibition, etc. are prohibited" (Section 6). Such a provision is very unusual, in light of copyright law's neutrality on political values or orientations. This provision can be regarded as prohibiting copyright protection for any publications, etc. opposing the system of North Korea. This is in striking contrast to South Korean copyright law where the contents of a work have nothing to do

with whether the copyright is recognized.²⁸ The purpose of such a provision is more likely to preserve the North Korean regime because the law makes protection dependent on the content of the work. This can be criticized as significantly restricting freedom of publication.²⁹ (For example, only specific print shops can be exclusively engaged in publication.)

Both provisions – setting forth that approval of the relevant authority is required for transfer of a work to a foreign country (latter part of Section 21) and that, for control of a nation, fair use must be permitted (Section 32 (4)) – can also be utilized to protect the regime.

8. Summary

The justifying theorems of copyright law (labor theory from John Locke and incentive theory from Jeremy Bentham's utilitarianism) are very familiar to the private ownership system and capitalist ideology. In that sense, North Korea, which adheres to a socialist ideology, does not seem receptive to copyright law. Some provisions are difficult to understand from the perspective of a South Korean copyright expert. Nevertheless, it is necessary to study North Korean copyright law to prepare for dispute resolution between the South and North in the near future and for system integration upon reunification.

IV. CONCLUSION

I raised two copyright issues between South and North Korea. The issue of using North Korean works in South Korea will not be important in the near future because most North Korean authors, who were kidnapped or voluntarily defected to the North, have died and, in most cases, more than fifty or seventy years, which is the copyright term in South Korea, have passed since their

²⁸ South Korean law states that “works, which are subject to the protection under the copyright law, means expressions of thoughts or feelings, which belong to literature, academic study, or art, and as to whether they are ethical does not matter; even if their contents contain an immoral or illegal part, they are protected as works thereunder.” Supreme Court [S. Ct.], 90Da-Ka8845, Oct. 23, 1990 (S. Kor.) (quoting Kim, *supra* note 15, at 82).

²⁹ Kim, *supra* note 15, at 82-3.

deaths.³⁰ This can be considered a past issue. On the other hand, while the North Korean government would have difficulty cracking down on the expansion of South Korean popular culture in North Korea, there are few possibilities for South Korean copyright holders to claim their rights or bring copyright lawsuits in North Korean courts. Therefore, copyright enforcement in North Korea is not an active issue for the time being. However, there are a few possibilities for global commercial entities, like FIFA, as well as South Korea, to claim copyright infringement against North Korea as the country becomes more open.³¹ This can be considered a future issue.

Political tensions between South and North Korea remain. Even with economic transactions through the Kaeseong industrial complex, there has not yet been enough interchange to soothe tensions. Considering the serious political issues, such as the North Korean nuclear program, discussions on copyright protection can be relatively cordial. It would be desirable to hold working-level meetings as soon as possible to discuss the details of protecting copyrights and implementing such protections pursuant to Section 14 of the Annexed Agreement on Implementation and Observation of Exchange and Cooperation between South Korea and North Korea, which was concluded by the respective Prime Ministers at the Fifth South-North Korea High-level Talks held on December 13, 1991³² and which has been dormant for the last twenty-four years. The discussions over copyright issues will help in reunifying the systems of South and North Korea into an integrated cultural community, as well as in abating the prolonged tensions between them.

³⁰ According to the South Korean copyright law, the copyright protection period was fifty years after the authors' death and was extended to seventy years as of July 1, 2013. Jeojakgwonbeop [Copyright Act], Act. No. 12137, Dec. 30, 2013, Section 39(1) (S. Kor.).

³¹ There was a significant controversy in the relay broadcast by North Korea regarding its failure to pay the Fédération Internationale de Football Association (FIFA) during the 2006 Germany World Cup. FIFA is well known for thoroughly protecting its copyright. According to a South Korean newspaper, the South Korean government, which had a good relationship with North Korea at that time, paid the broadcasting fee to FIFA on behalf of North Korea. See *World Cup Bangsong, Bukhan-e Jegong* [The Government Provides World Cup Broadcasts in North Korea], CHOSUN ILBO [CHOSUN DAILY] (S. KOR.), June 12, 2006. http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2006/06/12/2006061270020.html.

³² See Hahn Seunghun, *Nam-buk Busokhapuiseo-e Ttareun Jeojakmul-ui Sangho Boho Bagan* [Proposal of Reciprocal Protection of Works According to Annexed Agreement between South and North Korea], 197 INKWON-GWA JEONGUI [HUMAN RIGHTS AND JUSTICE] 87 (1993) (S. Kor.).

DEUTSCHLANDS ARBEITSMIGRATIONS POLITIK IM INTERNATIONALEN VERGLEICH: EINE ‚UNKANADISCHE‘ BETRACHTUNG EINES PARADIGMENWECHSELS*

*Christine Langenfeld** und Holger Kolb****

Zu einem zentralen Topos aktueller einwanderungspolitischer Diskussionen in Politik, Öffentlichkeit und Wissenschaft ist die Idee eines ‚Lernens von anderen‘ geworden. Dies gilt in besonderem Maße für den Bereich der Arbeitsmigrationspolitik und damit den Bereich von Einwanderungspolitik, der über die Zulassung von Drittstaatsangehörigen entscheidet, die mit dem Motiv der Arbeitsaufnahme in ein Land einwandern wollen. Im Fokus des folgenden Beitrages, der sich mit den jüngsten einwanderungspolitischen Reformen Deutschlands im internationalen Vergleich befasst, steht daher die Einwanderung aus *Drittstaaten* zum Zweck der Arbeitsaufnahme. Demgegenüber unterliegen EU-Bürger und ihre Familienangehörigen dem Regelungsregime des EU-Freizügigkeitsgesetzes¹, welches nach Maßgabe der unionsrechtlichen Freizügigkeit und Niederlassungsfreiheit Arbeitnehmern und Selbstständigen umfassenden Zugang zum deutschen (Arbeits-)Markt gewährleistet.

Im Bereich der Arbeitsmigrationssteuerung in Bezug auf Drittstaatsangehörige hat Deutschland in den letzten Jahren einen Paradigmenwechsel vollzogen, von der Einwanderungsabwehr zur Einwanderungswerbung, von einer eher abwehrenden hin zu einer proaktiven Migrationssteuerung. Insofern fügt sich die hier behandelte Thematik in das Generalthema dieses Bandes „Wechsel des Rechtsregimes“ zwanglos ein. Dieser jedenfalls zu

* This article was presented at the conference on “Legal Issues Arising from Change of Legal Regimes,” at Göttingen University, 10–11 February, 2015. As per agreement with Göttingen University, the same article is also included in *Rechtsfragen beim Wechsel des Rechtsregimes: Viertes Symposium der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen mit der Yonsei Law School (Seoul)* (Gunnar Duttge & Jong Hwan Kim eds., 2015).

** Professor, Doctor, Universität Göttingen, Vorsitzende des Sachverständigenrats deutscher Stiftungen für Integration und Migration (SVR).

*** Leiter des Arbeitsbereichs Jahresgutachten, SVR–Berlin.

¹ Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern vom 30. Juli 2004 (FreizügG/EU), BGBl. I S. 1950, geändert durch Gesetz vom 19. August 2007, BGBl. I S. 1970. Gemäß § 12 FreizügG/EU findet das Gesetz auch auf die Staatsangehörigen der EWR-Staaten Anwendung. Unionsbürgern weitgehend gleichgestellt sind auch Staatsbürger der Schweiz über entsprechende Abkommen zwischen der Schweiz und der EU und ihren Mitgliedstaaten.

Beginn weitgehend unbemerkt gebliebene Wechsel wird in der Öffentlichkeit allerdings vielfach begleitet durch „mahnende“ Hinweise auf die „vorbildlichen“ Entwicklungen in anderen Staaten in diesem Bereich. Hierbei sind die mit der oben angesprochenen Lernidee automatisch verbundenen Rollen eines Schülers und eines Lehrers in der Regel klar verteilt. Deutschland wird trotz intensiver Reformen auf diesem Feld, die mittlerweile (zumindest in der Fachwelt) auch wahrgenommen werden, weiterhin als Land mit arbeitsmigrationspolitischem Lernbedarf eingestuft; als idealer Lehrer und damit als Land, an dem sich Deutschland in diesem Bereich gemeinhin orientieren sollte, genießt vor allem Kanada eine enorme Popularität. Deutschkanadische Vergleiche in diesem Bereich, in denen vor allem in den letzten Jahren im Sinne eines politischen Annäherungsprozesses erfolgte Veränderungen analysiert wurden, hatten in der letzten Zeit Hochkonjunktur², entsprechend soll, um die schiere Wiederholung von bereits Gesagtem zu vermeiden, in diesem Beitrag Kanada als arbeitsmigrationspolitische ‚Celebrity‘ weitgehend ausgeblendet bleiben und die Vergleichsperspektive auf einen in den entsprechenden Diskussionen eher unterbelichteten Aspekt gelenkt werden. Demzufolge wird in I. zunächst auf eine das arbeitsmigrationspolitische Rückgrat der deutschen Arbeitsmigrationspolitik betreffende Entwicklung eingegangen, die nichts mit Kanada, aber dafür umso mehr mit der Europäischen Union zu tun hat, bevor in II. in vergleichender Perspektive auf I. ergänzende Entwicklungen Bezug genommen wird, die die arbeitsmigrationspolitische Grundausrichtung Deutschlands ergänzt und diversifiziert haben. In der in III. erfolgenden Zusammenfassung wird dargelegt, dass sich auf der Basis von I. und II. die Deutschland zugeschriebene Rolle als Schüler als fraglich erweist und – jedenfalls dann, wenn man liberale und offene Regelungen als notwendige (wenn auch nicht hinreichende) Bedingung für die Fähigkeit, international umworbene Fachkräfte zu gewinnen, begreift – zumindest im rechtlichen Sinne ein Lernpotenzial kaum mehr besteht und Deutschland statt der zugeschriebene Schülerrolle zumindest derzeit eher als arbeitsmigrationspolitischer Lehrer gelten kann.

² Vgl. exemplarisch SVR 2015, Unter Einwanderungsländern: Deutschland im internationalen Vergleich; Christine Langenfeld/Stine Waibel, 2013, Von der Begrenzung zur Steuerung, in: Georg Jochum/Wolfgang Fritzemeier/Marcel Kau (Hrsg.), Grenzüberschreitendes Recht – Crossing Frontiers, S. 169-184.

I. DEUTSCHLAND (FAST) ALLEIN IN EUROPA: ZUR UMSETZUNG UND NUTZUNG DER BLUE CARD

In den politischen und öffentlichen (und oft auf Kanada als Referenzland fixierten) Diskussionen zum Thema der Arbeitsmigrationspolitik weitgehend ausgeblendet bleibt die Frage der institutionellen Verankerung von Migrationspolitik. In Deutschland ist die Zuständigkeit für den Bereich der Migrationspolitik vergleichsweise klar geregelt, Art. 73 Abs. 1 Nr. 3 GG verortet die Kompetenz für die „Freizügigkeit, das Passwesen, das Melde- und Ausweiswesen, die Ein- und Auswanderung und die Auslieferung“ in den Bereich der ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes. In diesen Bereichen können die Bundesländer nicht gesetzgeberisch tätig werden. Grundsätzlich möglich ist gesetzgeberisches Handeln im Bereich des „Aufenthalts- und Niederlassungsrechts der Ausländer“, das gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 4 GG in den Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung fällt. Allerdings hat der Bund für diesen Bereich die in Art. 72 Abs. 2 GG festgelegte Möglichkeit genutzt, zur „Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder [...] [der] Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse“ bundesgesetzliche Regelungen zu erlassen, von denen die Länder nicht durch eigene Regelungen abweichen können. Ein zuwanderungspolitisch unmittelbar relevanter Handlungsspielraum für die Bundesländer besteht damit in Deutschland zumindest auf den ersten Blick nicht.³

Allerdings gewinnt die Länderebene für die Arbeitsmigrationssteuerung insoweit an Bedeutung, als die Einwanderung zum Zweck der Arbeitsaufnahme an die Notwendigkeit der Anerkennung einer im Ausland erworbenen akademischen/beruflichen Qualifikation geknüpft wird. Dies ist, wie nachfolgend deutlich werden wird, in weitem Umfang der Fall, gerade im Bereich der im vorliegenden Beitrag im Zentrum stehenden

³ Siehe dazu auch SVR 2014, Deutschland auf dem Weg zum modernen Einwanderungsland, S. 70-71. Im Gegensatz zur Migrationspolitik als reiner Bundesangelegenheit ist der Bereich der Integrationspolitik vor allem über die im Rahmen der Föderalismusreform von 2006 noch einmal verstärkten Kompetenztrennung im Bereich der Bildungspolitik vor allem eine Ländersache, entsprechend hat sich der SVR in seinem Gutachten 2014 gegen die Einrichtung eines Bundesintegrationsministeriums und damit eines „institutionellen Torso[s]“ mit „rein symbolischen Funktionen“ ausgesprochen, aaO., S. 137.

Einwanderung von hochqualifizierten Arbeitskräften, die über einen Hochschulabschluss verfügen. Zum 1. April 2012 hat der Bundesgesetzgeber das Gesetz zur Verbesserung der Feststellung und Anerkennung von im Ausland erworbenen beruflichen Qualifikationen und Berufsabschlüssen⁴ geschaffen, das grundsätzlich für alle Personen, die einen Berufsabschluss im Ausland erworben haben und in Deutschland in einem Beruf arbeiten möchten, der auf Bundesebene geregelt ist, gilt. Das Gesetz hob alle bisher geltenden Regelungen zur Anerkennung von Berufsqualifikationen auf, die an die Staatsangehörigkeit der Antragssteller knüpften. Es weitete etliche Grundsätze zur Anerkennung von Berufsqualifikationen im Bereich der reglementierten Berufe, die im EU-Recht entwickelt wurden, auf Personen und Berufe aus, die nicht unmittelbar in den Anwendungsbereich der entsprechenden europarechtlichen Regelungen fallen. Nicht vom Anerkennungsgesetz erfasst sind allerdings jene Berufe, deren Regulierung in die Zuständigkeit des Landesgesetzgebers fällt (z.B. Lehrer, Erzieher, Ingenieure). Hier waren landesrechtliche Regelungen erforderlich, die mittlerweile auch ergangen, allerdings zum Teil sehr unterschiedlich ausgestaltet sind.⁵ Eine zentrale Rolle spielen die Länder schließlich beim Vollzug des Anerkennungsgesetz des Bundes, da nach der grundgesetzlichen Kompetenzordnung die Länder grundsätzlich auch für den Vollzug der Bundesgesetze zuständig sind (Art. 83 GG). Hierbei genießen sie weitgehende Autonomie (Art. 84 Abs. 1 S. 1 GG). Dies kann zu einer durchaus unterschiedlichen Anerkennungspraxis in den einzelnen Ländern führen, die bis zum Erlass einer entsprechenden Verordnung des Bundes⁶ (mit Zustimmung des Bundesrates) besonders im Bereich der Heilberufe spürbar war.

Allerdings wäre trotz des Bestehens einer auf der Bundesebene konzentrierten gesetzgeberischen Kompetenz die

⁴ Gesetz vom 6.12.2011, BGBl. I, 2515. Dazu näher SVR 2013, Erfolgsfall Europa?, S. 151 ff.

⁵ Vgl. dazu näher SVR 2014, Deutschland auf dem Weg zum modernen Einwanderungsland, S. 143 ff. Auch die Anerkennung von Hochschulabschlüssen, die keinem gesetzlich geregelten Beruf zugeordnet werden können, fällt nicht unter das Anerkennungsgesetz des Bundes, sondern wird in Deutschland durch die bei der Kultusministerkonferenz der Länder angesiedelte Zentralstelle für ausländisches Bildungswesen (ZAB) durchgeführt.

⁶ Verordnung zur Durchführung und zum Inhalt von Anpassungsmaßnahmen sowie zur Erteilung und Verlängerung von Berufserlaubnissen in Heilberufen des Bundes vom 1.1.2014, BGBl. I, 3005. Vgl. dazu auch SVR 2014, Deutschland auf dem Weg zum modernen Einwanderungsland, S. 142.

Annahme nicht zutreffend, dass in Deutschland jenseits des Bundes im Bereich der Arbeitsmigration keine Instanz im Mehrebenensystem normgeberisch zu beachten wäre. Deutschland hat zwar keine Kompetenzen ‚nach unten‘ (d.h. an die Bundesländer) abgegeben.⁷ Als Mitglied der Europäischen Union ist Deutschland allerdings verpflichtet, Vergemeinschaftungen in den entsprechenden Politikbereichen (und damit Abtretungen nationalstaatlicher Kompetenzen ‚nach oben‘) zu berücksichtigen. Bereits seit dem Amsterdamer Vertrag von 1997 verfügt die EU über migrationspolitische Gesetzgebungskompetenzen. Für eine auf Kompetenzerweiterung bedachte und sich selbst auf dem Weg zu einer immer engeren Integration jenseits von Staatenbund und Bundesstaat sehende EU bzw. ihre Institutionen ist das Feld der Migrationspolitik essentiell, weil damit die in *Jellineks* Drei-

Elemente-Lehre⁸ einen Staat konstituierenden Elemente eines Staatsgebiets, eines Staatsvolks und einer Staatsgewalt unmittelbar und direkter als in anderen Politikfeldern berührt werden. In der Steuerung der Migration, d.h. in der Frage, wer sich auf dem eigenen Staatsgebiet aufhalten darf, liegt ein Kernelement staatlicher Souveränität. Insgesamt lässt sich migrationspolitisch eine asymmetrische europäische Harmonisierung in Form von bereichsspezifisch unterschiedlich ausfallenden Intensitäten der Verlagerung politischer Kompetenzen von der nationalen auf die europäische Ebene feststellen.

Im Gegensatz zu den Bereichen Flucht/Asylmigration sowie dem Familiennachzug, in denen der mitgliedsstaatliche

⁷ Genau dies ist in Kanada der Fall. Dort haben in den letzten Jahrzehnten die Provinzen deutlich an zuwanderungspolitischen Gestaltungsmöglichkeiten gewonnen. Nukleus dieser Entwicklung war wenig überraschend Quebec, das von der Zentralregierung als Reaktion auf Unabhängigkeitsbestrebungen schon in den 1970er Jahren das Recht erhalten hat, eine eigene und auf die spezifischen Interessen Quebecs abgestimmte Einwanderungspolitik zu betreiben. Als Reaktion auf eine äußerst hohe Konzentration der über das Bundesprogramm (Federal Skilled Worker Program – FSWP) und andere Programme der Zentralregierung eingewanderten Personen in Ontario und British Columbia, äußerten eher ländlich geprägte Regionen den Wunsch, über eigene Programme stärker von Einwanderung profitieren und darüber bevölkerungspolitisch gestaltend wirken zu können. Folge war 1995 die Einführung des Provincial Nominee Program (PNP), in deren Rahmen die Provinzen die Möglichkeit erhalten, eigenständig Einwanderer auszuwählen. Als erste Provinzen machten Saskatchewan und Manitoba 1998 von dieser neuen Option Gebrauch, mittlerweile existieren in allen Provinzen und Territorien solche subnational verantworteten Einwanderungsprogramme, deren Bedeutung in den letzten Jahren massiv gestiegen ist.

⁸ Georg Jellinek 1900, Allgemeine Staatslehre (= Recht des modernen Staates, Bd. 1).

Handlungsspielraum durch entsprechende europarechtliche Vorgaben mittlerweile stark eingeschränkt ist⁹, blieb trotz ambitionierter Vergemeinschaftungsversuche seitens der EU-Kommission im Bereich der Arbeitsmigration die mitgliedstaatliche Prärogative nach wie vor stark ausgeprägt.¹⁰ Die nach langen Diskussionen schließlich 2009 verabschiedete EU-Hochqualifiziertenrichtlinie regelt die Zuwanderung von drittstaatsangehörigen Ausländern mit einem Hochschulabschluss (oder einer durch eine mindestens fünfjährige Berufserfahrung nachgewiesenen vergleichbaren Qualifikation)¹¹ und einem Arbeitsverhältnis, mit dem ein bestimmtes Mindestbruttogehalt erzielt wird.¹² Sie ließ den Mitgliedstaaten umfassende Möglichkeiten, eigene politische Schwerpunkte zu setzen, nichtsdestotrotz ist mit der Richtlinie 2009/50/EG über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung, der sog. Blue Card-Richtlinie¹³, erstmals systematisch ein unionsrechtlicher und von den Mitgliedstaaten zu beachtender rechtlicher Rahmen etabliert worden, der den Mitgliedstaaten die Einführung eines bestimmten migrationspolitischen Instrumentariums für Hochqualifizierte vorgibt und bei einer vergleichenden Analyse arbeitsmigrationspolitischer Rahmenbedingungen Berücksichtigung finden muss. Entsprechend nahe liegt es, für eine international vergleichende Einordnung der deutschen Arbeitsmigrationspolitik (statt über den Atlantik nach Kanada) zunächst einen Blick in die europäischen Nachbarländer und auf die angesichts der in der Richtlinie den Nationalstaaten gewährten Spielräume potenziell unterschiedlich ausfallenden „Blue-card-

⁹ Siehe dazu SVR 2014, Deutschlands Weg zum modernen Einwanderungsland, S. 79 und S. 90.

¹⁰ Ein 2001 vorgelegter weitreichender Vorschlag in diesem Bereich scheiterte am Widerstand der Mitgliedstaaten. Für ihren zweiten Anlauf zur Harmonisierung wählte die Kommission mit dem 2005 vorgelegten Grünbuch eine stärker dialogorientierte Strategie, aus der 2005 der strategische Plan zur legalen Zuwanderung und 2007 der Vorschlag für die Hochqualifiziertenrichtlinie entstand. Dazu umfassend *Simon Fellmer* 2013, Vergemeinschaftung von Zuwanderungspolitik in der Europäischen Union. Anreize und Widerstände aus Sicht der Mitgliedstaaten. So auch *Michael Griesbeck*, ZAR 2014, S. 181.

¹¹ Für die Einbeziehung dieser Gruppe in den Anwendungsbereich der Blue Card bedarf es einer entsprechenden Rechtsverordnung des Bundes, § 19a Abs. 1 Nr. 1b), Abs. 2 Aufenthaltsgesetz (AufenthG). Eine solche Regelung besteht bislang noch nicht.

¹² Dazu sogleich näher unten.

¹³ Richtlinie des Rates vom 25. Mai 2009, ABl. 2009, L 155/17; Vgl. auch das deutsche Gesetz zur Umsetzung der EU-Blue Card-Richtlinie vom 27.4.2012, BGBl. I 2012, 1224, in Kraft getreten am 1.8.2012.

politiken‘ zu werfen. Dabei wiederum sind zwei unterschiedliche Betrachtungsebenen zu unterscheiden, in 1. wird zunächst auf einige Aspekte der – wie zu zeigen sein wird – länderspezifisch höchst unterschiedlich ausfallenden Richtlinienumsetzungen eingegangen, bevor in 2. das sich in den jeweiligen Wanderungsempirien der EU-Mitgliedsstaaten abbildende Verhältnis der unionsrechtlich vorgegebenen und der rein mitgliedsstaatlichen Regelungen betrachtet wird.¹⁴

A. Keine Vorrangprüfung, niedrige Gehaltsgrenzen: Zur Umsetzung der Richtlinie in Deutschland im Vergleich

Es ist bereits darauf hingewiesen worden, dass die Richtlinie den Mitgliedstaaten zahlreiche Spielräume für eine den eigenen Interessen und Notwendigkeiten angemessen Rechnung tragende Umsetzung in nationales Recht ermöglicht, an dieser Stelle soll (und kann) nur auf zwei Aspekte eingegangen werden. So stellt es die Richtlinie in Art. 8 Abs. 2 den Mitgliedsstaaten frei, zu prüfen, „ob die betreffende freie Stelle nicht mit Arbeitskräften des eigenen Landes oder der Gemeinschaft [oder] mit Drittstaatsangehörigen, die ihren rechtmäßigen Wohnsitz in diesem Mitgliedstaat haben [...], besetzt werden kann.“ Damit bleibt es den Mitgliedstaaten überlassen, eine Blue Card-Vergabe vom Ausgang einer solchen Vorrangprüfung abhängig zu machen. Während der deutsche Gesetzgeber auf diese Option verzichtet hat¹⁵, gehört die Vorrangprüfung zum Anforderungskatalog für

¹⁴ Eine erste und frühere Fassung der Ausführungen von I.1 und I.2. findet sich in *Holger Kolb/Simon Fellmer*, ZAR 2015, S. 105.

¹⁵ Die Vorrangprüfung nach § 39 Aufenthaltsgesetz gehört seit jeher zum rechtlichen Arsenal auch des deutschen Arbeitsmigrationsrechts. Sie bedeutet, dass es für die Zustimmung der Arbeitsverwaltung zur Erteilung eines Aufenthaltstitels zur Ausübung einer Beschäftigung entweder einer individuell oder generell gestalteten Prüfung bedarf, ob sich durch die Beschäftigung von Ausländern nachteilige Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt, insbesondere hinsichtlich der Beschäftigungsstrukturen, der Regionen und der Wirtschaftszweige nicht ergeben, und ob für die Beschäftigung deutsche Arbeitnehmer sowie gleichgestellte Ausländer oder Unionsbürger mit Anspruch auf vorrangigen Zugang zum Arbeitsmarkt nicht zur Verfügung stehen. Auf die Vorrangprüfung kann im Verordnungswege (Beschäftigungsverordnung-BeschV) für bestimmte Berufsgruppen verzichtet werden, vgl. etwa § 1 ff., 27 Abs. 3 BeschV. Dies geschieht entweder dadurch, dass die im Verfahren über die Erteilung eines Aufenthaltstitels verwaltungsintern zu beteiligende Bundesagentur für Arbeit keine Vorrangprüfung vornimmt, sondern lediglich prüft, ob der drittstaatsangehörige Arbeitnehmer nicht zu ungünstigeren Bedingungen beschäftigt wird als vergleichbare deutsche Arbeitnehmer, oder

eine Erteilung in zahlreichen anderen europäischen Staaten. Aufschluss darüber gibt eine „Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Anwendung der Richtlinie 2009/50/EG über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung“.¹⁶ Aus dieser wird deutlich, dass mit der Tschechischen Republik, Deutschland, Spanien, Finnland, Frankreich, Lettland, den Niederlanden und Portugal lediglich eine Minderheit der EU-Staaten derzeit darauf verzichtet, im Rahmen der Bearbeitung von Blue Card-Anträgen eine Vorrangprüfung durchzuführen.¹⁷ Damit verbunden sind zunächst zwei Erkenntnisse. Zum einen ist zu konstatieren, dass die Blue Card weit davon entfernt ist, als (weitgehend) einheitlich definierter oder zumindest rechtlich ähnlich ausgestalteter Aufenthaltstitel für hochqualifizierte Arbeitnehmer aus Drittstaaten die ihr zugeschriebene Symbol- und Strahlkraft für die Europäische Union als im weltweiten Wettbewerb um die besten Köpfe attraktives Wanderungsziel auszuüben. Zum anderen ist deutlich, dass Deutschland die zur Verfügung stehenden Umsetzungsspielräume im Sinne einer Öffnung und Erweiterung der zuvor restriktiven Möglichkeiten der Arbeitsmigration von Drittstaatsangehörigen genutzt hat.

Diese Vermutung bestätigt sich bei einem Blick auf den zweiten im Rahmen dieses Beitrages thematisierten Aspekt der Richtlinienumsetzung. In der Richtlinie ist in Art. 5 Abs. 3 und Abs. 5 den Mitgliedstaaten in Form einer abstrakten Mindestvorgabe die Pflicht auferlegt, als Voraussetzung für die Erteilung einer Blue Card eine Mindestgehaltsschwelle zu definieren. Auch dabei bleibt den Mitgliedstaaten ein „hohe[r] Gestaltungsspielraum“.¹⁸ Deutschland ist dieser Vorgabe durch eine Bezugnahme auf die Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe a sowie Abs. 2 BeschV) gefolgt, das 2015 für die Erteilung einer Blue Card erforderliche Bruttoeinkommen beträgt auf dieser Basis 48.400 € bzw. knapp 38.000 € im Falle der sog. Mangelberufe.¹⁹ Zur Frage der Angemessenheit dieser Gehaltsgrenzen herrscht –

dass auf die Beteiligung der Bundesagentur für Arbeit ganz verzichtet wird. Letzteres ist für die Erteilung der Blue Card in § 2 BeschV geschehen.

¹⁶ COM (2014) 287 final, 22.5.2014.

¹⁷ COM (2014) 287 final, 22.5.2014, S. 8.

¹⁸ *Simone Kuczynski/Alexandra Solka*, ZAR 2009, S. 224.

¹⁹ Vgl. dazu § 41a Abs. 2 BeschV. Hierunter fallen insbesondere Berufe im medizinischen Sektor (Arztberuf), im IT-Bereich und im Ingenieurfach.

wie kaum anders zu erwarten – Uneinigkeit.²⁰ Aufschlussreich ist an dieser Stelle wiederum ein Blick in das europäische ‚Blue Card-Ausland‘ und dabei vor allem in die Länder, die zum einen ein mit Deutschland vergleichbares Wohlstandsniveau aufweisen und sich zum anderen wie Deutschland als mögliches Zielland für hochqualifizierte Drittstaatsangehörige international positionieren: Sowohl in Österreich (57.405 €²¹), den Niederlanden (ca. 58.900 €²²) als auch in Schweden (umgerechnet knapp 58.700 €²³) liegen die Gehaltsgrenzen (teilweise deutlich) über der deutschen Voraussetzung. Eine in der bereits zitierten Kommissionsmitteilung über die Richtlinienanwendung²⁴ enthaltene Zusammenstellung des Verhältnisses der europaweit etablierten Blue Card-Gehaltsgrenzen zu den jeweiligen durchschnittlichen Bruttojahresgehältern bestätigt das Bild von Deutschland als – auch bezüglich des Gehaltskriteriums – besonders offenem Land. Lediglich in Malta und Italien ist der Quotient aus Gehaltsgrenze und Durchschnittseinkommen noch deutlich geringer, beide Staaten machen aber von der Option der Vorrangprüfung Gebrauch. Die Frage der Gehaltsgrenze wird freilich für Deutschland auch dadurch entschärft, dass auch für Drittstaatsangehörige mit einem anerkannten ausländischen Hochschulabschluss, die die Gehaltsgrenzen für die Erteilung einer Blue Card nicht erreichen, bei Vorliegen eines Arbeitsplatzes die Möglichkeit der Einwanderung nach Deutschland besteht (§ 18 Abs. 4 i.V.m.

§ 2 Abs. 3 BeschV). Die für diese Fälle vorgesehene Vorrangprüfung stellt – soweit ersichtlich – in der Praxis kein ernsthaftes Hindernis mehr dar.

²⁰ Karl Brenke vom Deutschen Institut für Wirtschaftsforschung (DIW) kritisierte in der Anhörung des Bundestags-Innenausschusses zur Umsetzung der Blue-Card-Richtlinie die Gehaltsgrenzen als zu niedrig, während Herbert Brücker vom Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB) zu einer genau gegenteiligen Auffassung kommt und die Gehaltsgrenzen als zu hoch definiert. Siehe SVR, 2014, Deutschland auf dem Weg zum modernen Einwanderungsland, S. 75.

²¹ Siehe dazu auch Margit Kreuzhuber, ZAR 2014, S. 18; Heinz Faßmann 2014, in Bertelsmann Stiftung, ReformKompass Migration, S. 38-39 sowie <http://www.migration.gv.at/en/types-of-immigration/permanent-immigration-red-white-red-card/eu-blue-card.html>, [letzter Zugriff am 6.7.2015].

²² <https://ind.nl/en/individuals/employee/costs-income-requirements/Income-requirements>, [letzter Zugriff am 6.7.2015]. Zur niederländischen Umsetzung in dieser Frage vgl. auch Anja Wiesbrock/Metka Hercog 2012, Making Europe More Attractive, S. 12.

²³ <http://www.migrationsverket.se/English/Private-individuals/EU-citizens-and-long-term-residents/EU-Blue-Card.html>, [letzter Zugriff am 6.7.2015].

²⁴ COM (2014) 287 final, 22.5.2014, S. 16.

Sind die Voraussetzungen für die Erteilung einer Blue Card erfüllt, besteht – und dies ist ein weitgehender Schritt – ein entsprechender Anspruch auf Erteilung. Ein Ermessen der zuständigen Auslandsvertretung bzw., sofern sich der Antragsteller bereits in Deutschland befindet, der Ausländerbehörde, ist dann nicht mehr eröffnet. Hinzu kommt die Möglichkeit des Familiennachzugs, d.h. des Mitzuges des Ehegatten/Lebenspartners und unverheirateter minderjähriger Kinder (Kernfamilie). Für die Familienangehörigen besteht ein unbeschränkter Zugang zu Bildung und Arbeitsmarkt (§ 27 Abs. 5 AufenthG).

B. Die vier Europas: Zum Stellenwert der Blue Card in den europäischen Arbeitsmigrationspolitiken

Mittlerweile ist die Blue Card-Richtlinie in allen daran gebundenen EU-Staaten in nationales Recht und dabei – wie 1. gezeigt hat – höchst unterschiedlich umgesetzt worden. Ein zentrales Merkmal der Richtlinie ist die den Mitgliedstaaten weiterhin zur Verfügung stehende Option, neben der Blue Card auch andere Titel verleihen zu können (Art. 3 Abs. 4 2009/50/EG). Aus vergleichender Perspektive aufschlussreich sind entsprechend die von Staat zu Staat variierenden Relationen zwischen den unionsrechtlich vorgegeben und aus der Umsetzungspflicht resultierenden Aufenthaltstitel auf der einen und rein mitgliedstaatlich motivierten und ohne europäische Vorgaben etablierte Titeln auf der anderen Seite. Aus einer der Kommissionmitteilung zur Blue-card-umsetzung enthaltenen vergleichenden Zusammenstellung wird dabei deutlich, dass in vielen Ländern die Bedeutung der nationalen arbeitsmigrationspolitischen Regelungen die der Blue Card nicht nur deutlich übertrifft, sondern die Blue Card als arbeitsmigrationspolitisches Steuerungsinstrument sogar weitgehend irrelevant ist.²⁵ Lediglich in einer Minderheit der an die Richtlinie gebundenen Staaten nehmen die aus der Richtlinienumsetzung entstandenen Aufenthaltstitel mehr als eine Statisten- oder Nebenrolle ein. Das prominenteste Mitglied dieser Klein(st)gruppe ist Deutschland, das für mehr als 90 Prozent aller europaweit erfolgter Blue-card-vergaben verantwortlich ist. Zum 31.März 2015 lebten in

²⁵ COM (2014) 287 final, 22.5.2014. S. 4-5. Als Beispiele werden dafür folgende Länder genannt: Niederlande, Frankreich, Österreich, Spanien und Finnland. Detaillierter dazu *Holger Kolb/Simon Fellmer*, ZAR 2015, S. 105.

Deutschland knapp 22.000 Personen mit einer Blue Card, etwa die Hälfte von ihnen ist neu eingereist²⁶; in anderen Staaten verblieben die pro Jahr erteilten Blue Cards teilweise im zweistelligen Bereich. Aus der Perspektive einer ‚Blue-card-politik‘ ist Europa von einem abgestimmten oder sogar einheitlichen Handeln weit entfernt, vielmehr lässt sich in diesem Zusammenhang typologisierend derzeit sogar von ‚vier Europas‘ und damit vier idealtypischen europäischen Arbeitsmigrationspolitiken sprechen:

- 1) Vergleichsweise eindeutig zu definieren und zu identifizieren ist eine Gruppe von EU-Staaten, die an die Vorgaben der Richtlinie aufgrund einer Opt-Out-Klausel nicht gebunden sind: Dänemark, Großbritannien und Irland haben auf dieser Basis auf die Umsetzung der Richtlinie verzichtet, relevant in diesen Ländern sind ausschließlich die rein staatlich motivierten Regelungen.
- 2) Trotz bestehender Umsetzungspflicht und erfolgter Umsetzung praktisch irrelevant ist die Blue Card für eine Gruppe von Staaten, die aufgrund wirtschaftlicher Probleme derzeit eher als Auswanderungsländer relevant sind und als Zielländer (auch) für hochqualifizierte Drittstaatsangehörige ausfallen. Dazu gehört das wirtschaftspolitische Sorgenkind der EU par excellence, Griechenland, ebenso wie eine Reihe anderer primär süd- und südosteuropäischer Staaten.
- 3) Davon abweichend haben eine Reihe anderer EU-Mitgliedsstaaten in den letzten Jahren einen zunehmenden Bedarf an hochqualifizierten Arbeitnehmern aus Drittstaaten artikuliert und ihre jeweiligen arbeitsmigrationspolitischen Rahmenbedingungen entsprechend angepasst. Die durch die Blue Card geschaffenen Möglichkeiten werden allerdings von diesen Staaten politisch insofern weitgehend ignoriert, als dass sowohl die konkrete Umsetzung eher restriktiv ausfällt als auch die Kommunikations- und Vermarktungsstrategien weitgehend oder gar ausschließlich auf die nationalstaatlichen Regelungen beschränkt bleiben. Prominente Mitglieder dieser Gruppe sind die Niederlande, Schweden und Österreich.

²⁶ BAMF 2015, Wanderungsmonitoring, S. 27.

- 4) Übrig bleibt schließlich eine (Klein-)Gruppe von EU-Mitgliedsstaaten, die mit den Ländern aus 3) zwar gemein hat, eine aktive Arbeitsmigrationspolitik zu betreiben, allerdings abweichend von der für 3) konstitutiven Praxis eines (politischen) Ignorierens der europäischen Vorgaben die Blue Card als zentrales Element ihres Portfolios arbeitsmigrationspolitischer Programme nutzt. Neben Luxemburg und Frankreich gehört Deutschland zu dieser Gruppe; mehr als 90 Prozent der bislang überhaupt erteilten Blue Cards stammen von deutschen Behörden.

Aus dem in I. erfolgten EU-internen und auf die unionsrechtlichen Vorgaben konzentrierten Vergleich lässt sich ein ernüchterndes Fazit ableiten. Das mit der Blue Card ursprünglich intendierte Ziel, eine „European version“ der populären amerikanischen Green Card²⁷ als „powerful complement to any national effort to attract top talent“ zu schaffen und damit eine Maßnahme mit „greater visibility, predictability, and transparency than 25 different national systems“²⁸ zu etablieren, wurde zumindest bislang nicht ansatzweise erreicht. Der ‚kalte Boykott‘ der Regelung vor allem durch die Länder der Gruppe 3) lässt kein anderes Fazit zu, als dass die Maßnahme als ein Schritt hin zu einer gemeinsamen europäischen Arbeitsmigrationspolitik jedenfalls bislang gescheitert ist. Dies ist, wenn man eine europäisch abgestimmte und mitgliedstaatliche Regelungen ergänzende Arbeitsmigrationspolitik, die auch durchaus in der Lage wäre, die jeweils unterschiedlichen Befindlichkeiten der nationalen Arbeitsmärkte zu berücksichtigen, als sinnvoll erachtet, gerade auch deshalb bedauerlich, weil der deutsche Weg der Richtlinienumsetzung die in der Richtlinie enthaltenen Potenziale einer Liberalisierung nationaler Arbeitsmigrationspolitiken deutlich aufzeigt. Entsprechend ist die jüngst von der Europäischen Kommission gestartete Initiative, die Blue Card etwa durch eine öffentliche Konsultation verschiedener an dem Thema interessierter Institutionen weiterzuentwickeln, zu begrüßen.

²⁷ Daniel Thym 2010, Migrationsverwaltungsrecht, S. 152.

²⁸ Jacob von Weizsäcker 2006, bruegelpolicybrief 07, S. 1 und 7.

II. § 18C, § 16 ABS. 4, § 17A AUFENTHG: DAS DEUTSCHE ‚BLEIBEDREIECK‘ IM TRANSALPINEN VERGLEICH

Zentrales Merkmal der in I. thematisierten Blue Card ist ein Arbeitsvertrag als Zulassungsvoraussetzung (Art. 5 Abs. 1 Buchst. a 2009/50/EG), entsprechend gehören alle aus der Richtlinienumsetzung entstandenen nationalen Einwanderungs-gesetze in den Bereich der nachfrageorientierten Zuwanderung, die Entscheidung über die zusätzliche Einführung angebots-orientierter Instrumente hingegen liegt damit allein in der Hand der Mitgliedstaaten.²⁹ Ein gemeinsamer arbeitsmigrations-politischer Nenner zahlreicher Einwanderungsländer ist seit einiger Zeit die Etablierung von Misch- bzw. Hybridsystemen, die im jeweiligen arbeitsmigrations-politischen Portfolio Instrumente der Angebots- und der Nachfragesteuerung miteinander kombinieren. Entsprechend nahe liegt es, im Rahmen einer vergleichenden Einordnung der deutschen Politik die jüngst in Deutschland in diesem Bereich etablierten Instrumente in den

Blick zu nehmen. Vergleichsland soll dabei Österreich sein, das wiederkehrend (und wie zu zeigen sein wird zu Unrecht) gerade in diesem Bereich als mögliches Vorbild bzw. als Land, an dem sich Deutschland arbeitsmigrationspolitisch orientieren sollte, dargestellt wird.³⁰

Zentrales Merkmal einer humankapitalorientierten Arbeitsmigrationssteuerung ist ein Verzicht auf den Nachweis eines Arbeitsplatzes als Primärvoraussetzung für die Zuzugs- (oder Bleibe-)gestattung; im Zentrum steht stattdessen das über verschiedene Kriterien zu erfassen versuchte Humankapital eines Bewerbers. Besonders prominent als arbeitsmigrationspolitischer ‚Humankapital-Proxy‘ ist das Kriterium eines Hochschulab-

²⁹ In nachfrageausgerichteten Systemen “the initiative for the migration comes from the employer, who has a perceived need for a worker with a particular skill”, während in angebotsorientierten Verfahren “a host country advertises its willingness to take applications for immigration directly from potential candidates, independently of a specific job offer” [...], “candidates [in such systems] are usually assessed for admission on the basis of characteristics deemed to facilitate labor market integration such as language proficiency, educational attainment, age, work experience, the presence of family in the host country [...]”. Siehe *Jonathan Chaloff/George Lemaître*, *Managing Highly-Skilled Labour Migration*, S. 17.

³⁰ So etwa bei *Christal Morehouse* 2012, Mit der „Schwarz-Rot-Gold“-Karte internationale Fachkräfte gewinnen. Deutschland braucht ein neues Gesamtkonzept für Zuwanderung.

schlusses. In den im Folgenden vorgestellten Steuerungs-instrumenten spielt dieser eine hervorgehobene Rolle. Nach dem im Rahmen der Umsetzung der Hochqualifiziertenrichtlinie im Sommer 2012 in das Aufenthaltsgesetz ergänzten § 18c ist ein Hochschulabschluss neben eines für die Dauer der Suchphase zur Bestreitung des Lebensunterhaltes vorgeschriebenen Nachweises finanzieller Mittel³¹ das Exklusivkriterium. Für akademisch ausgebildete Fachkräfte ist der Zugang nach Deutschland damit fast vollständig liberalisiert. Die Reichweite dieses steuerungs-systematisch als ‚Punktesystem ohne Punktevergabe‘³² zu bezeichnenden Instruments lässt sich exemplarisch anhand eines Vergleichs mit dem in Österreich geschaffenen und unter dem Dach der Rot-Weiß-Rot-Karte (RWR-K) verankerten Instrument verdeutlichen. Die österreichische Entsprechung des § 18c AufenthG ist die Regelung zu „besonders Hochqualifizierten“, denen ebenfalls ein maximal sechsmonatiger Aufenthalt zur Suche eines ihrer Qualifikationen entsprechenden Arbeitsplatzes gewährt werden kann. Gegenüber den deutschen Regelungen erweist sich das österreichische Instrument allerdings an zwei Punkten als restriktiver: Zum einen sind Personen mit einem Bachelor-Abschluss anders als in Deutschland de facto von der Teilnahme ausgeschlossen³³, zum anderen sind die Bedingungen für die Erteilung deutlich komplizierter: Während in Deutschland als Kriterium allein ein akademischer Abschluss herangezogen wird, schaltet Österreich der Visumsvergabe ein komplettes und aus fünf Oberkategorien bestehendes Punktesystem vor und macht die Zulassung zur Suche eines Arbeitsplatzes vom Erreichen von 70 von 100 Maximalpunkten abhängig.

Ähnlich fällt der transalpine Vergleich zwischen Deutschland und Österreich im zweiten, dem Bereich der Angebotssteuerung zuzurechnenden Instrument der Arbeitsmigrationspolitik aus. Hier geht es allerdings nicht um die Neueinreise von im Ausland ausgebildeten Personen, sondern um den Verbleib von im Inland ausgebildeten Ausländern (aus Drittstaaten) und konkret um die

³¹ Nachweispflichten eines bestimmten Einkommens als Zuzugsvoraussetzung sind in vielen Einwanderungsländern etabliert. Problematisch an der deutschen Regelung ist allerdings das während der auf 6 Monate begrenzten Suchphase bestehende Arbeitsverbot, das Zuzugsbewerber dazu zwingt, zur Jobsuche ihr Vermögen (teilweise) aufzuzehren oder sich zu verschulden.

³² In diesem Sinne etwa SVR 2014, Deutschlands Wandel zum modernen Einwanderungsland, S. 76.

³³ Punkte für einen Studienabschluss werden lediglich im Falle eines Abschlusses eines Studiums an einer tertiären Bildungseinrichtung mit vierjähriger Mindestdauer vergeben.

ausländischen Absolventen inländischer Hochschulen zur Verfügung gestellten Optionen eines aufenthaltsrechtlichen Statuswechsels. Deutschland hat die mit dem Zuwanderungsgesetz 2005 erstmals fächerübergreifend eingeführte Bleibeoption für ausländische Absolventen deutscher Hochschulen in den letzten Jahren wiederkehrend ausgebaut und liberalisiert, zuletzt im Rahmen der Richtlinienumsetzung 2012. Seit dem können aus Drittstaaten stammende Absolventen deutscher Hochschulen, die einen Bachelor- oder einen höherwertigen Abschluss erzielt haben, nach Studienabschluss bis zu 18 Monate in Deutschland zur Suche eines ihrer Qualifikation angemessenen Jobs³⁴ bleiben (§ 16 Abs. 4 AufenthG). Während der Jobsuche besteht ohne spezielle rechtliche Einschränkungen die Möglichkeit der Aufnahme einer Arbeit. Auch hier erweisen sich die in der österreichischen RWR-K verankerten Regelungen als gegenüber den in Deutschland gültigen Optionen zurückhaltender. Festmachen lässt sich dies wiederum am Ausschluss von Bachelor-Absolventen, an der für die Jobsuche nach Studienabschluss zur Verfügung stehenden Suchperiode von lediglich 6 Monaten sowie der unklaren Rechtslage hinsichtlich der Frage nach einer Erwerbstätigkeit während der Suchperiode, der im Jahresbericht des SVR erfolgte internationale Vergleich in diesem Bereich weist die österreichischen Regelungen entsprechend als vergleichsweise restriktiv aus.

Die ausschließlich auf Akademiker ausgerichteten ‚Bleibeoptionen‘ der §§ 18c sowie 16 Abs. 4 AufenthG werden im Herbst 2015 zudem aller Voraussicht nach durch eine in erster Linie auf Fachkräfte ohne akademischen Abschluss abzielende Option ergänzt werden (ohne diese freilich aus dem Anwendungsbereich der neuen Regelung auszuschließen). Im Rahmen der Verabschiedung eines Gesetzes zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung ist die Einführung eines § 17a AufenthG³⁵ geplant, der es Drittstaatsangehörigen mit entsprechenden Vorqualifikationen ermöglichen

³⁴ Der unbestimmte Rechtsbegriff der Angemessenheit wird in der Praxis dabei insofern weit ausgelegt, als dass lediglich überprüft wird, ob das vom Ausländer angestrebte Beschäftigungsverhältnis üblicherweise einen akademischen Abschluss voraussetzt, auf die Voraussetzung einer engen Kopplung des Studienabschlusses an das Berufsfeld hingegen wurde verzichtet.

³⁵ BT-Drs. 18/4097. Mit Beschluss vom 2. Juli hat der Bundestag den entsprechenden Gesetzentwurf angenommen. Die Beschlussfassung des Bundesrates ist noch vor der parlamentarischen Sommerpause 2015 zu erwarten.

soll, die im Falle einer nicht möglichen Vollanerkennung (zumindest für einen längeren Aufenthalt oder gar eine Aufenthaltsverstätigung) weiterhin bestehende Pflicht der Nachqualifikation auch im Inland zu erfüllen. Als durchaus weitgehend ist § 17a AufenthG vor allem auch deshalb einzustufen, weil nach der Anerkennung die Möglichkeit bestehen soll, zum Zweck der Suche nach einem den beruflichen Qualifikationen entsprechenden Arbeitsplatz für zwölf weitere Monate in Deutschland zu bleiben (Abs. 4). In dieser Fassung würde § 17a Abs. 4 AufenthG als Drittstaatsangehörigen mit erfolgreicher Nachqualifikation in Deutschland zur Verfügung stehende ‚Suchoption‘ in Kombination mit der Hochschulabsolventenregelung des § 16 Abs. 4 AufenthG und den Regelungen des § 18c AufenthG ein konsistentes ‚Such-Triptychon‘ bilden. Eine derartige Verschränkung der Zuwanderungssteuerung mit Aspekten der Anerkennung im Ausland erworbener Qualifikationen und damit der systematischen Öffnung angebotsorientierter Zuzugsverfahren für Fachkräfte ohne akademische Qualifikationen existiert in Österreich derzeit nicht.

Zweifellos hat die RWR-K für die österreichische Arbeitsmigrationspolitik eine positive Marketing-Wirkung entfaltet mit der Folge, dass Österreich (zumindest außerhalb der Fachwelt und vor allem im Bereich der angebotsorientierten Steuerung) als mögliches Lernland für Deutschland herausgestellt wird.³⁶ Einer inhaltlichen Überprüfung hält diese Empfehlung allerdings nicht stand, mit dem in II. anhand des deutsch-österreichischen Vergleichs aufgezeigten Gegensatz zwischen dem materiellen Recht und der öffentlichen (Fehl-)Wahrnehmung wird allerdings die Bedeutung der kommunikativen Komponente von Politik noch einmal eindrücklich deutlich.³⁷

III. ZUSAMMENFASSUNG UND FAZIT: DAS LIBERALE RECHT UND SEINE GRENZEN

Insgesamt ist die Geschichte der deutschen Arbeitsmigrationspolitik der letzten 15 Jahre eine Geschichte der Liberalisierung und Öffnung des Landes für Fachkräfte.³⁸ In

³⁶ Siehe exemplarisch die in Fn. 30 zitierte Studie.

³⁷ Dazu umfassend SVR 2014, Deutschlands Wandel zum modernen Einwanderungsland sowie SVR 2015, Unter Einwanderungsländern.

³⁸ Siehe auch *Andreas Ette/Stefan Rühl/Lenore Sauer*, ZAR 2012, S. 14 – 20.

Rahmen dieses Beitrages konnte nur auf einige ausgewählte Schritte dieses Prozesses eingegangen werden, andere Wegmarken, wie etwa die 2013 erfolgte Reform der Beschäftigungsverordnung (BeschV), mit der der Arbeitsmarkt auch für Drittstaatsangehörige geöffnet wurde, die im Ausland eine Berufsausbildung mit mindestens zweijähriger Ausbildungsdauer abgeschlossen haben (§ 6 BeschV)³⁹, müssen hier ausgeblendet bleiben. Angesichts dieser Entwicklung kann das seitens der OECD an Deutschland verliehene Prädikat, im Bereich der Arbeitsmigrationspolitik zu den offensten und liberalsten Ländern im gesamten OECD-Raum zu gehören⁴⁰, auch nicht überraschen. Insgesamt verfügt Deutschland über ein differenziertes Instrumentarium zur Arbeitsmigrationssteuerung, das durch die starke Arbeitsmarkterdung, die punktuell mit potenzial- oder humankapitalorientierten Elementen kombiniert wird, auf die jeweiligen Bedarfe am Arbeitsmarkt auch flexibel reagieren kann. Nachjustiert werden sollte allerdings im Bereich der Regelungen zur Anerkennung von im Ausland erworbenen beruflichen Qualifikationen, die Voraussetzung für die Zuwanderung zum Zweck der Arbeitsmigration ist. Das Recht der Anerkennung und das Einwanderungsrecht müssen stärker aufeinander abgestimmt und auch flexibilisiert werden. Das gilt insbesondere für die Einwanderung von nichtakademischen Fachkräften, für die die Feststellung der Gleichwertigkeit einer im Ausland erworbenen Berufsausbildung besondere Schwierigkeiten bereitet. Die oben unter II. angesprochene Neuregelung in § 17a AufenthG, die auch Teilanerkennungen und die Nachqualifizierung in Deutschland ermöglicht, ist hier ein Schritt in die richtige Richtung.

Zu den bestehenden liberalen Regelungen scheinbar in Kontrast stehen die weiterhin auf vergleichsweise niedrigem Niveau verbleibenden Zahlen des Zuzugs von Drittstaatsangehörigen zum Zwecke der Arbeitsaufnahme. Eine motivspezifische Betrachtung des Zuzugs von Drittstaatsangehörigen zeigt, dass lediglich jeder zehnte Drittstaatsangehörige mit dem

³⁹ Unter der Voraussetzung, dass die Ausbildung als gleichwertig mit einer im Inland erworbenen Ausbildung anerkannt wird, können diese Fachkräfte Zugang zum Arbeitsmarkt erhalten, sofern sie in einem Engpassberuf tätig sind oder die Person von der Bundesagentur für Arbeit auf Grund einer für einzelne Berufe bilateralen Absprache mit den Arbeitsverwaltungen in Herkunftsländern vermittelt wurde.

⁴⁰ OECD 2013, Recruiting Immigrant Workers: Germany, S. 15.

Motiv der Arbeitsaufnahme nach Deutschland kommt.⁴¹ Auch die Blue Card bleibt trotz ihres in Deutschland besonders exponierten Stellenwerts als pars pro toto der Arbeitsmigrationssteuerung (siehe dazu I.) hinsichtlich ihrer erhofften Wirkung als stimulierendes Instrument auf die Zuzugszahlen von Arbeitsmigranten in den Augen einiger Beobachter deutlich zurück⁴². Noch stärker gilt dies für die Option zur Arbeitsplatzsuche nach § 18c AufenthG⁴³ und den Zuzug von Fachkräften mit einer beruflichen Ausbildung nach der Beschäftigungsverordnung.⁴⁴

Die hier nur in aller Kürze und ausschnittsweise geschilderte Wanderungsempirie im Bereich der Arbeitsmigration nach Deutschland als Beleg für das Scheitern der in den letzten Jahren erfolgten Anstrengungen anzuführen, wäre allerdings falsch. Damit verbunden ist ein arbeitsmigrationspolitischer Reduktionismus, der die Kopplung der politischen Outputs (arbeitsmigrationspolitische Gesetze und Verordnungen) mit den politischen Outcomes (Quantität und Komposition der Arbeitsmigration) deutlich überschätzt und andere intervenierende Variablen, die zwar politisch regulierbar sind, aber sich außerhalb des Politikfeldes der Migrationspolitik befinden, ebenso ausblendet wie Faktoren, die sich staatlicher Regulieren vollkommen entziehen.⁴⁵ Für den Fall der deutschen Arbeitspolitik besonders bedeutsam ist dabei ein Sondereffekt in Form eines vor allem wirtschaftlich bedingten Zuwanderungsbooms von Unionsbürgern. Zwei Drittel der in den letzten beiden Jahren erreichten Nettozuwanderung von über 400.000 Personen⁴⁶ haben ihre Grundlage in der Personenfreizügigkeit der EU. Automatische Folge dieses innereuropäischen Zuwanderungsbooms in Richtung

⁴¹ SVR 2014, Deutschlands Wandel zum modernen Einwanderungsland, S. 48. BMI/BAMF 2015, Migrationsbericht 2013, S. 30.

⁴² Zum Zeitpunkt 31. März 2015 waren 21.983 Drittstaatsangehörige mit einer Blauen Karte EU in Deutschland aufhältig. 1.879 Drittstaatsangehörige, die zuletzt mit einer Blauen Karte EU im Ausländerzentralregister registriert waren, lebten nicht mehr in Deutschland. Zu berücksichtigen ist zudem, dass 5.150 in Deutschland aufhältige Personen, die ab dem 1. August 2012 zunächst eine Blaue Karte EU erhalten haben, mittlerweile über einen anderen Aufenthaltstitel verfügen. Dazu umfassend BAMF 2015, Wanderungsmonitoring, S. 27-29.

⁴³ 2013 wurden auf dieser Basis 475 Aufenthaltstitel erteilt, 2014 waren es 1.116.

⁴⁴ In der Statistik zu Arbeitsgenehmigungen-EU und Zustimmungen der Bundesagentur für Arbeit sind für das Berichtsjahr 2014 auf der Grundlage des § 6 Abs. 2 Nr. 2 BeschV 311 Zustimmungen vermerkt.

⁴⁵ Siehe dazu Tito Boeri/Herbert Brücker/Frederic Docquier/Hilalel Rapoport 2012, Brain Drain and Brain Gain: The Global Competition to Attract Highly-Skilled Migrants.

⁴⁶ Siehe dazu SVR 2013, Erfolgsfall Europa?, S. 55.

Deutschland ist aber auch ein arbeitsmigrationspolitischer Relevanzverlust von Drittstaatsangehörigen. Man kann mit einiger Berechtigung davon ausgehen, dass die Unternehmen als im Segment der Arbeitsmigration entscheidende Akteure hinsichtlich ihrer Stellenbesetzung ein gestuftes Verfahren in der Form anwenden, dass nach einer Ausschöpfung des lokalen, regionalen und nationalen Arbeitsmarktes Unionsbürger (schon allein aufgrund deutlich geringerer Transaktionskosten) Drittstaatsangehörigen tendenziell vorgezogen werden. Ein hohes Angebot an gut qualifizierten Unionsbürgern, wie es krisenbedingt Deutschland derzeit zur Verfügung steht, befreit Unternehmen damit zumindest zu gewissen Teilen vom Druck aktiver Rekrutierung in Drittstaaten. Die Zuwanderung aus den EU-Staaten, von der Deutschland stark profitiert, wird aber zumindest mittelfristig zurückgehen – wegen der demografischen Entwicklung in den Herkunftsländern und der sich abzeichnenden wirtschaftlichen Erholung der südeuropäischen Krisenländer. Zum eigentlichen Praxistest der deutschen Arbeitsmigrationspolitik wird es entsprechend dann kommen, wenn die Sondersituation einer historisch extrem hohen Zuwanderung von Unionsbürgern nach Deutschland vorbei ist und die ‚europäische Lösung‘ in der betrieblichen Personalpolitik vieler Unternehmen nicht mehr besteht. Aus dem internationalen Vergleich der deutschen Regelungen lässt sich allerdings Zuversicht gewinnen, dass die Regelungen den dann anstehenden Praxistest durchaus bestehen können.

DIE ANWENDUNG DES KOREANISCHEN BÜRGERLICHEN GESETZBUCHS AUF DIE NORDKOREANISCHE BEVÖLKERUNG IM VORPROZESS DER WIEDERVEREINIGUNG*

*Dong - Jin Park***

I. DER RECHTLICHE CHARAKTER DER INNERKOREANISCHEN BEZIEHUNG

Seit der Teilung Koreas im Jahr 1945 und dem darauffolgenden Koreakrieg im Jahr 1950 ist der personelle Austausch zwischen Süd- und Nordkorea streng verboten. In Hinblick auf eine mögliche Wiedervereinigung ist, in Bezug auf das jetzige innerkoreanische Verhältnis, die Anwendbarkeit des Zivilrechts der Republik Korea („Südkorea“) auf die nordkoreanischen Einwohner zu klären. Insbesondere das Gebiet des Erbrechts könnte sich komplex entwickeln. So hatte im Jahr 2009 erstmals der nordkoreanische Einwohner(A) vor einem südkoreanischen Gericht einen Erbschaftsanspruch in Höhe von etwa 7.600.000 Euro geltend gemacht. A wurde von seiner Familie beauftragt, den Anspruch gerichtlich durchzusetzen. Mithilfe eines Mitarbeiters des nordkoreanischen sog. „State Political Security Department (SPSD)“ hatte A Haar- und Nagelproben entnommen und den gesamten Verlauf gefilmt. Dies wurde ein mit großem Interesse verfolgtes Medienereignis.

Die darauffolgenden, sich im Kern ineinander ähnelnden, Fälle können durch folgendes Beispiel veranschaulicht werden:

A war im nördlichen Gebiet Koreas mit Ehefrau B verheiratet und hat mit ihr ein Kind C. Aufgrund des Koreakriegs gelangte A nach Süden, konnte dann aber nicht in seine Heimat zurückkehren. Er ließ B und C zurück und lebte in Südkorea zunächst allein. In der Folgezeit heiratete er D, mit der er die gemeinsamen

* This article was presented at the conference on “Legal Issues Arising from Change of Legal Regimes,” at Göttingen University, 10–11 February, 2015. As per agreement with Göttingen University, the same article is also included in *Rechtsfragen beim Wechsel des Rechtsregimes: Viertes Symposium der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen mit der Yonsei Law School (Seoul)* (Gunnar Duttge & Jong Hwan Kim eds., 2015).

** Professor, Yonsei Law School.

Kinder, E und F, zeugte. Nach seinem Tod hinterlässt A ein großes Vermögen und nur seine, im Familienregister¹ registrierten südkoreanischen Familienangehörigen traten die Erbschaft nach dem gesetzlichen Erbteil an. Auch die in Nordkorea lebende B und C erfahren im Nachhinein von A's Tod.

Können die Erben B und C vor einem südkoreanischen Gericht einen Erbschaftsanspruch gegen die südkoreanischen Erben erheben?

Um die Anwendbarkeit des südkoreanischen Zivilrechts samt dem Erbrecht auf die nordkoreanischen Einwohner zu prüfen, muss zunächst untersucht werden, welchen rechtlichen Status diese in Südkorea haben.

Die Beantwortung dieser Frage hängt im Wesentlichen davon ab, welcher Standpunkt hierzu aus südkoreanischer Sicht vertreten wird.

Notwendig erscheint ein Rückblick auf eine im koreanischen Verfassungsgesetz enthaltene widersprüchliche Regelung und die verschiedenen wissenschaftlichen Versuche, diese zu beheben: Im Mittelpunkt steht Art. 3 (der sog. „Territoriumartikel“) und Art. 4 (der sog. „(friedliche) Wiedervereinigungsartikel“), die Präambel und ferner die mit Art. 4 relevanten Artikel (Art. 66, 69, 72, 92 etc.) der südkoreanischen Verfassung (KV).²

Die beiden Artikel lauten wie folgend.

Art. 3 KV (Territorium):

Das Staatsgebiet der Republik Korea besteht aus der koreanischen Halbinsel und den dazugehörigen Inseln.

Art. 4 KV (Einheit):

Die Republik Korea bemüht sich um die Einheit. Sie gestaltet eine friedliche Wiedervereinigungspolitik und führt diese auf der Grundlage von einer freiheitlichen demokratischen Grundordnung aus.

¹ Im koreanischen Familienregister sind die allgemeinen Personenstandsdaten (Personalien) von Eltern, Ehegatten und Kindern eingetragen. Dazu kommen noch besondere Personenstandsdaten, u.a. Änderungen des Personenstandes durch Adoptionen.

² Im Folgenden wird für die koreanische Verfassung die Abkürzung „KV“ verwendet.

Nach diesem Artikel darf bei der Herstellung der Wiedervereinigung keine Gewalt angewendet werden. Bisweilen hat sich die Auseinandersetzung über den rechtlichen Charakter von Nordkorea insbesondere im Bereich des Verfassungsrechts ausgetragen.

A. Die Betonung des Wiedervereinigungsartikels (Art. 4 KV)

Die Ansichten, die der friedlichen Wiedervereinigungstheorie folgen, versuchen die Realität, dass der nördliche Teil der koreanischen Halbinsel von der Demokratischen Volksrepublik Korea („Nordkorea“) eingenommen ist, anzuerkennen.³ Folgt man dieser Meinung, erkennt man somit die Souveränität des nordkoreanischen Regimes an. Dies basiert auf der Tatsache, dass auf völkerrechtlicher Ebene und sowohl auch in der innerkoreanischen Beziehung, Nordkorea als Völkerrechtssubjekt agiert und daher seine Staatlichkeit nicht abgestritten werden kann.

Nach dieser Ansicht verliert Art. 3 KV, der mit Art. 4 KV im Widerspruch steht, schließlich seine normative Kraft. Wie es zu diesem Ergebnis kommen kann, wird unterschiedlich begründet.

So wird vertreten, dass Art. 3 in seiner jetzigen Fassung unrealistisch und folgewidrig sei und daher seinen Geltungsanspruch verliere.⁴ Eine andere Meinung sieht hier einen Verfassungswandel, weswegen Art. 3 KV unwirksam sei.⁵ Andere erkennen zwar diejenige des Art. 3 KV an, dessen Grad würde jedoch im Vergleich zu Art. 4 KV „herabgesetzt“, was ihn letztendlich außer Kraft setze.⁶ Ähnlich argumentiert eine weitere Ansicht. Die normative Kraft des Art. 3 KV sei zwar anerkannt, doch da diejenige des Art. 4 KV vorrangig sei, gehe als Ergebnis die des Art. 3 KV verloren. Ferner wird argumentiert, dass Art. 3 KV den Rang eines einfachen Rechts habe und daher hinter Art. 4 KV stehe.

³ Im Folgenden wird Nordkorea angegeben.

⁴ Yun Myungsun/Kim Byungmook, Verfassungslehre, Bubjisa, 1998, S. 15; vgl. Lee Jang-hee, Der Umsetzungsauftrag des Rechtssystems im süd- und nordkoreanischen Abkommen, 1. Tagung zu Wiedervereinigungsfragen der asiatischen Akademie für Sozialwissenschaften, S. 3.

⁵ Kim Seung-dae, Die rechtliche Charakteristik der koreanischen Sonderbeziehung, Bupjo Bd. 462 (1995), S. 44 ff.

⁶ Choi Daikwon, Der rechtliche Charakter der Wiedervereinigung, Bobmunsa, 1990, S. 29 ff.

B. Die Betonung des Territoriumartikels (Betonung von Art. 3 KV)

Diese Ansicht hebt hervor, dass Art. 3 KV seit seiner Verankerung in der Verfassung von 1948 bis zum heutigen Zeitpunkt konsequent erhalten wurde und von grundlegender Bedeutung sei. Art. 3 KV sei die rechtliche Feststellung des koreanischen Territoriums seit dem Kaiserreich Korea (sog. „Groß-Korea“, 1897-1910) und proklamiere in aller Deutlichkeit die Landesgrenzen nach innen und nach außen. Dies kann so interpretiert werden, dass keine Absicht auf einen Angriffskrieg gegen andere Staaten bestehe. Es sei ein Manifest zur Sicherung des Weltfriedens. Auch bilde er die Grundnorm, die verkündet, dass die Republik Korea nach Staatsrecht sowie nach dem Völkerrecht die einzige rechtmäßige Regierung auf der ganzen koreanischen Halbinsel sei. Demnach handele es sich bei dem nordkoreanischen Gebiet um ein nicht vereinnahmtes Territorium und das nordkoreanische Regime sei eine verfassungsrechtlich nicht anzuerkennende illegale Organisation.⁷

Auch wenn die Normativität des Art. 3 betont wird, ist nach dem Prinzip der praktischen Konkordanz eine mit Art. 4 systematisch in Einklang stehende Auslegung möglich. So regelt Art. 3 die Pflicht, das Territorium von der Republik Korea wieder herzustellen. Art. 4 ist subsidiär. Er bezieht sich nur auf die Methode, die Wiedervereinigung auf friedliche Weise auszuführen.

Zusammengefasst ergibt sich die Pflicht, das Territorium auf friedliche Weise wieder zurück zu gewinnen.⁸

C. Sonderbeziehungstheorie (Anerkennung eines Doppelstatus von Nordkorea)

Der koreanische Oberste Gerichtshof hat seine bisherige Meinung geändert, Nordkorea als eine staatsfeindliche Organisation zu sehen. So sei das nordkoreanische Regime zwar immer noch eine staatsfeindliche Organisation, die das nördliche Territorium illegal besetze, für eine friedliche Wiedervereinigung nehme es aber zugleich auch die Rolle als Gesprächspartner und

⁷ Kim Chulsoo, Einführung in die Verfassungsrechtslehre, Pakyoungsa, 2006, S. 112.

⁸ Vgl. Lee Kyuchang, „Law and Policy for invoking sue geris relations for South-North Koreas in circumstances of unification“, UNIFICATION & LAW, Vol. 21 (2015. 2), S. 63.

Mitwirkter ein. Es könne daher von einem Doppelstatus ausgegangen werden.⁹

Dieser Doppelstatus basiert auf der Sonderbeziehung von Süd- und Nordkorea.

Die Sonderbeziehungstheorie erlangte in Korea Aufmerksamkeit.¹⁰ Sie wurde als Maßstab zur Bewältigung inner- und außenpolitischer Konflikte herangezogen, die sich aus der spezifischen Situation der Teilung Deutschlands ergaben. Demnach wurde das deutsch-deutsche Verhältnis aus der damaligen westdeutschen Sicht als „keine völkerrechtliche Beziehung, auch keine staatsrechtliche Beziehung, sondern als Sonderbeziehung“ definiert.

Mittlerweile ist die Sonderbeziehungstheorie auch in § 3 des „Gesetzes über die Entwicklung der innerkoreanischen Beziehung“ als materielles Recht verankert.

Die Sonderbeziehungstheorie sieht Art. 3 KV als eine zweckorientierte Norm die das wesentliche Element des Staates, das Staatsgebiet, definiert. Demgegenüber ist Art. 4 KV eine Ausführungsnorm, die die Richtung einer friedlichen Wiedervereinigungspolitik auf Grundlage einer freiheitlichen und demokratischen Grundordnung angibt. Es handelt sich hier um eine gegensätzliche Gesetzgebung, die die Besonderheit des innerkoreanischen Verhältnisses widerspiegelt. Dieser formelle Widerspruch ist durch eine systematische und einheitliche Auslegung aufzuheben. Die Normativität bleibt somit möglichst erhalten.

Schließlich muss die Normativität beider Artikel anhand des Anwendungsbereichs, also je nach staatsrechtlichem oder völkerrechtlichem Normbereich, unterschiedlich angewandt werden.¹¹

Erstens, falls die innerkoreanische Beziehung auf ‘staatsrechtlicher Ebene’ stattfindet, bedeutet dies im ‘negativen’ Sinne, dass die innerkoreanische Beziehung kein zwischenstaatliches Verhältnis ist. Daher sind die völkerrechtlichen allgemeinen Grundsätze nicht anwendbar. Dies ist

⁹ Vgl. OGH Urteil v. 8. 10. 1993, 93Do1951; OGH Urteil v. 17. 4. 2008, OGH Urteil v. 14. 5. 2009 (2009Do329); 2003Do758 (Großer Senat), VerfG Urteil v. 29. 7. 1993, 92Heon-Ba48; VerfG Urteil v. 16. 1. 1997, 92Heon-Ba6·26, 93Heon-Ba34·35·36.

¹⁰ *Chung Kutae*, „Exercise for the Right of Claim for Recovery of Inheritance by Residents of North Korea and Exclusion Period“, *Ajou Law Review* (Law Research Institute of Ajou University) Vol. 8 No. 1, S. 231ff.

¹¹ *Lee Hyowon* Understanding Law of Unification, Pakyoungsa, 2014, S. 175f.

lediglich eine politische Proklamierung nach außen, dass beide Seiten für die Wiederherstellung der koreanischen Nation bemüht sind. Dies ist aber nicht maßgebend für die Regelung der innerkoreanischen Beziehung selbst.

Die ‚positive‘ Bedeutung der innerkoreanischen Beziehung auf ‚staatsrechtlicher Ebene‘, ist die Berücksichtigung des ‚Doppelstatus‘ von Nordkorea. Im Bereich, wo Nordkorea als staatsfeindliche Organisation agiert, werden Art. 3 KV und das südkoreanische Staatssicherheitsgesetz angewendet. Nicht zum Einsatz kommen hier die völkerrechtlichen Grundsätze. Art. 4 KV und das auf Grundlage des Art. 4 erlassene „Gesetz über Kooperation und den innerkoreanischen Austausch“ werden auch nicht angewendet. Anderes gilt im Normbereich, wo Nordkorea die südkoreanische Bemühung um eine friedliche Wiedervereinigung erwidert, und als Kooperations- und Gesprächspartner für die Herstellung der Einheit handelt. Hier ist Nordkorea als Völkerrechtssubjekt anerkannt.

Zweitens, werden die völkerrechtlichen Grundsätze aber dann berücksichtigt, wenn sich die innerkoreanische Beziehung auf völkerrechtlicher Ebene vollzieht, wenn bspw. Süd- und Nordkorea gemeinsam, oder einseitig mit einem Drittstaat ein Rechtsverhältnis beschließen. Der Grund liegt dabei in der Tatsache, dass Süd- und Nordkorea beide Völkerrechtssubjekte sind, und ferner dass anhand der völkerrechtlichen Grundsätze, die Anwendung des Völkerrechts nicht durch Staatsrecht ausgeschlossen werden kann.

II. DER STATUS DER NORDKOREANISCHEN EINWOHNER AUS SICHT DER SONDERBEZIEHUNGSTHEORIE

Die Bedeutung und der Charakter der Staatsangehörigkeit und des Staatsangehörigkeitsgesetzes hat das koreanische Verfassungsgericht wie folgt definiert:

„Die Staatsangehörigkeit ist die rechtliche Verbindung zwischen dem Staat und seinen Staatsangehörigen und bedeutet Sicherheit und Befolgung. Eine Trennung zwischen beiden ist undenkbar. Die Staatsangehörigkeit entsteht mit der Gründung des Staates und das Ende des Staates ist zugleich ihr Verwirkungsgrund. Die Staatsangehörigkeit existiert nicht durch das geschriebene Gesetz, sondern durch die Entstehung des

Staates. Aus dem Verfassungsgesetz ergibt sich zwar der Auftrag zum Erlass des Staatsangehörigkeitsgesetzes, inhaltlich handelt es sich dabei um verfassungsrechtliche Angelegenheiten, da der Umfang des Staatsvolks, als einer der Staatselemente, konkretisiert und realisiert wird.“

Es ist zu klären, ob die koreanische Staatsangehörigkeit durch die Gründung der Republik Korea entsteht. Die Präambel der koreanischen Verfassung proklamiert, dass die Republik die rechtliche Tradition der Exilregierung von 1919 fortführt. Interpretiert man dies wortwörtlich, bedeutet dies, dass vor dieser Exilregierung die Staatsangehörigkeit von der Republik Korea nicht existiert hat.¹²

Die vorläufige Satzung über die Staatsangehörigkeit des Gesetzes Nr. 11 der süd-koreanischen Übergangsregierung vom 11. 5. 1945, auf dem das heutige Staatsangehörigkeitssystem beruht, war vor dem Erlass des Staatsangehörigkeitsgesetzes für die Staatsangehörigkeit der Chōsen-Koreaner zuständig. Die süd-koreanische Übergangsregierung war ein amerikanisches Militärregierungsorgan, das zuständig für Legislative, Exekutive und Judikative im südlichen Gebiet jenseits des 38. Breitengrads war (Gesetz Nr. 141 vom 17. 5. 1947). Weil sich die Herrschaft nur bis zum südlichen Gebiet des 38. Breitengrads erstreckte, ist anzunehmen, dass die von dem Gesetzgebungsorgan der süd-koreanischen Übergangsregierung erlassenen und vom amerikanischen Militärregierungsorgan ratifizierten Gesetze nur im südlichen Teil Koreas ihre Wirkung hatten. Die Einwohner im nördlichen Gebiet jenseits des 38. Breitengrads wurden also von der Gesetzesanwendung ausgeschlossen. Auch § 1 des am 9. 10. 1963 als nord-koreanische Regierungsverordnung angenommenen Staatsangehörigkeitsgesetzes Nordkoreas definiert die ersten nordkoreanischen Staatsangehörigen als „Koreaner, die vor der Gründung Nordkoreas die Staatsangehörigkeit von Chōsen

¹² Hier ein kurzer Hinweis zu der Geschichte Koreas. Das letzte koreanische Königreich „Chōsen“ wurde im Jahr 1392 gegründet und bestand bis zu der Ausrufung des koreanischen Kaiserreichs („Groß-Korea“) in 1897. Kurz danach, ab 1910 bis 1945, erfolgte die Annexion durch Japan. In dieser Zeit wurde wieder der frühere Name Chōsen aufgegriffen. Zeitgleich entstand 1919, als Ergebnis der Unabhängigkeitsbewegung in Shanghai China, eine „Exilregierung“. Ihre Rechtmäßigkeit kommt durch die Präambel der heutigen koreanischen Verfassung zum Ausdruck. Nach dem zweiten Weltkrieg kam es durch die Besatzungsmächte dann schließlich zu der Teilung, die bis heute besteht: Der süd-koreanischen Übergangsregierung (1947) folgte die Gründung der Republik Korea am 15. August 1948. Wenig später, am 9. September, wurde die Demokratische Volksrepublik Korea (Nordkorea) gegründet.

besitzen“. Dementgegen gebraucht § 2 des am 20.12. 1948 erlassenen und in Kraft getretenen Staatsangehörigkeitsgesetzes von Südkorea zwar auch den Begriff der „Staatsangehörigkeit der Republik Korea“. Dieser Begriff soll sich während des Legislativprozesses aufgrund der Tatsache, dass die Republik im geistigen und rechtlichen Sinne schon existiert, gegen den Begriff „Koreaner“ durchgesetzt haben, der als zu undeutlich galt. Dies beruht auf der Ansicht, dass, obwohl durch die japanische Annexion der Name des Landes von „Groß-Korea“ zu „Chōsen“ geändert wurde (Edikt Nr. 318 vom 29. 9. 1910), die Rechtmäßigkeit der japanischen Annexion letztendlich nicht anzuerkennen sei, und da auch in dieser Zeit der Begriff „Bürger der Republik Korea“ erhalten blieb, eine Abgrenzung zu den ersten koreanischen Staatsbürgern überflüssig sei.

Die Chōsen-Koreaner oder die Staatsangehörigen Chōsens - die Adressaten der süd- und nordkoreanischen Staatsangehörigkeitsregelungen – sind die nach der Unabhängigkeit von Japan an dem Chōsen-Familienstand¹³ angemeldeten Menschen. Es war allgemein anerkannt, dass der Familienstand zur Erkennung der Ständeordnung und auch als Staatsangehörigkeitsausweis diene. Die vorläufige Satzung des Gesetzes Nr. 11 der süd-koreanischen Übergangsregierung war auch Grund dafür, dass die Rechtsprechung die nordkoreanischen Einwohner als Staatsangehörige Südkoreas ansah.

Bei der Nichtigkeitsklage gegen Platzverweisung eines nordkoreanischen Einwohners äußerte der Oberste Gerichtshof, dass „aufgrund der § 2 Nr. 1 der vorläufigen Satzung über die Staatsangehörigkeit des Gesetzes Nr. 11 der süd-koreanischen Übergangsregierung, eine Person, die einen Chōsen-koreanischen Vater hat, die Staatsangehörigkeit Chōsens erhält. Nach Art. 3 der Verfassung von 1948 werden die Voraussetzungen von Staatsangehörigen durch die Gesetze bestimmt. Nach Art. 100 KV sind diese gültig, solange sie verfassungsgemäß sind.

Der Kläger hat den Chōsen-Koreaner LEE, Seung-ho zum Vater und erhält nach der vorläufigen Satzung die Staatsangehörigkeit von Chōsen. Mit dem Inkrafttreten der Verfassung am 17. 7. 1948 hat er zusätzlich die Staatsangehörigkeit der Republik Korea erlangt. Auch wenn er nach nordkoreanischem Gesetz die nordkoreanische Staatsangehörigkeit erlangt hat und von der nordkoreanischen Botschaft China

¹³ Dieser erfolgte durch die Chōsen-Familienstand-Verordnung.

einen Personalausweis für einen Auslandsaufenthalt ausgestellt bekommen hat, ist dennoch das nordkoreanische Gebiet Teil der koreanischen Halbinsel und so im Bereich der Souveränität der Republik Korea. Jede Staatsorganisation oder andere Souveränität, die mit der südkoreanischen Souveränität kollidiert, wird nicht anerkannt. Daher ändert dieser Umstand nichts an der Tatsache, dass er die südkoreanische Staatsangehörigkeit erworben hat und aufrechterhält. Das koreanische Verfassungsgericht stimmt dem koreanischen Obersten Gerichtshof zu. Die Regierung hat eingeräumt, dass die Anerkennung der südkoreanischen Staatsangehörigkeit auf nordkoreanische Einwohner oder nordkoreanischen Einwohner, die sich in Drittstaaten aufhalten, die sich außerhalb der südkoreanischen effektiven Kontrolle befinden, außenpolitische Konflikte mit Nordkorea oder relevanten Drittstaaten verursachen können. Die Anerkennung der südkoreanischen Staatsangehörigkeit auf Nordkoreaner, die in der Republik Korea wohnen, bereite jedoch keine Probleme. Der Nichtanerkennung der nordkoreanischen Souveränität folgend, gibt es auch Stimmen, die die südkoreanische Staatsangehörigkeit an Nordkoreanern deshalb anerkennen, weil ihre Vorfahren Bürger des Kaiserreichs Korea („Groß-Korea“) waren und sie ihren Wohnsitz im Staatsgebiet der Republik Korea haben. Aber auch wenn man der Rechtsprechung folgt, gibt es folgende Probleme:

In dem vorliegenden Fall wurde die südkoreanische Staatsangehörigkeit aufgrund § 2 Abs. 1 der vorläufigen Satzung, Art. 3 und Art. 100 KV von 1948, und Art. 3 KV in der heutigen Fassung anerkannt.

Dementsprechend muss man für den Erwerb der südkoreanischen Staatsangehörigkeit, entweder anhand der vorläufigen Satzung Staatsangehöriger von Chōsen gewesen oder ein Abkömmling gerader Linie (väterlicherseits) sein. Aber wie schon erwähnt galt dieses Gesetz *de facto* nur bis zum südlichen Gebiet des 38. Breitengrads. Es gibt keinen rechtstheoretischen Grund, anhand dieses Gesetzes die Staatsangehörigkeit Chōsens bei den Bewohnern des nördlichen Gebiets des 38. Breitengrads anzunehmen. Die damals beim Erlass und Inkrafttreten des Gesetzes in nördlichen Teil der Grenze lebenden Bewohner, sind nach heutigem südkoreanischem Gesetz ggf. als Staatenlose anzusehen. Art. 3 KV ändert dabei nichts.

Auch wenn die ständige Rechtsprechung die südkoreanische Staatsangehörigkeit an nordkoreanischen Einwohnern anerkennt,

ist der Status der Nordkoreaner in der innerkoreanischen Beziehung von doppelter Bedeutung.

Aus diesem Grund ergibt sich die Erforderlichkeit, die relevanten Rechtsgebiete einerseits in staatsrechtliche und andererseits in völkerrechtliche Anwendungsbereiche zu teilen und anhand dieser, den Status der Nordkoreaner getrennt zu prüfen.

Wendet man die koreanische Sonderbeziehung auf den rechtlichen Status der Nordkoreaner an, bedeutet dies im negativen Sinne, dass das innerkoreanische Verhältnis kein Verhältnis zwischen zwei Staaten ist. Folglich sind daher auch die nordkoreanischen Einwohner keine Ausländer. Konkret bedeutet dies:

Erstens, auf staatsrechtlicher Ebene, wo Nordkorea als staatsfeindliche Organisation agiert, sind die nordkoreanischen Einwohner auch Staatsbürger der Republik Korea. Dabei ist es unerheblich, ob sie nun aktive Subjekte oder unterdrückte Individuen dieser Organisation sind.

Zweitens, auf staatsrechtlicher Ebene, wo Nordkorea als friedlicher Gesprächs- und Kooperationspartner agiert, werden die nordkoreanischen Einwohner als Staatsbürger angesehen, da sie einen Teil des geteilten Koreas konstruieren. So sind sie keine Ausländer und zugleich auch keine südkoreanischen Staatsbürger, sondern erhalten einen Sonderstatus. Grundsätzlich werden daher die völkerrechtlichen Grundsätze auf nordkoreanische Einwohner analog angewendet und man erkennt ihnen einen „quasi Ausländerstatus“ an.

Drittens, kann die nordkoreanische Staatsangehörigkeit anerkannt werden, wo auf völkerrechtlicher Ebene, Süd- und Nordkorea einseitig bzw. gemeinsam mit einem Drittstaat oder einer internationalen Organisation ein Rechtsverhältnis eingehen. Auch hier werden auf die nordkoreanischen Staatsbürger die völkerrechtlichen Regeln analog angewendet und sie nehmen einen „quasi Ausländerstatus“ ein. Dies ist bedeutsam für den außenpolitischen Schutz der nordkoreanischen Einwohner, die sich im Ausland aufhalten. Ferner ist der Sonderstatus relevant bei Nordkoreanern, die aus Nordkorea geflohen sind und ihren Wohnsitz außerhalb Nordkoreas haben.

III. DIE ANWENDUNG DES SÜDKOREANISCHEN ZIVILRECHTS AUF DIE NORDKOREANISCHEN BEWOHNER UND IHRE GRENZE

Anhand der ständigen Rechtsprechung, die die normative Kraft des Art. 3 KV anerkennt, sind alle nach der Verfassung erlassenen und in Kraft getretenen Gesetze - auch das koreanische Zivilrecht - im nordkoreanischen Gebiet gültig. Dieser Wirkung des Territorialitätsprinzips stimmen auch die meisten Zivilrechtler zu. Die Reichweite sei lediglich unter besonderen Umständen des Koreakriegs vorübergehend aufgehoben. Würde bspw. das nördliche Gebiet hinter dem 38. Breitengrad wieder zurück erlangt, würde das koreanische Zivilrecht, auch ohne eine besondere Regelung, angewendet werden. Das Zivilrecht proklamiert, dass jede natürliche Person ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit ein Rechtssubjekt im Zivilrechtsverkehr werden kann. Dies ist u.a. § 3 KBGB zu entnehmen („der Mensch ist auf Lebenszeit Rechtssubjekt“). Ein nordkoreanischer Einwohner kann Rechtssubjekt eines Rechtsverhältnisses sein, dem das südkoreanische Zivilrecht zugrunde liegt. Hier bestehen keine rechtlichen Hindernisse.

Aber einige Probleme würden auftauchen, wenn es zu einem Konflikt um ein Rechtsverhältnis kommt, der zwischen Süd- und Nordkoreanern zivilrechtlich relevant ist. Hier müssen andere Gesichtspunkte zum Einsatz gebracht werden. Die Zweideutigkeit des innerkoreanischen Verhältnisses, die sich in Form „einer Nation, ein (rechtmäßiger) Staat, zwei Regierungen und zwei Systeme“ äußert, muss hier berücksichtigt werden. Obwohl die Souveränität Nordkoreas verfassungsrechtlich schwer anzuerkennen ist, erscheint es unrealistisch, hierbei immer nur das südkoreanische Recht anzuwenden. Eine einseitige Rechtsanwendung, also Anwendung nur der südkoreanischen Gesetze in allen zivilrechtlichen Konflikten, ist unannehmbar aufgrund der Anerkennung der doppelten Bedeutung der innerkoreanischen Beziehung. In Rücksicht auf eine gegenseitige Anerkennung, und auch in Hinsicht auf den Betroffenen, der sich entweder nur in Süd- oder Nordkorea aufgehalten hat, wo ganz andere Systeme und Ideologien herrschen, wäre dies nicht zu befürworten. Bei den Konflikten, die sich durch den gegenseitigen Austausch- und Kooperationsprozess ereignen, muss der eine Wiedervereinigung anstrebende Standpunkt gewahrt werden. Hauptsache ist hier die Anerkennung des nordkoreanischen Systems, dessen zivil- und

strafrechtliche Rechtsordnung und die Tatsache, dass die nordkoreanische Rechtsordnung auf die nordkoreanischen Bewohner und im nordkoreanischen Gebiet angewendet wird. Auch unter der jetzigen Rechtsordnung erscheint es im Hinblick auf das gemeinsame Ziel der friedlichen Wiedervereinigung angemessen, dass zumindest auf Konfliktfälle, die sich im Zuge des gemeinsamen Austausch- und Kooperationsprozesses ereignen, auch die nordkoreanischen Gerichte innerhalb ihres Gerichtsbezirks anzuerkennen sind. Demnach entspricht das nordkoreanische Gericht fast einem ausländischen Gericht, und auch wird das nordkoreanische Recht – ähnlich wie im früheren geteilten Deutschland – gleichsam nach den Grundsätzen des Internationalen Privatrechts als interlokal maßgebliches Recht anwendbar.

Nach der heutigen Lage, in der die nordkoreanische Staatsangehörigkeit nicht anerkannt wird, ist die Entscheidung um das anzuwendende Recht anhand der Staatsangehörigkeit unmöglich. Bei der Normenkollision muss das Recht angewendet werden, das an dem Ort wirksam ist, der die höchste Relevanz zu dem Betroffenen aufweist (so § 3 Abs. 3 S. 2 des koreanischen Internationalen Privatgesetzes). Falls eine innerkoreanische Vereinbarung vorliegt, wäre zwar diese einschlägig, anderenfalls ist „Das Gesetz des Ortes, zu dem der Betroffene die engste Verbindung hat“ als Gesetz des gewöhnlichen Aufenthalts anzusehen. Außer in den Fällen, die nach dem heutigen internationalen Gesetz durch das Gesetz des gewöhnlichen Aufenthalts geregelt werden, gibt es auch Ausnahmefälle im Anwendungsbereich des Staatsrechts. So beispielsweise die internationalen Gerichtsverfahren zwischen Süd- und Nordkorea über die Rechtsfähigkeit, die Geschäftsfähigkeit, das Eingehen der Ehe und ihre Wirkungen, die Scheidung, das eheliche Kind, die Adoption und deren Aufhebung, die Vormundschaft, die Verwandtschaft und das Testament. Nach diesem Prinzip müssen jene Fälle durch das Gesetz des gewöhnlichen Aufenthalts geregelt werden. Unabhängig davon, ob nun auf die nordkoreanischen Einwohner das südkoreanische Zivilrecht direkt oder durch analoge Anwendung des Internationalen Privatrechts angewendet wird, müssen die folgenden Probleme bei der tatsächlichen Anwendung geprüft werden.

Bei dem anfangs unter I. vorgestellten Beispiel muss somit erörtert werden, ob die in Nordkorea wohnenden Erben einen Anspruch auf das von A hinterlassene Vermögen haben. Sofern

dies der Fall ist, stellt sich die weitere Frage, ob eine Einschränkung der Ausübung des Erbrechts erforderlich ist. Aufgrund der langwierigen Teilung Nord- und Südkoreas ist meistens der Erblasser schon vor langer Zeit verstorben, der Erbfall bereits eingetreten und der Nachlass verteilt. Nach der Rechtsprechung kann das Erbrecht trotz des nordkoreanischen Wohnsitzes anerkannt werden. Die Verwandtschaft mit dem Erblasser muss dabei durch das Familienregister nachgewiesen werden. Da jedoch bei Erben, die in Nordkorea wohnen, nicht klar ist, ob sie noch leben, werden sie zunächst bei der Nachlassenteilung ausgeschlossen. Diese können später in Form eines Erbschaftsanspruchs ihr Recht wieder eingeräumt bekommen. Es bleibt zwar die vorrangig zu klärende Frage, ob nun die in Nordkorea wohnenden Erben als diese anzuerkennen sind, im obigen Fall kann jedoch ein Erbschaftsanspruch gegen die in Südkorea wohnenden Erben erhoben werden, denn auch die Verletzung des Erbrechts durch gemeinsame Erben ist Grund für einen Erbschaftsanspruch.¹⁴

Nach dem Erbrecht ist der Status der nordkoreanischen Erben dem der südkoreanischen gleichgestellt. Unter Berücksichtigung des Wesens des Erbrechts und auch anhand dessen Wirkungen muss ein ausgewogenes Verhältnis erstellt werden. Falls das durch die Erbschaft erlangte Eigentum ohne Einschränkung nach Nordkorea gelangt, könnte dies aus Gründen der Sicherheit und dem Allgemeinwohl nicht befürwortet werden. Um dieses Problem zu beheben, wurde im Jahr 2012 das „Sondergesetz über Familienverhältnisse, Erbschaft etc. zwischen süd- und nordkoreanischen Einwohnern“ („Innerkoreanisches Sondergesetz über Familienverhältnisse“) erlassen.

Im Folgenden werden in Bezug auf den Erbschaftsanspruch einige wichtige Fragen erörtert.

A. Die Anwendung der zivilrechtlichen Ausschlussfrist des § 999 KBGB auf die Ausübung des Erbschaftsanspruchs

Wird die Ausschlussfrist auch auf die nordkoreanischen Erben angewendet?

Wenn die Erbteilung zwischen den südkoreanischen Erben schon stattgefunden hat, gibt es eine Ansicht, die argumentiert, dass aus Gründen der Rechtssicherheit der Erbschaftsanspruch

¹⁴ VerfG Urteil v. 24. 9. 2009, 2007Heon-Ba118.

nicht anzuerkennen sei. Dementgegen geht die herrschende Meinung davon aus, dass sich der Erbschaftsanspruch selbstverständlich durch die Anerkennung der Erbschaft der nordkoreanischen Einwohner herleiten lässt.

Erkennt man den Erbschaftsanspruch an, ist insbesondere fraglich, ob die Ausschlussfrist nach § 999 Abs. 2 KBGB anwendbar ist.

§ 999 KBGB (Erbschaftsanspruch):

- (1) Wird das Erbrecht durch den Erbschaftsbesitzer verletzt, kann der Erbe oder sein gesetzlicher Vertreter auf die Herausgabe des Erlangten klagen.
- (2) Die Klageerhebung nach Absatz 1 ist mit Ablauf von drei Jahren nach dem Zeitpunkt ausgeschlossen, in dem der Erbe von der Verletzung Kenntnis erlangt hat: dass gleiche gilt, wenn seit dem Tage, an dem das Erbrecht verletzt worden ist, zehn Jahre vergangen sind.

Nach § 999 Abs. 2 KBGB verjährt der Erbschaftsanspruch innerhalb von 3 Jahren, nachdem der Erbe von der Verletzung Kenntnis erlangt hat, und innerhalb von 10 Jahren, nach dem das Erbrecht verletzt wurde. Diese Regelung ist problematisch im Hinblick auf den Erbschaftsanspruch der nordkoreanischen Einwohner, da nach der Teilung der Briefverkehr langjährig streng verboten und wegen des Ablaufs der Ausschlussfrist der Schutz des Erbrechts der nordkoreanischen Erben oft unmöglich war.

Es gibt auch Stimmen, die § 182 KBGB,¹⁵ der die Hemmung der Verjährung durch höhere Gewalt oder sonstige Zufälle regelt, analog anwenden, um so die Ausschlussfrist aufzuheben. Dies dient vor allem der Verhinderung, dass nordkoreanische Erben aufgrund einer von ihnen unverantwortlichen Situation, von Anfang an von der Erbschaft ausgeschlossen werden. Hier liegt das Problem darin, dass eine Ausschlussfrist nicht aufhebbar ist.

Da die Ausschlussfrist des Erbschaftsanspruchs nach dem KBGB auch auf die Nordkoreaner anzuwenden ist, wurde teilweise angeführt, dass eine Sonderregelung überflüssig sei.¹⁶

¹⁵ § 182 KBGB [Hemmung der Verjährung durch höhere Gewalt oder durch sonstige Zufälle]: Die Verjährung wird nicht vor Ablauf der Frist von einem Monat nach Wegfall der Hemmungsgründe vollendet, wenn sie nicht durch höhere Gewalt oder durch sonstige Zufälle gehemmt wurde.

¹⁶ Choi Seong-kyung, „The Inheritance Rights and Family Relations of North and South Koreans“, Family Law, Vol. 26 No. 1 (2012), S. 200 f.

Aber unter der Berücksichtigung, dass seit der Teilung ein Briefverkehr nicht möglich war, hatte man sich doch diese Regelung zugunsten der nordkoreanischen Erben zu Eigen gemacht.¹⁷

Wenn Gründe eintreten, die die Klageerhebung ermöglichen, sei es die Wiedervereinigung oder die Wiederaufnahme des Briefverkehrs, die Frist nach § 999 aber bereits abgelaufen ist, oder wenn nach Eintritt einer der oben genannten Gründe, zum Ablauf der Frist weniger als 3 Jahre übrig bleiben, kann der Erbschaftsanspruch innerhalb von 3 Jahren nach dem Eintritt des Grundes erhoben werden. Der Erbe ist zur Rückerstattung nur insoweit verpflichtet, als er zu dieser Zeit noch bereichert ist. Dritte, die von dem Erbschaftsbesitzer den Nachlass erworben haben, sind von dem Rückerstattungsanspruch ausgeschlossen. Diese Sonderregelung wurde kritisiert, da sie südkoreanische Erben, die schon vor langem den Nachlass erworben hatten, erheblich benachteiligt und eine eigentumsentziehende rückwirkende Gesetzgebung darstellt. Dies wäre aus verfassungsrechtlichen Gründen bedenklich.¹⁸ Ferner entspreche sie auch nicht dem Prinzip der Gegenseitigkeit. Sie wurde schließlich bei der Gesetzgebung nicht angenommen.

Über den Grund, warum letztendlich die Sonderregelung der Ausschlussfrist des Erbschaftsanspruchs gescheitert ist, wird verschiedentlich argumentiert. Einerseits sei es die legislative Entscheidung, auch auf die nordkoreanischen Einwohner § 999 KBGB unverändert anzuwenden. Dies wird wiederum kritisiert, da die Anwendung faktisch unmöglich sei. Diese Stimmen sehen andererseits hierin einen Auftrag an die Wissenschaft und die Judikative, und gehen von einer analogen Anwendung des § 166 Abs. 1 KBGB („Die Verjährung beginnt mit dem Zeitpunkt, zu dem das Recht durchgesetzt werden kann“) aus.

Das Gericht der ersten Instanz hatte in 2014 die Anwendung der Ausschlussfrist des § 999 Abs. 2 BGB ausgeschlossen. Begründet wurde dies wie folgt: (1) Die Teilung Koreas befand

¹⁷ Dafür: *Choe Keumsook/An Soyoung*, „South-North Korean's Family Relations and North Korean Defector's Inheritance Right“, *Ewha Law Journal* (Ewha Legal Science Institute), Vol. 16 No. 3 (2013) S. 88; *Lee, Eunjeong*, „On North Koreans Exertion of the Inheritance Rights in South Korea“, *Family Law*, Vol. 24 No. 1 (2010), S.168; *Choe Keumsook*, „A legal Study about Protection of the Right of Succession of North Korean People“, *Family Law*, Vol. 15 No. 1 (2001), S. 329.

¹⁸ Dagegen: *Lee Inho*, „Constitutional Analysis on Retroactive Extension of Statute of Limitations Concerning the Right to Relief of North Korean Residents as Heirs“, *UNIFICATION & LAW*, Vol. 8 (2011. 11), S. 123.

sich in einem langwierigen Prozess. Daher ist es meist der Fall, dass nach der Verletzung des Erbrechts, bereits 10 Jahre vergangen sind. Ziel des „Innerkoreanischen Sondergesetz über Familienverhältnisse“ ist es, zu verhindern, dass die nordkoreanischen Einwohner durch die Nichtberücksichtigung der historischen Besonderheit faktisch ihr Erbrecht verlieren. (2) Eine nur im südkoreanischen Zivilrecht bestehende Ausschlussfrist oder Verjährung kann nicht auf nordkoreanischen Bewohner angewendet werden. Die Nordkoreaner kennen die Bedeutung einer Ausschlussfrist oder einer Verjährung nicht. Darüber hinaus sind sie sich ihrer eigenen Rechte nicht bewusst, und selbst wenn sie es gewusst hätten, ist eine Ausübung unter diesen Umständen grundsätzlich unmöglich. (3) Auch wenn eine Ausübungsfrist des Erbschaftsanspruchs geregelt würde, würde diese als eine feststellende Regelung interpretiert werden, die ein schon bestehendes Recht lediglich manifestiert. (4) Falls der Erblasser von dem Überleben des nordkoreanischen Erben gewusst hätte, wäre der Wille des Erblassers, ihn bei der Verteilung des Nachlasses einzuschließen, anzuerkennen. (5) Auch wenn man § 999 Abs. 2 KBGB nicht anwendet, wäre dies keine ‚Eigentumsentziehung‘ nach Art. 13 KV und daher nicht verfassungswidrig. Die Rechtsausübung unterfällt daher nicht der Einschränkung der 10 Jahre.

B. Die Nutzungsmöglichkeiten und Grenzen der nordkoreanischen Einwohner am Nachlass

Weiterhin muss geprüft werden, ob der von dem nordkoreanischen Erbe erworbene Nachlass, insbesondere das Kapital, ohne Einschränkungen nach Nordkorea befördert werden kann. Wenn man die Lage in Nordkorea berücksichtigt, ist es höchstwahrscheinlich, dass die Erben diesen Erwerb nicht behalten können. Das Gleiche gilt bei unentgeltlichem Erwerb wie Schenkungen oder Vermächtnissen.

Es ist zu behaupten, dass eine Einschränkung der Beförderung gegen die Eigentumsgewährleistung und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoße. Die Mehrheit ist der Meinung, dass aufgrund der Besonderheit der koreanischen Lage und solange die Einschränkung erforderlich und geeignet ist, ein

solcher Verstoß nicht gegeben sei.¹⁹ Das Erbrecht der nordkoreanischen Einwohner ist an sich anerkannt. Das Erbschaftsverfahren und die Einschränkung der Rechtsausübung unterliegen jedoch den allgemeinen Grundsätzen der Grundrechtsschranken.

Wird die Beförderung des Nachlasses nach Nordkorea eingeschränkt, ist es in der gegenwärtigen Lage unmöglich, dass der nordkoreanische Erbe von Nordkorea aus sein Eigentum verwaltet oder seine Rechte ausübt. Es stellt sich die Frage, durch wen und wie das in Südkorea verbliebene Eigentum verwaltet wird.²⁰

„Das Innerkoreanische Sondergesetz über Familienverhältnisse“ hat diesen Überlegungen Rechnung getragen.

Erstens, erwirbt ein nordkoreanischer Einwohner durch Erbschaft oder durch ein Vermächtnis die Rechte an einem Eigentum innerhalb Südkoreas, muss er auf jeden Fall einen Nachlassverwalter bestellen. Der Erbe muss Anspruch auf Bestellung eines Nachlassverwalters stellen, andernfalls können sonstige Interessenten oder der Staatsanwalt den Anspruch auf die Bestellung erheben (§ 13 des Sondergesetzes).

Zweitens, um das durch Erbschaft erworbene Eigentum selbst zu nutzen oder zu verwalten, ist die Erlaubnis des Justizministers erforderlich. Der Justizminister erstellt und verwaltet ein Anmeldungsregister für die nordkoreanischen Einwohner, die einen Nachlass etc. erworben haben.

IV. SCHLUSSWORT

Bis jetzt wurden am Beispiel des Erbrechts die Probleme dargestellt, die sich ergeben könnten, wenn das südkoreanische Zivilrecht unmittelbar auf die nordkoreanischen Einwohner angewendet werden würde. Wenn die effektive Kontrolle der südkoreanischen Gebietshoheit möglich war oder ist, kann das südkoreanische Zivilrecht, ungeachtet dessen, ob die nordkoreanischen Einwohner nun südkoreanische Staatsbürger sind oder nicht, unmittelbar angewendet werden. Maßgebend ist nur, ob die Voraussetzungen für den Erwerb und die Ausübung des Rechts gegeben sind. Bei den zivilrechtlichen Verhältnissen

¹⁹ *Shin, Youngho*, „The Application of Korean Civil Act on Residents of North Korea“, *Justice*, Vol. 121 (2010), S. 298.

²⁰ *Yi Seongwoo*, „The inheritance Problem Caused by the Reunion of Separated Families and its Solution“, *UNIFICATION & LAW*, Vol. 7 (2011. 8), S. 70.

zwischen süd- und nordkoreanischen Einwohnern, die sich während der Teilung Koreas ereignet haben, müssen je nach dem Fall, die Rechte der nordkoreanischen Einwohner eingeschränkt, oder aber auch wiederbelebt werden.

Es ist nicht zu bestreiten, dass eine Anwendung des südkoreanischen Zivilrechts auf die nordkoreanischen Einwohner, ohne Berücksichtigung der besonderen Situation der innerkoreanischen Beziehung, nur begrenzt möglich ist und eine Anpassung an die tatsächlichen Bedürfnisse erforderlich ist. Wie oben festgestellt, ist eine legislative Lösung, etwa durch den Erlass eines Sondergesetzes unvermeidlich. Da die Funktion der Justiz durch die Teilung von Korea für eine lange Zeit stillgelegt wurde, sind Maßnahmen, die diese Lücke füllen, besonders erforderlich. Auch wenn es sich dabei um eine rückwirkende Gesetzgebung handelt, kann diese ausnahmsweise, im begrenzten erforderlichen Maße zulässig sein.

DER AUFBAU EINER VERWALTUNGSGERICHTSBARKEIT IN DEN NEUEN BUNDESLÄNDERN*

Thomas Mann **

Im Rahmen des Generalthemas dieser Konferenz - „Rechtsfragen beim Wechsel des Rechtsregimes“- soll im Folgenden davon die Rede sein, wie in den neuen, mit der Bundesrepublik 1990 wiedervereinigten Ländern auf dem Gebiet der ehemaligen DDR eine Verwaltungsgerichtsbarkeit neu errichtet worden ist. Aus der rückblickenden Perspektive muss man heute feststellen, dass die politisch Verantwortlichen in den Zeiten der Wiedervereinigung in kürzester Zeit eine große Leistung vollbracht haben. Welche Probleme es dabei zu bewältigen gab und wie die in Deutschland gefundenen Lösungen ausgesehen haben, soll Thema dieses Beitrags sein.

Von den Schwierigkeiten der Anfangszeit ist heute, so viel sei vorweg bemerkt, nichts mehr zu spüren. 25 Jahre nach der Wiedervereinigung sind in der Verwaltungsgerichtsbarkeit keine Unterschiede zwischen Ost und West mehr zu spüren. Das höchste Gericht in der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit, das Bundesverwaltungsgericht, hat seit 2002 - 12 Jahre nach der Wiedervereinigung - seinen Sitz in Leipzig, einer der großen Städte in der ehemaligen DDR. Diese Standortwahl war im Zeitpunkt der deutschen Wiedervereinigung noch so unvorstellbar, wie sie heute in Korea scheint: Man stelle sich einmal vor, in nur 12 Jahren, also im Jahr 2027, wird der Supreme Court of Korea seinen Sitz nicht mehr in Seoul, sondern in Pjöngjang, Kaesóng oder Wónsan haben.

Meine Ausführungen möchte ich in drei Hauptschritte gliedern: Zunächst werde ich kurz die Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der DDR zwischen dem Ende des Zweiten Weltkriegs und der Wiedervereinigung schildern (I.), dann in einem Überblick den zeitlichen Ablauf der deutschen Wiedervereinigung in Erinnerung rufen (II.), bevor ich in meinem

* This article was presented at the conference on “Legal Issues Arising from Change of Legal Regimes,” at Göttingen University, 10–11 February, 2015. As per agreement with Göttingen University, the same article is also included in *Rechtsfragen beim Wechsel des Rechtsregimes: Viertes Symposium der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen mit der Yonsei Law School (Seoul)* (Gunnar Duttge & Jong Hwan Kim eds., 2015).

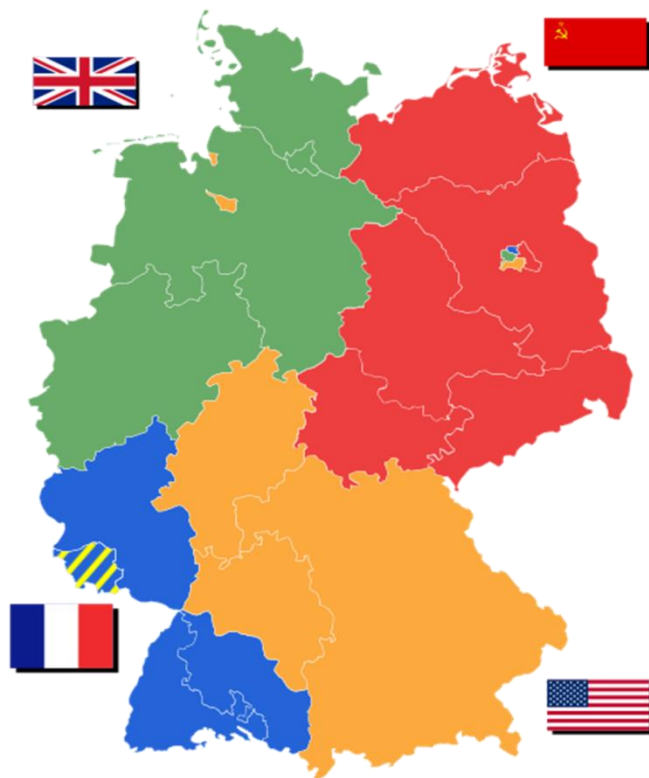
** Professor, Doctor, Universität Göttingen.

Hauptteil auf die Probleme beim Aufbau einer Verwaltungsgerichtsbarkeit und deren Lösungen eingehen werde (III.).

I. SITUATION DER VERWALTUNGSGERICHTSBARKEIT IN DER DDR

Um die Situation der Verwaltungsgerichtsbarkeit in dem anderen deutschen Staat, der DDR, schildern zu können, muss man kurz auf die Vorgeschichte eingehen. Unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg haben die vier Siegermächte Deutschland unter sich aufgeteilt und in vier Besatzungszonen die Hoheitsgewalt für das deutsche Volk ausgeübt. Anders als in Korea, wo die Grenze zwischen Roter Armee und den Amerikanern am 38. Breitengrad gezogen wurde, war das in Deutschland etwas komplizierter, weil es insgesamt vier Besatzungszonen gab: In der räumlichen Verteilung fanden sich drei Besatzungszonen (der Siegermächte USA, Großbritannien und Frankreich) im Westen und die vierte Besatzungszone im Osten der heutigen Bundesrepublik. Diese östliche Besatzungszone stand seinerzeit unter der Verwaltung der Sowjetunion. Weil sich alsbald nach Kriegsende auch zwischen den Siegermächten die Fronten verhärtet hatten, sind 1949 zwei Neugründungen erfolgt. Aus dem Gebiet der drei westlichen Besatzungsgebiete ist im Mai 1949 die Bundesrepublik Deutschland entstanden, auf dem Hoheitsgebiet des sowjetischen Besatzungszone wurde die Deutsche Demokratische Republik - kurz: DDR - gegründet, ein sozialistischer Staat nach marxistisch-leninistischen Vorstellungen.¹ Die deutsche Teilung bestand also nicht zwischen Nord und Süd, wie in Korea, sondern zwischen Ost und West.

¹ Die für die spätere Wiedervereinigung bedeutsame staatsrechtliche Bewertung dieser Gründungen in der Rechtsnachfolge zum Deutschen Reich - Identitätslehre, Zwei-Staaten-Theorie - soll an dieser Stelle ausgeblendet bleiben, vgl. hierzu nur *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 2 Rn. 17 ff.



http://commons.wikimedia.org/wiki/File:Deutschland_Besatzungszonen_1945.png

Eine unmittelbar nach dem Krieg aufgenommene Verwaltungsrechtsprechung fand schon bald nach Gründung der DDR ein Ende: Bereits 1952 wurden die Verwaltungsgerichte Opfer einer Verwaltungsreform, durch die sie institutionell abgeschafft wurden. Offiziell aufgegeben wurde der Gedanke einer Verwaltungsgerichtsbarkeit dann 1958, als auf der Babelsberger Konferenz der Verwaltungsschutz in der DDR als eigenständige Disziplin aus politischen Gründen eingestellt und auf eine gerichtliche Kontrolle des Verwaltungshandelns vollständig verzichtet wurde. Ideologisches Argument war die Lehre des demokratischen Zentralismus: Wenn an der Spitze eines einheitlich strukturierten Staatsaufbaus allein die Volksvertretung steht, die alle weiteren Aufgaben delegiert, dann kann diese nicht durch andere Gewalten kontrolliert werden. Weil die Interessen des Einzelnen mit denen der sozialistischen Gemeinschaft übereinstimmen, gibt es keine Notwendigkeit für eine gerichtliche

Kontrolle der Verwaltung. Rechtsschutz gegen die Verwaltung ist theoretisch nicht denkbar, denn die Verwaltung handelt immer im Interesse der sozialistischen Gemeinschaft, mit der sich die Interessen des Einzelnen decken.

Erst die zweite Verfassung der DDR von 1968 sah in ihrem Art. 103 Abs. 1 als Surrogat für eine Verwaltungsgerichtsbarkeit vor, dass jeder Bürger sich mit Eingaben (Vorschlägen, Hinweisen, Anliegen oder Beschwerden) an die Volksvertretungen, ihre Abgeordneten oder an die staatlichen und wirtschaftlichen Organe wenden kann. Wer sich also von einer örtlichen Behörde ungerecht behandelt fühlte, konnte eine Eingabe schreiben, die einer Vorprüfung (durch die Staatssicherheit und Psychologen) unterzogen und dann den betreffenden Stellen vorgelegt wurde. Das ist aber weder institutionell noch sachlich mit einer unabhängigen Verwaltungsgerichtsbarkeit vergleichbar gewesen. Ebenso eingeführt wurde durch die Verfassung von 1968 eine Staatshaftung für den Fall, dass durch ungesetzliches Handeln von Staatsbediensteten ein Schaden entstanden ist (Art. 106). Das war eine reine Geldleistungspflicht, mit der aber kein Anspruch auf Beseitigung der Folgen verbunden war („Dulde und liquidiere“).

Erst im Juli 1989², also wenige Monate vor dem Fall der Berliner Mauer, traten Ansätze einer sozialistischen Verwaltungsgerichtsbarkeit beim Obersten Gericht der DDR in Kraft, die eine gerichtliche Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen ermöglichen sollten, indem ein Gericht bei festgestellten Rechtsverstößen die Verwaltungssache an die Behörde zurückverweisen konnte. Doch wurde diese Entwicklung nicht mehr praxisrelevant,³ weil sie vom Lauf der geschichtlichen Ereignisse überrollt worden ist.

II. SCHRITTE DER WIEDERVEREINIGUNG

Wenn man sich die zeitliche Abfolge der Wiedervereinigung in einer Übersicht vor Augen führt, wird man erkennen, welche Dynamik in diesem politischen Prozess gesteckt hat.

² Basierend auf dem Gesetz der DDR über die Zuständigkeit und das Verfahren der Gerichte zur Nachprüfung von Verwaltungsentscheidungen vom 14.12.1988 (GBl. DDR S 327), abgedruckt auch in NVwZ 1989, 441.

³ Nachweis der anhängigen Verfahren bei *Stelkens* DVBl. 1992, 536 (540) Fn. 74.

- 09. 11. 1989 Öffnung der Berliner Mauer
- 18. 03. 1990 Erste freie Wahl zur Volkskammer der DDR
- 01. 07. 1990 Vertrag über die Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion
- 23. 08. 1990 Beitrittsbeschluss der Volkskammer
- 31. 08. 1990 Einigungsvertrag Bundesrepublik – DDR
- 12. 09. 1990 Zwei plus Vier - Vertrag
- 03. 10. 1990 Beitritt der „neuen Länder“ zur Bundesrepublik

Von der Öffnung der Berliner Mauer bis zur staatsrechtlich vollzogenen Wiedervereinigung hat es nach 40 Jahren der Trennung gerade einmal ein Jahr gedauert. Übertragen auf koreanische Verhältnisse würde das bedeuten, dass, wenn in diesem Monat Kim Yong-Un gestürzt würde, das kommunistische Regime in Nordkorea schon im Frühjahr 2016 nicht mehr existieren würde. In gleicher Geschwindigkeit wäre Korea schon im Januar 2016 wieder offiziell ein einziger zusammengewachsener Staat!

Die Aufgaben, die seinerzeit für die staatsrechtliche Praxis entstanden sind, kann man sich nicht groß genug ausmalen. In der oben zusammengestellten Tabelle habe ich nur die staatsrechtlich relevanten Milestones vermerkt: Wichtig war zum Beispiel der Zwei plus Vier-Vertrag, in dem die alliierten Siegermächte aus dem Zweiten Weltkrieg ihr Einverständnis mit der Deutschen Einigung erklärt und damit den Besatzungszustand beendet haben. Erst durch diesen Friedensvertrag hat die Bundesrepublik damals offiziell ihre volle innere und äußere Souveränität wieder erhalten. Für das deutsche Zusammenwachsen sehr wichtig war zudem der Vertrag vom 1. Juli 1990 zwischen der Bundesrepublik und der DDR, mit dem auch in den Ostgebieten die westdeutsche Währung, die Deutsche Mark, eingeführt wurde, denn auch im Währungsbereich entsteht im Falle einer Wiedervereinigung ein großer Regelungsbedarf. Wenn man die gleiche Reformgeschwindigkeit auf Korea überträgt und innerhalb eines halben Jahres den nordkoreanischen Won durch den südkoreanischen Won ersetzen wollte, müssten vorher viele Fragen geklärt werden. Die Währung hat zwar rein äußerlich den gleichen Namen, aber nominell verbirgt sich dahinter eine andere Stabilität. Wie werden die Ersparnisse der Nordkoreaner umgerechnet, was sind sie wert? Wie werden die Löhne künftig bezahlt? Oder die Sozialunion: Was ist mit den Renten der alten Menschen in Nordkorea - werden diese nur auf die südkoreanische Währung umgerechnet oder

müssen sie neu berechnet und erhöht oder gesenkt werden? Wer zahlt das? Alles Fragen, die im Falle einer Währungsunion ganz schnell zu regeln sind. Aber selbst das ist nur ein kleiner Ausschnitt, der sich auf alle Lebensbereiche erstrecken lässt, die bei einer Wiedervereinigung rechtlich vereinheitlicht werden müssen. Aus diesem breiten Spektrum soll mein Fokus nachfolgend allein auf dem Aufbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit nach der Wiedervereinigung liegen.

III. PROBLEME DES ÜBERGANGS

Was waren die Fragen und Probleme, die mit Blick auf die Einführung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit auf dem Gebiet der ehemaligen DDR gelöst werden mussten? Im Grunde waren es drei Probleme: Als Folge der bereits geschilderten Abschaffung der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf dem ostdeutschen Gebiet gab es nichts, worauf man hätte aufbauen können. Es gab keine Verwaltungsgerichte (institutionelles Problem), kein Verwaltungsprozessrecht (materielles Problem) und auch keine Verwaltungsrichter (personelles Problem). Was also war zu tun?

A. Lösung des materiellen Problems

Zunächst einmal hat sich bereits das erste im März 1990 frei gewählte Parlament der DDR um die Einführung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit bemüht und im Juni 1990 eine Regelung in die Verfassung eingefügt, nach der jedermann gegen Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt eine Rechtsschutzmöglichkeit zusteht.⁴ Mit dem Einigungsvertrag von August 1990 kam es dann aber auch auf der unterverfassungsrechtlichen Ebene zur Rechtseinheit: Da es in der DDR praktisch keine Verwaltungsgerichtsbarkeit gegeben hatte, mussten durch

⁴ Durch Art. 6 des Vertrages über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion vom 18.5.1990 sollte der Rechtsweg noch auf die durch den Vertrag gewährleisteten Rechte begrenzt werden. Allerdings bestimmte Art. 5 Abs. 1 des Gesetzes zur Änderung und Ergänzung der Verfassung (Verfassungsgrundsatzgesetz) der DDR vom 17.6.1990 eine dem Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG wörtlich entsprechende Regelung. Demzufolge enthielt § 2 des Gesetzes über die Zuständigkeit und das Verfahren der Gerichte zur Nachprüfung von Verwaltungsentscheidungen vom 29.6.1990 zwar noch einen Zuständigkeitskatalog, machte diesen jedoch durch Hinzufügung des Wortes „insbesondere“ („Der Gerichtsweg ist insbesondere zulässig zur Nachprüfung von Verwaltungsentscheidungen über ...“) im Grunde überflüssig.

den Einigungsvertrag sowohl das Prozessrecht als auch das materielle Verwaltungsrecht zu großen Teilen unmittelbar in Geltung gesetzt werden.

Der Einigungsvertrag ist eine außergewöhnliche Kraftanstrengung deutscher Juristen: Er bestimmt für alle Lebensbereiche und für jedes seinerzeit geltende Gesetz, ob und inwieweit es im Gebiet der ehemaligen DDR in Kraft tritt und welche Sonderregeln aus dem alten Recht der DDR noch wie lange Geltung haben sollen. Abgesehen von diesen Modifikationen kann man *con grosso modo* aber sagen, dass im Grunde weitestgehend das Bundesrecht der alten Bundesrepublik, insbesondere auch dessen Verwaltungsrecht, auf die Gebiete der ehemaligen DDR übertragen worden ist.

So ist dann auch mit dem Wirksamwerden des Beitritts der DDR zur Bundesrepublik Deutschland am 3. Oktober 1990 auf dem Gebiet der früheren DDR die westdeutsche Verwaltungsgerichtsordnung in Kraft getreten.⁵ Dies ist umso mehr von Bedeutung, weil die fünf neuen Bundesländer in Bezug auf eine Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht an Rechtstraditionen der ehemaligen DDR anknüpfen konnten, sondern hier vor einem kompletten Neubeginn standen. Die sofortige Einführung der Verwaltungsgerichtsordnung war aus zwei Gründen nötig: Zum einen wäre es rechtsstaatlich unerträglich geworden, in einem staatsrechtlich vereinten Deutschland eine qualitativ unterschiedliche Verwaltungsgerichtsbarkeit zu haben, die in dem ehemaligen Bereich der Bundesrepublik auf sehr hohem, in dem Bereich der früheren DDR aber auf sehr niedrigem Niveau bestanden hätte. Zum anderen mussten die Behörden des Bundes, die künftig auch in den fünf neuen Bundesländern Hoheitsgewalt ausüben sollten, dort auch in gleichem Umfang wie im bisherigen Bereich der Bundesrepublik einer verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterliegen.

B. Lösung des institutionellen Problems

Damit war die materielle Frage „Welches Recht soll zukünftig gelten?“ entschieden, doch ist diese Entscheidung für sich genommen wertlos, wenn nicht auch die institutionelle

⁵ Vgl. Art. 8 Einigungsvertrag i.V.m. Anlage I Kapitel III Sachgebiet A Abschnitt III Nr. 1 und 6.

Folgefrage gelöst wird: Wie und wo erschaffe ich Verwaltungsgerichte?

Wie eben geschildert, gab es in der Endphase der DDR keine eigenständigen Verwaltungsgerichte mehr. Also hat die erste freigewählte Volkskammer der DDR im Juni 1990 zunächst das Naheliegende bestimmt: In § 13 Abs. 4 des am 29.6.1990 neugefassten Gesetzes über die Zuständigkeit und das Verfahren der Gerichte zur Nachprüfung von Verwaltungsentscheidungen (GNV)⁶ wurde angeordnet, dass neue gesonderte Kammern für Verwaltungssachen bei den Kreisgerichten zu bilden sind. Diese Kammern waren mit drei Berufsrichtern und zwei ehrenamtlichen Richtern zu besetzen. Auch die Verwaltungsrechtsprechung sollte also zunächst bei den Zivilgerichten ihren Sitz haben. Das ist kein Kuriosum, sondern findet sich als institutionelle Anbindung der Verwaltungsrechtsprechung in dieser Weise auch in manchen anderen Staaten dieser Welt.⁷ Als Berufungsinstanz sollten dann die bei den Bezirksgerichten eingerichteten Senate für Verwaltungssachen fungieren.

Diese institutionelle Einheitsgerichtsbarkeit in Form der Kreis- und Bezirksgerichte blieb auch durch den Einigungsvertrag zunächst bestehen. Auch nach der Wiedervereinigung wurden die Verwaltungsstreitverfahren auf dem Gebiet der ehemaligen DDR zunächst durch besondere Kammern und Senate für Verwaltungssachen bei den Zivilgerichten bearbeitet. In Abweichung vom Zustand nach der GNV waren die Kammern für Verwaltungssachen allerdings nur noch mit zwei Berufsrichtern und drei ehrenamtlichen Richtern zu besetzen - es scheint, als habe hier die Verordnung Nr. 165 der britischen Militärregierung⁸ Pate gestanden. Jedoch enthielt die Verwaltungsgerichtsordnung einen Auftrag an die neuen Länder, unter Berücksichtigung der Bedürfnisse einer geordneten Rechtspflege eigene Verwaltungsgerichte einzurichten. Diesem Auftrag ist als erstes Land im Osten Sachsen nachgekommen und hat 1992 einen institutionell eigenständigen Verwaltungsgerichtszweig eingeführt,⁹ in rascher Folge taten es die anderen fünf Länder Sachsens gleich, als letztes das Land Brandenburg. Die Probleme der räumlichen

⁶ Dazu *Stelkens* DtZ 1990, 307.

⁷ Vgl. z.B. zur Mischsituation in der Ukraine *Komzjuk/Melnyk/Bevzenko/Mann*, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Ukraine, Osteuropa Recht 2010, 249 (260 ff.).

⁸ Verordnung Nr. 165 vom 15.9.1949 (Abl. der brit. Militärregierung, S. 799).

⁹ Sächsisches Gerichtsorganisationsgesetz vom 30.6.1992 (GVBl. S. 287).

Unterbringung konnten zumeist zufriedenstellend gelöst werden; die sachliche Ausstattung der neuen Gerichte erreichte bald einen gehobenen Standard, der den Vergleich mit den Verwaltungsgerichten im Westen nicht zu scheuen brauchte.

Wie in den Ländern im Westen gibt es heute für jedes „neue“ Land jeweils ein Oberverwaltungsgericht und darunter als erste Instanz zwei bis drei Verwaltungsgerichte pro Land. Die Anzahl der Verwaltungsgerichte der ersten Instanz liegt in den „alten“ westlichen Ländern regelmäßig höher. Das Land Niedersachsen, zu dem auch Göttingen gehört, hat zum Beispiel sieben Verwaltungsgerichte der ersten Instanz.

Die Gründung eigener Verwaltungsgerichte in den neuen Ländern war aber an das Vorliegen der personellen und sachlichen Voraussetzungen gekoppelt, mit anderen Worten: Es konnten nur dann eigenständige Verwaltungsgerichte gegründet werden, wenn auch geeignete Richter für diese Gerichte zur Verfügung standen. Wo aber sollten diese Richterpersönlichkeiten herkommen, wenn es in der DDR keinen Verwaltungsrechtsrechtsschutz gab und obendrein nun das neue westdeutsche Recht anzuwenden war? Waren die alten Richter überhaupt qualifiziert genug, um rechtsprechende Tätigkeit im Verwaltungsrecht ausüben zu können, und - vor allem - waren sie nicht politisch zu sehr vom Marxismus-Leninismus indoktriniert, um unabhängigen Rechtsschutz gewähren zu können? Diese Überlegungen leiten über zum dritten Problemfeld, der Frage nach dem Richterpersonal.

C. Lösung des personellen Problems

Der Einigungsvertrag ging grundsätzlich davon aus, dass ehemalige DDR-Richter auch in der Verwaltungsgerichtsbarkeit tätig sein konnten, doch waren Auswahl und Übernahme der nach dem sozialistischen Recht ausgebildeten Richter mit extremen Schwierigkeiten verbunden. Diese Richter warfen vor allem die Frage auf, ob sie die Voraussetzungen eines am Recht der Bundesrepublik ausgebildeten rechtsgelehrten, neutralen und unabhängigen Richters erfüllen würden. Obwohl die Voraussetzungen einer persönlichen Unabhängigkeit der früheren DDR-Richter zweifelhaft waren, wurden Bedenken im Interesse einer Aufrechterhaltung der Rechtspflege zunächst zurückgestellt.

1. Richterimport

Die politische Vorprägung der im Osten vorhandenen Richter war ein Problem in allen Gerichtszweigen, das sich in der Verwaltungsgerichtsbarkeit aber nicht ganz so stark auswirkte. Weil es keine Verwaltungsgerichtsbarkeit gegeben hatte, war eine eigentliche Verwaltungsrichterschaft auch nicht vorhanden. So hat es dann insbesondere in der Verwaltungsgerichtsbarkeit einen enormen Richterexport von West nach Ost gegeben. Jedes neue Ost-Land hatte ein großes West-Land als Partnerland bekommen und die Partnerländer waren für die Hilfe beim Aufbau der Verwaltung und der Gerichte im Osten zuständig. So war die Errichtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Brandenburg überhaupt erst dadurch ermöglicht worden, dass 1993 nahezu 40 Richter aus dem Partnerland Nordrhein-Westfalen in die vier Verwaltungsgerichte nach Brandenburg entsendet worden sind.

Wie aber war ein solcher Richterexport möglich? Nach deutscher Rechtslage sind Richter persönlich und sachlich unabhängig (vgl. Art. 97 Abs. 1 GG), das bedeutet u.a., sie können nach Ende ihrer Probezeit insbesondere nicht gegen ihren Willen an ein anderes Gericht versetzt werden, sondern nur dann, wenn sie das selbst beantragen (Art. 97 Abs. 2 S. 1 GG). Hier hat sich der Gesetzgeber etwas einfallen lassen: Zunächst einmal wurden bestehende Beschränkungen bei dem Einsatz von Proberichtern sowie abgeordneten Richtern abgebaut, so dass auch Proberichter in den neuen Ländern eigenverantwortlich vollwertige Rechtsprechungsaufgaben wahrnehmen konnten.¹⁰

Das allein machte den Einsatz erfahrener Planrichter jedoch nicht entbehrlich, da es zur sachgerechten Aufgabenwahrnehmung in der Rechtsmittelinstanz erforderlich ist, dass erfahrene Richter judizieren. Dies gilt umso mehr, als der Richtlinienfunktion der Verwaltungsrechtsprechung für die Exekutive gerade in einem neuen Bundesland, wo sich die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Aufbau befindet, eine erhöhte Bedeutung zukommt. Also hat man die Oberverwaltungsgerichte und die Positionen der Vorsitzenden Richter bei den Verwaltungsgerichten mit erfahrenen Verwaltungsrichtern aus den Partnerländern besetzt.

Das ging, wie sich aus Art. 97 Abs. 2 GG ergibt, nur mit deren Einverständnis, also hat man Anreize gesetzt: Wer freiwillig

¹⁰ Vgl. das Gesetz zur Anpassung der Rechtspflege im Beitrittsgebiet vom 26.06.1992 (BGBl I S. 1147).

in den Osten ging, der bekam schneller ein besser bezahltes Richteramt, d.h. normale Verwaltungsrichter im Westen konnten im Osten schneller zum Vorsitzenden Richter ernannt werden. Darüber wurde eine Zulage gewährt, die im Richterjargon despektierlich „Buschprämie“ genannt wurde. Vor allem aber waren die aufgrund der Einverständnisse ausgesprochenen Abordnungen auf drei Jahre befristet, so dass sich der Einsatz im Osten für die Richter als ein zeitlich überschaubares „Abenteuer“ dargestellt hat. Tatsächlich ist dann auch ein großer Teil der abgeordneten Richter nach Ablauf der Befristung wieder in den Westen zurückgekehrt. Nur etwa die Hälfte von ihnen ist dauerhaft im Osten verblieben.

In den Anfangsjahren erwies sich die Erfahrung der aus dem Westen stammenden Verwaltungsrichter als besonders wertvoll, denn ab Mitte der 1990er Jahre sind die Eingänge bei den Verwaltungsgerichten sprunghaft angestiegen. Hinzu kam, dass die sehr komplexen Verfahren aus dem Recht der offenen Vermögensfragen in den ostdeutschen Ländern ein besonderes Gewicht erlangt haben. In ihnen ging es darum, die sozialistischen Enteignungen aus der Zeit der DDR rückgängig zu machen und den ehemaligen Eigentümern ihren alten Grundbesitz zurückzugeben.¹¹ Angesichts der erdrückenden Verfahrenslast machte alsbald das Wort vom „Notstand in der Verwaltungsgerichtsbarkeit“ die Runde; in Brandenburg führte dies 1999 bei einem Höchststand von 395 anhängigen Verfahren pro Verwaltungsrichter zur Einstellung von 21 zusätzlichen Richtern.

Angesichts der Rückkehr der West-Richter in die alten Bundesländer wurde der Personalstamm in dieser Zeit zunehmend mit Richtern gedeckt, die ihre Ausbildung und berufliche Tätigkeit noch in der DDR begonnen hatten. Das machte es erforderlich sicherzustellen, dass die Rechtsprechung auch in Ostdeutschland von Richtern und Staatsanwälten ausgeübt wurde, die dem Justizbild des Grundgesetzes entsprachen - ein Problem, dass alle Gerichtszweige, nicht nur die Verwaltungsgerichtsbarkeit betraf.

2. Übernahme von DDR-Richtern

In der DDR wurden nach der Lehre des demokratischen Zentralismus in der DDR die Richter nur auf Zeit gewählt. Sie

¹¹ Die brandenburgische Verwaltungsgerichtsbarkeit weist in diesem Gebiet im Vergleich zu den anderen neuen Bundesländern die mit weitem Abstand höchsten Verfahrensreste auf.

standen in einem sozialistischen Arbeitsverhältnis und waren weder persönlich noch sachlich unabhängig. Die Richter waren nicht zur Neutralität und Unparteilichkeit, sondern zur Durchführung der „sozialistischen Gesetzlichkeit“ und zur „sozialistischen Parteilichkeit“ verpflichtet. Die Richter waren also nicht nur „dem Gesetz unterworfen“, wie es nach unserem westlichen Verständnis der Fall ist (vgl. Art. 97 Abs. 1 GG), sondern sie wurden durch verbindliche Richtlinien, Beschlüsse, Erlasse und Dienstbesprechungen sowie durch Inspektionen in ihrer Arbeit angeleitet und überwacht. Sie waren umfassend zur Zusammenarbeit mit anderen staatlichen Organen verpflichtet und hatten damit einen erheblichen Anteil daran, die Herrschaft des SED-Staats zu stabilisieren. In der Ideologie wurde das damit erklärt, dass auch die Richter der sozialistischen Gemeinschaft gegenüber rechenschaftspflichtig und faktisch jederzeit absetzbar sein müssen. Die Ernennung eines Richters auf Lebenszeit war ebenso wenig bekannt wie ein beamtenähnlicher Status. Im Gegenteil: Die nach westlichem Gewaltenteilungsverständnis notwendige richterliche Unabhängigkeit führte nach marxistisch-leninistischer Vorstellungswelt nur zu einer Abkapselung der Justiz vom Volk.

Erst nach der politischen Wende hat die sozialistische Partei SED in der Übergangszeit 1990 verlangt, die amtierenden Richter auf Lebenszeit zu ernennen, weil man sich davon erhoffte, auf diese Weise die im sozialistischen Sinne „linientreuen“ Genossen fest in der Justiz etablieren zu können. Dem wurde jedoch von den neuen Kräften nicht entsprochen. Zwar wollte man einerseits auf den Sachverstand dieser Richter nicht verzichten, doch hielt man andererseits eine Überprüfung der persönlichen und fachlichen Eignung aller Richter für notwendig. Wichtig war zu sehen, ob die Richter eine persönliche fachliche Unabhängigkeit entwickeln können, indem sie sich von dem bisherigen staatstheoretischen Ansatz lösen, der von ihnen verlangte, die Auslegung von Normen stets in einem marxistisch-leninistischen Sinne durchzuführen. Von den rund 1.500 Richtern und Staatsanwälten in der ehemaligen DDR sind etwa ein Drittel der Richter und Staatsanwälte entweder auf eigenen Wunsch oder aufgrund dienstlicher Hinweise aus dem Justizdienst ausgeschieden. Sie sind dann zumeist Rechtsanwälte geworden. Noch weiter ging das Land Berlin, das sämtliche bisher in den Ostberliner Bezirken tätigen Richter aus dem Dienst entfernt und ihre Rechtsprechungsaufgaben den Westberliner Kollegen mitübertragen hat.

Die Wiedervereinigung hat somit zu komplizierten Regeln über die Berufung und den Status der von der DDR übernommenen Richter geführt.¹² In den ersten Monaten galten die im Amt befindlichen Richter nur zur Ausübung der richterlichen Tätigkeit ermächtigt, dann wurden die Richter-Verhältnisse in Ostdeutschland zunächst nur auf Zeit, auf Probe oder kraft Auftrags begründet. Eine Berufung auf Lebenszeit konnte erst nach drei Jahren und musste nach fünf Jahren erfolgen. Bis dahin waren die Richter nur zur Rechtsprechung in Ostdeutschland befugt und die Berufung der Richter auf Zeit und auf Probe konnte zurückgenommen werden, wenn sich die Richter für das Richteramt als nicht geeignet erwiesen haben. Entscheidend war insoweit der Wille, zu weisungsunabhängigen Richtern im Sinne des Grundgesetzes zu werden und nach rechtsstaatlichen Grundsätzen Recht zu sprechen. Erst bei entsprechender Bewährung und späterer Ernennung zu Richtern auf Lebenszeit konnten sie dann auch in der gesamten Bundesrepublik Richter werden.

Der Vorschlag zur Ernennung auf Lebenszeit wurde dem Minister von einem Richterwahlausschuss unterbreitet, der aus 6 Volkskammerabgeordneten aus dem betreffenden Bundesland und 4 durch die Richterschaft gewählten Lebenszeitrichtern zusammengesetzt war.¹³ Dieser Richterwahlausschuss durfte die Voraussetzungen der Übernahme von Richtern der ehemaligen DDR nicht schon deshalb verneinen, weil sie sich früher im üblichen Maße für Staat und Partei eingesetzt und z.B. in der Staatspartei SED, der praktisch jeder Richter oder Staatsanwalt angehörte, mitgearbeitet haben. Entscheidend war, ob ihr früheres Verhalten oder bestimmte Persönlichkeitsmerkmale an ihrem bekundeten Willen, sich in Zukunft für die Werteordnung des Grundgesetzes einzusetzen, ernsthaft zweifeln lässt.¹⁴ Die Mitglieder der Wahlausschüsse konnten sich daher der schwierigen Doppelaufgabe nicht entziehen, neben fachlicher Kompetenz und persönlicher Eignung auch die politische Haltung und die in der früheren Entscheidungstätigkeit manifestierte Gesinnung der ehemaligen DDR-Richter (mit) zu beurteilen. Außerdem musste es, um die Eignung bejahen zu können, eine

¹² Vgl. das seinerzeit neugefasste Richtergesetz der DDR vom 5.7.1990 (GBl-DDR I Nr. 42, 637).

¹³ Vgl. § 12 Abs. 1 Richtergesetz DDR (o. Fn. 12).

¹⁴ Vgl. § 9 Abs. 1 Richtergesetz DDR (o. Fn. 12).

Zweidrittelmehrheit im Wahlausschuss geben.¹⁵ An ein die Eignung ablehnendes Votum des Ausschusses war der Minister gebunden; diese Personen durfte er nicht zu Richtern auf Lebenszeit ernennen.¹⁶

IV. FAZIT

Rückblickend wird man sagen können, dass die deutsche Justiz die Herausforderung, im Zuge der Wiedervereinigung gleichsam „von Null auf Hundert“ eine Verwaltungsgerichtsbarkeit errichten zu müssen, gut gemeistert hat. Hierbei war weniger die materielle Erstreckung des westdeutschen Verwaltungs- und Verwaltungsprozessrechts auf das Gebiet der ehemaligen DDR oder die institutionelle Einrichtung von Verwaltungsgerichten das zentrale Problem, sondern die Frage der geeigneten Richterpersönlichkeiten. In der Verwaltungsgerichtsbarkeit wurde die Aufbauleistung zunächst nur durch Richter aus der alten Bundesrepublik erbracht, die freiwillig bereit waren, ihre Rechtsprechungsaufgabe in die neuen Bundesländer zu verlagern.

Nicht zuletzt um einen ordnungsgemäßen Weiterbetrieb der Justiz sicherzustellen, sahen die Vorschriften des Einigungsvertrages diejenigen Richter, die früher in der ehemaligen DDR Dienst getan hatten, nicht generell als ungeeignet an, in dem freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat der Bundesrepublik Deutschland das Amt eines Richters auszuüben. Das war ein gewagter Schritt, weil deren frühere berufliche Tätigkeit in der DDR Grundzügen folgte, die im deutlichen Gegensatz zum Richterbild des Grundgesetzes standen, das von Weisungsunabhängigkeit und persönlicher Unabhängigkeit des Richters gekennzeichnet ist (vgl. Art. 97 GG). Sie mussten allerdings in einer Probezeit unter Beweis stellen, dass sie fachlich und charakterlich geeignet sind, Richterfunktionen in einem freiheitlichen Staat wahrzunehmen.

¹⁵ Vgl. § 13 Abs. 5 Richtergesetz DDR (o. Fn. 12).

¹⁶ Vgl. § 12 Abs. 1 Richtergesetz DDR (o. Fn. 12).

VON DER KONKURS- ÜBER DIE GESAMTVOLLSTRECKUNGS- ZUR INSOLVENZORDNUNG*

Martin Ahrens**

I. WECHSEL DES RECHTSREGIMES

Der Wandel vom Konkurs- über das Gesamtvollstreckungs- bis hin zum Insolvenzrecht markiert mehrere Übergangspunkte. Er steht zunächst für den äußeren Systemwechsel zwischen den von unterschiedlichen Gesellschaftsmodellen getragenen Kodifikationskonzepten. Die Konkursordnung von 1877 begründete eine auf den Erfordernissen der erwachenden bürgerlichen Erwerbsgesellschaft¹ nach liberalen Ordnungsvorstellungen geformte Rechtsvereinheitlichung im Deutschen Reich. Die Gesamtvollstreckungsordnung aus dem Jahr 1990 formulierte ein rudimentäres Abwicklungsrecht für Unternehmensträger im Gefolge der zusammengebrochenen sozialistischen Wirtschaftsordnung. Die Insolvenzordnung von 1994 schließlich sollte ein einheitliches Verfahren für eine marktorientierte Insolvenzabwicklung schaffen.² Als übergreifende Ordnungsmuster können die gemeinschaftliche Gläubigerbefriedigung in einem von einem Verwalter geführten, gerichtlich beaufsichtigten Verfahren angesehen werden.

Innerhalb dieses weit gespannten Entwicklungsverlaufs werden hier jeweils nur einzelne Akzente, Leitmuster und Defizite hervorgehoben, um einen Eindruck von den maßgebenden Referenzpunkten zu vermitteln. Dagegen werden etwa die kriegs- bzw. krisenbedingten Änderungen in der Zeitspanne von 1914 bis 1945³ nicht behandelt. Auch das unter einem sozialistischen

* This article was presented at the conference on “Legal Issues Arising from Change of Legal Regimes,” at Göttingen University, 10–11 February, 2015. As per agreement with Göttingen University, the same article is also included in *Rechtsfragen beim Wechsel des Rechtsregimes: Viertes Symposium der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen mit der Yonsei Law School (Seoul)* (Gunnar Duttge & Jong Hwan Kim eds., 2015).

** Professor, Doctor, Universität Göttingen.

¹ Vgl. *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., 1967, S. 467.

² Zu letzterem *Balz*, *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 2. Aufl., 2000, S. 3, 4, 8; *Gottwald*, *Insolvenzrechts-Handbuch*, 5. Aufl., 2015, § 1 Rn. 38.

³ *Jaeger/Lent*, *KO*, 8. Aufl., 1958, Einleitung I. 2. - 8.; *Paulus*, *NZI* 2011, 657.

Postulat stehende Regelungskonzept in der DDR⁴ soll nicht näher analysiert werden.

Zusätzlich dokumentieren die drei Kodifikationen den inneren Systemwechsel von einer eigenverantwortlichen hin zur fremdbestimmten Vermögensherrschaft. Gegenüber dem nicht mehr leistungsfähigen Schuldner führen Einzelzwangsvollstreckung und privatautonome Gläubigerbefriedigung zu willkürlichen Ergebnissen.⁵ Es erscheint als ungerecht, im Fall des Konkurses bzw. der Insolvenz den zufälligen Zeitpunkt einer Pfändung über die vorrangige und möglicherweise vollständige Befriedigung des ersten Gläubigers entscheiden zu lassen und den Ausfall anderer Gläubiger mit ihren Forderungen in Kauf zu nehmen.⁶ An dieser Stelle muss der individuelle Zugriff durch eine gemeinschaftliche, möglichst gleichmäßige Gläubigerbefriedigung ersetzt werden.

Damit fixieren die Gesetzgebungen, wann, gegenüber wem, unter Einsatz welcher Instrumente Individualberechtigungen durch Gesamtbefugnisse substituiert werden. Mit diesen Stichworten werden freilich dem Leitbild der Privatautonomie verhaftete Deutungsmuster angeführt. In einer staatlich gelenkten Wirtschaft können andere Faktoren ausschlaggebend sein. So war etwa nach § 4 II GesO von 1976 die Gesamtvollstreckung abzulehnen, wenn die Weiterführung des schuldnerischen Betriebs durch die zuständigen Staatsorgane festgelegt wurde und hierdurch die Voraussetzungen für eine Gesamtvollstreckung weggefallen sind oder in absehbarer Zeit wegfallen würden. Eine Zahlungsunfähigkeit volkseigener Betriebe entsprach zudem nicht den sozialistischen Planungsvorstellungen.

Aus der so entwickelten Perspektive liegt es nahe, Konkurs bzw. Insolvenzrecht als Wirtschaftsrecht zu verstehen.⁷ Wegen der Ausrichtung auf Unternehmensinsolvenzen muss das Insolvenzrecht in wichtigen Teilen unternehmensrechtlich interpretiert werden. Es bildet damit ein Recht zur Abwicklung oder Sanierung von Unternehmensträgern.⁸ Gerade bei einer Umwandlung von planwirtschaftlich in marktwirtschaftlich gesteuerten Wirtschafts-

⁴ Verordnung über die Gesamtvollstreckung vom 18.12.1975, GBl DDR I, 1976, 5.

⁵ Häsemeyer, Insolvenzrecht, 4. Aufl., 2007, Rn. 2.02.

⁶ Gerhardt, Vollstreckungsrecht, 2. Aufl., 1982, S. 77.

⁷ Uhlenbruck, Einhundert Jahre Konkursordnung, in: FS Einhundert Jahre Konkursordnung, 1977, S. 3, 5.

⁸ Kilger/Karsten Schmidt, Insolvenzgesetze, 17. Aufl., 1997, Vorbemerkung, Anm. I. 1. a).

einheiten ist entscheidend, ob geeignete Instrumente existieren, um Unternehmensinsolvenzen bewältigen zu können.

Dennoch ist die andere Dimension eines Insolvenzrechts nicht unternehmerisch tätiger Personen ebenfalls zu berücksichtigen. Ein modernes Insolvenzrecht, zunächst anglo-amerikanischen und inzwischen auch westeuropäischen und deutschen Typs, kennzeichnet ebenfalls, ob überschuldeten Personen gesamtrechtliche Wege zur Entschuldung eröffnet sind. Bürger einer sozialistischen Gesellschaft werden allerdings keine Überschuldungsbiographien aufweisen. Erst in einer kreditfinanzierten Konsumwirtschaft kommt diesen und damit auch den Wegen zu ihrer Überwindung eine erhebliche Bedeutung zu. Unzureichende Erfahrungen mit den Verlockungen einer Überschuldungsgesellschaft beim Übergang von einer sozialistischen zu einer kapitalistischen Wirtschaftsordnung können bereits binnen kürzester Zeit zu drastisch steigenden Überschuldungsquoten führen. Ein insolvenzrechtliches Entschuldungsverfahren für Privatpersonen erscheint deswegen auch aus der Übergangsperspektive zumindest als sinnvoll.

II. KONKURSORDNUNG - TRADITIONSREICHE KODIFIKATION MIT WEITGEHENDEM FUNKTIONSVERLUST

A. Entwicklungsverlauf

Mit dem Zusammenschluss der kleindeutschen Territorien im Deutschen Reich bestand auch im Konkursrecht eine die zusammenwachsende Wirtschaft behindernde Rechtszersplitterung durch territoriale und gemeinrechtliche Regelungen.⁹ Zu denken ist etwa an die verschiedenartigen Vorrechtsordnungen und Pfandsysteme, aber auch an das abweichende eheliche Güterrecht mit seinen konkursrechtlichen Konsequenzen.¹⁰ Allein die Zusammenstellung der deutschen Rechtsquellen in den Materialien zur Konkursordnung umfasste 50 Seiten.¹¹

Wesentlich beeinflusst wurde die reichsdeutsche Konkursgesetzgebung durch die preußische Konkursordnung vom

⁹ Vgl. etwa Meier, Geschichte des deutschen Konkursrechts, 2003, S. 35 ff.

¹⁰ Jaeger/Lent, KO, 8. Aufl., 1958, Einleitung I. 1.

¹¹ Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, 1881, Bd. IV, S. 433 - 483.

8.5.1855, die selbst wieder vielfach durch das französische Konkursrecht aus dem Code de Commerce beeinflusst war.¹² Am Übergang vom französischen zum deutschen Recht steht damit die preußische Konkursordnung. Französischen Ursprungs waren etwa die freieren Verfahrensformen¹³ sowie der das Verfahren und die Vermögensverwaltung überwachende Konkursverwalter mit einer wesentlich autonomen Stellung, durch den der gerichtliche Einfluss zurückgedrängt wurde.¹⁴

Als eines der vier Reichsjustizgesetze ist die Konkursordnung vom 10.2.1877 am 1.10.1879 in Kraft getreten. Gerichtet war der Konkurs auf eine Liquidation und Verteilung des Schuldnervermögens.¹⁵ Einen Konkursabwendungsvergleich hat der Gesetzgeber als entbehrlich angesehen, weil nur von den mangelhaften Einrichtungen des älteren Konkursverfahrens verlangt.¹⁶ Diese unzureichend ausgestalteten Vergleichs- und damit Sanierungsmöglichkeiten wurden im Zuge der Weltwirtschaftskrise offensichtlich. Ihm sollte zunächst durch das Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses vom 5.7.1927 sowie die Vergleichsordnung vom 26.2.1935 begegnet werden. Damit existierten nicht allein zwei Ordnungen mit korrespondierenden Referenzen, sondern in beiden Regelungswerken zusätzlich zweigliedrige Verfahren.

Hinter diesen Entwicklungen stand die Überlegung, ein Gläubigerbefriedigungsverfahren könne neben der Zerschlagung des Schuldnervermögens auch zur Reorganisation erhaltenswerter wirtschaftlicher Einheiten durchgeführt werden.¹⁷ Allerdings waren die Regelungsbereiche bereits verfahrensrechtlich nicht klar konturiert. Unter der Voraussetzung einer Konkurseröffnung konnte ein Zwangsvergleich nach den §§ 173 ff. KO durchgeführt

¹² Sarwey, ZHR 23 (1879), 373, 377; Thieme, Zur Entstehung der Konkursordnung, in: FS Einhundert Jahre Konkursordnung, 1977, S. 35, 45; Uhlenbruck, Einhundert Jahre Konkursordnung, in: FS Einhundert Jahre Konkursordnung, 1977, S. 3, 12, 14; MünchKommInsO/Stürner, 3. Aufl., 2013, Einleitung, Rn. 39.

¹³ Hahn, Die gesammten Materialien, 1881, Bd. IV, S. 472.

¹⁴ Meier, Geschichte des deutschen Konkursrechts, 2003, S. 105; Thieme, Zur Entstehung der Konkursordnung, in: FS Einhundert Jahre Konkursordnung, 1977, S. 35, 45.

¹⁵ Hess, KO, 6. Aufl., 1998, Einleitung, Rn. 21.

¹⁶ Hahn, Die gesammten Materialien, 1881, Bd. IV, S. 349; Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 5. Aufl., 2015, § 1 Rn. 19.

¹⁷ Jaeger/Lent, KO, 8. Aufl., 1958, Einleitung I. 8.; Kilger/Karsten Schmidt, Insolvenzgesetze, 17. Aufl., 1997, VglO, Einleitung, Anm. I. 1.; Hess, KO, 6. Aufl., 1998, Einleitung, Rn. 25.

werden. Umgekehrt konnte ein abgelehnter Vergleich nach den §§ 102 ff. VgIO in einen Anschlusskonkurs übergeleitet werden.

B. Leitgedanken

Die anfängliche Wertschätzung der Konkursordnung brachte die Bezeichnung als das trefflichste der Reichsjustizgesetze,¹⁸ gar als Perle der Reichsjustizgesetze¹⁹ besonders klar zum Ausdruck. Gelobt wurden der klare Aufbau und die präzise Regelungstechnik, die konsequente Durchführung zutreffend ausgewählter Prinzipien, die dogmatisch einwandfreie Bearbeitung der Materie, eine exakte Sprache und der breite rechtsvergleichende Ansatz.²⁰ Dieses positive Geschichtsbild kennzeichnete aber wohl nur einen Teil der Wahrheit, denn schon frühzeitig wurde auch Kritisches angemerkt.²¹

Prägend für das Konkursverfahren waren exekutorische Vorstellungen.²² Der Konkurs wurde als Selbstreinigungsprozess der Wirtschaft²³ bzw. als Instrument zur Ausscheidung nicht mehr funktionsfähiger Wirtschaftseinheiten verstanden.²⁴ Zwar blieben diese Schlagworte nicht unwidersprochen,²⁵ doch haben sie sich als außerordentlich widerstandsfähig gegenüber jeglicher Kritik erwiesen. Infolgedessen wurden sowohl für den unternehmerischen als auch den nicht unternehmerischen Bereich Sanierungsgedanken nicht bzw. allenfalls unzureichend ausgeformt.

Als wichtigste Errungenschaft gab die Konkursordnung die seit Langem geltende Universalität des Konkurses auf, die mit der Formulierung der *vis attractiva concursus* zum Ausdruck gebracht wurde. Das Konkursgericht war nach dieser Umkehr nicht mehr

¹⁸ Jaeger, Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts, 8. Aufl., 1932, S. 17; Jaeger/Lent, KO, 8. Aufl., 1958, Einleitung I. 2.

¹⁹ Uhlenbruck, NJW 1975, 897 Fn. 3 a.E.; außerdem Prütting, in: Kübler/Prütting/Bork, Einleitung, Rn. 12; Haarmeyer/Wutzke/Förster, Handbuch zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., 1998, Rn. 3.

²⁰ Uhlenbruck, Einhundert Jahre Konkursordnung, in: FS Einhundert Jahre Konkursordnung, 1977, S. 3, 17; Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 5. Aufl., 2015, § 1 Rn. 8; Sarwey, ZHR 23 (1879), 373, 377.

²¹ Vgl. Uhlenbruck, Einhundert Jahre Konkursordnung, in: FS Einhundert Jahre Konkursordnung, 1977, S. 3, 19.

²² Kilger/Karsten Schmidt, Insolvenzgesetze, 17. Aufl., 1997, Vorbemerkung, Anm. I. 1. a).

²³ Vgl. noch heute Vollmershausen, Vom Konkursprozess zum Marktberreinigungsverfahren, 2007.

²⁴ Muthesius, ZfgesKW 1954, 759.

²⁵ Rohde, Auslese durch Insolvenzen, 1979, S. 42.

zur Entscheidung über streitige Ansprüche berufen, die außerhalb des Konkurses realisiert werden mussten.²⁶ Dies führte zu einer drastischen Beschleunigung der Verfahren. An die Stelle der Streitentscheidung trat ein formelles Anmeldeverfahren für die geltend gemachten Ansprüche.²⁷ Der Konkurs bildete deswegen keinen Prozess,²⁸ die Konkursordnung keine Prozessordnung. Zugleich war das Verfahren flexibler ausgestaltet und nicht mehr durch strikte Stationen separiert.²⁹

Befriedigt werden sollten allein die Konkursgläubiger, die einen im Zeitpunkt der Eröffnung des Konkursverfahrens begründeten Vermögensanspruch besaßen. Diese Gläubiger wurden in einer Verlustgemeinschaft zusammengefasst.³⁰ Sonderregelungen galten deswegen für die Aus- und Absonderungsberechtigten,³¹ wobei in der Formulierung des Absonderungsrechts eine wesentliche Errungenschaft gesehen wurde, weil es die Kreditgewährung erleichterte.³² Gegenüber dem früheren Recht wurde der Katalog bevorzogter Forderungen erheblich eingeschränkt. Das zugelassene Fiskusprivileg besaß dabei, wegen der noch deutlich niedrigeren Steuerquote, nicht das heutige Bedrohungspotenzial.³³

Berichtigt werden sollten die Forderungen aus der Konkursmasse, d.h. dem bei Verfahrenseröffnung dem Schuldner gehörenden Vermögen. Späterer Vermögenserwerb wurde nicht vom Konkursbeschluss umfasst,³⁴ wodurch ein wirtschaftlicher Neuanfang des Schuldners erleichtert wurde, wenn auch das Potenzial dieser Regelung durch das unbeschränkte Nachforderungsrecht der Konkursgläubiger aus § 164 I KO³⁵ nur beschränkt ausgeschöpft werden konnte. Der Schuldner blieb Eigentümer seines Vermögens, doch ging das Verwaltungs- und Verfügungsrecht darüber auf den Konkursverwalter über.³⁶ Dem

²⁶ Sarwey, ZHR 23 (1879), 373, 393.

²⁷ Uhlenbruck, Einhundert Jahre Konkursordnung, in: FS Einhundert Jahre Konkursordnung, 1977, S. 3, 18.

²⁸ Hahn, Die gesamten Materialien, 1881, Bd. IV, S. 41.

²⁹ Sarwey, ZHR 23 (1879), 373, 398.

³⁰ Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 5. Aufl., 2015, § 1 Rn. 11.

³¹ Sarwey, ZHR 23 (1879), 373, 391.

³² Jaeger/Henckel, InsO, 2004, Einleitung, Rn. 8.

³³ Jaeger/Lent, KO, 8. Aufl., 1958, Einleitung I. 7.

³⁴ Jaeger/Lent, KO, 8. Aufl., 1958, Einleitung III.

³⁵ Dazu unter II. 3.

³⁶ Sarwey, ZHR 23 (1879), 373, 394, 397.

Konkursverwalter wurde eine autonomere, auch gegenüber dem Konkursgericht unabhängigere Stellung gegeben.³⁷

In den romanischen Rechten³⁸ und namentlich dem französischen Code de Commerce war der Konkurs als Sonderrecht des Handelsstands ausgeformt. Dem schloss sich auch die preußische Konkursordnung von 1855 an.³⁹ Im gemeinen deutschen Recht wurde dagegen diese Unterscheidung nicht vorgenommen⁴⁰ und auch die KO erkannte die Konkursfähigkeit aller natürlichen und juristischen Personen an. Kredite wurden nicht mehr nur Kaufleuten gewährt und die Verflechtung der Rechtsverhältnisse gestattete es nicht, so die Begründung, allein die kaufmännischen Verhältnisse zu betrachten.⁴¹

C. Funktionsverlust

Durch tiefgreifende wirtschaftliche Veränderungen, manche gesetzliche Korrekturen und die Entwicklungen der Kautelarpraxis war das Konkursrecht einem substanziellen Wandel unterworfen. Angesichts der wirtschaftlichen Prosperität nach dem 2. Weltkrieg dauerte es noch 30 Jahre bis zur Ölkrise des Jahres 1973, um den Funktionsverlust des Konkurs- und Vergleichsrechts sichtbar werden zu lassen und die Konsequenzen daraus zu ziehen. Wenig Gehör fanden die zunächst noch punktuellen Überlegungen zur Reformbedürftigkeit des Konkursrechts von *Böhle-Stamschräder* aus dem Jahr 1959.⁴² Erst *Kilgers* Brandruf vom „Konkurs des Konkurses“⁴³ alarmierte die Fachöffentlichkeit. Die vorgetragenen Befunde waren dramatisch. Ganz im Mittelpunkt stand die Erkenntnis, dass letztlich ca. 75 % der Insolvenzanträge mangels Masse abgewiesen wurden.⁴⁴

An die Stelle des gesetzlich geordneten und gerichtlich kontrollierten Konkursverfahrens war damit ein ungeordneter Zugriff des am schnellsten Handelnden getreten. Mangels einer rechtsförmigen Abwicklung konnten konkursreife Unternehmen

³⁷ Jaeger/Lent, KO, 8. Aufl., 1958, Einleitung IV.

³⁸ Hahn, Die gesamten Materialien, 1881, Bd. IV, S. 41; Ahrens, ZZP 2009, 133, 136.

³⁹ Hahn, Die gesamten Materialien, 1881, Bd. IV, S. 42; Meier, Geschichte des deutschen Konkursrechts, 2003, S. 148.

⁴⁰ Hahn, Die gesamten Materialien, 1881, Bd. IV, S. 41.

⁴¹ Hahn, Die gesamten Materialien, 1881, Bd. IV, S. 41; Jaeger, Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts, 8. Aufl., 1932, S. 11.

⁴² Böhle-Stamschräder, KTS 1959, 66.

⁴³ Kilger, KTS 1975, 142.

⁴⁴ FK-InsO/Schmerbach, 8. Aufl., 2015, vor §§ 1 ff. InsO Rn. 13, 17.

weiter am Wirtschaftsverkehr teilnehmen und kreditgebende Gläubiger schädigen, denn der Marktaustritt dieser Unternehmen konnte nicht erzwungen werden. Schuldner konnten sich zudem ihrer Haftung für Verbindlichkeiten entziehen und in der Krise durch Manipulationen Vermögensgegenstände vor dem Zugriff ihrer Gläubiger bewahren.⁴⁵

Ursächlich dafür war ein ganzes Faktorenbündel. Entscheidende Beiträge lieferte die Auszehrung der Masse durch die besitzlosen Sicherungsrechte, wie den Eigentumsvorbehalt mit seinen Verlängerungsformen, die Sicherungsübereignung sowie die Sicherungszession bis hin zur Globalzession.⁴⁶ Obwohl nach den Materialien lediglich erkennbare Absonderungsrechte privilegiert werden sollten, hat die Judikatur unter dem Eindruck der Verkehrserfordernisse schon frühzeitig eine Umkehr vollzogen und den Kreis der Absonderungsberechtigten geöffnet.⁴⁷ Umfassende Vorrechtskataloge vom Fiskusprivileg bis hin zu den Lohnforderungen der Arbeitnehmer zehrten darüber hinaus die Masse zulasten der ungesicherten Gläubiger auf.⁴⁸ Zudem wuchsen die Massekosten und Masseschulden.⁴⁹ Beiträge zu dieser grassierenden Massearmut leisteten aber auch die Unterkapitalisierung der Wirtschaft sowie verspätet gestellte Konkursanträge.⁵⁰

Vehement kritisiert wurden außerdem die unzureichende Gleichbehandlung der Gläubiger und die Schwächen des Konkursanfechtungsrechts.⁵¹ Zudem konnte der Konkursverwalter teilweise nur unzureichend eine Zerschlagung der Masse verhindern und damit eine Weiterführung des Unternehmens sowie eine gesamtheitliche Sanierung oder Verwertung sichern.⁵² Überhaupt bot das Konkursrecht keine geeigneten Sanierungs-

⁴⁵ BT-Drucks. 12/2443, 72; *Gottwald*, Insolvenzsrechts-Handbuch, 5. Aufl., 2015, § 1 Rn. 22; *Kilger*, KTS 1975, 142, 155 ff.

⁴⁶ *Jaeger/Lent*, KO, 8. Aufl., 1958, Einleitung I. 7.; *Jaeger/Henckel*, InsO, 2004, Einleitung, Rn. 28; *MünchKommInsO/Stürner*, 3. Aufl., 2013, Einleitung, Rn. 34; *Kilger*, KTS 1975, 142, 148 ff.

⁴⁷ RG vom 2.2.1889, RGZ 24, 45, 489 ff.; *Jaeger/Lent*, KO, 8. Aufl., 1958, § 48 Anm. 13.

⁴⁸ *Gottwald*, Insolvenzsrechts-Handbuch, 5. Aufl., 2015, § 1 Rn. 17.

⁴⁹ *Jaeger/Henckel*, InsO, 2004, Einleitung, Rn. 27; *Kilger*, KTS 1975, 142, 152 ff.

⁵⁰ Vgl. *Uhlenbruck*, NJW 1975, 897, 898, 902.

⁵¹ *Kilger/Karsten Schmidt*, Insolvenzgesetze, 17. Aufl., 1997, KO, Einleitung, Anm. II. 1. b).

⁵² *MünchKommInsO/Stürner*, 3. Aufl., 2013, Einleitung, Rn. 34; *FK-InsO/Schmerbach*, 8. Aufl., vor §§ 1 ff. InsO Rn. 19.

instrumente in der Unternehmensinsolvenz⁵³ oder gesamtheitliche Entschuldungschancen für natürliche Personen.

Zudem verlor auch das Vergleichsverfahren nahezu jede Bedeutung.⁵⁴ In erster Linie waren dafür die überhöhten Vergleichsanforderungen mit Mindestsätzen von 35 % bzw. 40 % nach § 7 I, II VglO verantwortlich, die von den weithin massearmen Krisenunternehmen nicht geleistet werden konnten. Außerdem erschwerten die subjektiven Würdigkeitsvoraussetzungen einen erfolgreichen Vergleichsschluss. Keinen kleinen Beitrag zu dieser Verlustliste lieferte auch das unzureichend mit den konkursrechtlichen Regelungen abgestimmte Verfahren.⁵⁵

Dabei entwickelte sich das Konkursrecht zu einer immer stärker kaufmännisch geprägten bzw. unternehmensbezogenen Materie.⁵⁶ Einen wesentlichen Faktor dafür bildete die fehlende Attraktivität des Konkurses für natürliche Personen. Zu den Tragwerken der Konkursordnung gehörte, dass gem. § 164 I KO der Schuldner nach Aufhebung des Konkurses dem unbeschränkten Nachforderungsrecht der nicht befriedigten Gläubiger ausgesetzt war. Ein solches Konkursverfahren verursachte für die Gläubiger vielfach nur Kosten und bot dem Schuldner keinen Nutzen.

III. GESAMTVOLLSTRECKUNGSRECHT - ZWISCHENSTATION MIT GROßEN LÜCKEN

A. Entwicklungsgang

In der DDR galten zunächst die mit einigen Korrekturen an die veränderten sozialistischen Verhältnisse angepassten Regelungen der Konkurs- und Vergleichsordnung weiter,⁵⁷ bis sie durch die Verordnung über die Gesamtvollstreckung vom

⁵³ FK-InsO/Schmerbach, 8. Aufl., 2015, vor §§ 1 ff. InsO Rn. 20.

⁵⁴ BT-Drucks. 12/2443, 72; s.a. Ahrens, NZI 2011, 425, 429.

⁵⁵ Kilger/Karsten Schmidt, Insolvenzgesetze, 17. Aufl., 1997, VglO, Einleitung, Anm. III. 1.

⁵⁶ MünchKommInsO/Ott, 2003, § 304 Rn. 5; anders der Befund von K. Schmidt, KTS 1988, 1, 5, der das positive Konkursrecht ganz auf eine zahlungsunfähige natürliche Person zugeschnitten sah.

⁵⁷ Blersch, Auslegung und Ergänzung der Gesamtvollstreckungsordnung, 1993, S. 26.

18.12.1975 abgelöst wurden.⁵⁸ Diese Gesamtvollstreckungsordnung von 1975 erlangte nur eine geringe Bedeutung,⁵⁹ weil sie lediglich auf private Handwerksbetriebe und Gewerbetreibende sowie auf Privatpersonen und Nachlässe ausgerichtet war,⁶⁰ die in der sozialistischen Planwirtschaft allein eine untergeordnete Rolle spielten.

Im Vertrag vom 18.5.1990 über die Schaffung einer Wirtschafts-, Währungs- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik verpflichtete sich die DDR, die Gesamtvollstreckungsordnung um Vorschriften über den Konkurs von Unternehmen zu ergänzen.⁶¹ Damit sollte der rechtliche Rahmen für eine Abwicklung bei Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit nach einer Umwandlung von Staatsbetrieben in privatrechtliche Körperschaften geschaffen werden. Angenommen wurde, dass bis zu 90 % der über 8.000 volkseigenen Betriebe marktwirtschaftlichen Erfordernissen nicht genügten.⁶²

Unter dieser Maßgabe verabschiedete der Ministerrat der DDR am 6.6.1990 die reformierte Gesamtvollstreckungsordnung. Geringfügig modifiziert wurde die GesO sodann im Einigungsvertrag vom 31.8.1990 als Bundesgesetz für das Beitrittsgebiet übernommen.⁶³ Damit bestand bis zum Inkrafttreten der Insolvenzordnung am 1.1.1999 eine zweigeteilte Insolvenzrechtslandschaft. Im Beitrittsgebiet galt als zeitlich begrenzte Zwischenlösung die einspurige GesO, während in den alten Bundesländern die doppelte Ordnung durch KO und VgLO fortbestand.

Gegen eine Übernahme der KO sprach zunächst die befürchtete Überforderung der Gerichte in den neuen Bundesländern.⁶⁴ Vermieden werden sollte auch eine zweifache

⁵⁸ GBl DDR I 1976, 6; *Hess/Binz/Wienberg*, GesO, 4. Aufl., 1998, Einleitung, Rn. 1 f.

⁵⁹ *Blersch*, Auslegung und Ergänzung der Gesamtvollstreckungsordnung, 1993, S. 27.

⁶⁰ *Blersch*, Auslegung und Ergänzung der Gesamtvollstreckungsordnung, 1993, S. 29; *Meier*, Geschichte des deutschen Konkursrechts, 2003, S. 205 f.; *Lübchen/Landfermann*, ZIP 1990, 829.

⁶¹ BGBl II, 1990, 537, 554, Anlage III Abschnitt II Nr. 6 des Staatsvertrags.

⁶² *Blersch*, Auslegung und Ergänzung der Gesamtvollstreckungsordnung, 1993, S. 15.

⁶³ BGBl II 1990, 889 Anlage II Kapitel III Sachgebiet A Abschnitt II Nr. 1; *Kilger/Karsten Schmidt*, Insolvenzgesetze, 17. Aufl., 1997, GesO, Einleitung, Anm. 1 a); *Schmidt-Räntsch*, DtZ 1990, 344, 345.

⁶⁴ *Schmidt-Räntsch*, DtZ 1990, 344, 345; *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, GesO, 4. Aufl., 1998, Einleitung Rn. 7.

Umstellung zunächst auf die KO und dann auf die InsO.⁶⁵ Allerdings brachte bereits die übergangsweise in veränderter Gestalt beibehaltene GesO so viel Neues, dass sich dieses Argument deutlich relativierte. Vor allem aber waren die erkannten Regelungsschwächen der KO zu gravierend, um diese ungebrochen im Beitrittsgebiet einzuführen, zumal bereits intensiv an einer Reform gearbeitet wurde und seit dem 5.12.1989 ein Referentenentwurf in gedruckter Form vorlag.⁶⁶ Letztlich wurde durch die zweiseitige Rechtslage im alten und neuen Bundesgebiet auch der Reformdruck erhalten oder sogar erhöht.⁶⁷

Als zusätzlicher Regelungskomplex wurden zunächst eine Verordnung⁶⁸ und sodann später das Gesetz über die Unterbrechung von Gesamtvollstreckungen (GUG)⁶⁹ geschaffen. Wegen der bestehenden Verflechtungen, aber auch der eingeführten Bilanzierungs- und Insolvenzantragspflichten blieb vielfach keine Zeit, um die wirtschaftliche Situation umfassend zu prüfen. Deswegen sollte der Liquiditäts- und Fortführungsplan noch im Verfahren erstellt und die erforderlichen Kreditmittel u.a. von der Treuhandanstalt gegeben werden können.⁷⁰ Damit war eine besondere Sanierungsoption geschaffen.⁷¹

B. Orientierungsmuster

In einem überaus knappen Regelungswerk von letztlich nur 23 Paragraphen wurde ein begrifflich sowie im Aufbau wieder stärker an das Konkursrecht angelehntes Verfahren geschaffen.⁷² Diese fragmentarischen Regelungen ließen Raum für flexible und offene Herangehensweisen, womit untrennbar eklatante Lücken verbunden waren. Für den verfahrensrechtlichen Umgang mit den

⁶⁵ Becker, Insolvenzrecht, 2. Aufl., 2008, Rn. 50.

⁶⁶ Referentenentwurf, Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts mit Allgemeiner Begründung und Begründung zu den einzelnen Vorschriften, 1989; s.a. Lübben/Landfermann, ZIP 1990, 829, 830 Schmidt-Räntsch, DtZ 1990, 344, 345.

⁶⁷ MünchKommInsO/Stürner, 3. Aufl., 2013, Einleitung, Rn. 42.

⁶⁸ GBl DDR I 1990, 782.

⁶⁹ BGBl II 1990, 889 Anlage II Kapitel III Sachgebiet A Abschnitt II Nr. 1.

⁷⁰ Blesch, Auslegung und Ergänzung der Gesamtvollstreckungsordnung, 1993, S. 52 ff.

⁷¹ Smid, Gesamtvollstreckung, 1992, S. 53 ff.

⁷² Lübben/Landfermann, ZIP 1990, 829; vgl. die Gegenüberstellung zwischen den Regelungen der GesO und der KO bei Hess/Binz/Wienberg, GesO, 4. Aufl., 1998, Einleitung, Rn. 37.

zahlreichen zahlungsunfähigen Unternehmen bildete dies eine mehr risiko- als chancenreiche Situation.

Wie schon die Bezeichnung als Gesamtvollstreckungsordnung zum Ausdruck bringt, ist das Gesetz stark von exekutorischen Vorstellungen geprägt, bspw. soweit die Verfahrenseröffnung als Pfändung wirkt, § 7 I GesO. Umfassendere Regelungen zur Unternehmenssanierung fehlten, wenn auch eine übertragende Sanierung zulässig war, vgl. § 15 V GesO, etwa durch Veräußerung an eine zu diesem Zweck gegründete Auffanggesellschaft.⁷³ Übergreifende Sanierungskonzepte ließen sich freilich in der Transformationssituation nicht mit insolvenzrechtlichen, sondern allenfalls mit wirtschaftspolitischen Instrumenten, etwa den §§ 2 VI, 8 I THG, erreichen.

Zukunftsorientiert war die GesO u.a., weil sie an die Stelle des zweispurigen westdeutschen Regelwerks ein Einheitsverfahren setzte, das nach § 16 GesO auch in einen Vergleich einmünden konnte.⁷⁴ In einem gesetzlich geregelten Verfahren sollte die gemeinschaftliche Befriedigung der Gläubiger ermöglicht werden. Dem Schuldner wurde die Verfügungsbefugnis entzogen und die Verwaltung sowie Verwertung der Masse dem Verwalter übertragen. Dem Gericht kamen dabei nur noch Überwachungs- aufgaben zu.⁷⁵ Vorrechte bestanden, § 17 III GesO, doch waren sie gegenüber der KO deutlich eingeschränkt.

Deutlich setzte sich die Gesamtvollstreckungsordnung vom unbeschränkten Nachforderungsrecht aus § 164 KO ab. § 18 II 3 GesO begründete einen Vollstreckungsschutz für Schuldner, die u.a. über ein angemessenes Einkommen hinaus kein Neuvermögen erlangt hatten. Obwohl damit noch keine Restschuldbefreiung verbunden war,⁷⁶ wurden doch die Bürger der neuen Bundesländer gegenüber den anderen Bundesbürgern justizpolitisch deutlich privilegiert. Ob damit eine wirksame Begünstigung verbunden war, erscheint fraglich, denn auch im alten Bundesgebiet war und ist eine Vollstreckung in unpfändbare Gegenstände ausgeschlossen.

⁷³ Lübchen/Landfermann, ZIP 1990, 829, 831.

⁷⁴ Landfermann, FS Merz, 367, 369.

⁷⁵ Blersch, Auslegung und Ergänzung der Gesamtvollstreckungsordnung, 1993, S. 37.

⁷⁶ Wenzel, Die „Restschuldbefreiung“ in den neuen Bundesländern, 1994, S. 231.

C. Defizite

Im Vergleich mit den 238 Vorschriften der KO und den 359 Paragraphen der InsO konnte die knappe und notwendig lückenhafte Regelung der GesO den komplexen rechtlichen Verhältnissen eines gesamtvollstreckungsrechtlichen Abwicklungsverfahrens nicht hinreichend Rechnung tragen. Die daraus resultierenden Rechtsunsicherheiten haben, verbunden mit der für ein derartiges Gesetz relativ kurzen Geltungsdauer von knapp neun Jahren, die Rechtsanwendung erheblich belastet. Zu den methodischen Generalthemen gehörte deswegen, inwieweit gesamtvollstreckungsrechtliche Probleme durch die Brille des Konkursrechts betrachtet bzw. genauer gesagt mit konkursrechtlichen Instrumenten gelöst werden konnten. Eine einheitliche Antwort darauf fiel schwer, zumal damit auch die Schwächen der KO in das Beitrittsgebiet erstreckt worden wären.⁷⁷

Ungeregelt blieben gesamtvollstreckungsrechtliche Sanierungsinstrumente sowie besondere Vorschriften eines Insolvenzarbeitsrechts. Darin konnte freilich eine zutreffende Selbstbeschränkung gesehen werden, weil sie nicht mit insolvenzrechtlichen Mitteln zu bewältigende volkswirtschaftliche Aufgaben betrafen.

Die Liste der Regelungsdefizite war sehr lang,⁷⁸ weswegen hier einige Beispiele genügen müssen. Das Vermögen des Schuldners wurde im Rahmen der §§ 1 und 7 GesO unterschiedlich bestimmt.⁷⁹ Weder die Mitwirkungspflichten des Schuldners, vgl. § 3 GesO, noch der Eingriff in das verfassungsrechtlich geschützte Postgeheimnis, Art. 10 GG, durch Verhängung einer Postsperrre wurden hinreichend bestimmt.⁸⁰ Unbestimmt ließ § 7 V GesO, ob besondere gesamtvollstreckungsrechtliche Aufrechnungsmöglichkeiten bestanden.⁸¹ Ungeregelt

⁷⁷ Bejahend *Lübchen/Landfermann*, ZIP 1990, 829, 830; *Schmidt-Räntsch*, DtZ 1990, 344, 346, auch jenseits der notwendigen Einbindung des Nachlasskonkurses; *Pape*, DtZ 1995, 218; einschränkend *Smid*, Gesamtvollstreckung, 1992, S. 13; weithin ablehnend *Blersch*, Auslegung und Ergänzung der Gesamtvollstreckungsordnung, 1993, S. 260 ff.

⁷⁸ *Hess/Binz/Wienberg*, GesO, 4. Aufl., 1998, Einleitung Rn. 43; *Pape*, DtZ 1995, 218.

⁷⁹ *Hess/Binz/Wienberg*, GesO, 4. Aufl., 1998, Einleitung Rn. 43.

⁸⁰ *Blersch*, Auslegung und Ergänzung der Gesamtvollstreckungsordnung, 1993, S. 18; s.a. *Pape*, DtZ 1995, 218, 220.

⁸¹ *Kilger/Karsten Schmidt*, Insolvenzgesetze, 17. Aufl., 1997, GesO, § 7 Anm. 5 b); *Pape*, DtZ 1995, 218, 221.

blieb auch das Verfahren bei Masseunzulänglichkeit.⁸²

Nachhaltige Lücken bestanden außerdem im Anfechtungsrecht, nach dem der Verwalter die Gläubiger benachteiligende Rechtshandlungen des Schuldners anfechten kann. Offen war etwa, ob im Rahmen von § 10 I Nr. 4 InsO Rechtshandlungen der Gläubiger angefochten werden konnten.⁸³ Ungeregt blieben auch die Rechtsfolgen der Insolvenzanfechtung, die übereinstimmend mit § 37 KO als Rückgewähransprüche behandelt wurden.⁸⁴

IV. INSOLVENZORDNUNG – ABSCHLUSS OHNE VOLLENDUNG

A. Reformverlauf

Die offensichtlichen Funktionseinbußen der Konkursordnung machten eine umfassende Reform unabweisbar. Deswegen setzte der Bundesminister der Justiz 1978 eine Kommission zur Reform des Insolvenzrechts ein,⁸⁵ die ihre Vorschläge in zwei Berichten vorlegte.⁸⁶ Danach sollte das Insolvenzgericht im Anschluss an ein Vorverfahren über Liquidierung oder Reorganisation eines Unternehmensträgers entscheiden können. Vorgeschlagen wurden weitreichende Eingriffe in die Mobiliarsicherheiten, die erleichterte Kündigung von Arbeitsverhältnissen sowie strengere Anfechtungsmöglichkeiten.⁸⁷

Mit dem Wechsel von der sozialliberalen zur konservativ-liberalen Bundesregierung veränderten sich auch die ordnungspolitischen Vorstellungen.⁸⁸ Verstärkt in das Zentrum rückten marktkonforme und damit gerade nicht - oder jedenfalls andere - normative Sanierungsgedanken⁸⁹ und eine deregulierte Insolvenzabwicklung. Die Sanierung wurde von ihren strukturpolitischen Aufgaben entkleidet⁹⁰ und die gerichtlichen Kompetenzen bei der

⁸² Kilger/Karsten Schmidt, Insolvenzzesetze, 17. Aufl., 1997, GesO, § 13 Anm. 4; Hess/Binz/Wienberg, GesO, 4. Aufl., § 13 Rn. 11a.

⁸³ Pape, DtZ 1995, 218, 222.

⁸⁴ Pape, DtZ 1995, 218, 222.

⁸⁵ Dazu Jaeger/Henckel, InsO, 2004, Einleitung, Rn. 33 ff.

⁸⁶ Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, 1985; Zweiter Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, 1986.

⁸⁷ MünchKommInsO/Stürner, 3. Aufl., 2013, Einleitung, Rn. 36.

⁸⁸ Gottwald, Insolvenzzrechts-Handbuch, 5. Aufl., 2015, § 1 Rn. 34; kritisch Jaeger/Henckel, InsO, Einleitung, 2004, Rn. 44.

⁸⁹ Balz, ZIP 1988, 273, 277.

⁹⁰ Dezidiert Balz, ZIP 1988, 273, 275.

Durchführung des Insolvenzverfahrens zugunsten der Beteiligtenautonomie beschränkt.⁹¹ Not leidende Unternehmen sollten nicht auf Kosten privater Verfahrensbeteiligter saniert werden.⁹²

Die weitere Entwicklung verlief über den Diskussionsentwurf von 1988 und den Referentenentwurf von 1989 hin zum Regierungsentwurf von 1992.⁹³ In den parlamentarischen Beratungen wurden manche Vereinfachungen vorgenommen, etwa beim Insolvenzplanverfahren. Außerdem wurden u.a. Mobiliarsicherheiten stärker geschont und ein besonderes Verbraucherinsolvenzverfahren geschaffen.⁹⁴ Die am 21.4.1994 verabschiedete Insolvenzordnung ist nach einer langjährigen Umstellungsperiode zum 1.1.1999 in Kraft getreten.

Als wirtschaftsnahe Materie wird die Insolvenzordnung unmittelbar von wirtschaftlichen Veränderungen betroffen, etwa im Gefolge der Finanzkrise. Seit ihrer Verabschiedung ist die InsO deswegen über vierzig Mal geändert worden.⁹⁵ Aus diesem Grund hat sich das Bild von der „(Dauer)Baustelle Insolvenzordnung“ verfestigt.⁹⁶ Substanziellen Änderungsbedarf hat die Bundesministerin der Justiz in der 17. Legislaturperiode in ihrem Plan einer dreistufigen Insolvenzrechtsreform anerkannt. Die erste Stufe ist mit dem Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) vom 7.12.2011⁹⁷ seit dem 1.3.2012 in Kraft. Es eröffnet ein vorinsolvenzliches Schutzschirmverfahren, §§ 270a ff. InsO, und erleichtert in Insolvenzplänen den Eingriff in Gesellschafterrechte, vgl. § 225a InsO. Auch die zweite Reformstufe ist mit dem Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte vom 15.7.2013⁹⁸ seit dem 1.7.2014 vollständig in Kraft. In der parlamentarischen Beratung befindet sich der Entwurf zur dritten Reformstufe über das Konzerninsolvenzrecht.⁹⁹

⁹¹ MünchKommInsO/Stürner, 3. Aufl., 2013, Einleitung, Rn. 39 f.

⁹² FK-InsO/Schmerbach, 8. Aufl., 2015, vor §§ 1 ff. InsO Rn. 24.

⁹³ BT-Drucks. 12/2443.

⁹⁴ MünchKommInsO/Stürner, 3. Aufl., 2013, Einleitung, Rn. 44.

⁹⁵ Vgl. die Auflistung in MünchKommInsO, 3. Aufl., 2013, vor der Einleitung.

⁹⁶ Vallender, NJW 2003, 3605; Uhlenbruck, ZIP 2004, 1 f.; Kirchhof, ZInsO 2008, 395; Frind, ZInsO 2010, 511.

⁹⁷ BGBl. I, 2582.

⁹⁸ BGBl. I, 2379.

⁹⁹ BT-Drucks. 18/407.

B. Konzeption

Überwunden wurde die in den alten Bundesländern bestehende Zweiteilung des Verfahrens mit den dadurch verursachten Friktionen.¹⁰⁰ An die Stelle des bisherigen Vergleichs traten Planlösungen¹⁰¹ ohne feste Wirksamkeitsvoraussetzungen¹⁰² und mit niedrigeren Zustimmungshürden. Jüngst ist die Berechtigung durch das Schutzschirmverfahren auf das Stadium der Insolvenzeröffnung vorverlagert worden, § 270b I 1, 2 InsO.

Im Vordergrund stand das ordnungspolitische Postulat einer marktkonformen Insolvenzabwicklung. Unter dessen Maxime wurden die Vermögenorientierung des Insolvenzverfahrens mit dem Ziel einer bestmöglichen Gläubigerbefriedigung und die Gleichrangigkeit von Liquidation, übertragender Sanierung sowie Sanierung betont.¹⁰³ Das Scheitern eines Wirtschaftssubjekts sollte nicht mehr notwendig zu dessen Marktaustritt führen.¹⁰⁴

Erreicht wurden eine frühere sowie erleichterte und damit massenhaltigere Insolvenzeröffnung durch den neuen Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit, Anreize zur frühzeitigen Antragstellung, eine Verfahrenseröffnung bei Deckung bloß der voraussichtlichen Verfahrenskosten, § 26 I 1 InsO, schärfere Organhaftungsregelungen und ein schneidigeres Anfechtungsrecht.¹⁰⁵ Die Befugnisse der Absonderungsberechtigten wurden eingeschränkt, indem das Verwertungsrecht auf den Insolvenzverwalter übertragen, §§ 165 ff. InsO, und dadurch eine vorzeitige Zerschlagung der Masse verhindert sowie ein Verfahrenskostenbeitrag eingeführt wurde, §§ 170 f. InsO. Eine entscheidende Leistung bestand auch in der Abschaffung der Konkursvorrechte und der Einführung einer klassenlosen Insolvenz. Außerdem wurden Sozialplanansprüche der Arbeitnehmer begrenzt, §§ 123 f. InsO, und die Kündigung von Arbeitsverhältnissen erleichtert, §§ 113, 125 ff. InsO. Gestärkt werden sollte auch die Gläubigerautonomie, etwa durch die §§ 57, 157 InsO.

Zu den sozialstaatlich herausragenden Leistungen gehört die Schaffung einer Restschuldbefreiung für natürliche Personen,

¹⁰⁰ BT-Drucks. 12/2443, 82.

¹⁰¹ BT-Drucks. 12/2443, 90.

¹⁰² S.a. §§ 245, 251 InsO.

¹⁰³ BT-Drucks. 12/2443, 77.

¹⁰⁴ Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 5. Aufl., 2015, § 1 Rn. 39.

¹⁰⁵ BT-Drucks. 12/2443, 84; FK-InsO/Schmerbach, 8. Aufl., 2015, vor §§ 1 ff. InsO Rn. 39.

gleich ob sie selbständig, nicht selbständig oder nicht erwerbstätig sind gem. den §§ 286 ff. InsO. Unabhängig von einer etwaigen Befriedigungsleistung des Schuldners an die Gläubiger ist gem. § 300 I 1 InsO spätestens sechs Jahre nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Restschuldbefreiung zu erteilen. Um eine Restschuldbefreiung in den überaus häufigen masselosen Privatinsolvenzen zu ermöglichen, sind dem Schuldner nach den §§ 4a ff. InsO die Verfahrenskosten zu stunden. Bei einer Restschuldbefreiung können die Insolvenzforderungen nicht mehr gegenüber dem Schuldner geltend gemacht werden. Insbesondere wenn der Schuldner gegen seine insolvenzrechtlichen Pflichten bzw. Obliegenheiten verstößt, kann ihm die Restschuldbefreiung versagt werden, §§ 290, 295 ff. InsO.

C. Schwächen

Trotz des essenziellen Werts eines klassenlosen bzw. vorrechtsfreien Insolvenzverfahrens herrscht seit Inkrafttreten der Insolvenzordnung eine fortwährende Auseinandersetzung um die Begünstigung einzelner Gläubigergruppen. Gerade fiskalische Interessen haben wiederholt zu Regelungen geführt, die im deutlichen Widerspruch zur Gläubigergleichbehandlung stehen. Zu nennen sind etwa die Aufwertungen von Steuerverbindlichkeiten aus dem Eröffnungsverfahren zu Masseverbindlichkeiten, § 55 IV InsO, die Anfechtungsschranke durch § 28e I S. 2 SGB IV¹⁰⁶ sowie die Privilegierungen gerade des Fiskus nach einer erteilten Restschuldbefreiung gem. § 302 Nr. 1 Alt. 2, 3 InsO.

Obwohl Sanierungen ermöglicht werden sollten, ist die Insolvenzordnung noch durch eine fühlbare Zurückhaltung gegenüber planbasierten Sanierungen geprägt. Erst in jüngster Zeit hat sich durch das ESUG ein deutlicher Wandel ergeben. Auch wegen der komplexen Verfahrensanforderungen wird jedoch das Sanierungspotenzial noch nicht vollständig ausgeschöpft. Immer wieder wird auch die europarechtlich determinierte, arbeitnehmerschützende Regelung des § 613a BGB zum Betriebsübergang als sanierungsfeindlich angesehen. Nicht zum geringen Teil liegt dies freilich an einer unzureichenden Beherrschung der rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten. Ein weiterer kleiner Schritt bildet die Erstreckung des Insolvenzplanverfahrens auf die

¹⁰⁶ Aber BGH NZI 2009, 886.

Verbraucherinsolvenz, in der bislang andere konsensuale Schuldenbereinigungsinstrumente vorherrschten.¹⁰⁷

Durch die zusätzlichen Eingriffsmöglichkeiten des Insolvenzplans in die gesellschaftsrechtliche Stellung bedarf es einer gänzlich neuen Koordinierung von Insolvenz- und Gesellschaftsrecht.¹⁰⁸ Die Diskussion ist insoweit noch weithin offen. Noch keine völlig zufriedenstellende und zugleich verfassungsrechtlichen Erfordernissen genügende Lösung ist bei der Auswahl des Insolvenzverwalters gelungen.¹⁰⁹

Ein striktes Insolvenzanfechtungsrecht in den §§ 129 ff. InsO gehört zu den klaren Errungenschaften der Insolvenzordnung. Wesentliche Mittel zur effektiven Rechtsdurchsetzung für den Insolvenzverwalter stellen, auch von der Rechtsprechung des BGH formulierte, Beweiserleichterungen dar. Gerade die Vorsatzanfechtung des § 133 InsO hat nicht zuletzt wegen ihrer langen Fristen zu einer nachhaltigen Masseanreicherung geführt. Obwohl die Anfechtung prinzipiell gut begründet ist, lassen sich doch nicht alle Anfechtungsansprüche aus einem übergreifenden Konzept ableiten. Diese Legitimationsschwäche hat in jüngster Zeit zu einem gerade von der mittelständischen Wirtschaft, die diese Anfechtungsansprüche fürchtet, getragenen Wunsch nach einer Revision geführt. Am 16.3.2015 hat das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz den Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz vorgelegt.

V. FAZIT

Entscheidend für ein wirksames Insolvenzrecht ist eine umfassend gesicherte Gleichbehandlung der Gläubiger. Dazu gehören das Absehen von Vorrechten und die sachgerechte Beschneidung der insolvenzrechtlichen Befugnisse von Sicherungsnehmern. Insolvenzpläne bieten über alle Verfahren hinweg ein prinzipiell geeignetes Instrument zur Sanierung und Schuldenbereinigung. Für natürliche Personen ist ein insolvenzrechtlich verankertes Entschuldungsverfahren geboten.

¹⁰⁷ Zu den Unterschieden *Ahrens*, Das neue Privatinsovenzrecht, 2014, Rn. 449 ff., 998 ff.

¹⁰⁸ Aktuell jetzt der Fall *Suhrkamp* BGH NZI 2014, 751; LG Berlin ZInsO 2014, 2232; BverfG NJW 2015, 465; *Madaus*, ZIP 2014, 500; *Hözl*, ZIP 2014, 1819.

¹⁰⁹ Vgl. *Gottwald*, Insolvenzsrechts-Handbuch, 5. Aufl., 2015, § 1 Rn. 51.

Ein einfaches und dennoch sachgerechtes Insolvenzverfahren existiert allerdings nicht. Die Vorstellung einer leicht handhabbaren und deswegen auch für ungeschulte Rechtsanwender geeigneten kursorischen Regelung führt zu gravierenden Rechtsunsicherheiten und damit Gerechtigkeits-verlusten.

In einer Transformationssituation von einer sozialistischen Planwirtschaft in eine marktwirtschaftliche Ordnung kommt einer einzelwirtschaftlichen Abwicklung insolventer Unternehmens-träger eine erhebliche Bedeutung zu. Hier ist gerade ein zügiges Verfahren wesentlich. Dennoch stoßen insolvenzrechtliche Abwicklungsentscheidungen in einer solchen Umbruchlage an ihre Leistungsgrenzen. Strukturpolitische Entscheidungen über den Einsatz öffentlicher Mittel oder den Erhalt von Arbeitsplätzen müssen außerhalb des Insolvenzverfahrens getroffen werden.

YONSEI LAW JOURNAL

VOL. 6 NOS. 1 & 2, NOVEMBER 2015

SPECIAL LECTURE

FROM GOSPEL TO LAW: THE LUTHERAN REFORMATION AND ITS IMPACT ON LEGAL CULTURE*

John Witte, Jr.**

The Lutheran Reformation transformed not only theology and the church, but also law and the state. Despite Luther's burning of the canon law books and his berating of lawyers as bad Christians, he soon realized that he needed both law and the legal profession to preserve his theological reforms, and to extend them into the realms of marriage, education, social welfare, and more. Luther and his colleagues ultimately reconciled the new dialectics between Gospel and Law, church and state, and spiritual life and temporal life through Luther's complex two-kingdoms theory, which remains at the heart of Lutheran thought to this day. They ultimately synthesized their reforms in hundreds of new confessions, catechisms, creeds, and church ordinances that still help to shape the laws and policies of Lutheran churches and states to this day.

* On May 8, 2015, Yonsei Law School hosted an international colloquium where Prof. John Witte, Jr. of Emory Law School gave a special lecture based on his book, *LAW AND PROTESTANTISM: THE LEGAL TEACHINGS OF THE LUTHERAN REFORMATION* (Cambridge University Press, 2002). His speech was followed by commentaries from four learned discussants: Dean Eric G. Enlow of Handong International Law School, Prof. Hyung-cheol Jang of Induk University, Prof. Jonathan Yong-sung Kang of Yonsei Law School, and Prof. Eulo Seo of Ewha Law School. Yonsei Law Journal is grateful to Prof. Witte for his permission to publish the text of his lecture in these pages, and to the discussants and audience of the colloquium for the enriching and enlightening exchange that ensued Prof. Witte's riveting lecture.

** The Robert W. Woodruff Professor of Law, the Alonzo L. McDonald Distinguished Professor, and Director of the Center for the Study of Law and Religion at Emory University in Atlanta, GA, U.S.A.

I. DECONSTRUCTION OF LAW

On December 10, 1520, Martin Luther burned the canon law books of the Catholic Church. A large group of students and colleagues gathered in Wittenberg for the book burning. Consigned to the flames were Gratian's *Decretum* of 1140 and four thick books of later papal laws. Also cast into the fire were a standard confessional book and several tomes on Catholic sacramental theology. "This might as well go, too," Luther muttered as he threw into the fire the papal bull that threatened his excommunication for heresy. Luther would later write of his canonical bonfire: "I am more pleased with this than any other action in my life."

If there were a single event that signaled Luther's permanent break with Rome, this was the event. Three years before, on October 31, 1517, Luther had posted his *Ninety-Five Theses*. There, he had attacked the Church's crass commercialization of salvation through the sale of indulgences. There, he had ridiculed the sales pitch of the faith peddlers: "The moment your coin clinks in the bottom of my chest, the soul of your loved one will fly to heavenly rest." In several publications and debates in the next year Luther had challenged the biblical integrity of the Church's theology of salvation and the sacraments. In October, 1518, Luther had appeared before the Pope's representative, Cardinal Cajetan, but refused to recant his views. In July, 1519, Luther had engaged in a sensational public debate at the University of Leipzig with Catholic übertheologian Johann Eck.

By then, however, Pope Leo X had issued his bull of excommunication: "Arise, O Lord, a wild boar has invaded your Vineyard," the bull began. It went on to condemn the piggish Martin Luther and his teachings as "heretical," "scandalous," "offensive," "seductive," and "repugnant to Catholic truth." The pope's bull had given Luther sixty days after receipt to recant, repent, and return quietly to the Catholic fold. December 10, 1520 was the sixtieth day. On that day, Luther had his bonfire in Wittenberg, burning his last bridge with Rome.

Luther based his attack on a radical new theology of freedom – freedom of the church from the tyranny of the pope, freedom of the laity from the hegemony of the clergy, freedom of the conscience from the strictures of canon law. "Freedom of the Christian" was the rallying cry of the early Lutheran Reformation. It drove theologians and jurists, clergy and laity, princes and

peasants alike to denounce the church's legal strictures and structures with unprecedented alacrity. "One by one, the structures of the church were thrust into the glaring light of the Word of God and forced to show their true colors."

Few church structures survived this scrutiny in the heady days of the 1520s. The church's canon law books were burned. Church courts were closed. Monasteries were confiscated. Benefices were dissolved. Church properties were seized. Clerical privileges were stripped. Mendicant begging was banned. Mandatory celibacy was suspended. Indulgence trafficking was condemned. Taxes to Rome were outlawed. Ties to the pope were severed. The German people were now to live by the pure light of the Word of God and the simple law of the local community.

Though such attacks built on two centuries of reformist agitation in the West, it was especially Luther's theological teachings that ignited this movement in Germany. Salvation comes through faith in the Gospel, Luther taught, not through works of the Law. All persons stand directly before God; they are not dependent upon clerics for divine mediation. All believers are priests to their peers; they are not divided into a higher clergy and lower laity. All persons are called by God to serve in vocations; clerics are not the only ones with a Christian calling. The church is a communion of saints, not a corporation of law. The consciences of its members are guided by the Bible, not governed by traditions. The church is called to serve society in love, not to rule it by law. Law is the province of the magistrate, not the prerogative of the cleric.

When put in such raw and radical terms, these theological doctrines such as justification by faith, the priesthood of believers, Law and Gospel, and others were highly volatile compounds. When sparked by Luther's pugnacious rhetoric and relentless publications, they set off a whole series of explosive reforms in various parts of Germany.

In these early years, Luther's attack on the Church's canon law and clerical authority sometimes broadened into an attack on human law and human authority altogether. "Neither pope nor bishop nor any other man has the right to impose a single syllable of law upon a Christian man without his consent," Luther wrote famously in 1520. The Bible contains all the law that is needed for proper Christian living. To subtract from the law of the Bible is blasphemy. To add to the law of the Bible is tyranny. "Wise rulers, side by side with Holy Scripture, are law enough," Luther wrote.

When jurists of the day objected that such radical biblicism was itself a recipe for blasphemy and tyranny, Luther turned on them harshly. "Jurists are bad Christians," he declared. "Every lawyer is an enemy of Christ." "Of the Gospel, law professors know nothing." When the jurists persisted in their criticisms, Luther turned on them with vulgar anger: "A jurist should not speak until he hears a pig fart" for only then will his words have a proper atmosphere to be savored. And more scatological still, Luther thundered: "I shit on the law of the pope, on the law of the emperor, and now on the law of the jurists as well."

The rapid deconstruction of law, politics, and society that followed upon such shrill rhetoric plunged Germany into an acute crisis in the 1520s and 1530s. Luther had drawn too sharp a contrast between freedom and order within the church. Young Lutheran churches and clerics were treating their new liberty as license for all manner of doctrinal and liturgical experimentation and laxness. Widespread confusion reigned over preaching, prayers, and pastoral duties. Church attendance, tithe payments, and charitable offerings declined abruptly among many who took literally Luther's new teachings of free grace. Many radical social experiments were engineered out of Luther's doctrines of the priesthood of believers and justification by faith. It was like Woodstock and the hippie days of the 1960s four centuries too early.

Moreover, Luther had driven too deep a wedge between the canon law and the civil law. Many subjects traditionally governed by the church's canon law remained without effective legal guidance. The vast church properties that local magistrates had confiscated were disappearing rapidly into private coffers. Drunkenness, usury, and vagabondage reached new heights. Crime, delinquency, and mendicancy soared. Schools, charities, and hospitals closed down. Marriage, divorce, and inheritance became hopelessly confused. Widows, orphans, and the poor were dying in the streets. All these subjects and many more, the Catholic canon law and church institutions had governed in detail for many centuries in Germany. The new Protestant civil law, where it existed at all, was too primitive to address these subjects properly.

In response, the Lutheran reformation of theology and the church quickly broadened into a reformation of law and the state as well. Deconstruction of the canon law for the sake of the Gospel gave way to reconstruction of the civil law on the strength

of the Gospel. Castigation of Catholic clerics as self-serving overlords gave way to cultivation of Protestant magistrates as fathers of the community called to govern on God's behalf. Old rivalries between theologians and jurists gave way to new alliances, especially in the new Lutheran universities.

In the 1530s and thereafter, Lutheran theologians began to pay much closer attention to the legal, political, and social implications of their new teachings. They joined Lutheran jurists to craft ambitious legal reforms of church, state, and society. These legal reforms were defined and defended in hundreds of new writings published by Lutheran theologians and jurists from the 1530s to 1560s. They were refined and routinized in hundreds of new reformation ordinances promulgated by German cities, duchies, and territories that converted to the Lutheran cause.

Critics of the day, and ever since, have criticized this legal turn of the Reformation as a corruption of the original Lutheran message. For some, it was a bitter betrayal of the new freedom and equality that Luther had promised. For others, it was a distortion of Luther's fundamental reforms of theology and church life. For still others, it was a simple reversion to Catholic canonical norms dressed in new theological forms.

Whatever the merits of such criticisms in Luther's day, it was the combination of theological and legal reforms that rendered the Lutheran Reformation so resolute and resilient. The reality was that Luther and the theologians needed the law and the jurists, however much they scorned them initially. It was one thing to deconstruct the framework of medieval Catholic law, politics, and society with a sharp theological sword. It was quite another thing to reconstruct a new Lutheran framework of law, politics, and society with only this theological sword in hand. Luther learned this lesson the hard way in the crisis years of the 1520s and 30s, and it almost destroyed his movement. He quickly came to realize that law was not just a necessary evil but an essential blessing in this earthly life.

It was thus both natural and necessary for the Lutheran Reformation to move from theology to law. Radical theological reforms had made possible fundamental legal reforms. Fundamental legal reforms, in turn, would make permanent radical theological reforms. The Lutheran Reformation became in its essence both a theological and a legal reform movement. It struck new balances between law and Gospel, order and faith, structure and spirit. And it offered new theories and laws of church and

state, marriage, and education that have become a permanent legacy of the Western tradition.

II. RECONSTRUCTION OF LAW AND LEGAL AUTHORITY

A. Church and State in the Two Kingdoms

The starting point for this combined theological and legal movement was Luther's complex theory of the two kingdoms. This theory came together in Luther's mind in the later 1520s and 1530s and became a dominant gene in the genetic code of Lutheran theology and jurisprudence thereafter. God has ordained two kingdoms or realms in which humanity is destined to live, Luther argued, the earthly kingdom and the heavenly kingdom. The earthly kingdom is the realm of creation, of natural and civil life, where a person operates primarily by reason and law. The heavenly kingdom is the realm of redemption, of spiritual and eternal life, where a person operates primarily by faith and love. These two kingdoms embrace parallel heavenly and earthly, spiritual and temporal forms of righteousness and justice, government and order, truth and knowledge. But these two kingdoms ultimately remain distinct. The earthly kingdom is distorted by sin and governed by the Law. The heavenly kingdom is renewed by grace and guided by the Gospel. A Christian is a citizen of both kingdoms at once and invariably comes under the distinctive government of each. As a heavenly citizen, the Christian remains free in his or her conscience, called to live fully by the light of the word alone. But as an earthly citizen, the Christian is bound by law, and called to obey the natural orders and offices that God has ordained for the governance of this earthly kingdom.

Luther's two-kingdoms theory was a rejection of traditional hierarchical theories of being, society, and authority. For centuries, the Catholic Church had taught that God's creation was hierarchical in structure – a vast chain of being emanating from God and descending through various levels and layers of reality. In this great chain of being, each creature found its place and its purpose, and each human society found its natural order and hierarchy. It was thus simply the nature of things that some persons and institutions were higher on this chain of being, some

lower. It was the nature of things that some were closer and had more ready access to God, and some were further away and in need of greater mediation in their relationship with God. This chain of being theory, which some of you will recognize in Dante's *Divine Comedy*, was one basis for traditional Catholic arguments for the superiority of the pope to the emperor, of the clergy to the laity, of the canon law to the civil law, of the church to the state.

Luther's two-kingdoms theory turned this traditional ontology onto its side. By distinguishing the two kingdoms, Luther highlighted the radical separation between the Creator and the creation, and between God and humanity. For Luther, the fall into sin destroyed the original continuity and communion between the Creator and the creation, the organic tie between the heavenly kingdom and the earthly kingdom. God is present in the heavenly kingdom, and is revealed in the earthly kingdom mainly through "masks." Persons are born into the earthly kingdom, and have access to the heavenly kingdom only through faith.

Luther did not deny the traditional view that the earthly kingdom retained its natural order, despite the fall into sin. There remained, in effect, a chain of being, an order of creation, that gave each human being and institution its proper place and purpose in this life. But, for Luther, this chain of being was horizontal, not hierarchical. Before God, all persons and all institutions in the earthly kingdom were by nature equal. Luther's earthly kingdom was a flat regime, a horizontal realm of being, with no person and no institution obstructed or mediated by any other in relationship to and accountability before God.

Luther's two-kingdoms theory also turned the traditional hierarchical theory of human society onto its side. For centuries, the Catholic Church had taught that the clergy were called to a higher spiritual service in the realm of grace, the laity to lower temporal service in the realm of nature. The clergy were accordingly exempt from many earthly obligations and foreclosed from many natural activities, such as marriage, warfare, or taxes.

For Luther, clergy and laity were both part of the earthly kingdom, and were both equal before God and before all others. Luther's doctrine of the priesthood of all believers at once "laicized" the clergy and "clericized" the laity. Luther treated the traditional clerical office of preaching and teaching as just one other vocation alongside many others that a conscientious Christian could properly and freely pursue in this life. He treated

all traditional lay offices as forms of divine calling and priestly vocation, each providing unique opportunities for service to God, neighbor, and self. Preachers and teachers of the church, he insisted, must carry their share of civic duties, pay their share of civil taxes, and participate in their share of earthly activities just like everyone else.

And finally Luther's two-kingdoms theory also turned the traditional hierarchical theory of authority onto its side. Luther rejected the medieval two swords theory that regarded the cleric and the canon law to be naturally superior to the magistrate and the civil law. In Luther's view, God has ordained three basic forms and forums of authority for governance of the earthly life: the domestic, ecclesiastical, and political authorities, or, in modern terms, the family, the church, and the state. All three of these natural offices were ordained at creation. All three of these authorities represented different dimensions of God's presence and authority in the earthly kingdom. All three stood equal before God and before each other in discharging their natural callings. All three were needed to resist the power of sin and the Devil in the earthly kingdom.

Of these three estates, said Luther, only the state has formal *legal* authority – the authority of the sword to pass and enforce human laws for the governance of the earthly kingdom. The church is not a law-making authority. It has no sword. It has no business involving itself in daily legal and political life. The church must remain “separate and distinct” from the state in its makeup, ministry, and mission. Indeed, said Luther quoting Ephesians 2:14, there must be a “wall of separation between church and state.”

Luther was more concerned with the function than with the form of the state. Every magistrate, he wrote – from the highest king to the pettiest judge – is God's vice-regent in the earthly kingdom, called to elaborate and enforce God's Word and will, to reflect God's justice and mercy on earthly citizens. The magistracy is, in this sense, “an image, shadow, and figure of the dominion of Christ” on earth.

Every magistrate is also God's instrument of judgment and wrath against human sin. “Princes and magistrates are the bows and arrows of God,” Luther wrote, licensed to hunt down God's enemies. The hand of the Christian magistrate, judge, or soldier “that wields the sword and slays in a just cause is not man's hand, but God's. All these are God's works and judgments.”

And every magistrate, Luther wrote, is the “father of the community.” The magistrate is called to care for his political subjects as if they are his children, and his political subjects are to “honor” him as if he is their parent. Like a loving father, the magistrate must keep the peace and protect his subjects in their persons, properties, and reputations. He must deter his subjects from abusing themselves through drunkenness, sumptuousness, prostitution, gambling, and other vices. He must maintain his subjects through the community chest, the public almshouse, the public hospital. He must educate them through the public school, the public library, the public lectern. He must see to their spiritual needs by supporting the ministry of the locally established church, and encouraging their attendance and participation through the laws of Sabbath observance, tithing, and holy days. And he must set an example of virtue and piety in his own home and private life for his faithful subjects to emulate.

These metaphors of the Christian magistrate – as the lofty vice-regent of God and as the loving father of the community – described the basics of Lutheran political theory for the next three centuries. For Luther, the state is divine in origin, but earthly in operation. It expresses God’s harsh judgment against sin but also his tender mercy for sinners. It communicates the Law of God but also the lore of the local community. The state depends upon the church for prophetic direction but removes from the church all jurisdiction. Either metaphor standing alone could be a recipe for abusive tyranny or officious paternalism. But both metaphors together provided Luther and his followers with the core ingredients of a robust Christian republicanism and budding Christian welfare state.

B. Marriage and Education

Luther and his followers worked to reform not only church and state, but also marriage and the family, the third of his three natural estates. Prior to the sixteenth century, marriage was regarded as a sacrament of the Church. It was formed by the mutual consent of a fit man and a fit woman in good religious standing. It symbolized the enduring union of Christ and His Church, and conferred sanctifying grace upon the couple and their children. The parties could form this union in private, but once properly formed it was an indissoluble bond broken only by the death of one of the parties.

As a sacrament, marriage was subject to the jurisdiction of the medieval Church. A complex network of canon laws governed sex, marriage, and family life in detail from abortion to euthanasia. The Church did not regard the family as its most exalted estate, however. Though a sacrament and a sound way of Christian living, marriage and family life were not considered to be spiritually edifying. Marriage was a remedy for sin, not a recipe for righteousness. Marriage was considered subordinate to celibacy. Clerics and monastics were required to forgo marriage as a condition for ecclesiastical service. Those who could not were not worthy of the church's holy orders and offices.

Lutheran theologians treated marriage not as a sacrament of the heavenly kingdom, but as a social estate of the earthly kingdom. Marriage, they taught, was a natural institution that served the goods of mutual love and support of husband and wife, mutual procreation and nurture of children, and mutual protection of both spouses from sexual sin. All adult persons, preachers and others alike, should pursue the calling of marriage, for all were in need of the comforts of marital love and of the protection from sexual sin.

Moreover, the marital household served as a model of authority, charity, and pedagogy in the earthly kingdom and as a vital instrument for the reform of church, state, and civil society. Parents served as "bishops" to their children. Siblings served as priests to each other. The household altogether was a source of evangelical and charitable impulses in society.

Though divinely created and spiritually edifying, however, marriage remained a social estate of the earthly kingdom. All parties could partake of this institution, regardless of their faith or lack of it. Though guided by biblical norms and clerical counseling, marriage and family life were subject to the rule of the state, not the church. Civil magistrates were to set the laws for marriage formation, maintenance, and dissolution; child custody, care, and control; family property, inheritance, and commerce, and more.

Lutheran magistrates rapidly translated this new Protestant gospel of marriage into civil law. They passed new civil marriage laws that shifted marital jurisdiction from the church to the state. They strongly encouraged the marriage of clergy, discouraged celibacy, and prohibited monasticism. They denied the sacramentality of marriage and the religious tests and spiritual impediments traditionally imposed on prospective marital couples.

They simplified the doctrine of consent to betrothal and marriage, and required the participation of parents, peers, priests, and political officials in the process of marriage formation and dissolution. They sharply curtailed the number of impediments to marriage. And they introduced absolute divorce on proof of adultery, desertion, and other faults, with a subsequent right to remarriage at least for the innocent party.

The Lutheran reformers soon extended their reforms to schools, which Luther called little churches, little states, and little families at once. Prior to the sixteenth century, schools were dominated by the church. The medieval church had established a refined system of religious education for Germany and beyond. Cathedrals, monasteries, chantries, ecclesiastical guilds, and large parishes offered the principal forms of lower education, governed by general and local canon law rules of the Church. Gifted graduates were sent on to Church-licensed universities for advanced training in the core faculties of law, theology, and medicine. The vast majority of students, however, were trained for clerical and other forms of service in the Church.

The Lutheran Reformation transformed this church-based school system into a new system of public schools that allowed each youngster to prepare for his or her own distinctive Christian calling. In the reformers' view, the magistrate, as "father of the community," was primarily responsible for the schooling of his political children. Education was to be mandatory for boys and girls alike. It was to be fiscally and physically accessible to all. It was to be marked by both formal classroom instruction and civic education through community libraries, lectures, and other media. The curriculum was to combine biblical and evangelical values with humanistic and vocational training. Students were to be stratified into different classes, according to age and ability, and slowly selected for any number of vocations. The public school was to be, in Philip Melanchthon's famous phrase, the civic seminary of the commonwealth designed to combine deep faith and deep learning.

As the Reformation unfolded in Germany, the local Protestant magistrate replaced the local Catholic bishop as the chief protector and cultivator of the public school and university. The state's civil law replaced the church's canon law as the chief law governing education. The Bible replaced the scholastic text as the chief handbook of the curriculum. German replaced Latin as the universal tongue of the educated classes in Germany. The

general callings of all Christians replaced the special calling of the clergy as the essence of education.

III. THE CULTURAL AND LEGAL LEGACY OF THE LUTHERAN REFORMATION

Nearly half a millennium after it first broke out in the little town of Wittenberg, the Lutheran Reformation still has a shaping influence on Western theology, law, and culture. It is worth recounting the familiar but fundamental changes to German spiritual life born of the Reformation. The Lutheran Reformation radically resystematized dogma. It truncated the sacraments. It revamped spiritual symbolism. It vernacularized the Bible and the worship service. It transformed corporate worship and congregational music. It gave new emphasis to the pulpit and the sermon. It expanded catechesis and religious instruction. It truncated clerical privileges and church properties. It dissolved ecclesiastical foundations and endowments. It outlawed pilgrimages and the cult of religious artifacts. It rejected the veneration of non-biblical saints and the cult of the dead. It outlawed the payment of indulgences and mortuaries. It discouraged religious pilgrimages. It reduced the number of holy days. It lightened spiritual rules of diet and dress. It reformed ecclesiastical discipline and church administration, and much more. A leaner, cleaner, more participatory, and more egalitarian church emerged as a consequence.

This theological transformation is one of Germany's greatest legacies to the world. Lutheran and other churches around the world still hold firmly to many of the cardinal theological teachings of the Lutheran Reformation – justification by faith alone, the Bible alone, the priesthood of all believers, Law and Gospel, sinner and saint. The great Lutheran catechisms, confessions, and creeds forged in the Reformation era ring with as much power for Christians today as they did for Lutherans in 1520s and 30s. The majestic hymns that Luther crafted still lift the rafters of many modern Protestant worship services. The art and woodcuts that Luther inspired still bring gasps to many modern museum visitors. The Lutheran masterpieces of Johann Sebastian Bach and his sons are preludes to the music of heaven. The timeless language and phrases of Luther's German Bible and German Mass captures the imagination of a modern German as

much as the magisterial language of the King James Bible and the *Book of Common Prayer* captures the imagination of a modern reader of English literature.

A good deal of our modern Western law and politics still bears the unmistakable marks of Lutheran Reformation theology. Today, in every Western legal system and well beyond, we protect the freedom of conscience for which Luther risked his life. And we have placed his original understandings of religious freedom, human dignity, liberty, and equality, at the cornerstones of our constitutional orders.

Today, in most Western legal systems, marriage is still viewed as both a civil and a spiritual institution, as Luther taught, whose formation and dissolution require special legal procedures. Parents must still consent to the marriages of their minor children. Peers must still attest to the veracity of the marital oath. Pastors or political officials must still confirm the marital union, if not consecrate it. Divorce and annulment still require a special public proceeding before a tribunal, with proof of support for dependent spouses and children.

Today, in most Western legal systems, basic education remains a fundamental right of the citizen to procure and a fundamental duty of the state to provide. Literacy and learning are still considered a prerequisite for individual flourishing and communal participation. Society still places a heavy burden on those who shirk education voluntarily. The state is still considered to be the essential monitor of civil education, which task it discharges directly through its own public or common schools or indirectly through its accreditation and supervision of private schools.

Today, in most Western legal systems, care for the poor and needy remains an essential office of the state and an essential calling of the citizen. The rise of the modern Western welfare state over the past century is in no small measure a new institutional expression of the Lutheran ideal of the magistrate as the father of the community called to care for all his political children. The concurrent rise of the modern philanthropic citizen is in no small measure a modern institutional expression of Luther's ideal of the priesthood of all believers, each called to give loving service to neighbors. Sixteenth-century Lutherans and twenty-first century Westerners seem to share the assumption that the state has a role to play not only in fighting wars, punishing crime, and keeping peace, but also in providing education and welfare, fostering

charity and morality, facilitating worship and piety. They also seem to share the assumption that law has not only a basic use of coercing citizens to accept a morality of duty but also a higher use of inducing citizens to pursue a morality of aspiration.

A good deal of our modern Western struggle with law, however, is also part of the legal legacy of the Lutheran Reformation. For example, the Lutheran reformers removed the church as the spiritual ruler of Germany in expression of their founding ideals of religious liberty. But they ultimately anointed the state as the new spiritual ruler of Germany in expression of their new doctrines of Christian republicanism. Ever since, Germany and other Protestant nations have been locked in a bitter legal struggle to eradicate state establishments of religion and to guarantee religious freedom for all.

The Lutheran reformers removed the pope as a rapacious tyrant who, in their view, impugned the Christian conscience, fleeced the sheep of Christendom, and reduced the German people to quivering obedience for fear of their eternal life. But the reformers ultimately anointed the prince as the new vice-regent of God on earth, with too few constitutional safeguards against his tyrannical excesses and too few intellectual resources to support civil disobedience, let alone political rebellion.

The Lutheran reformers removed clerics as mediators between God and the laity, in expression of St. Peter's teaching of the priesthood of all believers. But they ultimately interposed husbands between God and their wives, in expression of St. Paul's teaching of male headship within the home. The Lutheran reformers outlawed monasteries and cloisters. But these reforms also ended the vocations of many single women, placing a new premium on the vocation of marriage. Ever since, Protestant women have been locked in a bitter legal struggle to gain fundamental equality both within the marital household and without – a struggle that has still not ended in more conservative Protestant communities today.

Luther's legal legacy therefore should be neither unduly romanticized nor unduly condemned. Those who champion Luther as the father of liberty, equality, and fraternity might do well to remember his ample penchant for elitism, statism, and chauvinism. Those who see the reformers only as belligerent allies of repression and abuse should recognize that they were also benevolent agents of education and welfare. Prone as he was to dialectic reasoning, and aware as he was of the inherent virtues

and vices of human achievements, Luther would likely have reached a comparable assessment.

Such circumspection becomes doubly imperative in drawing connections between sixteenth-century Lutheranism and twentieth-century Nazism. It is, of course, tempting to follow many modern critics who draw direct and easy lines from Luther to Hitler, from Luther's horrible 1543 sermon *On The Jews and Their Lies* to Hitler's horrible slaughter of the Jews in the ghettos and the death camps. Such unfathomable tragedies as the Holocaust demand villains to become a bit understandable, and so giant a German personality as Luther is a natural and easy target to single out.

But we need remind ourselves of elementary facts and elementary law before drawing this indictment. The elementary facts are that Luther's late-life railings against the Jews were quite in contrast to his earlier solicitude for the Jews, and quite in keeping with a millennium and more of vicious anti-Judaism and antisemitism in the Christian tradition. Luther certainly added his ample share of vitriol to this Christian tradition of antisemitism, and for that he deserves ample condemnation – doubly so, given that he knew his words would inspire his followers. But Luther's words were not as harsh as those of many other Protestant, Catholic, and Orthodox Christians before and after him who condemned the Jews and called for all manner of savage abuses against them. And Luther did not act on his words in a way that many Christians before him had done and after him would do in their many brutal campaigns of persecution, ghettoization, pogromization, ostracism, and plain slaughter of the Jews.

To indict Luther for the horrors of the Holocaust is not only to strain elementary facts but also to strain elementary law. The statutory period on homicide in most Western jurisdictions is no more than three years, usually only a year and a day. However diabolical a defendant's actions, he or she can be indicted for homicide only if the victim dies of those actions within the statutory period. This rule sometimes produces outrageous decisions at the margins – when victims die after the statutory period has expired, or when defendants glory in their escape from liability by the mere accident of chronology. But the point of a statutory period is for a community to have closure. Nearly four hundred years elapsed between Luther's horrible sermon and the Nazis' horrible actions.

Moreover, an indictment for homicide depends upon proof of a clear causal chain between the defendant's culpable action and the victim's ultimate death. The defendant's action must be the cause-in-fact of the victims' deaths – an action without which the deaths would not have occurred. The defendant's conduct must also be the proximate cause of the victims' deaths –close enough in time, space, and foreseeability, without intervening conduct by third parties. It is unquestionable that Luther's late-life railings against the Jews were a link in the chain of causation that ultimately brought on the Holocaust. But it was but one link in a causal chain of many thousands of links, and very far removed in time, space, and foreseeability from the actual horrors of the Holocaust.

I do not pass this judgment lightly. My family suffered massive losses during the Nazi occupation of the Netherlands, and my parents, aunts and uncles still carry deep scars on their bodies, minds, and souls from the savagery, fear and deprivation that were visited on them in those five long years of occupation. Perhaps the statutory period on genocide, unlike that of homicide, should be infinite, not limited. Perhaps long chains of causation should be used to hang in memory, not to exonerate in casuistry, all those Christian hatemongers against the Jews, however distant in time and cause from the actual events of the Holocaust. Perhaps the counsel of emotion is better than the counsel of law to deal with so evil a tragedy. Perhaps so. But for all his rhetorical braggadocio, I think Luther would have been as horrified as any of us to see what the Holocaust had wrought. In the one hundred-plus thick volumes of his writings that we have before us, there is precious little to indicate that he would have condoned diabolical savagery of this proportion.

Luther did know political evil in his day, albeit nothing on the scale of the Holocaust. Indeed, it was in response to that evil that he crafted his greatest hymn, "A Mighty Fortress is our God." His words in this hymn capture many of the cardinal convictions at the core of his dialectical theology: the contrasts between Satan and Christ, body and soul, works and faith, folly and truth, despair and hope, death and life, the mortality of the earthly kingdom and the eternity of the heavenly kingdom. They also capture Luther's abiding faith that God and his Word ultimately remain in charge of both kingdoms, even if the devil and his human minions temporally vie for power in the earthly kingdom. It is perhaps his best offering to respond to some of the failings of his own

Reformation and some of his followers. I will spare you my singing but his poetry at work in this song is moving enough:

*A mighty fortress is our God,
A bulwark never failing;
Our helper He, amidst the flood
Of mortal ills prevailing.
For still our ancient foe
Doth seek to work us woe;
His craft and power are great
And armed with cruel hate
On earth is not his equal.*

*Did we in our own strength confide,
Our striving would be losing;
Were not the right Man on our side,
The Man of God's own choosing.
Just ask who that may be?
Christ Jesus, it is he;
Lord Sabaoth His name,
From age to age the same.
And He must win the battle.*

*And though this world, with devils filled,
Should threaten to undo us,
We will not fear, for God has willed
His truth to triumph through us.
The prince of darkness grim,
We tremble not for him;
His rage we can endure,
For lo! his doom is sure,
One little Word shall fell him.*

*That Word above all earthly powers –
No thanks to them – abideth;
The spirit and the gift are ours.
Through him who with us sideth.
Let goods and kindred go.
This mortal life also.
The body they may kill,
God's truth abideth still.
His kingdom is forever.*

YONSEI LAW JOURNAL
Vol. 6 Nos. 1 & 2, November 2015

PUBLISHED BY
Institute for Legal Studies, Yonsei University

ADDRESS
Institute for Legal Studies, Yonsei University
50 Yonsei-ro, Seodaemun-gu, Seoul, Korea 120-749

TELEPHONE
+82-2-2123-6007

PRINTED BY
Bup-Hyun Publications
Seoul, Korea

DATE OF PUBLICATION
November 30, 2015

ISSN 2093-3754

Copyright:
copyright © 2015 by the Institute for Legal Studies of Yonsei University
All published manuscripts become the permanent property of the Institute for Legal Studies, Yonsei University. No portion of this publication may be reprinted without express written permission of the Institute for Legal Studies, Yonsei University.

INSTITUTE FOR LEGAL STUDIES, YONSEI UNIVERSITY