

---

# Globalisierung und kulturelle Gegensätze im gegenwärtigen Rechtsstaat

**Vorträge des 7. Trilateralen deutsch-japanisch-koreanischen  
Seminars  
1. - 3. Oktober 2016  
in Osaka**

**herausgegeben von  
Rudolf Rengier und Rikizo Kuzuhara**

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

---

## Vorwort

Zwischen dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Konstanz und dem College of Law der Hanyang Universität (Seoul) sowie der School of Law der Kansai Universität (Osaka) besteht eine – jüngst wieder bestätigte und erneuerte – Kooperation, innerhalb der seit inzwischen 16 Jahren gemeinsame Seminare durchgeführt werden, und zwar – nach bilateralem Beginn – ab 2005 als trilaterale Seminare. Nach den trilateralen Seminaren 2005, 2008 und 2014 in Seoul, 2010 in Osaka sowie 2006 und 2012 in Konstanz fand das 7. Trilaterale Seminar vom 1. bis 3. Oktober 2016 wieder in Osaka statt.

Die Herausgeber freuen sich, nachdem schon die Vorträge aller bisherigen sechs trilateralen deutsch-japanisch-koreanischen Seminare publiziert worden sind, die Tradition fortzusetzen und hiermit den siebten Band mit den Vorträgen des 7. Trilateralen Seminars vorzulegen.

Das Generalthema „Globalisierung und kulturelle Gegensätze im gegenwärtigen Rechtsstaat“ sollte dazu anregen, die rechtliche Perspektive auf kulturelle Gemeinsamkeiten und Gegensätze im Zeitalter der Globalisierung zu lenken. Die hier versammelten Vorträge decken ein breites rechtliches Spektrum ab und haben ihre Schwerpunkte im Öffentlichen Recht (Seung-Ju Bang, Kay Hailbronner, Noriyuki Asano), im Wirtschaftsrecht (Jochen Glöckner, Rüdiger Wilhelmi, Chadong Kim), im Strafrecht (Rudolf Rengier, Norio Tsujimoto, Andreas Popp, Hirokazu Kawaguchi), sowie im Zivil-, Zivilverfahrens- und Handelsrecht (Chang Soo Yang, Joon Kyu Choi, Hyeong-Kyu Lee, Michael Stürner, Kikuo Nishizawa).

Den Herausgebern ist es erneut ein großes Anliegen, all denjenigen zu danken, die durch ihre ideelle oder finanzielle Unterstützung die Durchführung auch des 6. Trilateralen Seminars ermöglicht haben. Ohne diese Unterstützung wäre es nicht möglich, die Kooperation mit Leben zu erfüllen und die Seminare regelmäßig zu veranstalten. Der Dank gilt insbesondere dem International Office der Universität Konstanz. Auf der japanischen Seite bedanken wir uns ganz herzlich für die finanzielle Unterstützung durch den International Exchange Aid Fund of Kansai-University, wodurch diese Tagung in unentbehrlicher Weise unterstützt und ermöglicht wurde. Unentbehrliche organisatorische Hilfe hat das Büro der Faculty of Law geleistet.

Ein besonderes Dankeschön gebührt schließlich Frau Silvia Lehmann im deutschen Sekretariat, die zum wiederholten Male mit sicherer und bewundernswerter Hand die Vorträge einschließlich aller Grafiken in die vorliegende elektronische Buchform gebracht hat.

Prof. Dr. Rudolf Rengier

Prof. Dr. Rikizo Kuzuhara

Konstanz, im Juni 2017

---

**INHALT**

|                         |  |     |
|-------------------------|--|-----|
| Seung-Ju Bang***        | Ausübung der auswärtigen Gewalt<br>und Gesetzes- bzw.<br>Parlamentsvorbehalt   | 1   |
| Kay Hailbronner*        | Die Bewältigung großer Migrations-<br>bewegungen und kulturelle Konflikte<br>bei der Integration –<br>Deutschland auf dem Weg zum<br>multikulturellen Staat? | 15  |
| Noriyuki<br>Asano**     | Appointment of Judges in India:<br>Debates on the 99th amendment of<br>the Constitution  | 31  |
| Jochen Glöckner*        | Konvergenz der Wirtschaftsrechts-<br>ordnungen bei divergenten<br>rechtskulturellen Grundlagen   | 37  |
| Rüdiger Wilhelmi*       | Grundlinien der Entwicklung des<br>Anlegerschutzes im Kapitalmarkt-<br>recht   | 51  |
| Chadong<br>Kim***       | A Study on the Group Decision<br>Making Rule –<br>One person-one vote and<br>One share-one vote  | 65  |
| Rudolf Rengier*         | Laienrichter im Strafverfahren in<br>Deutschland und in Japan –<br>Geschichte und Gegenwart  | 73  |
| Norio<br>Tsujimoto**    | Kommentar zum Vortrag von Rudolf<br>Rengier  | 83  |
| Andreas Popp*           | <i>Cultural Defense</i> und Allgemeine<br>Verbrechenslehre   | 85  |
| Hirokazu<br>Kawaguchi** | Kommentar zum Vortrag von<br>Andreas Popp  | 101 |

|                   |   |     |
|-------------------|---|-----|
| Chang Soo Yang*** | Die Erfüllungsverweigerung als ein selbstständiger Typ der Vertragsverletzung im koreanischen Recht                     | 107 |
| Joon Kyu Choi***  | Good-will trade in commercial lease contract: recent trend in Korean law  | 115 |
| Hyeong-Kyu Lee*** | Rechtsvergleichende Betrachtungen über die formwechselnde Umwandlung einer Gesellschaft in Korea, Japan und Deutschland | 123 |
| Michael Stürner*  | Der Kampf ums Forum: Menschenrechtsklagen im internationalen Zivilverfahrensrecht                                       | 137 |
| Kikuo Nishizawa** | Security Interest System Reform in Thailand: Focusing on Suretyship Reform  | 155 |

\* Universität Konstanz, Fachbereich Rechtswissenschaft

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

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

# Ausübung der auswärtigen Gewalt und Gesetzes- bzw. Parlamentsvorbehalt

Seung-Ju Bang, Seoul

## I. Vorbemerkung

Neuerdings ist in Korea die verfassungsrechtliche Frage der parlamentarischen Kontrolle der präsidentialen Gewalt und ihrer Grenzen nicht nur auf der politischen Ebene, sondern auch im akademischen Bereich sehr umstritten und wird viel diskutiert. Einige Stichworte seien genannt: Die Möglichkeit einer parlamentarischen Forderung nach Änderung der Rechtsverordnung gegenüber dem zuständigen Minister<sup>1</sup>; die Einführung des Systems staatlich verordneter Geschichtslehrbücher; die Vereinbarung zwischen dem koreanischen und dem japanischen Außenminister über das Problem der sog. "Comfort Women", d.h. von koreanischen Frauen, die von der Kaiserlich Japanischen Armee im 2. Weltkrieg als Sex-Sklavinnen genommen wurden; die Schließung des Industriekomplexes Kaesong, der zum Zweck der wirtschaftlichen Kooperation zwischen Süd- und Nordkorea eingerichtet worden war; schließlich erst kürzlich der Beschluss über die sehr umstrittene Stationierung des Raketenabwehrsystems THAAD<sup>2</sup> in Seongju in Südkorea.

Die meisten der oben genannten Fragen beziehen sich auf die Rechtsfiguren des Gesetzes- und Parlamentsvorbehalts, die in den verfassungsrechtlichen Prinzipien des Rechtsstaates und der Demokratie verwurzelt sind. Dabei stellt sich das Problem, auf welcher gesetzlichen Grundlage die ehemalige Präsidentin Park Geun Hye<sup>3</sup> solche Maßnahmen vorgenommen hat, und ob solche Maßnahmen oder Vereinbarungen parlamentarischer Zustimmung bedürfen.

---

<sup>1</sup> Hier ging es um das Thema, ob der parlamentarische Gesetzgeber oder sein betroffener zuständiger Ausschuss vom zuständigen Minister der Regierung eine Änderung von Ausführungsnormen (wie präsidentialer oder ministerialer Rechtsverordnungen) der Verwaltung, die gemäß Art. 75 oder 95 der Koreanischen Verfassung vom parlamentarischen Gesetzgeber zur Normensetzung ermächtigt wurde, fordern oder erbitten kann. Nachdem der eine solche Forderung ermöglichende Entwurf des Änderungsgesetzes über das Parlament durch das Parlament verabschiedet und der Entwurf an die ehemalige Präsidentin Park Geun Hye weitergeleitet worden war, hat sie ihr Veto gegenüber diesem Entwurf ausgeübt und ihn an das Parlament zurückgereicht. Das Parlament hat diesen Gesetzesentwurf jedoch nicht erneut beraten; deshalb ist dieser Entwurf mit Ablauf der 19. Legislaturperiode hinfällig.

<sup>2</sup> Abgekürzt von "Terminal High Altitude Area Defense"

<sup>3</sup> Die Präsidentin Park Geun Hye ist fast ein Jahr vor dem Ende ihrer Amtszeit am 10. März 2017 um 11:21 entlassen worden, weil das Verfassungsgericht den vom Parlament erhobenen Antrag der Präsidentenanklage vom 9. Dezember 2016 (Aktenzeichen: 2016hunna1) am 10. März 2017 stattgegeben hat.

Das betrifft vor allem (1) die Vereinbarung der Außenminister Koreas und Japans über die sog. Comfort Women, (2) die Schließung des Industriekomplexes Kaesong in Nordkorea und schließlich (3) die Stationierung des US-Raketenabwehrsystems THAAD in Seongju. All diese drei Themen betreffen auswärtige Angelegenheiten, d.h. die Maßnahmen der Präsidentin oder ihrer Regierung haben eine nicht im Innern begrenzte, sondern eine auswärtige oder mindestens auf die Wiedervereinigung der beiden Koreas bezogene politische Bedeutung und Wirkung.

Nach dem Prinzip des Gesetzesvorbehalts bedürfen alle Akte der vollziehenden Gewalt einer gesetzlichen Grundlage und darf in die Grundrechte der Bürger nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden. Darüber hinaus soll das Parlament nach dem Prinzip des Parlamentsvorbehalts alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen und darf sie nicht der vollziehenden Gewalt übertragen.

Im Lichte des Gesetzes- und Parlamentsvorbehalts, die aus dem deutschen Rechtssystem stammen und die koreanische Verfassungsrechtswissenschaft und Rechtsprechung vielfältig beeinflusst haben, stellt sich die Frage, welche verfassungsrechtlichen Grundlagen die Prinzipien haben, und ob der Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt auch im Bereich der auswärtigen Gewalt des Präsidenten, also sozusagen im hoch politischen Regierungsbereich anwendbar sind.

In meinem Vortrag möchte ich zunächst die verfassungsrechtlichen Grundlagen der auswärtigen Gewalt und des Gesetzes- und Parlamentsvorbehalts erörtern (II.) und danach auf die Anwendbarkeit des Gesetzes- und Parlamentsvorbehalts im Bereich der auswärtigen Gewalt<sup>4</sup> und die Grenzen eingehen (III.), bevor schließlich die genannten drei Konstellationen ins Blickfeld gerückt werden (IV.).

## **II. Verfassungsrechtliche Grundlagen**

### **1. Kompetenzen des Präsidenten**

Der Begriff der auswärtigen Gewalt selbst ist nicht in der Koreanischen Verfassung zu finden. Jedoch enthält die Verfassung viele auf die auswärtigen Angelegenheiten oder Beziehungen mit dem Ausland bezogene Begriffe.

Der Präsident schließt und ratifiziert die völkerrechtlichen Verträge und akkreditiert, empfängt oder entsendet die Botschafter, erklärt den Krieg und schließt Frieden (Art. 73 Verfassung der Republik Korea, im Folgenden: "KV"). Die Kriegserklärung, der Friedensschluss, die sonstige wichtige auswärtige Politik und die wichtigen militärischen Angelegenheiten bedürfen der Beratung im Regierungsrat (Art. 89 Nr. 2, 6 KV), dessen Mitglieder über die in die Zuständigkeit der Regierung fallenden politischen Angelegenheiten beraten und dessen Vorsitzender der Präsident und dessen Vizevorsitzender der Premierminister ist (Art. 88 Abs. 1, 3 KV). Gemäß Art. 91 Abs. 1 KV wird ein

---

<sup>4</sup> Zur rechtsvergleichenden Diskussion über die Kontrolle der auswärtigen Gewalt in Deutschland, der Schweiz und Österreich vgl. Kay Hailbronner, Rüdiger Wolfrum, Luzius Wildhaber, Theo Öhlinger, Kontrolle der auswärtigen Gewalt, VVDStRL 56, Berlin/New York 1997.

Staatssicherheitsrat errichtet, der den Präsidenten vor der Beratung im Regierungsrat in Fragen der auswärtigen, militärischen und inneren Politik berät.

Außerdem richtet sich die Republik Korea auf die Wiedervereinigung aus und verfolgt und betreibt eine auf der freiheitlich demokratischen Grundordnung basierende, friedliche Politik der Wiedervereinigung (Art. 3 KV). Der Präsident ist verpflichtet, die friedliche Wiedervereinigung des Vaterlandes aufrichtig anzustreben (Art. 66 Abs. 3 KV, Art. 69 KV). Die Beziehungen zwischen beiden Koreas lassen sich nach der Rechtsprechung des Koreanischen Verfassungsgerichts als nicht völkerrechtliche, sondern spezielle Inter-Se Beziehungen darstellen.<sup>5</sup> Meines Erachtens gehören jedoch diese auf die Wiedervereinigung bezogenen Angelegenheiten zur auswärtigen Gewalt im weiteren Sinne, weil sie Ähnlichkeiten und Gemeinsamkeiten mit den sonstigen völkerrechtlichen Beziehungen zeigen.

## 2. Kompetenzen des Parlaments

Obwohl das Recht, völkerrechtliche Verträge zu schließen und zu ratifizieren sowie eine andere auswärtige, militärische und auf die Wiedervereinigung bezogene Politik zu betreiben, zu den Kompetenzen des Präsidenten gehören, ist diese auswärtige Gewalt nicht als eine ausschließliche, sondern als eine kooperative zwischen dem Präsident und dem Parlament zu verstehen, weil die Verfassung verschiedene Rechte und Kompetenzen des Parlaments vorsieht, die auswärtige Politik des Präsidenten zu kontrollieren und am Abschluss völkerrechtlicher Verträge mitzuwirken. Darüber hinaus haben das Verfassungsgericht und die ordentlichen Gerichte verschiedene Kompetenzen, die Rechtmäßigkeit und Verfassungsmäßigkeit der Ausübung der auswärtigen Gewalt zu überprüfen.

Am wichtigsten ist das Recht des Parlaments, dem Abschluss und der Ratifizierung von mehreren wichtigen Arten völkerrechtlicher Verträge zuzustimmen, die Art. 60 Abs. 1 KV nennt: Verträge, die den gegenseitigen Beistand und die Sicherung der Staatssicherheit betreffen, auf wichtige internationale Organisationen bezogene Verträge, Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsverträge, die Souveränität beschränkende Verträge, Friedensverträge, Verträge, die für den Staat oder die Staatsbürger erhebliche finanzielle Belastungen nach sich ziehen, schließlich auf Gegenstände der Gesetzgebung bezogene Verträge. Daneben hat das Parlament das Zustimmungsrecht auch bei Kriegserklärungen, bei der Entsendung der nationalen Streitkräfte ins Ausland und der Stationierung ausländischer Streitkräfte auf dem Territorium der Republik Korea (Art. 60 Abs. 2 KV).

Darüber hinaus hat das Parlament das Recht, die Staatspolitik zu überwachen oder bestimmte staatspolitische Angelegenheiten zu untersuchen (Art. 61 Abs. 1 KV). Deshalb kann das Parlament durch dieses Überwachungs- und Untersuchungsrecht die Regierung in Bezug auf die auswärtigen Angelegenheiten kontrollieren. Erforderlichenfalls kann das Parlament gemäß Art. 63 Abs. 1 KV dem Präsidenten die Entlassung des Außenministers vorschlagen. Natürlich hat das Parlament das Recht, den ihm von der Regierung

---

<sup>5</sup> Beschluß vom 16. 1. 1997, 89hunma240, VerfGE 9-1, 45, 74-76; Beschluß vom 16. 1. 1996, 92hunba6, VerfGE 9-1, 1, 23.

zugeleiteten Haushaltsentwurf zu beraten und zu bestätigen (Art. 54 Abs. 1 KV).

### **3. Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt**

#### **a) Verfassungsrechtliche Grundlagen des Gesetzesvorbehalts**

Unter dem Gesetzesvorbehalt versteht man, dass alle Akte der staatlichen Gewalt der gesetzlichen Grundlage bedürfen. In die Freiheit und das Eigentum der Staatsbürger darf nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden, das das demokratisch gewählte und legitimierte Parlament verabschiedet hat. In den meisten demokratischen und rechtsstaatlichen Verfassungen ist dieser Gesetzesvorbehalt (oder Vorbehalt des Gesetzes) positiv verankert. Die Verfassung der Republik Korea sieht vor, dass alle Freiheiten und Rechte der Staatsbürger erforderlichenfalls nur im Interesse der Staatssicherheit, der Aufrechterhaltung der Ordnung und des Gemeinwohls durch Gesetz eingeschränkt werden können (Art. 37 Abs. 2 KV). Diese Klausel positiviert diejenige Vorstellung vom allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes, die genau so in Deutschland bekannt ist und viel diskutiert wird. In Korea bezeichnen wir diese Klausel als einen allgemeinen Gesetzesvorbehalt. Gemäß dieser Klausel bedürfen alle grundrechtlichen Eingriffe und Einschränkungen der gesetzlichen Grundlage und sie sollen gleichzeitig durch den legitimen Zweck gemäß dem Verhältnismäßigkeitsprinzip gerechtfertigt sein. Auch die auswärtige Gewalt darf von der Bindungswirkung des allgemeinen Gesetzesvorbehalts und des Verhältnismäßigkeitsprinzips nicht ausgenommen werden, d.h. es bedarf auf alle Fälle einer gesetzlichen Grundlage, wenn die Grundrechte der Staatsbürger durch die Ausübung der auswärtigen Gewalt, und zwar auch durch den Abschluss völkerrechtlicher Verträge, eingeschränkt werden.

Die koreanische Verfassung positiviert den grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt auch im Bereich der Besteuerung. Art. 59 KV sieht nämlich vor, dass Art und Satz der Steuern durch das Gesetz festgesetzt werden. Alle anderen verfassungsrechtlichen Klauseln, die lauten: „ ... werden durch das Gesetz bestimmt“, lassen sich als Konkretisierung des Gesetzesvorbehalts verstehen.

In der Verfassung gibt es noch einen anderen Gesetzesvorbehalt, dem meines Erachtens eine erhebliche Bedeutung bei der Bewertung der Stationierung des US-Raketenabwehrsystems "THAAD" in Südkorea zukommt. Der Art. 74 Abs. 1 KV sieht vor, dass der Präsident nach Maßgabe der Verfassung und des Gesetzes den Oberbefehl über die nationalen Streitkräfte hat. In der koreanischen Verfassung gibt es keine auf die Übertragung der Hoheitsrechte bezogene Klausel, die vergleichbar mit dem Art. 24 Abs. 1 des deutschen Grundgesetzes ist, der lautet, dass der Bund durch Gesetz Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen übertragen kann. Doch im Vertrag zur gemeinsamen Verteidigung zwischen Korea und den USA oder im Vertrag über die Stellung der amerikanischen Soldaten in Korea lassen sich mehr oder weniger Elemente der Übertragung koreanischer Hoheitsrechte auf den US-amerikanischen Oberbefehlshaber erkennen. Wenn man einen Gesetzesvorbehalt als Grundlage für eine solche Übertragung von Hoheitsrechten suchen will, kann man ihn nach meiner Meinung in Art. 74 KV finden. Diese Klausel

weist dem Präsidenten nach Maßgabe der Verfassung und des Gesetzes den Oberbefehl über die nationalen Streitkräfte zu. Deshalb muss der Präsident, wenn er einen solchen Vertrag abschließen will, Hoheitsrechte wie den Oberbefehl über die nationalen Streitkräfte dem amerikanischen Oberbefehlshaber im gewissen Sinne übertragen oder sie einschränken.

Jedenfalls stellt sich die Frage, ob alle die Grundrechte der Staatsbürger beschränkenden oder beeinträchtigenden Maßnahmen in allen Bereichen nur durch das Gesetz im formellen Sinne möglich sind, weil in der koreanischen Verfassung keine ausdrückliche Unterscheidung zwischen "durch Gesetz" und "aufgrund des Gesetzes" wie im deutschen Grundgesetz zu finden ist, sondern nur der Ausdruck "durch Gesetz" im Art. 37 Abs. 2 KV oder sonstwo gebraucht wird.

Aber im modernen sozialen Leistungsstaat ist es kaum vorstellbar, dass der Gesetzgeber im formellen Sinne, d.h. das Parlament alle Gesetze selbst regelt. So sind der Präsident und die Minister gemäß Art. 75 und Art. 95 KV ermächtigt, Rechtsverordnungen in einem vom Gesetz konkret bestimmten Rahmen zu erlassen.

## b) Verfassungsrechtliche Grundlagen des Parlamentsvorbehalts

### aa) Grundrechtsrelevanter Parlamentsvorbehalt

Unter dem Parlamentsvorbehalt versteht man, dass der Gesetzgeber im formellen Sinne alle wesentlichen Entscheidungen selbst trifft. Wir bezeichnen ihn auch als Parlamentsgesetzgebungsprinzip. Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Parlamentsvorbehalts sind Art. 40 KV, der vorsieht, dass die gesetzgebende Gewalt dem Parlament zusteht, und im Prinzip alle anderen oben genannten Klauseln wie Art. 37 Abs. 2 KV und Art. 59 KV, die den Gesetzesvorbehalt ausdrücklich erwähnen.

In diesem Zusammenhang darf man nicht übersehen, dass der Begriff "Gesetz" {"法律(법률)" auf Chinesisch oder Koreanisch} und der Sammelbegriff "Gesetz und Verordnung" {"法令(법령)" auf Chinesisch oder Koreanisch} gleichzeitig in *einer* Klausel der Verfassung *ausdrücklich* verwendet wird (Art. 114 Abs. 6 KV<sup>6</sup>). Wenn der Verfassungsgeber diese beiden Begriffe "Gesetz" und "Gesetz und Verordnung" absichtlich und gleichzeitig in einer Klausel aufführt, dann muss der Begriff "Gesetz" nur einen formellen Sinn haben. Also ist der Begriff "Gesetz" in der koreanischen Verfassung im Prinzip nur im formellen Sinne zu verstehen, weil der Verfassungsgeber daneben den Sammelbegriff "Gesetz und Verordnung" kennt, der mit dem Begriff "Gesetz im materiellen Sinne" vergleichbar ist.

Aber die Schwierigkeit bei meinem Versuch, diese Konsequenz zu ziehen, liegt darin, dass alle Grundrechte in Wirklichkeit nicht bloß durch Gesetz im formellen Sinne, das das Parlament selbst regelt, beschränkt werden können. Vielmehr erweist es sich manchmal in der politischen Wirklichkeit als

<sup>6</sup> Die zentrale Wahlkommission kann die Satzung über die Geschäftsführung der Wahl, die Geschäftsführung der Volksabstimmung, das Geschäft der politischen Parteien im Rahmen von Gesetz und Verordnung regeln und kann die Satzung über die innere Regelung im dem Gesetz nicht widersprechenden Rahmen regeln.

notwendig, die Einzelheiten der Regelung, die ab und zu auch grundrechtsrelevante Inhalte enthalten können, der vollziehenden Gewalt zu übertragen. Aus dieser Notwendigkeit ergibt sich, dass der Begriff des Gesetzes in der koreanischen Verfassung mal im formellen Sinne, mal im materiellen Sinne ausgelegt wird, auch wenn die Verfassung, wie oben gesagt, zwischen "Gesetz" und "Gesetz und Verordnung" ausdrücklich unterschieden hat.

Ein Beispiel: Art. 31 Abs. 6 KV sieht vor, dass grundlegende Angelegenheiten in Bezug auf das Bildungswesen, einschließlich der Schulbildung und der lebenslangen Bildung und ihrer Geschäftsführung sowie der Bildungsfinanzierung und der Stellung der Lehrer, durch Gesetz geregelt werden. Das Gesetz in diesem Satz muss ein formelles Gesetz sein (dieselbe Meinung herrscht in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung vor), weil das Parlament als Gesetzgeber gemäß Art. 40 KV mindestens die grundlegenden Angelegenheiten hinsichtlich des Bildungswesens usw. selbst regeln soll; diese Auslegung entspricht der deutschen Wesentlichkeitstheorie, die inzwischen auch in Korea aufgenommen worden ist. Demgegenüber wird der Begriff des Gesetzes im Absatz 2 des Art. 31 KV, wonach alle Staatsbürger verpflichtet sind, ihren Kindern die Gelegenheit zu geben, mindestens die Grundschulbildung und die Bildung, die das Gesetz regelt, zu erwerben, nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts zutreffend als Gesetz im materiellen Sinne ausgelegt.

Betrachtet man zusammenfassend alle relevanten verfassungsrechtlichen Grundlagen und die Notwendigkeit, den Begriff "Gesetz" kasuistisch nach dem jeweiligen Zusammenhang auszulegen, muss man davon ausgehen, dass nach der Verfassung der Republik Korea das Parlament als ursprünglicher Gesetzgeber alle wesentlichen und grundlegenden Angelegenheiten im Prinzip durch das hinreichend bestimmte Gesetz selbst regeln soll. Diesen Grundsatz können wir Parlamentsvorbehalt nennen.

#### bb) Parlamentarisches Zustimmungsrecht als ein anderer Parlamentsvorbehalt

Nach Art. 6 KV haben die gemäß der Verfassung abgeschlossenen und verkündeten völkerrechtlichen Verträge und allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts die gleiche Geltungskraft wie das innere Recht. Die völkerrechtlichen Verträge gelten also unmittelbar als inneres koreanisches Recht, ohne gemäß einem bestimmten Verfahren ins innere Recht transformiert werden zu müssen.

Deshalb hat das Zustimmungsrecht des Parlaments gemäß Art. 60 Abs. 1 KV bei Abschluss und Ratifizierung von völkerrechtlichen Verträgen die Bedeutung, dass die Verfassung den Parlamentsvorbehalt auch im normativen Bereich der auswärtigen Beziehungen aufrechterhalten hat.

Darüber hinaus hat das Parlament das Zustimmungsrecht bei der Kriegserklärung, der Entsendung der Nationalen Streitkräfte ins Ausland oder der Stationierung ausländischer Streitkräfte auf dem Territorium der Republik Korea. Diese Klausel lässt sich als eine Art der Konkretisierung des Parlamentsvorbehalts in den auswärtigen und militärischen Angelegenheiten darstellen.

#### 4. Zwischenbilanz

Wenn man den Grundsatz des Gesetzesvorbehalts und Parlamentsvorbehalts, der aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet wird, die verfassungsrechtliche Positivierung dieser Grundsätze, die Kompetenzen des Präsidenten, völkerrechtliche Verträge abzuschließen und zu ratifizieren, die Geltungswirkung der Verträge als inneres Recht (Art. 6 Abs. KV) sowie schließlich das Zustimmungsrecht des Parlaments bei Abschluss und Ratifizierung der Verträge und bei anderen auswärtigen und militärischen sicherheitsrelevanten Angelegenheiten systematisch zusammenfassend auslegt, kann man daraus die Schlussfolgerung ziehen, dass die auswärtige Gewalt – und zwar die Gewalt, die völkerrechtlichen Verträge als Rechtsnorm festzusetzen – keine ausschließliche des Präsidenten oder der Regierung, sondern die gemeinsame Gewalt von Parlament und Regierung bzw. die kooperative Gewalt zwischen Parlament und Regierung ist. Auch vom Gesichtspunkt der Demokratie aus erscheint diese Betrachtung als zutreffend.

In diesem Sinne ist es sehr problematisch, wenn die Regierung beispielsweise die vom Außenminister oder Bevollmächtigten schon ausgehandelten und unterzeichneten völkerrechtlichen Verträge, die das außerordentlich komplexe freie wirtschaftliche Handeln bilateral oder multilateral regeln, dem Parlament erst unmittelbar vor der Ratifizierung zu-leitet und das Parlament unter Zeitdruck bloß mit Ja oder Nein stimmen muss, ohne die Einzelheiten der Verträge, die verschiedene wichtige grundrechtsrelevante Restriktionen zuungunsten der Staatsbürger enthalten können, hinreichend erfassen zu können. In diesem Fall kann das Parlament als Gesetzgeber seine auswärtige Gewalt wie sein Zustimmungsrecht gemäß der Verfassung nicht ernsthaft wahrnehmen und wird zu einem Hände erhebenden Automaten degradiert.

Angesichts dieser Problematik wurden in der früheren Legislaturperiode von den Abgeordneten verschiedene Gesetzesentwürfe vorgelegt, die das Verfahren zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge regeln und die Regierung kontrollieren sollen; aber nur das Gesetz zum Verfahren des Abschlusses und zur Ausführung der Handelsverträge<sup>7</sup> wurde verabschiedet und verkündet.

Die Notwendigkeit, auf sich schnell verändernde internationale Umstände funktionsfähig zu reagieren, soll ein allgemeines, nicht auf Handelsverträge beschränktes Verfahrensgesetz zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge regeln, das nicht erst in der Endphase des Vertragsabschlusses, sondern schon von Anfang an die Regierung verpflichtet, das Parlament in den Verhandlungsprozess einzubeziehen.

---

<sup>7</sup> Gesetzesnummer 11717 gültig ab 23. März 2013.

### **III. Grenzen der Anwendung des Gesetzes- und Parlamentsvorbehalts bei der Ausübung der auswärtigen Gewalt und beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge**

#### **1. Ausnahme vom Gesetzesvorbehalt im Fall eines hochpolitischen Regierungsaktes?**

Man kann argumentieren, dass ein hochpolitischer Regierungsakt des Präsidenten wie die auswärtige Tätigkeit kein Gegenstand des Gesetzesvorbehalts ist.

Meines Erachtens dürfen aber auch die hoch politischen Regierungsakte des Präsidenten und der Regierung nicht von der Anwendung des Gesetzesvorbehalts ausgenommen werden, soweit die Verfassung bestimmt, die auswärtigen Akte nach Maßgabe der Verfassung und der Gesetze wahrzunehmen.

Heutzutage ist es sehr schwierig geworden, zwischen innerer Politik und auswärtigen Angelegenheiten zu unterscheiden, weil die meisten staatspolitisch wichtigen Angelegenheiten wie der Schutz der Menschenrechte, die Anerkennung von Asylbewerbern, der Terrorschutz, die Verteidigung und Staatssicherheit, Wirtschaft und Handel sowie Ökologie und Umwelt zu den nicht auf einen Staat beschränkten, sondern zu den der internationalen Kooperation und Zusammenarbeit mit den Nachbarländern bedürftigen Problemen gehören. Hier lässt sich ein klarer Unterschied zwischen innerstaatlicher und auswärtiger Politik nicht feststellen. Wenn in dieser Situation die hochpolitischen Regierungsakte der Regierung von der Anwendung des Gesetzesvorbehalts ausgenommen würden, blieben die Staatsakte mit Auslandsbezug in einem gesetzesfreien Raum, der von den anderen Gewalten nicht mehr kontrolliert werden kann. Dies wäre auch mit der von der Verfassung gewollten und außerdem im Rechtsstaatsprinzip angelegten Gewaltenteilung nicht vereinbar, wonach das Parlament die Regierung und Verwaltung kontrollieren soll. Im Ergebnis bedarf demnach jede Ausübung der auswärtigen Gewalt gemäß Art. 37 Abs. 2 KV der gesetzlichen Grundlage.

Wenn man grundsätzlich vom Totalvorbehalt ausgeht, stellt sich die Frage, wie man die Situation beurteilen soll, in der die Regierung trotz fehlender gesetzlicher Grundlage sofort und schnell reagieren und angemessene auswärtige Maßnahmen ergreifen muss, weil die Zeit fehlt, eine einschlägige Gesetzgebung abzuwarten.

Hier kann man Rücksicht darauf nehmen, der Effizienz der auswärtigen Tätigkeit halber bei der Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit der auswärtigen Gewalt nicht den gleichen strikten Kontrollmaßstab des Gesetzesvorbehalts wie bei den allgemeinen Verwaltungsakten oder Verwaltungsnormen anzuwenden. Der Unterschied zwischen striktem und milderem Kontrollmaßstab bei der Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von auswärtigen Akten ist vergleichbar mit dem Fall, in dem das Verfassungsgericht<sup>8</sup> einen unterschiedlichen Kontrollmaßstab in Bezug auf die Bestimmtheit der Gesetzgebungsermächtigung anwendet: Gemeint ist der mildere Kontroll-

---

<sup>8</sup> Vgl. Art. 75, 95 KV; Beschluß vom 30. April 1995, 92hunma264, VerfGE 7-1, 564, 572.(Ständige Rechtsprechung)

maßstab bei der Überprüfung von Gesetzesermächtigung zum Erlass von kommunalen Satzungen.

Anders ist es zu bewerten, wenn beispielsweise ein völkerrechtlicher Vertrag sehr pauschal und sehr vage formuliert wäre, so dass die ausführende Kommission oder der ausführende Rat im Rahmen dieses Vertrags weitere Regelungen durch ihre Ausführungsvereinbarungen vornehmen könnten. Auf diese Weise könnte die Regierung die zu erwartende parlamentarische Kontrolle vermeiden und einen verdeckten bestimmten politischen Zweck durchsetzen. Wenn man eine solche Praxis in der auswärtigen Verwaltung zulässt, können die parlamentarischen Kontrollrechte in der politischen Wirklichkeit gegenstandslos werden, so dass ein solcher Vertrag aufgrund der Verletzung des Bestimmtheitsprinzips oder des Verbots der pauschalen Gesetzgebungsermächtigung für verfassungswidrig erklärt werden kann, falls der Vertrag so pauschal und unbestimmt formuliert wird und die meisten wichtigen Einzelheiten der ausführenden Verwaltungskommission überträgt. In diesem Fall hat der Vertrag keine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage für die weiteren Ausführungsakte, und da der Gesetzgeber am Abschluss der wesentlichen Vereinbarung durch die Verwaltungskommission nicht mitwirken konnte, widerspricht ein solcher Ausführungsakt oder eine weitere Ausführungsvereinbarung dem Grundsatz des Gesetzes- und Parlamentsvorbehalts. Daher muss die Regierung dem Parlament einen neuen Entwurf des Vertrags oder der Vereinbarung vorlegen und seine Zustimmung erhalten. Sonst sind die auf einem früheren Pauschalvertrag basierenden weiteren ausführenden Vereinbarungen wegen der Verletzung des Gesetzes- und Parlamentsvorbehalts als verfassungswidrig zu bewerten.

## **2. Gegenstände von völkerrechtlichen Verträgen, die der parlamentarischen Zustimmung bedürfen**

Als nächstes stellt sich vor allem die Frage, welche völkerrechtlichen Verträge Angelegenheiten der Gesetzgebung sind. Nach der Praxis und herrschenden Meinung sind es Verträge, die der parlamentarischen Zustimmung bedürfen, weil sie für ihre Ausführung einer neuen Gesetzgebung oder Gesetzesänderung bedürfen.<sup>9</sup>

Aber ich bin anderer Meinung.<sup>10</sup> Das Kriterium sollte nicht sein, ob die Verträge einer Gesetzgebung oder Gesetzesänderung für ihre Ausführung bedürfen, sondern ob solche Verträge in die Grundrechte der Staatsbürger eingreifen können und ob die Angelegenheiten von wesentlicher oder grundlegender Bedeutung für den Staat und die Staatsbürger im Sinne der Wesentlichkeitstheorie nach dem Parlamentsvorbehalt sind. Wenn ja, bedürfen die Angelegenheiten der parlamentarischen Zustimmung, auch wenn es keiner neuen Gesetzgebung oder Gesetzesänderung bedarf, weil es einschlägige Gesetze für die Ausführung der Verträge schon gibt.

---

<sup>9</sup> Vor allem siehe, Kyung-ok Do, The national assembly's power to consent to the conclusion and ratification of 'treaties related to legislative matters', 20-1 Seoul International Law Journal, 97 (2013) (auf Koreanisch).

<sup>10</sup> Vgl. Seung-Ju Bang, Constitutionality of the Agreement between the Foreign Affairs Ministers of the Republic of Korea and Japan on the Issue of 'Comfort Women' on 28 December 2015, ICL Journal, Vol. 10, 4/2016, 400, 409.

Wenn die Regierung eine bestimmte Vereinbarung für nicht zustimmungsbedürftig gehalten und sie als Verträge ohne parlamentarische Zustimmung abgeschlossen und verkündet hätte, obwohl die Vereinbarung nach den Kriterien des grundrechtlichen Gesetzesvorbehalts und der Wesentlichkeitstheorie als auf die Angelegenheit der Gesetzgebung bezogene Verträge gemäß Art. 60 Abs. 1 KV anzuerkennen wäre, würde das Problem und die Kontroverse entstehen, welche Geltungskraft, nämlich Gesetzeskraft oder als Rechtsverordnungskraft, solche Verträge hätten.

### **3. Entscheidungskompetenz für die Frage, ob Verträge der parlamentarischen Zustimmung gemäß Art. 60 Abs. 1 KV bedürfen**

Als nächstes stellt sich die Frage, wer entscheidet, ob eine bestimmte Angelegenheit zu den Gegenständen der einer parlamentarischen Zustimmung bedürftenden völkerrechtlichen Verträge gemäß Art. 60 Abs. 1 KV gehört. Bisher entscheidet in der Praxis des Außenministeriums der Außenminister oder die Regierung selbst. Die Regierung legt den unterzeichneten völkerrechtlichen Vertrag dem Parlament vor, falls sie zu dem Urteil kommt, dass er einer parlamentarischen Zustimmung bedarf, sonst nicht. Art. 60 Abs. 1 KV verwendet einige eine Bewertung erfordernde, unbestimmte Begriffe, zum Beispiel "wichtig", "erheblich", "finanzielle Belastung", "Beschränkung der Souveränität", "Angelegenheit der Gesetzgebung". So kann es zwischen dem Parlament und der Regierung immer umstritten sein, ob eine bestimmte auswärtige Vereinbarung eine finanzielle Belastung oder eine Beschränkung der Souveränität verursachen kann oder nicht, oder was die Angelegenheit der Gesetzgebung ist usw. Vor allem können solche Streitigkeiten in dieser 20. Legislaturperiode häufiger entstehen, in der die Oppositionsparteien über die Mehrheit im Parlament verfügen und die Regierungspartei demgegenüber in der Minderheit ist.

Es scheint mir unzutreffend zu sein, dass die auswärtige Gewalt, die vom Parlament kontrolliert werden muss, die zu kontrollierenden Gegenstände der Verträge selbst bestimmt. Eine solche Praxis widerspricht dem Grundsatz der Gewaltenteilung im Gefüge der verfassungsrechtlichen Ordnung. Meines Erachtens muss man ein Gremium bilden, das aus Mitgliedern des Parlaments und der Regierung besteht und bezüglich der Gegenstände, die zu den eine parlamentarische Zustimmung bedürftenden Verträgen gemäß Art. 60 KV gehören, Vereinbarungen treffen und sich koordinieren kann.

Falls in diesem Gremium oder im zuständigen parlamentarischen Ausschuss die Streitigkeiten nicht beseitigt werden können, trifft das Verfassungsgericht im Rahmen des Organstreitigkeits- oder Verfassungsverfahren eine endgültige Entscheidung.

Ich denke, dass der Grundsatz "in dubio pro Parlament" von der Regierung akzeptiert werden sollte, weil in diesem Prozess parlamentarischer Zustimmung die künftig zu ratifizierenden und zu verkündenden völkerrechtlichen Verträge als eine innerstaatliche Rechtsnorm nicht nur eine Art der demokratischen Legitimation, sondern auch stärkere Unterstützung seitens der Bürger erhalten können.

#### **IV. Anwendung auf die oben I. genannten drei Fälle**

##### **1. Vereinbarung zwischen dem koreanischen und japanischen Außenminister über das Problem der sog. "Comfort Women"**

Am 28. Dezember 2015 haben der koreanische und japanische Außenminister eine Vereinbarung getroffen über das Problem der sog. "Comfort Women", d.h. der Frauen, die von der Kaiserlichen Japanischen Armee im 2. Weltkrieg zum Dienst als Sexsklavinnen gezwungen worden waren, und gemeinsam in einer Pressekonferenz verkündet, dass damit das Problem endgültig und unwiderruflich gelöst ist. Aber bei der Frage der sog. "Comfort Women" geht es um ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit, das von der Kaiserlichen Japanischen Armee, d.h. vom japanischen Staat im Zweiten Weltkrieg systematisch verübt worden ist. Die Anerkennung der eigenen völkerrechtlichen Verantwortung durch die japanische Regierung, die Entschädigung der Opfer und die offizielle Entschuldigung für dieses Verbrechen von Seiten der japanischen Regierung sind absolut wesentlich und menschenrechts- wie grundrechtsrelevant, so dass diese Angelegenheit mit einem die parlamentarische Zustimmung benötigenden ordentlichen völkerrechtlichen Vertrag gelöst werden muss, mit dem der sog. "Anspruchsvertrag aus dem Jahr 1965 zwischen Korea und Japan" ergänzt werden sollte.

Trotzdem hat die ehemalige Präsidentin Park, Geun Hye bloß durch eine Pressekonferenz des Außenministers Yun, Byung Se dieses Problem unter bestimmten Voraussetzungen für "endgültig und unwiderruflich gelöst" erklärt. Meines Erachtens verletzt diese Maßnahme nicht nur die Grundrechte der Opfer, sondern auch den Grundsatz des Gesetzes- und Parlamentsvorbehalts und das Zustimmungsrecht des Parlaments gemäß Art. 60 Abs. 1 KV.<sup>11</sup>

##### **2. Schließung des Industriekomplexes Kaesong**

Als Reaktion auf den vierten Atomwaffentest und den Abschuss ballistischer Raketen durch Nordkorea verfügte die ehemalige Präsidentin Park, Geun Hye im letzten Februar 2016 die Schließung des Industriekomplexes Kaesong. Nordkorea verkündete seinerseits die Schließung und ordnete an, dass alle in dem Industriekomplex tätigen Südkoreaner sofort nach Südkorea zurückzugehen haben. Die südkoreanischen Arbeitgeber und Unternehmen haben Nordkorea verlassen, ohne die dort in ihrem Besitz befindlichen Waren, Maschinen und anderen Investitionsgüter mitzunehmen, so dass ein großer wirtschaftlicher Schaden entstanden ist. Die betroffenen Bürger und Unternehmen haben vor dem Verfassungsgericht Verfassungsbeschwerde gegen die Regierung mit der Begründung erhoben, dass die Maßnahme sie in ihrem Eigentum verletzt hat.

---

<sup>11</sup> Dazu vgl. Seung-Ju Bang, ICL Journal, Vol. 10, 4/2016, S. 400 ff. sowie ders., Constitutionality of Announcement by Foreign Ministers of Japan and South Korea on the Issue of 'Comfort Women', Democratic Legal Studies, Vol 60 (2016. 3) (Auf Koreanisch), S. 105 ff.

Nach dem Gesetz zur Entwicklung der Beziehungen von Süd und Nord<sup>12</sup> und der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts sind die Vereinbarungen zwischen Süd- und Nordkorea keine völkerrechtlichen, sondern interkoreanische Verträge oder gentleman's agreements im Rahmen der interkoreanischen Beziehungen. Aber meines Erachtens haben diese Vereinbarungen auch einen ähnlichen Charakter wie zwischenstaatliche Verträge; deshalb sollten die verfassungsrechtlichen Grundsätze für Verträge wie der Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt entsprechend gelten. Für das Geschäft mit dem Industriekomplex Kaesong gibt es das Gesetz zur Unterstützung der Region des Industriekomplexes Kaesong. Für dieses Geschäft gelten ferner das Gesetz zur Kooperation und zum Austausch zwischen Süd und Nord (im folgenden: "Austauschgesetz") und das Gesetz zur Entwicklung der Beziehung von Süd und Nord (im folgenden: "Entwicklungsgesetz"). Der Präsident ist für den Abschluss und die Ratifizierung der interkoreanischen Verträge zuständig (§ 21 Abs. 1 Entwicklungsgesetz). Das Parlament hat das Zustimmungsgesetz für den Abschluss und die Ratifizierung der interkoreanischen Verträge, die eine erhebliche finanzielle Belastung für den Staat oder die Staatsbürger verursachen, sowie diejenigen interkoreanischen Verträge, die auf Angelegenheiten der Gesetzgebung bezogen sind (§ 21 Abs. 3 Entwicklungsgesetz). Der Präsident kann die Geltung der interkoreanischen Verträge ganz oder teilweise innerhalb einer bestimmten Frist suspendieren, falls es für die Staatssicherheit, die Aufrechterhaltung der Ordnung oder das Gemeinwohl notwendig ist (§ 23 Abs. 2 Entwicklungsgesetz). Aber der Präsident muss die Zustimmung des Parlaments einholen, wenn er die interkoreanischen Verträge gemäß § 23 Abs. 2 Entwicklungsgesetz suspendieren will, deren Abschluss und Ratifizierung das Parlament zugestimmt hat.

Für den Industriekomplex Kaesong wurde ein interkoreanischer Vertrag mit Zustimmung des Parlaments abgeschlossen und ratifiziert. Erforderlichenfalls kann der Präsident im Interesse der Staatssicherheit oder zum Schutz der sich in Nordkorea aufhaltenden südkoreanischen Staatsbürger das Geschäft natürlich suspendieren, aber erst nachdem er die Zustimmung des Parlaments gemäß § 23 Abs. 2 Entwicklungsgesetz erhalten hat. Ich habe jedoch nie gehört, dass unsere ehemalige Präsidentin Park einen solchen Prozess durchgeführt hat. Diese plötzliche einseitige und alleinige Entscheidung steht nicht im Einklang mit dem Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt und dem Vertrauensschutzprinzip. Die Schließung des Komplexes kann das Eigentum der betroffenen Staatsbürger und Unternehmen verletzen, die dort investiert haben. Gleichzeitig widerspricht sie dem oben genannten Entwicklungsgesetz selbst.

### **3. Stationierung des US-amerikanischen Raketabwehrsystems "THAAD" in Südkorea**

Jüngst hat die südkoreanische Regierung entschieden, zur Verteidigung gegen die nordkoreanischen Atomraketen das US-amerikanische

---

<sup>12</sup> Article 3 (Inter-Korean Relations) (1) Inter-Korean relations are not relations between nations, but special relations established temporarily in the course of pursuing unification. (2) Inter-Korean trade shall not be regarded as international trade, but as intranational trade.

---

Raketenabwehrsystem "THAAD" Misile in der Gemeinde Seongju im Süden Koreas zu stationieren. Diese Entscheidung hat nicht nur Proteste und Demonstrationen der Bürger von Seongju und benachbarten Gemeinden, sondern auch viele Meinungsstreitigkeiten in Südkorea ausgelöst.

Die Regierung behauptet, dass diese Stationierung zum Schutz vor den nordkoreanischen Atomwaffen erforderlich ist. Die dazu geschlossene Vereinbarung zwischen der Republik Korea und den USA ist eine ausführende Vereinbarung, die auf dem früheren Stationierungsvertrag zwischen der Republik Korea und den USA sowie auf dem Vertrag zur Stellung der US-amerikanischen Soldaten in Südkorea basiert und deshalb der parlamentarischen Zustimmung nicht bedarf.

Aber die Oppositionsparteien behaupten, dass die Vereinbarung keine bloße Ausführungsmaßnahme ist, weil sie erhebliche finanzielle Belastungen für den Staat und die Staatsbürger verursacht. In den Jahren 2002 und 2004 wurden die Verträge zur Umstrukturierung der in Südkorea stationierten US-amerikanischen Streitkräfte nach der Zustimmung durch das Parlament ratifiziert. Nach Meinung der Opposition bedarf die Stationierung von THAAD in Seongju der parlamentarischen Zustimmung, weil sie wegen der Enteignung von Land und der Installierung des Abwehrsystems sehr viel kostet und daher das Parlament die Notwendigkeit und die Auswirkungen der Stationierung unter verschiedenen Gesichtspunkten wie den politischen, wirtschaftlichen und ökologischen Auswirkungen muss überprüfen können.

Ich stimme der Meinung der Oppositionsparteien zu. Ich finde, dass der zwischen Südkorea und den USA abgeschlossene Stationierungsvertrag und der Stellungsvertrag zu pauschal sind. Die beiden Staaten haben die meisten wichtigen Vereinbarungen der von ihnen eingerichteten gemeinsamen Kommission als ausführendem Gremium übertragen. Die geschlossenen Vereinbarungen sind keine hinreichende gesetzliche Grundlage für die Einführung und Stationierung des Raketenabwehrsystems THAAD.

Die koreanische Verfassung enthält keine ähnliche Klausel wie Art. 24 Abs. 1 Grundgesetz der BRD, der die Übertragung des Hoheitsrechts auf zwischenstaatliche Einrichtungen durch Gesetz regelt. Aber nach Art. 74 KV hat der Präsident nach Maßgabe der Verfassung und der Gesetze den Oberbefehl über die Streitkräfte. Meines Erachtens bildet diese Klausel eine verfassungsrechtliche Grundlage für den Gesetzesvorbehalt, um in Bezug auf den Oberbefehl der Streitkräfte das Hoheitsrecht auf ausländische Oberbefehlshaber zu übertragen. Die Stationierung von THAAD in Seongju bedarf also der gesetzlichen Grundlage. Im Lichte des Gesetzes- und Parlamentsvorbehalts ist die Entscheidung für die Stationierung von THAAD verfassungsrechtlich problematisch.



# **Die Bewältigung großer Migrationsbewegungen und kulturelle Konflikte bei der Integration – Deutschland auf dem Weg zum multikulturellen Staat?**

**Kay Hailbronner, Konstanz**

## **I. Einleitung**

Vor einigen Wochen erregte das Verhalten eines islamischen Mullahs, Vater von mehreren Kindern, der sich aus Afghanistan nach Deutschland geflüchtet hatte, die Aufmerksamkeit der Medien. Er hatte sich geweigert, aus prinzipiellen Gründen der Lehrerin seiner Kinder anlässlich einer Besprechung über deren schulische Leistungen die Hand zu geben. Sie brach daraufhin den Besprechungstermin ab und wurde von der Schulbehörde hierfür gerügt. Dem folgte eine heftige öffentliche Diskussion über die Integration von Migranten und deren Anpassung an die in Deutschland üblichen gesellschaftlichen Gebräuche und Sitten, zu denen auch das Ergreifen einer zur Begrüßung gereichten Hand gehört. Der Vorgang, so geringfügig er als Beispiel einer Konfliktsituation auch sein mag, ist symptomatisch für eine wachsende Sensibilität einer Mehrheitsbevölkerung gegenüber einer Migrationsbewegung, die zu Recht oder zu Unrecht als Bedrohung der kulturellen Identität empfunden wird. In Deutschland und anderen europäischen Staaten wird sie mit dem Islam in Verbindung gebracht, der mit der großen Flüchtlingsbewegung seit 2015 aus den arabischen Staaten des Nahen Ostens inzwischen viel stärker politisch und gesellschaftlich das öffentliche Leben bestimmt, als dies noch vor einigen Jahrzehnten der Fall war.

Nun sind kulturelle Konflikte als Begleiterscheinungen von Migrationsbewegungen kein neues Phänomen. Schon immer haben sich Menschen aufgemacht, um in einem anderen Land Hungersnot, politischer, rassistischer oder religiöser Verfolgung und Vertreibung zu entfliehen, oder auch nur, um ihre Lebenschancen zu verbessern oder drohender Strafverfolgung zu entgehen. Spontane, unregulierte Einwanderung kollidiert mit dem im Völkerrecht anerkannten souveränen Anspruch des Staates, die Einwanderung zu kontrollieren und als unerwünscht angesehene Einwanderer, die das bestehende soziale, kulturelle und wirtschaftliche Gefüge stören könnten, zu verhindern.

Mit der Anerkennung universeller Menschenrechte ließ sich freilich eine unbeschränkte Souveränität der Entscheidung über Einreise und Aufenthalt

nicht mehr aufrechterhalten. Die Staatengemeinschaft hat mit der Genfer Flüchtlingskonvention 1951 versucht, beides in Einklang zu bringen: Schutz für aus politisch, religiös und ethnischen Gründen Verfolgte durch den Grundsatz der Nichtzurückweisung in Verfolgerländer; zugleich die Ablehnung eines allgemeinen Rechts, sich im gewünschten Aufnahmeland niederzulassen. Die Protokolle der Genfer Konferenz sind durchsetzt mit Äußerungen von Staatenvertretern, die sich gegen ein allgemeines Asylrecht ausgesprochen haben und den Ausnahmecharakter des Grundsatzes der Nichtzurückweisung hervorgehoben haben. Das Problem einer Begrenzung von Einwanderung wird in der Konvention nicht angesprochen. Die Konvention geht von einer – als unproblematisch angesehenen – schrittweisen Integration in das Gastland aus, die letztlich in einer Einbürgerung mündet, sieht aber andererseits auch den Wegfall der Flüchtlingseigenschaft vor, wenn die Verfolgungssituation nicht mehr besteht. Faktisch hat sich der Konventionsstatus zum Einwanderungsrecht entwickelt. Die Idee ist Integration durch Gewährung weitgehender Rechte. Der Flüchtling soll sich in die Gemeinschaft integrieren. Die Grenze ist die konkrete Gefährdung der staatlichen Sicherheit oder der Allgemeinheit durch besonders schwere Straftaten.

Heute wissen wir, dass sich die Idee einer Balance zwischen staatlicher Souveränität bei der Entscheidung über die Einwanderung und dem menschenrechtlich fundierten Schutzanspruch spätestens seit dem Ende des Kalten Krieges als Illusion erwiesen hat. Zwar hat Deutschland wie die meisten westeuropäischen Länder unter dem Druck stark sinkender Geburtenraten und einer wachsenden Nachfrage nach qualifizierten Arbeitskräften seit 2005 ein ausdifferenziertes Migrationsrecht für Ausländer aus Nicht-EU Staaten, das Aufenthaltsrechte für Akademiker, ausgebildete Fachkräfte, Forscher, Selbstständige und sogar Stellenbewerber vorsieht. Zahlenmäßig spielt dies alles eine untergeordnete Rolle gegenüber der irregulären Zuwanderung von weit überwiegend unqualifizierten oder gering qualifizierten Drittstaatsangehörigen. Nur ein Beispiel: Im Jahr 2014 sind 27.100 qualifizierte Ausländer zugewandert gegenüber 173.000 Asylbewerbern. Ein Jahr später liegt die Relation bei ca. 1 Million Flüchtlingen gegenüber ca. 30.000 regulär zugewanderten Drittstaatsangehörigen.

Unterschätzt wurde die Dynamik des Schutzversprechens für Flüchtlinge durch Gewährung von Ansprüchen auf Zugang zu einem langwierigen und höchst komplexen Verfahren. Charakteristisch dafür sind die ständige Ausweitung des Verfolgungsbegriffs und die Entwicklung eines auf individuellen Rechtsansprüchen basierenden Flüchtlingsrechts. Dieses Flüchtlingsrecht war in den realen Auswirkungen für die Migration weniger durch den unmittelbaren Fluchtgrund, sondern durch die als ungerecht empfundene staatliche Reaktion, einen Ausländer, der sein Heimatland verlassen hat und sich bereits in aller Regel jahrelang zur Durchführung eines Asylverfahrens in Deutschland aufgehalten hat, wieder zurückzuschicken, gekennzeichnet. Zugleich stieg damit aber auch die Neigung zu einer immer großzügigeren Handhabung des ursprünglich als Rettung aus einer unausweichlichen Notlage gedachten Asylrechts. Lag die Anerkennungsquote als Flüchtling im Jahre 2005 noch bei ca. 6 %, so erhielten von Januar bis September 2016 bei 462.314 entschiedenen Asylanträgen 42,6 % einen Flüchtlingsstatus, 19,3 %

---

subsidiären Schutz und 1,5 % nationalen Abschiebungsschutz, d.h. 63,4 % aller Antragsteller wurde ein humanitärer Schutz und damit in aller Regel ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht gewährt. Flüchtlinge sind grundsätzlich nachzugsberechtigt. Lediglich für subsidiär Schutzberechtigte ist der Familiennachzug bis zum 16. März durch die Asylgesetzgebung 2016 ausgesetzt worden. Es ist allerdings zweifelhaft, ob diese temporäre Beschränkung im Falle eines illegalen Nachzugs von Ehegatten und Kindern durchsetzbar sein wird. Schon in der Vergangenheit hat es sich aus rechtlichen, faktischen (fehlende Reisedokumente, mangelnde Bereitschaft von Heimatstaaten zur Rücknahme, Abschiebungshindernisse wie z.B. Krankheit) und humanitären Gründen (Begründung familiärer Bande in Deutschland, lange Dauer des Verfahrens) weitgehend als schwierig, wenn nicht unmöglich erwiesen, aufenthaltsbeendende Maßnahmen gegenüber erfolglosen Asylantragstellern oder illegal aufhältigen Ausländern durchzusetzen. Die Unterscheidung zwischen Asylrecht bzw. faktischer Zuwanderung und geregelter Einwanderung hat daher weitgehend an Bedeutung verloren.

Unterschätzt wurde aber auch die Konfliktgefahr aus dem Zusammenstoß unterschiedlicher kultureller und religiöser Gebräuche und Überzeugungen. Die Konvention überlässt es den Staaten, ihr Integrationskonzept durchzusetzen, solange jedem Flüchtling die Rechte der Konvention zugestanden werden.

Europa war bei dieser Entwicklung führend. Während sich traditionelle Einwanderungsländer der Ausweitung menschenrechtlich fundierter Aufnahmeansprüche widersetzt haben, und ihre Auswahl und Steuerungsprärogative betont haben, wurde im europäisch vereinheitlichten Asylrecht der Europäischen Union der Schutzanspruch auf Kriegs- und Bürgerkriegsflüchtlinge als Opfer potentieller willkürlicher Gewalt erweitert. Die Gerichtsbarkeit des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte trug das Ihrige durch eine Ausdehnung des Schutzanspruchs auf Ausländer bei, deren Abweisung wegen miserabler Lebensbedingungen, schwerer Krankheiten oder hoffnungsloser wirtschaftlicher Lage sich aus der Sicht der europäischen Wohlfahrtstaaten als unmenschlich darstellte. All dies erschien freilich auch auf Grund der relativ geringen Asylbewerberzahlen lange Zeit in Europa als kaum problematisch, war man doch aufgrund der demographischen Entwicklung auch ökonomisch immer mehr auf diejenigen angewiesen, die auch für wenig Geld den Müll beseitigten.

Diese Perspektive änderte sich mit der Flüchtlingsbewegung, die Anfang 2014 in Europa einsetzte und innerhalb kurzer Zeit das noch vorher gefeierte Europäische Asylsystem zum Einsturz brachte. Es unterschied sich in einigen Punkten von früheren Migrationsbewegungen: Zum einen die massenhafte zunächst völlig unkontrollierte Einwanderung in einige europäische Staaten, vorwiegend aus kulturell fremden Staaten, wie Syrien, Afghanistan, Irak und einigen afrikanischen Staaten, insbesondere Eritrea, Nigeria und Somalia. Das Zuständigkeitssystem der Union, geregelt in sog. Dublin Verordnungen, erwies sich als ungeeignet, eine irreguläre Weiterwanderung innerhalb der Union zu verhindern. Während einige EU Mitgliedstaaten die Aufnahme von verbindlichen Flüchtlingskontingenten strikt ablehnten und alles unternahm, um Flüchtlinge abzuwehren, vertrat Deutschland eine Po-

politik offener Grenzen, gekoppelt mit einer über das Internet verbreiteten Aufnahmebereitschaft, großzügigen sozialen Leistungen und dem Versprechen zur Hilfe bei Berufsausbildung und Studium in Deutschland.

## **II. Zahlen und Fakten**

Das Ergebnis ist bekannt. Deutschland ist schon seit einigen Jahrzehnten eines der am schnellsten wachsenden europäischen Einwanderungsländer. Im Jahre 2014 sind 1,46 Millionen Ausländer nach Deutschland eingewandert, im Saldo beläuft sich das auf eine Nettozuwanderung von ca. 577.000 Personen. Ende 2014 wurden in Deutschland 16,4 Mill. Personen mit einem „Migrationshintergrund“, d.h. 20,3 % der Gesamtbevölkerung gezählt. Darunter sind 7,2 Mill. Ausländer, der Rest besitzt entweder die deutsche Staatsangehörigkeit auf Grund einer Einbürgerung oder auf Grund der Geburt in Deutschland, in mehr als 50 % unter Beibehaltung ihrer ausländischen Staatsangehörigkeit. Der größte Anteil entfällt mit 1,5 Millionen auf türkische Staatsangehörige, gefolgt von polnischen, italienischen, rumänischen und griechischen Staatsangehörigen.

Dies sind die Zahlen der Vergangenheit. Die großen Fluchtbewegungen des Jahres 2015/2016 werden die Proportionen erneut verändern. Im Jahr 2015 wurden ca. 1 Mill. Flüchtlinge überwiegend aus den Kriegsgebieten des Mittleren Ostens, Syrien, Irak, Afghanistan, aber z.T. auch aus Balkanstaaten, in der Regel nach einer irregulären Einreise aus eigentlich für die Prüfung eines Asylgesuchs zuständigen sicheren Transitstaaten in Deutschland registriert. Das Gemeinsame Europäische Asylsystem, bestehend aus gemeinsamen Aufnahme- und Verfahrensregeln für die Prüfung von Asylanträgen, brach schon nach kurzer Zeit zusammen. Die Mehrheit der Mitgliedstaaten erklärte sich außerstande, große Zahlen von Flüchtlingen aufzunehmen. Dabei spielte zunehmend der Aspekt der kulturellen und religiösen Fremdheit eine Rolle, die in der öffentlichen Diskussion über den Islam und den islamischen Terrorismus seinen sichtbarsten Ausdruck fand. Deutschland war die große Ausnahme. Als europäische Transitstaaten, darunter auch Ungarn, das als kleines Land schlicht überfordert war, Hunderttausende von Flüchtlingen auch nur auf ihre Identität zu überprüfen, seine Grenzen schloss, gab die deutsche Bundeskanzlerin ihre Losung der offenen Grenzen mit der berühmt gewordenen Erklärung „Wir schaffen das“ aus. Damit war das Signal für eine spezifisch auf Deutschland ausgerichtete Wanderungsbewegung gegeben, die durch das relative hohe deutsche Sozialleistungsniveau, einen robusten Arbeitsmarkt und ein sehr gutes Ausbildungssystem unterstützt wurde. Zwar war die deutsche Geste vor dem Hintergrund einer europäischen Verantwortungsteilung und Aufnahme von Flüchtlingen nach Quoten gedacht. Dass dies eine Illusion war, stellte sich freilich rasch in den anschließenden Gipfelkonferenzen heraus.

Während Deutschland ebenso wie Schweden und Österreich eine große Zahl von Flüchtlingen aufgenommen hat, blieben die Zahlen in Frankreich, Großbritannien und Italien, Spanien und Portugal weit unter diesem Niveau. Allerdings haben auch Österreich und Schweden mittlerweile ihre Aufnahmepolitik revidiert: Österreich durch die Festsetzung von Obergrenzen, Schweden durch die Abweisung von aus sicheren Drittstaaten einreisenden

Flüchtlingen an den Grenzen. Deutschland hat Obergrenzen abgelehnt, aber gleichzeitig erklärt, in Zukunft die Aufnahme deutlich zurückzufahren, nämlich durch eine in der Geschichte des Ausländerrechts einmalige Serie von Änderungen mit dem Ziel beschleunigter Asylverfahren, die Ankündigung einer strikten Rückführung für nicht Schutzberechtigte und zuletzt durch eine Integrationsgesetzgebung. Für Flüchtlinge werden neben einer im europäischen Vergleich einmaligen Bereitstellung von Unterstützungsleistungen in Schule, Ausbildung und Arbeitsmarktzugang, Pflichten der Integration (Erwerb von Sprachkenntnissen, Absolvierung einer Ausbildung, Übernahme von Ein-Euro-Jobs) eingeführt. Wer nicht kooperiert, soll von Sozialleistungen ausgeschlossen werden können.

Mittlerweile sind die Zugangszahlen drastisch zurückgegangen. Faktisch beruht die Politik reduzierter Flüchtlingszuwanderung auf der Sperrung der Grenzen durch die europäischen Transitstaaten (sog. Schließung der Balkanroute) und der psychologisch wirksamen Rücknahme des Versprechens von Deutschland als dem Wunderland gelungener Integration, in dem alle Flüchtlinge studieren oder eine Berufsausbildung absolvieren, anschließend einen Job finden und alle Bevölkerungsgruppen in Harmonie ihre kulturellen und religiösen Gebräuche pflegen können.

Dass für das Erwachen aus dem Disneyland ungesteuerter Migration auch potentielle kulturelle Konflikte als Folge großer Wanderungsbewegungen eine Rolle im politischen Entscheidungsprozess spielten, ist auch in Deutschland spätestens seit der Silvesternacht 2015/2016 offenkundig geworden, als Hunderte von zumeist kleineren Straftaten durch in Gruppen operierende Flüchtlinge aus Nordafrika aus dem Bereich der sexuellen Belästigung und des Diebstahls gegenüber Frauen begangen wurden. Der Gesetzgeber hat darauf mit einer Reihe von eher symbolischen Gesetzesänderungen reagiert, die vor allem eine Abschiebung straffälliger Asylbewerber und Flüchtlinge ermöglichen sollten. Eine Abschiebung aufgrund dieser Vorschriften ist bisher nicht bekannt geworden.

### **III. Erscheinungsformen kultureller Konflikte in Einwanderungsgesellschaften<sup>1</sup>**

Verfassungsrechtlich spielt sich in Deutschland die Auseinandersetzung um kulturelle Konflikte bisher vorwiegend in der Form einer Güterabwägung zwischen der Religionsfreiheit und den Freiheitsrechten anderer und verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern ab. Freilich wird damit die Bandbreite kultureller Konflikte nicht ausgeschöpft. Das soll im Folgenden anhand einiger typischer Bereiche kultureller Konflikte, die sich als Folge großer Migrationsbewegungen ergeben haben und die der Sachverständigenrat in seinem Jahresgutachten 2016 aufgearbeitet hat, beispielhaft dargelegt werden.

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu das Jahresgutachten des Sachverständigenrats deutscher Stiftungen 2016, Viele Götter, ein Staat: Religiöse Vielfalt und Teilhabe im Einwanderungsland, 2016, insbes. S. 97 ff., Institutioneller Umgang mit religiöser Vielfalt unter besonderer Berücksichtigung der Gleichstellung des Islam.

## **1. Etablierte Religionsgemeinschaften und religiöse Institutionen von Migranten am Beispiel Christentum - Islam**

In Deutschland haben die christlichen Religionsgemeinschaften verfassungsrechtlich eine besondere Stellung als öffentlich-rechtliche Körperschaften mit dem Recht der Besteuerung, mit Autonomie in kirchlichen Angelegenheiten sowie mit besonderen Mitwirkungsrechten bei der Vermittlung religiöser Inhalte an staatlichen Schulen, Hochschulen und karitativen Einrichtungen; zudem wirken sie als gesellschaftlich relevante Gruppen bei den Aufsichtsgremien des öffentlich-rechtlichen Rundfunks mit. Im Hinblick auf die prinzipielle Gleichheit des religiösen Bekenntnisses und die Religionsfreiheit werden intensive Bemühungen unternommen, islamische Gemeinschaften und Vereine den christlichen Kirchen gleichzustellen. Was den Erwerb eines öffentlich-rechtlichen Status betrifft, ist die Entwicklung weit fortgeschritten. Wesentlich größere Schwierigkeiten zeigen sich bei der Zuerkennung eines Besteuerungsrechts, bei der Einrichtung eines islamischen Religionsunterrichts und der autonomen Gestaltung der Glaubensvermittlung in Moscheen und privaten Koranschulen, die in Deutschland nicht selten unter ausländischem Einfluss stehen. Anders als bei christlichen Kirchen gibt es kein Grundvertrauen auf die Kompatibilität der Glaubensvermittlung mit den Grundprinzipien eines freiheitlichen Staates und der Toleranz Andersgläubiger. Was in Moscheen und als Koranschulen gelehrt wird, entzieht sich jeder Kontrolle. Andererseits sind dem Versuch, durch staatliche Organisation des Religionsunterrichts und Ausbildung von Imamen (islamische Geistliche) einen „aufgeklärten“ freiheitlichen Islam zu fördern, durch die Autonomie der Religionsgemeinschaften enge Grenzen gesetzt. Die christlichen Kirchen widersetzen sich jedem Versuch, ihre Autonomie in kirchlichen Angelegenheiten auch in Bezug auf allgemein gültige Vorschriften z.B. im Bereich des Arbeitsrechts und ihre Privilegien als öffentlich-rechtliche Institutionen einzuschränken, mit der Konsequenz, dass diese historisch gewachsenen Rechte nunmehr auch den islamischen Organisationen zugebilligt werden müssen, ohne dass hinreichend klare Vorstellungen darüber vorliegen, welche gesellschaftlichen Inhalte damit verbunden sind.

## **2. Kopftuchdiskussion**

Der Konfliktgehalt religiöser Bekleidungs Vorschriften hat sich an der Frage eines Kopftuchs oder der Ganzkörperverschleierung islamischer Frauen in der „Burka“, bei der nur noch die Augenschlitze sichtbar sind, entzündet. Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat dazu zwei höchst unterschiedliche Urteile im Jahr 2003 und 2015 gefällt. Im ersten Urteil hat das Gericht dem Wunsch einer muslimischen Lehrerin, im Kopftuch Kinder einer Grundschule unterrichten zu wollen, das staatliche Schulausbildungsrecht und die Neutralität des staatlichen Erziehungsauftrags entgegengehalten und letztlich die Abwägung, ob im Hinblick hierauf das Kopftuch als religiöses Symbol untersagt werden kann, dem Gesetzgeber überlassen<sup>2</sup>. Ein anderer Senat desselben Gerichts hat im Jahr 2015 der Religionsfreiheit der Lehrerin ein überragendes Gewicht eingeräumt und – wenig überzeugend – eine Ausnah-

---

<sup>2</sup> BVerfG v. 24.9.2003, 2 BvR 1436/00.

me nur dann für möglich gehalten, wenn die Funktionsfähigkeit der Schule tangiert würde, etwa, weil die beteiligten Eltern mehrheitlich gegen eine potentielle religiöse Beeinflussung durch eine Muslimin Stellung nehmen<sup>3</sup>. Von manchen ist dieses Urteil als Beitrag zur religiösen Pluralisierung Deutschlands und als Bestätigung der These des früheren Bundespräsidenten: „Der Islam gehört zu Deutschland“ begrüßt worden.<sup>4</sup> Meines Erachtens unterschätzt das Gericht damit die Einflussnahme des offen bekundeten religiösen Bekenntnisses, das seine Attraktivität gerade durch die Rigorosität seiner Normen erlangt, auf den Prozess der Bildung religiöser Überzeugungen durch Kinder. Die Auswirkungen der Entscheidung sind weitreichend, auch für die Übertragung der Kopftuchdiskussion auf den beruflichen und gesamtgesellschaftlichen Bereich.

Dazu ist ein Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof anhängig, bei dem es um das Tragen eines islamischen Kopftuchs durch die Empfangsdame einer belgischen Sicherheitsfirma geht. Das war ihr von der Firma untersagt worden; eine belgische Antidiskriminierungsorganisation hatte dagegen geklagt – zunächst ohne Erfolg. Das belgische Berufungsgericht legte die Sache dem EuGH zur Prüfung eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot des EU-Rechts vor, der bislang noch nicht entschieden hat. Bemerkenswert ist aber die Argumentation der deutschen Generalanwältin, die unter Berufung auf die Integration einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot verneinte. Sie argumentierte, dass in Belgien ebenso wie in Frankreich eine strikte Trennung von Staat und Kirche für das Zusammenleben in der Gesellschaft wesentlich sei und damit eine die „nationale Identität“ prägende Bedeutung habe. In solchen Gesellschaften dürfe daher auch das Tragen sichtbarer religiöser Zeichen stärkeren Einschränkungen unterworfen werden und zwar auch im privaten Sektor und allgemein in der Öffentlichkeit als in anderen Mitgliedstaaten, deren Verfassungsordnung in diesem Punkt andere oder weniger deutliche Akzente setze.<sup>5</sup> Ganz anders argumentiert die englische Generalanwältin Sharpston in einem ganz ähnlich gelagerten Fall, bei dem einer Muslimin, die als Projektmitarbeiterin Kunden betreute, das Tragen eines islamischen Kopftuchs untersagt wurde.<sup>6</sup> Damit wird im Zusammenhang der Diskussion um den „politischen Islam“ ein Topos in die Diskussion eingebracht, der zunehmend auch in der verfassungsrechtlichen Diskussion eine Bedeutung gewinnt. Freilich ist die jeweilige „nationale Identität“ im Gegensatz zum Grundgesetz ausdrücklich im Art. 4 Abs. 2 des Vertrags über die Europäische Union niedergelegt und dient dort zur Begrenzung der Befugnisse der Union gegenüber den Mitgliedstaaten. Zugleich wird aber – folgt man der Auffassung der Generalanwältin – eine Grenze eines europäischen Nichtdiskriminierungskonzepts gegenüber mitgliedstaatlichen Integrationsvorstellungen gezogen, die für die innerstaatliche Diskussion um das richtige Integrationskonzept bedeutsam ist. Eine strikte Trennung zwischen Staat und Kirche, wie sie in Frankreich und Belgien zum

<sup>3</sup> BVerfG v. 27.1.2015, 1 BvR 471/10 und 1181/10.

<sup>4</sup> Vgl. *Huster*, Stefan, Gleichheit statt Freiheit: Die Verschiedenheit der Argumentationsgewichte im Religionsverfassungsrecht unter Bedingungen des Pluralismus, in: Heinig / Walter, Religionsverfassungsrechtliche Spannungsfelder, 2015, S. 203 ff.

<sup>5</sup> EuGH, Schlussanträge GA Kokott vom 31.5.2016, C- 157/15, Achbita, Rn. 125.

<sup>6</sup> GA Sharpston, Schlußanträge in der Rs.C- 188/15, Bognaoui und ADDh v. 13.7.2016.

gesellschaftlichen Grundkonsens gehört, besteht freilich in Deutschland nicht. Die verfassungsrechtliche Diskussion um die Bewältigung kultureller Konflikte arbeitet daher z.T. mit anderen Kategorien, als sie in Frankreich und Belgien herangezogen werden.

### **3. Außerstaatliche Streitschlichtung und Etablierung der Scharia als Nebenrechtsordnung**

Muslimische Staaten haben überwiegend Elemente des islamisch-religiösen Rechts der Scharia in ihre Gesetzgebung integriert; manche Staaten wenden sie weitgehend unverändert an. In einigen europäischen Staaten haben sich mit der wachsenden Zahl von Muslimen Parallelgerichtsbarkeiten als ständige Einrichtungen etabliert, um z.B. im Familienrecht Streitigkeiten zu schlichten<sup>7</sup>. Dies geschieht zum Teil unter Verdrängung staatlicher Gerichte. Diese – nicht obligatorischen – Gerichte verhängen in der Regel nicht die drakonischen Strafen der Scharia, sind aber regelmäßig mit den Vorstellungen westeuropäischer Staaten über die Gleichbehandlung der Geschlechter und über das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung nicht vereinbar. Soweit dies gegen den Willen der Beteiligten geschieht, liegt eine strafbare Handlung vor, deren Ahndung keine grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Fragen aufwirft. Anders verhält es sich bei der mehr oder weniger freiwilligen Akzeptanz solcher „Rechtsprechung“ bzw. Streitschlichtung durch das Oberhaupt eines Familienclans. Im internationalen Privatrecht gibt es etablierte Regeln über die Anwendung ausländischen Rechts und die Anerkennung ausländischer Urteile, eingeschränkt durch den *ordre public*, wenn die Anwendung ausländischen Rechts gegen Grundsätze der einheimischen Rechtsordnung verstößt. Die in einigen europäischen Staaten akzeptierten Sharia Courts oder Sharia Tribunals haben aber eine ganz andere Qualität, nicht nur, weil die angewendeten Normen häufig mit rechtsstaatlichen Grundsätzen in Konflikt stehen. Sie stellen die etablierte Gerichtsbarkeit in Frage und sind Ausdruck einer grundsätzlichen Ablehnung einer für alle in gleicher Weise geltenden Rechtsordnung. Verschiedentlich sind Sharia Tribunals und jede Art religiös begründeter Gerichtsbarkeit daher ausdrücklich gesetzlich verboten worden. In Deutschland wird eine Parallelgerichtsbarkeit grundsätzlich nicht anerkannt. Die faktische Akzeptanz einer auf Clanzugehörigkeit gegründeten Streitschlichtung lässt sich aber nicht unterbinden. Integrationsfragen stellen sich aber in Bezug auf die Bildung von durch eine faktische Nebengerichtsbarkeit verfestigten, als grundsätzlich unerwünscht angesehenen „Parallelgesellschaften“, die zwar nicht gegen die Rechtsordnung verstoßen, aber eine gesellschaftliche Konsensbildung verhindern.

### **4. Blasphemieverbot**

Karikaturen von Mohammed, die in den Niederlanden und anderswo zu heftigen Auseinandersetzungen zwischen Muslimen und Teilen der einheimischen Bevölkerung geführt haben, sind nicht untypisch für unterschiedliche, kulturell geprägte Vorstellungen über den Schutz religiöser Empfindungen und die Freiheit der Meinungsäußerung. Eine Parallele dazu ist

---

<sup>7</sup> Vgl. J. Wagner, Richter ohne Grenzen, 2011.

die Diskussion über die Anwendung von – teilweise als überholt angesehenen – Strafvorschriften über die Beleidigung von Staatsoberhäuptern auf ein außergewöhnlich primitives Gedicht eines deutschen Journalisten über den türkischen Staatspräsidenten Erdogan. Ein kultureller Konflikt verbirgt sich dahinter insofern, als zwischen der deutschen Bevölkerung und der türkischen Bevölkerungsgruppe unterschiedliche Auffassungen über die Reichweite der Meinungs- und Kunstfreiheit bestehen.

## 5. Beschneidungsvorschriften

Die islamischen ebenso wie die jüdischen religiösen Beschneidungsvorschriften haben in Deutschland zu gesetzgeberischen Maßnahmen geführt. Ein deutsches Gericht hat in der Kollisionssituation zwischen körperlicher Unversehrtheit einen Arzt wegen Körperverletzung verurteilt, der einen muslimischen Jungen nach den Regeln des Islam beschnitten hatte. Der Gesetzgeber hat in Reaktion auf den heftigen Protest der muslimischen und jüdischen Organisationen im Bürgerlichen Gesetzbuch die Zulässigkeit von religiös motivierten Beschneidungen geregelt, vorausgesetzt, dass diese nach den Regeln der ärztlichen Kunst erfolgt. Für unproblematisch wird dies von einem erheblichen Teil der Ärzteschaft nicht gehalten, zumal die Beschneidung nicht durch einen Arzt vorgenommen werden muss, sondern durch einen entsprechend instruierten Mullah oder Rabbiner vorgenommen werden kann.

## 6. Befreiung von Schwimmunterricht und Klassenfahrten

Eine ganze Reihe von deutschen Gerichten hat sich mit der Frage befasst, inwieweit das elterliche Erziehungsrecht und die Religionsfreiheit eine Dispensierung von schulischen Pflichten gebieten. Zahlreiche muslimische Eltern hatten geklagt, dass ihre Töchter bei einem gemeinsamen Schwimmunterricht den Blicken und bei Klassenfahrten den verderblichen Einflüssen ihrer männlicher Schulkameraden ausgesetzt seien. Grundsätzlich gibt es nach deutschem Recht keinen Anspruch der Eltern darauf, ihre Kinder in eigener Verantwortung zu erziehen. Eine Klage von Eltern, die der religiösen Sekte der Zeugen Jehovas angehörte, auf Befreiung ihres Kindes von der Vorführung eines Filmes im Schulunterricht, hatte keinen Erfolg. Das Bundesverwaltungsgericht vertrat die Auffassung, die verfassungsrechtlich anerkannte Bildungs- und Integrationsfunktion der Schule würde gefährdet, wenn der Staat die Schul- und Unterrichtsgestaltung auf dem kleinsten gemeinsamen Nenner der Beteiligten auszurichten hätte.<sup>8</sup>

Bei der Frage einer Befreiung muslimischer Mädchen vom Schwimmunterricht schwankte die deutsche Rechtsprechung zwischen einer anfänglichen Tendenz zu einem Rechtsanspruch auf Befreiung im Hinblick auf die verfassungsrechtlich geschützte Religionsfreiheit zu einer differenzierteren Abwägung, die der staatlichen Schulpflicht als Instrument zur Erfüllung des staatlichen Bildungs- und Integrationsauftrags ein hohes Gewicht beimisst gegenüber der verfassungsrechtlich gebotenen Respektierung religiöser

---

<sup>8</sup> BVerwG v. 11.9.2013, 6 C 12/12; vgl. dazu *Langenfeld*, Religiöse Freiheit – Gefahr oder Hilfe für die Integration? In: Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2010, S. 1-53, 2011.

Auffassungen. Das Ergebnis war, dass muslimische Mädchen am Schwimmunterricht teilnehmen, allerdings in einem den ganzen Körper verhüllenden Schwimmanzug – scherzhaft „Burkini“ genannt. Bemerkenswert ist immerhin, dass die neuere Rechtsprechung auch auf die Bedeutung eines gemeinsamen Schulunterrichts für den gesellschaftlichen Pluralismus und die Notwendigkeit der Anerkennung dieses Pluralismus auch durch religiöse Personen hinweist. Hinzuzufügen ist die Notwendigkeit des gemeinsamen Unterrichts für die Bildung einer demokratischen Gesellschaft und die Vermeidung von Parallelgesellschaften<sup>9</sup>.

Der Streit um die Reichweite der Schulpflicht zeigt, dass kulturelle Konflikte sich vielfach im Rahmen der Rechtsordnung lösen lassen. Die Rechtsordnung versagt aber, wo integrationsfeindliches, kulturell geprägtes Verhalten sich im rein privaten familiären Umfeld abspielt, so etwa, wenn Eltern ihrem Kind den Umgang mit Kindern von Ungläubigen versagen, wenn der Ehefrau das Verlassen der Wohnung ohne familiäre Begleitung untersagt wird oder wo im familiären Bereich extremistische religiöse Betätigung propagiert wird. Der deutsche Gesetzgeber hat hierzu kürzlich den Versuch unternommen, wenigstens in Extremfällen mit den Mitteln des Ausländerrechts hiergegen vorzugehen. Ein schwerwiegendes Ausweisungsinteresse soll danach anzunehmen sein, wenn ein Ausländer eine andere Person in verwerflicher Weise, insbesondere unter Anwendung oder Androhung von Gewalt davon abhält, am wirtschaftlichen, kulturellen oder gesellschaftlichen Leben in der Bundesrepublik Deutschland teilzuhaben. Die Formulierung lässt schon erkennen, dass der Vorschrift eher symbolischer Charakter zukommt. Immerhin scheint mir die grundsätzliche Tendenz, bereits mit den Mitteln des Einwanderungsrechts gegen integrationsfeindliches Verhalten vorzugehen, richtig zu sein.

#### **IV. Kulturelle Konflikte in der Rechtsordnung**

##### **1. Kulturspezifische Kriminalität**

Kulturelle Konflikte werden in der Öffentlichkeit am stärksten wahrgenommen, wenn sie sich in kriminellen Taten äußern. Freilich ist Kriminalität keine Besonderheit von Migration. Um als kultureller Konflikt in Erscheinung zu treten, ist eine besondere kulturelle Prägung einer Tat erforderlich. So z.B., wenn junge Frauen oder Familienmitglieder von Migranten, die sich westlich liberalen Verhaltensnormen anpassen, unterdrückt oder gar körperlich verletzt werden, mit der Begründung, die „Familienehre“ wahrnehmen zu müssen. In der extremsten Form werden terroristische Anschläge gegen eine als dekadent oder ungläubige Gesellschaft gerechtfertigt. Eine scharfe Trennung zwischen religiöser Überzeugung und kultureller Prägung erscheint nicht möglich.

Es wäre freilich zu einfach, kulturelle Konflikte, die aus großen Migrationsbewegungen resultieren, nur im Bereich des Verstoßes gegen das geltende Recht oder Strafrecht zu verorten. Jeder Ausländer ist an die Gesetze des Aufnahmestaates gebunden. Und so lautet auch die Antwort, die die

---

<sup>9</sup> Vgl. *Langenfeld*, Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht, 2015, S. 420, 426.

Politik und die Medien regelmäßig geben, wenn die Frage der Bewältigung kultureller Konflikte aufgeworfen wird. Das ist nicht falsch, erfasst aber die gesamte Problematik kultureller Konflikte nicht. Zum einen geht es um mehr als „gesetzmäßiges“ Verhalten.

In der strafrechtlichen Literatur wird seit einiger Zeit intensiv der Begriff der cultural defense diskutiert, der sich mit der Frage befasst, inwieweit in einer Migrationsgesellschaft bei der Strafrechtsanwendung und -gestaltung besondere kulturelle Prägungen Berücksichtigung finden können und müssen<sup>10</sup>. Die deutsche Rechtsordnung und verfassungsgerichtliche Praxis bieten mit dem erwähnten Sonderrecht über die Beschneidung und Bestrafung der Zeugen Jehovas für unterlassene Hilfeleistung bereits hinreichend Beispiele für Sonderrecht im Hinblick auf den Schutz der Religionsfreiheit bzw. auf eine Strafmilderung. Das Konzept der cultural defense geht aber potentiell weiter, indem es eine Berücksichtigung kulturell geprägter Andersartigkeit zur Entlastung von Strafbarkeit verlangt. Gegenüber diesem Anliegen ist Skepsis geboten. Zum einen spricht nichts für die Ansicht, dass andersartige Kulturen gegenüber den sich in den strafrechtlichen Anforderungen dokumentierenden Anschauungen achtenswert sind. Zum anderen läuft das Konzept der cultural defense darauf hinaus, potentiell rückständige kulturelle Vorstellungen zu verfestigen und damit der Integration entgegen zu wirken<sup>11</sup>.

Problematisch ist der bloße Rekurs auf die allgemeine Rechtsordnung, der kraft des Territorialitätsprinzips auch jeder Ausländer unterworfen ist, aber auch deshalb, weil er ausklammert, dass die Rechtsordnung der freiheitlichen demokratischen Gesellschaft nur einen Mindeststandard von Verhaltensweisen staatlich regelt und deren Nichtbeachtung sanktioniert, einen Mindeststandard, der für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung für unerlässlich gehalten wird. In der freiheitlichen Gesellschaft beschränkt sich indes der Staat auf den Bereich der äußeren Ordnung. Er ist zwar nicht mehr nur der Nachwächterstaat, der äußere Bedrohungen abwehrt; er ist aber auch kein Erziehungsstaat, der die Stabilität und Wohlfahrt seiner Bevölkerung umfassend im gesellschaftlichen Bereich gestaltet. Freiheitlichkeit, Wohlfahrt und Sicherheit werden daher durch gesellschaftliche Verhaltensregeln und Mechanismen der Konfliktbewältigung und des gegenseitigen Respekts für unterschiedliche Anschauungen gewährleistet. Dazu bedarf es eines gewissen gesellschaftlichen Grundkonsenses, der über die Beachtung der Rechtsordnung hinausgeht.

Das „Mehr“ ist die Summe von Regeln und Verhaltensweisen, die eine innere gesellschaftliche Stabilität und das Funktionieren der wirtschaftlichen und politischen Ordnung ermöglichen. Das Mehr ist aber auch eine Vorstellung von Identität, die sich aus der Geschichte, der religiösen Prägung, der kollektiven Erfahrung und der gesellschaftlichen Entwicklung ergibt. Sowohl der Begriff der „Leitkultur“ als Synonym für die Kultur der Mehrheitsgesellschaft als auch der Begriff der Identität sind heikel. Zum einen, weil in der freiheitlichen Gesellschaft die Mehrheitsgesellschaft nicht der Minderheit ihre

---

<sup>10</sup> Vgl. dazu die eingehende Darstellung von Popp, Cultural Defense und Allgemeine Verbrechenslehre (in diesem Band S. 85 ff.).

<sup>11</sup> In diesem Sinne auch Popp, a.a.O. S. 97 ff.

ungeschriebenen Normen aufoktroyieren darf. Die Freiheit ist die Freiheit des Andersdenkenden und das gilt auch für die eingewanderte Bevölkerung.

Zum anderen ist die völkische Identität ein Begriff mit einer unheilvollen Vergangenheit im Staat des Nationalsozialismus. Identität muss daher im freiheitlich demokratischen Staat etwas anderes sein als eine an ethnischen, rassistischen oder ideologischen Kriterien orientierte Einheit.

## **2. Die „Wertordnung“ des Grundgesetzes und Integration als Antwort auf kulturelle Konflikte**

Die verfassungsrechtliche Antwort auf kulturelle Konflikte, die sich aus großen Migrationsbewegungen ergeben, ist der Hinweis auf die verfassungsrechtlich vorgegebene Wertordnung des Grundgesetzes. Sie ist Bestandteil der Integrationskurse, die mittlerweile im Prinzip für alle Migranten obligatorisch vorgeschrieben sind und mit einer Prüfung beendet werden. Neben dem Erwerb elementarer Sprachkenntnisse stehen Grundkenntnisse der Geschichte und der Freiheitsrechte des Einzelnen auf dem Lehrplan. Vermittelt werden sollen insbesondere religiöse und gesellschaftliche Toleranz, die Gleichstellung von Mann und Frau, die Achtung der Menschenwürde und die Einübung demokratischer Entscheidungsprozesse. Damit soll eine „Umerziehung“ von nicht selten in autoritären Clanstrukturen aufgewachsenen Migranten aus islamischen Staaten erreicht werden.

Die Formulierung „Umerziehung“ hat einen totalitären Beigeschmack. Und in der Tat ist die verfassungsrechtliche Wertordnung, wenn sie sich vom Schutz der Freiheit des Einzelnen entfernt und zur staatlichen Erziehungsaufgabe wird, tendentiell freiheitsgefährdend. So wird denn auch die Politik nicht müde zu betonen, dass dies selbstverständlich die Vielfalt, die sich aus der kulturellen und ethnischen Verbundenheit mit dem Herkunftsstaat ergibt, nicht beeinträchtigen darf. Jeder soll also seine Vorstellungen und Gebräuche weiter pflegen dürfen, aber eben nur, solange die verfassungsrechtliche Wertordnung nicht beeinträchtigt wird.

Dies ist das Credo der deutschen Integrationspolitik und auch dasjenige unserer europäischen Nachbarstaaten, mit freilich erheblichen Unterschieden über die Art und Weise, wie mit kulturellen Konflikten umzugehen ist und was Integration beinhaltet. Das kann den Verfassungsjuristen kaum überraschen, ist doch die Wertordnung in ihrer Integrationsfunktion maßgeblich wiederum von gesellschaftlichen und natürlich auch institutionellen Vorstellungen, z.B. über die Trennung von Staat und Kirche geprägt. Damit soll nicht gesagt werden, dass die Vermittlung von verfassungsrechtlichen Wertvorstellungen überflüssig ist.

Eine gewisse Skepsis scheint mir aber angebracht bezüglich der damit verbundenen Integrationserwartungen. Als sich vor kurzem der türkische Staatspräsident mit seinem Programm zur totalitären Umwandlung des türkischen Staats zu einer islamisch dominierten Ordnung unter weitgehender Außerkraftsetzung der westlichen Freiheitsrechte auch an die seit vielen Jahrzehnten in Deutschland lebenden Deutschtürken wandte, zeigte sich zur Überraschung der deutschen Politiker, dass eine große Mehrheit der in Deutschland lebenden Türken Erdogans Vorgehen inhaltlich billigte. Eine

Mehrheit sprach sich sogar für eine Einbeziehung der Regeln der Sharia in die deutsche Rechtsordnung aus und vertrat die Auffassung einer Unterordnung der staatlichen Rechtsordnung unter die religiösen Gebote. Schlaglichtartig wird damit die potentielle Konfliktslage deutlich. Der Einwand, dass ähnliche Vorstellungen auch von Teilen der christlichen Kirchen vertreten werden, verkennt, dass keine christliche Kirche ernstlich die Verpflichtung zur Beachtung der Rechtsordnung in Frage stellt und auch keine darauf gerichtete Missionsarbeit betreibt, unabhängig davon, wie die politischen Mehrheitsverhältnisse beschaffen sind. Daran zeigt sich, dass die liberale Konzeption verfassungsrechtlich garantierter Freiheiten, einschließlich politischer Gestaltungsrechte, jenseits der von der Verfassungsordnung gezogenen Grenzen auf der Respektierung gewisser ungeschriebener Normen der politischen und gesellschaftlichen Ordnung beruht. Ob dasselbe für den „politischen Islam“ unter den Bedingungen einer ständig größer werdenden Zahl von Muslimen gilt, ist aber zumindest fraglich. Damit stellt sich unausweichlich die Frage, ob die gängigen Integrationskonzepte den Herausforderungen einer Massenzuwanderung kulturell und/oder religiös verschiedener Menschen gerecht werden.

### **3. Integrationskonzepte als Instrumente zur Lösung kultureller Konflikte**

Die Geschichte der Migrationsbewegungen ist eine Geschichte der Konfliktlösungsstrategien durch Integration. Sieht man einmal von der Entstehung von Einwanderungsstaaten, die ihre Identität in der Verschmelzung von verschiedenen Kulturen, die freilich auch nur bedingt stattgefunden hat, ab, so war die These vorherrschend, dass sich Migranten der herrschenden Kultur anpassen, also eine schrittweise Integration durch Assimilierung der 2. und 3. Generation stattfindet. Integration durch Anpassung wurde im Zuge der Globalisierung und Öffnung für fremde Kulturen und Einflüsse verpönt und durch Multikulturalität ersetzt, bei der sich der Staat im wesentlichen der Einflussnahme auf die Zivilgesellschaft enthält. Als auch die multikulturelle Gesellschaft sich nicht als probates Mittel zur Herstellung einer aus sich heraus friedlichen, auf gegenseitige Toleranz, kulturelle Befruchtung und Wohlstandssicherung ausgerichteten Gesellschaftsordnung herausgestellt hat, ist die Multikulturalität durch eine proaktive Integrationspolitik ersetzt worden, die aktive Bemühungen um eine Anpassung von Migranten durch eine aktive Integrationspolitik ersetzt. Im neuen Integrationsgesetz Deutschlands vom August 2016 wird dies durch den politischen Slogan „Fordern und Fördern“ ausgedrückt. Das heißt, von Migranten werden aktive Bemühungen um eine wirtschaftliche aber auch gesellschaftliche Integration gefordert. Andererseits werden aber auch Staat und Gesellschaft in die Pflicht genommen, diese Integration zu fördern. Die Werteordnung des Grundgesetzes soll dabei den rechtlichen und zugleich den integrationspolitischen Rahmen bilden für das Maß der Akzeptanz unterschiedlicher kultureller Vorstellungen und Verhaltensweisen. Im Grundsatz ist dies auch die richtige Strategie für die Bewältigung kultureller Konflikte.

Ungeachtet dessen stellen sich eine Reihe von Fragen:

Die erste betrifft die Gestaltungsfähigkeit von Integration durch staatliche Programme in freiheitlichen Gesellschaften. Natürlich gibt es in jeder Gesellschaft abweichendes oder auch sozialschädliches Verhalten. In gewissen Grenzen ist dies auch unproblematisch und bietet keinen Anlass zu gesetzgeberischem Handeln, wenn es zahlenmäßig nicht überhandnimmt. Die große Zahl verändert jedoch nicht nur die Wahrnehmung, sondern auch die verfassungsrechtliche Bewertung. Dafür sind zwei Faktoren ausschlaggebend. Der erste Faktor ist derjenige der Anpassungsbereitschaft an die Kultur der Mehrheitsgesellschaft. Vereinfacht ausgedrückt – je größer die Gruppe ist, desto geringer ist die Anpassungsbereitschaft und desto größer die Neigung zur Bildung von Parallelgesellschaften. Rechtlich drückt sich dies in der Forderung an die Mehrheitsgesellschaft aus, sich ihrerseits an die Kultur der Migranten anzupassen und dieser den ihr gebührenden Raum in Staat, Bildung, Medien und gesellschaftlichen Institutionen einzuräumen. Damit ist ein zweiter Faktor eng verbunden, nämlich derjenige der gleichberechtigten politischen Mitwirkung als anerkannte Minderheit bei der politischen und gesellschaftlichen Gestaltung der Zukunft. Beide Aspekte sind nicht ohne verfassungsrechtliche Basis, ist doch auch die Weiterentwicklung der kulturellen und gesellschaftlichen Ordnung, einschließlich der Infragestellung der bestehenden Werte und ihrer Interpretation durch die Institutionen, grundsätzlich von der freiheitlich demokratischen Ordnung gedeckt.

Beide Aspekte bergen aber auch verfassungsrechtliche Brisanz in sich. Dies erklärt die heftige Auseinandersetzung über einen zunächst so harmlos klingenden Satz wie denjenigen eines ehemaligen, eher glücklosen deutschen Bundespräsidenten: Der Islam ist ein Teil Deutschlands. Brisanz deshalb, weil die Berufung auf die religiöse Freiheitsentfaltung auch und gerade im öffentlichen Raum den Begriff der Identitätswahrung wieder zum Leben erweckt hat. Dahinter verbirgt sich die Sorge, dass bei aller Respektierung der Freiheitsrechte und des Rechts der Mitwirkung von aus humanitären Gründen aufgenommener Flüchtlinge die gesellschaftliche, politische und kulturelle Ordnung der Mehrheitsgesellschaft Vorrang gegenüber der schleichenden Umwandlung durch die Kultur und Religion der Migranten verdient.

Verfassungsrechtlich kann man das mit der Frage ausdrücken, ob es einen verfassungsrechtlichen Schutz der Mehrheitskultur gegenüber der Kultur der Minderheit gibt. Damit sind wir wieder bei der schwierigen, ja beinahe unlösbar erscheinenden Frage einer verfassungskonformen Definition der Identität und daran anknüpfender Integrationsvorstellungen angelangt. Viele Journalisten haben – zumeist ohne größere Sachkenntnis – die in Integrationskursen für die Abschlussprüfung verwendeten Fragebögen lächerlich zu machen versucht, indem sie die Frage gestellt haben, ob nun Lederhosen, die Teilnahme am Münchner Oktoberfest oder die Kenntnis der Namen der deutschen Fußballnationalmannschaft identitätsprägend sind.

Gewiss ist es schwierig, einen Grundkonsens über die Einhaltung von Regeln und Verhaltensweisen, die den politischen, wirtschaftlichen und sozialen Bestand der Gesellschaft gewährleisten, zu definieren und dessen Akzeptanz zu überprüfen. Es scheint mir aber sicher zu sein, dass der Konsens nicht allein durch die Rechtsordnung definiert werden kann. Es wäre auch fatal, dies allein als staatliche Regelungsaufgabe anzusehen, ebenso wie

---

Integration von Migranten nicht allein als staatliche Funktion begriffen werden kann. Konfliktvermeidung durch Integration bleibt daher eine schwierige Gestaltungsaufgabe, die letztlich in der gemeinsamen Verantwortung der politischen Entscheidungsträger und der Gesellschaft liegt.

Dabei darf die Aufnahme und Anpassungsfähigkeit der Gesellschaft an fremde Kulturen nicht überfordert werden. Dies setzt die Aufrechterhaltung der Steuerungsfunktion des Einwanderungsrechts ebenso voraus wie die Fähigkeit, nicht nur kurzfristig, sondern langfristig aufgenommenen Flüchtlingen eine ökonomische und kulturelle Basis für eine eigenständige Lebensunterhaltssicherung und sozialen Aufstieg zu geben. Dies wird in etwa mit der – während der Flüchtlingskrise offenbar in Vergessenheit geratenen – Zielbeschreibung des deutschen Aufenthaltsgesetzes von 2005 umschrieben: „Das Gesetz dient der Steuerung und Begrenzung des Zuzugs von Ausländern in die Bundesrepublik Deutschland. Es ermöglicht und gestaltet Zuwanderung unter Berücksichtigung der Aufnahme- und Integrationsfähigkeit sowie der wirtschafts- und arbeitsmarktpolitischen Interessen der Bundesrepublik Deutschland. Das Gesetz dient zugleich der Erfüllung der humanitären Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland.“

Weder Identität noch Integration haben allerdings bislang einen verfassungsrechtlichen Eigengehalt erlangt. Dennoch kann man die Gewährleistung der Identität durch Integration als verfassungsrechtlichen Wert begreifen, der die Gesamtheit der Institutionen und Freiheitsrechte erfasst. Das ist in einer allgemein gültigen Definition nicht zu erfassen. Dementsprechend schwierig ist es auch, Anforderungen an eine Integrationspolitik zu definieren, die einerseits die grundrechtlichen Freiheiten und die multikulturellen Spielräume abgrenzt. Voraussetzung jeder auf Konfliktvermeidung ausgerichteten Einwanderungspolitik ist jedoch die Erkenntnis, dass dies nur gelingt, wenn die staatliche Steuerungsfähigkeit aufrecht erhalten bleibt.



# **Appointment of Judges in India: Debates on the 99th amendment of the Constitution**

**Noriyuki Asano, Osaka**

## **I. Introduction**

One of characteristics of the Indian Constitution is huge number of its amendment. During less than 70 years after promulgation, it has been amended 101 times. There may be mainly three reasons regarding large number of the amendment. One is that the amendment procedure of the Constitution is relatively easy.<sup>1</sup> Second is many provisions of the Constitution on administration of states are so detailed that they are required to amend time to time. For example, provisions regarding reservation of seats in Central/ State legislature are temporary legislation, then these provisions are extended their time limit every ten years with constitutional amendment. And third reason is reaction to anti-constitutional judgment. It means, Parliament reacts to unconstitutional judgment with new constitutional amendment.

One of recently featured amendments is 99<sup>th</sup> Amendment in 2015. This amendment is for appointment procedure of Supreme/ High Court judges.

In this presentation, I would like to briefly introduce contents of the 99<sup>th</sup> amendment and related legislations. Later, I would show unconstitutional judgment to 99<sup>th</sup> amendment also.

## **II. Appointment procedure of Supreme/High Court judges in India**

Up to 2014, Art. 124 of the Constitution provides as follows;

Art. 124 (2)

Every judge of the Supreme Court shall be appointed by the President by warrant under his hand and seal after consultation with such of the Judges of the Supreme Court and of the High Courts in the States as the President may deem necessary for the purpose and shall hold office until he attain the age of sixty-five years.

---

<sup>1</sup> Art. 368 (2) provides the procedure to amend the Constitution as below; An amendment of this Constitution may be initiated only by the introduction of a Bill for the purpose in either House of Parliament, and when the bill is passed in each House by a majority of the total membership of that House and by a majority not less than two-thirds of the members of that House present and voting it shall be presented to the President who shall give his assent to the Bill and thereupon the Constitution shall stand amended in accordance with the terms of the Bill.

Provided that in the case of a Judge other than the Chief Justice, the Chief Justice of India shall always be consulted...

As this provision shows, main feature of appointment of SC judge is that even the President appoints, consultation with the Chief Justice of India is required. And in fact, recommendation by CJI bounds appointment.

Relating to procedure of appointment of SC judges, some important judgments or orders are declared. Such cases are so called First, Second and Third Judge Case.

### **1. First Judge Case (1982)<sup>2</sup>**

Beginning of this case was direction from Ministry of Law to Governor/ Chief Minister of State. The order is to require government that one third of High Court judges should be appointed from the other State origins. And also the order request to confirm associate judges' will for transfer. Regarding to this order, writ petition was raised by advocates. Plaintiffs argue that this order violates independence of the judiciary.

Judgment mentioned that the provision requires only consultation, not consent of CJI. That means opinion by CJI does not bind appointment by the President (Government). So that, it was told that this judgment make CJI and Judges of SC loose power on appointment of Judges of Supreme/ High Court.

With this judgment, primacy of the Government in the appointment process of judges of SC and HC were confirmed.

### **2. Second Judge Case (1993)<sup>3</sup>**

Relating to judgment of the First Judge case, meaning of "Consultation" in the process of appointment of Judges of SC and HC was discussed. Judgment of this case declared that appointment of Judges of Supreme/ High Court should be based on "Participatory Consultation". "Participatory Consultation" means the way to form opinion of CJI. Practically, it means to collect opinions of senior judges. The group consisted by such senior judges and CJI was called "Collegium".

This judgment declared primacy of CJI's opinion over the Government regarding appointment of SC/HC judges. However, in this judgment did not mention institution of collegium, such as the number of its members, etc.

### **3. Third Judge Case (1998)<sup>4</sup>**

According to Article 143, the President may refer question to the SC to obtain opinion. In this case, the President mainly referred about meaning of "Consult with CJI" and composition of collegium. The order mentioned that consultation with CJI does not mean sole opinion of the CJI, but it is required

---

<sup>2</sup> *P.Gupta vs. Union of India and Others*, <http://indiankanoon.org/doc/1294854/>.

<sup>3</sup> *Supreme Court Advocate on Record Association and Another vs. Union of India*, <http://indiankanoon.org/753224/>.

<sup>4</sup> *In the Supreme Court of India vs. Civil Advisory Jurisdiction*, Special Reference Case 1 of 1998, <http://indiankanoon.org/829952/>.

---

to form its opinion with the other judges. The order confirmed existence of collegium system.

And the order also mentioned composition of the collegium. In the order, it declared that collegium should be composed by the CJI and four other senior judges of SC. This SC's order affirmed the judgment of the Second Judge case and also make clear collegium system.

#### **4. Critiques to the collegium system**

Even the collegium system was affirmed by the SC order, several critical opinions to the system were appeared. For example, Raju Ramachandran, a senior advocate of SC mentioned that "a court centric judicial collegium is not sufficiently receptive to legal talent outside the courts".<sup>5</sup> Actually, almost all judges of SC have been experienced Chief Justice of HCs, or at least Judges of HCs. Late Justice V. R. Krishna Iyer, a famous ex-SC Judge also mentioned that "Secrecy is incompatible with the Judiciary...".<sup>6</sup> And Justice Krishna Iyer also pointed out that "Judges are qualitatively becoming illiterate and character wise dubious largely because the collegium has no investigative machinery or obligatory principles for selection".<sup>7</sup> With these opinions, it is clear that matters of transparency or limitation of the field covered by the members of the collegium were treated as problems.

### **III. 99<sup>th</sup> Amendment of the Constitution (Passed: Aug 2014, Promulgate: April 2015)**

The Constitution (99<sup>th</sup> amendment) Act, 2014 was promulgated in April of 2015. The bill was already passed the Parliament in August of 2014, but it was required to assent by more than half of State legislatures. The main feature of this amendment is to establish National Judicial Appointment Commission (hereinafter NJAC) to replace with collegium system. With this amendment, several provisions were amended and

Art. 124A provides establishment of National Judicial Appointments Commission. In this article, constitution of the Commission is also provided. According to the article, the NJAC is consisted by the CJI (ex-officio Chairperson of the Commission), two other Senior Judges of SC, Minister of Law and Justice and two nominated eminent persons. One of two eminent persons should be nominated from Scheduled Castes, Scheduled Tribes, Other Backward Classes, Minorities or Women.

Art. 124B provides several functions of the NJAC. First, The NJAC recommends candidates on appointment of the CJI, judges of the SC, Chief Justice and judges of the HC. Second, the NJAC recommends transfer of Chief Justice and Judges of High Court. Third, the NJAC certifies eligibility of candidate.

---

<sup>5</sup> In Paul 2013, p. 263.

<sup>6</sup> Ibid. p. 244.

<sup>7</sup> Ibid. p. 252.

Art. 124C provides Power of Parliament to make law regarding the NJAC. Not only insertion of these articles but some other amendments are done. Based on the Constitutional amendment, new law was enacted.

Based on the 99<sup>th</sup> Amendment Act, National Judicial Appointments Commission Act, 2015 (hereinafter, NJAC Act, 2015) was enacted. This law is a procedural act relating to the 99<sup>th</sup> amendment. The NJAC Act, 2015 contained procedure for selecting judges of SC and HCs. So it is clearly enacted to abolish collegium system. This amendment was sued as Public Interest Litigation on its unconstitutionality.

#### **IV. Judgment on 99th Amendment**

##### **1. National Judicial Appointments Commission Case<sup>8</sup>**

In this case, the point of argument was unconstitutionality of the 99<sup>th</sup> Amendment and NJAC Act, 2015. The plaintiff argued that the amendment and new legislation violated independence of the Judiciary. SC declare in its order that the 99<sup>th</sup> amendment and NJAC Act, 2015 as unconstitutional due to violation of basic structure of the Constitution. In its order, it was told that supremacy of Judiciary at the appointment of judges of SC and HCs is basic structure of the Constitution.

Basic structure of the Constitution is a theory that is recognized in Khesavananda Bharati case in 1973. In the case, SC ruled that there are some elements in the Constitution which cannot be amended by the legislature. That means amending these elements would be unconstitutional. In Khesavananda Bharati case, judges declare democracy, federal system, separation of power, national integration etc. are examples of basic structure. Though this concept is not provided in the Constitution, it is broadly recognized.

##### **2. Critique to the Judgment and Government's action**

Especially from the government side, there are some critical opinions to this order. For example, A. Jaitley, a Minister of Finance, criticize the judgment that supremacy of independence of Judiciary on appointment of Judges would leads to ignorance of other basic structures of the Constitution. Also Jaitley mentioned Parliamentary Democracy should be more important among many elements of basic structures of the Constitution.

Government would take a counter action to the judgment. Recently, government made a bill for amendment of the Constitution. This bill would insert new subsection (5A) in Art. 366 (definition clause). Subsection (5A) would be as follows;

(5A) "Consultation"

"consultation" means action or process of formally consulting or discussing with other in a merely consultative, advisory and non-binding manner.

---

<sup>8</sup> WP (Civil) 13 of 2015, *Supreme Court Advocates-on-Record Association & Another vs. Union of India*.

---

In this provision, most important part are words of “non-binding manner”. This amendment is not yet passed, however, this provision reflects government’s attitude to the NJAC case’s order.

## V. Conclusion

Independence of Judiciary is an important element of rule of law. Considering independence of Judiciary, way of appointment of judges shows how judiciary has discretionary power. Tension between Executive (Government) and Judiciary reflects to arguments on the 99<sup>th</sup> amendment by Government and Judiciary.

Such relation between Government and Judiciary might affect to legislative policy. For example, Modi government like to introduce Uniform Civil Code (Uniformed family law).

Thinking about matters relating to appointment of judges may leads to think about problems between Government and Judiciary, and it may also leads to review several legal systems in India and Indian peoples’ life also.

## Bibliography

- Bakshi, P.M. *The Constitution of India (14<sup>th</sup> edition)* Universal Law Publishing, 2017.
- Chandrachud, Abhinav *The Informal Constitution: Unwritten Criteria in Selecting Judges for the Supreme Court of India*, Oxford University Press, New Delhi, 2014.
- Choudhry, S. et.al. *The Oxford Handbook of the Indian Constitution*, Oxford University Press, London, 2016.
- Nobuo Kochu and Noriyuki Asano, *Indo no Kenpo* (Indian Constitution) kansai University Press, 2006.
- Paul, Santosh (ed.) *Choosing Hammurabi: Debates on Judicial Appointments*, Lexis Nexis, Gurgaon, 2013.
- Seervai, H.M. *Constitutional Law of India (Fourth edition)*, Tripathi, Bombay, 1994.
- Singh, Mahendra P. *V.N.Shukla’s Constitution of India (12<sup>th</sup> edition)* Eastern Book Company, 2013.



---

# Konvergenz der Wirtschaftsrechtsordnungen bei divergenten rechtskulturellen Grundlagen

Jochen Glöckner, Konstanz

## I. Einleitung

Die Internationalisierung und Globalisierung von Wirtschaft und Märkten hat dazu geführt, dass auch das Recht der Wirtschaft sich in relevanten Teilgebieten – etwa dem Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, dem Kartellrecht oder dem Immaterialgüterrecht – über die Grenzen der Jurisdiktionen hinweg sehr weitgehend konvergent entwickelt hat, sei es auf der Grundlage internationaler Vereinbarungen wie dem TRIPs, sei es auf der Grundlage einer „weichen“ Harmonisierung wie innerhalb des ICN oder auf der Grundlage von nicht-staatlicher Standardisierung wie den IFRS. Unter der glatten Oberfläche scheinbarer Konvergenz liegen indes die zackigen Riffs unterschiedlicher rechtskultureller Grundlagen verborgen. Nachfolgend soll anhand von drei Beispielen die Existenz solcher Divergenzen aufgezeigt werden, bevor einige Schlussfolgerungen gezogen werden.

## II. Die Bedeutung unterschiedlicher Teleologien

### 1. Äußerliche Konvergenz des Kartellrechts

In Wirtschaftsordnungen, die zumindest teilweise auf den Wettbewerb als Ordnungsprinzip zurückgreifen, wird dessen Funktionsfähigkeit geschützt, indem Beschränkungen der Freiheit des Wettbewerbs verboten werden. Gemeint sind damit aber nicht Beschränkungen des Wettbewerbs durch den Staat, sondern durch die Marktteilnehmer selbst. Insoweit besteht gleichsam weltweit Konsens über die schädlichsten Verhaltensformen:

Verboten werden zunächst wettbewerbsbeschränkende Abreden zwischen Mitbewerbern, die auf derselben Marktstufe tätig werden und sich an dieselben Abnehmer- bzw. Lieferantenkreise wenden (sog. horizontale Abreden). Im deutschen Sprachgebrauch werden solche Abreden als Kartelle bezeichnet. Sogenannte Hardcore-Kartelle legen Mindestpreise fest, beschränken die Produktion, teilen Märkte auf oder weisen Territorien zu.

Bei Abreden zwischen Marktteilnehmern, die auf unterschiedlichen Marktstufen stehen und sich an jeweils verschiedene Abnehmer- bzw. Lieferantenkreise wenden (sog. vertikale Abreden), ist die Begründung der wettbewerbsschädigenden Wirkung schwerer. Sie gelingt jedoch häufig wegen der wettbewerbsdämpfenden Wirkung der sog. vertikalen Preisbindung

(Preisbindung zweiter Hand) oder wegen der marktverschließenden Wirkung von Exklusivitätsvereinbarungen, Vertriebs- und Werbebeschränkungen.

Auch einseitiges Verhalten von Marktteilnehmern kann den Wettbewerb beschränken. Einer besonderen Verantwortung im Hinblick auf den Schutz des wirksamen Wettbewerbs werden jedoch nur marktbeherrschende Unternehmen unterworfen. Ihnen ist zum einen verboten, Behinderungspraktiken mit marktverschließender Wirkung gegenüber eigenen Wettbewerbern einzusetzen (Behinderungsmissbrauch), zum anderen die Marktgegenseite als Folge ihrer marktbeherrschenden Stellung auszubeuten (Ausbeutungsmissbrauch).

Schließlich wird die künstliche Entwicklung wettbewerbsbehindernder Strukturen durch Fusionen bzw. Unternehmenserwerb für wettbewerbsfeindlich gehalten und daher einer besonderen Kontrolle unterworfen (Fusionskontrolle).

Im Hinblick auf diese überschaubare Zahl von wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen und darauf bezogenen Tatbeständen des Kartellrechts sowie die besondere Herausforderung an die internationale Koordination der Rechtsanwendung, die durch die kollisionsrechtliche Anwendung des sog. Auswirkungsprinzips weltweit ausgelöst wird, wurde im Jahr 2001 das *International Competition Network* (ICN) von den seinerzeit einflussreichsten Durchsetzungsbehörden auf dem Gebiet des Kartellrechts gegründet. Ohne den Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages zur Harmonisierung des materiellen Kartellrechts<sup>1</sup> oder des Kartellverfahrensrechts ist das ICN bereits bis 2009 auf über hundert Wettbewerbsbehörden aus über neunzig Jurisdiktionen angewachsen<sup>2</sup>. Inzwischen wird es durch Repräsentanten von *stakeholdern* unterstützt. Das ICN wird im Rahmen von Arbeitsgruppen tätig, die sich bestimmten Problemkonstellationen zuwenden. Die Ergebnisse werden in Berichten veröffentlicht. Durch regelmäßige Treffen und den damit verbundenen Gedankenaustausch werden die genannten Grundtatbestände des Kartellrechts in spürbarer Weise konsistenter angewendet als vor dem Entstehen des ICN.

## 2. Verbleibende Unterschiede

Wenngleich damit auf den ersten Blick alle Bedingungen für eine auch grenzüberschreitend homogene Entwicklung des Kartellrechts erfüllt scheinen, werden in der Praxis rasch Unterschiede sichtbar, die an Glaubenskriege erinnern, wobei es nur wenig beruhigend ist, dass dieselben Auseinandersetzungen

---

<sup>1</sup> Eine Einbindung des Kartellrechts in das WTO-Regime im Zuge der Doha-Runde der GATT-Verhandlungen misslang, vgl. nur *Heinemann*, Geistiges Eigentum im internationalen Kartellrecht, in: *Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit*, Ohly/Klippel (Hrsg.), 2007, S. 199, 204.

<sup>2</sup> ICN Factsheet and Key Messages, April 2009, <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc608.pdf>>, site zul. besucht am 02.02.2017.

zungen gelegentlich auch innerhalb einzelner Jurisdiktionen geführt werden<sup>3</sup>. Diese Unterschiede beruhen auf fundamentalen Gegensätzen beim Verständnis sowohl des Zwecks als auch der Funktionsweise des Kartellrechts:

In verschiedenen Jurisdiktionen, insbesondere in jüngeren, sich entwickelnden Wirtschaftssystemen, wird das Kartellrecht instrumentalisiert, um vermeintlich übermächtige internationale Konzerne zu bändigen.<sup>4</sup> Besondere Probleme entstehen auf der anderen Seite, wenn staatliche Unternehmen selbst Adressaten der kartellrechtlichen Tatbestände werden sollen.<sup>5</sup> Insbesondere in sozialistischen Marktwirtschaften fällt es häufig schwer, den politischen Einsatz des Kartellrechts zu unterbinden und private Marktteilnehmer gegen übermächtige Staatsunternehmen zu schützen. Der Einsatz des Kartellrechts zu industriepolitischen Zwecken ist aber auch in entwickelten Marktwirtschaften kein unbekanntes Phänomen<sup>6</sup>.

Selbst wo der Schutz des Kartellrechts unter wohlfahrtsökonomischen Gesichtspunkten auf den Wettbewerb beschränkt ist, ist die Auslegung dieses Schutzes keineswegs einheitlich. Nach einer Auffassung dient das Kartellrecht unmittelbar dem Schutz der Verbraucher. Der Wettbewerbsprozess sowie die am Wettbewerbsprozess beteiligten Unternehmen gelangen eher reflexhaft in den Genuss des Schutzes<sup>7</sup>. Es verwundert nicht, dass nach dieser Auffassung allein die Existenz eines notfalls gerichtsfest gemachten Schadens für die Verbraucher ein Eingreifen der Kartellrechtsordnung trägt. Demgegenüber stellt die Gegenansicht den Schutz des Wettbewerbsprozesses in den Vordergrund und geht davon aus, dass auch eine Beeinträchtigung

<sup>3</sup> So etwa zur Kontrolle einseitigen Verhaltens in den USA etwa *Popofsky*, Sherman Act Section 2 Joint Hearing: Tying Hr'g Tr. 59, Nov. 1, 2006; „[T]here is a holy war raging over the appropriate liability standard under Sherman Act Section 2 generally“, ähnlich *Salop*, Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flawed Profit-Sacrifice Standard, 73 Antitrust L.J. 311, 312 (2006): „There is currently great intellectual ferment over the proper antitrust liability standard governing allegedly exclusionary conduct under Section 2 in the United States and Article 82 in Europe“. Ähnlich stellt sich die innerhalb der EU geführte Debatte um die Bedeutung des sog. *more economic approach* dar.

<sup>4</sup> Vgl. etwa die Wiedergabe diesbezüglicher Vorwürfe in *Dethof/Zhan*, Chinesische Kartellbehörden setzen Kartellrecht verstärkt durch, 02.10.2014, <<http://www.fieldfisher.com/publications/2014/10/chinesische-kartellbehoerden-setzen-kartellrecht-verstaerkt-durch#sthash.DWEy4mFH.dpbs>>, site zul. besucht am 02.02.2017.

<sup>5</sup> Weil Entwicklungsländer befürchteten, das Kartellrecht müsse u.U. dazu eingesetzt werden, öffentliche Monopole aufzubrechen, wurde das Kartellrecht aus dem Verhandlungsprogramm der Doha-Runde der GATT-Verhandlungen entfernt, *Heinemann*, in: Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 199, 204. Doch auch in entwickelten Volkswirtschaften ist die kartellrechtliche Haftung staatlicher Institutionen nicht selbstverständlich, vgl. Conseil d'État N° 393721, ECLI:FR:CESSR:2016:393721.20160415, Publié au recueil Lebon.

<sup>6</sup> Insbesondere in der Fusionskontrolle finden nicht selten industriepolitische Argumente Raum.

<sup>7</sup> Plastisch *Posner*, Antitrust Law, 2. Aufl., 2001, S. 29: „Efficiency is the ultimate goal of antitrust, but competition a mediate goal that will often be close enough to the ultimate goal to allow the judge to look no further.“

der Marktstruktur als solche ohne die konkrete Schädigung von Verbrauchern das Eingreifen der Kartellrechtsordnung gebieten kann<sup>8</sup>.

Ihren sichtbarsten Ausdruck findet diese Auseinandersetzung in der weltweit unterschiedlich beantworteten Frage, ob der kartellrechtswidrige Preiskampf in Vernichtungsabsicht zwingend einen Verlustausgleich bzw. dessen konkrete Gefahr erfordert<sup>9</sup>. Es liegt auf der Hand, dass ein konkreter Schaden für die Verbraucher für die objektiv beweiselastete Partei nur schwer begründet werden kann. Ähnliches gilt auch dann, wenn zwar auf das Erfordernis eines konkreten Verbraucherschadens verzichtet wird, aber die Rechtswidrigkeit einer Vereinbarung an nachgewiesene negative Marktauswirkungen geknüpft wird. Die zugrunde gelegte Teleologie des Kartellrechts wirkt sich somit unmittelbar auf der Ebene der Rechtsanwendung aus.

### III. Die Bedeutung unterschiedlicher Menschen- und Verbraucherleitbilder

#### 1. Äußerliche Konvergenz im Lauterkeitsrecht der Europäischen Union

Dem Lauterkeitsrecht geht es um den Schutz des Wettbewerbs gegen Verfälschungen. Aus Gründen der Vereinfachung soll nachfolgend allein auf diejenigen Bereiche eingegangen werden, in denen der Wettbewerb verfälscht wird, indem Unternehmen die geschäftlichen Entscheidungen von Verbrauchern beeinflussen. Dabei ist eine gewisse Form der Beeinflussung dem Wettbewerb immanent: Verbraucher sind etwa darauf angewiesen, Kenntnis vom Angebot der Marktteilnehmer zu erhalten. Ohne Kenntnisse von den sich „um die Wette bewerbenden“ Angeboten fehlt es an der für den Wettbewerb erforderlichen Austauschbarkeit der Leistungen. Selbstverständlich sollen die Unternehmen die Verbraucher auch durch die Qualität und Preiswürdigkeit ihrer Leistungen überzeugen. Ob der Begriff „Leistungswettbewerb“<sup>10</sup> hierfür

---

<sup>8</sup> EuGH v. 15.03.2007, Rs. C-95/04 P – *British Airways*, Slg. 2007, I-2331 Rn. 106; EuGH v. 16.04.2009, Rs. C-202/07 P – *France-Télécom*, Slg. 2009, I-2369 Rn. 105; EuGH v. 17.02.2011, Rs. C-52/09 – *TeliaSonera*, Slg. 2011, I-527, Rn. 24, EuGH v. 27.03.2012, Rs. C-209/10 – *Post Danmark*, ECLI:EU:C:2012:172, Rn. 20; EuGH v. 17.07.2014, Rs. C-553/12 P – *DEI*, ECLI:EU:C:2014:2083, Rn. 68; EuGH v. 17.09.2007, Rs. T-201/04 – *Microsoft*, Slg. 2007, II-3601 Rn. 105.

<sup>9</sup> Vgl. dazu die Darstellung in ICN, Report on Predatory Pricing, prepared by The Unilateral Conduct Working Group, Presented at the 7th Annual Conference of the ICN, Kyoto, April 2008, S. 17.

<sup>10</sup> Die Unterscheidung zwischen „Leistungswettbewerb“ einerseits und „Behinderungswettbewerb“ andererseits wurde von *Nipperdey* in einem Parteigutachten für die beklagten Kartellanten im Benrather Tankstellen-Fall, RG v. 18.12.1931, II 514/30, RGZ 134, 342, entwickelt, *Nipperdey*, Wettbewerb durch Existenzvernichtung, 1930, S. 16 ff. *Nipperdey* baute seinerseits auf den Arbeiten *Lobes* auf, vgl. *Lobe*, Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, 1907, Bd. I, S. 9 ff. Die heute verwendete Unterscheidung zwischen Leistungs- und *Nichtleistungswettbewerb* wurde von *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, S. 73 ff., 178 ff., 250 ff., entwickelt. Den Begriff als solchen verwendet auch der EuGH bisweilen, EuGH v. 03.07.1991, Rs. 62/86 – *AKZO*, Slg. 1991, I-3359 Rn. 70; EuGH v. 06.12.2012, Rs. C-457/10 P – *AstraZeneca AB*, ECLI:EU:C:2012:770, Rn. 74 ff.

benutzt werden sollte, ist bis heute umstritten<sup>11</sup>. Jedenfalls entspricht es heute herrschender Auffassung, dass die Unternehmen nicht auf die objektive Qualität ihrer gewerblichen Leistungen beschränkt werden dürfen, wenn es um die Beeinflussung ihrer Abnehmer geht<sup>12</sup>. Auch ein vermittelter sozialer Zusatznutzen vermag die Leistung des Unternehmers zu prägen und darf im Wettstreit um Kunden eingesetzt werden.

Verfälscht wird der Wettbewerb indes zum Nachteil der Verbraucher, wenn entweder deren Entscheidungsgrundlage manipuliert wird, indem etwa die Verbraucher über die Qualität der Leistung irregeführt oder ihnen für ihre geschäftliche Entscheidung wesentliche Informationen vorenthalten werden. Dasselbe gilt, wenn der Entscheidungsprozess in qualifizierter Weise beeinträchtigt wird, indem in besonders aggressiver Weise auf die geschäftliche Entscheidung der Verbraucher eingewirkt wird, so dass diese eine geschäftliche Entscheidung treffen, die sie ohne eine so aggressive Form der Beeinflussung nicht getroffen hätten.

Es liegt auf der Hand, dass in all diesen Bereichen die Übergänge von der wettbewerbskonformen und zulässigen Beeinflussung der Verbraucher hin zur wettbewerbsverfälschenden und verbotenen Beeinflussung ganz wesentlich davon abhängen, welcher Verbraucher der Bewertung zugrunde gelegt wird.

Zunächst ist davon auszugehen, dass sich die meisten geschäftlichen Handlungen von Unternehmen gegenüber Verbrauchern nicht an einzelne Personen richten, sondern an eine unbegrenzte Zahl von Verbrauchern, die etwa eine Website besuchen, ein Plakat oder eine Werbeanzeige sehen, einen TV-Spot vorgeführt bekommen oder Adressaten von Postwurfsendungen sind. Es kann daher nicht auf das Verständnis einzelner Adressaten abgestellt werden. Maßgeblich ist stets ein in bestimmter Form aggregiertes Verständnis der angesprochenen Adressaten. Anders als beim strafrechtlichen Betrug, der zum Nachteil eines bestimmten Geschädigten begangen wird, handelt es sich nicht um Tatbestände des Individualschutzes, sondern um Tatbestände zum Schutz kollektiver Interessen. Insoweit stellt sich die Folgefrage, wie mit diesem Umstand in der Rechtsanwendung zu verfahren ist: Gedanklich kann entweder auf Gruppen realer Adressaten abgestellt werden („Referenzverbraucher“), oder aber die maßgeblichen Begriffe können streng normativ verstanden werden, so dass eine Beweisführung über das tatsächliche Verständnis ausgeschlossen scheint.

Unabhängig von der Methode der Feststellung stellt sich die Frage nach den materiellen Maßstäben: Soll für die normative Anwendung oder im Fall der empirischen Anwendung eine Referenzgruppe gewählt werden, die gut ausgebildet, intelligent und wachsam ist sowie sich die Zeit nimmt, sich sorgfältig und, wenn nötig, vertieft mit den Werbebehauptungen auseinanderzusetzen, oder soll auf Adressaten abgestellt werden, die viel-

---

<sup>11</sup> Zutreffend krit. *Rittner/Dreher/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 8. Aufl., 2014, Einl Rn. 3, § 6 Rn. 721.

<sup>12</sup> BGH v. 22.09.2005, I ZR 55/025 - *Artenschutz*, GRUR 2006, 7; BGH v. 26.10.2006, I ZR 97/04 - *Regenwaldprojekt*, GRUR 2007, 251.

leicht weniger gut ausgebildet und intelligent sind oder sich weniger Zeit nehmen, die Werbebehauptungen zu hinterfragen?

Bis in die 1980er Jahre hinein unterschieden sich die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, wie sie damals noch hieß, diesbezüglich sehr grundlegend: Während in Deutschland seit dem Ende des 19. Jahrhunderts der Grundsatz galt, dass die Existenz von Reklameschwindel keine Rechtfertigung für Schwindelreklame<sup>13</sup> sein dürfe, hielt man etwa in Italien den *pater familias* für sehr viel misstrauischer: Das römische Rechtssprichwort *mercator semper mendax* (der Händler ist immer ein Lügner) lebte hier im Lauterkeitsrecht fort.<sup>14</sup> Die ersten Rechtsakte der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, die Irreführungsverbote begründeten, insbesondere Art. 3 der Richtlinie über irreführende Werbung aus dem Jahr 1984<sup>15</sup>, enthielten keine Festlegung im Hinblick auf die Methode oder den Inhalt des zugrunde gelegten Irreführungsbegriffs.

Es blieb der Europäischen Rechtsprechung überlassen, beide Aspekte zu entwickeln. Es dauerte bis zum Jahr 1998, als der EuGH in der Entscheidung *Gut Springenheide*<sup>16</sup> sowohl im Hinblick auf die Methode als auch das maßgebliche Verbraucherleitbild für die Rechtspraxis in der bis dahin auf 15 Mitgliedstaaten angewachsenen Europäischen Union Wegleitung gab: Er hielt fest, dass er selbst über den irreführenden Charakter von an Verbraucher gerichteten Angaben selbst entschieden habe und davon ausgehe, dass die mitgliedstaatlichen Gerichte dazu ebenfalls in der Lage seien. Andererseits schloss er nicht aus, dass es in bestimmten Situationen hilfreich sein könne, empirische Befunde in das Verfahren einzubringen<sup>17</sup>. Insbesondere Gutachten von Sachverständigen, die sich auf Verbraucherbefragungen stützen, können daher den Streit um das Bestehen einer Irreführungsgefahr beeinflussen.

Daneben legte der EuGH die Rechtsanwender auf den Maßstab eines „normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher[s]“ fest<sup>18</sup>. Der Schutz wird also weder auf besonders gewitzte und kluge Verbraucher beschränkt, noch auf besonders dumme und uninformierte Verbraucher ausgedehnt, sondern an einem durchschnittlich informierten Durchschnittsverbraucher ausgerichtet. Als besonders weise hat sich die Formulierung erwiesen, dass die Aufmerksamkeit nicht vom Erfordernis der Durchschnittlichkeit abhängen darf, sondern stets

---

<sup>13</sup> RG v. 06.10.1903, Rep. 3453/03, RGSt 36, 377, 378.

<sup>14</sup> Vgl. *Schricker*, Die Bekämpfung der irreführenden Werbung in den Mitgliedstaaten der EG, GRUR Int. 1990, 112, 116 ff.

<sup>15</sup> Richtlinie 84/450/EWG des Rates vom 10. September 1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung, ABl. 1984 Nr. L 250/17.

<sup>16</sup> EuGH v. 16.07.1998, Rs. C-210/96 – *Gut Springenheide*, Slg. 1998, I-4657.

<sup>17</sup> EuGH v. 16.07.1998, Rs. C-210/96 – *Gut Springenheide*, Slg. 1998, I-4657, Rn. 30 ff., 35.

<sup>18</sup> EuGH v. 16.07.1998, Rs. C-210/96 – *Gut Springenheide*, Slg. 1998, I-4657, Rn. 37. Die seinerzeit noch verwendete deutsche Formulierung „durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher“ wurde später in die im Text zitierte Fassung geändert, vgl. *Sack*, Die neue deutsche Formel des europäischen Verbraucherleitbilds, WRP 2005, 462. Vgl. inzwischen etwa EuGH v. 19.06.2014, verb. Rs. C-217, 218/13 – *Oberbank AG u.a. ./ Deutscher Sparkassen- und Giroverband e. V.*, ECLI:EU:C:2014:2012, Rn. 39 m.w.N.

„angemessen“ (en. *reasonably*, fr. *raisonnablement*) sein muss. Damit wird berücksichtigt, dass unterschiedliche Formen von an Verbraucher gerichteten geschäftlichen Handlungen situationsabhängig mit durchaus unterschiedlichen Aufmerksamkeitsgraden wahrgenommen werden und wahrgenommen werden dürfen: Die Plakatreklame am Rand einer vielspurigen Stadtautobahn wird sicher nicht mit Sorgfalt studiert werden können. Anders liegen die Umstände etwa bei einer umfangreichen Informationsbroschüre über ein neues Automobil, welche der Durchschnittsverbraucher in Ruhe und mit großer Aufmerksamkeit studiert.

Diese Rechtsprechung des EuGH wurde nicht allein in den vergangenen beinahe zwanzig Jahren kontinuierlich fortgesetzt, sondern hat auch Eingang in jüngere Rechtsakte der Europäischen Union gefunden, insbesondere in die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-Richtlinie; UGP-RL) aus dem Jahr 2005<sup>19</sup>, die eine Totalharmonisierung von geschäftlichen Handlungen von Unternehmen gegenüber Verbrauchern bewirkt hat. Auf dieser Grundlage möchte man meinen, dass es der Unionsrechtsordnung gelungen sei, im Prozess der europäischen Rechtsintegration bestehende kulturelle Unterschiede zu nivellieren.

## 2. Law in the books and law in action

Umso bemerkenswerter ist allerdings die unter dieser seit 1998 verwendeten Formel eingetretene Rechtsentwicklung: Insbesondere die Hinwendung zum Durchschnittsverbraucher war ursprünglich darauf zurückgegangen, dass innerhalb eines Marktes von zunächst sechs, später bis zu fünfzehn Mitgliedstaaten mit unterschiedlichen Verbrauchergewohnheiten die Zugrundelegung eines allzu großzügigen Verbraucherleitbildes der erwünschten Marktintegration im Wege gestanden hätte. Das lässt sich an einfachen Beispielen zeigen:

So durfte etwa in Belgien Margarine allein in kegelstumpfförmigen Plastikbechern vertrieben werden. Auf diese Art und Weise sollte sichergestellt werden, dass die belgischen Verbraucher die minderwertige Margarine nicht mit der wertvolleren echten Butter verwechselten. Die einschlägigen Vorschriften gingen auf den Anfang des zwanzigsten Jahrhunderts zurück. Sollte nun aber in den 1970er Jahren französische oder deutsche Margarine, die nicht in solchen kegelstumpfförmigen Bechern vertrieben wurde, nach Belgien importiert werden, so stellte das damit aufgestellte Erfordernis der Umverpackung eine erhebliche Behinderung des freien Warenverkehrs innerhalb der Gemeinschaft dar<sup>20</sup>. Sie konnte zwar durch zwingende Erfordernisse des Verbraucherschutzes gerechtfertigt werden und der EuGH erkannte die

---

<sup>19</sup> EGr. 18 Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, ABl. 2005 Nr. L 149/22.

<sup>20</sup> Vgl. EuGH v. 10.11.1982, Rs. 261/81 - *Rau*, Slg. 1982, 3962.

Verhinderung von Irreführungsgefahren stets als solche an<sup>21</sup>. Bei einer allzu großzügigen Bejahung der Irreführungsgefahr wäre der Binnenmarkt jedoch zum Scheitern verurteilt gewesen.

Vor diesem Hintergrund entwickelte der EuGH die sog. *labelling doctrine*: Die befürchtete Irreführung der Verbraucher könne auch durch hinreichend deutliche Kennzeichnung wirksam ausgeschlossen werden. Die Kennzeichnung sei ein milderer Mittel, um dem zwingenden Erfordernis des Verbraucherschutzes Rechnung zu tragen. Der EuGH legte insbesondere die Annahme zugrunde, dass Verbraucher, die sich in ihrer Kaufentscheidung nach der Zusammensetzung des Erzeugnisses richteten, zunächst das Verzeichnis der Zutaten läsen, dessen Angabe unionsrechtliche Kennzeichnungsvorschriften anordnen<sup>22</sup>.

Seit Anfang der neunziger Jahre war der Binnenmarkt innerhalb der Europäischen Union jedoch vollendet. Überdies hatte sich das unionsrechtliche Verbraucherrecht stark ausgedehnt. Spätestens seit der Entscheidung des EuGH über das unionsrechtliche Tabakwerbeverbot aus dem Jahr 2000<sup>23</sup> ging die Europäische Union dazu über, selbst totalharmonisierende und überaus restriktive verbraucherrechtliche Vorschriften zu erlassen. So wurde es nunmehr beispielsweise für unzulässig erklärt, als solche schädliche Nahrungsmittel wie etwa alkoholische Getränke mit tatsächlich vorhandenen positiven Eigenschaften zu bewerben<sup>24</sup>, was in erheblichem Widerspruch zu der älteren Rechtsprechung stand, wonach dem Verbraucher zutreffende Information nicht vorenthalten werden durften<sup>25</sup>.

Auch wurde seit 2005 die an Verbraucher gerichtete Werbung abschließend harmonisiert. Das dem zwingenden Erfordernis des Verbraucherschutzes widerstreitende Interesse an Marktintegration ist damit entfallen. Es verwundert nicht, dass seit diesem Zeitpunkt auch der Europäische Gerichtshof unter derselben Formel ein stark gewandeltes Verbraucherleitbild zugrunde legt: Er nimmt nunmehr an, dass etwa Verbraucher, die mit der Mitteilung eines Gewinns angelockt werden, nicht von der annähernd kostenfreien Möglichkeit Gebrauch machen, sich per Post über dessen Inhalt und die Modalitäten der Inanspruchnahme zu erkundigen, son-

---

<sup>21</sup> EuGH v. 20.02.1979, Rs. 120/78 - *Rewe-Zentral AG* ././ *Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Slg. 1979, 649, Rn. 13.

<sup>22</sup> Insb. EuGH v. 06.10.1995, Rs. C-51/94 - *Kommission* ././ *Bundesrepublik Deutschland*, Slg. 1995, I-3599, Rn. 34: Für deutsche Verbraucher, die erwarten, dass eine als „Sauce hollandaise“ bezeichnete Fertigsauce mit Butter zubereitet werde, genüge ein zutreffendes Zutatenverzeichnis, um eine etwaige Irreführungsgefahr zu beseitigen; EuGH v. 04.04.2000, Rs. C-465/98 - *Darbo*, Slg. 2000, I-2297, Rn. 22: Im Hinblick auf die mit der Bezeichnung „naturrein“ für Konfitüre begründete Irreführungsgefahr im Hinblick auf den tatsächlich erfolgten Zusatz von Pektin genüge die zutreffende Angabe im Zutatenverzeichnis.

<sup>23</sup> EuGH v. 05.10.2000, Rs. C-376/98 - *Bundesrepublik Deutschland* ././ *Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union*, Slg. 2000, I-8419 Ls. 2, 3.

<sup>24</sup> Art. 4 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel, ABl. 2006 Nr. L 404/9. Vgl. dazu EuGH v. 06.09.2012, Rs. C-544/10 - *Deutsches Weintor*, ECLI:EU:C:2012:526, Rn. 41: unzulässige Bezeichnung eines tatsächlich säurereduzierten Weißweins als „bekömmlich“.

<sup>25</sup> EuGH v. 07.03.1990, Rs. C-362/88 - *GB-INNO*, Slg. 1990, I-683 Rn. 19.

dern spontan zum Telefon greifen und kostspielige Mehrwertdienste nutzen werden<sup>26</sup>, oder dass Verbraucher, die auf einer Umverpackung von Tee Hagebutten und Vanille erkennen, nicht mehr das Zutatenverzeichnis lesen werden, um festzustellen, dass der Tee weder Hagebutten noch Vanille enthält<sup>27</sup>. Weil die Finalität des Regelungskontexts sich verändert hat, hat sich auch die Anwendung des vereinheitlichten Verbraucherleitbildes in der Sache grundlegend gewandelt. Immerhin ist es bei der vereinheitlichenden Wirkung geblieben, wenngleich das mit dieser Entwicklung verbundene methodische Problem des Einsatzes von Blankettformeln nicht zu vernachlässigen ist.

#### **IV. Die Bedeutung unterschiedlicher staatsrechtlicher Vorverständnisse für die Rechtsanwendung durch die Gerichte**

##### **1. Entstehung einer „neuen Rechtsordnung“ in der Europäischen Union**

Der Rechtsanwendung durch Gerichte liegt zumindest unausgesprochen jeweils das Vorverständnis der Gerichtspersonen bezüglich ihrer Einbindung in die staatlichen Gewalten zugrunde. Das lässt sich auf der einen Seite an der Unterscheidung zwischen Common Law und kontinentaleuropäischer Rechtstradition ablesen: Während im Common Law die Gerichte selbst anwendbares Recht setzen und Gerichtsentscheidungen Rechtsquellen im eigentlichen Sinne („*case law*“) darstellen, „sprechen“ Gerichte in kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen eben nur das vom Gesetzgeber geschaffene Recht. Für die Praxis mögen die strukturellen Unterschiede weitgehend verwischt sein; das Grundverständnis wird hierdurch nicht berührt.

Das Verhältnis der Gerichte zur Legislative und Exekutive spielt auch darüber hinausgehend eine entscheidende Rolle: Während Common Law-Gerichte von einer sehr starken Stellung des Parlaments als Gesetzgeber ausgehen und nur selten geneigt sind, dessen Anordnungen zu übergehen, ist dies bei kontinentaleuropäischen Gerichten häufig anders. Schließlich spielt die Einbindung der Gerichte in die Verwaltung eines Staates eine nicht unerhebliche Rolle im Hinblick auf die Selbstständigkeit und Unabhängigkeit der Gerichtspersonen.

Was innerhalb von anfangs sechs, inzwischen 28 mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen der Europäischen Union jeweils entsprechend den nationalen Rechtskulturen galt und gilt, musste innerhalb der europäischen Institutionen – zu denken ist dabei auch an gerichtsähnliche Institutionen wie etwa das Amt der EU für Geistiges Eigentum (EUIPO; früher: Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt, HABM) – und insbesondere in den europäischen Gerichten erst definiert werden:

Hier besteht *a priori* eine unterschiedliche funktionale Einbindung im Verhältnis zu den übrigen Institutionen der Europäischen Union. Hinzu kommt die Interaktion mit den Institutionen der Mitgliedstaaten. Die europäischen Gerichte mussten daher insbesondere Farbe bekennen, wie sie in der

---

<sup>26</sup> EuGH v. 18.10.2012, Rs. C-428/11 - *Purely Creative Ltd*, ECLI:EU:C:2012:651, Rn. 49.

<sup>27</sup> EuGH v. 04.06.2015, Rs. C-195/14 - *Teekanne*, ECLI:EU:C:2015:361, Rn. 38 ff.

Form, aber auch in der Sache entscheiden und in welchem Verhältnis sie sich zum europäischen Gesetzgeber sehen. Das hat methodische, aber auch inhaltliche Auswirkungen.

## 2. Verbleibende Unsicherheiten

Obgleich die europäischen Gerichte seit inzwischen über sechzig Jahren aktiv sind<sup>28</sup>, handelt es sich bei dieser Entwicklung um einen Prozess, der stärker von tatsächlichen Umständen, insbesondere den Erweiterungsrounden der Europäischen Union und der damit verbundenen Neustrukturierung der Spruchkörper, gesteuert und von außen diskutiert, als innerhalb der politischen Instanzen der Union nach außen sichtbar rechtsmethodisch reflektiert wurde.

Es ist eine Binsenweisheit, dass das Rechtsschutzsystem innerhalb der Europäischen Gemeinschaften zunächst stark an der französischen Verwaltungsgerichtsbarkeit orientiert war<sup>29</sup>. Bis heute hat das zur Folge, dass die Arbeitssprache am Europäischen Gerichtshof Französisch ist<sup>30</sup>. Auch der Aufbau und Stil französischer Entscheidungen („*considérant que*“) wurde zunächst übernommen<sup>31</sup>. Immerhin hat an dieser Stelle bereits frühzeitig eine deutliche Veränderung stattgefunden. Im Zusammenspiel mit den Schlussanträgen der Generalanwälte und einem sehr regelhaften Aufbau der Entscheidungsgründe sind die Entscheidungen der europäischen Gerichte zumindest formal gut nachvollziehbar geworden. Wenn an dieser Stelle Kritik angebracht ist, so hat diese eher dem Umstand zu gelten, dass die eigentliche Auseinandersetzung der Gerichte hinter der breiten Wiedergabe der Argumente der Verfahrensbeteiligten nicht selten zurückbleibt. Es mag der Entscheidung in größeren Spruchkörpern geschuldet sein, dass sich für bestimmte Formulierungen oder Ausführungen keine Mehrheiten finden lassen. Der europäischen Rechtsentwicklung, insbesondere der Entwicklung einer Dogmatik des Unionsrechts schadet dies jedoch empfindlich.

Erheblich größere Schwächen weist die europäische Methodenlehre auf. Jede Rechtsordnung basiert auf der Strukturierung von Sachnormen, die möglicherweise bereits abstrahierend das allgemeine „vor die Klammer ziehen“, und darüber hinaus gehenden Metanormen, welche die Rechtsanwendung universell betreffen. Solche Metanormen gelten regelmäßig der Auslegung von Gesetzen oder der Handhabung widerstreitender Rechtsnormen unter dem Gesichtspunkt der Konkurrenzen. Im Hinblick auf die Auslegung und die mögliche Reichweite der Auslegung von Gesetzen erscheint die europäische Methodenlehre wenig entwickelt, wie nachfolgend am Verhältnis von Ausle-

---

<sup>28</sup> Die ersten Entscheidungen des EuGH, damals noch innerhalb der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS), datieren aus dem Jahr 1954; EuGH v. 21.12.1954, Rs. 1-54 - *Frankreich ./.* *Hohe Behörde*, Slg. 1954 - 1956, 7; EuGH v. 21.12.1954, Rs. 2-54 - *Italien ./.* *Hohe Behörde*, Slg. 1954 - 1956, 81.

<sup>29</sup> Z.B. *Schwarze*, *Judicial Review of European Administrative Procedure*, 68 *L. & Contemp. Prob.* 85, 86 (2004).

<sup>30</sup> *Pechstein*, *EU-Prozessrecht*, 4. Aufl., 2011, Rn. 130.

<sup>31</sup> Z.B. EuGH v. 20.03.1957, Rs. 2-56 - *"Geitling" Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft mbH ./.* *Hohe Behörde*, Slg. 1957, 11.

gung und Analogie sowie den Anforderungen an zulässige Analogien gezeigt werden soll:

Zwar wird regelmäßig darauf hingewiesen, dass angesichts der Parallelexistenz von inzwischen 24 gleichberechtigten Sprachfassungen der Rechtsakte des Unionsrechts der Wortlaut nur selten eine entscheidende Rolle spiele<sup>32</sup>. Dem steht jedoch zum einen entgegen, dass der Europäische Gerichtshof selbst mitunter leidenschaftlich den Wortlaut von Verordnungen und Richtlinien seziert<sup>33</sup>.

Zum anderen ist vergleichsweise offensichtlich, dass bestimmte Bedeutungsinhalte gelegentlich von schlechterdings keiner der gleichermaßen authentischen Sprachfassungen getragen werden. Ein besonders anschauliches Beispiel dafür bietet die in der Rechtssache *Davidoff* vom Bundesgerichtshof gestellte Frage nach der Gewähr markenrechtlichen Schutzes gegen die Ausnutzung und die Beeinträchtigung der Wertschätzung oder der Unterscheidungskraft bekannter Marken innerhalb des Warengleichartigkeitsbereichs: Auf der Grundlage des Wortlautes von Art. 5 Abs. 2 Markenrechtsrichtlinie 1989<sup>34</sup> - nach allen Sprachfassungen - hätte ein solcher Schutz bekannter Marken nämlich nur außerhalb des Produktgleichartigkeitsbereichs gewährt werden dürfen.

Die Erweiterung des Schutzes innerhalb des Warengleichartigkeitsbereichs erscheint aber offensichtlich erforderlich: Wenn ein erweiterter Schutz bekannter Marken schon gegenüber der Verwendung für Produkte gewährt wird, die den von der Marke erfassten Produkten nicht ähnlich sind, muss ein solcher Schutz doch erst recht gegenüber dem Einsatz für Produkte gewährt werden, die den eigenen Produkten ähnlich sind.

Über den Umgang mit dem Problem bestand gleichwohl keine Einigkeit: Der deutsche Bundesgerichtshof, geschult in der Tradition der kontinentalen Rechtsanwendung, stellte in seinem Vorlagebeschluss ausdrücklich die Frage, ob Art. 5 Abs. 2 Markenrechtsrichtlinie 1989 „dahin auszulegen (gegebenenfalls entsprechend anzuwenden)“ sei, dass der erweiterte Schutz auch innerhalb des Produktgleichartigkeitsbereichs gewährt werden könne<sup>35</sup>. Die bewusst gewählte Formulierung bringt zunächst die Differenzierung zwischen einfacher Auslegung und analoger Anwendung von Rechtsnormen zum Ausdruck. Ihr liegt wiederum das Verständnis zugrunde, dass als Folge der Bindung der Gerichte an das Gesetz im Fall der wortlautübersteigenden Gesetzesauslegung besondere Anforderungen erfüllt sein müssen<sup>36</sup>. Zu diesen Formen wortlautübersteigender Auslegung zählt die Analogie, die eine Vorschrift auf einen von ihrem Wortlaut nicht erfassten

---

<sup>32</sup> *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, 2014, S. 373 ff.; *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl., 2015, § 10 Rn. 14 ff.

<sup>33</sup> Z.B. EuGH v. 18.10.2012, Rs. C-428/11 - *Purely Creative Ltd*, ECLI:EU:C:2012:651, Rn. 25 ff.; EuGH v. 17.10.2013, Rs. C-391/12 - *RLvS Verlagsgesellschaft mbH ./.* *Stuttgarter Wochenblatt GmbH*, ECLI:EU:C:2013:669, Rn. 36 ff.

<sup>34</sup> Erste Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, ABl. 1989 Nr. L 40/1.

<sup>35</sup> BGH v. 27.04.2000, I ZR 236/97 - *Davidoff*, GRUR 2000, 875, stellt die Frage zwar offen; die Präferenz des Gerichts wird jedoch aus der Begründung recht deutlich.

<sup>36</sup> *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S. 187 f.

Tatbestand „entsprechend“ anwendet. Für sie werden nach deutschem Methodenverständnis eine planwidrige Lücke sowie eine Vergleichbarkeit der Interessenlagen verlangt<sup>37</sup>.

Der mit dem Vorabentscheidungsverfahren befasste Generalanwalt *Jacobs* ist im Common Law sozialisiert. Sein Respekt gegenüber dem geäußerten Willen des Gesetzgebers spricht aus seinen Ausführungen, mit denen er eine analoge Anwendung der Vorschrift ablehnte und stattdessen dafür plädierte, in Fällen der Verwendung ähnlicher Zeichen für gleichartige Produkte doch lieber großzügig das Bestehen einer Verwechslungsgefahr zu bejahen, um auf diese Weise über Art. 5 Abs. 1 lit. b Markenrechtsrichtlinie 1989 zum angestrebten Ziel zu gelangen<sup>38</sup>.

Der EuGH übergang die methodische Grundsatzfrage geflissentlich. In der Sache folgte er dem Vorschlag des vorlegenden Bundesgerichtshofs und wendete Art. 5 Abs. 2 Markenrechtsrichtlinie 1989 auf den fraglichen Fall an<sup>39</sup>. Ob das Übersteigen des Gesetzeswortlautes aber zu besonderen Anforderungen im Hinblick auf den Begründungsaufwand durch die Gerichte führt, beantwortete er leider nicht. – Mit der Änderung im Rahmen der Neufassung der Richtlinie im Jahr 2015 bestätigte der Europäische Gesetzgeber immerhin die Praxis des EuGH<sup>40</sup>.

Ähnlich unbefriedigend stellt sich das Vorgehen des EuGH in der Rechtssache *De Landtsheer* dar. Darin ging es um die Werbung eines Bierherstellers mit der Anwendung des Champagnerverfahrens. Die Richtlinie über vergleichende Werbung<sup>41</sup> verlangt in Art. 4 lit. e von zulässiger vergleichender Werbung, dass sie sich bei Waren mit Ursprungsbezeichnung in jedem Fall auf Waren mit der gleichen Bezeichnung bezieht. Danach dürfte ein Champagner in der Werbung also stets nur mit einem anderen Champagner verglichen werden. Fraglich war, ob das Verbot auch auf den streitgegenständlichen Fall anzuwenden war, da das beworbene Bier keine Ursprungsbezeichnung trug, zum Vergleich aber ein Produkt herangezogen wurde, das eine geschützte Ursprungsbezeichnung trug, nämlich der Champagner. Die Cour d'appel de Bruxelles hatte in ihrem Vorlagebeschluss beinahe ungläubig die Frage gestellt, ob tatsächlich jeder Vergleich unzulässig sei, der sich bei Waren ohne Ursprungsbezeichnung auf Waren mit Ursprungsbezeichnung beziehe.<sup>42</sup>

Der italienische Generalanwalt *Mengozzi* bejahte in seinen Schlussanträgen demgegenüber die vorgelegte Frage. Er hielt im Gegenteil „keinen

<sup>37</sup> *Larenz/Canaris*, S. 202 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 8. Aufl., 2015, Rn. 889 ff.

<sup>38</sup> GA *Jacobs*, Schlussanträge Rn. 32 ff., zu EuGH, Rs. C-292/00 – *Davidoff/Gofkid*, Slg. 2003, I-389.

<sup>39</sup> EuGH v. 09.01.2003, Rs. C-292/00 – *Davidoff/Gofkid*, Slg. 2003, I-389, Rn. 24 ff.

<sup>40</sup> Vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. c Richtlinie (EU) 2015/2436 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2015 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, ABl. 2015 Nr. L 336/1.

<sup>41</sup> Inzwischen Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über irreführende und vergleichende Werbung (kodifizierte Fassung), ABl. 2006 Nr. L 376/21.

<sup>42</sup> EuGH v. 19.04.2007, Rs. C-381/05 – *de Landtsheer Emmanuel*, Slg. 2007, I-3114, 5. Vorlagefrage.

ernsthaften Zweifel an der Auslegung dieser Bestimmung“ für möglich<sup>43</sup> und zog das *argumentum a maiore ad minus* heran: Es erscheine „etwas merkwürdig und unwahrscheinlich, dass sich der Gemeinschaftsgesetzgeber bei der Festlegung der Bedingungen für die Zulässigkeit des Werbevergleichs darum bemüht haben sollte, den Vergleich zwischen Erzeugnissen mit unterschiedlichen Ursprungsbezeichnungen zu verbieten, ohne gleichzeitig darum bemüht zu sein, den Vergleich zwischen einem Erzeugnis mit Ursprungsbezeichnung und einem Erzeugnis ohne Ursprungsverzeichnis durch ein entsprechendes Verbot zu regeln“. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb ein Vergleich z.B. zwischen dem Käse „Grana Padano“ und dem Käse „Parmigiano Reggiano“, die beide eine geschützte Ursprungsbezeichnung haben, verboten sei, solange ein Vergleich zwischen einem dieser beiden und einem anderen Käse ohne Ursprungsbezeichnung nicht gleichzeitig verboten sei<sup>44</sup>. Der EuGH<sup>45</sup> legte sich weniger Zurückhaltung gegenüber dem Europäischen Gesetzgeber auf: Er störte sich nicht an der Formulierung der einschlägigen Vorschrift in der Richtlinie über vergleichende Werbung und lehnte auch den naheliegenden Erstrechtschluss ab.

So anerkennenswert die Entscheidung unter wettbewerblicher Perspektive erscheint, so schwer ist sie methodisch nachzuvollziehen, denn der EuGH besteht darauf, dass ein *per se*-Verbot des Vergleichs mit Erzeugnissen mit Ursprungsbezeichnungen sich nicht ausdrücklich aus dem Wortlaut ergebe, sondern eine extensive Auslegung dieser Zulässigkeitsvoraussetzung für vergleichende Werbung voraussetze<sup>46</sup>. Diese Einschätzung kann nur schwer geteilt werden: Eine Art. 4 lit. e IrreführungsRL vergleichbare Regelung findet sich bereits in der französischen Modellvorschrift des Art. 10 loi n° 92-60 und tauchte im Europäischen Gesetzgebungsverfahren im Gemeinsamen Standpunkt zum ersten Mal auf. Die englische<sup>47</sup> und französische<sup>48</sup> Sprachfassung lassen wie die deutsche allenfalls die Unklarheit, ob sie an das Vorliegen einer Ursprungsbezeichnung des Produkts anknüpfen, das beworben wird, oder an das Vorliegen einer Ursprungsbezeichnung des Produkts, das zum Vergleich herangezogen wird. In letzterem Fall ist der Regelungsgehalt der Vorschrift klar; in ersterem Fall entstände das Problem einer offensichtlich sinnwidrigen Begrenzung der Norm, auf die bereits GA *Mengozi* hinwies.

## V. Folgerungen

Nicht allein der Anschaulichkeit wegen wurden vorstehend Einzelfälle dargestellt, die jeweils für sich genommen allenfalls anekdotische Evidenz in Anspruch nehmen können. Eine Feldstudie wäre angesichts der schieren

<sup>43</sup> GA *Mengozi*, Schlussanträge Rn. 116, zu EuGH, Rs. C-381/05 – *de Landtsheer Emmanuel*. In diesem Sinne wurde die gegenteilige Entscheidung des EuGH in der Literatur als „sensationell“ wahrgenommen, vgl. *Fusi*, Anm., *Diritto Industriale* 2007, 393, 394.

<sup>44</sup> GA *Mengozi*, Schlussanträge Rn. 119, zu EuGH, Rs. C-381/05 – *de Landtsheer Emmanuel*. Das Beispiel war bereits von *Meli Giur. comm.* 1999, 288/I, bemüht worden.

<sup>45</sup> EuGH v. 19.04.2007, Rs. C-381/05 – *de Landtsheer Emmanuel*, Slg. 2007, I-3115.

<sup>46</sup> EuGH v. 19.04.2007, Rs. C-381/05 – *de Landtsheer Emmanuel*, Slg. 2007, I-3114, Rn. 71.

<sup>47</sup> „(e) for products with designation of origin, it relates in each case to products with the same designation“.

<sup>48</sup> „e) pour les produits ayant une appellation d'origine, elle porte dans chaque cas sur des produits ayant la même appellation“.

Menge von primären und sekundären, echten und „unechten“ Quellen des Unionsrechts nicht möglich gewesen.

Zumindest die Plausibilität der aus den Beispielen gezogenen Schlüsse liegt für den Rechtsvergleicher dennoch auf der Hand: Die Rechtsvergleichung hat den rechtlichen und institutionellen Rahmen stets gesamthaft zu berücksichtigen. Selbst wortlautidentische Regelungen entfalten bei unterschiedlichen gesellschaftlichen oder juristischen Rahmenbedingungen eine ganz unterschiedliche Eigendynamik. Um zu dieser Einsicht zu gelangen, bedarf es nicht der Betrachtung der Institute des vom türkischen Zivilgesetzbuch 1926 aus dem schweizerischen ZGB übernommenen Familienrechts in der türkischen Rechtswirklichkeit<sup>49</sup>.

Selbst bei weitgehend homogenen Lebenswirklichkeiten und bereits verwirklichter Harmonisierung des positiven Rechts wie innerhalb der EU kann es zu einem erheblichen Auseinanderfallen der Rechtsentwicklung in Abhängigkeit von unterschiedlichen Teleologien, (rechts-)philosophischen Grundannahmen (Menschenbild; Verhältnis Staat – Bürger) oder methodischen Ausgangspunkten kommen.

Der Europäischen Union ist es in den vergangenen 60 Jahren nur sehr eingeschränkt gelungen, die Rechtsharmonisierung in jenen Grundlagen zu betreiben. Es ist zuzugeben, dass es meist leichter fällt, sich über konkrete Fragen zu einigen, als sprichwörtliche Grundsatzdiskussionen zu führen. Dennoch wäre es mehr als wünschenswert, wenn angesichts des inzwischen erreichten Reifegrades der seit 1963 berufenen „neuen Rechtsordnung“<sup>50</sup> solche Gespräche überhaupt in strukturierter Form geführt würden.

Im internationalen Diskurs – der bei der Vereinbarung eines gemeinsamen Studienganges beginnt und beim Handelsabkommen nicht endet – bedarf es gleichfalls mehr als nur gemeinsamer Interessen und gegenseitigen Vertrauens: Wo rechtliche Verpflichtungen begründet werden sollen, bedarf es meist zwar nicht mehr ausdrücklicher Regelungen, wohl aber mehr an gemeinsamem Grundverständnis. Dieses zu begründen ist vornehmste Aufgabe rechtswissenschaftlicher internationaler Kooperation.

---

<sup>49</sup> Vgl. allg. zu Problemen des legal transplant, *Watson*, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 1974.

<sup>50</sup> EuGH v. 05.02.1963, Rs. 26-62 - *van Gend & Loos*, Slg. 1963, 1. Die ursprünglichen Sprachfassungen waren neben „neue Rechtsordnung“ (dt.) „nouvel ordre juridique“ (fr.), „ordinamento giuridico di nuovo genere“ (it.), „nieuwe rechtsorde“ (nl.).

---

# Grundlinien der Entwicklung des Anlegerschutzes im Kapitalmarktrecht

Rüdiger Wilhelmi, Konstanz

## I. Einleitung

Im Rahmen des Oberthemas unserer Tagung „Globalisierung und kulturelle Gegensätze im gegenwärtigen Rechtsstaat“ beschäftigt sich mein Vortrag mit der Entwicklung des Anlegerschutzes im Kapitalmarktrecht.

Das Kapitalmarktrecht ist ein relativ neues Rechtsgebiet. Sein Entstehen und seine Entwicklung in Deutschland und Europa sind eng mit der zunehmenden Globalisierung verknüpft.

Dies zeigt sich im deutschen Recht etwa an den vier Finanzmarktförderungsgesetzen, die wesentliche Schritte im Entstehungsprozess des deutschen Kapitalmarktrechts darstellen. So war Zielsetzung des ersten Finanzmarktförderungsgesetzes von 1990 die Stärkung des Finanzplatzes Deutschland.<sup>1</sup> Zielsetzung des zweiten Finanzmarktförderungsgesetzes von 1994, auf das das Wertpapierhandelsgesetz als zentrales Gesetz des Kapitalmarktrechts zurückgeht, war die Verbesserung der Attraktivität und internationalen Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Deutschland, unter anderem durch die Erweiterung des Anlegerschutzes.<sup>2</sup> Das vierte Finanzmarktförderungsgesetz von 2002 diente dazu, die Position der deutschen Börsen und ihrer Marktteilnehmer im europäischen und internationalen Wettbewerb zu stärken.<sup>3</sup>

Ähnliches gilt für das europäische Recht. So geht der Lamfalussy-Bericht von 2001, auf dem der starke Ausbau des europäischen Kapitalmarktrechts Anfang dieses Jahrtausends basierte, davon aus, dass die Kapitalmärkte in der EU nach wie vor nur etwa halb so groß seien wie diejenigen in den USA, und leitet daraus die Notwendigkeit einer intensiven Reform des europäischen Finanzmarktrechts und des Rechtsetzungsverfahrens dafür ab.<sup>4</sup> Auch die jüngste Initiative der Europäischen Kommission im Kapitalmarktrecht, ihr Aktionsplan für eine Kapitalmarktunion, geht davon aus, dass Handlungsbedarf besteht, weil die europäischen Aktienmärkte nicht einmal

---

<sup>1</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 11/5411, S. 1.

<sup>2</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 12/6679, S. 1.

<sup>3</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 14/8017, S. 1.

<sup>4</sup> Schlussbericht des Ausschusses der Weisen über die Regulierung der Europäischen Wertpapiermärkte v. 15. 2. 2001, S. 15 f. (abgerufen am 15. 3. 2017 unter [http://ec.europa.eu/internal\\_market/securities/docs/lamfalussy/wisemen/final-report-wise-men\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/lamfalussy/wisemen/final-report-wise-men_de.pdf)).

die Hälfte und die europäischen Anleihemärkte nicht einmal ein Drittel der US-amerikanischen Größenordnung erreichen.<sup>5</sup>

Zugleich zeigen sich im Kapitalmarktrecht auch erhebliche kulturelle Gegensätze. Denn ein mit dem Kapitalmarktrecht verfolgtes zentrales Ziel ist es, dass die Finanzierung der Unternehmen, die bisher vor allem über Bankkredite geschieht, verstärkt über den Kapitalmarkt erfolgt. Dies war bereits zentrales Anliegen des Segré-Bericht von 1966 aus der Frühgeschichte des europäischen Kapitalmarktrechts<sup>6</sup> und gehört auch zu den Kernpunkten des Aktionsplans für eine Kapitalmarktunion.<sup>7</sup> Dabei geht es inzwischen insbesondere auch darum, Anleger und vor allem Kleinanleger an den Kapitalmarkt zu bringen.<sup>8</sup> Auf der Grundlage des Varieties of Capitalism-Ansatzes<sup>9</sup> entspricht dies einer Bewegung von einer koordinierten Marktwirtschaft kontinentaleuropäischer Prägung mit einer starken bankbasierten Unternehmensfinanzierung zu einer liberalen Marktwirtschaft anglo-amerikanischer Prägung mit einer Finanzierung der Unternehmen vorwiegend über den Kapitalmarkt.

Für den modernen Rechtsstaat stellt sich in diesem Zusammenhang insbesondere die Frage, welche Rolle er dabei den Anlegern und vor allem den Kleinanlegern zuweist und wie er das Verhältnis von Eigenverantwortung und Fürsorge austariert. Diese Frage ist im Kapitalmarktrecht gegenwärtig Gegenstand einer intensiven rechtsdogmatischen, aber auch rechtspolitischen Diskussion.<sup>10</sup> Dieser Vortrag widmet sich ihr aus einer historischen Perspektive, indem er die Grundlinien der Entwicklung des Anlegerschutzes nachzeichnet.

Dabei konzentriert sich der folgende Vortrag auf vier zentrale Ansatzpunkte des Anlegerschutzes: den Schutz des angelegten Geldes, insbesondere um eine Zweckentfremdung zu vermeiden; die Information der Anleger durch Offenlegungs- und Beratungspflichten, um eine eigenverantwortliche Entscheidung der Anleger zu ermöglichen; Vertriebs- und Produktbeschränkungen und -verbote, um die Anlage in ungeeignete Produkte zu verhindern; sowie Verbote direkter Schädigung. Demgegenüber dienen zwar in einem weiteren Sinne auch der Schutz der Infrastruktur des Kapitalmarkts und der Schutz der Systemstabilität dem Anlegerschutz. Ihnen kann aber hier nicht weiter nachgegangen werden, zumal dort andere Schutzzwecke im Vordergrund stehen.

---

<sup>5</sup> Europäische Kommission, Aktionsplan zur Schaffung einer Kapitalmarktunion, COM(2015) 468 final (30.09.2015), S. 3.

<sup>6</sup> EWG-Kommission (Hrsg.), Der Aufbau eines Europäischen Kapitalmarkts, 1966, S. 15 u. 39 ff.

<sup>7</sup> Europäische Kommission, Aktionsplan zur Schaffung einer Kapitalmarktunion, COM(2015) 468 final (30.09.2015), S. 3 u. 9 ff.

<sup>8</sup> Europäische Kommission, Aktionsplan zur Schaffung einer Kapitalmarktunion, COM(2015) 468 final (30.09.2015), S. 5 f. u. 20 ff.

<sup>9</sup> *Hall/Soskice*, An Introduction to Varieties of Capitalism, in: dies. (Hrsg.), Varieties of Capitalism, Oxford, 2001, S. 1, passim.

<sup>10</sup> Vgl. etwa *Buck-Heeb*, ZHR 176 (2012), 55 ff.; *Möllers/Poppele*, ZGR 2013, 435 ff.; *Mülb- bert*, ZHR 177 (2013), 160 ff.; *Buck-Heeb*, ZHR 177 (2013), 310 ff.; *Langenbucher*, ZHR 177 (2013), 679 ff.; *Riesenhuber*, ZBB 2014, 134 ff.; *Casper*, ZBB 2015, 265 ff.

Unter dem Kapitalmarkt wird dabei der Handel mit Finanzinstrumenten verstanden. Finanzinstrumente sind insbesondere Wertpapiere, wie Aktien und Inhaberschuldverschreibungen; Anteile an Investmentvermögen; Derivate; Geldmarktinstrumente; und sonstige Vermögensanlagen. Der Kapitalmarkt dient einerseits der Finanzierung vor allem von Unternehmen, aber auch der öffentlichen Hand und andererseits der Anlage von Geldern. Er ist Teil des Finanzmarkts, der auch den Kreditmarkt umfasst, also die Gewährung von Bankkrediten. Das klassische Einlagen- und Kreditgeschäft der Banken ist damit zwar Teil des Finanzmarkts, nicht aber des Kapitalmarkts, so dass der Anlegerschutz im Verhältnis zu Banken nicht Gegenstand dieses Vortrags ist.

Der Vortrag wird sich im Folgenden zunächst den Anfängen des Kapitalmarkts und der Entstehung des modernen Aktien- und Kapitalmarktrechts widmen, um die Kontinuitäten zum später entstandenen Kapitalmarktrecht herausarbeiten zu können. Sodann beschäftigt er sich mit der Entstehung und Weiterentwicklung des Kapitalmarktrechts, wobei weniger die Chronologie als die Sachzusammenhänge im Vordergrund stehen. Im Fazit werden sodann die Entwicklungslinien hinsichtlich der Rechtstatsachen, der Regelungen und der Bedeutung des Anlegerschutzes im Kapitalmarktrecht herausgearbeitet.

## **II. Die Entwicklung des Kapitalmarktrechts**

Das Kapitalmarktrecht als solches ist relativ jung, findet jedoch Vorläufer im Bereich des Bank- und Börsenrechts und des Gesellschaftsrechts. In Deutschland ist es Ende der achtziger, Anfang der neunziger Jahre des zwanzigsten Jahrhunderts entstanden: 1990 wurde mit dem Verkaufsprospektgesetz die Emissionsprospektrichtlinie von 1989 umgesetzt; 1993 hat der BGH in dem Bond-Urteil die Pflicht von Banken und Anlageberatern zu anleger- und objektgerechter Beratung von Anlegern mit entsprechender Haftung entwickelt; 1994 wurden mit dem zweiten Finanzmarktförderungsgesetz,<sup>11</sup> das insbesondere das Wertpapierhandelsgesetz enthielt, die Insiderrichtlinie von 1989 und die Wertpapierdienstleistungsrichtlinie von 1993 umgesetzt. In anderen Ländern ist das Kapitalmarktrecht älter. So hat in den USA die Entwicklung des Kapitalmarktrechts nach der Weltwirtschaftskrise in den dreißiger Jahren mit dem Securities Act von 1933 und dem Securities Exchange Act von 1934 eingesetzt.

### **1. Anfänge des Kapitalmarkts**

Obwohl die Beteiligung an Gesellschaften, die Hingabe von Darlehen und auch schon Derivate bereits aus dem Altertum bekannt sind, lässt sich jedoch lange nicht von einem Kapitalmarkt sprechen, da ein nennenswerter Handel mit diesen Instrumenten noch nicht stattfindet. Die Anfänge des Kapitalmarkts und seiner rechtlichen Regelung wird daher in dem Beginn des Börsenverkehrs in Süd- und Westeuropa im Mittelalter gesehen.

---

<sup>11</sup> Gesetz über den Wertpapierhandel und zur Änderung börsenrechtlicher und wertpapierrechtlicher Vorschriften vom 26. Juli 1994 (BGBl. I S. 1749).

## a) Mittelalter

Dabei war die Börse ursprünglich der Ort, an dem Kaufleute zusammenkommen, um Handel zu treiben, wobei dieser zunächst vor allem Waren umfasst und von den heutigen Finanzmarktprodukten nur die Wechsel umfasste.<sup>12</sup> Gesicherte Kenntnisse über die damaligen Handelspraktiken und einen eventuellen Anlegerschutz liegen bisher nicht vor.<sup>13</sup> Gegen einen nennenswerten Anlegerschutz könnte sprechen, dass an den Börsen nur Kaufleute handelten, die sich selbst schützen konnten.

## b) 16. bis 18. Jahrhundert

Einen ersten Schritt hin zum heutigen Kapitalmarkt machten die Börsen im 16. Jahrhundert zunächst mit der Aufnahme des Handels mit Staatspapieren<sup>14</sup> und dann mit Gesellschaftsanteilen,<sup>15</sup> insbesondere der britisch-ostindischen Handelskompagnie von 1599 und der niederländisch-ostindischen Handelskompagnie von 1602.<sup>16</sup> Dabei wurde bereits Anfang des 17. Jahrhunderts von den niederländischen Generalstaaten der Versuch unternommen, per Edikt Baisse-Spekulation an der Börse in Amsterdam durch ein Verbot des Terminhandels einzudämmen.<sup>17</sup> Ein Jahrhundert später reagierte der französische Staat auf den sogenannten Mississippi-Schwindel ebenfalls mit einem Verbot des Terminhandels,<sup>18</sup> ebenso der englische Staat nach der Spekulationswelle an der Londoner Börse im Rahmen des sog. South Sea Bubble.<sup>19</sup> Diese Maßnahmen waren die ersten, die auf den Anlegerschutz zielten, und erfolgten in der Form von Verboten. Die damaligen Maklerordnungen dienten demgegenüber vor allem der Regelung der Börse und weniger dem Schutz der Kaufleute, so dass der Anlegerschutz allenfalls ein mittelbares Regelungsziel darstellte.<sup>20</sup> Demgemäß lässt sich zunächst festhalten, dass der Anlegerschutz bis zum Ende des 18. Jahrhunderts allenfalls punktuell existierte und häufig ganz fehlte.<sup>21</sup> Im deutschen Börsen- und Effektenhandel kam es in dieser Zeit aufgrund des nur geringen Handelsvolumens offenbar nicht zu nennenswerten Spekulationen und Missbräuchen.<sup>22</sup>

<sup>12</sup> Merkt in Hopt/Rudolph/Baum (Hrsg.), Börsenreform, 1997 S. 18 (22 ff.); Oechsler in Bayer/Habersack (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel, Bd. II, S. 150 (155).

<sup>13</sup> Sethe, Anlegerschutz im Recht der Vermögensverwaltung, 2005, S. 220 mit Verweis auf Ehrenberg, Die Fondsspekulation und die Gesetzgebung, 1883, S. 3.

<sup>14</sup> Merkt in Hopt/Rudolph/Baum (Hrsg.), Börsenreform, 1997 S. 18 (29, 33); Oechsler in Bayer/Habersack (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel, Bd. II, S. 150 (155).

<sup>15</sup> Merkt in Hopt/Rudolph/Baum (Hrsg.), Börsenreform, 1997 S. 18 (29 f.); Oechsler in Bayer/Habersack (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel, Bd. II, S. 150 (155 f.).

<sup>16</sup> Merkt in Hopt/Rudolph/Baum (Hrsg.), Börsenreform, 1997 S. 18 (29 f.); Windbichler, Gesellschaftsrecht, 23. Aufl. 2013, § 25 Rn. 26.

<sup>17</sup> Merkt in Hopt/Rudolph/Baum (Hrsg.), Börsenreform, 1997 S. 18 (30).

<sup>18</sup> Merkt in Hopt/Rudolph/Baum (Hrsg.), Börsenreform, 1997 S. 18 (31 f.).

<sup>19</sup> Merkt in Hopt/Rudolph/Baum (Hrsg.), Börsenreform, 1997 S. 18 (33).

<sup>20</sup> Sethe, Anlegerschutz im Recht der Vermögensverwaltung, 2005, S. 220 mit Verweis auf Hopt, Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken, 1975, S. 17 f.

<sup>21</sup> So Sethe, Anlegerschutz im Recht der Vermögensverwaltung, 2005, S. 246 ff. mit Verweis auf Hopt, Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken, 1975, S. 27 f.

<sup>22</sup> Sethe, Anlegerschutz im Recht der Vermögensverwaltung, 2005, S. 257 f.

### c) 19. Jahrhundert

Mitte des 19. Jahrhunderts trat neben den Handel mit Staatsanleihen der Handel mit Eisenbahn- und Industrieaktien; zugleich verbreiterte sich der Markt, indem er sich nicht mehr auf Privatbankiers sowie wenige Kaufleute und Spekulanten beschränkte, sondern auch das mittlere und einfache Bürgertum sowie Handwerker umfasste.<sup>23</sup> Trotzdem handelte es sich wohl um eine eher kleine Schicht.<sup>24</sup> Zugleich wandelte sich das an den Börsen gehandelte Kapital von einem Handelskapital mit vor allem Gegenleistungscharakter zu einem Bank- und später auch Industriekapital mit Anlagecharakter.<sup>25</sup>

Als es im Rahmen des sogenannten Eisenbahnfiebers zu zunehmender Spekulation kam, reagierte Preußen zunächst mit dem Verbot von Termingeschäften (Derivaten) mit ausländischen Effekten.<sup>26</sup> Als das Anlagekapital daraufhin noch stärker in Eisenbahnaktien floss, schränkte die preußische Regierung 1844 im Rahmen des Konzessionssystem die Platzierung neuer Aktien ein<sup>27</sup> und verbot schließlich alle Termingeschäfte in Eisenbahnpapieren, was durch die kaufmännische Praxis jedoch unterlaufen wurde.<sup>28</sup> Diese Maßnahmen hatten prima facie jedenfalls auch anlegerschützende Wirkung und die Form eines Verbots bestimmter Produkte. Sie wurden jedoch bereits 1860 mit der Begründung wieder aufgehoben, dass durch sie die wirtschaftliche Entwicklung massiv gehemmt worden sei.<sup>29</sup>

## 2. Entstehung des modernen Aktien- und Börsenrechts

Die Vorläufer des Kapitalmarktrechts, das moderne Aktien- und Börsenrecht,<sup>30</sup> gehen auf das Ende des 19. Jahrhunderts zurück. Dabei wurde das Aktienrecht mehrfach reformiert. Zudem entstanden das Investmentrecht und das Recht der Publikumspersonengesellschaften. Demgegenüber blieb das Börsenrecht bis in die achtziger Jahre des 20. Jahrhunderts weitgehend unverändert.

### a) Aktiennovelle von 1884 und Börsengesetz von 1896

Zunächst wurde das Konzessionssystem, auf dem die Aktiengesetze in Deutschland beruhten, so etwa das preußische Aktiengesetz von 1843 und im Grundsatz auch das ADHGB von 1861, mit der Aktiennovelle von 1870 durch das System der Normativbestimmungen ersetzt.<sup>31</sup> Dabei machte das Konzessionssystem die Gründung einer Aktiengesellschaft von einer staatli-

<sup>23</sup> Merkt in Hopt/Rudolph/Baum (Hrsg.), Börsenreform, 1997 S. 18 (48 f.).

<sup>24</sup> Sethe, Anlegerschutz im Recht der Vermögensverwaltung, 2005, S. 281 ff.

<sup>25</sup> Sethe, Anlegerschutz im Recht der Vermögensverwaltung, 2005, S. 251.

<sup>26</sup> Merkt in Hopt/Rudolph/Baum (Hrsg.), Börsenreform, 1997 S. 18 (52 f.); Sethe, Anlegerschutz im Recht der Vermögensverwaltung, 2005, S. 259 f.).

<sup>27</sup> Merkt in Hopt/Rudolph/Baum (Hrsg.), Börsenreform, 1997 S. 18 (52 f.).

<sup>28</sup> Merkt in Hopt/Rudolph/Baum (Hrsg.), Börsenreform, 1997 S. 18 (53).

<sup>29</sup> Merkt in Hopt/Rudolph/Baum (Hrsg.), Börsenreform, 1997 S. 18 (56 f.); Sethe, Anlegerschutz im Recht der Vermögensverwaltung, 2005, S. 260.

<sup>30</sup> Assmann in Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 4. Aufl. 2015, § 1 Rn. 5 ff.

<sup>31</sup> Windbichler, Gesellschaftsrecht, 23. Aufl. 2013, § 25 Rn. 27; vgl. auch Sethe, Anlegerschutz im Recht der Vermögensverwaltung, 2005, S. 256 f.

chen Zulassung abhängig. Demgegenüber sieht das System der Normativbestimmungen vor, dass die Gründung einer Aktiengesellschaft nur davon abhängig gemacht wird, dass sie bestimmte, gesetzlich vorgeschriebene Mindestvoraussetzungen erfüllt, und die staatliche Behörde nur die Einhaltung dieser Voraussetzungen prüft.

In der folgenden Gründerzeit kam es zu einer Vielzahl betrügerischer Gründungen, insbesondere weil es an einer wirksamen Kontrolle fehlte, ob die von den Aktionären und Gläubigern aufgebrachtten Mittel verantwortlich verwendet wurden, und folgerichtig zum Gründerkrach von 1873.<sup>32</sup> Dabei waren erstmals größere Bevölkerungskreise von der Krise betroffen, dementsprechend kam es zu einem Vertrauensverlust gegenüber Anleihen und Aktien sowie der Börse.<sup>33</sup>

Der Gesetzgeber reagierte zunächst mit der Aktiennovelle von 1884.<sup>34</sup> Sie verschärfte die Gründungsvorschriften durch die Einführung einer zwingenden Gründungsprüfung, führte eine zivil- und strafrechtliche Haftung der Gründer ein, erließ Bilanzierungsvorschriften und sah ein erhebliches Mindestkapital von 500.000 Mark vor, das heute etwa 9 Mio. Euro entspräche. Darin liegt vor allem eine Produktkontrolle, die das angelegte Geld vor Zweckentfremdung schützt.

Noch als Reaktion auf den Gründerkrach, aber auch auf seit 1887 auftretende Unregelmäßigkeiten im Börsenhandel und seit 1889 zu verzeichnende Verluste im Terminhandel wurde 1896 das Börsengesetz erlassen. Es sah insbesondere die Notwendigkeit einer staatlichen Genehmigung, Bestimmungen über die Kursfeststellung, die Einführung einer gesetzlichen Prospekthaftung und die Beschränkung des Terminhandels auf in das Börsenregister eingetragene Personen und Kaufleute vor.<sup>35</sup> Gleichzeitig wurde das Depotgesetz erlassen, das insbesondere die Pflicht zur getrennten Verwahrung von Wertpapieren enthielt und die Möglichkeit von Veruntreuungen und das Insolvenzrisiko verringerte.<sup>36</sup> Das BGB sah für die Ausgabe inländischer Inhaberschuldverschreibungen das Erfordernis einer staatlichen Genehmigung vor (§§ 795, 808a BGB a. F.). Mit der Börsennovelle von 1908 wurden alle Kaufleute zum Terminhandel zugelassen.<sup>37</sup> Während der Weltwirtschaftskrise wurden die Börsen 1931 bis 1932 zeitweilig geschlossen; zudem wurden Termingeschäfte mit Effekten vollständig untersagt.<sup>38</sup> Die Anleger wurden durch diese Regelungen vor allem durch die Herstellung von Transparenz geschützt. Zudem wurden mit den Termingeschäften bestimmte

---

<sup>32</sup> Merkt in Hopt/Rudolph/Baum (Hrsg.), Börsenreform, 1997 S. 18 (59 ff.); Windbichler, Gesellschaftsrecht, 23. Aufl. 2013, § 25 Rn. 27; vgl. auch Sethe, Anlegerschutz im Recht der Vermögensverwaltung, 2005, S. 295 ff.

<sup>33</sup> Merkt in Hopt/Rudolph/Baum (Hrsg.), Börsenreform, 1997 S. 18 (60); Gömmel in Pohl (Hrsg.), Deutsche Börsengeschichte, 1992, S. 134 (153 ff.).

<sup>34</sup> Windbichler, Gesellschaftsrecht, 23. Aufl. 2013, § 25 Rn. 27.

<sup>35</sup> Vgl. Merkt in Hopt/Rudolph/Baum (Hrsg.), Börsenreform, 1997 S. 18 (84 f.); Sethe, Anlegerschutz im Recht der Vermögensverwaltung, 2005, S. 301 ff.

<sup>36</sup> Merkt in Hopt/Rudolph/Baum (Hrsg.), Börsenreform, 1997 S. 18 (83 ff.); Sethe, Anlegerschutz im Recht der Vermögensverwaltung, 2005, S. 304 ff.

<sup>37</sup> Merkt in Hopt/Rudolph/Baum (Hrsg.), Börsenreform, 1997 S. 18 (89 f.).

<sup>38</sup> Merkt in Hopt/Rudolph/Baum (Hrsg.), Börsenreform, 1997 S. 18 (101).

Produkte für weite Personenkreise verboten. Daneben trat der Schutz des angelegten Geldes vor Zweckentfremdung.

## b) Reform des Aktienrechts

In der Folgezeit wurde das Aktienrecht reformiert. So reagierte das Aktiengesetz von 1937 auf die nach dem ersten Weltkrieg auftretende Tendenz zu einer weitgehenden Entrechtung der Aktionäre, einer mangelhaften Kontrolle der Verwaltung und mangelnder Publizität; es schränkte daher die Mehrstimmrechte ein und führte eine klarere Abgrenzung der Organkompetenzen mit beschränkten, aber zwingenden Hauptversammlungskompetenzen sowie verschärfte Publizitätspflichten ein.<sup>39</sup>

Nach dem zweiten Weltkrieg war der Wertpapiermarkt vor allem ein Bankenmarkt.<sup>40</sup> Erste Versuche zur Streuung des Aktienbesitzes wurden ab 1959 mit der Teilprivatisierung von Preussag, VW und VEBA unternommen; sie blieben aber ohne durchschlagenden Erfolg.<sup>41</sup> Das Aktiengesetz von 1965 sollte dann die Aktiengesellschaft für weitere Verkehrskreise öffnen, indem der gestreute Aktienbesitz erleichtert wurde; zugleich wurden der Einfluss der Aktionäre und der Hauptversammlung gegenüber dem Management verstärkt, die Publizität und das Auskunftsrecht des Aktionärs verbessert und der Individual- und Minderheitenschutz der Aktionäre erweitert.<sup>42</sup> Trotzdem floss das Anlagekapital nicht in den Aktienmarkt, sondern in Investmentvermögen und den unregulierten grauen Kapitalmarkt, insbesondere in Publikumspersonengesellschaften.<sup>43</sup> Es kam zu einer zunehmenden Verbreiterung der Produktpalette auf dem Kapitalmarkt.<sup>44</sup>

## c) Investmentrecht

Investmentvermögen (Fonds) sammeln Kapital von den Anlegern ein und investieren dies dann. Am Beginn des Investmentrechts steht das Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften von 1957. Es enthielt sowohl eine Produktregulierung als auch eine Vertriebsregulierung.

Im Rahmen der Produktregulierung wurde ein Typenzwang eingeführt, indem Kapitalanlagegesellschaften die Rechtsform einer AG oder GmbH haben müssen. Allerdings entwickelte sich daneben der sogenannte graue Kapitalmarkt, der insbesondere auch den Handel mit Beteiligungen an Personengesellschaften umfasste,<sup>45</sup> so dass das materielle Investmentrecht nur zum Teil erfasst wurde. Zudem wurde die Trennung von Fondsverwaltung und Fondsverwahrung angeordnet, die zusammen mit dem Anleger das so-

<sup>39</sup> Vgl. *Windbichler*, Gesellschaftsrecht, 23. Aufl. 2013, § 25 Rn. 28 f.

<sup>40</sup> *Merkt* in Hopt/Rudolph/Baum (Hrsg.), Börsenreform, 1997 S. 18 (108 f.).

<sup>41</sup> *Merkt* in Hopt/Rudolph/Baum (Hrsg.), Börsenreform, 1997 S. 18 (109); *Rudolph* in Pohl (Hrsg.), Deutsche Börsengeschichte, 1992, S. 292 (304 f.); *Sethe*, Anlegerschutz im Recht der Vermögensverwaltung, 2005, S. 364.

<sup>42</sup> *Windbichler*, Gesellschaftsrecht, 23. Aufl. 2013, § 25 Rn. 31.

<sup>43</sup> *Assmann* in Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 4. Aufl. 2015, § 1 Rn. 9 ff.

<sup>44</sup> *Sethe*, Anlegerschutz im Recht der Vermögensverwaltung, 2005, S. 364 ff.

<sup>45</sup> *Assmann* in Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 4. Aufl. 2015, § 1 Rn. 11 f.

genannte Investmentdreieck bilden. Dies diene dem Schutz des angelegten Geldes vor Zweckentfremdung.

Im Rahmen der Vertriebsregulierung wurde vor allem eine Prospektspflicht eingeführt. Sie diene damit der Herstellung von Transparenz, um den Anlegern eine vernünftige und informierte eigene Entscheidung zu ermöglichen. Bei im Ausland aufgelegten, aber im Inland vertriebenen Investmentfonds war eine Produktregulierung nicht möglich, sie wurden aber mit dem Auslandsinvestmentgesetz von 1969 ebenfalls der Vertriebsregulierung unterworfen. Parallel zu dem Gesetz entwickelten sich in Deutschland die ersten Investmentgesellschaften, die aber erst ab Mitte der sechziger Jahre Bedeutung erlangten.<sup>46</sup>

Diese Gesetze wurden zunächst durch das Investmentgesetz von 2003 abgelöst, das insbesondere eine Pflicht einführt, neben dem ausführlichen auch einen vereinfachten Verkaufsprospekt zur Verfügung zu stellen, der für den Durchschnittsanleger wesentliche Informationen in zusammengefasster und leicht verständlicher Form zu enthalten hatte (§ 42 Abs. 2 InvG) und durch die Prospekthaftung (§ 127 InvG) sanktioniert war. Dieses Gesetz wurde wiederum durch das Kapitalanlagegesetzbuch von 2013 abgelöst, das ebenfalls die Pflicht zur Erstellung einer wesentlichen Anlegerinformation (§§ 164, 268 KAGB) mit entsprechender Haftung (§ 306 KAGB) enthält.

Mit dem Investmentgesetz und dem Kapitalanlagegesetzbuch wurden die UCITS-Richtlinie von 1985 und die AIFM-Richtlinie von 2011 umgesetzt und ein sogenannter europäischer Pass eingeführt, also die gegenseitige Anerkennung zugelassener Fonds zwischen den Mitgliedstaaten der EU. Zudem wurde die Palette der erlaubten Arten von Fonds kontinuierlich erweitert. Zugleich wurde der Typenzwang verschärft, indem einerseits auch die Investition in andere Anlagen als Wertpapiere erfasst wird und andererseits nur die Auflegung als Sondervermögen, Investmentaktiengesellschaft oder Investmentkommanditgesellschaft zulässig ist.

#### **d) Publikumspersonengesellschaften**

Neben dem organisierten Kapitalmarkt entwickelte sich der sogenannte graue Kapitalmarkt mit Produkten, die in Konkurrenz zu den etablierten und zunehmend regulierten Anlageformen traten.<sup>47</sup> Dazu gehörten insbesondere Anteile an Publikumspersonengesellschaften. Da der Gesetzgeber hier untätig blieb, entwickelte die Rechtsprechung ein Sonderrecht für diese Gesellschaften.<sup>48</sup> Dieses umfasst insbesondere verstärkte Kontrollrechte und eine Prospekthaftung.<sup>49</sup> Auch hier wurde vor allem darauf gesetzt, dass die Anleger ihre Interessen selbst wahrnehmen können.

---

<sup>46</sup> *Sethe*, Anlegerschutz im Recht der Vermögensverwaltung, 2005, S. 386 f.

<sup>47</sup> *Assmann* in *Assmann/Schütze*, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 4. Aufl. 2015, § 1 Rn. 11 f.

<sup>48</sup> *Assmann* in *Assmann/Schütze*, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 4. Aufl. 2015, § 1 Rn. 13 f.

<sup>49</sup> *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 437 f.

### e) Liberalisierung

Mitte der achtziger Jahre kam es zu einer Liberalisierung des Börsenrechts, die eine erhebliche Dynamik freisetzte,<sup>50</sup> die dann Anfang der neunziger Jahre in der Herausbildung des Kapitalmarktrechts als Rechtsgebiet mündete.<sup>51</sup> Zunächst setzte das Börsenzulassungsgesetz von 1986 verschiedene EG-Richtlinien um und führte insbesondere die Pflicht zur ad-hoc-Publizität ein.<sup>52</sup> Es diente damit vor allem der Herstellung von Transparenz, um den Anlegern die notwendigen Informationen für eine eigenverantwortliche Entscheidung zu verschaffen, und folgte damit dem sogenannten Informationsparadigma. Die Börsenzulassungsnovelle von 1989 ermöglichte es dann, auch Privatpersonen zum Terminhandel zuzulassen, wenn sie im Rahmen des sogenannten Informationsmodells über die Risiken des Geschäfts in geeigneter Weise aufgeklärt worden waren.<sup>53</sup> Das erste Finanzmarktförderungsgesetz von 1990 schaffte dann die Börsenumsatzsteuer ab und das Gesetz zur Vereinfachung der Ausgabe von Schuldverschreibungen von 1991 hob die Genehmigungspflicht für die Emission von Inhaberschuldverschreibungen auf. Diese Maßnahmen führten zu einer Erweiterung sowohl der am Kapitalmarkt handelbaren Produkte als auch der Personen, die an diesem Handel teilnehmen können. Sie hatten eine Diversifizierung des Anlageverhaltens zu Folge,<sup>54</sup> aber auch eine zunehmende Komplexität und Kompliziertheit der Kapitalmärkte.<sup>55</sup> Zugleich öffneten sie die Kapitalmärkte für weniger kompetente Personen.

## 3. Entstehung und Weiterentwicklung des Kapitalmarktrechts

Bis zu diesem Zeitpunkt wurden die Kapitalmärkte vor allem durch das Aktien- und Börsenrecht reguliert. Daneben bestanden mit dem Investmentrecht und dem Recht der Publikumspersonengesellschaften nur vereinzelte Regelungen. Indem nun neben das Börsenrecht auch Regelungen für andere Bereiche des Kapitalmarkts traten, begann sich nun ein Kapitalmarktrecht zu entwickeln, das über das Börsenrecht hinausging, dieses aber mitumfasste.

### a) Erweiterung der Prospektpflicht und -haftung

Das Börsengesetz von 1896 hatte eine Prospektpflicht und -haftung nur für börsennotierte Wertpapiere vorgesehen, weil der historische Gesetzgeber dies angesichts der damaligen Absatzsituation für nicht börsennotierte Wertpapiere bzw. andere Vermögensanlagen nicht für notwendig hielt.<sup>56</sup> Mit dem entstehenden Kapitalmarktrecht wurde der Anwendungsbereich der

<sup>50</sup> Vgl. *Merkt*, FS Hopt, 2010, 2207 (2219 f.).

<sup>51</sup> Vgl. *Assmann* in Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 4. Aufl. 2015, § 1 Rn. 4.

<sup>52</sup> Vgl. *Merkt* in Hopt/Rudolph/Baum (Hrsg.), Börsenreform, 1997 S. 18 (125);

<sup>53</sup> *Merkt* in Hopt/Rudolph/Baum (Hrsg.), Börsenreform, 1997 S. 18 (124).

<sup>54</sup> Vgl. *Sethe*, Anlegerschutz im Recht der Vermögensverwaltung, 2005, S. 351 ff., der darin eine Professionalisierung der Anleger sieht.

<sup>55</sup> *Sethe*, Anlegerschutz im Recht der Vermögensverwaltung, 2005, S. 360 f.

<sup>56</sup> *Heidelbach* in Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechtskommentar, 4. Aufl. 2010, §§ 1-8e Rn. 2; vgl. auch Assmann, Prospekthaftung als Haftung für die Verletzung kapitalmarktbezogener Informationsverkehrspflichten nach deutschem und US-amerikanischem Recht, 1985, S. 62.

Prospektpflicht und -haftung sukzessive auf weitere Kapitalmarktprodukte erweitert. So wurden mit dem Verkaufsprospektgesetz von 1990, das die Emissionsprospektrichtlinie von 1989 umsetzte, auch Wertpapiere erfasst, die zwar nicht an der Börse notiert waren, aber öffentlich angeboten wurden. Mit dem Anlegerschutzverbesserungsgesetz von 2004 wurden auch nicht in Wertpapieren verbriefte, aber öffentlich angebotene Anteile erfasst. Auch hier setzte der Anlegerschutz vor allem auf das Informationsparadigma, indem den Anlegern die Informationen zur Verfügung gestellt werden sollen, die sie für eine eigenverantwortliche Anlageentscheidung benötigen.

Das Wertpapierprospektgesetz, das durch das Prospektrichtlinienumsetzungsgesetz von 2005 geschaffen wurde und die Prospektrichtlinie von 2003 umsetzte, regelte dann nicht nur die Prospektpflicht und -haftung sowohl für börsennotiert als auch für nicht an der Börse zugelassene, aber öffentlich angebotene Wertpapiere. Vielmehr ordnete es auch an, dass der Prospekt eine Zusammenfassung mit Schlüsselinformationen und Warnhinweisen enthalten muss (§ 5 Abs. 2 WpPG). Ähnlich ergänzte das Anlegerschutz- und Funktionsverbesserungsgesetz von 2011 das Wertpapierhandelsgesetz um die Pflicht für Wertpapierdienstleistungsunternehmen, ein kurzes und leicht verständliches Informationsblatt für jedes empfohlene Finanzinstrument zur Verfügung zu stellen (§ 31 Abs. 3a WpHG). Diese Regelungen halten zwar am Informationsparadigma fest, tragen aber dem Befund Rechnung, dass die Anleger vielfach mit der Informationsfülle der Prospekte überfordert sind (information overload), und versuchen durch eine anlegergerechtere Filterung und Präsentation der Information Abhilfe zu schaffen.

Das Vermögensanlagengesetz von 2012 und seine Verschärfung durch das Kleinanlegerschutzgesetz von 2015 erstreckten die Prospektpflicht schließlich grundsätzlich auf weitere Produkte des grauen Kapitalmarkts, die eine Beteiligung am Ergebnis eines Unternehmens oder an einem Treuhandvermögen gewähren oder als Namensschuldverschreibung ausgestaltet sind. Zudem enthielt es die Pflicht zur Erstellung eines Vermögensanlagen-Informationsblattes (§ 13 VermAnlG). Es reagierte damit auf die Erweiterung der auf dem Kapitalmarkt gehandelten Produkte und des Anlegerkreises. Darin liegt zwar eine Verbesserung des Schutzes auch der Kleinanleger, das zugrundeliegende Konzept beruht jedoch weiterhin auf dem Informationsparadigma.<sup>57</sup>

Ab 2018 besteht die Pflicht zur Abfassung und Bereitstellung eines Basisinformationsblatts (Art. 5 und 13 PRIIP-VO (EU) Nr. 1286/2014 mit der Haftung aus Art. 11 Abs. 1 und 2 PRIIPs-VO). An den geschilderten Grundzügen ändert sich jedoch nichts. Allerdings wird damit der Anlegerschutz stärker auf die Ebene des europäischen Rechts gehoben, wohl einschließlich einer eigenen Anspruchsgrundlage für die Haftung.

## **b) Aufklärungs- und Beratungspflichten**

1993 statuierte das sogenannte Bond-Urteil des BGH eine Pflicht von Banken und Anlageberatern zu anleger- und objektgerechter Beratung von

---

<sup>57</sup> Assmann in Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 4. Aufl. 2015, § 1 Rn. 3.

Anlegern mit entsprechender Haftung.<sup>58</sup> Damit führte nicht der Gesetzgeber Aufklärungs- und Beratungspflichten neben den Informationspflichten ein, sondern die Rechtsprechung. In das Regulierungsrecht wurden Aufklärungs- und Beratungspflichten mit dem Wertpapierhandelsgesetz von 1994 übernommen, das insoweit die Wertpapierdienstleistungsrichtlinie von 1993 umsetzte. Die Aufklärungs- und Beratungspflichten wurden in der Folgezeit durch die Rechtsprechung sukzessive verschärft, indem sie insbesondere auch die Offenlegung von Interessenkonflikten forderte.<sup>59</sup> Seit der Umsetzung der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente (MiFID, 2004/39/EG) gilt zudem für die Anlageberatung und die Portfolioverwaltung die Pflicht zur Prüfung, ob das Geschäft für den Kunden geeignet ist (§ 31 Abs. 4 WpHG); für andere Wertpapierdienstleistungen gilt die Pflicht zur Prüfung, ob das Geschäft in dem Sinne angemessen ist, dass der Kunde es angemessen beurteilen kann (§ 31 Abs. 5 WpHG); reine Ausführungsgeschäfte ohne Beratung bzw. Geeignetheits- oder Angemessenheitsprüfung sind nur noch in Bezug auf nicht komplexe Finanzinstrumente zulässig (§ 31 Abs. 7 WpHG). Mit der anstehenden Umsetzung der neuen Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente von 2014, die jetzt bis zum 3. Januar 2018 zu erfolgen hat, wird die Liste der nicht komplexen Finanzinstrumente, bei denen ein reines Ausführungsgeschäft zulässig ist, beschränkt (Art. 25 Abs. 4 lit. a MiFID II). Eine weitere Verschärfung bringt die gleichzeitige Einführung eines Produktfreigabeverfahrens, die sogenannte Product Governance durch das Kleinanlegerschutzgesetz, nach dem für jedes Finanzinstrument ein Zielmarkt von Kunden zu bestimmen ist, deren Bedürfnissen das Finanzinstrument entspricht, und nach dem eine für diesen Zielmarkt geeignete Vertriebsstrategie zu verfolgen ist (§§ 33 Abs. 3b ff. WpHG n. F.).

Die Aufklärungs- und Informationspflichten beruhen letztendlich auch auf dem Informationsparadigma, indem sie für eine bessere Information der Anleger sorgen sollen. In einem gewissen Umfang ermöglichen sie es aber zugleich auch, auf die Schwächen der Anleger einzugehen, indem die Anforderungen an die Pflichten steigen, je weniger der Anleger in der Lage ist, die Informationen für eine eigenverantwortliche Anlageentscheidung zu benutzen.<sup>60</sup>

### c) Weitere Verhaltenspflichten

Das bereits angesprochene Wertpapierhandelsgesetz, das Teil des 2. Finanzmarktförderungsgesetzes von 1994 war, statuierte weitere Verhaltenspflichten. Während der Entwurf eines Vermögensanlagegesetzes 1977 noch gescheitert war, musste der Gesetzgeber nunmehr die Transparenzrichtlinie (88/627/EWG), die Insiderrichtlinie (89/592/EWG) und die Wertpapierdienstleistungsrichtlinie (93/22/EWG) von 1988, 1989 und 1993 umsetzen. Das Wertpapierhandelsgesetz enthielt demgemäß erweiterte Informationspflichten, insbesondere die Pflicht zur ad-hoc-Publizität, sowie ein Verbot des Insiderhandels und weitere Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten.<sup>61</sup> Diese wurden mit dem 4. Finanzmarktförderungsgesetz von 2002

<sup>58</sup> BGHZ 123, 126.

<sup>59</sup> Vgl. etwa BGH, NJW 2013, 3574; BGH, NZG 2016, 1028.

<sup>60</sup> BGHZ 189, 13.

<sup>61</sup> Merkt in Hopt/Rudolph/Baum (Hrsg.), Börsenreform, 1997 S. 18 (132).

sowie dem Anlegerschutzverbesserungsgesetz von 2004, das die Marktmissbrauchsrichtlinie (2003/6/EG) umsetzte, und dem Finanzmarkt-Richtlinie-Umsetzungsgesetz von 2007, das die Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente (MiFID, 2004/39/EG) umsetzte, erweitert und vor allem um ein Verbot des Marktmissbrauchs ergänzt; insbesondere wurde dabei auch der Anwendungsbereich erweitert. Soweit diese Regelungen nicht dem Informationsparadigma folgen, enthalten sie ein direktes Verbot der Schädigung der Anleger.

#### **d) Vertriebs- und Produktbeschränkungen**

Die jüngste Entwicklung stellt die Einführung von Vertriebs- und Produktbeschränkungen bis hin zu Verboten dar. So ermöglichen es das durch das Kleinanlegerschutzgesetz von 2015 geänderte Wertpapierhandelsgesetz und die Finanzmarktverordnung von 2014, die 2018 in Kraft treten soll, der BaFin, die Vermarktung, den Vertrieb oder den Verkauf von Finanzinstrumenten oder strukturierten Einlagen zu verbieten oder zu beschränken, wenn diese unter anderem erhebliche Bedenken für den Anlegerschutz aufwerfen (§ 4b WpHG bzw. Art. 42 MiFIR). Ähnlich kann im Recht der Vermögensanlagen die BaFin die Werbung, die Veröffentlichung des Verkaufsprospekts und das öffentliche Angebot untersagen, wenn die Vorschriften des VermAnlG nicht eingehalten werden (§§ 16 ff. VermAnlG).<sup>62</sup> Im Investmentrecht kann die BaFin geeignete und erforderliche Maßnahmen ergreifen, wenn eine Gefahr für die Erfüllung der Verbindlichkeiten der Kapitalverwaltungsgesellschaft oder für die Sicherheit der ihr anvertrauten Vermögensgegenstände besteht (§ 42 KAGB). Zudem bestehen hier Vertriebsverbote für Spezial-AIF, da diese nur an professionelle oder semiprofessionelle Anleger vertrieben werden dürfen (§ 1 Abs. 3 KAGB). Im Wertpapierhandelsrecht wird ein sogenannter Product-Governance-Prozess eingeführt, nachdem jedes Unternehmen bereits im Vorfeld des Vertriebs eines Finanzinstruments dafür Sorge tragen soll, dass das Produkt nur einer Kundengruppe angeboten wird, zu deren Bedürfnissen es passt (Art. 24 MiFID II). Bei den genannten Regelungen besteht nunmehr die Möglichkeit, bestimmte Produkte oder deren Vertrieb zu beschränken oder zu verbieten und so die Anlage in diese Produkte zu erschweren oder zu verhindern.

### **III. Fazit**

Lässt man die geschilderte Entwicklung Revue passieren, so fallen vor allem die folgenden Grundlinien auf.

#### **1. Entwicklungslinien bei Rechtstatsachen**

Rechtstatsächlich ist eine Entwicklung zur Teilnahme immer breiterer und unerfahrenerer Anlegerschichten am Kapitalmarkt festzustellen.<sup>63</sup> Gleichzeitig ist nicht nur eine zunehmende Vielfalt an Kapitalmarktprodukten

---

<sup>62</sup> Dazu *Wilhelmi/Seitz*, WM 2016, 101.

<sup>63</sup> Vgl. jetzt auch *Buck-Heeb*, JZ 2017, 279 (283 f.).

zu konstatieren. Vielmehr werden diese in der Tendenz auch immer komplexer und komplizierter.<sup>64</sup>

## 2. Entwicklungslinien bei Regelungen

Bei den Regelungen ist festzuhalten, dass diese sich zunächst vor allem auf den Schutz des angelegten Geldes konzentriert haben, daneben aber nicht nur versuchten, dem Anleger die für eine eigenverantwortliche Entscheidung notwendigen Informationen zur Verfügung zu stellen, sondern auch Beschränkungen der Produkte zum Gegenstand hatten. Das neu entstehende Kapitalmarktrecht war dann allerdings insbesondere durch den immer weiteren Ausbau der Publizitätspflichten gekennzeichnet.<sup>65</sup> Jedoch mehren sich die Anzeichen, dass das Informationsmodell wohl ausgereizt und an seine Grenzen gelangt ist.<sup>66</sup> Die jüngsten Reformen haben demgemäß nicht nur eine Ausweitung der Publizitätsinstrumente gebracht, sondern vor allem erhebliche Anforderungen an die Institutionen und den Vertrieb durch eine zunehmende Regulierung der Anlageprodukte und ihren Vertrieb.<sup>67</sup>

Auf einer etwas abstrakteren Ebene lässt sich konstatieren, dass das Kapitalmarktrecht zunächst der Ausweitung der Kapitalmärkte über die Börse hinaus bis hin in den grauen Kapitalmarkt begegnet ist, indem es die Regelungen des Börsenrechts auf die anderen Gebiete des Kapitalmarkts erstreckt hat. Dies geschah eher inkrementell, hat aber inzwischen dazu geführt, dass es kaum noch weiße Flecken auf der Landkarte des Kapitalmarkts gibt. Mit der zunehmenden Komplexität der Kapitalmarktprodukte und der gleichzeitigen Erweiterung des Kreises der Anleger, die mit einer abnehmenden Kompetenz der Anleger verbunden ist, haben sich aber die Grenzen des das Börsenrecht prägenden Informationsmodells gezeigt. Das Kapitalmarktrecht hat darauf jüngst durch die Einführung von Vertriebs- und Produktbeschränkungen reagiert. Diese sind womöglich Vorboten eines Paradigmenwechsels vom Informationsmodell zu einem stärker paternalistischen Ansatz.<sup>68</sup>

## 3. Entwicklungslinien beim Anlegerschutz

Die geschilderte Entwicklung des Anlegerschutzes im Kapitalmarkt hat auch gezeigt, dass die Instrumente des Anlegerschutzes im Rahmen des Informationsmodells zumindest auch die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts geschützt haben. Dementsprechend war auch lange nicht klar, ob der Anlegerschutz im Rahmen der Ziele des Kapitalmarktrechts ein eigenständiges Ziel ist oder ob er nur ein untergeordnetes Ziel gegenüber dem Ziel ist, die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts zu schützen, indem er vor allem Mittel zu dem Zweck ist, das für das Funktionieren des Kapitalmarkts notwendige

<sup>64</sup> Vgl. jetzt auch *Buck-Heeb*, JZ 2017, 279 (284).

<sup>65</sup> *Merkt* in Hopt/Rudolph/Baum (Hrsg.), Börsenreform, 1997 S. 18 (138).

<sup>66</sup> *Buck-Heeb*, ZHR 176 (2012), 66 (94).

<sup>67</sup> *Assmann* in Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 4. Aufl. 2015, § 1 Rn. 4, der daneben auch die Solidität von Marktinstitutionen, insbesondere Marktintermediären nennt.

<sup>68</sup> Vgl. *Buck-Heeb*, ZHR 177 (2013), 310 (331 f.); *Contratto*, in: Sethe/Hens/von der Croone/Weber (Hrsg.), Anlegerschutz im Finanzmarktrecht kontrovers diskutiert, 2013, S. 48 (49); jetzt auch *Buck-Heeb*, JZ 2017, 279 (285 ff.).

Vertrauen der Anleger sicherzustellen.<sup>69</sup> Diese Unterscheidung berührte sich mit der Unterscheidung zwischen dem institutionellen Anlegerschutz, der die Anleger nur als Gesamtheit schützt, und dem individuellen Anlegerschutz, der auch den einzelnen Anleger schützt, insbesondere indem diesem Schadensersatzansprüche zustehen.<sup>70</sup> Auf der Wertungsebene steht dahinter zudem die Frage, wie weit die Eigenverantwortung des mündigen Verbrauchers im Rahmen der Privatautonomie geht und wann eine Fürsorge des Gesetzgebers notwendig ist, ohne sich dem Vorwurf des Paternalismus auszusetzen.<sup>71</sup>

Demgegenüber hat die geschilderte Entwicklung des Anlegerschutzes im Kapitalmarkt dazu geführt, dass das Kapitalmarktrecht nicht mehr nur den verständigen Durchschnittsanleger schützt, der rational agiert und informiert oder zumindest informierbar ist, indem es dem Anleger die für seine eigenverantwortliche Anlageentscheidung notwendigen Informationen zur Verfügung stellt. Vielmehr wird in jüngerer Zeit auch der Anleger geschützt, der objektiv oder subjektiv nicht in der Lage ist, sich gegen die mit der Teilnahme am Kapitalmarkt verbundenen Risiken zu schützen, so dass das Kapitalmarktrecht den Anleger zunehmend als Konsumenten oder Verbraucher auffasst und insoweit dem Verbraucherschutzrecht entspricht.<sup>72</sup> Dem entspricht eine zunehmende Bedeutung des individuellen gegenüber dem institutionellen Anlegerschutz. Demgemäß ist der Anlegerschutz spätestens jetzt zu einem eigenständigen Ziel des Kapitalmarktrechts geworden.

Der Rechtsstaat hat es damit hoffentlich geschafft, auf die Herausforderungen der Globalisierung im Bereich der Kapitalmärkte eine angemessene Antwort zu geben. Der etwas zähe Prozess dürfte nicht zuletzt auf der Schwierigkeit beruhen, das Verhältnis zwischen den durch die Globalisierung entstehenden Chancen und Risiken und den überkommenen kulturellen Werten neu auszutarieren.

---

<sup>69</sup> Vgl. *Wilhelmi*, JZ 2014, 693 (702).

<sup>70</sup> Vgl. *Buck-Heeb*, Kapitalmarktrecht, Rn. 12 ff.

<sup>71</sup> Vgl. *Langenbacher*, ZHR 177 (2013), 679 (685 f.).

<sup>72</sup> *Assmann* in *Assmann/Schütze*, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 4. Aufl. 2015, § 1 Rn. 3; vgl. auch *Buck-Heeb*, JZ 2017, 279 (284 f.); *dies.* ZHR 176 (2012), 66 (82 ff.); *Moloney*, EBOR 13 (2012), 169 passim; kritisch *Riesenhuber*, ZBB 2014, 134 (147 f.).

# **A Study on the Group Decision Making Rule - One person-one vote and One share-one vote**

**Chadong Kim, Seoul**

## **I. Introduction**

Since human beings began to gather and live in a group, they have to often make group decisions. It was very natural to introduce a rule or standard to govern the group decision making and to implant them into laws. The firstly prevailed type of a group decision making in the history was a share voting, that is, a voting rule in which every person who has more shares may exercise more voting powers. Of course it differs through times and jurisdictions how one gets shares. They can get certain amount of shares basically depending on the beforehand investment whereas some can get them only by the promise to take a burden in the future.

Transaction costs incur while transacting goods and services. People may form groups like corporations, partnerships, associations or the other forms of social or political groups to internalize the transaction. Grouping may be a good way to reduce the transaction costs under the circumstance that the transaction among individuals incurs too much transaction costs. When groups are formed, a rule and procedure to make their own intention collectively need to be set. The ways to make such intention within the groups may be classified as a share voting (one-share one-vote) and a head voting (one-person one-vote). All most all jurisdictions have accommodated these two outstanding voting rule to their group decision making methods.

It may be very helpful to study on the rationales of two voting rules, analyze their strength and weakness because two voting rules put on influence with each other and are replaced by each other.

## **II. Legal frames governing share voting and head voting under current Korean laws**

Under current Korean laws share voting plays a main role in making decisions on property matters whereas head voting does it in making decision on political matters. Both voting rules put their mutual influence on each other. But one of them will not dominate and cannot totally replace each other to survive to be only one.

## 1. A legal frame governing share voting

### a) Joint ownerships – Co-ownership, Partnership-ownership, and Collective ownership

A co-owner has to pay the same cost to get a share in things<sup>1</sup> like other co-owners. But under the Korean civil code there are no straightforward stipulation. It just provides few exceptional cases in which shares are presumably given by statutes such as Section 102(Acquisition of Fruits), Section 254 (Acquisition of Ownership of Treasure-Trove), Section 257 and 258(Attachment between movables, Mixture) Section 215 (Partitioned Ownership of Building), Section 239(Presumption of Co-ownership of Boundary Marks), Section 830 (Peculiar Property and Property of which Title is uncertain) etc.

There are three ways for a co-owner to cast a vote based on one's share. Firstly, a co-owner who has a unit of shares, even in minimum, can do any act of preservation (Section 265). Secondly, a co-owner can dispose of or make any alteration in the article only with unanimous approval among all the co-owners (Section 264). Thirdly, a co-owner can administrate the article with a majority voting (Section 265).

|                                   | Co-ownership   | Partnership-ownership                 | Collective ownership |
|-----------------------------------|----------------|---------------------------------------|----------------------|
| Voting for preservation           | Minimum vote   | 1. Minimum vote<br>2. Minimum vote    | Majority vote        |
| Voting for disposal or alteration | Unanimous vote | 1. Majority vote<br>2. Unanimous vote | Majority vote        |
| Voting for administration         | Majority vote  | 1. Majority vote<br>2. Unanimous vote | Majority vote        |

Because co-ownership is a default rule of joint ownership under the Korean Civil Code, partnership-ownership can be formed with a partnership agreement or statutory validation. Like co-ownership, statutory validation is few. A partnership owner can dispose of, make alteration in or administrate the property with unanimous consent but do any act of preservation (Section 272). If the partnership-ownership is formed by a partnership contract, the voting rule changes from unanimous voting to majority voting instead of the above legal principle (the ruling of the Korean Supreme Court 2010. 4. 29. 2007DA18911).

Except for association or organization as a juristic person, the Korean Supreme Court confirms one more type of joint ownerships that is collective ownership for an unregistered association. (Section 275) Under the Korean

<sup>1</sup> Section 98 of the Korean Civil Code. The English version of the Korean Civil Code is available at the <http://www.moleg.go.kr/english/> which is the formal legal information site run by the Korean government.

civil code, a piece of article which is collectively owned may be disposed, altered, administrated, or preserved with majority voting of members. Of course a president of the association has to enforce the resolution. If the president does not do it without the resolution required, the association is not binding with the juristic act if the association successfully proves the counterpart actually knows it or has a good reason to know it (the ruling of the Korean Supreme Court 2007. 4. 19. 2004DA60072). Because the unregistered association may give a membership without any monetary connection, may raise its operating costs with donation and may not allow any share for each member it seems to be operated with head voting. But most unregistered associations are led by powerful leaderships which show up with quite a great amount of donation or talented in-group politics. Therefore, pure head voting is uncommon.

**b) Several Obligees and Obligors – Individual Claims and Obligation, Joint and several Obligation, and Surety Obligation**

Different from co-ownerships the relationship of several obligees or obligors is not governed with voting. Some juristic acts to one of obliges or obligors may have an absolute effect on the others. It seems like a minimum vote.

**c) Juristic persons – Association and Foundation**

Association is composed of members who have a voting right and the member has equal voting right unless it is otherwise provided in the article of association. (Section 73) All the affairs of the association may be resolved in the general meeting with majority vote of the members. (Section 75) Because the Korean civil code remains silent on the issue how each member gets the membership every member participates in voting without any burden-taking. It seems like head voting.

But the other form of juristic persons, that is foundation, may be slightly different. There are no members in a foundation. The Founder of a foundation may fix most of important decisions in the beginning at the time of incorporation through writing the article of the foundation. Therefore, the founder is a main sources of voting. Even though the directors, if many, may make a decision with majority votes, the foundation is considered to be operated under share voting.

**d) Companies – Partnership company, Limited Partnership company, Stock Company**

The Korean commercial law provides several types of companies. All types of companies are operated with share voting. The types of voting vary depending on the topics from plurality voting, majority voting, or supermajority voting. Every shareholder need to pay for the share which is going to be issued or be sold at the market. The money which is raised at the issuance of the share is used for the company. Every shareholder can cast as many votes as they have. It is a typical share voting.

**e) Brief-up**

Almost all group decisions to which the Korean civil or commercial laws apply are performed under the share voting. There is only exception like association which is incorporated or not. The shareholder should donate or pay for the share which she or he has. The money is used for the group. So voting is strongly tied with costs. Therefore, a shareholder has a strong incentive to vote efficiently. If not the shareholder will lose or suffer some monetary loss.

A group decision making in limited number of registered or unregistered association comes out of head voting of its members. Head voting is considered as a true legal instrument to achieve the goal and idea of democracy. But when it is applied in making decisions on property it will go far away from efficiency because members cannot have sufficient incentives to efficiently balance benefits with costs of proposals.

**2. A legal frame governing head voting**

On the other hand, the Korean Constitution provide every citizen has one voting right (Section 24). President or representatives of the National Assembly are elected with plurality vote. (Section 41, 67) Some important decisions in the foreign affairs, national defense, reunification etc. may be made with referendum (Section 72) in which every citizen has an equal voting right.

Every citizen is obliged to pay tax or serve military stipulated in the relevant laws. But the citizen who fails to pay tax nor serve military is not deprived of the voting right. In the political scene the voting right is not connected with burden-taking. Every voter may treat the voting right as a kind of public obligation rather than a right which she or he enjoys the benefit of the voting result.

**III. The merits or drawbacks of share voting and head voting and the standard to its adoption****1. The merits or drawbacks of share voting**

Share voting is a legal instrument to make a more efficient decision for a group than head voting because every voter will exercise her/his vote by balancing costs and benefits derived from the voting. The member of a group will enjoy the benefit of a decision which she or he makes. At the same time, she or he will take the burden of a decision as well. Then the member will choose the most efficient one out of all proposals. If not she or he will lose something because of the bad decision. It will give the member a good incentive.

Share voting is a rule under which voters are eligible to vote by shares. The money which the voters paid for shares is already used up and sunken for the reason. Even though voters may balance costs with benefits of decision they are going to make, the costs are past consideration whereas the benefits are future one. The connection is so remote that the decision may not be efficient sometimes.

Share voting is efficient for the shareholders, not for the group in itself nor for the society as a whole. If the group remain in the very small size and narrow scope of relation share voting can play more positive role than negative one and overcome the demerits with outstanding merits. But the members of a group become as many as the costs divided into too small pieces.

## 2. The merits or drawbacks of head voting

Head voting will function very well when the members of a group are so many that they can't feel burdensome from the bad decision. Because every member has same amount of vote no one has a decisive power. After a long discussion they can finally arrive at a conclusion. During the discussion and voting every member is treated equally. Only a proposal that can persuade a majority of members turns to be the intention of the group. It is a democracy.

But every member may have insufficient incentives. Sometimes members are so susceptible to the demagogue. The decision turns out to be populist. Populistic decision will bring a group an advantage in a short time but a disaster in the long time. A democracy in Athens in the ancient time failed in the populist destiny of a potsherd deportation. The failure of a democracy in ancient Athens was the very example of populist drawback of the head voting.

## 3. How corporation substitutes market transaction

### a) The substitution of market transaction by corporations

aa) Price mechanism can direct production, which is co-ordinated through a series of exchange transactions on the market.<sup>2</sup> Whereas within a firm these market transactions are eliminated and is substituted the entrepreneur-coordinator, who directs production.<sup>3</sup> A Firm might supersede the price mechanism if co-ordination through a firm can replace it effectively. The main reason why it is profitable to establish a firm would seem to be that there is a cost of using the price mechanism.<sup>4</sup> These kinds of costs can be reduced by specialized sellers or long-term contracts etc. but may not be totally eliminated Among the costs information, negotiating and enforcing costs may be crucial.

bb) Costs to organize cooperation within a firm incur. If compared with the costs of transaction in the market, the organizing costs remain less, production through a firm is supposed to be more efficient than market transaction. Among the organizing costs the waste of resources of production and diminishing return to management may be important. A firm will show up when the costs of organizing a transaction within the firm become equal to the costs of carrying out the same transaction by means of an ex-

<sup>2</sup> Ronald Coase, *The Nature of Firms*, P. 388.

<sup>3</sup> Supra. P. 388.

<sup>4</sup> Supra P. 390.

change on the open market.<sup>5</sup> Other things being equal, a firm will tend to be larger, ① the less the costs of organizing and the slower these costs rise with an increase in the transactions organized, ② the less likely the entrepreneur is to make mistakes and the smaller the increase in mistakes with an increase in the transactions organized, and ③ the greater the lowering in the supply price of factors of production to firms of larger size.<sup>6</sup> Managerial improvement can save the operating costs of the firm and make it bigger. Types of voting inside the firm will put an influence on the managerial expenses. If the firm can save managerial costs by rearranging the voting mechanism, the firm grows larger. Firms usually adopt share voting. How many shares the shareholder has will be decisive at the voting.

#### 4. Types of voting rules

##### (1) *The definition of voting rule*

A voting rule is any method for choosing a winner from a set of candidates on the basis of voters' reported preferences for those candidates.<sup>7</sup>

##### (2) *The Types of Voting Rules*

#### a) **One person-one vote (Head Voting) v. one share-one vote (Share voting)**

#### b) **Unanimity rule, super majority rule, majority rule, plurality rule and rank-order voting**

Unanimity rule means that a bill can be adopted only if all the voters are affirmative.

Simple majority rule means that candidate X is chosen if more voters prefer X to Y than Y to X.

Supermajority rules such as two-thirds majority rule chooses alternative X over alternative Y if X garners at least a two-third's majority over Y.

Plurality rule means that candidate X is chosen if more voters rank X first than they do any other feasible candidate.

Rank-order voting means that each candidate gets one point for every voter who ranks her first, two points for every voter who ranks her second, and so forth, with candidate X being chosen if X' point total is lowest among those in the feasible set.

#### 5. The Robustness of Majority Rule of Share Vote

##### a) **Five axioms of voting rule**

Five axioms of voting rule are Pareto property, anonymity, neutrality, independence of irrelevant alternatives, and generic decisiveness.

<sup>5</sup> Supra P. 395.

<sup>6</sup> Supra P. 397.

<sup>7</sup> Partha Dasgupta & Eric Maskin, *On the Robustness of Majority Rule*, Journal of the European Economic Association, September 2008, P. 949.

### **b) Five axioms v. Voting rule**

Three voting rules, simple majority rule, rank-order voting, and plurality rule satisfy three axioms out of the above five ones which are Pareto property, anonymity, and neutrality. But rank-order voting and plurality rule fail to satisfy independence of irrelevant alternatives.

Furthermore, the simple majority rule fails to satisfy the axiom of generic decisiveness. Of course the simple majority rule works well for some domains of voters' preferences, but not for the unrestricted domain. Majority rule is the most robust voting rule which works well on the most domains.

## **6. The Superiority of a Share Voting over a Head Voting**

### **a) Share voting is more efficient than Head voting**

Under the share voting system, voters need to have shares to participate the vote. Voters can get shares which they can buy at the issuing or open market with money. The money is used for the corporation. Voters need to take a burden of the operation of corporation to hold voting rights. Voters can not only enjoy the benefits of making decisions but also take its burden which is the money they need to pay when purchasing the shares. If they take more burdens, the more voting rights they can exercise. By connecting the benefits with the costs of voting, share voting may be more efficient. On the other hand, under the head voting rule voters can exercise voting rights equally no matter what they invest or take more or less. Especially every citizen has one voting right for the political decision making regardless that he or she pays tax or serves military or not. One-person one-vote is considered as a very democratic rule of organizing and managing state's bodies, but it has some drawbacks out of which it can't connect benefits with costs of the voting. Every citizen may be obliged to pay some taxes which are used for the expense to run the state and to serve military to defend the country. Tax and military service are apparently supposed to be the costs of exercising voting rights but are not sufficiently related with outcomes of voting. When voting rights are isolated from the voting's costs voters may not have good incentives to exercise the rights efficiently. If voters can't vote efficiently they are apt to be influenced by the populists.

### **b) A conventional type of share voting and a new proposal like 'quadratic voting' to improve it**

A shareholder in a conventional type of share voting may get the share by purchase in the beginning or just before she or he exercise the voting right. The money raised by the selling the share is used for the group. On conclusion I can say that the shareholder takes the burden of its voting right. Because a shareholder pay before the voting the connection between the benefit and cost of the resolution becomes a little remote. In some instance a shareholder may behave strategically for its own benefit not for the group itself, which can lead the resolution inefficient as a whole.

To improve such inefficiency, Prof. Eric Maskin proposed "Quadratic Voting" Under the Quadratic Voting every voter need to pay the amount of  $\frac{1}{2}(\Delta\alpha_i)^2$  at the moment of voting. So the shareholder will assimilate benefit

with cost at the moment of voting. It will improve the efficiency of share voting, he insists.

#### **IV. How to achieve the democratic economy**

The Korean Constitution Subsection 2 of Section 119 provides “The State may regulate and coordinate economic affairs in order to maintain the balanced growth and stability of the national economy, to ensure proper distribution of income, to prevent the domination of the market and the abuse of economic power and to democratize the economy through harmony among the economic agents.”

There are strong debates on the issue “How to achieve democratic economy.” The very point of democracy in economy which can be differentiated from the administrative regulation is on the decision making. If the decision on the matter is made based on the shares and intervened with administrative authority, it is just regulation not democratic economy. But the subject matter is decided with vote in which every voter has equal vote regardless of how much she or he contributes on the expense the group uses.

#### **V. Conclusion**

Under the current Korean laws there are two types of decision making that are share voting and head voting. Each has its own merits and demerits.

Share voting has been long lasting instrument of decision making. It is very efficient if it is well used in the situation of quite small number of members the group has. But the group accommodates more number of members and the members become as many as the burden they take through the decision becomes less important and creates insufficient incentives for the members. Therefore, the burden is going to meaningless. The members dislike voting because it looks like a kind of duty.

Head voting may be perfect instrument for the instance. Every member has equal vote.

Then we reshuffle the voting rule from share voting to head voting in situation where the number of member in group become quite large enough. How large should the number of members be to justify the sacrifice of efficiency of share voting? It is an empirical question. I just guess the number must be larger than thousands because the costs of a group can be shattered into pieces and distributed to each not to feel any burden.

---

# Laienrichter im Strafverfahren in Deutschland und in Japan – Geschichte und Gegenwart

Rudolf Rengier, Konstanz

## I. Die Beteiligung von Laienrichtern im japanischen Strafverfahren

Am 21. Mai 2009 ist das bereits im Jahre 2004 verabschiedete japanische Gesetz über die Beteiligung von Laienrichtern am Strafverfahren (im Folgenden: JLRG) in Kraft getreten.<sup>1</sup> Nach § 2 Abs. 1 und 2 JLRG entscheidet über bestimmte schwere Straftaten ein Spruchkörper, der sich aus drei Berufsrichtern und sechs Laienrichtern (in Japan: „Saiban-in“) zusammensetzt. Man hat es also nach deutscher Terminologie mit einem großen Schöffengericht zu tun.

Die Zuständigkeit des neuen japanischen Schöffengerichts erstreckt sich gemäß § 2 Abs. 1 JLRG

(1) erstens auf Straftaten, die mit Todesstrafe oder lebenslänglicher Freiheitsstrafe bedroht sind (zum Beispiel vorsätzliche Tötungen, Landesverrat, Inbrandsetzen von Wohnungen, Geldfälschung, Sexualdelikte mit Todes- oder Körperverletzungsfolge, Raub mit Todes- oder Körperverletzungsfolge);

(2) zweitens auf weitere Straftaten, bei denen infolge der Begehung von bestimmten vorsätzlichen Straftaten der Geschädigte getötet wurde (zum Beispiel Körperverletzung mit Todesfolge, Straftaten nach dem Betäubungsmittelgesetz mit Todesfolge).<sup>2</sup>

Im Wesentlichen handelt es sich demnach um Straftaten, die zum klassischen Zuständigkeitsbereich von Schwurgerichten gehören, und zwar unabhängig davon, ob in solchen Schwurgerichten nach dem Jury-System ausschließlich Laien in einem Geschworenengericht oder nach dem Schöffengerichts-System Laien und Berufsrichter gemeinsam entscheiden.

Die Beteiligung von Laien als Strafrichter hat in Japan keine Tradition. Lediglich zwischen 1928 und 1943 gab es eine kurze Periode mit einem Jury-System, in dem ein aus zwölf Laien bestehendes Geschworenengericht für Schwurgerichtsfälle zuständig war. Aber das System war faktisch so ausgestaltet, dass von über 25.000 in dieser Zeit möglichen Schwurgerichtsfällen

---

<sup>1</sup> Deutsche Übersetzung von *Siegfanz/Wilhelm*, in: *Marutschke* (Hrsg.), *Laienrichter in Japan, Deutschland und Europa*, 2006, S. 196 ff.

<sup>2</sup> Dazu *Schneider*, *Saiban'in seido – das japanische Laienrichtersystem*, 2011, S. 64 f.

tatsächlich nur zwei Prozent vor die Geschworenengerichte gelangten.<sup>3</sup> Vor diesem Hintergrund lässt sich in der 2009 erfolgten Einführung des Saiban-in-Systems in das japanische Strafverfahren in der Tat eine „epochale Wende“<sup>4</sup> sehen. Im Vorfeld der Reform sind viele japanische Juristen nach Amerika und Europa geschickt worden, um sich verschiedene Laienrichtersysteme anzusehen. Dabei habe sich, so berichtet ein japanischer Richter, „besonders Deutschland und sein Schöffensystem zu einem wichtigen Vorbild entwickelt“.<sup>5</sup>

Worin liegen die Hintergründe, die den japanischen Gesetzgeber zu dieser „epochalen“ Reform veranlasst haben?<sup>6</sup>

Etwa seit den 1990er Jahren wuchs in Japan die Einsicht in die Notwendigkeit einer Justizreform. Dazu trugen unter anderem einige aufgedeckte Fehlurteile bei, die auch Verurteilungen zur Todesstrafe betrafen. Die Unzufriedenheit mit dem Beamtenrichtertum wurde stärker und machte sich breit. Man dürfe, so wurde gefordert, die Strafrechtspflege nicht dem bürokratischen Beamtenrichter überlassen, sondern müsse sie demokratisieren.<sup>7</sup> Das japanische Strafprozessrecht kennt zwar den Mündlichkeitsgrundsatz und den Grundsatz der Unmittelbarkeit. Aber diese Prozessgrundsätze funktionierten in der Realität nicht mehr, da Vorschriften, die die Verwertung von Aussageprotokollen von Zeugen und Angeklagten als Beweis erlaubten, sehr häufig angewendet wurden.<sup>8</sup> So verfiel, wie ein Kritiker schrieb, die Hauptverhandlung in Japan „zum Ort der Nachprüfung von Ermittlungsakten“.<sup>9</sup> Beklagt wurden auch zweifelhafte Methoden von Polizei und Staatsanwaltschaft, um Geständnisse zu erzwingen, deren Niederschriften Richter unkritisch verwerteten, ohne die Art der Erlangung zu hinterfragen; auf diese Art und Weise wurden Mündlichkeit und Unmittelbarkeit ausgehöhlt.<sup>10</sup> Außerdem scheinen Verurteilungsraten von über 99 Prozent darauf hinzudeuten, dass die Chancen eines Angeklagten auf eine erfolgreiche Verteidigung minimal sind.<sup>11</sup>

§ 1 JLRG formuliert als Zweck des Gesetzes das Ziel, „durch das strafprozessuale Zusammenwirken der aus dem Volk berufenen Laienrichter mit Berufsrichtern das Verständnis und das Vertrauen der Bürger gegenüber der Rechtspflege“ zu stärken.<sup>12</sup> Gleichzeitig soll die demokratische Komponente

---

<sup>3</sup> Takada, in: Kroeschell/Cordes (Hrsg.), Vom nationalen zum transnationalen Recht, 1995, S. 183, 185 ff.

<sup>4</sup> So Duttge/Erler/Tadaki, Aktuelle Entwicklungslinien des japanischen Strafrechts im 21. Jahrhundert, ZStW 127 (2015), 225, 233.

<sup>5</sup> Kusano, Der Laienrichter im japanischen Strafprozess, DRiZ 2013, 138, 141.

<sup>6</sup> Dazu auch Kato, Aktuelle Entwicklungslinien des japanischen Strafprozessrechts, insbesondere die Strafjustizreform im 21. Jahrhundert, in: Duttge/Tadaki (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungslinien des japanischen Strafrechts im 21. Jahrhundert, 2017, S. 139 ff.

<sup>7</sup> Takada (Fn. 3), S. 183 f.

<sup>8</sup> Kasano, DRiZ 2013, 138, 139.

<sup>9</sup> Takada (Fn. 3), S. 183, 184.

<sup>10</sup> Schneider (Fn. 2), S. 58 f.

<sup>11</sup> Pfeifer, Können Sie ein Urteil über einen Menschen fällen?, in: Drittes deutsch-japanisch-koreanisches Stipendiatenseminar, 60. Band, 2009, S. 185, 187; Schneider (Fn. 2), S. 60 f.

<sup>12</sup> So die deutsche Übersetzung von Siegfanz/Wilhelm (Fn. 1), S. 196.

die Notwendigkeit signalisieren, angesichts der Beteiligung von Laienrichtern im gerichtlichen Verfahren die Prozessgrundsätze der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit ernst zu nehmen und die Berufsrichter davon abzubringen, sich im Verfahren mehr oder weniger auf die Verwertung von polizeilichen und staatsanwaltlichen Untersuchungs- und Verhörprotokollen zu verlassen. Der letzte Punkt deutet an, dass das Saiban-in-System nicht isoliert betrachtet werden darf, sondern als tragende Stütze eines Reformprozesses angesehen werden muss, dessen Ziel eine Modernisierung des Strafverfahrens ist. Denn das Rechtssystem soll auch näher an den Bürger herangeführt werden. Dazu musste unbedingt auch der Juristenstand ausgebaut werden, weil die Zahl zugelassener Juristen in Japan extrem niedrig war. Dem abzuhelfen diente die Neuordnung der Juristenausbildung durch Gründung von vielen Law Schools.<sup>13</sup>

Die Einführung des Saiban-in-Systems regt aus der rechtsvergleichenden Perspektive vor allem dazu an, über den Wert des Schöffensystems nachzudenken. Denn wenn einerseits aus japanischer Sicht vom „Vorbild“ Deutschland die Rede ist, so muss andererseits aus deutscher Sicht festgestellt werden, dass in Deutschland im Laufe der Zeit die Mitwirkung von Laienrichtern im Strafverfahren erheblich reduziert worden ist. Zudem scheinen die Stimmen zuzunehmen, die den Grabgesang der Laienbeteiligung im Strafverfahren anstimmen: Ein viel zitiertes Fazit bereits aus dem Jahre 1982 lautet: „Das einzige Argument, das dagegen spricht, die Laienbeteiligung abzuschaffen, liegt in der Ungewissheit über die Folgen, die eine solche Entscheidung auslösen würde; das einzige Argument, das für die Laienbeteiligung spricht, ist die Tatsache, dass es sie gibt“.<sup>14</sup> Nach einer weiteren Stimme sind in „der gegenwärtigen Situation ... die Schöffen eine blinde Kontrollinstanz ohne Zukunft.“<sup>15</sup> Lasse man sich, so ein anderer Autor, nicht von irrationalen Vorstellungen blenden, so müsse man ehrlich eingestehen, dass das Konzept einer „echten“ Laienbeteiligung längst gescheitert sei.<sup>16</sup> Nach einem letzten Kritiker erscheint die Laiengerichtsbarkeit im Strafverfahren „als sozialromantische Reminiszenz, die sich in modernen rechtsstaatlichen Justizsystemen überlebt hat“; er hält nichts von „Schöffen, die neben den Berufsrichtern nur scheinbar am Verfahren teilnehmen und vor allem in komplexeren Verfahren eher hinderlich sind“.<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> Zum Ganzen *Schneider* (Fn. 2), S. 59 ff.; *Pfeifer* (Fn. 11), S. 185, 188; *Shiibashi*, Charakter, Praxis und Aufgabe des japanischen Laienrichtersystems aus rechtsvergleichender Sicht (Zusammenfassung), in: *Shiibashi* (Hrsg.), Deutsch-Japanisches Strafrechtsymposium – Das Laienrichtersystem im Rechtsvergleich –, 2015, S. 122, 123 f.; *Foot*, Citizen Participation: Appraising the Saiban' in System, *Michigan State International Law Review*, Vol. 22, 2014, 755, 765.

<sup>14</sup> *Volk*, Der Laie als Strafrichter, in: *Festschrift für Dünnebieber*, 1982, S. 373, 389.

<sup>15</sup> *Lilie*, Blinde Kontrollinstanz? Zur Zukunft des Schöffenamtes, in: *Festschrift für Rieß*, 2002, S. 303, 315.

<sup>16</sup> *Duttge*, Laienrichter in der Strafgerichtsbarkeit – Anspruch und Wirklichkeit, *JR* 2006, 358, 362.

<sup>17</sup> *Kühne*, Laienrichter im Strafverfahren, in: *Festschrift für Amelung*, 2009, S. 657, 667, 668. Zurückhaltender aber *Kühne*, in: *Löwe-Rosenberg*, StPO, Bd. 1, 26. Aufl. 2006, Einleitung J Rn. 30.

## **II. Die Beteiligung von Laienrichtern im deutschen Strafverfahren**

### **1. Zur heutigen Ausgestaltung der Laienbeteiligung**

Was die heutige Ausgestaltung der Laienbeteiligung in Deutschland betrifft, so beschränke ich mich auf Strafverfahren gegen Erwachsene in der ersten Instanz.

Bei den Amtsgerichten, die die große Masse der Strafverfahren erledigen, gibt es ein Schöffengericht, das sich aus einem Berufsrichter und zwei Laienrichtern (Schöffen) zusammensetzt. Die Zuständigkeit des Schöffengerichts beschränkt sich auf Straftaten, bei denen die Verhängung einer Freiheitsstrafe von zwei bis zu vier Jahren zu erwarten ist. Die große Masse der Verfahren, in denen Freiheitsstrafen bis zu zwei Jahren und Geldstrafen zu erwarten sind, wird von einem einzelnen Berufsrichter erledigt, viele davon auch im schriftlichen Strafbefehlsverfahren.

In Zahlen ausgedrückt:<sup>18</sup> Der Berufsrichter als Einzelrichter erledigt etwa 86.000 Verfahren, das Schöffengericht etwa 2.600 Verfahren; demnach sind also am Amtsgericht Laienrichter an etwa drei Prozent der Verfahren beteiligt.

Die Landgerichte sind in erster Instanz zuständig für die Schwurgerichtssachen (vorsätzliche Tötungen und vorsätzliche Straftaten mit Todesfolge wie zum Beispiel Körperverletzung und Raub mit Todesfolge) und alle Straftaten, bei denen eine höhere Strafe als vier Jahre Freiheitsstrafe zu erwarten ist. In allen Fällen ist eine sogenannte Große Strafkammer zuständig, die sich aus drei Berufsrichtern und zwei Laienrichtern zusammensetzt. In Zahlen ausgedrückt handelt es sich um zirka 8.300 Verfahren vor den Großen Strafkammern.

Rechnet man die erstinstanzlichen Strafverfahren vor den Amtsgerichten und Landgerichten zusammen, ergibt sich bei Strafverfahren gegen Erwachsene in den Fällen, in denen die Staatsanwaltschaft öffentlich Klage erhebt, eine Laienbeteiligung in 12,6 Prozent der Verfahren.

### **2. Zur kontinuierlichen Reduktion der Laienbeteiligung**

Was die schon angedeutete kontinuierliche Reduktion des laienrichterlichen Einflusses im deutschen Strafverfahren betrifft, so sind die folgenden historischen Schritte festzuhalten:

(1) Bis 1993 war beim Amtsgericht das Schöffengericht schon für Strafverfahren zuständig, in denen eine höhere Strafe als ein Jahr Freiheitsstrafe zu erwarten war. Die damalige Erweiterung der Strafkompetenz des Berufsrichters als Einzelrichter auf prognostizierte Freiheitsstrafen bis zu zwei Jahren entlastete das Schöffengericht erheblich, schränkte daher auch die Anzahl der Strafverfahren mit Laienbeteiligung ein.

(2) Das Jury-System und die Laien-(Geschworenen-)Gerichte, die es in Deutschland immerhin 75 Jahre lang von 1849 bis 1924 gegeben hatte, wur-

---

<sup>18</sup> Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.3, Rechtspflege, Strafgerichte 2014, Tabellen 1.2 (S. 14) und 3.2 (S. 52).

den 1924 durch Spruchkörper ersetzt, für die zwar der alte Name „Schwurgericht“ beibehalten wurde, die sich aber im Übrigen in der Zusammensetzung völlig änderten. Denn das neu installierte „Schwurgericht“ war in Wirklichkeit bloß ein „Schöffengericht“, das sich aus sechs Laienrichtern und drei Berufsrichtern zusammensetzte. Diese Art des Schwurgerichts existierte bis 1974, als der nächste Einschnitt erfolgte: Im Schwurgericht wurde die Zahl der Laienrichter von sechs auf zwei reduziert. Seitdem unterscheidet sich das Schwurgericht, abgesehen vom Namen, nicht mehr von einer normalen „Großen Strafkammer“.

(3) Was das schon angesprochene Jahr 1924 betrifft, so markiert es den Zeitpunkt, der aus historischer Sicht in Deutschland die radikalste Reduzierung der Beteiligung von Laienrichtern brachte: Erstens bedeutete die bereits erwähnte Abschaffung des bisherigen Jury-Verfahrens mit einem Geschworenengericht, dass die Ära des echten Geschworenengerichts mit eigenverantwortlich und ohne Mitwirkung von Berufsrichtern entscheidenden Geschworenen zu Ende ging. Zweitens war bis 1924 für die Fälle der Kleinkriminalität, also für die Masse aller Verfahren, ein Schöffengericht zuständig gewesen, das aus einem Berufsrichter und zwei Laienrichtern bestand. Jetzt wurde die Erledigung dieser Fälle einem allein entscheidenden Berufsrichter übertragen. Damit wurden im Bereich der Massenkriminalität die Laienrichter vollkommen ausgeschaltet. Ein kleiner Ausgleich fand dadurch statt, dass ein anderer Spruchkörper in ein aus einem Richter und zwei Laienrichtern bestehendes Schöffengericht umgewandelt wurde. Dieses Schöffengericht am Amtsgericht existiert bis heute.

### **III. Speziell zur Verkleinerung des deutschen Schwurgerichts im Jahre 1974**

Von 1925 bis 1974 hatte das Schwurgericht in Deutschland mit drei Berufsrichtern und sechs Laienrichtern die gleiche Zusammensetzung wie der in Japan seit 2009 als Gericht existierende besondere Saiban-in-Spruchkörper. Auch die auf schwere Straftaten wie vorsätzliche Tötungsdelikte und andere Vorsatztaten mit tödlichen Folgen konzentrierte Zuständigkeit dieser beiden Gerichte ist vergleichbar. Von daher dürfte sich auch aus japanischer Sicht ein Blick auf die Gründe lohnen, die den deutschen Gesetzgeber 1974 bewogen haben, die Anzahl der Laienrichter im Schwurgericht von sechs auf zwei Schöffen zu reduzieren.

Die Verkleinerung wurde hauptsächlich mit drei Gründen gerechtfertigt:<sup>19</sup>

Erstens wurde gesagt, dass die Gründe, die bisher der Anlass gewesen seien, den Laienrichtern ein Übergewicht zuzubilligen, entfallen seien. Ursprünglich sollte ja der Angeklagte durch die Geschworenen vor einer Justiz geschützt werden, die von der Regierung abhängig war und deshalb Misstrauen hervorrief. Nachdem aber die Unabhängigkeit der Justiz rechtlich und tatsächlich durchgesetzt war und auch das Volk Vertrauen in die Unabhängigkeit der Justiz gewonnen hatte, konnte der Sinn der Laienbeteiligung nicht

---

<sup>19</sup> Bundestags-Drucksache 7/551, S. 54 f.; *Löhr*, Zur Mitwirkung der Laienrichter im Strafprozess, 2008, S. 164 ff.

mehr darin liegen, gerechte und von der Exekutive unbeeinflusste Urteile zu gewährleisten.

Zweitens wies der Gesetzgeber darauf hin, dass ein Spruchkörper mit neun Richtern schwerfälliger ist als ein solcher mit fünf Richtern. Je mehr Personen beteiligt sind, desto größer ist der organisatorische Aufwand. Ferner sind die Leitung der Verhandlung sowie die Beratung und Abstimmung mühsamer. Auch passieren im Zusammenhang mit Laienrichtern immer wieder bestimmte Verfahrensfehler, die zur Anfechtung des Urteils berechtigen, so wenn ein Laienrichter Akten liest oder während einer langen Hauptverhandlung einschläft. Weniger Laienrichter verursachen weniger Fehler. Der Gesetzgeber betonte, dass das Ziel, das Strafverfahren möglichst schnell durchzuführen, mit einem kleineren „Schwurgericht“ besser zu verwirklichen sei.

Drittens schließlich bereitete es immer wieder Schwierigkeiten, genügend Laien für die richterliche Aufgabe zu gewinnen.

Insgesamt kann man sagen, dass es gegen die Entscheidung des Gesetzgebers, das Schwurgericht zu verkleinern und die Anzahl der Laienrichter von sechs auf zwei zu reduzieren, nicht sehr viel Widerstand gegeben hat.<sup>20</sup> Dennoch lohnt es sich, kritische Stimmen in Erinnerung zu rufen. Kritiker bemängelten, dass mit dieser Verkleinerung die Schöffen im Schwurgericht ihre Kompetenz, sich bei allen für den Angeklagten nachteiligen Entscheidungen über Schuld und Strafe gegenüber den Berufsrichtern durchsetzen zu können, verloren haben. Geblieben ist lediglich, weil für Entscheidungen über Schuld und Strafe eine Zweidrittelmehrheit erforderlich ist, eine Sperrminorität in dem Sinne, dass gegen den Willen beider Schöffen eine Verurteilung nicht erfolgen kann.<sup>21</sup> Außerdem kann man nicht ein fünfköpfiges Gericht ohne weiteres mit einem neunköpfigen Gericht gleichsetzen. In einem größeren Gericht mit erheblich mehr Schöffen können die gruppenspezifischen Prozesse ganz anders ablaufen. Eine höhere Anzahl von Richtern dürfte auch die Intensität der Beratung eher steigern.<sup>22</sup> Schließlich wurde gegen die zunehmende Zurückdrängung des Laienelements eingewandt, dadurch würden große Möglichkeiten zur Verstärkung der generalpräventiven Wirkung des Strafrechts aufgegeben.<sup>23</sup>

## IV. Vergleichende Bewertungen

### 1. Historische Unterschiede und Parallelen

Aus japanischer Sicht ist hervorgehoben worden, dass sich die Geschworenengerichte, wie sie heute noch vor allem in den USA und in Großbritannien bestehen, sowie das Schöffengerichtssystem in Deutschland von dem neuen japanischen Laienrichtersystem sowohl historisch betrachtet

<sup>20</sup> Zusammenfassend *Böttger*, Die Entwicklung des Strafprozessrechts in den 60er und 70er Jahren des 20. Jahrhunderts, 2016, S. 129 f., 149 ff.

<sup>21</sup> *Jescheck*, Das Laienrichtertum in der Strafrechtspflege der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz, in: Festgabe für Schultz, 1977, S. 229, 230.

<sup>22</sup> Dazu *Werner*, Die Änderung der Schwurgerichtsverfassung durch das Erste Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechtes, GA 1974, 14 ff.

<sup>23</sup> *Schroeder*, Grenzen der Rationalisierung des Strafverfahrens, NJW 1983, 137, 141.

als auch mit Blick auf die Hintergründe voneinander unterscheiden. Daran ist richtig, dass die Einführung der Geschworenen- und Schöffengerichte in Europa und den USA im Zuge der Aufklärung und der französischen Revolution von 1789 auf einer Bewegung beruhte, die vom Volk ausgegangen war. Demgegenüber entstand das japanische Laienrichtersystem nicht aus einer Bürgerbewegung heraus, sondern wurde vom Gesetzgeber als wichtiger Baustein zur Modernisierung der Justiz eingeführt.<sup>24</sup>

Neben diesem Unterschied gibt es aber auch gemeinsame Hintergründe. Die Bewegung in Europa richtete sich gegen den absoluten Staat. Der Liberalismus misstraute der staatlichen Macht und einer Justiz, in der von der Regierung abhängige Beamte die Verantwortung trugen. Die liberale Bewegung forderte die Trennung der Gewalten, unabhängige Gerichte und die Beteiligung des Volkes an der Rechtsprechung.

In Japan hat, wie eingangs ausgeführt, ein vergleichbares Misstrauen gegen die richterliche Bürokratie ebenfalls eine Rolle gespielt. Außerdem deckt sich das Ziel der japanischen Reform, wieder zu einem Strafverfahren zu finden, in dem das Unmittelbarkeits- und Mündlichkeitsprinzip praktiziert und gelebt werden, genau mit historischen Forderungen in Europa und den USA, den Prozessstoff in einem öffentlichen Strafverfahren unmittelbar mündlich aufzubereiten.

## 2. Auswahl und Amtsdauer der Laienrichter

Was die Auswahl und Amtsdauer der Laienrichter betrifft, so unterscheidet sich das japanische System vollkommen vom deutschen Schöffensystem. In Deutschland werden die Schöffen für eine Dauer von fünf Jahren gewählt und sollen pro Jahr zu nicht mehr als zwölf ordentlichen Sitzungstagen herangezogen werden. Demgegenüber wird in Japan der Laienrichter nur für eine einzige Strafsache gewählt. Der japanische Laienrichter soll gewissermaßen reiner Laie bleiben. Damit er seine Aufgaben als Richter auch erfüllen kann, ist es erforderlich, dass er den Prozessgegenstand und die Streitpunkte möglichst gut versteht. Und wenn der Laienrichter die Vorgänge in der Hauptverhandlung versteht, bedeutet dies zugleich, dass der Inhalt auch für den Angeklagten verständlich wird. Darin wird in Japan zum Teil „der wichtigste Effekt“ des Laienrichtersystems gesehen.<sup>25</sup>

Gleichzeitig will man in Japan die Laienrichter nicht in mehr oder weniger unzumutbarer Weise so lange belasten, wie es in Deutschland teilweise bei Hauptverhandlungen mit vielen Verhandlungstagen üblich ist. Das Ziel liegt darin, im Saiban-in-Verfahren das Strafverfahren möglichst innerhalb von drei bis fünf Tagen durchzuführen, und zwar an Tagen, die hintereinander liegen und nicht so lange Abstände haben, wie es in Deutschland oft der Fall ist. Um dieses Ziel zu erreichen, hat der japanische Gesetzgeber in Art. 316-1 bis Art. 316-32 JStPO ein neues Vorbereitungsverfahren instal-

---

<sup>24</sup> *Shiibashi* (Fn. 13), S. 122 f.

<sup>25</sup> *Taguchi*, Der Prozessgegenstand im japanischen Strafprozessrecht, ZIS 2008, 70,74.

liert,<sup>26</sup> dessen Funktion darin liegt, die Klärung des Prozessstoffs für die Hauptverhandlung vorzubereiten. In diesem Vorverfahren müssen die Parteien, also der Angeklagte und sein Verteidiger sowie die Staatsanwaltschaft, ihre Beweismittel angeben und die Streitpunkte bestimmen. Damit soll der Prozessgegenstand möglichst klar festgelegt werden. Konsequenz ist, dass die Parteien in der Hauptverhandlung weitere Beweise und Streitpunkte nur noch einführen können, wenn dies unvermeidbar war. Hier werden die (amerikanischen) Parteielemente des japanischen Strafverfahrens mit dem Beibringungsgrundsatz sehr deutlich. Immerhin kann das Gericht in Ausnahmefällen neue Beweise zulassen, wenn es dies für erforderlich hält (Art. 316-32 (2) JStPO).

Nach über fünf Jahren Erfahrung mit dem Saibin-in-System lässt sich feststellen, dass über 90 Prozent der Verfahren innerhalb von drei bis fünf hintereinander liegenden Hauptverhandlungstagen abgeschlossen werden und die eingebundenen Laienrichter als Bereicherung empfunden werden, auch weil ihretwegen die Prozessgrundsätze der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit wieder zum Leben erweckt worden sind. Das wird als Erfolg verbucht.<sup>27</sup>

Kritisch kann man freilich fragen, worüber die Laienrichter eigentlich entscheiden. Denn der Preis dafür, dass die Hauptverhandlung zügig ohne unzumutbare zeitliche Belastung für die Laienrichter ablaufen kann, liegt darin, dass in einem unter Umständen sehr aufwendigen Vorverfahren, an dem neben den Parteien nur die Berufsrichter und nicht die Laienrichter beteiligt sind, ein Verhandlungsplan ausgearbeitet wird, der den Ablauf der Hauptverhandlung ziemlich genau vorzeichnet. Insoweit wird in diesem Vorverfahren vieles ohne Mitwirkung der Laienrichter vorentschieden. Weiter trägt der prinzipielle Ausschluss neuer Beweismittel dazu bei, dass die Hauptverhandlung unter Umständen nur auf eine Wiedergabe von Ergebnissen des Vorverfahrens hinausläuft. Angesichts der Bedeutung des Vorverfahrens überrascht es nicht, dass teilweise zu lang dauernde Vorverfahren kritisiert werden.<sup>28</sup>

Auch in Deutschland wirken wie in Japan die Schöffen im Vorverfahren (Ermittlungsverfahren) nicht mit und beschränkt sich ihre Tätigkeit auf die Mitwirkung in der Hauptverhandlung. Anders als im japanischen Parteiprozess gilt in Deutschland aber der Untersuchungsgrundsatz mit der Pflicht des Gerichts, die Wahrheit von Amts wegen aufzuklären. Vor diesem Hintergrund sind der Angeklagte und seine Verteidigung zu irgendeiner Mitwirkung im Ermittlungsverfahren nicht verpflichtet. Deshalb ist der Ablauf der Hauptverhandlung im deutschen Strafverfahren durch das Vorverfahren bei weitem nicht so vorgeprägt wie im Rahmen des japanischen Saiban-in-Verfahrens. So

---

<sup>26</sup> Siehe dazu *Taguchi*, ZIS 2008, 70, 73; *Kusano*, DRiZ 2013, 137, 139 f.; *Asada*, Strafzumessung und Laienrichtersystem in Japan, in: Festschrift für Achenbach, 2011, S. 1, 11; *Ortolani*, Reflections on Citizen Participation in Criminal Justice in Japan: Jury, Saiban-in System and Legal Reform, ZJapanR 29 (2010), 153, 172 f.

<sup>27</sup> Vgl. *Rosenau*, Berufsrichterliche Kontrolle der mit Laienbeteiligung erfolgten Tatsachefeststellung in der Revision, in: Symposium 2015 (Fn. 13), S. 93 f.; *Foot* (Fn. 13), 755, 767 f., 773.

<sup>28</sup> *Shibashi* (Fn. 13), S. 122, 124.

bemerkenswert das japanische Konzept auch ist, im Saiban-in-System schwere Straftaten innerhalb von wenigen Verhandlungstagen abzuurteilen, auf das deutsche Strafverfahren ist das Modell kaum übertragbar.

Etwas anderes könnte für das japanische Modell der Auswahl der Laienrichter gelten. Die §§ 13 ff. JLRG regeln sehr detailliert Ernennung und Auswahl der Laienrichter. Im Zentrum steht die Verpflichtung der Kommunen, aus den im Wählerverzeichnis eingetragenen Personen Laienrichterkandidaten durch Losverfahren zu bestimmen. Dieses Verfahren stellt sicher, dass alle Gruppen der Bevölkerung berücksichtigt werden. In Deutschland ist das eigentlich auch vorgesehen (vgl. § 36 Abs. 2 dGVG). Praktisch ist es aber so, dass das deutsche System mit Vorschlagslisten, welche die Gemeinden erstellen, dazu geführt hat, dass keineswegs alle sozialen Schichten gleichmäßig berücksichtigt sind.<sup>29</sup>

Zudem gibt es in Deutschland immer wieder Diskussionen darüber, inwieweit man aus dem „Laienrichter“ einen „sachverständigen“ Laienrichter beziehungsweise „Fachschoffen“ machen soll.<sup>30</sup> Denn die Stimmen, die in Deutschland Laienrichter für überholt und überflüssig halten, stützen sich auch darauf, dass der Schöffe in der Hauptverhandlung oft überfordert ist und daher nicht mitreden kann.<sup>31</sup> Vor diesem Hintergrund wird teilweise ein Akteneinsichtsrecht für die Schöffen gefordert, andere regen an, für bestimmte Strafverfahren wie namentlich Wirtschaftsstrafverfahren nur Schöffen auszuwählen, die über eine gewisse Sachkenntnis verfügen. Das Modell des „sachverständigen“ Schöffen gibt es in Deutschland bereits bei dem Jugendschöffengericht; denn nach § 35 Abs. 2 Satz 2 Jugendgerichtsgesetz sollen die Schöffen „erzieherisch befähigt und in der Jugenderziehung erfahren sein“.

## V. Schluss

Unabhängig von Einzelheiten bestärkt mich die Einführung des Laienrichtersystems in Japan und die positiven Erfahrungen mit dem neuen System in meiner Auffassung, dass die Beteiligung von Laienrichtern in Strafverfahren in Deutschland nicht weiter reduziert oder gar abgeschafft werden soll.<sup>32</sup> Gewiss sind viele Gründe, die man früher für die Einbindung von Laienrichtern ins Feld geführt hat, heute entfallen. Wesentlich scheint mir vor allem die folgende Überlegung zu sein: Laien denken oft anders als Berufsrichter. Laien können andere Gerechtigkeitsvorstellungen haben, und sie sind nicht

<sup>29</sup> Sinn, Die Beteiligung von Laienrichtern/Schöffen im deutschen Strafverfahren, in: Symposium 2015 (Fn. 13), S. 33, 44; Lillie (Fn. 15), S. 303, 306 f.

<sup>30</sup> Vgl. Kühne, StPO (Fn. 17), Rn. 31; Zwihehoff, Einfluss der Schöffen auf das Strafverfahren, in: Marutschke (Fn. 1), S. 32, 43 ff.; Jäger, Die Rolle der Laienrichter, in: Leblois-Happe/Stuckenberg (Hrsg.), Was wird aus der Hauptverhandlung?, 2014, S. 251, 260 f.

<sup>31</sup> Vgl. oben nach Fn. 13.

<sup>32</sup> Zur Diskussion Sinn, in: Symposium 2015 (Fn. 13), S. 33 ff.; Kropoth, Bürgerbeteiligung im Strafprozess aus der Sicht eines Richters, in: Marutschke (Fn. 1), S. 50 ff.; Koch, Laienbeteiligung im deutschen Strafverfahren, in: Rosenau/Kim (Hrsg.), Straftheorie und Strafgerechtigkeit, 2010, S. 15 ff.; Jäger (Fn. 29), S. 251, 254 ff.; Eser, Laienrichter im Strafverfahren, in: Kroeschell/Cordes (Fn. 3), S. 161 ff.; Jescheck (Fn. 20), S. 229, 237 ff.; Rönnau, Grundwissen – Strafprozessrecht: Schöffen, JuS 2016, 500, 503 f.; Löhr (Fn. 19), S. 168 ff.

so stark durch juristische Denkweisen vorgeprägt. Vor diesem Hintergrund sehen sich Berufsrichter, wenn sie mit Laienrichtern zu tun haben, oft mit anderen Auffassungen konfrontiert. Die daraus folgende Notwendigkeit zur Kommunikation fördert einen fruchtbaren Dialog, der dazu beiträgt, verständliche und überzeugende Urteile zu fällen, die auch vom Angeklagten und vom Volk akzeptiert werden. Von diesem Blickwinkel aus hat die Neigung des deutschen Gesetzgebers Sinn, die Laienrichter insbesondere dort zu beteiligen, wo es um komplizierte Fälle oder um schwere Straftaten geht.

---

# Kommentar zum Vortrag von Rudolf Rengier

Norio Tsujimoto, Osaka

## I. Bemerkungen

Es ist sehr interessant, dass Sie das japanische Saibanin-Saiban mit dem deutschen Schwurgericht vor der Reform von 1974 verglichen haben. Zwar gibt es Unterschiede zwischen Japan und Deutschland, was die Amtsdauer des Laienrichters (also des Schöffen) betrifft, aber die Zusammensetzung dieser Spruchkörper ist gleich, weil beide mit drei Berufsrichtern und sechs Laienrichtern besetzt sind. Ich glaube, dass bei einer solchen Besetzung des Gerichts der Einfluss der Laienrichter in der Beratung und Abstimmung relativ groß ist. Mit Blick auf die Zukunft des japanischen Saibanin-Systems ist es bemerkenswert, dass der deutsche Gesetzgeber 1974 die Zahl der Laienrichter bei den Schwurgerichten reduziert hat. Im Augenblick ist das japanische Saibanin-Gericht nur für schwere Taten zuständig, aber die Zuständigkeiten könnten in Zukunft erweitert werden. Insoweit muss man darüber diskutieren, wie viele Laienrichter dem Saibanin-Saiban angehören sollen. Ich glaube, dass der japanische Gesetzgeber dabei die Diskussion in Deutschland im Rahmen der Reform von 1974 einbeziehen soll.

Zu beachten bleibt, dass sich die Entstehungsgeschichte der Laienrichterbeteiligung im Strafverfahren in Europa und in Japan voneinander unterscheidet. Während in Europa das Schwurgericht vom Volk gefordert wurde, hat in Japan der Gesetzgeber die Beteiligung des Volkes unabhängig von dessen Willen angeordnet. Ich glaube, dass der Vortrag insoweit sehr wichtig ist, als er sich im Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Japan nicht nur mit dem geltenden Rechtssystem, sondern auch mit den historischen und gesellschaftlichen Hintergründen befasst hat.

## II. Fragen

Drei Fragen, die ich zur Diskussion stellen möchte, beschäftigen mich:

Erstens geht es um die Rolle der Laienbeteiligung im Zusammenhang mit der Verständigung (oder der Absprache). In Deutschland können Verständigungen zwischen dem Gerichtsvorsitzenden, dem Staatsanwalt und dem Verteidiger außerhalb der Hauptverhandlung erfolgen. In einem solchen Fall werden die Schöffen in der Hauptverhandlung die Verständigung mehr oder weniger bloß bestätigen. Wo liegt hier die Bedeutung der Laienbeteiligung im Strafverfahren?

Zweitens zum sachverständigen Laienrichter (oder zum Fachschöffen): Ich glaube, dass es günstiger ist, wenn man im Strafverfahren einerseits zwischen der Rolle des Sachverständigen, der als Spezialist dem Gericht helfen

soll, und andererseits dem Schöffen unterscheidet, der als normaler Laie entscheiden soll.

Drittens stellt sich die Frage der Laienbeteiligung im Rechtsmittelverfahren. In Japan hat man die Zusammensetzung der Berufungsinstanz nicht geändert, obwohl es Forderungen gegeben hat, Laien auch dort zu beteiligen. Aber der japanische Gesetzgeber hat das geltende Rechtsmittelsystem ohne Laienrichter unberührt gelassen. Demgegenüber sind in Deutschland Schöffen auch in der Berufungsinstanz beteiligt.

---

# *Cultural Defense* und Allgemeine Verbrechenslehre

Andreas Popp, Konstanz

## I. Einleitung

Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich aus dem Jahre 1871 formulierte noch ausdrücklich, was heute als schlichte Selbstverständlichkeit gilt: Deutsches Strafrecht soll auf sämtliche im Inland begangenen strafbaren Handlungen Anwendung finden, „*auch wenn der Täter ein Ausländer ist*“.<sup>1</sup> Erhoben wird damit offensichtlich der Anspruch, der eigenen Regelungs- und Strafgewalt schlechterdings jedermann zu unterwerfen, der sich – zu Recht oder zu Unrecht – auf deutschem Boden bewegt, wer und woher auch immer er sei.

In dieser *territorialen* Grundausrichtung moderner Strafrechtsordnungen<sup>2</sup> liegt, wie vielfach bemerkt worden ist, zugleich eine Selbstbeschränkung: Sie trägt, wie *Albin Eser* es ausgedrückt hat, nicht zuletzt „auch der Tatsache Rechnung [...], daß infolge grenzüberschreitender Mobilität der Bevölkerung Loyalitätskonflikte zwischen Heimatrecht und Gastlandrecht sehr viel häufiger auftreten können“; mit Rücksicht darauf solle „der Einzelne nach dem ihm jeweils nächsten Recht, nämlich dem seines Gastgeberlandes leben können“<sup>3</sup> – man soll sein „Heimatrecht“, wie *Eser* es nennt, also nicht etwa überall hin mitschleppen müssen, sondern lässt es mit

---

<sup>1</sup> Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich i.d.F. des Gesetzes betreffend die Redaktion des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund als Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871, § 3: „Die Strafgesetze des Deutschen Reichs finden Anwendung auf alle im Gebiete desselben begangenen strafbaren Handlungen, auch wenn der Täter ein Ausländer ist“ (ähnlich bereits § 3 des Preußischen StGB aus dem Jahre 1851). In seiner heutigen Fassung lautet § 3 StGB dagegen schlicht: „Das deutsche Strafrecht gilt für Taten, die im Inland begangen werden“.

<sup>2</sup> Vgl. hier nur *Oehler*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 1983, Rdnr. 152 ff.; *Jeßberger*, Der transnationale Geltungsbereich des deutschen Strafrechts, 2011, S. 225 ff. m.w.N., aber auch *Chehtman*, The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment, 2010, S. 56 ff.

<sup>3</sup> *Eser* in: Schönke/Schröder, StGB-Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 3 Rdnr. 2.

jener „Heimat“ gleichsam hinter sich.<sup>4</sup> Es gilt nun die neue Ordnung, aber auch nur diese: „When in Rome, do as the Romans do“.<sup>5</sup>

Gleiches Recht – und dann eben auch: gleiches Strafrecht – für alle? Ganz so einfach ist es dann doch nicht. „Globalisierung und kulturelle Gegensätze“, um ein Generalthema unserer Tagung noch einmal aufzugreifen, stellen nationale Strafrechtsordnungen vielmehr auch gerade deshalb vor besondere Herausforderungen, *weil* sie unterschiedslos für jedermann Geltung beanspruchen, der sich in ihrem Einzugsbereich aufhält oder sich dorthin begibt. Denn sie haben es nicht mit gesichtslosen Normadressaten zu tun, sondern mit *Menschen*, denen sie schwerwiegende Sanktionen auferlegen und denen sie deshalb doch wohl auch in irgendeiner Weise gerecht werden müssen, was immer das heißen mag. Die genannten Herausforderungen beschränken sich daher keineswegs auf die Praxis des Strafvollzugs<sup>6</sup> und ähnliche Dinge, sondern betreffen im Grunde das gesamte Strafrechtssystem: die Strafgesetzgebung, die Auslegung und Anwendung des materiellen Strafrechts und sämtliche Stadien des Strafverfahrens.<sup>7</sup> Die Bundesrepublik

<sup>4</sup> Tatsächlich wird dieses Territorialitätsprinzip allerdings nicht streng durchgehalten, sondern vielfach durchbrochen – insbesondere durch den Anspruch des „Heimatstaates“, seine Bürger auch im Ausland nicht aus der eigenen Strafrechtsordnung zu entlassen (in § 7 Abs. 2 Nr. 1 des deutschen StGB freilich abgeschwächt durch die einschränkende Voraussetzung einer vergleichbaren *lex loci*). Zur Pflicht, die Rechtsordnung des „Empfangsstaates“ zu beachten, vgl. nur *Doehring*, Völkerrecht, 2. Aufl. 2004, Rn. 812 f.; *Kau* in Graf Vitzthum/Proelß (Hrsg.), Völkerrecht, 7. Aufl. 2016, 3. Abschn. Rdnr. 287.

<sup>5</sup> Als geflügeltes Wort häufig in englischer Sprache zitiert, aber auch schon dem Hl. Ambrosius zugeschrieben (in Gestalt des hübschen lateinischen Distichons *Si fueris Romae, Romano vivito more / si fueris alibi, vivito sicut ibi*). Mit Formeln wie „[t]he new Romans are Romans too“ (*Lernestedt* in: Kymlicka/Lernestedt/Matravers [Hrsg.], *Criminal Law and Cultural Diversity*, 2014, S. 15 [18]) wird sich das hier angedeutete Problem jedenfalls kaum auflösen lassen.

<sup>6</sup> Von insgesamt 52.412 Strafgefangenen bzw. Sicherungsverwahrten (die Statistik fasst beide Gruppen zusammen) hatten zum Stichtag 31.3.2015 etwa ein Viertel (25,3 %) nicht die deutsche Staatsbürgerschaft (Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 4.1; Prozent-Angaben jeweils eigene Berechnungen). Bei diesen Personen handelt es sich überwiegend um Staatsangehörige anderer europäischer Staaten (73,5 %, mehr als ein Viertel hiervon Türken), aber auch um Afrikaner und Asiaten (10,7 % bzw. 11,6 % der Nichtdeutschen). Zu Häftlingen mit türkischen Wurzeln s. etwa *Isfen/Arslanbaş/Kılıçarslan-Isfen*, NK 2015, 331; zur „religiösen Vielfalt im Strafvollzug“ jüngst *Jahn* in: Neubacher/Bögelein (Hrsg.), *Krise – Kriminalität – Kriminologie*, 2016, S. 267 ff.; zur allgemeinen Problematik auch *Reindl-Krauskopf* in: Verhandlungen des siebenzehnten österreichischen Juristentages Wien 2009, Bd. III/1, S. 117 ff. m.w.N.

<sup>7</sup> Beispielhafte Fragestellungen im Verfahrensrecht (abgesehen von naheliegenden praktischen Problemen wie der Bereitstellung von Dolmetsch- und Übersetzungsleistungen, der Erforderlichkeit professionellen Beistands und nicht zuletzt auch der Beweiswürdigung): Ist eine Regelung, die Ehegatten von Opfern eines Tötungsdelikts im Strafprozess als Nebenkläger auftreten lässt (§ 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO) auch auf eine lediglich „nach Sinti-Art“ geschlossene Ehe (BVerfG NJW 1993, 3316) zu erstrecken? Wie verträgt sich das Laienrichter-/Schöffenamt mit Bekleidungsformen, die sehr deutlich auf einen bestimmten kulturellen bzw. religiösen Hintergrund verweisen (vgl. nur LG Dortmund NJW 2007, 3013 einerseits, LG Bielefeld NJW 2007, 3014 andererseits)? Ist in einem Verfahren, das in Deutschland begangene Morde an Menschen türkischer Herkunft zum Gegenstand hat, „eine angemessene Zahl von Sitzplätzen an Vertreter von ausländischen Medien mit besonderem Bezug zu den Opfern der angeklagten Straftaten zu vergeben“ (so tatsächlich die einstweilige Anordnung einer BVerfG-Kammer im sog. „NSU-Verfahren“ vom 12.4.2013 – 1 BvR 990/13)?

Deutschland als europäische „Magnetgesellschaft“<sup>8</sup> – so darf man wohl sagen – ist davon in besonderer Weise betroffen.<sup>9</sup> Es ist üblich geworden, diese Herausforderungen gerade auch als Probleme *kultureller Differenz* zu behandeln und daran anschließend darüber zu diskutieren, ob wir dann nicht auch ein „interkulturelles“ Strafrecht benötigen – oder über ein solches interkulturelles Strafrecht vielleicht sogar schon verfügen.<sup>10</sup>

## II. Kulturelle Differenz als Herausforderung für die Strafrechtstheorie

Was ist damit gemeint? Zunächst muss man sehen, dass der Ausdruck „interkulturelles Strafrecht“ offenbar mehrdeutig ist. Er kann etwa auf die Vorstellung verweisen, dass es doch vielleicht „interkulturelle, das heißt *kulturübergreifend gültige* Gründe“ dafür geben könnte, gewisse Geschehnisse mit Strafe zu beantworten – eine Frage, der beispielsweise der Tübinger Philosoph *Otfried Höffe* in einem (jedenfalls in Deutschland) vielbeachteten Beitrag nachgegangen ist.<sup>11</sup> Dazu ließe sich einiges sagen, doch will ich es heute bei der Anmerkung belassen, dass solche „kulturübergreifenden“ – genauer noch: kulturindifferenten – Gründe vermutlich nur für die zentralen Leitlinien rechtlicher Koexistenz herauszuarbeiten sind (also die grundlegenden Verhaltensnormen wie z.B. das Tötungsverbot), während die Sanktionsebene (wer wird wie wofür bestraft?) in einem so engen Zusammenhang mit der Gestalt der jeweiligen Gesellschaft steht, dass universell gültige Aussagen nicht nur schwierig, sondern wohl auch sinnlos sind (sieht man einmal von den inzwischen weltweit anerkannten *core crimes* des Völkerstrafrechts<sup>12</sup> und einigen weiteren schweren Untaten ab).<sup>13</sup>

Mit der Rede vom „interkulturellen“ Strafrecht, über das Deutschland im Grundsatz bereits verfügen soll, wird ersichtlich auf etwas anderes verwiesen. Gemeint ist wohl so etwas wie die Fähigkeit eines Strafrechtssystems, kulturelle Differenzen in sinnvoller Weise zu verarbeiten. Verfolgt wird freilich ein ähnliches Anliegen: Wie kann die Ausübung eigener Strafgewalt auch gegenüber Menschen gerechtfertigt werden, die in irgendeiner Hinsicht als Fremde gelten?

Um diese Frage kreist schon seit längerer Zeit eine eigentümliche Debatte, deren Wurzeln nicht in der Strafrechtswissenschaft liegen, sondern in

<sup>8</sup> *Thränhardt*, in: Neuhaus (Hrsg.), *Migration und Integration*, 2002, 9.

<sup>9</sup> Vgl. nur den eindrucksvollen Überblick bei *Hailbronner*, *Asyl- und Ausländerrecht*, 4. Aufl. 2017, Rdnr. 1 ff.; zur kulturellen und religiösen Pluralisierung a. *Hilgendorf*, *StV* 2014, 555 (558 f.).

<sup>10</sup> In letzterem Sinne etwa *Hilgendorf*, *ZStW* 113 (2001), 650 (675 f.).

<sup>11</sup> *Höffe*, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*, 1999 (das Zitat findet sich auf S. 12 – Hervorhebung nur hier). Den Ausdruck „transkulturelles“ Strafrecht bevorzugt *Vogel*, *GA* 2010, 1 ff.

<sup>12</sup> Vgl. hier nur *Werle/Jeßberger*, *Völkerstrafrecht*, 4. Aufl. 2016, Rdnr. 88 ff.

<sup>13</sup> Zu (u.a. historisch) unterschiedlichen „Zurechnungskulturen“ etwa *Mir Puig*, *Jahrbuch für Recht und Ethik* 2 (1994), 225 ff.; vgl. aber bereits *Fauconnet*, *La responsabilité*, 2. Aufl. 1928, S. 299 (und dazu *Gephart*, *Symbol und Sanktion*, 1997, 103 ff.).

der politischen Philosophie Nordamerikas.<sup>14</sup> Sie verbindet mit dem Schlagwort „cultural defense“<sup>15</sup> die – aus juristischer Sicht gar nicht so leicht einzuordnende – Forderung, den kulturellen Kontext, in dem sich der Beschuldigte bewegt und in dem er die ihm zur Last gelegte Tat möglicherweise begangen hat, angemessen zu berücksichtigen, sofern das in Rede stehende Verhalten in jenem Kontext eine abweichende Bewertung erfährt.<sup>16</sup> Gedacht ist sie also offenbar nicht für jedermann, sondern nur für Menschen mit *besonderen* kulturellen Prägungen, die vom Rechtssystem nicht ohnehin schon mitgedacht worden sind.<sup>17</sup>

Ich möchte diese Debatte, die einen gewissen Widerhall auch in der europäischen Strafrechtswissenschaft gefunden hat, hier nicht noch einmal nachzeichnen, zumal sie in einer für Juristen manchmal nur schwer nachvollziehbaren Weise mit anderen Diskursen verwoben ist (etwa mit der kommunitaristischen Liberalismus-Kritik und Fragen des Umgangs mit ethnischen und religiösen Minderheiten). Gleichwohl hat sie, so wenig „juristisch“ sie auch geführt worden ist, etwas Wichtiges sichtbar gemacht. Am Ende meines Vortrages möchte darauf noch einmal zurückkommen.

Interessant ist die Diskussion um die „cultural defense“ aber heute vielleicht auch deshalb, weil sie immer wieder auf einen Fall mit japanischen Bezügen zurückkommt:<sup>18</sup> Frau *Kimura*, deren Schicksal in etlichen Publikationen beispielhaft herangezogen wird, soll in den USA den Versuch unternommen haben, sich selbst und ihre beiden kleinen Kinder im Pazifischen Ozean zu ertränken, nachdem sie von der jahrelangen Untreue ihres Ehemannes erfahren hatte. Sie sei damit einer alten japanischen Tradition (*oyako shinju*) gefolgt. Da sie diesen Versuch – anders als die beiden Kinder –

<sup>14</sup> Gleichwohl hat sie auch in verschiedenen europäischen Ländern Widerhall gefunden, vgl. aus der deutschen Diskussion – neben dem frühen Bericht von *Petersdorf*, ZStW 118 (2006), 823 – etwa *Pohlreich*, „Ehrenmorde“ im Wandel des Strafrechts, 2009, S. 251 ff.; *Sotiriadis*, in: Pilgram u.a. (Hrsg.), Einheitliches Recht für die Vielfalt der Kulturen?, 2012, S. 207 ff.; ferner etwa *Hörnle*, in: Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages Hannover 2014, Bd. I, Gutachten C, S. 62 f.; *Gärditz*, Staat und Strafrechtspflege, 2016, S. 53 ff.; für die Schweiz: *Egeter*, Das ethnisch-kulturell motivierte Delikt, 2002; *Frischknecht*, „Kultureller Rabatt“ – Überlegungen zu Strafausschluss und Strafermässigung bei kultureller Differenz, 2009, S. 31 ff., 231 ff.; für Italien *Basile*, Immigrazione e reati culturalmente motivati: Il diritto penale nelle società multiculturali, Milano 2010 (deutsche Ausgabe in der Übersetzung von Thomas Vormbaum: Multikulturelle Gesellschaft und Strafrecht, 2015); *de Maglie*, I reati culturalmente motivati, 2010; ferner *Van Broeck*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 9 (2001), 1.

<sup>15</sup> Aus der immer noch anwachsenden Literatur s. hier nur *Sheybani*, 9 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 751 (1987); *Renteln*, The Cultural Defense, 2004; *Tunick*, Punishment & Society 2004, 395 ff.; *Foblets/Renteln* (Hrsg.), Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense, 2009; *Ramirez*, Cultural Issues in Criminal Defense, 3. Aufl. 2010; *Kymlicka/Lernestedt/Matravers* (Hrsg.), Criminal Law and Cultural Diversity, 2014; ferner etwa (kritisch) *Coleman*, 100 South Atlantic Quarterly 981 (2001); *Song*, Critique Internationale 2005, 61. – In einem ganz anderen Sinne gebraucht wird der Ausdruck „cultural defense“ von *Orgad*, The Cultural Defense of Nations, 2015 (gemeint ist dort der Anspruch, an der spezifischen kulturellen Prägung eines Landes auch gegenüber Immigranten festzuhalten).

<sup>16</sup> *Van Broeck*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 9 (2001), 1 (5).

<sup>17</sup> Vgl. a. *Pohlreich* (Fn. 14), S. 267 ff.

<sup>18</sup> Knappe Schilderung aus strafjuristischer Sicht bei *Robinson*, Fundamentals of Criminal Law, 2nd ed. 1995, S. 600 f.; vgl. a. *Renteln* (Fn. 15), S. 25.

überlebt hatte, wurde sie wegen zweifachen Mordes angeklagt. Müsste nicht, so fragen die Verfechter einer „cultural defense“, zu Gunsten von Frau *Kimura* der Umstand berücksichtigt werden können, dass sie – in ihren eigenen kulturellen Bezügen – ein Verhalten gewählt hat, das mit dem Wort „Doppel-mord“ jedenfalls nicht angemessen beschrieben wäre?<sup>19</sup> *Wie genau* eine solche Berücksichtigung aussehen könnte, bleibt freilich offen.<sup>20</sup>

### III. Zur „Differenz-Blindheit“ des Allgemeinen Teils

Im Folgenden möchte ich der Frage nach der „interkulturellen“ Sensibilität des deutschen Strafrechtssystems etwas näher nachgehen. Ich werde mich dabei auf den *Allgemeinen Teil* beschränken, den Bereich der Strafzumessung dabei aber aus Zeitgründen ausklammern, obwohl er außerordentlich interessant und – aus meiner Sicht – auch noch nicht hinreichend erforscht worden ist. Zum *Besonderen Teil* nur so viel: Hier mögen sich in der Tat einige erste Fragmente eines „Migranten-Strafrechts“ identifizieren lassen: Tatbestände, die sich zwar formal an jedermann richten, in der Sache aber gerade auf „importierte“ Phänomene reagieren, die in erster Linie symbolisch – mit der Kodex-Autorität des Strafgesetzbuchs – zurückgewiesen und abgewehrt werden sollen. So hat man aus dem allgemeinen Nötigungsdelikt eigens einen Sondertatbestand ausgegliedert, der die Nötigung zum Eingehen einer Ehe betrifft (§ 237 StGB)<sup>21</sup>; Verstümmelungen im weiblichen Genitalbereich werden durch den neuen § 226a StGB als gesondert ausgestaltetes Körperverletzungsdelikt erfasst.

<sup>19</sup> Nach deutschem Strafrecht wäre nach dem Vorliegen von Mordmerkmalen (§ 211 Abs. 2 StGB) zu fragen, insbesondere also danach, ob die Kinder „heimtückisch“ oder „aus niedrigen Beweggründen“ getötet wurden. Gegen Letzteres können in derartigen Fällen namentlich die Sorge um das künftige Wohlergehen der Kinder, tiefe Verzweiflung und das Gefühl der Ausweglosigkeit sprechen (BGH, Urteil vom 10. 3. 2006 - 2 StR 561/05, NStZ 2006, 338 [340]). Was das Merkmal der Heimtücke betrifft, wird es zunächst entscheidend auf das Alter und den Entwicklungsstand des Kindes ankommen: Da man eine böse Absicht „nur vor jemanden verheimlichen kann, der an sich in der Lage ist, sie wahrzunehmen“, soll jedenfalls sehr kleinen Kindern gegenüber ein „heimtückisches“ Vorgehen (noch) gar nicht möglich sein (BGH a.a.O., 339 m.w.N., für ein Kind im Alter von einem Jahr und neun Monaten). Im Übrigen hat man versucht, den Heimtücke-Mord auf Fälle zu begrenzen, in denen der Täter seinem Opfer „feindlich“ gesonnen ist (woran es fehlen soll, „wenn ein zur Selbsttötung entschlossener Täter Angehörige seiner Familie, die er sehr liebt, aus Sorge um deren ungewisse Zukunft mit sich in den Tod nehmen will, weil er – möglicherweise in krankhafter Verblendung – meint, zum Besten seiner Familie zu handeln“, so BGH a.a.O. im Anschluss an BGHSt 9, 385 [390]; 37, 376 [377]); zum Ganzen auch *Rengier*, BT II, 18. Aufl. 2017, § 4 Rdnr. 36 f.; *Schönke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben*, § 211 Rdnr. 25b m.w.N.). – Für die Aufklärung über die hier zu unterscheidenden Phänomene in der kulturellen Tradition Japans bin ich Herrn Kollegen *Kawaguchi* sehr zu Dank verpflichtet.

<sup>20</sup> Vgl. auch *Hörnle* (Fn. 14), S. C 62 („von Politikwissenschaftlern in unspezifischer Weise eingesetzt, ohne Unterscheidung zwischen Zivilrecht und Strafrecht und ohne Differenzierung zwischen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen“).

<sup>21</sup> Die *Verhinderung* einer Eheschließung (bzw. des Eingehens einer eingetragenen Lebenspartnerschaft) mit Nötigungsmitteln wird durch § 237 StGB hingegen nicht erfasst (krit. insoweit *Renzikowski*, NJW 2014, 2539 [2541]); insoweit bleibt es bei § 240 StGB. Zu weiteren Problemen etwa *Eisele/Majer*, NStZ 2011, 546; *Kubik/Zimmermann*, JR 2013, 192.

Wenn hier – wie schon im Titel meines Vortrags – von der *Allgemeinen Verbrechenlehre* die Rede sein soll, dann ist damit nichts anderes gemeint als die Lehre von der Straftat, wie sie im Allgemeinen Teil des Strafrechts behandelt und systematisch entfaltet wird.<sup>22</sup> Sie ermöglicht (und fordert) bekanntlich ein schrittweises Vorgehen und liefert damit zugleich das Programm der nachfolgenden Überlegungen.

## 1. Tatbestand

a) Die Tatbestände des deutschen Strafrechts knüpfen stets an das Verhalten einzelner Menschen an, die *Handlung* (bzw. die ihr gleichkommende Unterlassung) wird damit gewissermaßen zum Fundament des ganzen Systems. Begrifflich wird an dieser Stelle heute kaum mehr vorausgesetzt als der schlichte Befund, dass sich darin sozusagen ein Mensch *als Mensch* geäußert hat. Hier wird also bereits normativ zugeschrieben, aber doch wohl gerade nach Maßstäben, die buchstäblich auf Allgemein-Menschliches zielen.

b) Deshalb können sich Besonderheiten, die sich aus einer bestimmten kulturellen Einfärbung des Geschehens ergeben, erst im Zusammenspiel mit einzelnen tatbestandlichen Voraussetzungen des jeweiligen Delikts bemerkbar machen. Einzelheiten dazu gehören in den Besonderen Teil, deshalb möchte ich es bei einer stichwortartigen – und ganz sicher nicht vollständigen – Aufzählung einiger beispielhafter Problembereiche belassen: Darf die Frage, ob eine „Beleidigung“ (§ 185 StGB) vorliegt, schon in objektiver Hinsicht von den jeweiligen Ehrbegriffen der Beteiligten abhängig gemacht werden?<sup>23</sup> Verläuft die Grenzlinie des „höchstpersönlichen Lebensbereichs“ (§ 201a StGB) für jedermann gleich, und wann ist eine Bildaufnahme „geeignet“, „dem Ansehen der abgebildeten Person erheblich zu schaden“ (§ 201a Abs. 2 StGB)? Und nicht zuletzt: Wie lässt sich begründen, dass ein Mensch einen anderen Menschen „aus niedrigen Beweggründen“ getötet und deshalb des Mordes (und nicht nur eines Totschlags) schuldig ist (§ 211 Abs. 2 StGB)? Es liegt wohl nahe, all diese Fragen möglichst einheitlich, also generalisierend zu beantworten.<sup>24</sup> Eine „kulturell bedingte Fragmentierung des

---

<sup>22</sup> Zu diesen Begriffen hier nur *Roxin*, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 7 Rdnr. 1 ff. Es versteht sich, dass dieses System nicht nur für „Verbrechen“ im technischen Sinne (§ 12 Abs. 1 StGB), sondern auch für Vergehen gilt.

<sup>23</sup> Überlegungen dazu etwa bei *LK-Hilgendorf*, Vor § 185 Rdnr. 38.

<sup>24</sup> So hält es – nach anfänglichen Unsicherheiten – denn inzwischen auch der BGH im zuletzt genannten Beispiel der „niedrigen Beweggründe“ (§ 211 Abs. 2 StGB): Der Maßstab für die Bewertung eines Beweggrundes sei „den Vorstellungen der Rechtsgemeinschaft in der Bundesrepublik Deutschland zu entnehmen, vor deren Gericht sich der Angeklagte zu verantworten hat, und nicht den Anschauungen einer Volksgruppe, die die sittlichen und rechtlichen Werte dieser Rechtsgemeinschaft nicht anerkennt“ (BGH NJW 1995, 602). Jedoch sollen die subjektiven Voraussetzungen jenes Mordmerkmals ausnahmsweise dann fehlen, wenn „dem Täter bei der Tat die Umstände nicht bewußt waren, die die Niedrigkeit seiner Beweggründe ausmachen, oder wenn es ihm nicht möglich war, seine gefühlsmäßige Regungen, die sein Handeln bestimmen, gedanklich zu beherrschen und willensmäßig zu steuern“ (was praktisch aber kaum jemals der Fall sein dürfte, vgl. *MünchKomm-Schneider*, § 211 Rdnr. 109). Zur Entwicklung dieser Rechtsprechung etwa *Pohlreich* (Fn. 14), S. 216 ff.; instruktiv zum Ganzen a. *Nehm* in: Festschrift für Albin Eser, 2005, S. 419; *Grünwald*, NStZ 2010, 1.

Schutzbereichs von Normen<sup>25</sup> dürfte mit dem Ordnungs- und Integrationsanspruch des modernen Strafrechts kaum vereinbar sein.

So sieht man das inzwischen überwiegend auch für einen weiteren Bereich, auf den ich später noch genauer eingehen werde: die Beschneidung von minderjährigen Jungen aus traditionellen, oft religiös untermauerten Gründen. Diese Fälle werden heute nicht mehr schon aus dem *Tatbestand* der Körperverletzung herausgehalten (etwa mit der Begründung, es handele sich dabei um „sozialadäquate“ Gebräuche einzelner Bevölkerungsteile, die deshalb vom Gesetz nicht gemeint sein können). Auf das Rechtfertigungsproblem, das damit entsteht, komme ich noch einmal zurück.

c) Der Verbrechensaufbau, der sich in der deutschen Strafrechtswissenschaft – wie ich glaube, mit guten Gründen – heute durchgesetzt hat, findet auf der Ebene des Tatbestandes bekanntlich auch subjektive Elemente. „Wer bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, handelt nicht vorsätzlich“ (§ 16 Abs. 1 Satz 1 StGB). Gut vorstellbar ist nun, dass jemand die maßgeblichen Umstände seines Handelns deshalb nicht richtig einzuschätzen vermag, weil er mit den Eigenarten und Gepflogenheiten einer neuen Umgebung noch nicht hinreichend vertraut ist. Bei Tatumständen, die in ihrer sozialen Bedeutung erst verstanden werden müssen, mag das vielleicht besonders nahe liegen (etwa, wenn ein aus Afghanistan nach Deutschland immigrierter Mann Unsicherheiten nicht nur im Umgang mit lokalen Prostituierten, sondern auch in der schuld- und sachenrechtlichen Bewertung ihrer Entlohnung zeigt<sup>26</sup>). Weil sich die gesetzliche Regelung aber für die *Gründe* solcher Fehlvorstellungen prinzipiell nicht interessiert, ist es ganz gleichgültig, ob sie sich im Einzelfall (auch) „kulturell“ erklären lassen oder nicht.

d) Ähnlich liegt es beim Vorwurf *fahrlässigen* Verhaltens. Zwar ist vereinzelt vorgeschlagen worden, bei der Formulierung des Sorgfaltsmaßstabs (individualisierend) auch „fremdkulturelle Aspekte“ zu berücksichtigen.<sup>27</sup> Aber eine solche Forderung hätte aus einem doppelten Grunde keinen Sinn: Zum einen ist die Frage, ob jemand sich im strafrechtlichen Sinne fahrlässig ver-

<sup>25</sup> Herzog/Sotiriadis in: Flocke/Schoneville (Hrsg.), Differenz und Dialog, 2011, S. 183 (196).

<sup>26</sup> In dem von BGH NStZ 2015, 699 entschiedenen Fall hatte der Angeklagte einer Prostituierten zunächst einen Geldschein ausgehändigt und sich mit ihr in eine öffentliche Toilette begeben, dort dann aber von der getroffenen Vereinbarung wieder Abstand genommen und das Geld zurückverlangt, noch bevor es zu sexuellen Handlungen gekommen war. Da die Prostituierte die Rückzahlung verweigerte, versuchte er gewalttätig, wieder an das Geld zu kommen. Ob es sich dabei um eine für ihn inzwischen „fremde“ Sache handelte (und ggf., ob die von ihm erstrebte Zueignung nach objektiven Maßstäben „rechtswidrig“ war), ist nach deutschem Zivilrecht (im Zusammenspiel mit den Regelungen des Prostitutionsgesetzes) zu beurteilen und offenbar gar nicht so einfach zu beantworten (schon das vom LG als Vorinstanz gefundene Ergebnis stimmt mit der Lösung des BGH nicht überein!). Die vom BGH in den Mittelpunkt gerückten kondiktionsrechtlichen Vorfragen (insbesondere die Regelung in § 814 BGB) knüpfen wiederum an subjektive Vorstellungsbilder der Beteiligten an, die bei einem „psychisch auffälligen, die deutsche Sprache nur unzureichend beherrschenden Angekl., der einem fremden Kulturkreis mit einer anderen Rechtsordnung entstammt“, erst einmal aufzuklären sind.

<sup>27</sup> Dafür Frischknecht (Fn. 14), S. 296 ff.

halten hat, nach vordringender Auffassung ohnehin immer nur personenbezogen zu beantworten,<sup>28</sup> und selbst wenn man dem nicht folgen wollte, wären individuelle Besonderheiten doch jedenfalls auf der Ebene der Schuld zu berücksichtigen.<sup>29</sup> Und zum anderen geht es allemal nur um Dinge, die jemand – weshalb auch immer – nicht kann oder weiß; der Rekurs auf diesen oder jenen kulturellen Hintergrund mag das im Einzelfall erklären, ändert in der Sache aber nichts.

## 2. Rechtfertigung

a) Auf der Ebene der *Rechtfertigung*, die im heute vorherrschenden Deliktssystem an die Tatbestandsebene anschließt, scheinen sich individuelle bzw. (im weitesten Sinne) kulturelle Besonderheiten wohl am wenigstens berücksichtigen zu lassen.<sup>30</sup> Was rechtlich verboten ist oder nicht, wird man kaum von der Herkunft und den Vorstellungen der einzelnen Beteiligten abhängig machen können, ohne die Idee einer für alle gemeinsamen Rechtsordnung aufzugeben.<sup>31</sup> Das gilt nicht zuletzt auch für die damit verbundenen Rationalitätsstandards. Ein Beispiel: Strafrechtliches Unrecht ist – jedenfalls in subjektiver Hinsicht – nicht vollständig verwirklicht, wenn der Täter irrtümlich von tatsächlichen Umständen ausgeht, unter denen sein Handeln tatsächlich gerechtfertigt wäre, etwa nach den Regeln der Notwehr, des Notstandes oder auch der Einwilligung.<sup>32</sup> Eine solche Fehleinschätzung mag, wenn man so will, auch „kulturelle“ Gründe haben. Für die Irrtums- und Unrechtsfrage ist eine solche Einordnung wiederum unerheblich (es gilt vielmehr das zu § 16 Abs. 1 S. 1 StGB Gesagte). Denkbar ist freilich, dass beispielsweise die unzutreffende Annahme einer Notstandssituation auf Aberglaube und rückständigen Vorstellungen beruht, denen der Täter eben kulturell verhaftet ist. Aber dann ist das, was er sich vorstellt, gewiss nicht das, was die deutsche Notstandsregelung unter einer „gegenwärtigen Gefahr“ versteht, und deshalb handelt es sich in einem solchen Fall auch gar nicht um

---

<sup>28</sup> S. etwa *Stratenwerth*, in: Festschrift für Jescheck, 1985, S. 285 ff.; *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 224 ff.; *Weigend*, in: Festschrift für Gössel, 2002, S. 129 ff.; *MK-Duttge*, 3. Aufl. 2017, § 15 Rdnr. 95 ff.; *Gropp*, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2015, § 12 Rdnr. 133 ff.; monographisch *Kremer-Bax*, Das personale Unrecht der Fahrlässigkeitstat, 1999.

<sup>29</sup> So die h.M., vgl. nur *Roxin* (Fn. 22), § 24 Rdnr. 53 ff., 114 ff.; *Rengier*, AT, 8. Aufl. 2016, § 52 Rdnr. 13 ff.

<sup>30</sup> Ausdrücklich und ernsthaft vorgeschlagen worden ist eine Rechtfertigung tatsächlich von *Chiu*, *American Law Review* 43 (2006) 1317 (unter dem programmatischen Titel „Culture as Justification, not Excuse“). Gegen einen derartigen strafrechtlichen „Religions- oder Kulturvorbehalt“ auch *Rohde*, *Das islamische Recht*, 2009, S. 343.

<sup>31</sup> *Frischknecht* (Fn. 14), S. 16 ff.; *Valerius*, *Kultur und Strafrecht*, 2011, S. 169 f.; *Hörnle* (Fn. 14), S. C 63 f. m.w.N.; vgl. a. *Hassemer*, in: *Höffe* (Fn. 11), S. 157 (163 f.); *Jung*, *JZ* 2012, 926 (927).

<sup>32</sup> Zu dieser (meist als „eingeschränkte Schuldtheorie“ bezeichneten) Lehre hier nur *Roxin* (Fn. 22), § 14 Rdnr. 52 ff., 64 ff.

einen Irrtum über eine sachliche Rechtfertigungsvoraussetzung,<sup>33</sup> sondern bestenfalls um einen (häufig vermeidbaren) Verbotsirrtum.

b) Haben danach also besondere Anschauungen, Traditionen und Gebräuche aus dem „kulturellen Hintergrund“ des Täters grundsätzlich keinen Einfluss darauf, ob seine Tat als „rechtswidrig“ oder „nicht rechtswidrig“ einzuordnen ist, könnte es doch anders liegen, wenn sich sein Verhalten als *Ausdruck einer bestimmten religiösen Überzeugung* darstellen lässt. Denn Art. 4 unseres Grundgesetzes erklärt die „Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses“ für „unverletzlich“ (Abs. 1); die „ungestörte Religionsausübung“ wird gewährleistet (Abs. 2). Tatsächlich wird der (damit als Grundrecht anerkannten) Religionsfreiheit im Strafrecht jedoch keine allzu große Bedeutung zugeschrieben. Unmittelbar rechtfertigende Wirkung hat sie jedenfalls nicht.

aa) In der deutschen Staatsrechtslehre herrscht, soweit ich sehen kann, wohl immer noch die Auffassung vor, dass die Gewährleistungen des Art. 4 Abs. 1 mit den Bestimmungen der Weimarer Reichsverfassung (WRV), die durch Art. 140 in das Grundgesetz übernommen worden sind, zusammengelesen werden müssen – insbesondere also auch mit Art. 136 Abs. 1 WRV, nach dem „die bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten“ durch die Ausübung der Religionsfreiheit „weder bedingt noch beschränkt werden“.<sup>34</sup> Glaubensgeleitetes Verhalten wäre demnach grundsätzlich nicht anders zu behandeln als ein Verhalten, das nicht religiös begründet wird. Das *Bundesverfassungsgericht* sieht die Dinge freilich etwas anders: Die Freiheit, „sein gesamtes Verhalten an den Lehren seines Glaubens auszurichten und seiner inneren Überzeugung gemäß zu handeln“, die von Art. 4 Abs. 1 GG geschützt sein soll,<sup>35</sup> unterliege gerade keinem allgemeinen Gesetzesvorbehalt, sondern finde ihre Grenze nur in kollidierendem Verfassungsrecht.<sup>36</sup> Doch auch von diesem Standpunkt aus berechtigten Glaubensüberzeugungen keineswegs dazu, anderen Menschen Schaden zuzufügen oder ihnen recht-

<sup>33</sup> Zutr. *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, § 16 Rdnr. 20 m.w.N. Verfehlt daher BGHSt 35, 347 (350), soweit dort die abergläubische Furcht vor einem als „Katzenkönig“ bezeichneten Wesen als „Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen des § 34 StGB“ eingeordnet worden ist (der dann allerdings aus anderen Gründen nicht entlastend wirken konnte); kritisch insoweit *Herzberg*, JURA 1990, 16; *Schumann*, NSTz 1990, 32 (35); *Hillenkamp*, in: FS Schreiber, 2003, 135 (147); *Kudlich*, JZ 2004, 72 (76); *LK-Vogel*, § 16 Rdnr. 119. Anders – freilich nicht überzeugend – für das schweizerische Strafrecht *Frischknecht* (Fn. 14), S. 292 ff.; vgl. auch den von *Lernestedt* (Fn. 5) geschilderten schwedischen Fall eines von Kongolesen durchgeführten Exorzismus mit Todesfolge.

<sup>34</sup> Vgl. nur *Muckel*, Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung, 1997, S. 224 ff.; *Bock*, AöR 123 (1998), 444 (462 ff.); *Kästner*, JZ 1998, 974 (981 f.); *Schoch*, in: Festschrift Hollerbach, 2001, S. 149 (163 f.); *Czermak*, Religions- und Weltanschauungsrecht, 2008, Rdnr. 129; *M. Heckel*, AöR 134 (2009), 309 (377 f.); *AK-GG-Preuß*, 2001, Art. 4 Rn. 28 ff.; *Mager*, in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 4 Rdnr. 37; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 4 Rdnr. 28; *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 4 Rdnr. 87 ff. Ebenso noch BVerwGE 112, 227 (232) hinsichtlich der in § 4a Abs. 1 TierschutzG getroffenen Regelung des Schlachtens warmblütiger Tiere.

<sup>35</sup> BVerfGE 32, 98 (106) – Gesundheitsbeter.

<sup>36</sup> BVerfGE 33, 23 (30 f.); ebenso Dreier-*Morlok*, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 4 Rdnr. 124 m.w.N.

lich gebotene Hilfe zu verweigern.<sup>37</sup> Gerade der zuletzt genannte Punkt – etwas tun zu müssen, was man aus religiösen Gründen lieber lassen möchte – hat in der Vergangenheit immer wieder die Frage der Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens aufgeworfen; im Ergebnis freilich hätte sich wohl jeder dieser Fälle in gleicher Weise lösen lassen, wenn ihr religiöser Hintergrund völlig ausgeblendet geblieben wäre.

bb) Einen überaus problematischen Sonderfall betrifft der neue Rechtfertigungsgrund, den der deutsche Gesetzgeber erst vor einigen Jahren geschaffen hat (dies zwar im Bürgerlichen Gesetzbuch, aber gerade auch mit Blick auf das Strafrecht). Er ist in unserem Zusammenhang – und wohl auch für die Rechtsvergleichung – von besonderem Interesse, und deshalb möchte ich auf ihn an dieser Stelle etwas näher eingehen. § 1631d Abs. 1 Satz 1 BGB gesteht, kurz gesagt, Eltern grundsätzlich das Recht zu, ein männliches Kind an der Penis-Vorhaut beschneiden zu lassen, wenn sie das für richtig halten.<sup>38</sup> Auf eine medizinische Indikation soll es dabei ausdrücklich nicht ankommen. In der Sache geht es vielmehr darum, den auch in Deutschland gelebten „Beschneidungskulturen“<sup>39</sup> ein gesichertes rechtliches Fundament zu bieten. Unter einer globalen Perspektive lässt sich eine Vielzahl solcher „Beschneidungskulturen“ unterscheiden, von denen einige, namentlich die jüdische und die muslimische, eindeutig religiös grundiert sind, während sich andere (jedenfalls an der Oberfläche) gerade als säkular präsentieren (das gilt vor allem für die in den Vereinigten Staaten von Amerika geübte Praxis, die von dort aus zeitweilig auch nach Japan und Korea vermittelt worden sein soll; zumindest in Südkorea ist sie offenbar gar nicht unüblich, freilich nicht bei Neugeborenen). In Deutschland hingegen sind in erster Linie gerade Kinder von jüdisch oder muslimisch geprägten Eltern betroffen.

Als rechtswidrige und strafbare Körperverletzung (§ 223 StGB) wurden derartige Eingriffe lange Zeit nicht angesehen<sup>40</sup> oder jedenfalls nicht verfolgt. In den letzten zehn Jahren etwa hat sich die juristische Bewertung jedoch

<sup>37</sup> Eine Rechtfertigung wird daher, wenn überhaupt, nur in sehr seltenen Ausnahmefällen in Betracht kommen (etwa bei „opferlosen“ Bagatelldelikten; so im Ergebnis auch *Hörnle* [Fn. 14], S. C 63 ff., weitergehend wohl *Valerius* [Fn. 31], S. 160 ff.).

<sup>38</sup> Näher dazu etwa *Scheinfeld*, HRRS 2013, 268. § 1631d BGB [Beschneidung des männlichen Kindes] lautet wie folgt:

(1) Die Personensorge umfasst auch das Recht, in eine medizinisch nicht erforderliche Beschneidung des nicht einsichts- und urteilsfähigen männlichen Kindes einzuwilligen, wenn diese nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt werden soll. Dies gilt nicht, wenn durch die Beschneidung auch unter Berücksichtigung ihres Zwecks das Kindeswohl gefährdet wird.

(2) In den ersten sechs Monaten nach der Geburt des Kindes dürfen auch von einer Religionsgesellschaft dazu vorgesehene Personen Beschneidungen gemäß Absatz 1 durchführen, wenn sie dafür besonders ausgebildet und, ohne Arzt zu sein, für die Durchführung der Beschneidung vergleichbar befähigt sind.

<sup>39</sup> Zu ihnen etwa *Fateh-Moghadam*, RW 2010, 115 (117 ff.); s.a. *Jerouschek*, NStZ 2008, 313 ff.

<sup>40</sup> Für Rechtfertigung etwa *Rohe*, in: Neuhaus (Hrsg.), *Migration und Integration*, 2002, S. 69 (76); mit Verweis auf die Religionsfreiheit der Eltern z.B. *Schwarz*, JZ 2008, 1125 (1128). Unhaltbar ist jedenfalls die These, es gehe um die Religionsausübung des Kindes selbst, vertreten durch seine Eltern (so *Beulke/Dießner*, ZIS 2012, 338 [344]). Für Rechtswidrigkeit dagegen etwa *Jerouschek*, NStZ 2008, 313 (317 ff.); *Putzke*, Festschrift für Herzberg, 2008, S. 669 (682 ff.); *Herzberg*, JZ 2009, 332 ff.

gewandelt; sie ist, wenn man so will, individualistischer geworden (die Interessen des betroffenen Kindes sind weiter in den Vordergrund gerückt, den Gestaltungswünschen von Religionsgemeinschaften und Familienverbänden begegnet man dagegen noch etwas skeptischer). Nachdem dann auch noch ein Gericht<sup>41</sup> von einer im Grundsatz strafbaren Körperverletzung gesprochen hatte, sah sich der Gesetzgeber veranlasst, das Erziehungs- und Sorgerecht der Eltern<sup>42</sup> in der beschriebenen Weise zu erweitern und die Beschneidungsfrage damit gewissermaßen wieder zur Privatangelegenheit herunterzustufen. Obwohl § 1631d Abs. 1 BGB zunächst gerade kultur-indifferent formuliert worden ist, wird in seinem zweiten Satz dann aber doch eine Art Abwägung verlangt, bei der dem Kindeswohl der „Zweck“ der Beschneidung gegenübergestellt wird. Und hier sollen dann – obwohl das Gesetz selbst darüber schweigt – religiös gefärbte Motivationslagen eben doch ein größeres Gewicht haben als beispielsweise ästhetische Erwägungen. Insofern haben wir es hier in der Sache also vielleicht doch mit dem Sonderfall einer gesetzlich geregelten „cultural defense“ zu tun.

Inzwischen mehren sich freilich die Stimmen, die diese Regelung mit beachtlichen Gründen für verfassungswidrig halten.<sup>43</sup> In der Tat ist nicht leicht zu sehen, weshalb

(1.) die körperliche Integrität und die Intimsphäre<sup>44</sup> des betroffenen Kindes überhaupt hinter dem Erziehungskonzept der Eltern zurückzutreten haben und, sofern dies nur für *manche* Beschneidungszwecke gelten soll, nach welchen sachlichen Kriterien zwischen anerkenntniswerten und nicht anzuerkennenden Zwecken unterschieden werden könnte,<sup>45</sup>

(2.) weshalb nur *Jungen* ein solcher Eingriff zugemutet wird, während medizinisch nicht indizierte Veränderungen am weiblichen Genitalbereich ausnahmslos – d.h. ohne Rücksicht auf Ausmaß und Schwere – verboten und auch einer elterlichen Einwilligung nicht zugänglich sein

<sup>41</sup> LG Köln NStZ 2012, 449.

<sup>42</sup> Fundierung im Erziehungs- und Sorgerecht und gerade nicht in der Religionsfreiheit der Eltern *Fateh-Moghadam*, RW 2010, 115 (131 ff., 139); *Hörnle/Huster*, JZ 2013, 328 (330 ff.); vgl. a. *Isensee*, JZ 2013, 317 (319 ff.) und BT-Drucks. 17/11295, 11, 16.

<sup>43</sup> *Manok*, Die medizinisch nicht indizierte Beschneidung des männlichen Kindes, 2015, S. 127 ff.; *Sonnekus*, JR 2015, 1 (12); *Herzberg*, JZ 2016, 350 (353 ff.); BeckOK-StGB/*Eschelbach*, § 223 Rdnr. 9; scharfe Kritik auch bei NK-StGB/*Paeffgen*, § 228 Rdnr. 103d m.w.N. Vgl. zuvor auch schon *Jerouschek*, NStZ 2008, 313 (318 f.). Andere sehen den Spielraum noch nicht überschritten: *Hörnle* (Fn. 14), S. C 48 f. und bereits *dies./Huster*, JZ 2013, 329 (337). Die Verfassung trägt jedenfalls umgekehrt auch ein vollständiges *Verbot* medizinisch nicht indizierter Beschneidungen ohne die persönliche Einwilligung des betroffenen Jungen (zweifelnd insoweit *Fateh-Moghadam*, RW 2010, 115 [140]).

<sup>44</sup> Wenn man auch sie für betroffen ansieht, vgl. *Scheinfeld*, HRRS 2013, 268 (269), *Hörnle* (Fn. 14), S. C. 46.

<sup>45</sup> Krit. insoweit auch *Löffelmann*, Rechtspolitik 2012, 35 (37).

sollen,<sup>46</sup> umgekehrt aber der Straftatbestand der „Verstümmelung“ von Genitalien auf Fälle mit *weiblichen* Opfern beschränkt bleibt (vgl. § 226a StGB).<sup>47</sup>

### 3. Schuld

Auf der dritten und letzten Stufe anzusprechen ist schließlich die persönliche strafrechtliche Verantwortlichkeit des Täters für seine Tat.

a) Ist man im Deliktssystem einmal bis hierher vorgedrungen, bleibt im Grund nicht mehr viel zu erörtern: Für das eigene Verhalten ist jedermann selbst verantwortlich, jedermann auch selbst zuständig dafür, die von der Rechtsordnung gezogenen Grenzlinien einzuhalten, wie leicht oder schwer ihm das auch fallen mag.<sup>48</sup> Das ist die Regel, doch gilt sie nicht ausnahmslos, und wie die Ausnahmen beschaffen sind, hängt wesentlich von der Eigenart der jeweiligen Gesellschaft und ihrem Verhältnis zur Strafe und deren möglichen Alternativen ab (wenn man so will, also von ihrer „Rechtskultur“). Im deutschen Strafrecht finden sich solche Ausnahmen lediglich für bestimmte Altersgruppen (vgl. § 19 StGB, §§ 3, 1 Abs. 2 JGG) und für bestimmte „seelische Störungen“ (§ 20 StGB), ferner für einige eng umschriebene Sonder-situationen, in denen man zur Nachsicht mit dem Täter bereit ist.<sup>49</sup>

Als handlungsbestimmend erlebte kulturelle Faktoren (welcher Art auch immer) begründen keine solche Ausnahmelage. Der als „cultural defense“ formulierte Einwand, eine bestimmte Person habe auf Grund ihrer bisherigen Sozialisation und kulturellen Prägung gar nicht anders handeln *können*, als sie gehandelt hat<sup>50</sup>, würde nicht einmal dann zu einem anderen

<sup>46</sup> Die Ungleichbehandlung lässt sich auch nicht dadurch beheben, dass auf Fälle der Mädchenbeschneidung, die *mutatis mutandis* mit der Beschneidung von Jungen vergleichbar erscheinen, § 1631d BGB analog angewendet wird (so aber *Hilgendorf*, StV 2014, 555 [562]). Denn von einer „planwidrigen“ Regelungslücke wird man leider nicht sprechen können.

<sup>47</sup> Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG lautet immerhin: „Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden“.

<sup>48</sup> Deutlich *Jakobs*, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 59 f.; nicht viel anders letztlich auch *Hörnle* (Fn. 14), S. C. 33 ff. Bei der *Strafzumessung* mögen solche Schwierigkeiten hingegen Berücksichtigung finden (vgl. etwa BGH NStZ 1996, 80).

<sup>49</sup> So bei exzessiver Notwehr (§ 33 StGB) oder unter den in § 35 StGB bezeichneten Umständen (entschuldigender Notstand). Dort, wo „übergesetzliche Entschuldigungsgründe“ behauptet werden, geht es in der Sache wohl vor allem darum, solche Täter mit Strafe zu verschonen, die das rechtlich Gebotene mit ihren eigenen Wertvorstellungen nicht vereinbaren konnten (vgl. *Jakobs*, Festschrift für Krey, 2010, 207 ff.). Es handelte sich dann um ein (im Grunde systemfremdes) Einfallstor auch für eine *cultural defense*, das freilich rasch wieder geschlossen würde, wenn die geltend gemachten Wertvorstellungen nicht mehr akzeptabel scheinen. – Bei den Unterlassungsdelikten soll die Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens als eigenständiger Entschuldigungsgrund zu behandeln sein (vgl. nur *Rengier*, AT, § 49 Rdnr. 47 ff.). Weitaus größere Bedeutung scheint der Gedanke der (schuldausschließenden) Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens demgegenüber im japanischen Strafrechtsdenken zu haben (s. etwa *Ida*, Die heutige japanische Diskussion über das Straftatsystem, 1991, S. 139 f.).

<sup>50</sup> Zur Kritik dieser „inability thesis“ etwa *Tunick*, Punishment & Society 6 (2004), 395 ff.; *Pohlreich* (Fn. 14), S. 258 ff.

Ergebnis führen, wenn man ihn als gegeben unterstellt. Denn die Verknüpfung von strafrechtlicher Verantwortlichkeit mit der Voraussetzung, dass sich der Täter *in freier Wahl* für eine rechtlich falsche Verhaltensoption entschieden habe, zielt im Grunde auf etwas, was wir wohl niemals in Erfahrung bringen können<sup>51</sup> und in den meisten Fällen auch gar nicht wissen wollen (weil es letzten Endes gar nicht entscheidend ist): Grundsätzlich *gilt* jeder Mann als verantwortlich für das, was er tut oder lässt, und deshalb finden nur ganz außerordentliche Zustände und Zwangslagen, die im Einzelfall eine innergesellschaftliche Normbegründung *durch Strafe* verzichtbar erscheinen lassen, auf der dritten Stufe des Straftatsystems Berücksichtigung.<sup>52</sup> Dass die eigene Lebensgeschichte und sonstige soziale Faktoren systematisch ausgeblendet werden, wenn es um die Zuweisung individueller Verantwortlichkeit geht, ist gerade ein konstitutives Element des strafrechtlichen Schuldbegriffs.

Vor diesem Hintergrund kann eine Entlastung oft nur dadurch erreicht werden, dass die aus kulturellen Gründen abweichende Konstruktion des Geschehens durch den Täter gewissermaßen „übersetzt“ wird in einen mehr oder weniger pathologischen Befund. In der frühen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs finden sich daher durchaus noch Passagen, nach denen die für „psychopathische Persönlichkeiten“ geltenden Grundsätze „erst recht“ für Ausländer gelten müssten, die „in von den unseren abweichenden Anschauungen und Vorstellungen ihrer Heimat befangen sind, von denen sie sich zur Tatzeit nicht lösen konnten“.<sup>53</sup>

b) Der einzige Fall, in dem die Verwurzelung in einer fremden Rechtskultur tatsächlich zum Ausschluss strafrechtlicher Schuld führen mag, ist der des unvermeidbaren Verbotsirrtums (er dürfte freilich selten sein).<sup>54</sup>

#### IV. Ausblick

Diese kurze Durchsicht hat, so hoffe ich, noch einmal zeigen können, wie wenig sich das deutsche Strafrecht auf der Ebene der Allgemeinen Verbrechenlehre durch „kulturelle“ Argumente *als solche* beeindrucken lässt: Im systematischen, sorgfältig differenzierenden Abarbeiten eines gegebenen

<sup>51</sup> Statt vieler: *Streng*, in: Festschrift für Hruschka, 2005, S. 697 (698 f., 713 f.) m.w.N.

<sup>52</sup> Zugespielt bei *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 17. Abschn. Rdnr. 21: Es gehe letztlich darum, „wie viele soziale Zwänge dem von der Schuldzuschreibung betroffenen Täter aufgebürdet werden können und wie viele störende Eigenheiten des Täters vom Staat und von der Gesellschaft akzeptiert oder von Dritten – auch vom Opfer selbst – getragen werden müssen“. Vgl. zum Ganzen a. *Lotter*, Scham, Schuld, Verantwortung: Über die kulturellen Grundlagen der Moral, 2012, S. 304 ff.

<sup>53</sup> So BGH GA 1967, 244 (mit Blick auf „Persönlichkeitsmängel“, die der Annahme eines – schuldsteigernden – „niedrigen Beweggrundes“ im Sinne des Mord-Paragraphen entgegenstehen sollen). Beobachten lässt sich in der öffentlichen Diskussion gelegentlich auch der umgekehrte Fall (die Tat wird aus individuellen psychischen Besonderheiten erklärt, der spezifische kulturelle Hintergrund des Täters hingegen als irrelevant abgetan).

<sup>54</sup> LG Mannheim NJW 1990, 2212 (2213) hat einem aus Pakistan stammenden Asylbewerber („einfacher Arbeiter, Analphabet“, erst seit einem Jahr in Deutschland lebend) einen unvermeidbaren Gebotsirrtum hinsichtlich der *Rechtspflicht* zur Hilfeleistung (§ 323c StGB) zugestanden. Zur Frage des Unrechtsbewusstseins ausführlich *Valerius* (Fn. 31), S. 171 ff.

Sachverhalts<sup>55</sup> werden sie gleichsam zu feinem Staub zermahlen und auf ge-läufige allgemeine Zurechnungsprobleme reduziert. Das ist kein Zufall, denn es ist wohl gerade ein Kennzeichen liberal-rechtsstaatlicher Strafrechtskultu-ren europäischer Prägung, die Dimension des Rechts von den jeweils individuell verfolgten Konzeptionen eines „guten Lebens“ nach Möglichkeit getrennt zu halten. In gewisser Weise ist die strafrechtliche Zurechnung da-her tatsächlich „differenz-blind“,<sup>56</sup> und sie hat gute Gründe, sich gar nicht erst einzulassen auf die – ohnehin eher schlagwortartig-diffuse – Idee, „kulturell“ begründete Entlastungsmöglichkeiten in das eigene System zu integrieren. Nichts spricht für die Annahme, dass sämtliche „Kulturen“, denen wir irgend-wo begegnen mögen, in gleicher (ununterscheidbarer) Weise „wertvoll“ und achtenswert sind,<sup>57</sup> und deshalb kommen auch die Verfechter einer „cultural defense“ ohne Differenzierungen nicht aus.<sup>58</sup> Der Versuch, das Verhalten ei-nes Menschen gerade auch mit dessen besonderem kulturellen Hintergrund zu erklären, setzt im Übrigen immer schon voraus, ihn selbst als jemanden zu verstehen, bei dem die sonst üblichen Erklärungsmuster versagen. Des-halb kann man in der Tat fragen, ob eine damit begründete Verteidigung nicht am Ende nur das offizielle Attest erreichen könnte, eben nicht „dazuzu-gehören“, sondern in wesentlicher Hinsicht *anders* zu sein und damit jedenfalls nicht *gleich*.<sup>59</sup> Man darf mit Nachsicht rechnen, weil man es eben nicht besser weiß und in seinem rückständigen kulturellen Kontext wie in ei-nem Käfig gefangen ist.<sup>60</sup> Unangemessen wäre ein solcher Zugang nicht zuletzt deshalb, weil kulturelle Traditionen immer auch in kritischer Ausei-

---

<sup>55</sup> Vgl. dazu aus japanischer Sicht auch *Ida*, Die heutige japanische Diskussion über das Straftatsystem, 1991, S. 53 ff., in Auseinandersetzung mit dem von *Hirano* propagierten „Problemdenken“.

<sup>56</sup> Zum Begriff *Taylor*, Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung, 1993, S. 30 ff.

<sup>57</sup> Zutr. *Taylor* (Fn. 56), S. 62 ff. (mit dem bedenkenswerten Hinweis, dass eine entspre-chende „Ausgangshypothese“ für die Beschäftigung mit anderen Kulturen gleichwohl erst einmal förderlich sein kann).

<sup>58</sup> Vgl. etwa die feministische Kritik bei *Moller Okin*, *Ethics* 108 (1998), 661 ff., aber auch die Überlegungen bei *Coleman*, *Columbia Law Review* 96 (1996), 1093, und *Pohlreich* (Fn. 14), S. 270.

<sup>59</sup> *Herzog/Sotiriadis* (Fn. 25), S. 191.

<sup>60</sup> Vgl. die scharfe Kritik von *Chiu*, *California Law Review* 82 (1994), 1053 (1110); *Wikan*, *Social Anthropology* 7 (1999), 57 ff. *Pohlreich* (Fn. 14), S. 268, verweist in diesem Zu-sammenhang auch auf die stereotype Wahrnehmung ost- und südostanatolischer Männer in der Rechtsprechung deutscher Strafgerichte („extrem eifersüchtig sowie gewohnt und willens, weibliche Familienangehörige im Fall sexuellen Fehlverhaltens zu töten“). Kritisch a. *Zemni*, in: Shadid/Van Koningsveld (Hrsg.), *Religious Freedom and the Neutrality of the State*, 2002, S. 158 (167).

nersetzung mit sich selbst stehen<sup>61</sup> und sich auch im Leben einzelner Menschen nicht als „Eigenschaft“ dingfest machen lassen, sondern nur als Prozess. Wirklich klar umrissene „Kulturen“ gibt es vielleicht überhaupt nur als politische Projektionen<sup>62</sup> (und dazu gehört auch die verbreitete Vorstellung, dass Kulturen wie feste Gegenstände im Raum aufeinandertreffen oder umgekehrt streng voneinander separiert werden könnten).

Den bedenkenswerten Kern des Anliegens, im Strafrecht auch kulturelle Aspekte wenigstens zur Sprache zu bringen – und mehr wird auch unter dem Schlagwort „cultural defense“ oft gar nicht verlangt<sup>63</sup> –, dürfte man in den Kategorien der Allgemeinen Verbrechenslehre daher kaum sinnvoll verarbeiten können. Wohl aber, so scheint mir, in der Theorie des Strafverfahrens. Der jüngst von *Tatjana Hörnle* formulierte Einwand, Strafprozesse seien „kein offenes Forum für Aussprachen“, sondern „am Relevanzrahmen des materiellen Strafrechts auszurichten“,<sup>64</sup> wird dem Problem nur teilweise gerecht, weil die Prozessziele über das Abprüfen materieller Strafbarkeitsvoraussetzungen offensichtlich hinausweisen, damit aber auch den Gegenstand des Verfahrens mitbestimmen: Gewiss geht es allein um die rechtliche Bewertung der Tat. Doch kann – und sollte – man den Strafprozess durchaus *auch* als einen Ort verstehen, an dem die Gesellschaft etwas über

<sup>61</sup> Plastisch *MacIntyre*, *The Monist* 60 (1977), 453, 460 f.: „If I am a Jew, I have to recognise that the tradition of Judaism is partly constituted by a continuous argument over what it means to be a Jew. Suppose I am an American: the tradition is one partly constituted by continuous argument over what it means to be an American and partly by continuous argument over what it means to have rejected tradition“. Hieran anschließend *Benhabib*, *Kulturelle Vielfalt und demokratische Gleichheit*, 2. Aufl. 2000, S. 68: „Die Vitalität einer Kultur rührt eigentlich von den narrativ ausgetragenen Streitigkeiten zwischen den Generationen her, in denen es um das Wie, Wann und Wo der kulturellen Überlieferung geht. Kultur ist dieses vielwertige und vielstimmige Gespräch über Generationen hinweg, das Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft durch widerstreitende Erzählungen verbindet“. Inspiriert sein dürfte diese Sichtweise nicht zuletzt von *Hannah Arendt*: „Da Menschen nicht von Ungefähr in die Welt geworfen, sondern vom Menschen in eine schon bestehende Menschenwelt geboren werden, geht das Bezugsgewebe menschlicher Angelegenheiten allem einzelnen Handeln und Sprechen voraus, sodaß sowohl die Enthüllung des Neankömmlings durch das Sprechen wie der Neuanfang, den das Handeln setzt, wie Fäden sind, die in ein bereits vorgewebtes Muster geschlagen werden und das Gewebe so verändern, wie sie ihrerseits alle Lebensfäden, mit denen sie innerhalb des Gewebes in Berührung kommen, auf einmalige Weise affizieren (Vita Activa oder Vom tätigen Leben, 1960, S. 174).

<sup>62</sup> Instruktiv dazu *Benhabib*, *Kulturelle Vielfalt und demokratische Gleichheit*, 2. Aufl. 2000, S. 19 ff.; vgl. a. *Peters*, in: Münkler (Hrsg.), *Furcht und Faszination: Facetten der Fremdheit*, 1997, S. 223; *Sökefeld*, in: ders. (Hrsg.), *Jenseits des Paradigmas kultureller Differenz*, 2004, S. 9 (18 ff.), und nicht zuletzt *Gutmann*, *Recht als Kultur?*, 2015, S. 45 ff. – Vom (selten gewordenen) Extremfall echter „Parallelwelten“ soll hier einmal abgesehen werden (zum Umgang mit der verbliebenen indigenen Bevölkerung Kolumbiens etwa *Borja Jiménez*, *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, 2000; *Semper*, *Die Rechte der indigenen Völker in Kolumbien*, 2003, S. 195 ff.).

<sup>63</sup> Vgl. nur *Renteln*, *Canadian Journal of Law and Society* 20 (2005), 47 (49); Frischknecht (Fn. 14), S. 361 f. (mit dem Hinweis, dass es „aufgrund der fremdkulturellen Handlungsmotivation des Täters auch zu Strafverschärfungen kommen“ könne).

<sup>64</sup> *Hörnle* (Fn. 14), S. C 63.

sich selbst zu lernen vermag.<sup>65</sup> Es geht – zumal unter dem Blickwinkel dessen, was man etwas ungenau als „positive Generalprävention“ bezeichnet – im Verfahren gerade auch darum, der abstrakten (und in einem sehr genauen Sinne „welt-fremden“) Universalität der strafrechtlich abgesicherten Verhaltensnormen<sup>66</sup> die „Diversität von Lebensverhältnissen“ entgegenzusetzen, um „die Rechtspflicht gedanklich in den sozialen Rahmen zu setzen, in dem sie gelten soll“.<sup>67</sup> Die *Anerkennung* solcher Diversität – um einen Schlüsselbegriff der philosophischen Debatte noch einmal aufzugreifen – kann möglicherweise gerade auch darin bestehen, die kulturelle Differenz in aller Offenheit und Klarheit, mit Ernst und Feingefühl im Strafprozess herauszuarbeiten und zu benennen, um den Sinn der strafrechtlich abgesicherten Verhaltensnormen umso einsichtiger zu machen.<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> Nachdrücklich in diesem Sinne *Haffke*, in: Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S. 355 (371 f.), der darin gar den „wahren Sinn“ des Öffentlichkeitsgrundsatzes sehen möchte; vgl. auch schon *ders.* in: de Boor/Frisch/Rode (Hrsg.), *Vergessen – Verdrängen – Verleugnen* (Schriftenreihe des Instituts für Konfliktforschung, H. 17), 1996, S. 41 ff. sowie *J. Kühl*, *Prozeßgegenstand und Beweisthema im Strafverfahren*, 1987, S. 274 ff.

<sup>66</sup> Nur am Rande hingewiesen werden kann hier auf die Verbindungslinien, die unser Thema zur klassischen Entgegensetzung von „Tat“- und „Täterstrafrecht“ hat (den „welt-fremden“ Charakter modernen Tatstrafrechts hebt bereits *E. Wolf*, *Vom Wesen des Täters*, 1932, S. 20, hervor).

<sup>67</sup> *J. Kühl* (Fn. 65), S. 279.

<sup>68</sup> In diese Richtung zielt auch wohl die von *Sotiriadis* und *Herzog* (Fn. 25) formulierte Frage nach möglichen „essentialia des Verhandeln über die kulturelle Differenz, die sicherstellen, dass nicht Ignoranz waltet, sondern selbst in der Zurückweisung einer bestimmten Handlungsweise noch das enthalten ist, was in Anlehnung an Hegel als ‚Ehrung als Vernünftiges‘ bezeichnet werden könnte“ (S. 196). Sie sehen die „Behauptung und Sicherung der als unverzichtbar geltenden Normen“ in einer Gesellschaft, die „zunehmend durch kulturelle Diversität und Wertepluralismus gekennzeichnet ist“, „geradezu darauf angewiesen, dass in Entscheidungen des Kriminaljustizsystems über Konflikte aus abweichendem Verhalten die dahinter stehenden kulturelle[n] Differenzen sichtbar und bearbeitet werden“ (S. 197).

# Kommentar zum Vortrag von Andreas Popp

Hirokazu Kawaguchi, Osaka

## I. Einführung

Zum Thema „Cultural Defense“ stimme ich im Prinzip Popp's These zu, dass sich das deutsche Strafrecht auf der Ebene der Allgemeinen Verbrechenslehre durch „kulturelle“ Argumente als solche nur wenig beeindrucken lasse. Ich glaube, dass der Strafzweck in erster Linie im Schutz und in der Stabilisierung der Normgeltung liegt und der Maßstab der Norm grundsätzlich den Vorstellungen der Rechtsgemeinschaft des betreffenden Landes (etwa der Bundesrepublik Deutschland) zu entnehmen ist<sup>1</sup>. Wer aus dem fremden Kulturkreis in ein bestimmtes Land kommt, muss, wenn er dort bleiben will, die Normen, die in der dortigen Rechtsgemeinschaft im Großen und Ganzen gelten, kennen und befolgen. Auch spricht der japanische Volksmund "Gō ni ireba gō ni shitagae (郷に入れば郷に従え)", d.h. "Wenn man in ein Dorf kommt, soll man sich an das Dorf anpassen." Aber es gibt Sonderprobleme wie z.B. das Thema Beschneidung in Deutschland, für deren Lösung bestimmte Ausnahmeregelungen notwendig sind. Auf das Beschneidungsproblem komme ich unten III. zurück.

## II. Gemeinsame Suizide und der amerikanische Fall „People v. Kimura“

Näher möchte ich zunächst über den amerikanischen Fall „People v. Kimura“<sup>2</sup> sprechen, bei dem es sich um „Oyakoshinjū (親子心中)“ handelt. ~~Erst~~ zum Begriff „Shinjū“. Shinjū (心中 auf Deutsch etwa: „in jemandes Herzen“, „Liebestod“), bezeichnet in Japan den gemeinsamen Suizid zweier Liebender, die keine andere Möglichkeit sehen, weiterhin vereint zu bleiben. Der Begriff wird seit dem 17. Jahrhundert synonym zu Shinjūshi (心中死; mit zusätzlich Shi死, auf Deutsch „Tod“), das heißt für die gemeinsame Selbsttötung als äußerster Demonstration gegenseitiger Treue gebraucht. Im Gegensatz zum Seppuku (切腹) (Harakiri [腹切]) ist Shinjū nicht streng ritualisiert. „Oyako 親子“ bedeutet „Eltern und Kind(er)“. Also bezeichnet „Oyakoshinjū 親子心中“ die eg

<sup>1</sup> Bezüglich der Bewertung eines Beweggrundes (vgl. § 211 dStGB) siehe etwa BGH NJW 2004, 1436; NJW 2006, 1008. Vgl. dazu Fischer StGB 64. Aufl. (2017) § 211 Rn. 29 ff. m.w.N.

<sup>2</sup> People v. Kimura, No. A-091133 (Los Angeles Super. Ct., Nov. 21, 1985) (unveröffentlichtes Urteil); ausführlich dazu Kim S. 117 ff.; Noda S. 1 ff.

<sup>3</sup> Seppuku (jap. 切腹) bezeichnet eine ritualisierte Art des männlichen Suizids, die etwa ab der Mitte des 12. Jahrhunderts in Japan innerhalb der Schicht der Samurai verbreitet war und 1868 offiziell verboten wurde.

<sup>4</sup> Der Begriff Harakiri (腹切り), von 腹 hara, Bauch, und 切る kiru, schneiden – umgekehrte Reihenfolge der Kanji-Schriftzeichen) wird vor allem in Europa und Amerika benutzt.

meinsame Selbsttötung von Eltern und Kind(ern). Es wird oft behauptet, dass das Phänomen „Oyakoshinju“ einzigartig für Japan sei. Aber nach neueren Untersuchungen gibt es ähnliche Phänomene z. B. in Korea<sup>5</sup>. Historisch gesehen ist „Oyakoshinju“ – anders als „Shinju“ des Liebespaars – eine relativ neue, und zwar erst seit der späten Taisho Zeit (1920er Jahre) bekannte Erscheinung<sup>6</sup>. Der Anthropologe *Iwamoto* erklärt das vor dem Hintergrund der Modernisierung und Urbanisierung<sup>7</sup>.

Eine offizielle Statistik über Oyakoshinju gibt es erst seit 2003 in der polizeilichen Statistik über Kindesmissbrauch. Die Anzahl der aufgeklärten Fälle pro Jahr liegt zwischen 23 bis 47 (2015: 23). In der Mehrheit der Fälle wurden die Kinder von der Mutter getötet (2015: 21 Fälle, (auch) vom Vater nur in drei Fällen). Es gibt keine gerichtliche Statistik. Deswegen kann man statistisch nicht belegen, wie schwer die Mutter oder der Vater, die von Oyakoshinju überlebt haben, wegen Tötung der Kinder bestraft worden sind.

**Tabelle 1: Polizeiliche Statistik „Oyakoshinju“ (Kinder-Tötung einschließlich Versuch)**

| Jahr                 | 2003 | 04 | 05 | 06 | 07 | 08 | 09 | 10 | 11 | 12 | 13 | 14 | 15 |
|----------------------|------|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|----|
| Fälle                | 46   | 47 | 37 | 43 | 38 | 36 | 39 | 29 | 28 | 36 | 34 | 31 | 23 |
| Zahl der Kinderopfer | 66   | 63 | 45 | 57 | 60 | 49 | 53 | 37 | 35 | 50 | 38 | 38 | 32 |

Auf eine Besonderheit der japanischen Tötungsdelikte muss hingewiesen werden. Anders als in Deutschland oder den USA, wo man Mord (murder)/Totschlag (manslaughter) unterscheidet, kennt das japanische StGB diese Zweiteilung der Tötung nicht. Deswegen gibt es in Japan kein heikles Problem der Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag. Eine japanische „Tradition“ kann also nur bei der Strafzumessung berücksichtigt werden. Insofern gibt es ein sehr interessantes Urteil des Bezirksgerichts Kyoto vom 8. November 1957.<sup>8</sup> Die Angeklagte, Mutter einer 6-jährigen Tochter, versuchte, gemeinsam mit ihr und ihrem Geliebten Selbstmord zu begehen. Nur die Tochter starb, die anderen überlebten. Die Mutter wollte mit der Tochter auch „Oyakoshinju“ machen, weil das Leben eines kleinen Kindes ohne Mutter sehr miserabel und es deshalb für das Kind besser und glücklicher sei, mit der Mutter zu sterben. Der Richter hat der Angeklagten allerdings vorgeworfen, sie habe nur „sentimentalische und arbiträre Gedanken“ gehabt; er hat

<sup>5</sup> *Iwamoto*, S. 73 ff.

<sup>6</sup> *Wada*, S. 15 ff.

<sup>7</sup> *Iwamoto*, S. 139

(「すなわち近代化・都市化による日本社会の質で、子育てはすべて血を分けた生みの親の責任という觀念が生成され、子どもを親だけ自殺することが、捨子と同く、我が子を見捨てる非情な行いとして、また他人に迷惑をかける無責任な行い（養育の放棄）と見做されるに至ったことが、親子心中を生み出した社会的な要因であるといえる。」).

<sup>8</sup> Urteil des Bezirksgerichts am 8. November 1957:

京都地判昭和32年11月8日判例時報135号5頁(子は親の死後に生きながらえるよりも親と共に死ぬことが幸福であるという親の考えは全く親の感傷的な偏見である、嬰児でないわが子を殺した親の犯罪に情を憫れすべきものがあるとして通常殺人罪の最低刑を更に減刑し或は情により刑の執行を猶予するには余程重でなければならない、現社会において親子心中一家心中の増加する傾向を阻止するには現代意識を喚起し生命の価値を高揚する必要があるなどとして、懲役3年の刑に処した事例).

sie zu drei Jahren Zuchthaus verurteilt und die Strafaussetzung zur Bewährung abgelehnt. Hier spielt auch ein generalpräventiver Grund eine Rolle. Deswegen bin ich skeptisch, ob es in Japan wirklich eine „Tradition“ gibt, mit Oyakoshinju toleranter umzugehen.

Zurück zum „People v. Kimura“ Fall: Im Kimura-Fall war umstritten, ob es sich um „murder“<sup>9</sup> oder „manslaughter“<sup>10</sup> handelte. Fumiko Kimura wurde wegen „murder“ angeklagt. Der Verteidiger von Fumiko Kimura trug vor, dass Frau Kimura unter „temporary insanity“ litt. Durch „plea bargaining“ wurde die Anklage auf „manslaughter“ reduziert und die Angeklagte wurde zu einem Jahr Gefängnis mit Bewährung (probation) verurteilt. Hier wurde das kulturelle Element nicht als eine eigenständige „defense“, sondern nur bei der Beurteilung der „insanity defense“ berücksichtigt.

Wie würde man in Deutschland einen ähnlichen Fall wie „People v. Kimura“ beurteilen? Wäre es ein Mord „aus niedrigen Beweggründen“ oder bloß ein Totschlag?

**Tabelle 2: Vergleich der deutschen und japanischen Tötungsdelikte**

| § 211 dStGB: Mord  | § 199 japStGB: Tötung  |
|--|--|
| (1) Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.<br>(2) Mörder ist, wer aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen, heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken, einen Menschen tötet. | Wer einen anderen tötet, wird mit dem Tode oder mit lebenslangem Zuchthaus oder mit Zuchthaus nicht unter fünf (bis 2004: drei) Jahren bestraft. |
| § 212 Totschlag  |  |
| (1) Wer einen Menschen tötet, ohne Mörder zu sein, wird als Totschläger mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.<br>(2) In besonders schweren Fällen ist auf lebenslange Freiheitsstrafe zu erkennen.   |  |

### III. Das Beschneidungsproblem

Drittens möchte ich auf das Beschneidungsproblem eingehen. Popp weist darauf hin, dass sich die Stimmen mehren, die die Regelung des

<sup>9</sup> In California ist „murder“ definiert als "the unlawful killing of a human being ... with malice aforethought."

<sup>10</sup> "Voluntary manslaughter" unter California law ist definiert als "the unlawful killing of a human being without malice" and "upon a sudden quarrel or heat of passion."

§ 1631 dBGB<sup>11</sup> mit beachtlichen Gründen für verfassungswidrig halten. Ich glaube, dass eine Lösung falsch wäre, welche einer alten, etablierten Kultur-gemeinschaft eine medizinisch sicher durchgeführte Beschneidungspraxis verbietet, die zum Kern ihrer kulturellen Identität gehört. Denn Fragen der Rechtfertigung lassen sich – wie Kubiciel zu § 216 StGB überzeugend nachgewiesen hat<sup>12</sup> –, nicht allein durch die gleichsam mathematische Verrechnung von Interessenpositionen der Rechtsgutsträger entscheiden, vielmehr fließen in diese notwendig auch konkrete Wertvorstellungen der Gesellschaft ein, vor deren Hintergrund sich die Abwägung vollzieht. Folglich kann in die Abwägung die Bedeutung der Beschneidung für die jüdische und arabische Kultur einfließen, die in Deutschland – aus unterschiedlichen Gründen – wichtig ist. Ich glaube nicht, dass eine religiös motivierte Beschneidung die Normen, die die körperliche Unversehrtheit schützen, erodieren lässt. Anders läge es etwa bei einer nur subjektiv-persönlich motivierten, für größere Teile der Gesellschaft nicht anschlussfähigen Tätowierung von Kindern<sup>13</sup>, die man per Personensorgerecht nicht rechtfertigen kann.

## Literatur

*Bryant*, Taimie L. Oya-ko Shinju: Death at the Center of the Heart. 8 UCLA PACIFIC BASIN L.J. 1 (1990)

*Goldstein*, Taryn F. Comment, Cultural Conflicts in Court: Should the American Criminal Justice System Formally Recognize a "Cultural Defense"?, 99 DICK. L. REV. 141 (1994)

*Hallevy*, Gabriel, Culture-Based Crimes against Women in Societies Absorbing Immigrants – Rejecting the “Mistake of Law” Defense and Imposing Harsher Sentencing 16 CARDOZO JOURNAL OF LAW & GENDER 439 (2010)

*Iwamoto*, Michiya: 岩本通尔 <親子心中>をめぐる象徴的システムの日韓比較1-補語的<語り>としての『自殺事件』の民俗学的分析 国立歴史民俗博物館研究報告54号(1993年)73 - 144頁

*Kawanishi*, Yuko, Japanese Mother-Child Joint Suicide: The Psychological and Sociological Implications of the Kimura Case, 8 UCLA PACIFIC BASIN L.J. 32 (1990); *Choi*, Carolyn, Application of a Cultural Defense in Criminal Proceedings, 8 UCLA PACIFIC BASIN L.J. 80 (1990)

<sup>11</sup> § 1631 dBGB Beschneidung des männlichen Kindes

(1) Die Personensorge umfasst auch das Recht, in eine medizinisch nicht erforderliche Beschneidung des nicht einsichts- und urteilsfähigen männlichen Kindes einzuwilligen, wenn diese nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt werden soll. Dies gilt nicht, wenn durch die Beschneidung auch unter Berücksichtigung ihres Zwecks das Kindeswohl gefährdet wird.

(2) In den ersten sechs Monaten nach der Geburt des Kindes dürfen auch von einer Religionsgesellschaft dazu vorgesehene Personen Beschneidungen gemäß Absatz 1 durchführen, wenn sie dafür besonders ausgebildet und, ohne Arzt zu sein, für die Durchführung der Beschneidung vergleichbar befähigt sind.

<sup>12</sup> *Kubicel*, Michael, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts Ihre Aufgaben, ihre Methoden, 2013, S. 223 ff.

<sup>13</sup> Dieses Beispiel stammt von Herrn *Kubicel*, der freundlicherweise bei der Verfassung dieses Kommentars mir geholfen hat.

---

*Kim, Nancy S.* The Cultural Defense and the Problem of Cultural Preemption: A Framework for Analysis, 27 NEW MEXICO LAW REVIEW 101 (1997)

*Noda, Aiko:*野田愛子「異文化の弁護-サンタモニカの日本人親子心中事件」更生保護と犯罪予防 26巻4号(1992), 1-5頁

*Note,* The Cultural Defense in the Criminal Law, 99 HARV. L. Rev. 1293 (1986)

*Rentein, Dundes,* A Justification of the Cultural Defense as Partial Excuse, 2 S. CAL REV. L. & WOMEN'S STUD. 437 (1993)

*Wada, Muneki:*

和田宗樹「明治大正期の親子心中の増加に関する考察」慶應義塾大学大学院社会学研究紀要60号 (2005), 15-28頁



---

# Die Erfüllungsverweigerung als ein selbstständiger Typ der Vertragsverletzung im koreanischen Recht

Chang Soo Yang, Seoul

## I. Vorschriften über die Vertragsverletzung im KBGB und die Orientierung an den „offenen Typen“

1. Art. 390 des koreanischen Bürgerlichen Gesetzbuches (KBGB), der im Bereich des Leistungsstörungenrechts in Korea den Ausgangspunkt bildet, sieht als objektive Voraussetzung in sehr knappen Worten vor: „wenn der Schuldner die dem Inhalt des Schuldverhältnisses entsprechende Erfüllung nicht bewirkt“.<sup>1</sup>

Dies stellt eine wirklich umfassende Regelung über die Vertragsverletzung dar,<sup>2</sup> und ist ein Gegenstück zur Generalklausel über die Deliktshaftung; insoweit schreibt Art. 750 KBGB vor: „Wer einem anderen durch widerrechtliche Handlung vorsätzlich oder fahrlässig Schaden zufügt, ist zu dessen Ersatz verpflichtet“.

Neben der grundsätzlichen Bestimmung gibt es im KBGB Vorschriften, in denen verschiedene Typen der Vertragsverletzung geregelt werden. Zu diesen Legaltypen gehören die Unmöglichkeit (siehe Art. 537 f. über das Gegenleistungsrisiko und Art. 546 über den Rücktritt ohne Fristsetzung usw.), den Leistungsverzug (siehe Art. 387, 395 usw.) und die Verletzung von Unterlassungspflichten (siehe Art. 389 Abs. 3). Wenn man bei den sog. Mängelansprüchen des Käufers und des Bestellers im Werkvertrag (Art. 580 ff., 667 ff.) eine vertragliche Natur annimmt, können auch die mangelhaften Leistungen als ein Legaltyp von Schlechtleistung qualifiziert werden.

2. Die geschilderten Regelungen des koreanischen Zivilrechts ähneln denjenigen im französischen und schweizerischen Recht sowie im Common Law und sollten aus rechtsvergleichender Sicht positiv bewertet werden. Auch

---

<sup>1</sup> Also stimmt die Vorschrift nicht mit Art. 415 des japanischen BGB überein.

<sup>2</sup> Im folgenden werde ich mich angesichts des Anwendungsbereiches von Art. 390 KBGB auf die Vertragsverletzung beschränken.

das deutsche Vertragsverletzungsrecht,<sup>3</sup> das ursprünglich im BGB auf den zwei Säulen von Unmöglichkeit und Verzug basierte und dann das Schema der drei Typen von Unmöglichkeit, Verzug und positiver Forderungsverletzung etablierte, verwandelte sich schließlich mit der Schuldrechtsreform 2002 in den einheitlichen Tatbestand der Pflichtverletzung.<sup>4</sup>

3. International betrachtet zeigen die Vereinheitlichungsbewegungen sowohl im Privatrecht (UN-Kaufrecht, UNIDROIT-PICC) wie im europäischen Vertragsrecht (Principles of European Contract Law, DCFR), dass man von einem einheitlichen Tatbestand der Vertragsverletzung ausgeht. Dabei ist die Erfüllungsverweigerung als ein selbstständiger Typ der Vertragsverletzung fest positioniert.<sup>5</sup>

4. Trotzdem legt die bisher herrschende Meinung in Korea Art. 390 KBGB dahingehend aus, dass nur Verzug und Unmöglichkeit als Typen der Vertragsverletzung anzuerkennen sind und es eine Gesetzeslücke gibt, die durch die Lehre von der Schlechtleistung ausgefüllt werden muss (sog. Lehre der geschlossenen drei Typen).

Aber es gibt keine zwingenden Gründe, mit dieser Lehre die von Art. 390 KBGB geregelten Fälle der Vertragsverletzung auf diese drei Typen einzuschränken. Denn Art. 390 KBGB geht von einem einheitlichen objektiven Tatbestand für die Vertragsverletzung aus, „wenn der Schuldner die dem Inhalt des Schuldverhältnisses entsprechende Erfüllung nicht bewirkt“. Diese Vorschrift ist allgemein genug, um neben den gesetzlich geregelten Typen von Unmöglichkeit und Verzug auch andere verschiedene Vertragsverletzungstypen zweckmäßig zu erfassen.<sup>6</sup>

Nach der bisher herrschenden Meinung fallen unter die Schlechterfüllung „alle anderen Vertragsverletzungsformen außer Verzug und Unmöglichkeit“. Die herrschende Meinung sagt aber nicht, wie die Schlechter-

<sup>3</sup> Z.B. kritisiert Zweigert/Kötz in *Einführung in die Rechtsvergleichung*, dass die Aufspaltung der Vertragsverletzungen in Unmöglichkeit und Verzug einen Geburtsfehler des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches darstellt (jetzt 3.Aufl., 1996, S.511). Im Jahr 1991 habe ich die Übersetzung der zweiten Auflage des Zweigert/Kötz ins Koreanische publiziert, aber nur dessen Band 2: *Bikyosabeobjedoron* (Seoul, Daekwangmunhwasa).

<sup>4</sup> Siehe zunächst YANG Chang Soo, „Dokribjeokin Yuhyeong uroseoui Ihaengkeojeol Jaeron (Nochmalige Überlegungen zur Erfüllungsverweigerung als selbständiger Typ von Vertragsverletzung)“, in: *Beopjo*, No.700 (2016.1), S. 31 ff. Insbesondere hat Claus-Wilhelm Canaris betont, dass in den reformierten Vorschriften über die Vertragsverletzung im deutschen BGB unterschiedliche Grundtypen offensichtlich unterscheidbar sind: Verzug, Schlechterfüllung, Erfüllungsverweigerung, Verletzung der Nebenpflicht bzw. Schutzpflicht und Unmöglichkeit (Canaris, *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen*, in: *JZ* 2001, S. 512).

<sup>5</sup> Siehe zunächst YANG (Fn. 4), S. 34 ff. In Deutschland ist z.B. Volker Emmerich, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 6. Aufl. (2005), § 22 Rn.8 (S. 333) der Ansicht, dass die Erfüllungsverweigerung mit dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts 2001 wegen seiner großen praktischen Bedeutung erstmals zum Teil geregelt worden ist. Warum „zum Teil“? Dies hängt damit zusammen, dass die Erfüllungsverweigerung bezüglich des Rücktrittsrechts ausdrücklich, aber bezüglich des Schadensersatzes nicht geregelt wird.

<sup>6</sup> Vor allem habe ich aus methodischer Sicht Zweifel daran, bei Diskussionen eines „Typus“ im Wege der Konkretisierung des rechtlichen Allgemeinbegriffs seine Erscheinungsformen von vornherein auf eine bestimmte Zahl einzuschränken.

fälligkeit von den anderen Typen zu unterscheiden ist, und welche gemeinsamen Rechtsfolgen bestehen könnten. Dies bestätigt die Unzulänglichkeit der Lehre von den „geschlossenen drei Typen“.

5. Seit langem denke ich, dass die Lehre von den geschlossenen drei Typen, die lediglich mit einem überwiegenden Einfluss der deutschen Rechtswissenschaft erklärt werden kann, im koreanischen Zivilrecht nicht haltbar ist. Durch eine Typisierung von verschiedenen Erscheinungen der Vertragsverletzung ist die Generalklausel des Art. 390 KBGB zu konkretisieren, genauso wie es bei der Auslegung des Art. 2 (Treu und Glauben) und des Art. 103 (Sittenwidriges Rechtsgeschäft) KBGB („Lehre der offenen Typen“) geschieht. Ein solcher Typ, der bisher zu wenig Aufmerksamkeit gefunden hat, ist die Erfüllungsverweigerung.<sup>7</sup>

Seit langem argumentiere ich, dass die Erfüllungsverweigerung ein selbständiger Typ der Vertragsverletzung ist, der sich von den bestehenden Typen des Verzugs oder der Unmöglichkeit unterscheidet.<sup>8</sup>

6. Wie der nachfolgende Teil (II.) zeigen wird, hat auch die Praxis den Typ der Erfüllungsverweigerung weitgehend akzeptiert und als einen selbstständigen Typen der Vertragsverletzung fest positioniert.

## II. Überblick über die Rechtsprechung zur Erfüllungsverweigerung

### 1. Ausgangspunkt der Rechtsprechung – KOG, Urt. v. 25.6.1993, Az: 93da11821

(1) Bei diesem Urteil handelt es sich um eine Erfüllungsverweigerung vor dem Eintritt der Fälligkeit. Der koreanische Oberste Gerichtshof (KOG) ist der Ansicht, dass der Gläubiger *bereits vor dem Eintritt der Fälligkeit der Leistung* vom Vertrag zurücktreten kann, wenn der Schuldner die Leistung endgültig verweigert. Auch wenn der KOG die Formulierung Erfüllungsverweigerung nicht wörtlich verwendet, ist dieses Urteil für die Entwicklung der Rechtsprechung bahnbrechend.

Das Urteil führt Folgendes aus:

„Wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, haben die Beklagten (= die Verkäufer) die Annahme der ihnen angebotenen Zwischenzahlung verweigert und keinen Willen gehabt, den Kaufvertrag zu erfüllen. Die Auslegung, dass der Kläger (= der Käufer) auch im Falle des Annahmeverzugs bezüglich der Zwischenzahlung und im Fall des fehlenden Willens zur Erfüllung auf Seite der Beklagten nicht vom Kaufvertrag zurücktreten könne, würde dazu führen, dass der Kläger zunächst die Zwischenzahlung hinterlegen, auf die Fälligkeit der Restzahlung warten müs-

<sup>7</sup> Allgemein zu meiner Lehre der Vertragsverletzung siehe KWAK Yoon Jik/YANG Chang Soo, *Minbeopjuhae* (Kommentar zum KBGB) [IX] (1995), S. 221 ff.

<sup>8</sup> YANG Chang Soo, „Dokribjeokin Yuhyeong uroseoui Ihyaeongeojol (Erfüllungsverweigerung als selbständiger Typ von Vertragsverletzung“, in: FS für KWAK Yoon Jik (1995), S. 162. (Dieser Aufsatz ist auch in YANG Chang Soo, *Studien des Zivilrechts*, Band 4 (1997), S. 121 ff. gedruckt.)

se und erst dann vom Vertrag zurücktreten könne, wenn die Beklagten ihre Verpflichtung zur Eintragung des Eigentumsrechts in das Grundbuch nicht erfüllen würden. Im vorliegenden Fall, wo die Beklagten ersichtlich keinen Willen zur Erfüllung ihrer Verpflichtung zur Eintragung gehabt haben, verstieße es gegen Treu und Glauben, wenn der Kläger lediglich auf diese Weise sein Recht geltend machen könnte. Deswegen hält das Berufungsurteil, das der Meinung ist, dass der Kläger in einem solchen Fall vom Kaufvertrag sofort zurücktreten kann, ohne auf die Fälligkeit der Restzahlung warten zu müssen, einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand.“

(2) Zwar ist es zweifelhaft, ob die obige Entscheidung bewusst die Erfüllungsverweigerung als einen Typen der Vertragsverletzung anerkannt hat. Die Entscheidung ist mit dem Grundsatz von Treu und Glauben begründet worden. Wenn ein Richter eine seine Beurteilung begründende Regel („rule“) nicht gefunden hat, begründet er manchmal seine Auffassung mit einem Grundsatz („principle“) und unterstellt, dass sie noch auf das Recht gestützt wird. Solche Erscheinungen sind eine manchmal zu findende juristische Argumentation.<sup>9</sup>

Wenn die Dogmatik der Erfüllungsverweigerung zuvor objektiv erkennbar schon existiert hätte und von der Lehre oder Rechtsprechung in die bestehende Dogmatik der Vertragsverletzung eingeordnet gewesen wäre, könnte man sagen, dass die obige Entscheidung dieser Lehre zugestimmt hätte.

## 2. Etablierung der Rechtsprechung zur Erfüllungsverweigerung als selbstständigen Typen der Vertragsverletzung – KOG, Urt. v. 19.8.2005, Az: 2004da53173

Auf die ausdrückliche Anerkennung durch die Rechtsprechung musste man lange warten, bis das Urteil v. 19.8.2005 des KOG die Erfüllungsverweigerung als einen selbstständigen Typen der Vertragsverletzung anerkannt und ihr ausdrücklich besondere Rechtsfolgen zugebilligt hat.

Das KOG führt zunächst im abstrakten Sinne aus:

„Bekundet der vertragliche Schuldner den Willen, den Vertrag nicht zu erfüllen, kann der Gläubiger bereits vor dem Eintritt der Fälligkeit der Leistung ohne Fristsetzung *nach dem Grundsatz von Treu und Glauben aufgrund der Erfüllungsverweigerung des Schuldners* vom Vertrag zurücktreten oder von dem Schuldner Schadensersatz verlangen.“

Das KOG fügt hinzu: „Ob der Schuldner den Willen zur Verweigerung ausdrücklich bekundet hat oder nicht, ist unter Berücksichtigung des Verhaltens der Parteien in Bezug auf die Vertragserfüllung und die konkreten Umstände vor und nach dem Vertragsschluss zu beurteilen.“

<sup>9</sup> Hierüber siehe zunächst Chaïm Perelman, *Logique juridique*, 2e éd., 1979, no. 40 (p.75 et suiv.). Im Zusammenhang mit dem Grundsatz von Treu und Glauben als Generalklausel siehe auch KWAK Yoon Jik/YANG Chang Soo, *Minbeopjuhae* (Kommentar zum KBGB) [I], 1992, S. 102 ff. („Die neue Rechtsgestaltung im Wege der Konkretisierung des Grundsatzes von Treu und Glauben“)

Dieses Urteil ist der Ansicht, dass der Gläubiger vom Schuldner auch vor dem Eintritt der Fälligkeit der Leistung aufgrund der Erfüllungsverweigerung des Schuldners Schadensersatz verlangen kann, wenn der Schuldner den Willen zur Verweigerung ernsthaft bekundet hat. Soweit mir bekannt ist, ist es die erste höchstrichterliche Entscheidung, die ausdrücklich darauf hinweist, dass es sich um eine Erfüllungsverweigerung handelt, und dass der Gläubiger nicht nur zurücktreten sondern auch Schadensersatz,<sup>10</sup> und zwar auch vor dem Eintritt der Fälligkeit, verlangen kann.

Die Dogmatik der Erfüllungsverweigerung ist ferner in der Rechtsprechung dadurch etabliert, dass das KOG das Berufungsurteil, das den Schadensersatzanspruch abgelehnt hat, aufgehoben hat. In diesem Sinne ist die Entscheidung von großer Bedeutung. Jedoch lassen sich die dogmatischen Grundlagen aus der Auslegung des Art. 390 KBGB ableiten, ohne sich wie im Urteil vom 25.5.1993 auf den Grundsatz von Treu und Glauben stützen zu müssen.

### 3. Die jüngste Rechtsprechung zur Erfüllungsverweigerung

(1) Seitdem findet man die Formulierung „aufgrund der Erfüllungsverweigerung kann Rücktritt oder Schadensersatz geltend gemacht werden,“ oft in der Rechtsprechung des KOG.<sup>11</sup> Viele Entscheidungen sind nicht offiziell veröffentlicht worden, was zeigt, dass die Dogmatik der Erfüllungsverweigerung inzwischen so allgemein und generell akzeptiert ist, dass eine einfache Wiederholung des Grundsatzes es nicht mehr verdient, nochmals veröffentlicht zu werden.

(2) KOG, Urt. v. 12.3.2009, Az: 2008da29635 führt aus:

„Das Berufungsgericht lehnte das Rücktrittsrecht mit der Begründung ab, es sei nicht anzunehmen, dass der Schuldner den Willen zur Erfüllungsverweigerung endgültig bekundet habe. Also muss die Erfüllungsverweigerung, die als ein Typ der Vertragsverletzung gleich wie Verzug einen auf Art. 390 KBGB gestützten, Schadensersatz auslösenden Tatbestand darstellt (hier zitiert daher KOG das obige Urteil 2004da53173), nicht zwingend mit der *Willensbekundung zur Erfüllungsverweigerung, die bei dem Schuldnerverzug dem Gläubiger ohne Fristsetzung das Rücktrittsrecht gibt*, gleichgestellt werden.“

Das Urteil fasst die Erkenntnisse der bisherigen Rechtsprechung zur Erfüllungsverweigerung zusammen, die „als ein Typ der Vertragsverletzung gleich wie Verzug einen auf Art. 390 KBGB gestützten, Schadensersatz auslösenden Tatbestand darstellt“. Dabei leitet das Gericht die

---

<sup>10</sup> Wie ersichtlich sind Rücktritt vom Vertrag und Schadensersatz zwei Hauptfolgen der Vertragsverletzung im KBGB.

<sup>11</sup> KOG, Urt. v. 20.9.2007, Az: 2005da63337. In diesem Urteil geht es um die Schadensberechnung im Falle der Erfüllungsverweigerung. Es führt aus, dass bei der Berechnung des Schadensbetrags, wie bei der Unmöglichkeit, auf den Verkehrswert der Leistungsgegenstände abzustellen und der Zeitpunkt der Erfüllungsverweigerung maßgeblich ist. Siehe ferner noch KOG, Urt. v. 15.5.2008, Az: 2007da37721 etc.

Erfüllungsverweigerung als einen Typen der Vertragsverletzung unmittelbar aus Art. 390 KBGB ab, ohne sich auf den Grundsatz von Treu und Glauben zu berufen.

Das Urteil spricht weiter davon, dass die Erfüllungsverweigerung als ein Typ der Vertragsverletzung nicht in gleichem Sinne verstanden werden darf wie die für die Erfüllungsverweigerung erforderliche Willensbekundung des Schuldners, welche die zum Entstehen des Rücktrittsrechts regelmäßig erforderliche Fristsetzung entbehrlich macht (Art. 544 zweiter Halbsatz KBGB<sup>12</sup>).<sup>13</sup>

Wie die obige Rechtsprechung zeigt, werden das fristlose Rücktrittsrecht<sup>14</sup> und der Anspruch auf Schadensersatz als Wirkung der Erfüllungsverweigerung anerkannt. Im Hinblick auf Schadensersatzansprüche ist darauf hinzuweisen, dass Art. 395 KBGB unter dem Titel „Verzug und Schadensersatz“ vorsieht, dass der Gläubiger die Leistung verweigern und dann Schadensersatz statt der Leistung verlangen kann, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Erfüllung bestimmt hat (1. Alternative).<sup>15</sup> Die Erfüllungsverweigerung wird dahingehend verstanden, dass der Schuldner den Willen, die vereinbarte Erfüllung zu verweigern, endgültig und ernsthaft bekundet hat. Deswegen ist die Erfüllung des Schuldners, auch wenn der Gläubiger eine angemessene Frist zur Erfüllung bestimmt hätte, nicht mehr zu erwarten. Im Ergebnis führt Schadensersatz wegen Erfüllungsverweigerung zum Schadensersatz anstatt der Leistung.

(3) Im Zusammenhang mit der Schadensersatzleistung beim Verzug wegen Erfüllungsverweigerung führt KOG, Urt. v. 29.1.2015, Az: 2013da56891 aus: „Erklärt der Schuldner während des Verzugs den Willen zur Erfüllungsverweigerung ernsthaft, kann der Gläubiger ohne Fristsetzung vom Vertrag zurücktreten oder Schadensersatz geltend machen. In Bezug auf diese Schadensersatzleistung ist der Schuldner ab Abgabe der Verweigerungserklärung in Verzug geraten.“

Schließlich entsprechen die von der Rechtsprechung anerkannten Rechtsfolgen der Erfüllungsverweigerung denjenigen der Unmöglichkeit, mit der Ausnahme, dass der Gläubiger noch wählen kann, ob er die vereinbarte Leistung verlangt.<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> Diese Vorschrift gibt beim Schuldnerverzug dem Gläubiger das Rücktrittsrecht ohne Fristsetzung, wenn der in Verzug geratene Schuldner zuvor den Willen bekundet hat, die der Fristsetzung entsprechende Leistung eben nicht zu bewirken.

<sup>13</sup> Der KOG war bereits der Ansicht, dass eine Erfüllungsverweigerung, die selbst eine Vertragsverletzung darstellt, vorsichtiger zu bejahen ist, als eine Willensbekundung zur Erfüllungsverweigerung, die ausnahmsweise einer Fristsetzung entbehrt; siehe KOG, Urt. v. 9.11.2006, Az: 2004da22971 (dieses Urteil führt außerdem aus, dass die einfache Erfüllungsverweigerung der Nebenpflicht kein Rücktrittsrecht auslösen kann); Urt. v. 10.2.2011, Az: 2010da77385 usw.

<sup>14</sup> Siehe auch oben Fn. 12.

<sup>15</sup> Die zweite Alternative des Art. 395 KBGB regelt den Fall, dass infolge des Verzugs des Schuldners die Erfüllung für den Gläubiger nutzlos ist.

<sup>16</sup> Diesen Standpunkt habe ich schon vertreten; YANG (Fn. 4), S. 143.

### III. Fazit

1. Die Erfüllungsverweigerung ist als ein selbstständiger Typ der Vertragsverletzung mit eigenen Rechtsfolgen in der koreanischen Rechtsprechung fest positioniert. Liest man die jüngste koreanische Literatur zum Thema der Erfüllungsverweigerung, so findet man, dass die meisten von ihnen diese Rechtsentwicklung positiv bewerten und der Rechtsprechung zustimmen,<sup>17</sup> auch wenn einige von ihnen noch vom Gespenst der vergangenen „geschlossenen drei Typen“ gefangen sind.

2. Vor 30 Jahren, als ich am Beginn meines Wissenschaftlerlebens stand, schrieb ich, dass die „Einfuhr einer Rechtsdogmatik anderer Länder in unser Zivilrecht, die dort besondere Verhältnisse im Blickfeld hat, ohne eigene sorgfältige Überlegungen nicht erfolgen darf“; wir müssen importierte „Scheinprobleme in unserer Zivilrechtswissenschaft ausschließen und dort beginnen, wo wir im Lichte unseres Bürgerlichen Gesetzbuchs das Recht richtig erkennen.“<sup>18</sup>

Nach der sechsjährigen Amtszeit im KOG als Oberster Richter bin ich jetzt wieder an der Universität. Nun blicke ich zurück und beruhige mich damit, dass mein Ausgangspunkt nicht ganz verfehlt war.

---

<sup>17</sup> Siehe die koreanischen Aufsätze und andere Literatur, die in YANG (Fn. 4) zitiert werden.

<sup>18</sup> YANG Chang Soo, „Hankuksahoiui Byeonhwawa Minbeophakui Kwaje (Umwandlung der koreanischen Gesellschaft und Aufgabe der Zivilrechtswissenschaft)“, in: *Seouldaehakkyo Beobhak* Vol. 28, No. 1 (1987.3), S. 4 ff. Dieser Aufsatz wird auch in YANG Chang Soo, *Minbeopyeonku* (Studien des Zivilrechts), Band 1, 1991, S. 1 ff. abgedruckt; siehe in diesem Buch, S. 18, 21 ff.



---

# Good-will trade in commercial lease contract: recent trend in Korean law

Joon Kyu Choi, Seoul

## I. Introduction

This short paper is about the protection of tenant in commercial lease to secure the good-will created by commercial tenant, and about the critical analysis of recently revised Korean Act concerning this matter.

Table of Contents is as follows.

First, I will look at the meaning of “good will” and “key money” in commercial lease contract.

Second, I will examine the reason why the law should protect the tenant in commercial lease to get the value of key money.

Third, I will briefly show the contents of recently reformed Korean Act “Commercial Building Lease Protection Act” about this matter. The main point of reformation is to *impose the duty on the landlord to protect tenant’s good-will*.

Fourth, I will point out that the protection of tenant’s good-will is necessary ① to induce the tenant’s long-term investment upon the commercial building, and ② to hold down the landlord’s opportunistic behavior, but recent revised Act has gone too far, because ① *it neglects tenant’s opportunistic behavior vice versa*, and ② *infringes on the legal ownership of landlord too much*, and ③ *encourages the inefficient use of commercial building*.

Finally, I will propose measures for improvement about “Commercial Building Lease Protection Act (CBLPA)”.

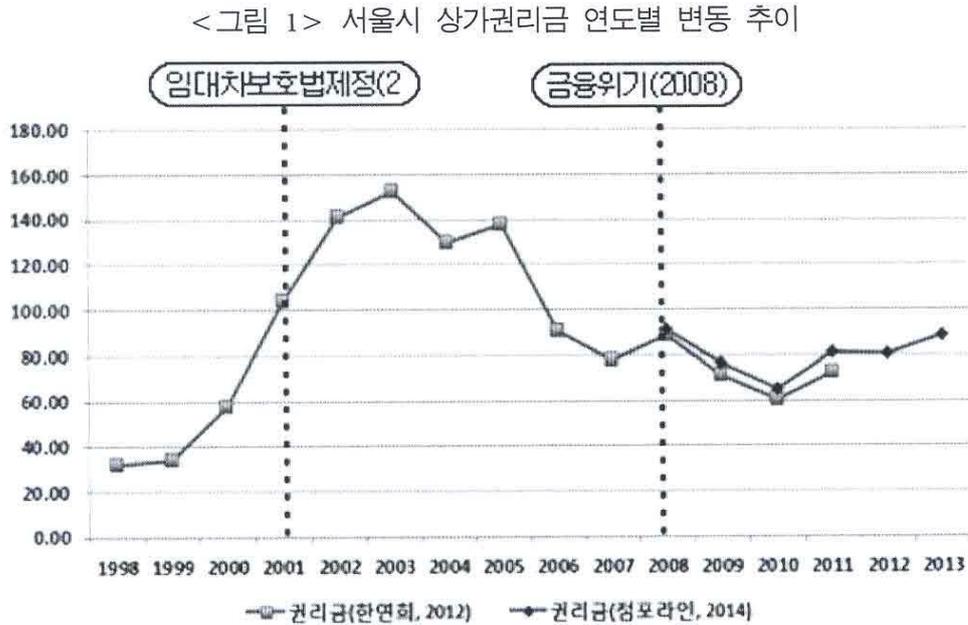
## II. The meaning of “good-will” and “key money”

As we know, the meaning of good will may be different according to the context in which it is used. Here I will use “good-will” as an intangible asset that arises when a buyer acquires an existing business. It includes such an intangible asset as customer relationships, credit, business know-how etc.

In this paper, “key-money” means money paid to an existing tenant who assigns the business in commercial building to a new tenant. It is a part of total price for business transfer.

Commercial tenants build up their good-will in the course of their ordinary, continuous business. When their business is booming, their good-will

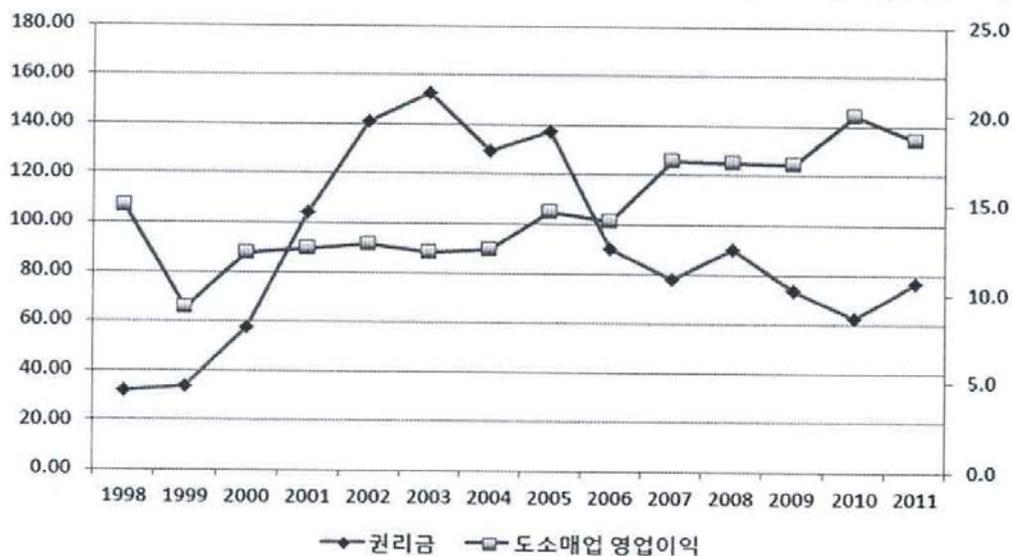
may be valued more than that of tangible asset, even the commercial building itself on which the business is carried out. But when the business is in trouble, the value of good-will may come to zero. Usually we can expect that the value of good-will depends on the business profits of tenants. But the actual trend is not always so. Another factor as the enactment of CBLPA, financial crisis in 2008 etc. can explain the value fluctuation in Korea. We can find such tendency in the following two graphs.



Park(2014)

<그림 2> 서울시 권리금과 도소매업 영업이익 추이 비교

(단위: 권리금 만 원/m<sup>2</sup>, 도소매업 영업이익 조 원)



자료: 한연희, 2012; 통계청, <http://kostat.go.kr/>.

Park(2014)

### III. Why to protect tenant in commercial lease?

Tenant's good-will has a distinctive character. Tenant's business is carried out in the commercial building owned by the landlord. If the landlord does not agree to contract with a new tenant, the object of business transfer contract can not be accomplished. When prior lease contract with an existing tenant ends, it depends on the entire discretion of the landlord who owns that commercial building, whether to make a new lease contract with a new tenant who already have made a business transfer contract with a prior tenant. The value of good-will may be reduced to zero, when the owner refuses to make a new lease contract. But the owner can still enjoy the value of good-will created by prior tenant, if the owner himself does the same or similar business as that of prior tenant. The owner may get that value indirectly by making a new lease contract with a new tenant who does not make a business transfer contract with prior tenant, because the owner can receive more rent from new tenant than before, and such a new tenant is willing to pay more rent to the owner instead of not paying "key-money" to prior tenant.

Therefore, we need to protect prior tenants to secure their good-will. It is desirable to guarantee them the value of good-will for the following reasons.

First, *it can promote - socially desirable - long-term investment on tenants' business and the commercial building by tenants.* Usually the business that is being carried out by tenants is not a one-shot or temporary one. So,

the investment by tenants from a long-term perspective can benefit not only tenants but also landlords, because landlords can get more rent from tenants in case of renewal of prior lease contract, when the business is going well. If tenants anticipate the risk of not being rewarded fully for their investment, they will not invest actively and optimally. As a result of this sub-optimal investment, landlords will also lose the opportunity to get more renewal rent from tenants. By Guaranteeing tenants the value of good-will, we can enhance tenants' reliance investment that is also beneficial to landlords.

Second, *it can control landlords' opportunistic behavior to exploit good-will created by tenants*. It is another expression of the - just mentioned above - first reason. If not securing the value of good-will, tenants will not tend to invest optimally. When landlords actually enjoy the value of good-will created by prior tenants without paying costs to prior tenants or without their permission, *such act itself may be classified as "acts of unfair competition" or "illegal act"*. *But it is uncertain that prior tenants can claim for damages against such landlords successfully, because ① it is difficult to confirm a clear border line between just and lawful exercise of landlords' ownership and acts of unfair competition, and ② difficult to confirm a fact that landlords use tenants' intangible(!) assets without authorization*. Moreover, such an unjust situation that landlords actually enjoy the value of good-will without compensation, may bring about costly social & legal dispute. When tenants are not compensated for their efforts, they may resist. The tragedy of Yongsan, in Seoul, South Korea was - in some ways - due to the insufficient compensation to the tenants who had to leave the commercial building, despite of their investment or expenditure to former tenant that is equivalent to his previous investment.<sup>1</sup>

#### **IV. How to protect tenant in commercial lease?**

Then, how to protect tenants?

We can think of guaranteeing the maximum lease period by law. If tenants can expect maximum period of their business in advance, they can adjust the level of investment according to that period, and recoup their expenditure through their business within that period. But this way of protecting tenants has apparent drawbacks. Even though we can secure sufficient lease period, the value of good-will can still remain after that period ends. And then landlords have incentive to enjoy that value without just compensation. In addition, fixed long-period is not always advantageous to tenants, because they may want to opt out of commercial lease contract in case of bad business-outcome. Not only the long-period of lease contract, but also opt-out right for tenants can have significant value to the commercial tenants. So, besides securing maximum lease period, the following systems are required.

---

<sup>1</sup> At 20. January 2009, there was a fire accident, in Yongsan, Seoul, South Korea. 5 tenants & 1 police died, 24 people were injured in that accident. Before that accident, claiming just compensation for good-will, commercial tenants refused to leave the rented building, and police tried to expel them from the building. Yongsan accident took place in the course of police's using force and tenants' resist.

First we need to *design system for protecting the value of 'good-will' when the lease contract ends.*

Second we need to *permit tenants the opt-out right from the lease contract within maximum lease period.*

For the latter, CBLPA has following Articles.

Article 9 (Period of Lease, etc.)

① A lease, the period of which has not been determined or period of which has been determined for not more than one year, such period shall be deemed one year: Provided, That a tenant may assert that such period determined for less than one year is valid.

Article 10 (Request for Contract Renewal)

① Where a tenant requests for renewal of a contract between six months and one month before the expiration of period of lease, a landlord shall not refuse it without justifiable grounds: Provided, That in cases falling under any of the following subparagraphs, this shall not apply.

1. Where such tenant has been in arrears with an amount equivalent to three period of rent

2. Where such tenant has entered lease by deceit or other fraudulent means

3. Where such landlord has provided such tenant with substantial compensation by mutual consent

4. Where such tenant has subleased all or part of the leased building without the consent of such landlord

5. Where such tenant has destroyed all or part of the building intentionally or by gross negligence

6. Where the purpose of lease is frustrated because all or part of a leasehold building has been severely damaged

7. Where such landlord needs to recover possession of the building in order to demolish or reconstruct all or part of the building for any of the following grounds

a) Where, at the time of entering into the lease contract, such landlord notifies such tenant of a plan for demolition or rebuilding specifically stating the time and period of construction, etc., and complies with the plan

b) Where there are safety hazards due to decrepitude, damage, partial destruction, etc. of the building

c) Where there has been demolition or rebuilding pursuant to other Acts or subordinate statutes.

8. Where such tenant has substantially violated the responsibilities of tenant or grave reasons for which the continuation of lease is difficult exist

② Tenant's right to request renewal of the contract may be exercised within the extent that the whole period of lease including the period of initial lease does not exceed five years.

③ A renewed lease shall be deemed to have been renewed under the same conditions as those of the former lease: Provided, That rent and security deposit may be increased or decreased within the extent under Article 11.

In sum, ① *tenants are guaranteed to have minimum 1-year period and* ② *maximum 5-years period and* ③ *have opt-out right (or renewal right) after the contractual lease period ends, within maximum period (5-years).*

## V. Inefficiency of recently revised “CBLPA”

Then how to design the first system?

Recently reformed CBLPA has a following Article.

Article 10-4 (Protection of the chance to recoup premium<sup>2</sup>)

① *A Landlord should not disturb an existing tenant from recouping from a prospective tenant by doing any of the following acts, between three months before the expiration of period of lease and the expiration period: Provided, That in cases falling under any of the subparagraphs of the Article 10 paragraph ①, this shall not apply.*

1. act of demanding a prospective tenant introduced by an existing tenant to pay for a premium, or receiving premium from such prospective tenant

2. act of disturbing such a prospective tenant's paying for a premium to an existing tenant

3. act of demanding such a prospective tenant absurdly high rent for new lease contract compared with market rent price in surrounding areas

4. *act of refusing to make a new lease contract with such a prospective tenant without just cause*

② *In cases falling under any of the following subparagraphs, just cause in Article 10 paragraph ① subparagraph 4 should be deemed to exist.*

1. when a prospective tenant introduced by an existing tenant can not afford to pay rent

<sup>2</sup> Premium includes not only “good-will”, but also the price of business facilities, office equipment, the advantages in sales resulting from the place on which the commercial building is located.

2. when a prospective tenant introduced by an existing tenant seems likely to breach a new lease contract or, when there exists another substantial grounds for being unable to maintain new lease contract

3. *when the leased commercial building has not been used for commercial purpose for more than one and a half year*

4. when a prospective tenant introduced by a landlord paid for premium to an existing tenant

③ *A landlord who breaches paragraph ① of the Article 10 shall be bound to make compensation for damages arising therefrom. Damage should not exceed the lower price between the agreed premium price in existing tenant and new tenant relationship, and the actual value of premium at the end of lease contract.*

*After all landlord - if he doesn't have just cause - should make an new lease contract with a prospective tenant introduced by an existing tenant, otherwise he should make a compensation for premium to an existing tenant.*

But I think this strategy has some weaknesses.

First, tenants are also likely to behave opportunistically. *We should take the reciprocity of opportunistic behavior into consideration.* For example, tenants may introduce fake prospective tenant to landlord, and can continue to go on their own business in rented building without time limit, irrespective of maximum lease period in CBLPA. This tendency can nullify the ownership of a landlord. The legal ownership will be brought down into nothing.

Second, *under current system commercial building is likely to be used suboptimally.* When a landlord himself want to run a new business in his building, he should pay for premium to existing tenant although he never intends to enjoy the good-will of tenant. In case a landlord does not wish to pay premium, he should keep his building vacant or in use free of charge, for more than one and a half year (CBLPA Article 10-4, ②, 3). This is a social loss. We should not ruin the essential part of a landlord's ownership in the name of protecting tenants for their premium or good-will. The premium or good-will of tenants is not based on the ownership of the commercial building, but a right to lease. So, *the premium or good-will of tenants is in itself not a license to use rented commercial building unlimitedly but a restricted, fragile right.* When a landlord uses his own building for a different business than tenants' business, he is not usurping tenant's good-will. Then the value of premium comes down to zero. But tenant should endure such result, and anticipating such result, he should try to gain the most benefit within the maximum lease period (5-years). This is a fair balancing of conflicting interests between owners (landlords) and tenants.

When we evaluate the value of key money, we should also take this fragile & restrictive character of good-will into consideration. So, the value of key money can not exceed the expected total business profit of tenant for a

certain time (ex. for one year after the expiration of lease contract, or 6-months, or one and a half year). If the value exceeds such standard, tenant's right to lease may infringe on the ownership of a landlord. In calculating damage which a landlord must compensate for, we need to use such expected total profit as a maximum damage cap.

## **VI. Conclusion**

Then, what is better strategy? I wish to propose following amendments for the CBLPA. *A landlord should be bound to make compensation for damages about premium, only when he enjoys good-will created by tenants without just compensation. The value of premium can be calculated on the expected business profit for a certain period time (ex. for one year after the expiration of lease contract). He can be deemed to enjoy such good-will, when he or his new tenant runs the same or similar business as that of prior tenant.* But otherwise a landlord does not have duty to secure the premium of a tenant. Basically tenants in advance should make their business plan within maximum lease period with opt-out right. The value of good-will has a solid base within contract period, but becomes fragile after the lease contract ends. We should help tenant to realize such a value with solid base (ex. allow a tenant to assign the right of lease without the consent of a landlord), but try to also take the landlord' ownership seriously after the lease contract ends.

---

# Rechtsvergleichende Betrachtungen über die formwechselnde Umwandlung einer Gesellschaft in Korea, Japan und Deutschland

Hyeong-Kyu Lee, Seoul

## I. Einführung

Die bei der Gründung eines Unternehmens einmal gewählte Rechtsform kann sich aufgrund der ständigen Veränderung der wirtschaftlichen, rechtlichen und steuerlichen Rahmenbedingungen im Laufe der Zeit gegenüber einer anderen Rechtsform als ungünstiger erweisen. Aufgrund dieser Umstände muss den Unternehmen die Möglichkeit geboten werden, sich den veränderten Verhältnissen durch einen Wechsel der Rechtsform anzupassen.

Die Änderung der Gesellschaftsform ist ohne Sonderregeln möglich, indem die Gesellschafter eine neue Gesellschaft gründen, das Vermögen der alten Gesellschaft auf die neue übertragen und die alte sodann beenden. Ein solches Vorgehen ist jedoch rechtlich kompliziert und kostspielig. Gemäß dem Spezialitätsgrundsatz muss jeder Vermögensgegenstand nach den für ihn geltenden Vorschriften übertragen werden. Die neue Gesellschaft muss die Schulden übernehmen, was grundsätzlich die Zustimmung der Gläubiger voraussetzt. Die Spezialvorschriften des formwechselnden Umwandlungsrechts vermeiden diese der Sachlage nicht angemessenen Rechtsfolgen, indem sie die vermögensrechtliche Identität zwischen alter und neuer Gesellschaft anerkennen<sup>1</sup>. Die formwechselnde Umwandlung stellt eine Änderung der Rechtsform bestimmter Rechtsträger (Gesellschaften) bei Wahrung der rechtlichen Identität dar, ohne dass ein Vermögensübergang stattgefunden hat.

Dem besseren Verständnis der Rechtsgrundlage der formwechselnden Umwandlung aus rechtsvergleichender Sicht dient ein kurzer Überblick über die geschichtliche Entwicklung des japanischen und koreanischen Handels- und Gesellschaftsrechts. Das japanische Handelsgesetzbuch (HGB)<sup>2</sup>, das Handelsgesellschaften einschließlich der formwechselnden Umwandlung regelte, wurde Ende des 19. Jahrhunderts unter starkem Einfluss des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches (ADHGB) von 1861 geschaffen und trat am 16. Juni 1899 in Kraft. Das japanische HGB berücksichtigte darüber hinaus

---

<sup>1</sup> Dong-Yoon Chung, in Dong-Yoon Chung (Hrsg.), *chuseok sangbeop (hoesa I)* [HGB Kommentar (Gesellschaften)], 5. Aufl., 2014, S. 327-328; Kiboum Kwon, *kieopgujo-jojungbeop (Reorganisationsrecht)*, 4. Aufl., 2011, S. 565.

<sup>2</sup> Das japanische HGB von 1899 besteht aus vier Abschnitten: (1) Allgemeine Vorschriften, (2) Handelsgesellschaften, (3) Handelsgeschäfte und (4) Seehandel.

auch die deutschen Aktienrechtsnovellen von 1870 und 1884; das deutsche Handelsgesetzbuch von 1897 wurde jedoch nicht berücksichtigt<sup>3</sup>. Eine weitere, umfangreiche Reform, die nun auch das deutsche HGB von 1897 berücksichtigte, erfolgte 1911<sup>4</sup>. Im Jahre 1938 reformierte der japanische Gesetzgeber das Aktienrecht ein weiteres Mal umfassend. Vorbild war erneut das deutsche Aktienrecht, in diesem Falle das Aktiengesetz von 1937. In Japan wurde das Gesetz über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Jahre 1938 nach dem Vorbild des deutschen GmbH-Gesetzes von 1892 eingeführt. Im Jahre 1950 wurde nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges das japanische HGB zum großen Teil nach amerikanischem Vorbild auf Veranlassung der USA, seinerzeit Besatzungsmacht, reformiert. Indes wurden die gesetzlichen Regelungen über die formwechselnde Umwandlung der Handelsgesellschaften nicht geändert. In Korea wurde das koreanische Handelsgesetzbuch (HGB) nach dem Vorbild des japanischen HGB und des deutschen HGB kodifiziert und trat am 21. Januar 1961 in Kraft. Bis dahin waren die gesetzlichen Regelungen über die formwechselnde Umwandlung in Korea, Japan und Deutschland ähnlich. Zu dieser Zeit war die formwechselnde Umwandlung grundsätzlich nur zwischen Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften möglich.

Inzwischen wurde das Gesellschaftsrecht einschließlich der Regelungen über die formwechselnde Umwandlung in den drei Ländern vielfach geändert. In Deutschland waren vor dem Inkrafttreten des UmwG von 1994 die Möglichkeiten zur Umstrukturierung von Unternehmen in verschiedenen Gesetzen (UmwG von 1969, AktG, KapErhG, GenG und VAG) geregelt. Jedes dieser Gesetze beschränkte die Umstrukturierung jeweils auf bestimmte Umwandlungsarten und auf bestimmte Rechtsträger. Das Umwandlungsrecht wurde daher dem Umwandlungsbedarf von Unternehmen häufig nicht gerecht. Mit der Verabschiedung des Umwandlungsgesetzes 1994<sup>5</sup> und dessen Inkrafttreten am 01.01.1995 wurden die Umwandlungsmöglichkeiten, die früher auf eine Vielzahl von Einzelgesetzen verteilt waren, in einem Gesetz zusammengefasst und erheblich erweitert. In Japan trat das neue Gesellschaftsgesetz (*Kaisha-hô*) am 01.05.2006 in Kraft. Die wichtigste Reform des japanischen Gesellschaftsrechts nach mehr als einem halben Jahrhundert

---

<sup>3</sup> Zur Entwicklung des japanischen Handels- und Gesellschaftsrechts H. Baum/E. Takahashi, Commercial and Corporate Law in Japan – Legal and Economic Developments After 1868, in W. Röhl (Hrsg.), A History of Law in Japan Since 1868, (2005), S. 330 ff.; H. Baum, Entstehung, Strukturen und Bedeutung des Handelsgesetzes, in O. Kliesow/U. Eisele/M. Bälz (Hrsg.), Das japanische Handelsgesetz, 2002, S. 1, 4 ff.; E. Takahashi, Rezeption des Aktienrechts in Japan, in FS Schott, 2001, S. 315 ff.; S. Maruyama, Historischer Überblick über das Aktienrecht Japans, ZVglRW 94, 1995, S. 283 ff.; O. Kliesow, Aktionärsrechte und Aktionärsklage in Japan: gesetzliche Regelungen und soziale Wirklichkeit, 2001, S. 10 ff.

<sup>4</sup> Gesetz Nr. 73/1911.

<sup>5</sup> BGBl. I 1994, 3210, berichtigt I 1995, 428.

bringt, neben zahlreichen anderen Neuerungen, eine weitere Deregulierung für Umwandlungsvorgänge (*soshiki henkô*)<sup>6</sup>.

Regelungen über die formwechselnde Umwandlung wurden durch das japanische Gesellschaftsgesetz von 2005 und durch das deutsche Umwandlungsgesetz von 1994 grundlegend geändert. Im koreanischen HGB sind sie jedoch immer gleich geblieben. Daher sind die gesetzlichen Regelungen über die formwechselnde Umwandlung in den drei Ländern ganz unterschiedlich ausgestaltet. Im Folgenden werden die gesetzlichen Regelungen über die formwechselnde Umwandlung im koreanischen HGB, im japanischen Gesellschaftsgesetz und im deutschen Umwandlungsgesetz dargestellt und rechtsvergleichend betrachtet.

## II. Formwechsel im Koreanischen HGB

### 1. Vorbemerkung

Im dritten Buch des koreanischen Handelsgesetzbuches (*sangbeop*, HGB) sind die Gesellschaften einschließlich der Fragen der formwechselnden Umwandlung geregelt. Dazu gehören die fünf Rechtsformen der offenen Handelsgesellschaft (*hapmyong-hoesa*, OHG), der Kommanditgesellschaft (*hapcha-hoesa*, KG), der Aktiengesellschaft (*chusik-hoesa*, AG), der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (*yuhan-hoesa*, GmbH) und einer Limited Liability Company (*yuhanchägim-hoesa*, LLC). Durch die Reform des HGB im Jahre 2011 wurde die LLC nach dem Vorbild der US-amerikanischen Limited Liability Company (LLC)<sup>7</sup> eingeführt. Nach dem HGB sind alle Gesellschaften juristische Personen. OHG und KG sind Personengesellschaften, besitzen aber, anders als in Deutschland, eine eigene Rechtspersönlichkeit. AG und GmbH sind Kapitalgesellschaften. LLC ist eine hybride Gesellschaftsform, die Elemente der Personen- und Kapitalgesellschaft vereinigt<sup>8</sup>.

Bezogen auf die innere Organisationsstruktur und die Haftung der Gesellschafter gibt es erhebliche Unterschiede zwischen der Rechtsform der Personengesellschaft und derjenigen der Kapitalgesellschaft. Nach dem HGB ist eine formwechselnde Umwandlung einer Personengesellschaft in eine andere Rechtsform der Personengesellschaft möglich, aber nicht in eine Kapitalgesellschaft. Deshalb kann eine OHG in eine KG umgewandelt werden und umgekehrt. Eine formwechselnde Umwandlung einer Kapitalgesellschaft ist in eine andere Rechtsform der Kapitalgesellschaft möglich, nicht jedoch in eine Personengesellschaft. Deshalb kann eine AG in eine GmbH umgewandelt

---

<sup>6</sup> Vgl. M. Dernauer, Die japanische Gesellschaftsrechtsreform 2005/2006, ZJapanR/JJapan.L 20(2005), S.123 ff.; V. Meckel, Die Corporate Governance im neuen japanischen Gesellschaftsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Aufgaben von Verwaltungs- und Prüfferrat, ZJapanR/JJapan.L 29(2010), S. 55; T. Witty, Das neue Gesellschaftsrecht in Japan, ZJapanR/JJapan. L 23(2007), S. 185.

<sup>7</sup> Die LLC entspricht in ihrer handelsrechtlichen hybriden Ausgestaltung einer Tendenz im US amerikanischen Gesellschaftsrecht, die traditionell vorhandene Trennlinie zwischen Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften zu verwischen, indem die LLC- Gesetzgebung den Gesellschaftern ein umfassendes Haftungsprivileg bei überwiegend personengesellschaftlicher Ausgestaltung gewährt.

<sup>8</sup> Chan-Hyung Chung, *sangbeopkangui(sang)* [Handelsrecht ( I )], 18. Aufl., 2015, S. 485.

werden, jedoch nicht in eine OHG oder KG. Obwohl eine LLC eine hybride Gesellschaftsform ist, kann sie in eine AG umgewandelt werden und umgekehrt.

## **2. Formwechsel einer OHG in eine KG**

Eine OHG kann mit Zustimmung aller Gesellschafter in eine KG umgewandelt werden, indem ein Gesellschafter Kommanditist (beschränkt haftender Gesellschafter) wird oder indem ein neuer Kommanditist eintritt (Art. 242 Abs. 1 HGB). Wenn nur ein Gesellschafter bei einer OHG bleibt, kann die Gesellschaft durch Eintritt eines oder mehrerer beschränkt haftender Gesellschafter fortgesetzt werden und die Rechtsform in eine KG geändert werden (Art. 242 Abs. 2, Art. 229 Abs. 2 HGB).

Ist ein unbeschränkt haftender Gesellschafter der OHG Kommanditist geworden, so haftet er weiterhin als unbeschränkt haftender Gesellschafter für die Verbindlichkeiten, die die Gesellschaft vor der Eintragung am Sitz der Hauptniederlassung eingegangen ist, und zwar für zwei Jahre ab dem Tag der Eintragung (Art. 244 HGB).

Wenn eine OHG ihre Form zu einer KG gewechselt hat, sind die Auflösung der OHG und die Gründung der KG einzutragen (Art. 243 HGB).

## **3. Formwechsel einer KG in eine OHG**

Eine KG kann mit der Zustimmung aller Gesellschafter in eine OHG umgewandelt werden (Art. 286 Abs. 1 HGB). Dadurch wird ein Kommanditist unbeschränkt haftender Gesellschafter. Sind alle Kommanditisten aus der Gesellschaft ausgeschieden worden, so kann die Gesellschaft mit Zustimmung der Komplementäre als OHG fortgesetzt werden (Art. 286 Abs. 2 HGB).

Wenn in diesem Fall nur ein Komplementär bleibt, kann die Gesellschaft durch Eintritt eines oder mehrerer unbeschränkt haftender Gesellschafter fortgesetzt werden und die Rechtsform in eine OHG ändern (Art. 269, Art. 242 Abs. 2 HGB). Beim Formwechsel von einer KG in eine OHG fehlen Gläubigerschutzvorschriften, weil hier die neue Gesellschaftsform nach der Umwandlung stärkeren Gläubigerschutz bietet als die alte<sup>9</sup>.

## **4. Formwechsel einer Aktiengesellschaft in eine GmbH**

Eine AG kann durch den Beschluss der Hauptversammlung mit einstimmiger Zustimmung aller Aktionäre in eine GmbH umgewandelt werden (Art. 604 Abs. 1 HGB). In diesem Beschluss sind die Satzung und alle anderen Angaben für die Durchführung der Umwandlung festzusetzen. Die AG kann allerdings nicht in eine GmbH umgewandelt werden, wenn sie nicht alle Schuldverschreibungen zurückgezahlt hat (Art. 604 Abs. 3 HGB).

Beim Formwechsel einer AG in eine GmbH darf das Stammkapital der GmbH den Nettowert der bestehenden Aktiva der AG nicht überschreiten (Art. 604 Abs. 2 HGB). Ist der Nettowert der bestehenden Aktiva der AG geringer als das Stammkapital der GmbH, so haften die zum Zeitpunkt des Umwandlungsbeschlusses vorhandenen Vorstandsmitglieder und Aktionäre

---

<sup>9</sup> Dong-Yoon Chung, a.a.O., S. 411.

der Gesellschaft gesamtschuldnerisch für die Zahlung des Fehlbetrages (Art. 605 Abs. 1 HGB).

Die Gesellschaftsgläubiger sind schutzbedürftig, wenn eine AG in eine GmbH umgewandelt wird. Die formwechselnde Gesellschaft hat ihre Gläubiger innerhalb von zwei Wochen nach dem Formwechselbeschluss durch öffentliche Bekanntmachung aufzufordern, ihre Einwendungen gegen den Formwechsel innerhalb einer bestimmten Frist vorzubringen, außerdem hat die formwechselnde Gesellschaft allen ihr bekannten Gläubigern den Formwechselbeschluss nebst der vorgenannten Aufforderung mitzuteilen. Die genannte Frist soll mindestens einen Monat betragen. Bringt ein Gläubiger innerhalb dieser Frist keine Einwendungen vor, so gilt seine Zustimmung als erteilt. Hat ein Gläubiger Einwendungen vorgebracht, so hat die Gesellschaft ihre Verbindlichkeiten gegenüber dem Gläubiger zu erfüllen, angemessene Sicherheit zu leisten oder Vermögensgegenstände von angemessenem Wert treuhänderisch zu übertragen, um Verbindlichkeiten gegenüber dem Gläubiger zu erfüllen.

Hat ein Gesellschaftsgläubiger innerhalb der Monatsfrist Einwendungen erhoben, so muss die Gesellschaft ihre Verpflichtung ihm gegenüber erfüllen, angemessene Sicherheit bieten oder zu diesem Zweck Vermögen mit entsprechendem Gegenwert einer Treuhandgesellschaft übertragen (Art. 608, 232 HGB).

Hat eine AG ihre Rechtsform umgewandelt, so hat bei der AG die Anmeldung zur Eintragung der Auflösung und bei der GmbH die Anmeldung zur Eintragung zu erfolgen (Art. 606 HGB).

## **5. Formwechsel einer GmbH in eine Aktiengesellschaft**

Eine GmbH kann durch den einstimmigen Beschluss der Gesellschafterversammlung in eine Aktiengesellschaft umgewandelt werden (Art. 607 Abs. 1 HGB). In diesem Beschluss sind die Satzung und alle anderen Angaben für die Durchführung der Umwandlung festzusetzen. Der Formwechsel einer GmbH wird erst wirksam, wenn er vom Gericht genehmigt wird (Art. 607 Abs. 3 HGB). Diese Vorschrift soll die Umgehung des strengen Gründungsverfahrens der Aktiengesellschaft durch den Formwechsel einer GmbH verhindern<sup>10</sup>.

Die Gesamtsumme der im Zeitpunkt des Formwechsels auszugebenden Aktien darf den Wert des vorhandenen Nettovermögens der Gesellschaft nicht überschreiten. Ist der Wert des vorhandenen Nettovermögens der Gesellschaft geringer als die Gesamtsumme der auszugebenden Aktien, so haften die zum Zeitpunkt des Umwandlungsbeschlusses vorhandenen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder sowie die Gesellschafter der GmbH gesamtschuldnerisch für die Zahlung des Fehlbetrages (Art. 607 Abs. 2, 3 HGB).

Auf den Formwechsel einer GmbH in eine Aktiengesellschaft sind auch die Vorschriften über das Verfahren des Gläubigerschutzes beim Formwechsel einer Aktiengesellschaft entsprechend anzuwenden (Art. 608, 232 HGB).

---

<sup>10</sup> Kiboum Kwon, a.a.O., S. 574.

## 6. Formwechsel einer LLC in eine Aktiengesellschaft oder einer Aktiengesellschaft in eine LLC

Nach dem HGB besitzt eine LLC Elemente der Personen- und Kapitalgesellschaft, also beider Gesellschaftsformen. Eine LLC kann mit Zustimmung aller Gesellschafter in eine Aktiengesellschaft umgewandelt werden. Eine Aktiengesellschaft kann auch durch Beschluss der Hauptversammlung mit einstimmiger Zustimmung aller Aktionäre in eine LLC umgewandelt werden (Art. 287-43 HGB). Auf den Formwechsel einer LLC in eine Aktiengesellschaft oder einer Aktiengesellschaft in eine LLC sind auch die Vorschriften der Artikel 232, 604 bis 607 HGB über den Gläubigerschutz und den Kapitalschutz beim Formwechsel von einer Aktiengesellschaft bzw. von einer GmbH entsprechend anzuwenden (Art. 287-44 HGB).

## III. Formwechsel im japanischen Gesellschaftsgesetz

### 1. Vorbemerkung

In Japan gab es bis 2005 vier Gesellschaftstypen: Die offene Handelsgesellschaft (*gōmei kaisha*, OHG), die Kommanditgesellschaft (*gōshi kaisha*, KG), die Aktiengesellschaft (*kabushiki kaisha*, AG) und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (*yūgen kaisha*, GmbH). Die drei erstgenannten Gesellschaftstypen haben ihre Grundlage im HGB, während die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im speziellen Gesetz über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung verankert ist. Alle japanischen Handelsgesellschaften sind juristische Personen.

Das Gesellschaftsgesetz (GesG) wurde im Jahr 2005 verabschiedet und trat am 1. Mai 2006 in Kraft<sup>11</sup>. Das Gesellschaftsgesetz hat die bisher im HGB und im Gesetz über die GmbH geregelten Typen der japanischen Handelsgesellschaften erheblich umgestaltet und in einem Gesetz über die Handelsgesellschaften zusammengefasst<sup>12</sup>. Mit der Einführung des Gesellschaftsgesetzes ist das Gesetz über die GmbH außer Kraft getreten und damit wurde auch die GmbH als Rechtsform, aufgrund ihrer nur untergeordneten Rolle in der Praxis, abgeschafft<sup>13</sup>. Die bestehenden GmbHs bleiben als sogenannte Ausnahme-GmbH (*dokurei yūgen kaisha*) bestehen und unterliegen als solche grundsätzlich den Regeln der Aktiengesellschaft<sup>14</sup>, sofern sie nicht in eine Aktiengesellschaft umgewandelt wurden. Darüber hinaus wurde durch die Reform ein neuer Typus einer Handelsgesellschaft, die sogenannte Limited Liability Company (*gōdō kaisha*, LLC) nach Vorbild des US-amerikanischen Rechts eingeführt. Bei der LLC ist die Haftung aller Gesellschafter beschränkt und das Gesetz gibt der Satzungsautonomie besonders großen Raum. Nach dem Gesellschaftsgesetz gibt es die Formen AG, OHG, KG und LLC. Das Gesellschaftsgesetz fasst OHG, KG und LLC unter dem Oberbegriff der sogenannten Anteilsgesellschaft (*mochibun kaisha*) im drit-

<sup>11</sup> Gesetz Nr. 86/2005.

<sup>12</sup> M. Dernauer, Die japanische Gesellschaftsrechtsreform 2005/2006, ZJapanR/U Japan L 20 (2005), S. 124 ff.

<sup>13</sup> M. Dernauer, a.a.O., S. 127 ff.

<sup>14</sup> H. Kansakau/M. Bälz, in H. Baum/M. Bälz, (Hrsg.), Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2011, S. 67.

ten Buch des japanischen Gesellschaftsgesetzes (Art. 575 bis 675 GesG) zusammen. Die grundlegenden Handelsgesellschaftstypen sind also die Aktiengesellschaft und Anteilsgesellschaft.

Bis 2005 war der Formwechsel nach dem alten HGB, wie auch in Korea, nur zwischen Personengesellschaften und zwischen Kapitalgesellschaften möglich. Im japanischen Gesellschaftsgesetz bedeutet aber der Formwechsel (*soshiki henkô*), dass ein Typus der Anteilsgesellschaft in eine Aktiengesellschaft oder eine Aktiengesellschaft in einen Typus der Anteilsgesellschaft umgewandelt wird. Durch den Formwechsel kann eine Aktiengesellschaft in eine OHG, in eine KG oder in eine LLC bzw. umgekehrt eine OHG, eine KG oder eine LLC in eine Aktiengesellschaft umgewandelt werden (Art. 2 Nr. 26 GesG). Das Gesetz hat auch den Formwechsel zwischen Personenhandelsgesellschaften und Kapitalgesellschaften trotz der andersartigen Unternehmensverfassung zugelassen und geht dabei ebenfalls von der Identität des Rechtsträgers vor und nach dem Formwechsel aus.

Das japanische Gesellschaftsgesetz bietet größere Gestaltungsmöglichkeiten bei der formwechselnden Umwandlung. Zugelassen ist auch der Formwechsel zwischen der Rechtsform der Personengesellschaft und derjenigen der Kapitalgesellschaft<sup>15</sup>.

Hier hat das Gesellschaftsgesetz also eine wichtige Neuerung gebracht. Jedoch erfolgt nach japanischem Gesellschaftsgesetz die Änderung der Rechtsform zwischen Anteilsgesellschaften nicht durch den Formwechsel, sondern durch die Änderung des Gesellschaftsvertrags, da die Regelungen über die inneren Gesellschaftsverhältnisse gleich sind und nur die Haftungen der Gesellschafter unterschiedlich sind<sup>16</sup>.

## 2. Formwechsel einer Aktiengesellschaft in eine Anteilsgesellschaft

Als Formwechsel definiert Art. 2 Nr. 26 des Gesellschaftsgesetzes den Vorgang, durch den eine Aktiengesellschaft ihre Organisation zu einer Anteilsgesellschaft (OHG, KG oder LLC) umwandelt oder umgekehrt. Die formwechselnde Umwandlung der Anteilsgesellschaften sind im Gesellschaftsgesetz im selben Abschnitt wie die Aktiengesellschaft geregelt. Für die LLC gilt, daß die formwechselnde Umwandlung einer LLC in eine AG möglich ist. Dies erfordert allerdings, wie alle Umwandlungen bei den Anteilsgesellschaften, einen einstimmigen Gesellschafterbeschluss, soweit nicht der Gesellschaftsvertrag eine abweichende Regelung enthält (Art. 781 GesG, gleiches gilt für OHG und KG, soweit nicht im Folgenden besonders erwähnt).

Eine Aktiengesellschaft hat den Umwandlungsplan über die in Art. 741 Abs. 1 GesG genannten Angaben aufzustellen, wenn sie ihre Form zu einer Anteilsgesellschaft wechselt (Art. 743 GesG). Sie hat den Umwandlungsplan bekanntzumachen. Beim Formwechsel einer Aktiengesellschaft in eine Anteilsgesellschaft ist die Zustimmung aller Aktionäre erforderlich (Art. 776

---

<sup>15</sup> K. Egashira, *kabushiki kaisha-ho* (Das Recht der Aktiengesellschaft), 6. Aufl., 2016, S. 959.

<sup>16</sup> K. Egashira, a.a.O., S. 959.

GesG). Die Umwandlung einer Anteilsgesellschaft in eine Aktiengesellschaft erfordert die Aufstellung eines Umwandlungsplanes (Art. 746, 747 GesG), dem alle Gesellschafter zustimmen müssen, soweit nicht der Gesellschaftsvertrag eine abweichende Regelung enthält (Art. 781 GesG).

In beiden Fällen muss ein besonderes Gläubigerschutzverfahren durchgeführt werden, bei welchem die Gläubiger Gelegenheit zum Widerspruch erhalten. Im Falle der Ausübung dieses Rechts, können die Gläubiger zunächst Befriedigung oder Sicherheitsleistung verlangen, es sei denn, es besteht keine Gefahr der Beeinträchtigung der Interessen der Gläubiger (Art. 781 Abs. 2, 779 GesG). Insgesamt ist das Verfahren der Umwandlung bei Anteilsgesellschaften einfacher als bei Aktiengesellschaften. Für den Formwechsel in Form einer Verschmelzung und Spaltung der Anteilsgesellschaften gilt grundsätzlich ähnliches wie bei dem Formwechsel in eine andere Gesellschaftsform (Art. 793, 757, 762 GesG).

Die OHG und die KG sind Anteilsgesellschaften, die oben bereits bei der LLC erläutert wurden. Für diese gelten die gleichen Regelungen, mit Ausnahme der Spezifika, die die Beteiligung von nur unbeschränkt haftenden Gesellschaftern (bei der OHG) sowie beschränkt und unbeschränkt haftenden Gesellschaftern (bei der KG) mit sich bringen.

### **3. Wechsel der Rechtsform einer Anteilsgesellschaft durch die Satzungsänderung**

Den Wechsel der Rechtsform zwischen verschiedenen Typen der Anteilsgesellschaft, also beispielsweise die Umwandlung einer OHG in eine KG, behandelt das Gesellschaftsgesetz nicht als Formwechsel im technischen Sinne, sondern als Fall der Satzungsänderung durch Ein- oder Austreten bzw. durch eine Änderung der Haftungsverhältnisse (Art. 638 Abs. 1 GesG)<sup>17</sup>: Wird der Gesellschaftsvertrag (die Satzung) einer KG oder LLC dahingehend geändert, dass künftig alle Gesellschafter unbeschränkt haften, entsteht eine OHG. Eine OHG wird zur KG, wenn beschränkt haftende Gesellschafter aufgenommen oder die Haftung mindestens eines unbeschränkt haftenden Gesellschafters beschränkt wird. Eine LLC wird zur KG, wenn mindestens ein unbeschränkt haftender Gesellschafter aufgenommen wird oder die Haftung eines Gesellschafters in eine unbeschränkte Haftung geändert wird. Eine OHG oder KG wird zur LLC, wenn der Gesellschaftsvertrag dahingehend geändert wird, dass künftig alle Gesellschafter nur beschränkt haften.

Erforderlich ist jeweils die Zustimmung aller Gesellschafter, soweit der Gesellschaftsvertrag keine abweichende Regelung enthält (Art. 637 GesG). Ferner kann ein Wechsel der Rechtsform auch durch das Ausscheiden von Gesellschaftern aus einer KG erfolgen. So entsteht eine OHG, wenn sämtliche beschränkt haftenden Gesellschafter einer KG ausscheiden (Art. 639 Abs. 1 GesG). Treten umgekehrt alle unbeschränkt haftenden Gesellschafter aus der KG aus, entsteht eine LLC (Art. 639 Abs. 2 GesG).

Für alle Anteilsgesellschaften ist der Zeitraum, innerhalb dessen ein aus der Gesellschaft ausgeschiedener oder nach einer Änderung des Gesell-

---

<sup>17</sup> H. Kansakau/M. Bälz, a.a.O., S. 125.

schaftsvertrages nur noch beschränkt haftender Gesellschafter gegenüber Dritten für Schulden der Gesellschaft gemäß seiner vormaligen Stellung in der Gesellschaft haftet, einheitlich auf zwei Jahre, ab Eintragung dieser Tatsache ins Handelsregister, ausgedehnt worden (Art. 583, 612 GesG).

#### IV. Formwechsel im deutschen UmwG

##### 1. Vorbemerkung

Nach dem alten Recht, das bis zum 01.01.1995 galt, bildeten das UmwG von 1969, das AktG, KapErhG, GenG sowie das VAG die Rechtsgrundlage für die Umstrukturierung von Unternehmen in Deutschland. Jedes dieser Gesetze beschränkte die Möglichkeiten zur Durchführung von Umstrukturierungsmaßnahmen auf bestimmte Umwandlungsarten und bestimmte Rechtsträger. Das Umwandlungsrecht wurde daher dem Umwandlungsbedarf von Unternehmen häufig nicht gerecht.

Mit der Verabschiedung des Umwandlungsgesetzes im Jahre 1994<sup>18</sup> und dessen Inkrafttreten am 01.01.1995 wurden die Umwandlungsmöglichkeiten, die früher auf eine Vielzahl von Einzelgesetzen verteilt waren, in einem Gesetz zusammengefasst und erheblich erweitert. Neben den bereits bekannten Rechtsinstituten der Verschmelzung und des Formwechsels, der früher als Umwandlung bezeichnet wurde, wurde nun allen umwandlungsfähigen Rechtsträgern auch die Möglichkeit der Spaltung eröffnet, die vorher nur bestimmten Rechtsträgern vorbehalten war.<sup>19</sup> Zudem wurde der Kreis der umwandlungsfähigen Rechtsträger erheblich erweitert<sup>20</sup>. Dabei kann das Gesetz auch den Rechtsträgern deutscher Unternehmen zahlreiche neue Möglichkeiten eröffnen, ihre rechtlichen Strukturen jeweils den veränderten Umständen des Wirtschaftslebens anzupassen<sup>21</sup>.

Der Formwechsel ist im fünften Buch in den §§ 190 bis 304 des UmwG geregelt. Für die verschiedenen Formen der Handelsgesellschaften sollen alle erkennbaren Möglichkeiten des Formwechsels eröffnet werden. Der wesentliche Unterschied des Formwechsels zu den anderen Möglichkeiten der Umwandlung liegt in der wirtschaftlichen Kontinuität des Rechtsträgers vor und nach dem Formwechsel. In der Regel vollzieht sich der Formwechsel unter Ausschluss Dritter, allein im Kreis der bisher schon beteiligten Anteilseigner. Der Vermögensbestand des Rechtsträgers bleibt vor und nach dem Formwechsel gleich; es ändert sich lediglich die rechtliche Organisation des Unternehmensträgers; eine Vermögensübertragung findet nicht statt<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> BGBl. I 1994, 3210, berichtigt I 1995, 428.

<sup>19</sup> Teichmann, in: Lutter, UmwG, 4. Aufl., 2009, § 123 UmwG, Rn. 2 ff.

<sup>20</sup> Drinhausen/Keinrath, in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2011, § 191 Rn. 1; Stengel, in Semler/Stengel, Umwandlungsgesetz, 3. Aufl., 2012, § 191 Rn. 1.

<sup>21</sup> Drinhausen/Keinrath, in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 190 Rn. 6; Stengel, in Semler/Stengel, Umwandlungsgesetz, § 190 Rn. 3.

<sup>22</sup> Sagasser, in Sagasser/Bula/Brünger, Umwandlungen (Verschmelzung, Spaltung, Formwechsel, Vermögensübertragung), 4. Aufl. 2010, § 26 Rn. 4.; Stengel, in Semler/Stengel, Umwandlungsgesetz, § 190 Rn. 4.

## 2. Formwechselfähige Rechtsträger

§ 191 Abs. 1 des UmwG regelt den Kreis der Rechtsträger, die ihre Form wechseln können. Formwechselnde Rechtsträger sind Personenhandelsgesellschaften (OHG, KG), Partnerschaftsgesellschaften, Kapitalgesellschaften (AG, GmbH, KGaA), eingetragene Genossenschaften, rechtsfähige Vereine, Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts. § 191 Abs. 2 UmwG regelt dagegen den Kreis der Rechtsträger der neuen Rechtsform: Gesellschaften bürgerlichen Rechts, Personenhandelsgesellschaften, Partnerschaftsgesellschaften, Kapitalgesellschaften und eingetragene Genossenschaften. Der Formwechsel ist auch bei aufgelösten Rechtsträgern möglich, wenn ihre Fortsetzung in der bisherigen Rechtsform beschlossen werden könnte (§ 191 Abs. 3 UmwG).

## 3. Verfahren des Formwechsels

Nach § 192 Abs. 1 des UmwG hat das Vertretungsorgan (Vorstand, Geschäftsführer oder geschäftsführender, persönlich haftender Gesellschafter) des formwechselnden Rechtsträgers einen ausführlichen schriftlichen Bericht über den Formwechsel zu erstatten<sup>23</sup>, in dem der Formwechsel und insbesondere die künftige Beteiligung der Anteilsinhaber an dem Rechtsträger rechtlich und wirtschaftlich erläutert und begründet werden. Der Bericht muss einen Entwurf des Umwandlungsbeschlusses enthalten.

Ein Umwandlungsbericht ist nicht erforderlich, wenn an dem formwechselnden Rechtsträger nur ein Anteilsinhaber beteiligt ist oder wenn alle Inhaber durch notarielle Erklärung auf den Bericht verzichten. Die Verzichtserklärungen sind notariell zu beurkunden (§ 192 Abs. 2 UmwG).

Ist keine Einstimmigkeit erforderlich, so können dem Formwechsel widersprechende Gesellschafter gegen eine Abfindung, deren Höhe je Anteil bereits im Umwandlungsbeschluss anzugeben ist, aus der Gesellschaft ausscheiden (§ 207 UmwG). Die Höhe der angebotenen Barabfindung unterliegt der gerichtlichen Nachprüfung im Spruchverfahren (§ 212 UmwG, §§ 1 ff. SpruchG); eine Klage gegen die Wirksamkeit des Umwandlungsbeschlusses kann darauf nicht gestützt werden (§ 210 UmwG)<sup>24</sup>.

Für den Formwechsel ist ein Beschluss der Anteilsinhaber des formwechselnden Rechtsträgers (Umwandlungsbeschluss) erforderlich. Der Beschluss kann nur in einer Versammlung der Anteilsinhaber gefasst werden (§ 193 Abs. 1 UmwG). Andere Beschlussformen sind nicht möglich<sup>25</sup>. Ist die

---

<sup>23</sup> Die bei Verschmelzung und Spaltung vorwiegend zum Schutz der Anteilsinhaber bestehenden weitergehenden Erfordernisse – Vertrag, Bericht und Prüfung – sind beim Formwechsel aufgrund der Beteiligung nur eines Rechtsträgers sowie der im Regelfall gegebenen rechtlichen und wirtschaftlichen Identität auf den Umwandlungsbericht reduziert (Drinhausen/Keinrath, in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 190 Rn. 12).

<sup>24</sup> Bärwaldt, in Semler/Stengel, Umwandlungsgesetz, § 195 Rn. 2.

<sup>25</sup> Abs. 1 ordnet zwingend die Beschlussfassung in einer förmlichen Versammlung an. Weder ist ein Umlaufverfahren noch eine Übertragung der Beschlussfassung auf andere Gesellschaftsorgane möglich (Drinhausen/Keinrath, in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 193 Rn. 2; Bärwaldt, in Semler/Stengel, Umwandlungsgesetz, § 193 Rn. 8).

Abtretung der Anteile des formwechselnden Rechtsträgers von der Genehmigung einzelner Anteilshaber abhängig, so bedarf der Umwandlungsbeschluss zu seiner Wirksamkeit ihrer Zustimmung (§ 193 Abs. 2 UmwG). Der Umwandlungsbeschluss und die nach diesem Gesetz erforderlichen Zustimmungserklärungen einzelner Anteilshaber, einschließlich der erforderlichen Zustimmungserklärungen nicht erschienenen Anteilshaber, müssen notariell beurkundet werden (§ 193 Abs. 2 UmwG). Er muss den in § 194 Abs. 1 des UmwG genannten Inhalt (neue Rechtsform, Firma, Festsetzungen zu Mitgliedschaft und besonderen Rechten, Abfindungsangebot, Folgen für die Arbeitnehmer) sowie die für die betreffende Rechtsform notwendigen weiteren Angaben enthalten (z.B. §§ 218, 243 UmwG).

Die neue Rechtsform des Rechtsträgers ist zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (§ 198 Abs. 1 UmwG). Die der Anmeldung beizufügenden Unterlagen ergeben sich aus § 199 des UmwG. Unabhängig vom Identitätsprinzip sind, zum Schutz vor Umgehungen, auch die für den Rechtsträger der neuen Rechtsform geltenden Gründungsvorschriften zu beachten (§ 197 Satz 1 UmwG). Mit der Eintragung ist der Formwechsel wirksam (konstitutive Wirkung der Eintragung)<sup>26</sup>.

Mit der Eintragung des Formwechsels in das Handelsregister besteht der formwechselnde Rechtsträger in der in dem Umwandlungsbeschluss bestimmten Rechtsform weiter. Die Anteilshaber des formwechselnden Rechtsträgers sind an dem Rechtsträger nach den für die neue Rechtsform geltenden Vorschriften beteiligt, soweit ihre Beteiligung nicht nach diesem Buch entfällt. Rechte Dritter an den Anteilen oder Mitgliedschaften des formwechselnden Rechtsträgers bestehen an den an ihre Stelle tretenden Anteilen oder Mitgliedschaften des Rechtsträgers der neuen Rechtsform weiter. Der Mangel der notariellen Beurkundung des Umwandlungsbeschlusses und gegebenenfalls erforderlicher Zustimmung- oder Verzichtserklärungen einzelner Anteilshaber wird geheilt. Mängel des Formwechsels lassen die Wirkungen der Eintragung der neuen Rechtsform oder des Rechtsträgers der neuen Rechtsform in das Register unberührt.

Mit dem Wechsel der Rechtsform wird auch das Schutzsystem für die Gläubiger geändert. Während eine Personengesellschaft den Schutz in erster Linie durch die persönliche Haftung von Gesellschaftern gewährt, wird der Schutz der Gläubiger einer Kapitalgesellschaft durch die Vorschriften der Kapitalaufbringung und -erhaltung angestrebt. Beim Formwechsel ist zunächst festzustellen, dass nicht wie bei der Spaltung Haftungsmasse abwandern kann, sondern das Haftungsvermögen beim Formwechsel ungeschmälert erhalten bleibt. Beim Wechsel einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft haften die ursprünglich persönlich haftenden Gesellschafter fünf Jahre lang weiter persönlich. Schließlich können die Gläubiger eine Sicherheitsleistung verlangen, wenn sie ihren Anspruch innerhalb von sechs Monaten nach der Umwandlung anmelden und glaubhaft machen, dass durch den Formwechsel die Erfüllung ihrer Forderung gefährdet wird<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Kübler, in Semler/Stengel, Umwandlungsgesetz, § 202 Rn. 5.

<sup>27</sup> Kübler, in Semler/Stengel, Umwandlungsgesetz, § 202 Rn. 13, § 204 Rn. 3.

#### 4. Sondervorschriften über den Formwechsel einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft

Nach § 214 Abs. 1 des UmwG kann eine Personenhandelsgesellschaft (OHG oder KG) auf Grund eines Umwandlungsbeschlusses nur ihre Rechtsform zu einer Kapitalgesellschaft (AG, GmbH, KGaA) oder zu einer eingetragenen Genossenschaft wechseln. § 214 steht einem Wechsel der Rechtsform außerhalb des Umwandlungsgesetzes nach den allgemeinen Vorschriften nicht entgegen und ist insofern nicht abschließend. Möglich ist insbesondere der Rechtsformwechsel einer Personengesellschaft in eine andere Rechtsform der Personengesellschaft durch Ein- oder Austritt von persönlich haftenden Gesellschaftern oder die Anwachsung des Gesellschaftsvermögens auf den einzigen verbleibenden Gesellschafter<sup>28</sup>. Im Umwandlungsverfahren ist der Umwandlungsbericht entbehrlich, sofern alle Gesellschafter zur Geschäftsführung berechtigt sind (§ 215 UmwG).

Der Umwandlungsbeschluss der Gesellschafterversammlung bedarf grundsätzlich der Zustimmung aller anwesenden Gesellschafter; ihm müssen auch die nicht erschienenen Gesellschafter zustimmen. Der Gesellschaftsvertrag der formwechselnden Gesellschaft kann eine Mehrheitsentscheidung der Gesellschafter vorsehen. Die Mehrheit muss mindestens drei Viertel der abgegebenen Stimmen betragen. In diesem Fall beschränkt sich die Gründerverantwortlichkeit nur auf diejenigen Gesellschafter, die dem Formwechsel zugestimmt haben (§ 217 Abs. 1 UmwG). In dem Umwandlungsbeschluss muss auch der Gesellschaftsvertrag der GmbH oder die Satzung der Aktiengesellschaft bzw. der Kommanditgesellschaft auf Aktien festgestellt werden (§ 218 Abs. 1 UmwG).

Durch den Formwechsel aus einer Rechtsform mit persönlicher Haftung in ein Regime mit Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen werden die Interessen der Gläubiger besonders betroffen. § 224 UmwG ordnet daher zum Schutz der Altgläubiger eine Nachhaftung für die im Zeitpunkt der Umwandlung begründeten Verbindlichkeiten an. Die Nachhaftung ist auf solche Verbindlichkeiten begrenzt, die innerhalb von fünf Jahren seit Bekanntmachung der Eintragung des Formwechsels im Handelsregister fällig und innerhalb dieser Frist gegenüber dem Gesellschafter geltend gemacht werden.

Zum Schutz der neuen Gläubiger schreibt § 220 Abs. 1 UmwG die wertmäßige Deckung des Kapitals durch das Reinvermögen der formwechselnden Gesellschaft vor. Der Nennbetrag des Stammkapitals einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder der des Grundkapitals einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien darf das nach Abzug der Schulden verbleibende Vermögen der formwechselnden Gesellschaft nicht übersteigen.

---

<sup>28</sup> Drinhausen/Keinrath, in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 214 Rn. 7; Schlitt, in Semler/Stengel, Umwandlungsgesetz, § 214 Rn. 34; Sagasser, in Sagasser/Bula/Brünger, Umwandlungen, § 25 Rn.7; Windbichler, Gesellschaftsrecht, 23. Aufl., 2013, S. 513.

## V. Rechtsvergleichende Zusammenfassung

Die formwechselnde Umwandlung der Gesellschaften im koreanischen HGB, im japanischen Gesellschaftsgesetz und im deutschen Umwandlungsgesetz sind unterschiedlich geregelt.

Im koreanischen HGB sind Gesellschaften einschließlich der formwechselnden Umwandlung geregelt. Die fünf Rechtsformen sind die der OHG, der KG, der AG, der GmbH und der LLC. Nach dem koreanischen HGB ist nur die formwechselnde Umwandlung zwischen Personengesellschaften und zwischen Kapitalgesellschaften möglich. Die formwechselnde Umwandlung zwischen Personenhandelsgesellschaften und Kapitalgesellschaften ist aufgrund der andersartigen Unternehmensorganisation und der unterschiedlichen Haftung der Gesellschafter nicht zulässig.

In Japan war der Formwechsel vor dem Inkrafttreten des Gesellschaftsgesetzes von 2005, wie in Korea, nur zwischen Personengesellschaften und zwischen Kapitalgesellschaften möglich. Das japanische Gesellschaftsgesetz hat die Regeln für den Formwechsel, die Verschmelzung, die Spaltung, den Aktienaustausch und Aktienübertragung im 5. Buch (Art. 743 ff. GesG) systematisch zusammengefasst. Im japanischen Gesellschaftsgesetz bedeutet der Formwechsel, dass ein Typus der Anteilsgesellschaft in eine Aktiengesellschaft oder eine Aktiengesellschaft in einen Typus der Anteilsgesellschaft umgewandelt wird. Durch den Formwechsel kann eine Aktiengesellschaft in eine OHG, in eine KG oder in eine LLC bzw. umgekehrt eine OHG, eine KG oder eine LLC in eine Aktiengesellschaft umgewandelt werden. Das japanische Gesellschaftsgesetz bietet größere Gestaltungsmöglichkeiten bei der formwechselnden Umwandlung, aber die Änderung der Rechtsform zwischen Anteilsgesellschaften erfolgt nicht durch den Formwechsel, sondern durch die Änderung des Gesellschaftsvertrags. Dies liegt daran, dass die Regelungen über die inneren Gesellschaftsverhältnisse gleich und nur die Haftungen der Gesellschafter unterschiedlich sind.

In Deutschland wurden die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Umstrukturierung von Unternehmen durch das Umwandlungsgesetz von 1994 wesentlich verändert. So eröffnet das Umwandlungsgesetz eine Vielzahl neuer Umwandlungsmöglichkeiten durch die Einbeziehung von Rechtsträgern, denen erleichterte Umwandlungsmöglichkeiten bisher verschlossen waren. Nach dem Umwandlungsgesetz ist der Formwechsel zwischen der Rechtsform der Personengesellschaft und derjenigen der Kapitalgesellschaft zugelassen. Der Formwechsel einer Personengesellschaft in eine andere Rechtsform der Personengesellschaft kann nicht nach den Regeln des Umwandlungsgesetzes, sondern nach den allgemeinen Vorschriften erfolgen (z.B. Formwechsel einer KG in eine OHG durch Änderung des Gesellschaftsvertrags).

Im Unterschied zu dem japanischen Gesellschaftsgesetz und dem deutschen Umwandlungsgesetz ist der Formwechsel zwischen der Rechtsform der Personengesellschaft und derjenigen der Kapitalgesellschaft im koreanischen Handelsgesetzbuch nicht zugelassen. Um die Gestaltungsmöglichkeiten beim Formwechsel zu verbessern, soll der Formwechsel zwischen

Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften gesetzlich in Korea eingeführt werden.

# Der Kampf ums Forum: Menschenrechtsklagen im internationalen Zivilverfahrensrecht\*

Michael Stürner, Konstanz

## I. Transnationale Menschenrechtsverletzungen und Privatrecht

Die Menschenrechte fungieren historisch betrachtet als Abwehrrechte der Bürger gegen den Staat. Im horizontalen Verhältnis zwischen Privatpersonen entfalteten sie im Ausgangspunkt keine Wirkung. Zunehmend entwickeln sich jedoch aus den Menschenrechten transnationale Verhaltens- und Haftungsstandards, hierfür hat sich seit längerem der Begriff der Corporate Social Responsibility eingebürgert.<sup>1</sup> Ausformungen haben sie etwa gefunden in den OECD Guidelines for Multinational Enterprises von 2011 oder die vom UN-Sonderberichterstatler John Ruggie verfassten Guiding Principles on Business and Human Rights, die der UN-Menschenrechtsrat ebenfalls 2011 formell befürwortet hat.<sup>2</sup> Solche Verhaltenskodizes sind zunächst dem soft law zuzuordnen, sie entfalten keine direkte Bindungswirkung für multinationale Unternehmen. Sie zeugen jedoch von einer zunehmenden Öffnung der Privatrechtsordnung für die Thematik der Menschenrechtsverletzungen vor allem durch Unternehmen.

Weitgehend ungeklärt ist dabei die zentrale Frage, ob Private überhaupt Adressaten der Menschenrechte sein können. Sie soll auch hier offen bleiben. Die betroffenen Rechtsgüter – Leben, Gesundheit, körperliche Unversehrtheit, Freiheit – werden in wohl allen Rechtsordnungen jedenfalls auch deliktsrechtlich geschützt. Die Bezeichnung „Menschenrechtsverletzung“ dient denn auch in der Rechtspraxis meist vorrangig dazu, dem behaupteten Eingriff in diese Rechtspositionen eine besondere Gravität zu verleihen. Zu klären bleibt, ob und inwieweit sich dies auch konkret auswirkt. Exemplarisch

---

\* Der Beitrag beruht auf dem Vortrag, den der Verf. auf dem 7. Trilateralen Seminar der Kansai-Universität Osaka, der Hanyang-Universität Seoul und der Universität Konstanz zum Thema „Globalisierung und kulturelle Gegensätze im gegenwärtigen Rechtsstaat“ in Osaka am 1.-3. Oktober 2016 gehalten hat; er befindet sich auf dem Stand vom Oktober 2016. Eine aktualisierte und teils gekürzte, teils erweiterte Fassung wird veröffentlicht unter dem Titel „Zivilprozessuale Voraussetzungen für Klagen gegen transnationale Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen“, in: Krajewski/Oehm/Saage-Maaß (Hrsg.), Zivil- und strafrechtlichen Haftung von Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen, Nomos-Verlag, Baden-Baden 2017.

<sup>1</sup> Horn, *RabelsZ* 44 (1980), 423; Zerk, *Multinationals and Corporate Social Responsibility: Limitations and Opportunities in International Law*, 2006.

<sup>2</sup> Resolution 17/4 vom 16. Juni 2011.

sollen zwei Fallbeispiele herangezogen werden, die auf reale Verfahren zurückgehen:

Fall 1 („KiK“):<sup>3</sup> Ein deutscher Textildiscounter (T) lässt seine Ware in Karachi (Pakistan) durch die dort ansässige Firma A Enterprises produzieren. T war Hauptkunde bei A Enterprises und kaufte etwa 70% von dessen Produktion. Am 11. September 2012 kam es in der Fabrik zu einem Großbrand, bei dem 260 Menschen zu Tode kamen; 32 wurden zum Teil schwer verletzt. Die meisten Opfer erstickten am Rauch des Brandes. Opfer und deren Hinterbliebene verlangen nun von dem deutschen Unternehmen Schadensersatz.

Fall 2 („Kiobel“):<sup>4</sup> Eine niederländisch-britische Ölfirma hatte im Nigerdelta Erdölförderung betrieben. Lokale Interessengruppen protestierten gegen die durch die Förderung verursachte Umweltverschmutzung. Die nigerianische Regierung ging gewaltsam gegen die Demonstrationen vor; es kam vielfach zu brutalen Übergriffen bis hin zu Hinrichtungen und Massenvertreibungen. Mehrere Bürgerrechtler wurden in Nigeria in einem Schauprozess zum Tode verurteilt und hingerichtet. Vor welchen Gerichten könnten die Hinterbliebenen von der Ölfirma Schadensersatz wegen der Beteiligung hieran fordern?

In beiden Fällen können Geschädigte ein Interesse daran haben, außerhalb des Verletzerstaates zu klagen. Dies liegt nicht nur bei Rechtsschutzverweigerung durch das dortige Gerichtssystem nahe. Vielmehr bestehen global gesehen erhebliche Unterschiede zwischen den einzelnen Rechtsordnungen, die eine planvolle Auswahl des Gerichtsstandes aus prozesstaktischer Sicht sinnvoll erscheinen lassen. Man kann diese Ausnutzung eines Rechtsgefälles – ohne dass dies automatisch abwertend gemeint sein sollte – auch als *forum shopping* bezeichnen.

An dieser Stelle kommt das Internationale Privat- und Verfahrensrecht ins Spiel. Es regelt Sachverhalte mit grenzüberschreitendem Bezug. Das Internationale Verfahrensrecht bestimmt in erster Linie, welche Gerichte zuständig sind für die Entscheidung über Klagen, die wegen einer im Ausland begangenen Rechtsverletzung erhoben werden.<sup>5</sup> Das Internationale Privatrecht regelt hingegen, welches Recht aus Sicht des mit der Sache befassten Gerichts auf den Sachverhalt anwendbar ist. Obwohl die Bezeichnung anderes vermuten lässt: Beide Rechtsbereiche sind im Grundsatz alles andere als international: Jeder Staat regelt im Ausgangspunkt selbst und autonom, wie weit der Arm seiner Gerichtsbarkeit reichen soll und welches Recht in den Verfahren auf einen Auslandssachverhalt Anwendung findet.

Insoweit erscheint es also möglich, dass ein Staat seine Gerichtsbarkeit auch für solche Sachverhalte öffnet, die nur ganz geringen oder sogar überhaupt keinen Bezug zu seinem Territorium aufweisen. Hierfür könnte die Universalität der Menschenrechte ins Feld geführt werden und die völker-

---

<sup>3</sup> Verfahren anhängig vor dem LG Dortmund, Az. 7 O 95/15.

<sup>4</sup> Nach *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co. et al.*, 569 U.S. \_\_\_\_ (2013) = 133 S.Ct. 1659 (2013).

<sup>5</sup> Weitere Gesichtspunkte, insbesondere die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen, die Koordinierung von Parallelverfahren sowie die grenzüberschreitenden Zustellung und Beweisaufnahme, bleiben hier außer Betracht.

rechtliche Verpflichtung zu ihrer Achtung. Andererseits könnten betroffene Staaten eine solche Jurisdiktionsausübung als Übergriff in ihre Souveränitätssphäre empfinden – ein völkerrechtlich ebenfalls geschützter Bereich. In diesem Spannungsfeld bewegen sich die folgenden Ausführungen. Sie beginnen mit einem Blick in die USA, wo die sog. Human Rights Litigation ihren Ursprung hat (unten II.). Die jüngste Rechtsprechung des Supreme Court hat allerdings eine Gegenbewegung eingeleitet, die zu einem vermehrten Ausweichen auf andere Foren, insbesondere in Europa, führen dürfte. Die in Deutschland bestehende Rechtslage wird in der Folge beleuchtet (unten III.). Den Abschluss bilden einige Überlegungen zu möglichen Reformen (unten IV.).

## II. Der US-amerikanische Alien Tort Statute<sup>6</sup>

Ohnehin berühmt-berüchtigt für spektakuläre Rechtsfälle, haben sich die US-amerikanischen Gerichte ab 1980<sup>7</sup> für Klagen von Privatpersonen geöffnet, die auf die Zuerkennung von Schadensersatz wegen der behaupteten Verletzung von Menschenrechten durch andere Privatpersonen und auf anderen Kontinenten gerichtet waren. Rechtsgrundlage für die sog. Human Rights Litigation ist der Alien Tort Statute und damit ein Gesetz, nicht etwa Richterrecht. Allerdings wurde dieses Gesetz keineswegs zur Durchsetzung der Menschenrechte geschaffen.

### 1. Genese

Der im Jahre 1789 als Teil des Judiciary Act erlassene Alien Tort Statute sieht eine Zuständigkeit amerikanischer Bundesbezirksgerichte für Zivilklagen von Ausländern vor, welche sich auf deliktische Verstöße gegen das allgemeine Völkerrecht oder gegen völkerrechtliche Verträge der Vereinigten Staaten von Amerika stützen.<sup>8</sup>

Im Jahre 1789 gehörten zu dem hier primär interessierenden law of nations, also dem allgemeinen Völkerrecht, nur recht wenige Grundsätze. *William Blackstone*, einer der führenden Juristen der Zeit,<sup>9</sup> führte in seinen *Commentaries on the Laws of England* drei Kategorien solcher Delikte an: (1) Die Verletzung von freiem Geleit; (2) die Beeinträchtigungen der Rechte von Diplomaten; sowie (3) die Piraterie.<sup>10</sup>

Der Alien Tort Statute war als Reaktion auf Übergriffe auf ausländische Diplomaten erlassen worden, die sich kurze Zeit zuvor auf US-Territorium

<sup>6</sup> Siehe zum Folgenden bereits *M. Stürner*, Int. J. Proc. Law 2014, 350.

<sup>7</sup> Bahnbrechend *Filártiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980).

<sup>8</sup> Näher zu den tatbestandlichen Voraussetzungen des ATS *M. Stürner*, JZ 2014, 13.

<sup>9</sup> Blackstones Schriften fanden auch in den Vereinigten Staaten große Beachtung und können daher zum Verständnis der Entstehungsgeschichte des ATS herangezogen werden, siehe dazu *Stephens*, 42 Wm. & Mary L. Rev. 447, 485 mit Fn. 143 (2002).

<sup>10</sup> „1. Violations of safe conducts; 2. Infringements of the rights of amassadors; and 3. Piracy.“ *Blackstone*, *Commentaries on the Laws of England*, Band 4, 1769, S. 68.

zugetragen hatten.<sup>11</sup> Die noch junge Republik wollte offenbar nach außen ein Zeichen setzen, dass sie zum Schutz diplomatischer Rechte nicht länger auf die unberechenbare Rechtsprechung der State Courts verweist, sondern die Zuständigkeit auf Bundesebene ansiedelt.<sup>12</sup>

Ernsthaften Bewährungsproben war der Alien Tort Statute jedoch nicht ausgesetzt. Unmittelbar nach Erlass des Judiciary Act 1789 sind nur wenige Fälle bekannt geworden, in denen auf seiner Grundlage Verfahren eingeleitet wurden.<sup>13</sup> Diese hatten Schadensersatzklagen wegen des Kaperns von Schiffen auf hoher See zum Gegenstand.<sup>14</sup>

## 2. Die Metamorphose: der Alien Tort Statute als Grundlage der Human Rights Litigation

Fast 200 Jahre befand sich das Gesetz in einem Dornröschenschlaf. Wachgeküsst – oder besser: wachgerüttelt – wurde es erst in den späten 1970er Jahren von den Anwälten des Center for Constitutional Rights.

Als bahnbrechend erwies sich der Fall *Filártiga v. Peña Irala* aus dem Jahr 1980.<sup>15</sup> Beide Parteien waren paraguayische Staatsangehörige. Der Kläger, ein Kritiker des Regimes von Diktator *Stroessner*, warf dem Beklagten, einem paraguayischen Polizei-offizier, vor, seinen Sohn entführt, gefoltert und schließlich ermordet zu haben. Zum Verfahren kam es deswegen, weil die Schwester des Opfers, die in den USA politisches Asyl beantragt und bekommen hatte, erfahren hatte, dass der Beklagte sich ebenfalls – zuletzt illegal – in den USA aufhielt. Der Court of Appeals for the Second Circuit bejahte die Zuständigkeit US-amerikanischer Gerichte auf der Grundlage des Alien Tort Statute und schloss mit dem seither immer wieder zitierten Satz:<sup>16</sup> „[F]or purposes of civil liability, the torturer has become – like the pirate and slave trader before him – hostis humani generis, an enemy of all mankind.“

In der Folge rückten dann Klagen gegen multinationale Unternehmen ins Zentrum des Interesses.<sup>17</sup> In nicht wenigen Verfahren wurde die prinzipielle Verantwortlichkeit von Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen

<sup>11</sup> Beide Vorfälle werden auch in der *Sosa*-Entscheidung des Supreme Court dargestellt, *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 717 ff. (2004), siehe auch die Bezugnahme darauf in *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co. et al.*, 569 U.S. \_\_\_ (2013) = 133 S.Ct. 1659 (2013), Umdruck S. 9.

<sup>12</sup> Zu dieser Deutung *Henner*, Human Rights and the Alien Tort Statute. Law, History and Analysis, 2009, S. 34 ff. Anders aber *Bradley*, 42 Va. J. Int'l L. 587, 643 (2002).

<sup>13</sup> *Moxon v. The Fanny*, 17 F. Cas. 942 (No. 9,895) (D. Pa. 1793); *Henfield's Case*, 11 F. Cas. 1099 (Cir. D. Pa. 1793); *Bolchos v. Darrel*, 3 F. Cas. 810 (No. 1, 607) (S.C. 1795).

<sup>14</sup> Daraus wurde abgeleitet, dass der ATS auf diese Fallgruppe beschränkt sein sollte, vgl. *Sweeney*, 18 Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 445 (1995). Diese Sichtweise wurde als „interesting, but far from conclusive“ zurückgewiesen in *Kadic v. Karadzic*, 74 F.3d 377, 378 (2d Cir. 1996); siehe auch die Bezugnahme in *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 718 (2004).

<sup>15</sup> *Filártiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980).

<sup>16</sup> *Filártiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876, 890 (2d Cir. 1980).

<sup>17</sup> *Doe I v. Unocal Corp.*, 395 F.3d 932, 942 f. (9th Cir. 2002). Zum Fall *Henner*, Human Rights and the Alien Tort Statute. Law, History and Analysis, 2009, S. 76 ff.; *Sandrock*, RIW 2013, 497, 505 f.

durch Beihilfe (aiding and abetting liability) anerkannt.<sup>18</sup> Dass dabei oftmals keinerlei Bezug zum Territorium der USA bestand, schadete nicht. Vereinzelt wurde sogar ganz offen argumentiert, es entspreche den amerikanischen Interessen, Zivilklagen wegen Menschenrechtsverletzungen vor U.S.-Gerichten zuzulassen.<sup>19</sup>

Eine solche Aussage lässt auf ein echtes Weltrechtsprinzip schließen: Die unzureichenden Beziehungen des Falles zu den USA lassen sich deswegen überwinden, weil die auf dem Spiel stehenden Rechtsverletzungen als überaus gravierend anzusehen sind.

Rückblickend betrachtet hat der Alien Tort Statute damit aber seinen Zenit bereits überschritten. In der ersten Entscheidung des Supreme Court zu diesem Gesetz im Jahre 2004 in der Sache *Sosa v. Alvarez-Machain*<sup>20</sup> bestätigte das Gericht zwar die grundsätzliche Anwendbarkeit des Alien Tort Statute auch für Klagen gegen Privatpersonen, ließ dabei aber erkennen, dass es einer uferlosen Gerichtsbarkeit keine Sympathien entgegenbrachte. Die Entwicklung völlig neuer Fallgruppen sei dem Gesetzgeber vorbehalten; die Befugnis der Gerichte zur Rechtsfortbildung sei zwar gegeben, aber mit Bedacht auszuüben. Nur solche Verletzungshandlungen sollen zur Klage berechtigen, deren Ächtung vom Völkerrecht allgemein anerkannt ist.<sup>21</sup> Die nachfolgende Judikatur zählt dazu etwa Völkermord, Zwangsarbeit, Folter, Menschenhandel oder Verschleppung.<sup>22</sup>

Im vergangenen Jahr nahm der Supreme Court dann erneut einen Fall zum Alien Tort Statute zur Entscheidung an: die eingangs beschriebene Sache *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*. Was sich zunächst wie ein Versuch ausnahm, die in *Sosa* aufgestellten Eckpunkte weiter zu präzisieren, wurde dann zu einem Rundumschlag, mit dem sich der Supreme Court insgesamt gegen die Anwendbarkeit des Gesetzes für reine Auslandssachverhalte wandte.

<sup>18</sup> *Doe v. Unocal Corp.*, 963 F. Supp. 880 (C.D. Cal. 1997), insofern bestätigt durch 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002); *Khulumani v. Barclay National Bank Ltd.*, 504 F.3d 254 (2d Cir. 2007); *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 582 F.3d 244 (2d Cir. 2009).

<sup>19</sup> *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 226 F.3d 88, 103 ff. (2d Cir. 2000). Auch dieser Fall endete 2009 nach 13-jähriger Verfahrensdauer mit einem Vergleich, siehe *Mouawad*, New York Times, 9.6.2009, abrufbar unter [http://www.nytimes.com/2009/06/09/business/global/09shell.html?ref=global&\\_r=0](http://www.nytimes.com/2009/06/09/business/global/09shell.html?ref=global&_r=0). Zur Entscheidung *Rau*, ZaöRV 2001, 177.

<sup>20</sup> *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 712 (2004) (dazu *Myers/Valen*, ZfRV 2009, 31); siehe bereits zuvor *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d 232 (2d Cir. 1995).

<sup>21</sup> Siehe etwa *In re Estate of Marcos Human Rights Litigation*, 25 F.3d 1467, 1475 (C.A.9 1994): "Actionable violations of international law must be of a norm that is specific, universal, and obligatory." Weitere Nachweise in *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 732 (2004).

<sup>22</sup> Diese Aufzählung ist weder vollständig noch abschließend; über manche Tatbestände besteht keine Einigkeit, etwa hinsichtlich der systematischen Rassendiskriminierung. Siehe dazu die Zusammenstellung bei *Henner*, Human Rights and the Alien Tort Statute. Law, History and Analysis, 2009, S. 133 ff.

### 3. Der Fall *Kiobel* und die Vermutung gegen extraterritoriale Reichweite

Der Supreme Court hat die Sache wohl vor allem deswegen zur Entscheidung angenommen, weil die untergerichtliche Rechtsprechung zum Alien Tort Statute auseinanderzudriften drohte: In der vorangegangenen Entscheidung des Court of Appeals for the Second Circuit in der Sache *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*<sup>23</sup> im Jahre 2010 wurde eine unternehmerische Verantwortlichkeit für Völkerrechtsverstöße grundsätzlich in Frage gestellt. Es lasse sich nicht feststellen, dass das Völkerrecht sich irgendwie zur Haftung von Unternehmen verhalte. Vielmehr seien Unternehmen keine Völkerrechtssubjekte, so dass es an der sachlichen Zuständigkeit (subject matter jurisdiction) für die Klage fehle. Andere Bundesberufungsgerichte hatten indessen gegenteilig entschieden.<sup>24</sup>

Der Supreme Court schien zunächst eben diese Frage klären zu wollen, setzte dann aber im Ergebnis weitaus grundlegender an: Der Sachverhalt weise keinen hinreichenden Bezug zum Territorium der USA auf, so dass eine internationale Zuständigkeit nach dem Alien Tort Statute nicht bestehe. Die Entscheidung erging einstimmig. Das täuscht aber darüber hinweg, dass das Gericht hinsichtlich der Begründung tief gespalten war. Nicht weniger als vier verschiedene Voten wurden abgegeben.

Die Mehrheitsmeinung, der sich zwei Sondervoten anschließen, stützt die Zurückweisung der Klage auf die sog. presumption against extraterritoriality. Diese Regel beschränkt die Geltung amerikanischer Gesetze auf das Territorium der Vereinigten Staaten. Eine Widerlegung der Vermutung ist grundsätzlich insofern möglich, als nachgewiesen werden kann, dass und inwieweit das betreffende Gesetz nach der Intention des Kongresses auch extraterritorial zur Anwendung gelangen soll. Die Mehrheitsmeinung sah hierfür allerdings keine Grundlage und kam folgerichtig zur Zurückweisung der Klage.<sup>25</sup> Es gebe keinerlei Anzeichen dafür, „that the [Alien Tort Statute] was passed to make the United States a uniquely hospitable forum for the enforcement of international norms“.<sup>26</sup>

Eine andere Argumentationslinie verfolgt das Minderheitsvotum,<sup>27</sup> das sich gegen eine territoriale Beschränkung des Anwendungsbereichs des Alien Tort Statute auf das US-Hoheitsgebiet wendet. „Who are today’s pirates?“, fragt Justice *Breyer* fast schon herausfordernd.<sup>28</sup> *Breyer* nennt drei Fallgruppen, in denen der Alien Tort Statute zur Anwendung gelangen sollte: (1) Das behauptete Delikt ist in den USA begangen worden, (2) der Beklagte ist Ame-

<sup>23</sup> *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 621 F.3d 111 (2010). Siehe dazu etwa *Schaub*, AVR 49 (2011), 124.

<sup>24</sup> *Flomo v. Firestone Natural Rubber Co.*, 643 F.3d 1013 (7th Cir. 2011). Ebenfalls anders *Sarei v. Rio Tinto, PLC*, 671 F.3d 736, 748 (9th Cir. 2011) und *Doe VIII v. Exxon Mobil Corp.*, 654 F.3d 11, 57 (D.C. Cir. 2011).

<sup>25</sup> Zur Kritik an der Argumentation *M. Stürner*, JZ 2014, 13.

<sup>26</sup> *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co. et al.*, 569 U.S. \_\_\_ (2013) = 133 S.Ct. 1659 (2013), Umdruck S. 12.

<sup>27</sup> Die Richter Ginsburg, Sotomayor und Kagan stimmen dem Sondervotum zu.

<sup>28</sup> *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co. et al.*, 569 U.S. \_\_\_ (2013) = 133 S.Ct. 1659 (2013), Umdruck Votum *Breyer*, S. 3, 7.

rikaner, oder (3) das behauptete Verhalten des Beklagten greift erheblich und nachteilig („substantially and adversely“) in wichtige amerikanische Interessen ein. Dazu zähle auch das Interesse der USA zu verhindern, dass das Land ein Zufluchtsort für Folterknechte und andere Feinde der Menschheit („torturer and other common enemy of mankind“) wird.<sup>29</sup> Im Fall *Kiobel* sah die Minderheitsmeinung indessen keine der Fallgruppen als erfüllt an, so dass auch sie im Ergebnis die Klageabweisung mittrug.

#### 4. Das Schicksal des ATS nach *Kiobel*

Es bleiben jedoch auch nach dieser Grundsatzentscheidung offene Fragen, insbesondere nach der verbleibenden Reichweite des Alien Tort Statute. Werden die amerikanischen Gerichte nunmehr auf den Alien Tort Statute gestützte Klagen regelmäßig zurückweisen? Eine ganze Reihe direkt nach *Kiobel* ergangener Entscheidungen lässt genau dies vermuten.<sup>30</sup> Der Supreme Court hat jedoch andererseits hinreichend deutlich gemacht, dass die Entscheidung nur für Konstellationen Geltung beansprucht, in denen keinerlei oder doch nur sehr geringe Beziehungen zum U.S.-Territorium bestehen. In den USA hat sich dafür die Bezeichnung „foreign-cubed cases“ eingebürgert, das könnte man mit „fremd hoch drei“ übersetzen: fremde Kläger, fremde Beklagte und fremder Tatort. Es sind andere Fälle denkbar, in denen eine stärkere Inlandsbeziehung vorliegt – auf diesen Umstand weist auch eines der der Mehrheitsmeinung zustimmenden Sondervoten ausdrücklich hin. Ob es dafür allerdings stets ausreicht, dass die beklagte Gesellschaft ihren Sitz in den USA hat, darf bezweifelt werden, hat doch der Supreme Court ganz maßgeblich darauf abgestellt, wo sich das schädigende Verhalten zugetragen hat: Bloße unternehmerische Präsenz („mere corporate presence“) in den USA genügt jedenfalls nicht.<sup>31</sup>

Allerdings lässt die Mehrheitsmeinung des Supreme Court eine Hintertür offen für solche Fälle, in denen „the claims touch and concern the territory of the United States [...] with sufficient force“; bei diesen kann die Vermutung gegen eine extraterritoriale Wirkung des Alien Tort Statute entkräftet werden. Diese Hintertür wurde in der nachfolgenden Rechtsprechung bereits gesucht und gefunden, beispielsweise für eine Schadensersatzklage

<sup>29</sup> *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co. et al.*, 569 U.S. \_\_\_ (2013) = 133 S.Ct. 1659 (2013), Umdruck Votum Breyer, S. 1 f.

<sup>30</sup> *Murillo v. Bain*, 2013 WL 1718915 (S.D. Texas, 19.4.2013); *Mwangi v. Bush*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 85842 (E.D. Ky., 18.6.2013); *Mohammadi v. Islamic Republic of Iran*, \_\_ F.Supp.2d \_\_ (2013) (D.D.C., 31.5.2013); *Sarei v. Rio Tinto*, No. 02-56256 (9th Cir., 28.6.2013); *Balintulo v. Daimler AG*, No. 09-2778-cv(L) (2d. Cir., 21.8.2013).

<sup>31</sup> *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co. et al.*, 569 U.S. \_\_\_ (2013) = 133 S.Ct. 1659 (2013), Umdruck, S. 14. Die in der Zwischenzeit ergangene Rechtsprechung nimmt dies auf, siehe *Balintulo v. Daimler AG*, No. 09-2778-cv(L) (2d. Cir., 21.8.2013) (Klagen von Apartheid-Opfern gegen Daimler, Ford und IBM wurden abgewiesen, da „all of the underlying claims are plainly barred by the recent opinion of the Supreme Court in *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* [...], which held that federal courts may not, under the ATS, recognize common-law causes of action for conduct occurring in the territory of another sovereign“).

von Kenianern im Zusammenhang mit einem Anschlag auf die US-Botschaft in Kenia vom August 1998, für die Al-Qaida verantwortlich gemacht wird.<sup>32</sup>

Eine Entscheidung eines New Yorker Bundesgerichts vom April 2014 zeigt, dass die *Kiobel*-Entscheidung mitnichten die Streitigkeiten unter dem Alien Tort Statute beendet hat. In dem dort seit 12 Jahren anhängigen Fall (In re South African Apartheid Litigation) begehren südafrikanische Kläger Schadensersatz von einer Reihe von Großkonzernen, darunter auch die US-Konzerne Ford und IBM, wegen deren Unterstützung des damaligen Apartheid-Regimes. In der Folge der *Kiobel*-Entscheidung des Supreme Court hätte das Gericht eigentlich nur prüfen dürfen, ob die presumption against extraterritoriality widerlegt ist. Stattdessen beschäftigt sich die Entscheidung hauptsächlich mit der Frage, ob eine völkerrechtliche Verantwortung von Unternehmen bestehen kann.

Pikant ist das deswegen, weil der für den District zuständige Court of Appeals – die Vorinstanz zu *Kiobel* – in einer für den District Court nach dem Prinzipien des Präjudizienrechts eigentlich bindenden Aussage einige Jahre zuvor entschieden hatte, dass eine solche Verantwortlichkeit gerade nicht besteht. Die Begründung für die Abweichung ist so überraschend wie zweifelhaft: Weil der Supreme Court in *Kiobel* nur zur Frage der Extraterritorialität Stellung genommen habe, nicht aber zur Frage der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen, sei die Bindungswirkung der Entscheidung des Court of Appeals „sub silentio“, also durch Schweigen, aufgehoben. Sicher erscheint nur, dass in dieser Sache das letzte Wort noch nicht gesprochen ist. Der Supreme Court hat nunmehr allerdings in einem Beschluss vom 20. Juni 2016 die petition for certiorari der Kläger in der Sache South African Apartheid Litigation zurückgewiesen.<sup>33</sup> Hiervon dürfte durchaus eine Signalwirkung für die Untergerichte ausgehen. Mithin dürften ATS-Klagen nach *Kiobel* deutlich geringere Erfolgschancen haben. Allerdings bedeutet dies noch lange nicht, dass sie deswegen überhaupt nicht mehr zu erwarten sind.<sup>34</sup> Dass Kläger nach wie vor bereit sind, das Prozessrisiko einer ATS-Klage zu tragen, zeigt die „post-*Kiobel*“ ergangene Judikatur.

Opfer von Menschenrechtsverletzungen und ihre Rechtsvertreter werden allerdings alternative Zuständigkeiten außerhalb des ATS finden müssen. Insbesondere sind alternative Gerichtsstände in anderen Ländern zu diskutieren. Gerichte in den Niederlanden<sup>35</sup> oder Großbritannien<sup>36</sup> haben sich in jüngerer Vergangenheit offen für Klagen wegen Menschenrechtsverletzungen

---

<sup>32</sup> Siehe *Mwani v. Laden*, 2013 WL 2325166 (D.D.C. 29.5.2013) (dort allerdings Zulassung eines appeal nach 28 U.S.C. § 1292). Auch im Fall *Sexual Minorities Uganda v. Lively*, 2013 WL 4130756 (D. Mass., 14.8.2013) wurde die Klage auf der Grundlage des ATS für zulässig erachtet.

<sup>33</sup> *Ntsebeza, Lungislie, et al. v. Ford Motor Co., et al.*, No. 15-1020, cert. den'd.

<sup>34</sup> So aber BVerfG JZ 2016, 796 im Zusammenhang mit der Zustellung einer ATS-Klage; dazu *M. Stürner*, JZ 2016, 800.

<sup>35</sup> Siehe das am 30.1.2013 ergangene Urteil der Rechtbank Den Haag in der Sache *Friday Alfred Akpan u.a. v. Royal Dutch Shell u.a.*, C/09/337050/HA ZA 09-1580, abrufbar unter <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9854>.

<sup>36</sup> *Bodo Community v. Shell Petroleum Development Co. of Nigeria* (QBD). Der Fall endete angeblich mit einem Vergleich, dazu *Financial Times* vom 3.8.2011.

gezeigt.<sup>37</sup> Es könnte also sein, dass die Kiobel-Entscheidung eine Verschiebung der Klageaktivität gerade auch Richtung Europa auslöst.

### III. Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte

In Deutschland fehlt eine Vorschrift zur internationalen Zuständigkeit bei Schadensersatzansprüchen wegen Verletzungen von Völkerrecht. Entsprechende Klagen wären damit bei den nach den allgemeinen Vorschriften zuständigen Gerichten zu erheben.<sup>38</sup> Vorab müssen hier verschiedene Konstellationen auseinander gehalten werden, die sich daraus ergeben, wer als potentieller Beklagter in Betracht kommt. Multinationale Unternehmen sind aus vielerlei Gründen konzernmäßig ausgebaut, bestehen also aus oftmals dutzenden Ober- und Untergesellschaften, die in unterschiedlichen Rechtsformen und in verschiedenen Ländern gegründet wurden. Ein vereinfachtes Modell sieht so aus, dass die Muttergesellschaft die geschäftlichen Entscheidungen trifft, die vor Ort ansässige Tochtergesellschaft diese dann ausführt. Teilweise – wie im Fallbeispiel 1 – handelt es sich auch um Zulieferketten, bei denen also keine konzernmäßige Verbindung besteht. Möglich sind im Wesentlichen folgende Varianten:

- Klage gegen die in Deutschland (oder anderswo) ansässige Muttergesellschaft. Ebenfalls hierher gehören Klagen gegen den in Deutschland (oder anderswo) ansässigen Auftraggeber in der Zulieferkette.
- Klage gegen ausländische Tochtergesellschaft
- Klage gegen ausländischen Zulieferer
- Kombinationen hieraus, also etwa Klagen gegen Mutter- und Tochtergesellschaft

Gegen wen Klage erhoben wird, hängt von verschiedenen Faktoren ab:

- Zurechenbarkeit des Verursachungsbeitrags und vor allem dessen Beweisbarkeit; schwierig ist dies vor allem bei Klagen gegen die Muttergesellschaft und noch mehr bei Klagen gegen den Auftraggeber in der Zulieferkette (Fall 1).
- Finanzielle Leistungsfähigkeit des Beklagten („deep pockets“) und Vollstreckungsmöglichkeiten
- Zugang zum Forum: Bestehen einer internationalen Zuständigkeit
- Zugang zum Recht: Welches materielle Recht ist anwendbar?

So wäre etwa im ersten Beispielfall eine Klage gegen den in Pakistan ansässigen Zulieferer, der die niedergebrannte Fabrik betrieb, sicherlich ohne größere Zuständigkeitsprobleme vor pakistanischen Gerichten zu erheben.<sup>39</sup> Allerdings mögen sich hier verschiedene Probleme stellen, die etwa mit der Zuverlässigkeit der pakistanischen Justiz zu tun haben könnten, jedenfalls

<sup>37</sup> Dazu aus U.S.-amerikanischer Sicht *Goldhaber*, 3 U.C. Irvine L. Rev. 127 (2013); *Thompson*, 40 Geo. Wash. Int'l. L. Rev. 841, 889-91 (2009); *Stephens*, 27 Yale J. Int'l L. 1, 10-16 (2002); aus europäischer Sicht etwa *Mankowski*, in: von Hoffmann (Hrsg.), *Universalität der Menschenrechte*, 2009, S. 139; *Muir Watt*, in: *Travaux du Comité Français de Droit International Privé* (Hrsg.), *Droit International Privé, Années 2010-2012*, 2013, S. 233 ff.

<sup>38</sup> Siehe dazu bereits *M. Stürner*, *Int. J. Proc. Law* 2014, 350, 360 ff.

<sup>39</sup> Das ist wohl auch geschehen.

aber damit, dass der Zulieferer möglicherweise weniger solvent ist als KiK selbst. Letztlich hat das KiK-Verfahren hohen Symbolcharakter und entfaltet damit potentiell große Medienwirksamkeit. Dies dürfte das höhere Prozessrisiko wieder aufwiegen.

## 1. Beklagte mit Sitz in Deutschland

Als recht unproblematisch erweisen sich zuständigkeitsrechtlich Klagen gegen in Deutschland ansässige Unternehmen, seien es Muttergesellschaften oder Auftraggeber wie im Fall KiK.

### a) Actor sequitur forum rei

Hat das beklagte Unternehmen seinen Sitz in Deutschland, so folgt bereits daraus eine (internationale) Zuständigkeit der deutschen Gerichte.<sup>40</sup> Hierbei spielt es keine Rolle, ob sich die streitgegenständliche Rechtsverletzung außerhalb des Gerichtsstaates zugetragen hat. Es erfolgt keine gesonderte Prüfung mehr, ob der Fall insgesamt eine ausreichende Nähebeziehung zum Forumstaat hat. Den Einwand des *forum non conveniens* kennt das europäische Zuständigkeitssystem nicht.<sup>41</sup>

Anders das Recht der USA: Dort wird eine gerichtliche Zuständigkeit auch am Beklagtenforum nicht immer selbstverständlich angenommen; ein entsprechender Einwand des Beklagten, es bestehe anderswo ein besser geeignetes Forum, verspricht durchaus Erfolg.<sup>42</sup> Im Kontext der Menschenrechtsklagen hatte der Court of Appeals for the Second Circuit einmal den Einwand des *forum non conveniens* mit dem Argument zurückgewiesen, es entspreche dem amerikanischen Interesse, Zivilklagen wegen Menschenrechtsverletzungen vor U.S.-Gerichten zuzulassen.<sup>43</sup> Nach *Kiobel* dürfte dies allerdings kaum mehr so formuliert werden.

Die Probleme liegen daher bei Klagen vor deutschen Gerichten vor allem im materiellen Recht, genauer: in der Zurechnung der Verantwortung zur Muttergesellschaft. Dies ist aber bei den hier interessierenden Fallkonstellationen zunächst eine kollisionsrechtliche Fragestellung, die in einem kleinen Exkurs behandelt werden soll.

### b) Kollisionsrechtliche Fragen

#### aa) Tatortregel

Die hier regelmäßig anwendbare europäische Rom II-VO folgt dem Tatortprinzip im Sinne einer Erfolgsortanknüpfung (Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO) und

---

<sup>40</sup> Die Rechtslage in den USA scheint sich dem nach der neuesten Judikatur des Supreme Court in *Daimler AG v. Bauman*, 571 U.S. \_\_\_ (2014) anzunähern.

<sup>41</sup> Siehe EuGH 1.3.2005, Rs. C-281/02 – *Owusu v. Jackson*, Slg. 2005, I-1383.

<sup>42</sup> Siehe *Piper Aircraft Co. v. Reyno*, 454 US 235 (1981): Deliktsklage in den USA gegen die US-Firma Piper wegen des Absturzes eines Piper-Flugzeuges über Schottland; Abweisung wegen *forum non conveniens* wegen der Sachnähe des Tatorts in Schottland.

<sup>43</sup> *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 226 F.3d 88, 103 ff. (2d Cir. 2000). Auch dieser Fall endete 2009 nach 13-jähriger Verfahrensdauer mit einem Vergleich, siehe *Mouawad*, New York Times, 9.6.2009, abrufbar unter <http://www.nytimes.com/2009/06/09/business/global/09shell.html?ref=global&r=0>. Zur Entscheidung *Rau*, ZaöRV 2001, 177.

verweist damit auf das Recht des Staates, in dem die Rechtsverletzung eingetreten ist.<sup>44</sup> Dieses Erfolgsortprinzip findet seine Berechtigung darin, dass der Geschädigte sich darauf verlassen können muss, dass diejenige Rechtsordnung Anwendung findet, in deren Geltungsbereich er sich zum Zeitpunkt der Rechtsverletzung aufhält.<sup>45</sup> Hierauf vermag er sich einzustellen, indem er adäquate Vorkehrungen wie die Wahl entsprechenden Versicherungsschutzes trifft. Dies gilt umso mehr, als häufig der Erfolgsort mit dem gewöhnlichen Aufenthalt des Geschädigten zusammentreffen wird. Aus Schädigersicht mag einiges für eine Anknüpfung an das Recht des Handlungsortes sprechen. Gleichwohl ist ihm zuzumuten, dass er sich bei grenzüberschreitenden Aktivitäten auf den Haftungsstandard derjenigen Rechtsordnung einstellt, in deren Geltungsbereich er seine Tätigkeit entfaltet.<sup>46</sup> Ohnehin liegt bei den hier in Rede stehenden Fallkonstellationen in aller Regel kein Distanzdelikt vor; Handlungs- und Erfolgsort werden regelmäßig zusammenfallen.

Zur Anwendung berufen wird damit diejenige Rechtsordnung, in der die behauptete Menschenrechtsverletzung erst ermöglicht wurde. Auch wenn dies wie ausgeführt aus kollisionsrechtlicher Sicht sachgerecht erscheint, so führt dies doch zur Geltung derjenigen Rechtsordnung, in der der Menschenrechtsstandard offensichtlich niedriger ist als hierzulande. Internationalprivatrechtlich liegt darin zunächst keine Besonderheit: Es herrscht seit *Savigny* das Postulat der Gleichwertigkeit aller Rechtsordnungen; die Verweisung in ein fremdes Recht darf nicht bereits deswegen missachtet werden, weil dort ein anderer Rechtsstandard herrscht, oder die Gesetze nicht von einem demokratisch legitimierten Gesetzgeber erlassen werden.<sup>47</sup> Ein gewisses Unbehagen scheint jedoch mit der Erfolgsortanknüpfung einher zu gehen, wenn dasjenige Recht desjenigen Staates Anwendung finden soll, wo „das Recht mit Füßen getreten wird“.<sup>48</sup>

### **bb) Die Beachtung der Rechtsrealität bei der Rechtsanwendung**

Dieses Unbehagen scheint sich noch zu steigern, wenn es an die Anwendung der auf diese Weise berufenen *lex loci damni commissi* geht: Dieses ist so anzuwenden, wie es im betreffenden Staat tatsächlich gilt, wie die Gerichte dieser Rechtsordnung dies auch tun würden.<sup>49</sup> Nicht ausreichend ist es also, sich mit der sich aus dem positiven Recht ersichtlichen Rechtslage zu begnügen, vielmehr kommt es auf das „law in action“ an, wie es die ober- und höchstrichterliche Rechtsprechung ausgeformt hat.<sup>50</sup> Nun sind die ein-

<sup>44</sup> Davon zu unterscheiden ist die Frage, unter welchen Umständen in Konzernsituationen eine Durchgriffshaftung in Betracht kommt; diese unterfällt dem Gesellschaftsstatut. Näher *Weller/Kaller/Schulz*, AcP 216 (2016), 387, 397.

<sup>45</sup> *G. Wagner*, IPRax 2006, 372, 376.

<sup>46</sup> *Rauscher/Unberath/Cziupka/Pabst*, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht. 4. Aufl. 2016, Art. 4 Rom II-VO Rn. 31 m.N.

<sup>47</sup> Siehe nur *von Hoffmann/Thorn*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2007, § 2 Rn. 50.

<sup>48</sup> So *G. Fischer*, in FS Remmers, 1995, 447, 451.

<sup>49</sup> BGH NJW 1976, 1588, 1589; BGH NJW 1991, 1418, 1419; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl. 2014, Rn. 705.

<sup>50</sup> Siehe *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004, § 15 III (S. 507); *von Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Band I: Allgemeine Lehren, 2. Aufl. 2003, § 5 Rn. 100; *Vrellis*, in Liber Amicorum Kurt Siehr, 2000, 829 f. m.w.N.

schlägigen Rechtsverletzungen wie Mord, Folter, Verschleppungen, Zwangsarbeit etc. wohl in jedem Rechtssystem der Welt grundsätzlich verboten und verpflichten deliktisch zum Schadensersatz. Anders kann es aber hinsichtlich der Frage der Rechtswidrigkeit solcher Handlungen aussehen. So könnte eine Haftung nach dem Tatortrecht ausscheiden, wenn eine Handlung behördlich erlaubt war oder wenn der Haftungsmaßstab dort ein anderer ist. Die geltend gemachten Ansprüche können nach Tatortrecht bereits verjährt sein. Dieser am Tatort geltende, niedrige Standard wäre im Sinne des Foreign-Court-Ansatzes auch durch das deutsche Gericht zu beachten. Ob international geltende Menschenrechtskonventionen im Rahmen der Rechtsanwendung zu beachten sind, richtet sich ebenfalls nach der *lex loci damni*: Je nachdem, ob diese dem monistischen oder dem dualistischen Modell folgt, kann die Bedeutung solcher völkerrechtlichen Normen für die Rechtsanwendung sehr unterschiedlich sein.

### cc) Auswege

Sucht man nach kollisionsrechtlichen Lösungen, so lassen sich verschiedene Wege beschreiten, um zur Anwendung des vermeintlich „besseren“ Forumrechts zu gelangen:

- der Rekurs auf die Ausweichklausel des Art. 4 Abs. 3 Rom II-VO (wesentlich engere Verbindung zum Forumstaat)
- Menschenrechte als besondere Sorgfaltspflichten i.S.d. Art. 17 Rom II-VO
- Menschenrechtliche Verhaltenspflichten als Eingriffsnormen i.S.d. Art. 16 Rom II-VO
- die Anwendung des *ordre public* in Art. 26 Rom II-VO.<sup>51</sup>

Alle diese Wege sind jedoch steinig und unwägbar.<sup>52</sup> Ihre Gangbarkeit und mögliche Lösungen sind derzeit Gegenstand einer Reformdebatte in der deutschen Rechtspolitik.<sup>53</sup> Vielfach wird die Anwendung der Rom II-VO dazu führen, dass nicht das vermeintlich opferfreundlichere deutsche, sondern das am Tatort geltende Recht zur Anwendung berufen wird. Auch dieser Umstand wird bei der Wahl des Forums zu beachten sein.

Bemerkenswert ist, dass sich die Klägerseite im Fall KiK explizit auf das pakistanische Tatortrecht beruft. Von dessen Anwendung erhofft man sich Vorteile bei der Zurechnung der deliktischen Handlung zur Beklagten. Mittlerweile hat das mit der Sache befasste Landgericht Dortmund den Beschluss gefasst, ein Gutachten zum pakistanischen Recht einzuholen.<sup>54</sup>

<sup>51</sup> Siehe insbesondere *Muir Watt*, in: *Travaux du Comité Français de Droit International Privé* (Hrsg.), *Droit International Privé, Années 2010-2012, 2013*, 233, 240 ff.

<sup>52</sup> Näher *M. Stürner*, in: *Festschrift für Coester-Waltjen*, 2015, S. 843.

<sup>53</sup> *Weller/Kaller/Schulz*, *AcP* 216 (2016), 387.

<sup>54</sup> Beschluss vom 29.8.2016 zur Gewährung von Prozesskostenhilfe an die Kläger und zur Einholung eines Rechtsgutachtens zum pakistanischen Recht. Siehe die Pressemitteilung unter [http://www.lg-dortmund.nrw.de/behoerde/presse/Pressemitteilungen/PM-KiK\\_docx.pdf](http://www.lg-dortmund.nrw.de/behoerde/presse/Pressemitteilungen/PM-KiK_docx.pdf).

## 2. Beklagte mit Sitz außerhalb Deutschlands

Deutlich schwieriger zu begründen erscheint eine internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte für Klagen gegen Unternehmen mit Sitz außerhalb Deutschlands (Fallbeispiel 2). Hierbei kann es sich um die Durchsetzung von Ansprüchen gegen ausländische Muttergesellschaften oder aber Tochter- und Zuliefer-Gesellschaften handeln. Wer sinnvollerweise verklagt wird, richtet sich nach den oben genannten Kriterien. Wegen des unterschiedlichen Rechtsregimes muss stets danach unterschieden werden, ob das beklagte Unternehmen seinen Sitz innerhalb der EU oder aber in einem Drittstaat hat.

### a) Sitz in EU-Staat

Eine Klage gegen die niederländische Ölfirma in Deutschland wie in Beispiel 2 wäre nach dem insoweit geltenden europäischen Regime der Brüssel Ia-Verordnung kaum denkbar. Abweichend vom allgemeinen Gerichtsstand am Sitz des Beklagten kann nur ausnahmsweise Klage vor den Gerichten eines anderen Mitgliedstaates erhoben werden, etwa dann, wenn der Erfüllungsort einer vertraglichen Verpflichtung dort liegt (Art. 7 Nr. 1 Brüssel Ia-VO) oder eine unerlaubte Handlung dort begangen wurde (Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO). Indessen liegt bei den hier interessierenden Konstellationen der deliktische Tatort gerade außerhalb der EU, so dass diese Gerichtsstände nicht weiterführen.

Allenfalls wäre eine solche Zuständigkeitseröffnung in dem besonderen Fall denkbar, dass bereits ein anderes Verfahren vor deutschen Gerichten anhängig wäre, zu dem die Klage eine so enge Beziehung aufweist, dass bei getrennter Verhandlung das Risiko widersprüchlicher Entscheidungen bestünde: In solchen Konstellationen wirkt die einmal eröffnete Zuständigkeit auch für den potentiellen Drittbeklagten (sog. Ankerklage, Art. 8 Nr. 1 Brüssel Ia-VO). Hier besteht allerdings die Einschränkung, dass dieser seinen Sitz ebenfalls in der EU haben muss. Bei den hier untersuchten Fallgestaltungen (Muttergesellschaft in der EU, Tochter in Drittstaat) führt die Ankerklage in ihrer derzeitigen Ausgestaltung mithin wohl nur sehr selten zum Erfolg.

Besondere Gerichtsstände bei fehlendem sonstigem Gerichtszugang, etwa in Form einer Notzuständigkeit, wurden im Rahmen der Revision des europäischen Zuständigkeitssystems der Brüssel I-Verordnung entgegen dem Vorschlag der Kommission<sup>55</sup> nicht eingeführt. Dies bedeutet indessen nicht, dass Notzuständigkeiten völlig unbekannt wären. So normiert die Europäische Erbrechtsverordnung in Art. 11 eine Notzuständigkeit mitgliedstaatlicher Gerichte, falls Rechtsschutz anderswo nicht zumutbar zu erlangen ist. Dabei ist jedoch ein ausreichender Bezug zum Forumstaat notwendig. Für Unterhaltsansprüche besteht in Art. 7 der Europäischen Unterhaltsverordnung eine vergleichbare Regelung. Beide Verordnungen sind indessen vorliegend sachlich nicht einschlägig.

---

<sup>55</sup> Art. 26 des Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Neufassung), KOM(2010) 748 endg.

Für die Einführung einer allgemeinen Notzuständigkeit in Zivilsachen in der Brüssel Ia-VO wurde das politische Risiko offenbar als zu hoch eingeschätzt.<sup>56</sup> Nachdem die generelle Ausweitung des Brüsseler Zuständigkeitssystems auf Drittstaatenbeklagte keine Zustimmung fand, hatten auch die beiden Vorschriften zur subsidiären und Notzuständigkeit keine Chance auf Verwirklichung.<sup>57</sup>

## b) Sitz in Drittstaat

Sitzt das beklagte Unternehmen außerhalb der EU, so kommt vorbehaltlich weniger Ausnahmen nicht das europäische, sondern das autonome nationale Prozessrecht des Forumstaates zur Anwendung (Art. 6 Abs. 1 Brüssel Ia-VO). Hier sind verschiedentlich sogenannte exorbitante Zuständigkeiten bekannt, also solche, bei denen ein vergleichsweise geringer Inlandsbezug als zuständigkeitsbegründend angesehen wird. So besteht nach § 23 ZPO eine internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte bereits dann, wenn der Beklagte seinen Sitz zwar nicht im Inland hat, wohl aber hier Vermögen besitzt. Dabei kann es sich auch etwa um eine Forderung handeln, die gegen einen in Deutschland ansässigen Schuldner besteht. Hat der ausländische Beklagte also Vermögen im deutschen Inland, etwa ein Konto bei einer deutschen Bank, so wirkt der Wohnsitz des Drittschuldners zuständigkeitsbegründend. In solchen Konstellationen könnte eine denkbare Taktik darin bestehen, dass der Kläger seinen Wohnsitz ins deutsche Inland verlegt, um den vom BGH geforderten Inlandsbezug<sup>58</sup> herzustellen.<sup>59</sup> Allerdings erscheint dies riskant, denn eine derart flüchtige Nähebeziehung dürfte regelmäßig nicht ausreichen.<sup>60</sup> Ob es als Ausgleich genügt, wenn der Beklagte (auch) einer geschäftlichen Tätigkeit im Inland nachgegangen ist, etwa durch Errichten einer Zweigstelle oder eines Verbindungsbüros, erscheint zweifelhaft.<sup>61</sup>

Auch das autonome deutsche Recht kennt keine geschriebene Notzuständigkeit. Indessen wird vielfach eine ungeschriebene Notzuständigkeit befürwortet, um eine ansonsten gegebene Justizverweigerung zu verhindern.

---

<sup>56</sup> Dies gilt wohl weniger für die EU-Kommission, die sich im Kiobel-Verfahren in einem Amicus-curiae-brief dahin eingelassen hatte, dass die Bejahung der internationalen Zuständigkeit amerikanischer Gerichte für ATS-Klagen nach allgemeinem Völkerrecht zwar möglich sei, aber eine hinreichende Verbindung zu den USA voraussetzen würde, vgl. Amicus curiae brief of the European Commission on behalf of the European Union as amicus curiae in support of neither party vom 13. Juni 2012, S. 26 ff. Diese Rechtsauffassung ist vor dem Hintergrund von Art. 26 des Kommissionsvorschlags zur Revision der Brüssel I-VO (KOM[2010] 748 endg.) zu sehen, der ebenfalls eine nicht näher präzierte Inlandsbeziehung fordert.

<sup>57</sup> Siehe näher *Domej*, RabelsZ 78 (2014), 508, 521 ff.

<sup>58</sup> BGHZ 115, 90, 94; BGH NJW 2013, 386; dazu *Koehler*, IPRax 2014, 312.

<sup>59</sup> Teilweise wird davon ausgegangen, dass § 23 ZPO subsidiär gegenüber besonderen Gerichtsständen (etwa § 32 ZPO) sei, dies folge aus der einschränkenden Auslegung der Norm durch BGHZ 115, 95, siehe *Zöller/Vollkommer*, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 23 Rn. 5; *Vollkommer*, IPRax 1992, 211 f.

<sup>60</sup> Bsp.: vorübergehende Entsendung des Arbeitnehmers nach Deutschland: BAG NZA 1997, 1184.

<sup>61</sup> BGH RIW 2013, 399 Tz. 13: „Dieser Inlandsbezug ist im Streitfall gegeben, weil das Insolvenzverfahren im Inland eröffnet wurde und die Versorgungsbezüge des Insolvenzschuldners aus seiner im Inland durchgeführten Tätigkeit resultieren.“

So forderte schon vor 60 Jahren *Paul Neuhaus*: „Wo sonst kein Land zuständig ist, soll jedes Land zuständig sein.“<sup>62</sup> Diese weite Ansicht hat sich indessen nicht durchsetzen können; gefordert wird stets ein hinreichender Inlandsbezug.

So sind nur sehr wenige Fälle bekannt, bei denen sich deutsche oder ausländische Gerichte auf der Basis einer ungeschriebenen Notzuständigkeit für zuständig erachtet haben.<sup>63</sup> Bejaht wurde diese etwa in Bezug auf das sog. Malta-Problem: Bis vor kurzem kannte das maltesische Recht keine Ehescheidung. Bestand also aus deutscher Sicht eine internationale Zuständigkeit der maltesischen Gerichte für die Ehescheidung (etwa bei deutsch-maltesischen Ehegatten mit Wohnsitz auf Malta), so folgte daraus eine Rechtsverweigerung, aus der teilweise eine Notzuständigkeit abgeleitet wurde.<sup>64</sup> Die Zulassung der Ehescheidung nach maltesischem Recht zum 1. Oktober 2011 hat das Problem indessen erledigt.<sup>65</sup> Vor der Wiedervereinigung wurde eine Notzuständigkeit bundesdeutscher Gerichte für die Ausstellung eines Erbscheins bejaht, der zur Beantragung des Lastenausgleichs benötigt wurde – DDR-Gerichte waren angewiesen, solche Erbscheine nicht auszustellen.<sup>66</sup>

Festzuhalten bleibt, dass privatrechtliche Klagen wegen behaupteter Menschenrechtsverletzungen grundsätzlich auch vor deutschen Gerichten erhoben werden können, dies aber im Regelfall nur dann, wenn der Beklagte seinen Sitz im Inland hat.

#### IV. Zukünftige Entwicklungen

Die derzeitige Reformdebatte in Deutschland konzentriert sich in der Erarbeitung des Nationalen Aktionsplans „Wirtschaft und Menschenrechte“, den das Auswärtige Amt koordiniert.<sup>67</sup> Damit sollen die eingangs erwähnten UN-Leitprinzipien Wirtschaft und Menschenrechte von 2011 umgesetzt werden. Die beiden einschlägigen Vorgaben lauten:

25. Als Teil ihrer Pflicht, Schutz gegenüber mit Unternehmen zusammenhängenden Menschenrechtsverletzungen zu gewähren, müssen Staaten geeignete Maßnahmen treffen, um durch gerichtliche, administrative, gesetzgeberische oder andere geeignete Mittel dafür Sorge zu tragen, dass die Betroffenen Zugang zu wirksamer Abhilfe haben, sofern solche Verletzungen in ihrem Hoheitsgebiet und/oder unter ihrer Jurisdiktion vorkommen.

Für grenzüberschreitende Fallkonstellationen entfaltet vor allem das darauf folgende Leitprinzip Bedeutung:

<sup>62</sup> RabelsZ 20 (1955), 265; die Feinststeuerung soll über das Rechtsschutzbedürfnis erfolgen. Kritisch *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl. 2014, Rn. 457.

<sup>63</sup> Abgelehnt etwa in BGH, Beschluss vom 17. Januar 1995, XI ZR 182/94, juris; BGH, Beschluss vom 12. Januar 1987, II ZR 203/86, juris.

<sup>64</sup> Siehe in den Niederlanden Hof's-Gravenhage NIPR 2006, 145.

<sup>65</sup> Siehe BGH FamRZ 2013, 687 m. Anm. *Hau*, 689.

<sup>66</sup> BGHZ 65, 311.

<sup>67</sup> Die Dokumentation hierzu findet sich unter [http://www.auswaertiges-amt.de/DE/Aussenpolitik/Aussenwirtschaft/Wirtschaft-und-Menschenrechte/Uebersicht\\_node.html](http://www.auswaertiges-amt.de/DE/Aussenpolitik/Aussenwirtschaft/Wirtschaft-und-Menschenrechte/Uebersicht_node.html).

26. Staaten sollten geeignete Maßnahmen zur Gewährleistung der Wirksamkeit innerstaatlicher gerichtlicher Mechanismen treffen bei der Handhabung von mit Unternehmen zusammenhängenden Menschenrechtsverletzungen, und dabei in Betracht ziehen, wie sie rechtliche, praktische und andere relevante Schranken abbauen können, die zur Verweigerung des Zugangs zu Abhilfe führen könnten.

Die Erläuterung hierzu führt explizit den Fall der Verweigerung von Rechtsschutz im sog. Gaststaat als Beispiel dafür an, dass der Heimatstaat des mutmaßlich verantwortlichen Unternehmens den Opfern den Zugang zu seinen Gerichten ermöglichen sollte. Die Öffnung der Gerichtsbarkeit für sog. extraterritoriale Sachverhalte ist damit aber offenbar nicht gemeint. Änderungen im Recht der internationalen Zuständigkeit, etwa die Einführung oder Erweiterung einer passiven Streitgenossenschaft nach dem Vorbild des Art. 8 Nr. 1 Brüssel Ia-VO, müssten ohnehin auf europäischer Ebene erfolgen.

Auch die Frage der Normierung einer Notzuständigkeit wird wohl weiterhin offenbleiben. Sie ist politisch heikel, da sie einen exorbitanten Gerichtsstand schafft, notwendig unbestimmt sein muss und möglicherweise hierdurch Klageanreize schafft, die kaum gewollt sein können. Die Schweiz etwa kennt eine ausdrückliche Regelung. Art. 3 des Schweizerischen Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht formuliert:

„Sieht dieses Gesetz keine Zuständigkeit in der Schweiz vor und ist ein Verfahren im Ausland nicht möglich oder unzumutbar, so sind die schweizerischen Gerichte oder Behörden am Ort zuständig, mit dem der Sachverhalt einen genügenden Zusammenhang aufweist.“

Mit etwas anderem Akzent formulieren die ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure 2004 in Art. 2.2:

„Jurisdiction may also be exercised, when no other forum is reasonably available, on the basis of: 2.2.1 Presence or nationality of the defendant in the forum state; or 2.2.2 Presence in the forum state of the defendant's property, whether or not the dispute relates to the property, but the court's authority should be limited to the property or its value.“

Auch das Institut de droit international hat sich der Thematik angenommen. Auf der Grundlage eines Berichts von Andreas Bucher, Professor in Genf, wurde am 30. August 2015 eine Resolution mit dem Titel „Universal Civil Jurisdiction with regard to Reparation for International Crimes“ verabschiedet; die Haager Konferenz für Internationales Privatrecht wird aufgefordert, diese Grundsätze bei der Ausarbeitung des sog. Judgments Project zu berücksichtigen.<sup>68</sup> Darin findet sich folgende Bestimmung:

#### Article 2

1. A State shall accept that its courts have universal civil jurisdiction over claims for relief by victims of an international crime, provided that –

---

<sup>68</sup> [http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/2015\\_Tallinn\\_01\\_en.pdf](http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/2015_Tallinn_01_en.pdf).

- a) no other State has stronger interests in respect of the claim, based on its connection with the victims and the defendants and on the relevant facts and circumstances; or
  - b) even though one or more other States have such stronger interests, such victims do not have in the courts of any such other State reasonably available remedies that afford appropriate and effective redress.
2. The courts of a State shall be considered to provide a reasonably available remedy if they have jurisdiction over the defendant and the claims by the victims and if they are capable of conducting the remedial process in compliance with the requirements of due process.
3. The court of a State where claims for relief by victims of an international crime have been brought, may decide to decline to entertain the claims or to suspend the proceedings, in light of the circumstances and the applicable rules, when the victims' claims have also been brought before -
- a) an international jurisdiction, as the International Criminal Court;
  - b) an authority providing for indemnification and based on international law; or
  - c) before the court of another State having stronger interests within the meaning of paragraph 1, letter b, and having reasonably available remedies that afford appropriate and effective redress to the victims.

Die Probleme, die eine solche Sonderzuständigkeit mit sich bringt, liegen hier deutlich auf der Hand: Ob eine „reasonably available remedy“ in einem anderen Staat gegeben ist, entscheiden die Gerichte des Forumstaates. Gleiches gilt für die Frage nach den „requirements of due process“. Dies dürfte sehr im Auge des Betrachters – hier: des entscheidenden Gericht – liegen. Wie unterschiedlich die Auffassungen diesbezüglich sein können, lässt sich bereits daran ablesen, dass sich selbst so hochentwickelte Jurisdiktionen wie die USA und die EU gegenseitig vorwerfen, nicht rechtsstaatlich zu sein.<sup>69</sup>

Unter dem Begriff der „international crimes“ versteht die Resolution „serious crimes under international law such as genocide, torture and other crimes against humanity, and war crimes“. Es wird bereits für die Eröffnung der Zuständigkeit darzulegen sein, dass eine entsprechende Menschenrechtsverletzung vorliegt. Der Kampf ums Forum wird hier in voller Schärfe entbrennen. Ob die Resolution für die hier behandelten Beispielfälle überhaupt Anwendung findet, erscheint zweifelhaft: Jedenfalls die im KiK-Verfahren vorgebrachten Vorwürfe dürfte nicht als internationale Verbrechen im beschriebenen Sinne anzusehen sein. So wird hier wohl wenig mehr als Symbolpolitik betrieben.

---

<sup>69</sup> Dies ist eine Mitursache des sog. Justizkonflikts zwischen Europa und den USA, der immer wieder aufflackert, siehe dazu *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl. 2014, Rn. 817 ff.



---

# Security Interest System Reform in Thailand: Focusing on Suretyship Reform

Kikuo Nishizawa, Osaka

## I. Introduction

As you know, coups often occur in Thailand. The last coup occurred in May 22, 2014. After the coup in May 22, 2014, the National Legislative Assembly was established instead of the House of Representatives and the Senate that were abolished by the coup. The National Legislative Assembly is a unicameral parliament system and this system was usually introduced after a coup. A characteristic of the Assembly established after a coup is to pass drafts easily. So, many drafts were proposed in sessions.

In many drafts passed by assembly in 2014, the act which revised suretyship and mortgage in Civil and Commercial Code (CCC) was included (the 2014 Amending Act). This act was promulgated in November 13, 2014 and carried out in February 11, 2015. However, argue about the 2014 Amending Act started just after promulgation. Because strong objections from the economic world occurred.

Finally, new Amending act was promulgated in July 14, 2015 (the 2015 Amending Act).

The 2015 Amending Act covers some matters that 2014 Amending Act didn't treat and receives some matters in response to the objections. This paper<sup>1</sup> aims to introduce security system reform in Thailand, especially suretyship and background of this reform.

## II. Aims and Contents of Suretyship System Reform

In Thailand, special agreements that differ from clauses about suretyship in CCC are widely approved by the Supreme Court. For example, a creditor uses special agreements in a surety contract to collect whole debt certainly although a secured obligation becomes extinct by prescription or is reduced by a creditor. As a result of this special agreement, a burden of a surety may be harder than that of a principal debtor. A surety in Thailand is no longer a second debtor or a performer. This reform aims to recover status of a surety as a second debtor.

### 1. Contents of 2014 Amending Act

---

<sup>1</sup> This paper is written based on 西澤希久男 [2015]. About suretyship system in Thailand in detail and other references, please refer to above article.

The 2014 Amending Act treats 6 items. First item is to determine scope of secured claims by new art. 681. In case of securing future claim or claim with conditions, kinds of claim, maximum amount and duration of suretyship should be expressed (main clause of par. 2). In case of no-expression of duration, suretyship can be terminated by the surety at any time (art. 699).

Second one is to prohibit joint suretyship. According to the aim of this reform, joint suretyship should be prohibited because joint suretyship makes a surety be same status of a principal debtor and it means that the surety is not a second debtor. To prohibit joint suretyship, new art. 681/1 avoids special agreements that make a surety assumes the obligation jointly with a principal debtor or has a status of a joint debtor. About joint debtor's matter, this article has an intent to deny Supreme Court Decision 6087/B.E. 2550 (A.D.2007). In the case of a special agreement to make a third person be a joint debtor in a suretyship contract, the Supreme Court judged that a third person consent to be a surety in spite of wordings in suretyship contract at first (Supreme Court Decision 382/B.E.2537 (A.D.1994), 247/B.E.2641 (A.D.1998)). However, Supreme Court Decision 6087/B.E.2550 (A.D.2007) judged that a special agreement to become a surety or a joint debtor in a suretyship contract was not against Unfair Contract Terms Act and valid. The Decision reasoned that even if this agreement is valid and the third person became a joint debtor and cannot exercise right of defense stipulated at art. 688 (defense of demand), art. 689 (defense of reference), art. 690 (defense of collecting obligation from secured properties that were secured by a principle debtor), this didn't pose burden much than law stipulated as a surety also cannot exercise same rights in joint suretyship.

About subject, both natural person and juridical or juristic person cannot become a joint surety. About this point, strong objection from economic world<sup>2</sup> occurred just after the 2014 Amending Act was promulgated. Because, in case of big projects, banks or government usually become joint surety and if they cannot become joint sureties, construction companies have larger risk than before.

Third item is to avoid special agreements that differ from some issues, namely, ① scope of secured claims (par. 1-3, art. 681), ② exercising rights of defense (art.694), ③ extinction of suretyship (art.698), ④ suretyship without period (art.699). The object to avoid special agreements regarding par.1 of art. 681, art.694 and art. 698 is not to make a burden of a surety being more onerous than one of a principal debtor. About this issue, there is Supreme Court Decision regarding that affected to draft the 2014 Amending Act. This is No, 9467/B.E.2544 (A.D.2001). This case is regarding to succession, extinctive prescription and extinction of suretyship. In this case, a creditor filed a suit to both a successor and a surety after a principal debtor had died for 7 years. Art. 1754 stipulates an extinctive prescription in case of inheritance. Based on this article, an action concerning inheritance cannot be entered later than 1 year after the death. In this case, a successor invoked extinctive prescription and a claim to the successor was dismissed. But a

---

<sup>2</sup> About the criticism in detail, please refer to ไทยรัฎ [2014].

claim to a surety was approved in spite of a principle debt was extinguished. Supreme Court said that special agreement that a surety paid debt after one year over pass of a principal debtor's dead meant that the surety consented to resign defense right based on art. 694 and this special agreement was not against good moral and public order. And the principle that stipulated in par. 1 art. 681, Suretyship can be given only for valid obligation is not absolute because par.3 art. 681 (par. 4 new art. 681) stipulates an exception to par.1, namely "An obligation, resulting from a contract which under mistake or incapacity doesn't bind the debtor, can be validly secured if the surety knows such mistake and in capacity at the time when the surety conclude the contract". As par. 1 of art. 681 was not absolute and special agreement contrary to this paragraph was valid, suretyship obligation didn't extinguish even though principle obligation extinguished by invoking prescription.

The aim of avoiding special agreements regarding par. 2 art. 681 and art. 699 is to ban comprehensive revolving suretyship.

Fourth item is about an duty of a creditor to a surety (new art.686). In case that a debtor breaches obligation, a creditor has to notice default to a surety within 60 days. If the creditor doesn't notice the surety, the creditor cannot require interest and late charge and so on after 60days. In Thailand, a creditor usually doesn't file a suit after default to get interest, late charge and so on. This practice leads to increase a burden of a surety. To make a surety response default of a principal debtor as soon as possible, this article requires the creditor's notice to the surety.

Fifth item is to reduce suretyship obligation (new art. 691). In case of reduction of amount of a secured claim, suretyship obligation shall be reduced to the extent of the principal obligation. In practice, a creditor often reduces amount of principle obligation, but the creditor demands full payment to the surety base on special agreements in a suretyship contract. It is not fair and burden of the surety is bigger than that of the principle debtor. So, this new clause is introduced.

Final item is about extinction of suretyship in case of extending period (new art. 700). In case that a creditor grants to a debtor an extension of time and a surety doesn't agree to its expansion, the surety is discharged. In old art. 700, there is no rule about prior agreement about expanding time. In new art. 700, a prior agreement is banned expressly.

## **2. Contents of the 2015 Amending Act**

To realize the aim of the reform, namely, recover status of surety as a second debtor, many radical methods are introduced. Some are accepted and others are criticized. In response to strong opposition to the 2014 Amending Act, a draft committee started to discuss new amending act just after promulgation of the 2014 Amending Act. The new amending act was promulgated in July 14, 2014 (The 2015 Amending Act). The 2015 Amending Act treats 3 items in the field of suretyship.

1. Revival of Joint Suretyship by Juridical Person
2. Avoiding special agreement that differ from art. 686
3. Exception of prior agreement about period expansion

About item 1 and 3, the 2014 Amending Act prohibits joint suretyship or prior agreement by both natural person and juridical person. However, for business operation, joint suretyship and period expansion are so important that joint suretyship are approved if a surety is juridical person and prior agreement is approved if a surety is finance institution or surety as a profession.

### III. Conclusion

Through this suretyship reform, I can point out some characteristics in Thai legal reform. Firstly, to solve problems, drafters or law makers don't hesitate to make new law not to be consistency with prior judicial precedents and legislations. Sometimes new legislation has boldness, sometimes has extremeness.

Secondly, excessive freedom of contract is believed in judicial courts. In the ground of suretyship problems, excessive freedom also exists. As a result of this belief to freedom of contract, this freedom leads to a society for economic strong persons including creditors. To reduce inequality in Thai society, courts have to change their thinking.

Finally, there is inconsistency of supreme court decisions. In some issues, supreme court decisions are changed without examination of the large or full branch. As a result of this, some decisions are contrary to other decisions. This situation leads to confusion and new legislation to solve this confusion.

### References

- 西澤希久男 [2015]、*「タイ民法改正と保証人保護」*、政策創造研究 9号  
ไทยรัฐ [2014] , คดีกฎหมาย "ปลดล็อก" กำประกันหนี้ คาบสองคณสันคลอนการเงินไทย, 8 Dec 2014,  
ไทยรัฐ, <http://www.thairath.co.th/content/467720>(1 Feb 2015)