Die Antworten des Rechts auf Krisen in Deutschland, Japan und Korea aus rechtsvergleichender Sicht

Vorträge des 8. Trilateralen deutsch-japanisch-koreanischen Seminars
3. bis 5. Juli 2018
in Konstanz

herausgegeben von
Prof. Dr. Andreas Popp, M.A. / Prof. Dr. Rudolf Rengier

Universität Konstanz, Fachbereich Rechtswissenschaft, Konstanz
Hanyang University, College of Law, Seoul
Kansai University, School of Law, Osaka
Deutsch-Japanische Juristenvereinigung e.V.

Konstanzer Online-Publikations-System (KOPS)
URL: http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:bsz:352-2-9lxvdfmxdkz07

Vorwort

Zwischen dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Konstanz, dem College of Law der Hanyang Universität (Seoul) und der School of Law der Kansai Universität (Osaka) besteht seit vielen Jahren eine immer wieder bestätigte und erneuerte Kooperation, in deren Rahmen seit nunmehr 18 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, 2006 und 2012 in Konstanz sowie 2010 und 2016 in Osaka fand das 8. Trilaterale Seminar vom 3. bis 5. Juli 2018 wieder in Konstanz statt.

Die Herausgeber freuen sich, nachdem schon die Vorträge aller bisherigen sieben trilateralen deutsch-japanisch-koreanischen Seminare publiziert worden sind, die Tradition fortzusetzen und hiermit den achten Band mit den Vorträgen des 8. Trilateralen Seminars vorzulegen.

Das Generalthema „Die Antworten des Rechts auf Krisen in Deutschland, Japan und Korea aus rechtsvergleichender Sicht“ sollte dazu anregen, die rechtliche Perspektive auf kulturelle Gemeinsamkeiten und Gegensätze im Umgang mit wirtschaftlichen und sozialen Krisensituationen zu lenken. Die hier versammelten Vorträge decken ein breites rechtliches Spektrum ab und haben ihre Schwerpunkte im Öffentlichen Recht (Seung-Ju Bang), im Arbeits- und Wirtschaftsrecht (Jochen Glöckner, Do-Kook Lee, Bernd Rüthers, Rüdiger Wilhelmi), im Strafrecht (Mitsuru Iijima, Andreas Popp, Rikizo Kuzuhara, Rudolf Rengier, Keiichi Yamanaka), im Internationalen Privatrecht (Michael Stürner) sowie in der Juristischen Methodenlehre (Young-Whan Kim).

Den Herausgebern ist es erneut ein großes Anliegen, all denjenigen zu danken, die durch ihre ideelle oder finanzielle Unterstützung die Durchführung auch dieses 8. Trilateralen Seminars ermöglicht haben. Denn 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 und der Deutsch-Japanischen Juristenvereinigung DJJV e.V. (www.djjv.org), die überdies auch mit einer ganzen Reihe von Mitgliedern – einschließlich ihres Vorsitzenden Herrn Dr. Jan Grotheer – in Konstanz vertreten war.

Ein besonderes Dankeschön gebührt schließlich Frau Widmann-Schmid im Sekretariat, die sämtliche Manuskripte mit sicherer Hand in die vorliegende elektronische Buchform gebracht hat, sowie Herrn Wiss. Mitarbeiter Mark Schoch und den studentischen Hilfskräften am Lehrstuhl Popp, Taschina Hummel, Robin Epple, Lennart Greiner und Christian Taraca, für Korrekturen und vielfältige organisatorische und technische Unterstützung.

Prof. Dr. Rudolf Rengier Prof. Dr. Andreas Popp

Konstanz, im Juli 2019

INHALT

Seung-Ju Bang***	Staatshaftung für die nachträglich für verfassungswidrig erklärte Notmaßnahme des Staatspräsidenten gemäß Art. 53 der Koreanischen Yushin Verfassung von 1972	1
Jochen Glöckner*	Kartellrecht und 'Big Data': Heftpflaster, Schweizer Messer oder Spezialwerkzeug?	18
Mitsuru Iijima**	Die Verpflichtung zur Vermeidung des Konflikts als Voraussetzung der Notwehrlage? Ein Überblick über den Stand der japanischen Rechtsprechung	38
Andreas Popp*	Krisen aus aller Welt im Spiegel der deutschen Strafjustiz	50
Young-Whan Kim***	Theorie und Praxis der juristischen Methodenlehre in Korea	59
Rikizo Kuzuhara**	Die Kriminalisierung der Kinder- und Rachepornografie – Reaktion auf die Krise der sexuellen Selbstbestimmung im Internet?	77
Rudolf Rengier*	Risikoreiche Autorennen auf öffentlichen Straßen mit tödlichen Folgen im Visier des Strafrechts	92
Bernd Rüthers*	"Das deutsche Arbeitsrecht im mehrfachen Umsturz der politischen Systeme und Ideologien" (1919, 1933, 1945/49 und 1990)	102
Do-Kook Lee***	Bezahlbarer Wohnraum in der Wohnungskrise in Korea im Hinblick auf den Wohnrechtsschutz	113

Michael Stürner*	Mein Recht oder Dein Recht? Das Internationale Privatrecht als Mittel zur Krisenbewältigung	126
Rüdiger Wilhelmi*	Compliance und Gesellschaftsrecht	146
Keiichi Yamanaka**	Der Jagdzwischenfall des Prinzen Heinrich von Preußen während seines Japanbesuches im Jahre 1880 – Diplomatische Krise und Strafrechtliche Verhaltensnorm	159

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

Staatshaftung für die nachträglich für verfassungswidrig erklärte Notmaßnahme des Staatspräsidenten gemäß Art. 53 d. Koreanischen Yushin Verfassung v. 1972

Seung-Ju Bang*

I. Einleitung

Am 14. August 2015 haben Beschwerdeführer A und seine Ehefrau, Beschwerdeführerin B, eine Verfassungsbeschwerde vor dem koreanischen Verfassungsgericht gegen ein Urteil des Obersten Gerichtshofs (im folgenden „OGH")[1] erhoben, der ihren Anspruch auf Ersatz desjenigen Schadens endgültig abwies, der durch die von dem ehemaligen Staatspräsidenten Park Chung Hee[2] erlassene Notmaßnahme Nr. 1, die Strafverfolgung durch die Staatsanwaltschaft, das Strafurteil durch die Richter und schließlich die Strafvollstreckung durch die Vollstreckungsbeamten in den 70er Jahren, die alle unmittelbar aufgrund dieser Notmaßnahme und in Bezug genommener Normen durchgeführt worden waren, verursacht worden war.

Tatsächlich war ihrer Klage auf Schadenersatz von der ersten Instanz teilweise stattgegeben, diese aber von der zweiten Instanz und anschließend vom OGH endgültig abgewiesen worden. Darauf haben die Beschwerdeführer Verfassungsbeschwerde nicht nur gegen dieses Urteil des OGHs, sondern auch § 68 Abs. 1 VerfGG erhoben, da diese Norm die Entscheidungen der Gerichte aus dem Bereich der Verfassungsbeschwerdegegenstände ausschloss. Diese Verfassungsbeschwerde wurde inzwischen am 30. August 2018 und am 28. Februar 2019 entschieden.[3]

---

* Prof. Dr. Seung-Ju Bang, Hanyang University of Laws, Seoul

1 Urteil des Koreanfuischen Obersten Gerichtshof(im folgenden: OGH) vom 26. 3. 2015, 2012da48824.

2 Vater der ehemaligen Staatspräsidentin, Park Geun Hye.

3 Vgl. dazu unten unter V.

Neuerdings besteht in Südkorea ein strafrechtlicher Verdacht gegenüber dem ehemaligen Präsidenten des OGHs, Yang Sung Tae[4], und der betroffenen Richter unter der Regierung der im Jahr 2017 ihres Amtes enthobenen ehemaligen Staatspräsidentin Park Geun Hye[5], ob und inwieweit er in Absprache mit der früheren Präsidentin einige politisch bedeutende, höchstgerichtliche Entscheidungen, einschließlich dieses Abweisungsurteils bezüglich des Ersatzes des durch die Notmaßnahme Nr. 1, 4, 9 des ehemaligen Staatspräsidenten Park Chung Hee verursachten Schadens, getroffen hat, um einem vom Obersten Gerichtshof initiierten Plan zur Verabschiedung eines Gesetzesentwurfs für die Einführung eines besonderen Revisionsgerichts unter dem Obersten Gerichtshof zu verwirklichen. Nun hat die Staatsanwaltschaft den OGH zur Herausgabe der auf diesen Verdacht bezogenen, originalen Festplatten des ehemaligen Präsidenten des OGHs aufgefordert. Allerdings bleibt weiterhin unklar, ob und inwieweit dieses Urteil wirklich von dieser verdächtigen Kollusion zwischen Yang Seung Tae und Park Geun Hye beeinflusst wurde, so dass in der vorliegenden Arbeit dieser Gesichtspunkt in der politischen Wirklichkeit zunächst aus unseren verfassungsrechtlichen sowie verfassungsprozessualen Perspektive auszuschließen ist.

Jedenfalls hatten schon früher nicht nur der OGH, sondern auch das Verfassungsgericht[6] in Korea die oben genannten Notmaßnahmen Nr 1[7], 2, 4[8], 9[9] des Staatspräsidenten Park Jeong Hee gemäß Art. 53 der damaligen Verfassung von 1972 (im Folgenden „Yushin Verfassung") für verfassungswidrig erklärt. Darüber hinaus hat der OGH der Wiederaufnahme der auf dieser Notmaßnahme beruhenden und schon vollstreckten Strafurteile der Betroffenen, wie des Beschwerdeführers A, stattgegeben. Trotzdem hat der OGH ausgerechnet diese Schadenersatzklage bezüglich der Notmaßnahme abgewiesen. Auch deshalb wird sehr aufmerksam verfolgt, wie das koreanische Verfassungsgericht reagieren soll und wird.

In der vorliegenden Arbeit sollen zunächst die Inhalte des oben genannten Urteils des OGHs (unter II) und der Verfassungsbeschwerde (unter III) verkürzt dargestellt werden, bevor ein Einblick in die verfassungsrechtlichen Probleme dieses Urteils gegeben (IV) und schließlich in einer Schlussbemerkung erläutert wird, wie das Verfassungsgericht in diesem Verfassungsbeschwerdeverfahren entscheiden sollte (V).

---

[4] Mittlerweile wurde er verhaftet und angeklagt. Der Strafprozess ist in der ersten Instanz in Seoul anhängig, siehe http://english.hani.co.kr/arti/english_edition/e_national/879734.html

[5] Zu Präsidentenanklageentscheidung vom 10. März 2017 siehe: http://search.ccourt.go.kr/ths/pr/eng_pr0101_E1.do?seq=1&cname=%EC%98%81%EB%AC%B8%ED%8C%90%EB%A1%80&eventNum=48728&eventNo=2016%ED%97%8C%EB%82%981&pubFlag=0&cId=010400

[6] VerfGE vom 21. 3. 2013, 2010hunba70, 132, 170.

[7] Urteil des OGHs vom 15. 12. 2010, 2010do5986 (Plenum).

[8] Urteil des OGHs vom 16. 5. 2013, 2011do2631 (Plenum).

[9] Urteil des OGHs vom 18. 4. 2013, 2013chgi689 (Plenum).

II. Abweisungsurteil des OGHs im Bezug auf Staatshaftung wegen der Notmaßnahme

Bevor wir die Entscheidung des OGHs näher untersuchen, sollten wir uns das Urteils der ersten Instanz, die der Klage der Beschwerdeführer teilweise stattgegeben hatte, sowie das Urteils durch die zweite Instanz, die ihren Anspruch abgewiesen hat, näher ansehen.

1. Inhalte des Urteils der ersten Instanz

(1) Grundlegende Sachverhalte

Der Kläger, Beschwerdeführer A im Verfassungsbeschwerdeverfahren, hat die seit 1973 bestehenden, verschiedenen Bewegungen für die Änderung der Yushin-Verfassung gemeinsam mit den Mitgliedern ziviler Initiativen, einschließlich Akademiker, Religionsführer und Studenten, fortgeführt.

Er war die erste Person, die aufgrund der Beschuldigung, die Notmaßnahme Nr. 1 verletzt zu haben, ohne Haftbefehl festgenommen, inhaftiert und Ermittlungen unterworfen wurde. Während seiner Haft und des Verhörs wurde er von den Beamten des Nachrichtendienstes geschlagen und misshandelt. Der Kläger wurde anschließend der Verletzung der Notmaßnahme angeklagt. In der ersten Instanz der Militärgerichte wurde er zu einer 15-jährigen Freiheitsstrafe verurteilt. Dieses Urteil wurde in der zweiten Instanz (rechtskräftig am 20. August 1974) auf 12 Jahre verkürtzt. Der Kläger wurde aufgrund der Aussetzung seiner Strafvollstreckung am 15. Februar 1975 freigelassen.

(2) Auslösung der Staatshaftung

Die damals gültige Yushin-Verfassung hatte Folgendes vorgesehen: Jeder Staatsbürger besitzt die Würde und den Wert als Mensch. Der Staat ist verpflichtet, die grundlegenden Menschenrechte der Staatsbürger so weit wie möglich zu gewährleisten (Art. 8 der Yushin-Verfassung). Jeder Staatsbürger genießt das Grundrecht der Freiheit der Person. Niemand darf ohne gesetzliche Grundlage festgenommen, inhaftiert, von Beschlagnahme betroffen, durchsucht, verhört, bestraft, einer Zwangsarbeit zugeführt oder unter Sicherungswahrung gestellt werden (damaliger Art. 10 Abs. 1). Für Festnahme, Inhaftierung, Beschlagnahme und Durchsuchung soll der richterliche Genehmigungsbrief, der auf Antrag der Staatsanwalt ausgestellt wird, vorgezeigt werden (Art. 10 Abs. 3). Die Freiheit der Meinungsäußerung, Presse, Versammlung, Vereinigung (Art. 18), das Petitionsrecht (Art. 23) und der gesetzmäßige Rechtsweg durch verfassungs- wie gesetzmäßige Richter (Art. 24) wird gewährleistet.

Daneben war Art. 53 der Yushin-Verfassung bezüglich der Notmaßnahmen wie folgt ausgestaltet: Der Staatspräsident kann eine notwendige Notmaßnahme über sämtliche Bereiche der Staatspolitik, wie Innen-, Außenpolitik, Verteidigung, Wirtschaft, Finanzen, Justiz usw. treffen, wenn er es für erforderlich hält eilige Maßnahmen zu ergreifen, weil der Staat sich einer Naturkatastrophe ausgesetzt sieht oder in einer schwerwiegenden finanziellen

oder wirtschaftlichen Krise befindet, oder Staatssicherheit oder die öffentliche Sicherheit und Ordnung ernstlich bedroht werden oder befürchtet werden muss, dass sie bedroht werden können.

Aber wie der OGH schon in seinem Urteil bemerkt hat, war die Notmaßnahme Nr. 1, die die rechtliche Grundlage der Inhaftierung von Kläger A war, von Anfang an mit der Yushin-Verfassung unvereinbar und nichtig gewesen, schon bevor die Notmaßnahme Nr. 1 aufgehoben oder außer Kraft gesetzt wurde, weil sie diese Voraussetzung für ihren Erlass nicht erfüllt und die zweckmäßige Grenze der Notmaßnahme überschritten, sowie die verfassungsrechtlich gewährleisteten Grundrechte der Staatsbürger dadurch verletzt hat, dass sie übermäßig in die Freiheit und Rechte der Staatsbürger eingegriffen hat. Deshalb stellt sich der Erlassakt der Notmaßnahme Nr. 1 des Staatspräsidenten Park Jeong Hee als eine rechtswidrige Handlung beim Vollzug seiner Amtsaufgabe dar. Auch alle Akte der restlichen beklagten Beamten, welche den Kläger ohne Haftbefehl festgenommen und inhaftiert, dabei Gewalt gegen ihn angewandt und ihn aufgrund der Notmaßnahme Nr. 1 in der ersten und zweiten Instanz verurteilt haben, werden als rechtswidrige Handlungen beim Vollzug der Amtsaufgabe bewertet.

Darüber hinaus hat die Notmaßnahme Nr. 1 eindeutig den Zweck, jede Diskussion über die Änderung der Yushin-Verfassung zu verbieten und jeden Widerstand des Volks gegen das Yushin-Regime zu unterdrücken. Die Intensität der grundrechtlichen Eingriffe, z.B. der Ausschluss des Erfordernisses eines richterlichen Haftbefehls, das Verbot aller politischen Aktivität einschließlich der Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit war schwerwiegend. Die geschädigten Interessen des Klägers waren verfassungsrechtlich gewährleistete, wesentliche Grundrechte, wie die Freiheit der Person und die Meinungsäußerung. In Anbetracht all dieser Umstände scheitert jede Rechtfertigung dieser rechtswidrigen Handlungen der mit dem geschilderten Sachverhalt befassten Beamten, so dass vom Vorliegen von Vorsatz oder zumindest Fahrlässigkeit bei Begehung ihrer Unrechtshandlungen auszugehen ist. Der Kläger war ohne Haftbefehl festgenommen und inhaftiert, körperlich misshandelt und zu einer 12-jahrigen Freiheitstrafe verurteilt worden, von der er über ein Jahr abgesessen hat. Es ist nach allgemeinen Erfahrungen zudem eindeutig davon auszugehen, dass der Kläger und seine Familie erhebliche psychische Schmerzen erlitten haben.

Deshalb ist der Beklagte verpflichtet jenen Schaden zu ersetzen, der durch die rechtswidrigen Handlungen, welche seine Beamten mit Vorsatz oder Fahrlässigkeit beim Vollzug ihrer Amtsaufgabe begangen haben, verursacht worden ist.

2. Inhalte des Urteils der zweiten Instanz

(1) Zur Frage, ob der Erlassakt der Notmaßnahme Nr. 1 an sich eine rechtswidrige Handlung ist

Die Notmaßnahme Nr. 1 ist von Anfang an nicht nur mit der Yushin-Verfassung, sondern auch mit der geltenden Verfassung, die die von dieser Notmaßnahme verletzten Grundrechte gewährleistet, unvereinbar gewesen -

schon bevor die Notmaßnahme Nr. 1 aufgehoben oder außer Kraft gesetzt wurde. Dies ist der Fall, da sie die Voraussetzungen für ihren Erlass nicht erfüllt, die zweckmäßige Grenze der Notmaßnahme überschritten und die verfassungsrechtlich gewährleisteten Grundrechte der Staatsbürger verletzt hat, indem sie übermäßig in ihre Freiheit und ihre Rechte eingegriffen hat (vgl. Urteil des OGHs vom 26. 12. 2010, 2010do5986 PleNum).

Jedoch stellt die Ausübung der die Notmaßnahme gestattenden Kompetenzen einen hoch politischen Staatsakt dar. Der Staatspräsident besitzt nur gegenüber dem ganzen Volk eine politische Verantwortung. Von einer Rechtspflicht gegenüber den einzelnen Staatsbürgern kann man aber nicht ausgehen, so dass auch eine solche Ausübung der Notstandskompetenz vom Staatspräsidenten keine zivilrechtlich rechtswidrige Handlung in Beziehung zu einzelnen Bürgern begründet (vgl. Urteil des OGHs vom 26. 3. 2015, 2012da48824).

Demgemäß stellt der Erlassakt der Notmaßnahme Nr. 1 an sich keine rechtswidrige Handlung durch die Beamten mit Vorsatz oder Fahrlässigkeit dar, die der § 2 Abs. 1 des Staatshaftungsgesetzes voraussetzt, so dass das diesbezüglich entgegenstehende Argument der Kläger nicht akzeptiert werden kann.

(2) Zur Frage, ob die Strafverfolgung und Strafurteile rechtswidrige Handungen sind

Obwohl die strafrechtliche Norm von Anfang an durch die Verfassungswidrigkeitserklärung des Verfassungsgerichts nichtig war, stellen sich die Strafverfolgung, die Anklage sowie die anschließenden Strafurteile aufgrund dieser Strafrechtsnorm nicht selbsverständlich als rechtswidrige Handlungen durch die Beamten mit Vorsatz oder Fahrlässigkeit im Sinne von § 2 Abs. 1 Staatshaftungsgesetz dar, aus dem sich der Staatshaftungsanspruch auf den Schadenersatz ergibt.

Wie oben dargestellt, ist die Notmaßnahme Nr. 1 verfassungswidrig und nichtig. Jene Amtstätigkeiten der strafverfolgenden Beamten, wie die des Staatsanwalts, aufgrund dessen der Verdächtige ohne Haftbefehl festgenommen wurde und der auch Anklage gegen ihn erhoben hat, oder der Richter, welche durch ihre Strafurteile aufgrund dieser Notmaßnahme Nr. 1 den Angeklagten verurteilt haben, stellen aber, da Art. 53 Abs. 4 der Yushin-Verfassung vorsieht, dass die Notmaßnahme gemäß Abs. 1 und Abs. 2 keiner richterlichen Überprüfung unterliegt und soweit die Notmaßnahme Nr. 1 damals noch nicht für verfassungswidrig und nichtig erklärt worden war, dennoch keine vorsätzlichen oder fahrlässigen, rechtswidrigen Handlungen dar.

3. Das Urteil des OGHs

Obwohl wir alle Dokumente und die Begründung in der Revisionsklage betrachtet haben, wird diese Revisionsklage einstimmig gemäß § 5 Sondergesetz zum revisionsgerichtlichen Verfahren (im Folgenden: Revisionsverfahrensgesetz) abgewiesen, weil die Argumente in der Revisionsklage

gemäß § 4 Abs. 1 Revisionsverfahrensgesetz nicht zur Sachentscheidung zu akzeptieren oder sie unbegründet sind.

III. Argumente der Verfassungsbeschwerdeführer

1. Verfassungswidrigkeit des Urteils des OGHs

(1) Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes

Am 21. März 2013 hat das Verfassungsgericht die Notmaßnahme für verfassungswidrig erklärt, weil sie die wesentlichen Grundrechte der Bürger verletzt hat. In dieser Entscheidung hat das Gericht ausgeführt, dass auch die Notmaßnahme als Beschwerdegegenstand akzeptiert wird, falls sie die Grundrechte der Bürger berührt, obwohl sie zu einem Regierungsakt als eine hochpolitische Entscheidung gehört.

Aber der OGH hat keine Staatshaftung in der Beziehung zwischen dem Staatspräsidenten und den einzelnen Bürgern für den Erlass der Notstandsmaßnahme anerkannt, da die Ausübung der Notstandskompetenz vom Staatspräsidenten angeblich zum hochpolitischen Regierungsakt gehöre, der seinerseits mit dem Rechtsstaatsprinzip vereinbar sei. Diese Stellungnahme widerspricht offensichtlich der Verfassungswidrigkeitserklärung durch das Verfassungsgericht, nach welcher die Ausübung der Notstandskompetenz durch den Staatspräsidenten und seine Notmaßnahme übermäßig in die Grundrechte der Bürger, namentlich in die politische Meinungsäußerungsfreiheit, eingegriffen und gleichzeitig die immanente Grenze der Notstandskompetenz überschritten habe.

Die Aberkennung der Staatshaftung für die Notmaßnahme trotz der Verfassungswidrigkeitserklärung durch das Verfassungsgericht sowie den Obersten Gerichtshof selbst ist somit logisch inkonsistent.

Der OGH hat den Gleichheitsgrundsatz verletzt, indem er anders als bei anderen Staatshaftungsfällen die Staatshaftung ausschließlich beim Fall des Erlasses der Notmaßnahme durch den Staatspräsidenten aberkannt hat. In diesem Sinne wurde das Recht des Klägers auf Gleichheit verletzt.

(2) Verletzung des Rechts auf gerichtliche Entscheidung

Art. 27 Abs. 1 sieht vor, dass alle Staatsbürger das Recht auf gerichtliche Entscheidung gemäß dem Gesetz durch diejenigen Richter haben, die die Verfassung und das Gesetz bestimmen. Die gerichtliche Entscheidung gemäß dem Gesetz ist als eine Entscheidung gemäß dem nicht nur materiellrechtlich, sondern auch prozessrechtlich verfassungsmäßigen Gesetz zu verstehen und sie ist die Entscheidung gemäß denjenigen Gesetzen, welche mit der Rechtsstaatsidee vereinbar sind.

Aber der OGH hat die Klage aus den Gegenständen der richterlichen Überprüfung ausgeschlossen und sie abgewiesen, indem es vorausgesetzt hat, dass die Ausübung der für verfassungswidrig erklärten Notmaßnahmekompetenz des Staatspräsidenten als ein hochpolitischer Regierungsakt betrachtet wird, der mit dem Rechtsstaatsprinzip vereinbar ist.

So hat der OGH das Recht der Beschwerdeführer auf gerichtliche Entscheidung gemäß dem Gesetz verletzt.

(3) Verletzung des Anspruchs auf Staatshaftung

Art. 29 Abs. 1 KV sieht vor, dass derjenige Bürger, der durch die rechtswidrigen Handlungen von Beamten bei Ausübung ihrer Amtsaufgabe einen Schaden erlitten hat, das Recht auf fairen Ersatz nach Maßgabe des Gesetzes besitzt. Der Gesetzgeber hat diese verfassungsrechtliche Klausel dahingehend konkretisiert, dass der Staat oder die kommunale Körperschaft verpflichtet sind, den Schaden zu ersetzen, den ein Beamter oder Beliehener beim Vollzug der jeweiligen Amtsaufgabe mit Vorsatz oder Fahrlässigkeit einem Dritten dadurch zugefügt hat, dass er eine Rechtsnorm verletzt hat (§ 2 Abs. 1 Staatshaftungsgesetz).

Park Jeong Hee, der damals die Notmaßnahme erlassen hat, war im Amt als Staatspräsident. Die Polizeibeamten, die gegen den Verdächtigen aufgrund dieser verfasungswidrigen Notmaßnahme ermittelt haben, und die Staatsanwälte, die die Anklage erhoben und nach dem Urteil die Strafe vollstreckt haben, sowie die Richter, die den Prozess geführt und den Beschwerdeführer A verurteilt haben, sind allesamt Beamte (Organwalter).

Die Notmaßnahme stellt eine rechtswidrige Handlung dar, weil Staatspräsident Park Jeong Hee sie verfassungswidrig erlassen hat, denn die Tatbestände für den Erlass der Notmaßnahme waren nicht erfüllt und die Maßnahme hat die rechtsstaatliche Grenze überschritten.

Die Staatsanwälte, die Polizeibeamten und die Richter haben aufgrund dieser Notmaßnahme die Strafverfolgung vorgenommen und anschließend den Beschwerdeführer angeklagt und verurteilt, obwohl sie wussten, dass diese Notmaßnahme, welche auf der vorsätzlichen rechtswidrigen Handlung des Staatspräsidenten Park Jeong Hee beruhte, das Recht der Beschwerdeführer auf Freiheit der Person, freie Meinungsäußerung sowie Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit verletzen kann. Deshalb haben sie alle als Beamte rechtswidrige Handlungen vorsätzlich oder wenigstens fahrlässig begangen, so dass der Anspruch der Beschwerdeführer auf Schadenersatz begründet ist. Trotzdem hat der Oberste Gerichtshof ihre Klage abgewiesen. Dadurch hat er das Recht der Beschwerdeführer auf Staatshaftung verletzt.

2. Verfassungswidrigkeit des § 68 Abs. 1 des VerfGG

Der Gesetzgeber hat die Grenze der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers durch den § 68 Abs 1 VerfGG überschritten, der die gerichtlichen Entscheidungen aus den Gegenständen der Verfassungsbeschwerde ausgeschlossen hat.

Während die Verwaltungsgerichtbarkeit eine Abwehrfunktion gegen solche Grundrechtsverletzungen hat, die von der Verwaltung verursacht werden, und die Normenkontrolle die Funktion hat, Grundrechtsverletzungen abzuwehren, die vom Gesetzgeber verursacht werden, wurde die Verfassungsbeschwerde eigentlich als Abwehrfunktion gegen die Grundrechts-

verletzung entwickelt, die von gerichtlichen Entscheidungen ausgehen. Die wesentliche Bedeutung der Verfassungsbeschwerde liegt also in der Justizkontrolle, und das Subsidiaritätprinzip der Verfassungsbeschwerde setzt diese Justizkontrolle durch die Verfassungsbeschwerde voraus. Deshalb kann die geltende Institution der Verfassungsbeschwerde gemäß § 68 Abs. 1 VerfGG, welcher als eine Zulässigkeitsvoraussetzung fordert, zunächst den anderen Rechtsweg auszuschöpfen, bevor man eine Verfassungsbeschwerde erhebt, die ganze Verfasungsbeschwerdeinstitution selbst ins Leere laufen lassen, weil man keine Verfassungsbeschwerde gegen die gerichtlichen Entscheidungen als anderen Rechtsweg mehr erheben kann, auch wenn man nach dem Subsidiaritätsprinzip diesen gerichtlichen Rechtsweg schon ausgeschöpft, aber abgewiesen wurde, weil die gerichtlichen Entscheidungen ursprünglich aus den Verfassungsbeschwerdegegenständen ausgeschlossen sind.

Wenn ich kurz ergänzen darf, machen der Ausschluss der Urteilsverfassungsbeschwerde einerseits und die Subsidiaritätsaufforderung andererseits konkurrierend unser Verfassungsbeschwerdesystem fehlerhaft und leerlaufend.

Nach dem Beschwerdeführer widerspricht deshalb das System dem Art. 111 Abs. 1 Nr. 5 der Verfassung und der Systemgerechtigkeit.

IV. Einige verfassungsrechtliche Probleme dieses Urteils des OGHs

1. Der Rechtscharakter der Notmaßnahme

Die Notmaßnahme des Staatspräsidenten gemäß Art. 53 der Yushin-Verfassung ist kein Gesetz, das die Nationale Versammlung verabschiedet hat, sondern eine Notstandsregel, die gesetzliche Wirkung besitzt. Der Träger dieser Notmaßnahme ist der Staatspräsident, nicht das Parlament. Trotzdem hat sie eine gesetzliche Wirkung, welche wie schon erörtert schwer in die Grundrechte der Bürger eingreift und notwendige einstweilige Maßnahmen für die Sicherheit und Ordnung des Staates über alle politische Bereiche trifft, so dass sie in Wirklichkeit sogar eine übergesetzliche Wirkung entfaltet.

Trotzdem darf man – wie Teile der Literatur in Korea[10] - die Staatshaftung für diese Notmaßnahme als diejenige für legislatives Unrecht betrachten, weil ihr Träger eben kein Parlament als Kollegialorgan, sondern nur der Staatspräsident als Einmannorgan ist.

Um die Staatshaftung für legislatives Unrecht in einem anderen Fall[11] abzulehnen, hat der Oberste Gerichtshof daraufhin betont, dass die Abgeordneten nur politische Verantwortung gegenüber dem ganzen Volk, aber keine Rechtspflicht gegenüber dem einzelnen Bürger tragen. Hier hat er nun

---

[10] Jinsu Yune, Uncinstitutional Presidential Emergency Decree as a Tort, The Korean Journal of Civil Law, Vol. 81, 2017. 12., pp. 93-154(104)(auf Koreanisch)

[11] Urteil des OGHs vom 13. 6. 1997, 96da56115.

diese Rechtsprechung ohne weiteres in den Fall der Staatshaftung für die Notmaßnahme des Staatspräsidenten übertragen[12], wieder mit der Begründung, dass der Staatspräsident politische Verantwortung gegenüber dem ganzen Volk, aber keine Rechtspflicht gegenüber dem einzelnen Bürger trage.

Meines Erachtens besitzen nach dem Wortlaut des Art 10 der Koreanischen Verfassung nicht nur die Abgeordenten, sondern auch der Staatspräsident einschließlich aller Beamten und Organwalter eine Rechtspflicht gegenüber dem einzelnen Bürger, die grundlegenden Menschenrechte des Einzelnen festzustellen und zu schützen, nicht nur bloße politische Verantwortung gegenüber dem ganzen Volk.

2. Der Erlass der Notmaßnahme durch Staatspräsident Park Jeong Hee als eine rechtswidrige Handlung

(1) Das Problem der unkritischen Übertragung der deutschen "Drittbezogenen Rechtspflichtverletzung" gemäß § 839 BGB in die koreanische Rechtsprechung im Bezug auf Staatshaftung

Dieses oben genannte Argument stammt, inhaltlich gesehen, aus der Rechtsprechung des japanischen Obersten Gerichtshofs[13], der die Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofs[14] rezipiert hat[15], welcher seinerseits ursprünglich von der Auffassung von Dagtoglou entscheidend beeinflusst wurde (Fetzer).[16]

Jedenfalls ist ursprünglicher Träger solcher Rechtsprechung der deutsche BGH, nach dessen Rechtsprechung im Prinzip keine drittbezogene Amtspflichtverletzung gemäß § 839 BGB beim legislativen Unrecht begründet werden kann, weil es sich bei der Gesetzgebung durch Abgeordnete nur um allgemeine und abstrakte Normen handle und das allgemeine und abstrakte Gesetz, ausschließlich des Einzelfall- oder Maßnahmegesetzes, in der Regel dem Wohl der Allgemeinheit, nicht dem Interesse der einzelnen Bürger diene.[17]

Gegen diese Rechtsprechung der "Drittbezogenen Rechtspflichtverletzung", die eigentlich der Filterfunktion zu dienen scheint, könnte mit Fetzer[18] die materielle Rechtsstaatlichkeit wie die grundrechtliche Schutzpflicht aller staatlichen Organe nach Art 20 Abs. 3 sowie Art 1. Abs. 3 GG, und Art 10 der KV sprechen, da diese grundrechtliche Schutzpflicht aller Organwalter und

---

[12] Jinsu Yune, aaO, 107, 108, 109.

[13] Z.B. Japanische OGHZ, 39, 7, Urteil vom 21. 11. 1985. Dazu vgl. Jinsu June, aaO, 117.

[14] BGHZ 54, 40 (NJW 1971, 1172).

[15] Jinsu Yune, aaO, 108, 121, 122.

[16] Rhona Fetzer, aaO, 91.

[17] BGHZ 54, 40.

[18] Rhona Fetzer, Die Haftung des Staates für legislatives Unrecht, Berlin 1993, s. 42 ff.

der Beamten einschließlich der Abgeordneten weder bloße politische, noch ethische, sondern eine rechtliche Pflicht gegenüber dem einzelnen Bürger ist.[19] Deshalb ist die Drittbezogenheit beim Fall des legislativen Unrechts nicht zu verneinen, die meiner Meinung nach natürlich bei der (verfassungskonformen) Auslegung des koreanischen Staatshaftungsrechts nicht unbedingt notwendig zu sein scheint.

Der Staatspräsident, der diese Notmaßnahme erlassen hat, und die Staatsanwälte und Richter, die dem Beschwerdeführer aufgrund dieser Notmaßnahme Nr. 1 Strafverfolgung und Strafurteile auferlegt haben, sind eigentlich verpflichtet, alle Grundrechte der einzelnen Bürger nach Art. 8 der damals geltenden Yushin-Verfassung, sowie nach Art. 10 der jetzt geltenden Koreanischen Verfassung, zu gewährleisten. Vor allem ist der Staatspräsident verpflichtet, die Verfassung zu hüten. Ihre grundrechtliche Schutzpflicht oder Festellungs- wie Gewährleistungspflicht ist die Rechtspflicht gegenüber dem einzelnen Bürger, nicht bloße politische Verantwortung gegenüber dem ganzen Volk, so dass die Rechtsprechung des OGHs als eine Art Sophisterei bewertet werden kann.

Ich frage mich zudem, warum wir das Kriterium der „drittbezogenen Rechtspflichtverletzung" überhaupt brauchen, um Staatshaftung für die rechtswidrige Handlung in der Auslegung des koreanischen Staatshaftungsgesetzes anzuerkennen. Es gibt keinen ausdrücklichen Wortlaut im § 2 Abs. 1 Staatshaftungsgesetz, der eine „drittbezogene Rechtspflichtverletzung" voraussetzen würde. Nur die Formel „wenn der Beamte unter der Verletzung der Rechtsnormen mit Vorsatz oder Fahlässigkeit dem Dritten den Schaden verursacht" ist als Tatbestand für Anerkennung der Staatshaftung benannt. Es ist selbstverständlich, dass zu diesen Rechtsnormen die Verfassung und die Grundrechte gehören.

Ich würde gerne dazu raten, dass unser Oberster Gerichtshof auf die unkritische Rezeption der Rechtsprechungen des japanischen OGH oder deutschen BGH verzichten und unabhängig davon versuchen sollte, die Eigenarten der koreanischen Verfassung und des Staatshaftungsgesetzes zu finden und sie verfassungskonform auszulegen.

(2) Vorsatz oder Fahrlässigkeit

Auch der Koreanische OGH fordert Vorsatz oder die Fahrlässigkeit bei den rechtswidrigen Handlungen der Beamten gemäß § 2 Abs. 1 Staatshaftungsgesetz für die Anerkennung der Staatshaftung. Es ist aber außerordentlich schwer und nicht zumutbar, dass der Beschwerdeführer den Vorsatz oder die Fahrlässigkeit der rechtswidrigen Handlungen durch den Staatspräsidenten sowie die Beamten beim Erlass und Vollzug der verfas-

[19] Zustimmend auch Jinsu Yune, aaO, 123; Byung-Ki Kim, Staatshaftung für das legislative Unrecht: im Falle des Erlasses eines rechtswidrigen Gesetzes, Administrative Law Journal 11, 2004. 5., 223-241 (228) (auf Koreanisch).

sungswidrigen Notmaßnahme, welche vor fast 50 Jahren erfolgten, selbst beweist.

Wie die erste Instanz entschieden hat, wäre es empfehlenswert und geeigneter, dass in dem Fall wie der Notmaßnahme des Staatspräsidenten Park Jeong Hee nicht der einzelne geschädigte Bürger, sondern der Staat, der die Unrechtshandlungen jedenfalls selbst begangen hat, die Beweislast trägt.

Oder wir könnten auch von der verschuldensunabhängigen Staatshaftung in extremen Fällen ausgehen, in denen das VerfG die Normen schon für verfassungswidrig erklärt hat.

Um die Beweislast für den Verschuldenstatbestände zu erleichtern, wird in der Literatur die Entindividualisierungsthese (Fetzer)[20] und die Organisationsverschuldensthese[21] angeführt, die hier nicht ausführlicher behandelt werden können, aber mir prima facie vertretbar erscheinen.

(3) Kausalität zwischen rechtswidriger Handlung und Schaden

Wenn es keinen Erlass der Notmaßnahme, keinen Vollzug und keine Strafurteile aufgrund dieser Notmaßnahme gegeben hätte, wäre der Beschwerdeführer damals nicht festgenommen, inhaftiert und bestraft worden. Es ist selbstverständlich, dass nicht nur er selbst, sondern auch Beschwerdeführer B als Familienmitglied enormes psychisches Leid und wirtschaftliche Schwierigkeiten erfahren hat. Deshalb kann man in diesem Fall ohne Weiteres die Kausalität zwischen Schaden und Erlass der verfassungswidrigen Notmaßnahme als rechtswidrige Handlung anerkennen, aber es ist Aufgabe der Gerichte, die konkrete Höhe und den Umfang des Schadenersatzes etwa nach der Adäquanztheorie[22] oder Ähnlichem, wie etwa der sog. Schutznormtheorie, zu berechnen.

3. Staatshaftung für den Vollzug der Staatsanwälte

Der Koreanische OGH ist der Meinung, dass die Amtshaftung für die Beamten, die diese verfassungswidrigen Strafnormen schon damals angewendet hatten, nicht selbstverständlich anerkannt werden kann, obwohl die Notmaßnahme nachträglich für verfassungswidrig erklärt worden ist.

Wenn ein Gesetz später vom Verfassungsgericht für verfassungswidrig erklät worden ist, stellt sich die Frage, ob und inwieweit das Verschulden der Beamten, die vor dieser Verfassungswidrigkeitserklärung das Gesetz angewendet und dem Geschädigten Schaden verursacht haben, anerkannt werden kann und soll. Ihr Verschulden wird normalerweise mit der Begründung abgelehnt, dass sie keine Macht haben, die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes zu überprüfen, sondern sie vielmehr verpflichtet sind, das Gesetz unabhängig davon anzuwenden.

---

[20] Rhona Fetzer, aaO, 111.

[21] Jinsu Yune, aaO, 126 m.w.N.; Byung-Ki Kim, aaO., 232.

[22] Urteil vom 12. 2. 199 des OGHs, 91da43466; Urteil vom 22. 7. 2010 des OGHs, 2010da13527. Vgl. dazu Jinsu Yune, aaO, 122.

Wenn wir aber den Umstand berücksichtigen, dass die Staatsanwälte, die als juristische Experten normalerweise viel bessere juristische Sachkenntnisse als die allgemeinen „pflichttreuen Durchschnittsbeamten" haben dürften, bestimmt gewusst haben, oder hätten wissen müssen, dass die Notmaßnahme des Staatspräsidenten Park Jeong Hee in jeglicher Hinsicht eindeutig mit der damals geltenden Yushin-Verfassung unvereinbar war, drängt sich die Frage auf, ob man bei Überprüfung ihres Verschuldens unbedingt vom sog. „Anwendungsgebot" der Notmaßnahme ausgehen kann und darf. Vielmehr muss man in dem vorliegenden, extremen Staatsverbrechensfall der Notmaßnahme des Staatspräsidenten Park Jeong Hee entweder die verschuldensunabhängige, unmittelbare Staatshaftung akzeptieren oder die Tatbestände des Verschuldens dann objektivieren, wenn die meisten Angeklagten wie der Beschwerdeführer bereits in der Wiederaufnahmeklage für unschuldig erklärt worden sind. Welchen Beweis braucht man noch um die „individualbetroffene Amtspflichtsverletzung" und das Verschuldens der Beamten anzuerkennen?

Die damaligen Staatsanwälte hätten viele der von den Beamten des Nachrichtendienstes festgenommenen oder inhaftierten Verdächtigen, wie auch den Verfassungsbeschwerdeführer A, keiner Strafverfolgung unterziehen müssen. Wünschenwerter erscheint es, wenn sie die richterliche Vorlage der damaligen Verfassungskommission auf Verfassungsmäßigkeit der Notmaßnahme im Strafprozess veranlasst hätten. Dies scheint aber dann natürlich nicht zumutbar, wenn man die diktatorischen und repressiven Verhältnisse unter dem damaligen Yushin-Regime des Staatspräsidenten Park Jeong Hee bedenkt.

Jedenfalls scheint es vom Gesichtspunkt des Beschwerdeführers nicht wichtig, welcher Beamte im konkreten Fall für die Anwendung der Notmaßnahme verantwortlich war. Er hat auf alle Fälle den Schaden durch die gesamten rechtswidrigen Handlungskomplexe aller beteiligten Staatsorgane erlitten. Wer die eindeutig[23] verfassungswidrigen strafrechtlichen Normen schuldhaft auf den Geschädigten angewendet und den Schaden verursacht hat, scheint nur für die inneren Beziehungen zwischen Beamten und Dienstherrn (Staat) bedeutsam zu sein, damit der Staat dem Beamten nachher erforderlichenfalls für einen Rückgriff (Regress) in Anspruch nehmen kann. Diese inneren Verhältnisse sind aber für Geschädigte wie den Beschwerdeführer selbst, also im Außenverhältniss, weit weniger wichtig.

Deshalb sollte entgegen der Meinung des OGH die Beweislast in diesem Fall, wie beim verfassungswidrigen Vollzug der später für verfassungswidrig erklärten Notmaßnahme, vor allem wenn der Wiederaufnahme vom ordentlichen Gericht schon stattgegeben wurde, unbedingt umgekehrt werden[24], so dass die Staatsanwälte, die diese verfassungswidrige Strafnorm angewendet haben, selbst beweisen müssen, dass sie rechtswidrige Handlungen ohne ein eigenes Verschulden begangen haben.

---

[23] Zustimmend Jinsu Yune, aaO, 127: Se Yong Kim, 652.

[24] Se Yong Kim, 637: Yune, 144.

Im Ergebnis wäre eine Entindividualisierung des Verschuldens der Beamten oder eine Objektivierung der Staatshaftung durch die Beweislastumkehr im Staatsverbrechensfall wie der hier besprochenen Notmaßnahme äußerst notwendig und vor allem für Bewältigung des in der Vergangenheit begangenen Unrechts von großer Bedeutung. Sie wäre eine verfassungskonforme und verfassungsrechtlich korrektere Auslegung des § 2 Abs. 1 des Staatshaftungsgesetzes.

4. Staatshaftung für die Entscheidungen der Richter

Entgegen der Meinung des OGH und einiger Ansichten in der Fachliteratur (wie etwa Yune), nach denen die Haftung der damaligen Richter für ihre rechtswidrige Handlungen entschuldigt werden darf, weil Art. 53 Abs. 4 der Yushin-Verfassung die richterliche Überprüfung der Notmaßnahme des Staatspräsidenten ausgeschlossen hat, können meines Erachtens auch die Richter, die diese verfassungswidrige Notmaßnahme angewendet und den Beschwerdeführer A verurteilt haben, von ihrem Verschulden ebensowenig frei sein wie die Staatsanwälte.

Die Richter haben natürlich viel bessere juristische Sachkenntnisse als die anderen pflichttreuen Durchschnittsbeamten, einschließlich der Staatsanwälte, so dass sie wussten oder hätten wissen müssen, dass diese Notmaßnahme auch dann verfassungswidrig war, als sie vom Verfassungsgericht oder vom OGH noch nicht für verfassungswidrig erklärt wurde.

Nach der bekannten Radbruchschen Formel kann ein Gesetz keine gesetzliche Wirkung oder Geltung haben, wenn es der Gerechtigkeit so schwerwiegend widerspricht, dass das Volk es nicht mehr ertragen kann. Wenn wir diese Formel auf den Fall der Notmaßnahme gemäß Art. 53 Yushin-Verfassung anwenden würden, könnten die gesamten Inhalte oder zumindest Art. 53 Abs. 4 (Ausschluss der richterlichen Überprüfung) der Yushin-Verfassung keine Wirkung mehr haben, da diese Klausel der Gerechtigkeit und der materiellen Rechtsstaatsidee so schwerwiegend widerspricht, dass das Volk diese ganze Verfassung oder zumindest Artikel. 53 der Yushin-Verfassung nicht mehr ertragen kann.[25]

Deshalb hätten die Richter die Notmaßnahme und Art. 53 Abs. 4 der Yushin-Verfassung der damaligen Verfassungskommission zur Überprüfung ihrer Verfassungsmäßigkeit vorlegen müssen, um die Anwendung der verfassungswidrigen Normen zu vermeiden. Bisher habe ich aber rein gar nichts von Materialien gehört, die solche Bemühungen der damals zuständigen Richter beweisen könnten.

Auch im Bezug auf die Amtshaftung der Richter für ihre Anwendung der verfassungswidrigen Notmaßnahme als rechtswidrige Handlung muss die Beweislast umgekehrt werden, und auch die Entindividualisierung und Objektiverung des Verschuldens der Beamten sind hier, wie oben bereits für die Staatsanwälte dargestellt, notwendig, so dass bei der Überprüfung der

---

[25] Zustimmend Kim, Seon Taek, Jinsu Yune, aaO, 140, 141.

Staatshaftung für diesen Notmaßnahmefall oder für ein Staatsverbrechen, wo der Wiederaufnahme im Rahmen der Bewältigung der Vergangenheit schon stattgegeben wurde, das Verschulden der Beamten zugunsten der Geschädigten vermutet[26] werden muss.

Die These, die ich in Kapitel IV. 3 zusammengefasst habe, gilt also auch für die Richter uneingeschränkt.

V. Schlussbemerkung: Ausblick und Erwartung

1. Zunächst hat das Verfassungsgericht am 24. Dezember 1997 § 68 Abs. 1 VerfGG, welcher die Urteilsverfassungsbeschwerde aus den Verfassungsbeschwerdegegenständen ausgeschlossen hatte, insoweit für verfassungswidrig erklärt, als unter „gerichtlichen Entscheidungen" im Sinne von § 68 Abs. 1 VerfGG auch diejenigen Entscheidungen fallen, in denen das betroffene Gericht das vom VerfG bereits für verfassungswidrig erklärte Gesetz irrtümlich als gültig ansieht und es so anwendet, dass es in die Grundrechte des Betroffenen eingegriffen hatte. Auf diese Weise hat das VerfG § 68 Abs. VerfGG verfassungskonform ausgelegt. Seit dieser verfassungskonformen Auslegung des VerfGs kann das gerichtliche Urteil auf diesem Wege ausnahmsweise zum Gegenstand der Verfassungsbeschwerde werden.

Tatsächlich stellt das vorliegende Urteil des OGHs kein solches Urteil dar, das ausnahmsweise zum Verfassungsbeschwerdegegenstand werden könnte, da der OGH in dieser Staatshaftungsklage kein vom VerfG für verfassungswidrig erklärtes Gesetz angewendet hat. Vielmehr hat er wie das VerfG diese Notmaßnahme Nr. 1 für verfassungswidrig gehalten und nur die Begründetheit des Staatshaftungsanspruches abgelehnt.

Jedoch muss das VerfG aus Anlass der Einlegung dieser Verfassungsbeschwerde noch eine andere Variante für die Urteilverfassungsbeschwerde entwickeln, da die gerichtliche Entscheidung im Sinne von § 68 Abs. 1 VerfGG eine verfassungsmäßige Entscheidung darstellt. Sonst könnte der Betroffene, der alle gerichtlichen Instanzen erfolglos ausgeschöpft hat, seine Rechtsposition, die durch die verfassungswidrige Entscheidung verletzt worden ist, nicht mehr geltend machen. Das widerspricht der Gerechtigkeitsidee, der grundrechtlichen Feststellungs- und Gewährleistungspflicht nach Art 10 KV und dem Zweck der Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit einschließlich der Institution der Verfassungsbeschwerde nach Art 111 Abs. 1 Nr. 5 KV, darüber hinaus dem materiellen Rechtsstaatsprinzip, einschließlich der effektiven Rechtsschutzidee.

Deshalb sollte das VerfG § 68 Abs. 1 VerfGG noch einmal verfassungskonform dahingehend auslegen, dass aus diesen gerichtlichen Entscheidungen im Sinne von § 68 Abs. 1 VerfGG diejenigen Entscheidungen auszuschließen sind, in denen die ordentlichen Gerichte eine eindeutig verfassungswidrige Norm als gültig angewendet und dadurch übermäßig in die Grundrechte der Betroffenen eingegriffen haben.

---

[26] Zur Vermutung des Verschuldens bei legislativem Unrecht, vgl. Byung-Ki Kim, aaO., 231.

2. Unter der oben genannten Auslegung kann man also schlussfolgern, dass der OGH den Anspruch der Beschwerdeführer auf Staatshaftung nach Art. 29 Abs. 1 KV, den allgemeinen Gleicheitssatz nach Art 11 Abs. 1 KV und die Eigentumsgarantie nach Art. 23 Abs. 1 KV verletzt hat, indem er in diesem Staatshaftungsfall der Beschwerdeführer § 2 Abs 1 Staatshaftungsgesetz nicht verfassungskonform auslegte und die Staatshaftung des Staatspräsidenten Park Jeong Hee für den Erlass der Notmaßnahme und der Staatsanwälte und der damals zuständigen Richter für ihren Vollzug und ihre Strafurteile aufgrund der verfassungswidrigen Notmaßnahme abgelehnt hat. Somit ist dieses Urteil verfassungswidrig zu erklären und aufzuheben.

Mittlerweile hat das Verfassungsgericht § 68 Abs. 1 VerfGG am 30. August 2018[27] für verfassungsmäßig erklärt und den Verfassungsbeschwerdegegenstand damit abgewiesen. Zudem hat es die Verfassungsbeschwerde gegen die Urteile des OGHs mit der Begründung verworfen, dass die Urteile zu keinen ausnahmsweise zulässigen Verfassungsbeschwerdegegenständen gehörten. Dagegen haben zwei Richter (nämlich Richter Kim Yi-Su und Richter Ahn Chang-Ho) abweichende Meinungen geäußert. Ihrer Meinung nach haben die Urteile des OGHs in der Tat den Bindungswirkungen der Entscheidungen des Verfassungsgerichts widersprochen, in denen die Notmaßnahme des ehemaligen Staatspräsidenten Park Jeong Hee für verfassungswidrig erklärt wurde.

Auch unter der Leitung des von Staatspräsidenten Moon Jae In neu ernannten Präsidenten des Verfassungsgerichts, Richter Yoo Namseok, wurde dieselbe Urteilsverfassungsbeschwerde verworfen und § 68 Abs. 1 VerfGG am 28. Februar 2019[28] erneut für verfassungsmäßig erklärt. Auch diesmal haben zwei Richter (namentlich Richter Lee Suk-Tae und Richter Kim Kiyoung) abweichende Meinungen, allerdings inhaltlich andere als in der früheren abweichenden Meinung in der VerfGE vom 30. August 2018. Diese neuen abweichenden Meinungen haben behauptet, dass zu den Kategorien der ausnahmsweise zulässigen Verfassungsbeschwerdegegenstände solche Urteile des Gerichts gehören würden, welche den Schadenersatz auch in den Fällen abgelehnt haben, in denen der Staat durch das absichtliche und positive gesamtstaatliche Unrecht, also genau wie in dem Fall der Notmaßnahme des Staatspräsidenten Park Jeoung Hee, den einzelnen Bürger in seinen Grundrechten verletzt und Schaden verursacht hat. Insoweit sollte der Gesetzeswortlauts „unter der Ausnahme der Entscheidungen der Gerichte“ in § 68 Abs. 1 VerfGG erneut für verfassungswidrig erklärt werden, da dieses Gesetz solche verfassungswidrigen Urteile aus dem möglichen Gegenstand der Verfassungsbeschwerde ausgenommen hat. Unter dieser verfassungskonformen

---

[27] 2015hunma861, 918, 950, 951, 952, 960, 977, 978, 981, 996, 1031, 1032, 1049, 1057, 1115, 1153, 2016hunma60, 220, 238, 331, 374, 422, 430, 517, 566, 612, 686, 821, 822, 2017junma380, 1374, 2018hunma365 usw. VerfGE vom 30. August 2018.

[28] 2016hunma56. VerfGE vom 28. Februar 2919; 2017hunma1056, VerfGE vom 28. Februar 2019.

Auslegung sollten somit auch die Urteile des OGHs für verfassungswidrig erklärt und aufgehoben werden.

Kartellrecht und 'Big Data': Heftpflaster, Schweizer Messer oder Spezialwerkzeug?*

Jochen Glöckner**

I. „Big Data" in Gesellschaft und Recht

1. „Big Data"

Im Ausgangspunkt sind Daten[1] alle Arten von Informationen mit Bedeutungsgehalt[2]. Diese Informationen lassen sich in unterschiedlicher Weise qualifizieren, ohne dass diese Unterscheidungen unmittelbare Rechtsfolgen nach sich zögen:

Je nachdem, wer die Informationen erzeugt, lassen sich interne, d.h. vom Nutzer eines Geräts oder einer Software generierte, von externen, d.h. durch dritte Personen generierten Daten unterscheiden. Diese Daten können strukturiert, d.h. unmittelbar von Maschinen lesbar, oder unstrukturiert sein. Sie können personenbezogen oder nicht personenbezogen sein. Daten können rivalisierend sein, d.h. ihr Wert kann mit der Verbreitung abnehmen, oder nicht rivalisierend. Schließlich können sie ohne nennenswerten Aufwand replizierbar oder nicht ohne weiteres replizierbar sein.

Wenn qualifizierend von „Big Data" gesprochen wird, ist damit kein bestimmtes Datenvolumen gemeint. Üblicherweise werden „Big Data" durch die sogenannten „vier V"[3] gekennzeichnet:

Das erste „v" lässt sich allerdings in der Tat aus einem erheblichen Volumen (en. *volume*), d.h. einer vorausgesetzten Menge an Daten, welche zur Verfügung stehen, ableiten. „Big Data" geht es selten um den Wert einer ein-

---

* Ergänzte und aktualisierte Fassung des am 04.07.2018 im Rahmen des 8. Trilateralen rechtsvergleichenden Seminars der Universität Konstanz, der Kansai Universität Osaka und der Hanyang Universität Seoul in Konstanz gehaltenen Vortrags.

** Prof. Dr. iur., LL.M. (USA), Lehrstuhl für deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht an der Universität Konstanz; Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe.

1 Pl. (Pluraletantum) von „Datum", abgeleitet aus dem Lateinischen für „das Gegebene".

2 Ebenso *Körber*, „Ist Wissen Marktmacht?" Überlegungen zum Verhältnis von Datenschutz, „Datenmacht" und Kartellrecht – Teil 1, NZKart 2016, 303, 304; *Nuys*, „Big Data" – Die Bedeutung von Daten im Kartellrecht, WuW 2016, 512; *Lasserre/Mundt*, Competition Law and Big Data: The Enforcers' View, Rivista Italiana di Antitrust n. 1 (2017), 87, 88.

3 *Lasserre/Mundt*, Rivista Italiana di Antitrust n. 1 (2017), 87, 89 (unter Einbeziehung des Verkehrswerts). Ähnlich *Tamke*, Big Data and Competition Law, ZWeR 2017, 358. 362.

zelnen konkreten in einer Menge von Daten enthaltenen Information, vergleichbar der Perle in einem Netz von Austern, sondern regelmäßig um die aus der großen Zahl resultierende Aussagekraft der Gesamtheit von Einzeldaten.

Als zweites „v“ tritt die Verarbeitungsgeschwindigkeit (en. *velocity*) hinzu, welche durch die moderne Informationstechnologie ermöglicht wird und es gestattet, Daten in großer Geschwindigkeit zu generieren und zu verarbeiten. Wo etwa bis heute in der gesellschaftswissenschaftlichen Forschung viel Aufwand getrieben wird, um durch Umfragen oder den Rückgriff auf statistische Institutionen zunächst an Daten zu gelangen, diese durch aufwendige Eingaben in strukturierte Verzeichnisse zu erfassen und anschließend auszuwerten, gestatten heute Algorithmen, alle drei Schritte einfach und blitzschnell durchzuführen.

Das dritte „v“ bildet die Vielfalt an Varianten (en. *variety)*, in denen Daten in Erscheinung treten können, und ihre Komplexität.

Schließlich, sicher not least, tritt als viertes „v“ eine besondere Verwertungsmöglichkeit (en. *value*) hinzu, die aus der Sammlung und Verarbeitung der Daten entsteht.

2. Gesellschaftliche Probleme

Den technischen Möglichkeiten, Daten automatisiert zu sammeln und zu verarbeiten, entsprechen erhebliche wirtschaftliche und gesellschaftliche Chancen. Wo etwa früher aufwendige Verkehrsbeobachtungs- und -regelungseinrichtungen geschaffen werden mussten, um etwa die Entstehung von Staus zu erkennen und durch adaptive Verkehrsregelung zu vermeiden, genügen heute die von den Verkehrsteilnehmern mit sich geführten Smartphones und ihre Ortungssignale, um sowohl die Verkehrsdichte zu erkennen als auch über dieselben Smartphones den Verkehrsteilnehmern über ihre Routenplanungs-App wiederum Informationen über das sinnvollste Verkehrsverhalten zukommen zu lassen.

„Big Data“ ist indes kein Genuss ohne Reue. Dabei soll an dieser Stelle die Datenschutzproblematik nicht einmal vertieft werden, die möglicherweise durch frühzeitige Anonymisierung entschärft werden kann.[4] Im Zentrum steht die Problematik des Datenhandels: Zahlreiche der für Verbraucher beliebtesten Informationsdienstleistungen, vom Internetbrowser über Suchmaschinen und Navigations-Apps bis hin zu Social Media werden ohne unmittelbar zu entrichtende Vergütung zur Verfügung gestellt. Die Formulierung hat sich verbreitet, dass die Verbraucher entweder mit ihrer Aufmerksamkeit oder mit ihren Daten bezahlen. Über diese Daten werden die erbrachten Leistungen auf mehrseitigen Märkten finanziert. Bei den mehrseitigen Märkten handelt es sich um Plattformmärkte, wobei zwischen Aufmerksamkeitsplattformen

---

[4] *Specht*, Das Verhältnis möglicher Datenrechte zum Datenschutzrecht, GRUR 2017, 1040, 1042. Selbst wenn stets und nicht allein im Einzelfall das Risiko der Deanonymisierung besteht, sollte die Problematik aber nicht auf die datenschutzrechtliche Ebene verengt werden.

(z.B. Suchmaschinen wie „Google“) und Transaktionsplattformen (z.B. „eBay“, „Amazon“) unterschieden werden kann.[5]

Innerhalb von nur wenigen Jahren haben sich auf und durch solche Plattformen die umsatzstärksten und wertvollsten Unternehmen der Welt entwickelt. Akronyme wie „FAANG“ (für *F*acebook, *A*pple, *A*mazon, *N*etflix und *G*oogle (Alphabet) oder „GAFA“ (für *G*oogle, *A*pple, *F*acebook und *A*mazon) stehen für Unternehmen, deren Marktkapitalisierung inzwischen zum Teil die magische Grenze von einer Billion US$ überschritten hat.

Diese Unternehmen sind international aktiv; ihre Dienstleistungen gründen auf der universellen Verfügbarkeit des world wide web und benötigen – abgesehen von Apple-Produkten – weder ein Vertriebssystem noch eine sonstige Infrastruktur. Ihre Geschäftsmodelle sind hochattraktiv und die Gewinne teils exorbitant. Sie werden aus der Monetarisierung von Daten geschöpft. Hinzu kommt häufig ein revolutionäres Selbstverständnis, das mit einer gewissen Geringschätzung gesetzlicher Vorgaben einhergeht. Das Geschäftsmodell von Uber mag beispielhaft für Unternehmen sein, deren Gründungsmythos darin besteht, nicht nur anders zu sein als ihre herkömmliche Konkurrenz (im Beispiel Taxiunternehmen), sondern auch nicht durch die für diese geltenden Rechtsregeln gebunden zu sein.[6] Facebook pflegte bis vor kurzem den Unternehmensslogan „*Move fast and break things*“.

All dies hat die Frage aufgeworfen, ob solche Unternehmen bereits zu groß geworden sind, um noch durch staatliche Regeln kontrolliert zu werden. Als Folge ihrer nur in geringem Umfang von sächlicher Infrastruktur abhängigen Geschäftsmodelle können sie ihre tatsächlichen Aktivitäten in erheblichem Umfang verlagern. Ihre wirtschaftliche Macht gestattet ihnen, auf bestimmte nationale Märkte einfach zu verzichten, wenn der regulatorische Rahmen ihnen nicht zusagt.[7] Im Umgang mit staatlichen Institutionen vermögen sie, auf annähernd unbegrenzte Ressourcen zurückzugreifen.

---

[5] Bundeskartellamt, Digitale Ökonomie – Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz, v. 01.10.2015, <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2015_Digitale_Oekonomie.pdf?__blob=publicationFile&v=2>, zul. besucht am 27.02.2019.

[6] Bezeichnend erscheint, dass kurz nach der juristischen Klärung der Unzulässigkeit bestimmter Praktiken von Uber, vgl. BGH, Urt. v. 13.12.2018, I ZR 3/16 - Uber Black II, WRP 2019, 327, der Bundesverkehrsminister die Personenbeförderung liberalisieren will, Scheuer streicht Auflagen für Shuttle-Dienste, Spiegel online v. 18.02.2019, < http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/taxi-vs-uber-streicht-andreas-scheuer-die-rueckkehrpflicht-fuer-shuttle-dienste-a-1253732.html>, site zul. besucht am 28.02.2019.

[7] Als in Spanien ein Leistungsschutzrecht eingeführt wurde, das Google verbot, ohne Zustimmung der Urheber auf fremde Inhalte zurückzugreifen, wurde Google News für den spanischen Markt zum Nachteil der Nutzer gesperrt, Spiegel online, Spanische News-Seiten spüren das Aus von Google News, 17.12.2014, <http://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/google-news-in-spanien-abgeschaltet-kein-geld-fuer-verlage-a-1009027.html>, site zul. besucht am 17.01.2019.

3. Rechtliche Probleme der Plattform-Ökonomie

Die so identifizierten gesellschaftlichen Probleme lassen sich auf spezifische Umstände zurückführen, die besondere Rechtsfragen aufwerfen:

a) Ubiquität bzw. Mobilität der Leistungen

Informationen als Gegenstand von Daten sind von vornherein immaterieller Natur. Auch die auf ihrer Grundlage Dienstleistungen sind nicht ortsgebunden. Konsequenterweise sind die auf die Erbringung dieser Dienstleistungen gestützten Geschäftsmodelle nur wenig ortsabhängig. Gelegentlich fällt, insbesondere auf mehrseitigen Märkten, sogar die Lokalisierung der Dienstleistung schwer.

Für die Rechtsordnung wirft dies zunächst kollisionsrechtliche Fragen auf, die nach dem jeweiligen Kontext zu beantworten sind. Im zivilrechtlichen Kontext geben etwa die Rom I[8]- und Rom II-Verordnung[9] Auskunft über das anwendbare Vertrags-, Verbraucherschutz- oder Immaterialgüterrecht. Eine bestehende Rechtsunsicherheit bei der Bestimmung des anwendbaren Datenschutzrechts[10] wurde erst durch die Anordnung des Marktortprinzips in Art. 3 Abs. 2 Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO)[11] geschlossen.

Besondere Probleme entstehen bei der Lokalisierung bzw. als Folge der einfachen Gestaltbarkeit des Ortes, an dem Gewinne erzielt werden und Steuern zu entrichten sind, wie das Beispiel facebook sehr deutlich gemacht hat.[12]

b) Datenbasiertheit der Dienstleistungen

Es wurde bereits hervorgehoben, dass die meisten der problembehafteten Geschäftsmodelle nicht auf dem Vertrieb von Waren, sondern von Dienstleistungen beruhen und diese Dienstleistungen in einem besonderen Zusammenhang mit Daten stehen.

---

[8] Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. 2008 Nr. L 177/6.

[9] Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABl. 2007 Nr. L 199/40.

[10] Zur alten Rechtslage nach Art. 4 Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. 1995 Nr. L 281/31, vgl. EuGH, Urt. v. 13.05.2014, C-131/12 – Google Spain, ECLI:EU:C:2014:317; EuGH, Urt. v. 01.10.2015, C-230/14 – Weltimmo, ECLI:EU:C:2015:639, Rn. 24 ff.; EuGH, Urt. v. 28.07.2016, C-191/15 - Verein für Konsumenteninformation ./. Amazon EU Sàrl., ECLI:EU:C:2016:612, Rn. 72 ff.

[11] Verordnung (EU) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. 2016 Nr. L 119/1.

[12] Z.B. Focus online, Diese Bilanz ist ein Witz: Facebook gilt in Deutschland als "kleine Kapitalgesellschaft", 16.10.2015, <https://www.focus.de/finanzen/videos/internet-gigant-zahlt-fast-keine-steuern-diese-bilanz-ist-ein-witz-facebook-gilt-in-deutschland-als-kleine-kapitalgesellschaft_id_5016330.html>, site zul. besucht am 17.01.2019.

Das Datenschutzrecht ist nicht geeignet, die oben angesprochenen Fragestellungen abschließend zu beantworten: Der Datenschutz erfasst zum einen allein personenbezogene Daten. Das sind gem. Art. 4 Nr. 1 DS-GVO alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen. Freilich ließe sich – wiewohl etwas systemwidrig – argumentieren, dass auch anonymisierte Daten re-personalisiert werden können und das Datenschutzrecht daher stets eingreife. Zumindest die von der Rechtsordnung notwendigerweise bereitgehaltene Möglichkeit, auf Elemente des Datenschutzes im Wege der Einwilligung zu verzichten, vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO, zeigt jedoch, dass der Datenschutz nicht geeignet ist, alle entstehenden Probleme zu lösen.[13]

Zum anderen geht die Zielrichtung des Datenschutzes an den durch die Monetarisierung von Daten aufgeworfenen gesellschaftlichen Problemen vorbei. Dem Datenschutz nach traditionellem Verständnis geht es um den Schutz der Persönlichkeit vor verletzendem Umgang personenbezogenen Informationen, vgl. Art. 1 Abs. 2 DS-GVO. Die oben nur angerissenen Fragen betreffen hingegen die Behandlung von Daten innerhalb der Güterordnung. Insoweit bedarf es zunächst der rechtlichen Qualifizierung von Daten; es sind die Fragen zu klären, ob Daten auch unabhängig von ihrer Vertraulichkeit eines Schutzes im Hinblick auf ihre Zuordnung bedürfen. Die klassischen Fragen nach der Rechtsqualität von Daten und der Möglichkeit einer güterrechtlichen Zuordnung sind erneut zu stellen und zu beantworten. Sie ermöglichen eine Abgrenzung von Handlungsmöglichkeiten. Wer hat ein (ggf. ausschließliches) Recht, Daten zu verwerten? Wer hat ein schutzwürdiges Interesse, auf Daten zumindest zuzugreifen?

II. Antworten des Kartellrechts

Davon ausgehend soll zunächst untersucht werden, für welche der aufgeworfenen Probleme das Kartellrecht Lösungen bereithält.

1. Rechtliche Problematik der Plattform-Ökonomie

a) Ubiquität und Mobilität der Leistungen

Im Hinblick auf die spezifisch wettbewerbsrechtlichen Probleme reagieren die Rechtsordnungen in idealer Weise auf die Internationalität der Geschäftsmodelle bzw. die Mobilität der Plattformbetreiber. Seit Jahrzehnten hat es das Kartellrecht mit Problemkonstellationen zu tun, bei denen die Anknüpfung an die Nationalität oder die Niederlassung der handelnden Personen (Personalitätsprinzip) oder den Ort der Handlung (strenges Territorialitätsprinzip) gleichermaßen versagen. Stattdessen hat sich – auch international – im Sinne eines erweiterten Territorialitätsprinzips eine Anknüpfung an das Recht desjenigen Staates durchgesetzt, auf dessen Territorium die negativen Marktauswirkungen eintreten. In Deutschland wurde die sog. Auswirkungstheorie für die staatliche Kartellrechtsdurchsetzung in § 130 Abs. 2 GWB 1958 ausdrücklich niedergelegt. Die Vorschrift wurde

---

[13] *Specht*, GRUR 2017, 1040, 1041 ff.

auch für privatrechtliche Ansprüche aus Kartellrechtsverletzungen als *lex specialis* zur Deliktsortregel angewendet.[14] Im Hinblick auf letztere findet sich inzwischen für die gesamte EU eine entsprechende und vorrangig anzuwendende[15] Regel in Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO. Für die Durchsetzung des EU-Kartellrechts durch die Europäische Kommission hat der EuGH erst im Jahr 2014 die Anwendung der Auswirkungstheorie ausdrücklich gebilligt.[16] Auch im US-amerikanischen Antitrust Law gilt die *effects doctrine*[17] als pendant zur Auswirkungstheorie.

Die Auswirkungstheorie gestattet eine flexible Reaktion der Rechtsordnungen auf erkannte Probleme. Unternehmen haben wenige Möglichkeiten, durch gestalterische Maßnahmen Gebrauch von Regulierungsoasen zu machen. Für das Vorgehen des Bundeskartellamts gegen Facebook oder der Kommission gegen Google ist kartellrechtlich unerheblich, wo die Unternehmen niedergelassen sind oder Tochterunternehmen haben, wo ihre Server stehen bzw. die eigentlichen Dienstleistungen erbracht werden oder welchem Recht die Nutzungsverträge unterworfen sind.

Hinzu kommt die gut eingespielte Zusammenarbeit der Kartellbehörden, die im International Competition Network (ICN) über eine Plattform zum Informationsaustausch und zur Kooperation verfügen. Auf dieser Ebene gelingt es, grenzüberschreitend handelnden Unternehmen eine gleichfalls grenzüberschreitende Durchsetzung entgegenzusetzen.[18]

b) Datenbasierte Dienstleistungen

Im Hinblick auf die Datenbasiertheit der Dienstleistungen fällt der Befund eher gemischt aus. Es überrascht nicht, dass das Kartellrecht nicht unmittelbar dazu beitragen kann, den Schutz personenbezogener Daten zu gewährleisten – das ist in erster Linie Aufgabe des Datenschutzrechts. Ähnlich sieht es mit der oben angesprochenen Grundfrage nach der rechtlichen Qualifizierung von Daten aus.[19] Ob ein Schutz von Daten unabhängig von ihrer Vertraulichkeit gewährt und ein subjektives Recht, gleichsam ein

---

[14] *Scholz/Rixen*, Die neue europäische Kollisionsnorm für außervertragliche Schuldverhältnisse aus wettbewerbsbeschränkendem Verhalten, EuZW 2008, 327, 328.

[15] *Schwensfeier/Knauff/Stockmann*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann (Hrsg.), Kartellrecht, 3. Aufl., 2016, § 130 GBW Rn. 2.

[16] EuGH, Urt. v. 12.06.2014, T-286/09 – Intel, ECLI:EU:T:2014:547.

[17] Zurückgehend auf die Entscheidung *U.S. v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416 (1945). Im Jahr 1982 wurde als Ausprägung dieses Ansatzes der Foreign Trade Antitrust Improvements Act (FTAIA) erlassen, 15 U.S. Code § 6a - Conduct involving trade or commerce with foreign nations. Vor allem in der Entscheidung *Empagran* wurden die einschränkenden Kriterien weiterentwickelt, *F. Hoffmann-La Roche Ltd v. Empagran S.A.*, 542 U.S. 155 (2004).

[18] So wurden etwa im Zuge der Ermittlungen gegen das Marineschläuche-Kartell im Jahr 2007 auf die Minute abgestimmte Durchsuchungen von der Europäischen Kommission und den Wettbewerbsbehörden des Vereinigten Königreichs, Frankreichs, Italiens und der USA durchgeführt, *Hubert/Leppard/Lécroart*, Day-to-Day Competition Law: A Practical Guide for Businesses, 2. Aufl., 2014, § 4.

[19] Vgl. dazu grundlegend *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 2012. Einführend *Paal/Hennemann*, Big Data im Recht, NJW 2017, 1697, 1698.

Eigentum an Daten, begründet wird, sind im Kern sachen- bzw. immaterialgüterrechtliche Fragen, die zunächst vom Sachen- bzw. Immaterialgüterrecht zu beantworten sind.

Besser sieht es bei Sonderproblemen aus, die aus bestimmten Formen der Verwendung von Daten resultieren, insbesondere der Verweigerung des Zugriffs auf Daten. Hier kann das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 102 AEUV bzw. § 19 GWB fruchtbar gemacht werden.

2. Zwischenergebnisse

An dieser Stelle können immerhin bereits die im Untertitel des Beitrags formulierten provokanten Fragen beantwortet werden: Das Kartellrecht ist zwar ein horizontales, aber durchaus ein spezifisches Instrument, das der Rechtsordnung ermöglicht, auf bestimmte Gefahren, nämlich für den wirksamen Wettbewerb auf konkreten Märkten, zu reagieren. Auch der Einsatz von Generalklauseln („Missbrauch") gestattet nicht den Einsatz des Kartellrechts, um sonst vielleicht schwache Teilsysteme der Rechtsordnung mit einem glaubwürdigen und schlagkräftigen Durchsetzungssystem zu auszustatten. Das Kartellrecht ist also kein „Heftpflaster", das es gestattet, bei Verletzungen anderer Allgemeininteressen ergänzend angewendet zu werden.

Es bedarf vielmehr einer spezifischen Beziehung zwischen dem Verhalten, welches den Anknüpfungspunkt der kartellrechtlichen Haftung bildet, und den betroffenen Märkten. Das angegriffene Verhalten muss zum einen wettbewerbsbezogen sein. Absprachen werden nicht als solche missbilligt, sondern nur wenn und weil sie den Wettbewerb innerhalb eines Marktes beschränken. Einseitiges Verhalten eines Unternehmens ist auch nur dann missbräuchlich, wenn es dessen marktbeherrschende Stellung gerade im Wettbewerb ausnutzt. Zum anderen muss als Folge eben dieses wettbewerbsbezogenen Verhaltens zumindest die abstrakte Gefahr begründet werden, dass der Wettbewerbsprozess in seiner Freiheit beeinträchtigt wird. Das Kartellrecht ist daher auch kein Universalwerkzeug, das auf alle möglichen gesellschaftlichen Problemlagen angewendet werden kann. Viel eher lässt es sich mit einem sehr wirksamen Spezialwerkzeug für bestimme Probleme vergleichen.

3. Praxis des Kartellrechts in Big Data-Sachverhalten

Wurde nun festgestellt, dass das Kartellrecht kein Allheilmittel ist, mit dem alle gesellschaftlichen Probleme der Datenökonomie zu lösen wären, soll doch der Versuch unternommen werden, das Feld des kartellrechtlichen Zugriffs auf Big Data-Sachverhalte abzuschreiten.

Zunächst sind dem Kartellrecht die spezifischen Probleme von Plattform-Ökonomien vertraut. Mehrseitige und querfinanzierte Märkte gab es auch schon vor Internetplattformen. Bereits im Jahr 1988 hatte die Europäische Kommission sich damit auseinanderzusetzen, dass elektronische Reservierungssysteme für den Luftverkehr auf der einen Seite den Luftfahrtunternehmen zur Beteiligung („Einstellung" der Flugangebote) und den Reisebüros bzw. deren Fluggästen zur Buchung auf der anderen Seite ange-

boten wurden.[20] Kostenlose Werbezeitschriften, welche die Kalkulationsmöglichkeiten der Herausgeber zwischen der Ausnutzung der Zahlungsbereitschaften des Lesermarktes einerseits und des Anzeigenmarktes andererseits verdeutlichten, haben die deutsche Wettbewerbsrechtspraxis seit Jahrzehnten beschäftigt.[21]

Auch verfügen die mit der Durchsetzung des Kartellrechts betrauten Kartellbehörden zum einen über die notwendigen Ressourcen, um die aufwendigen ökonomischen Analysen durchzuführen, die zur Rechtfertigung eines Eingriffs in die Marktentwicklung erforderlich sind, und zum anderen über die institutionelle Erfahrung. Für sie wären Verfahren, in denen gegen international tätige Mega-Unternehmen ermittelt wird und bei denen tatsächlich das Geschäftsmodell in seinem Kern betreffende Verbote oder prohibitiv hohe Bußgelder in Rede stehen, kein Novum. Schließlich kann das Kartellrecht auf ein vollentwickeltes Durchsetzungssystem zurückgreifen, das – wie oben dargestellt – auch über etablierte Verfahren zur grenzüberschreitenden Kooperation verfügt.

a) Der track record des Kartellrechts

Bislang ist es indes noch zu keinen Verfahren gekommen, in denen auf Big Data basierende Geschäftsmodelle aus kartellrechtlichen Gründen beanstandet wurden. In der jüngeren Vergangenheit beschäftigte das Kartellrecht sich zunächst mit Zusammenschlussvorhaben von Unternehmen, die auf Big Data basierende Geschäftsmodelle verfolgten:

Im Jahr 2008 billigte die Kommission den Zusammenschluss *Google* und *DoubleClick*[22] und im Jahr 2014 selbst den Zusammenschluss von *Facebook* und *WhatsApp*[23], obgleich dieser eine offene Flanke im System der Zusammenschlusskontrolle aufgedeckt hatte (dazu sogl.). Im Oktober 2016 führte die Kommission Konsultationen über eine Modernisierung der Fusionskontrolle durch, die insbesondere die Frage stellte, ob die geltenden Aufgreifschwellen eventuell wettbewerbsschädliche Zusammenschlüsse vernachlässigen.[24] Im Dezember 2016 gab die Kommission den Zusammenschluss von *Microsoft* und *LinkedIn* nur unter verhaltensbezogenen Auflagen frei.[25]

Verschiedene Kartellbehörden wandten sich den neuen, von der Plattformökonomie aufgeworfenen Rechtsfragen fallunabhängig zu: Das deutsche Bundeskartellamt und die französische Autorité de la Concurrence erstellten im Mai 2016 ein Arbeitspapier über die Marktmacht von Plattformen.[26] Im Mai

---

[20] Komm., E. v. 24.11.1988 – Sabena, ABl. 1988 Nr. L 317/47, 52 Rn. 23.

[21] BGH, Urt. v. 22.11.1984, I ZR 98/82 – Bliestal-Spiegel, GRUR 1985, 881 m.w.N.

[22] Komm., E. v. 11.03.2008, M. 4731 – Google/DoubleClick, K (2008) 927 endg.

[23] Komm., E. v. 03.10.2014, M.7217 – Facebook/WhatsApp, ABl. 2014 Nr. C 417/02.

[24] Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control, <http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/index_en.html>, site zul. besucht am 17.01.2019.

[25] Komm., E. v. 06.12.2016, M.8124 – Microsoft/LinkedIn, C (2016) 8404 final.

[26] Gemeinsames Papier der Autorité de la concurrence und des Bundeskartellamtes zu Daten und Auswirkungen auf das Wettbewerbsrecht – Competition Law and Data, 2016,

2017 leitete die italienische Autorità Garante eine Sektoruntersuchung ein, die allerdings noch nicht abgeschlossen ist.[27] Im Dezember 2017 führte das Bundeskartellamt eine Sektoruntersuchung Smart TVs durch.[28] Dabei handelt es sich um die erste auf der Grundlage von § 32e Abs. 5 GWB durchgeführte Sektoruntersuchung wegen eines Verdachts der Verletzung von Verbraucherrechten. Die Sektoruntersuchung soll vor allem klären, ob und in welchem Umfang personenbezogene Daten von den Anbietern solcher Geräte erhoben, weitergegeben und kommerziell verwertet werden und inwieweit die Betroffenen hierüber ordnungsgemäß informiert werden. Ergebnisse werden für 2019 erwartet.[29]

Im Dauerkampf der Europäischen Kommission gegen Google waren bislang keine spezifisch auf den Einsatz von Big Data zurückgehenden Fragen relevant. Tatsächlich hört man gelegentlich aus Behördenkreisen, dass man noch auf einen geeigneten Fall warte. Der erste Fall Google Shopping, in dem die Kommission gegen Google ein Bußgeld in Höhe von über 2,4 Mrd. EUR verhängte, knüpfte daran an, dass die marktbeherrschende Suchmaschine Google einem anderen Google-Produkt – seinem Preisvergleichsdienst Google Shopping – einen unrechtmäßigen Vorteil verschafft hatte.[30] Der zweite Fall, in welchem die Kommission im Juli 2018 ein Rekordbußgeld von über 4,3 Mrd. EUR gegen Google verhängte, war zwar nicht minder spektakulär, doch auch hier wurde die Geldbuße wegen Verstößen verhängt, die nichts mit dem Einsatz von Daten zu tun hatten.[31]

<https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2>, site zul. besucht am 31.01.2019.

[27] Indagine conoscitiva IC 53 – Big Data, Boll. n. 21/2017, vgl. <http://agcm.it/dettaglio?db=C12564CE0049D161&uid=59255F62EC162CC1C1258137003BB842&view=&title=-BIG%20DATA&fs=>, site zul. besucht am 17.01.2019.

[28] Bundeskartellamt leitet Sektoruntersuchung zu Smart-TVs ein, Pressemitteilung v. 13.12.2017, < https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Pressemitteilungen/2017/13_12_2017_SU_SmartTV.pdf?__blob=publicationFile&v=3>, site zul. besucht am 17.01.2019.

[29] Bundeskartellamt, Verbraucherrechtliche Sektoruntersuchung Smart-TVs, S. 2, < https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/VS_SU_Smarttvs.pdf?__blob=publicationFile&v=4>, site zuletzt besucht am 17.01.2019.

[30] Komm., E. v. 27.06.2017, AT39740 – Google Search (Shopping), COM (2017) 4444 final.

[31] Google hatte von Herstellern von Smartphones, die den App-Store von Google (Play Store) lizenzieren wollten, verlangt, dass diese die Google-Suche und die Google-eigene Browser-App (Chrome) auf ihren Geräten vorinstallierten, hatte Zahlungen an bestimmte große Hersteller und Mobilfunknetzbetreiber geleistet, wenn diese ausschließlich die Google-Suche auf ihren Geräten vorinstallierten, und Hersteller, die Apps von Google auf ihren Geräten vorinstallieren wollten, daran gehindert, auch nur einziges intelligentes Mobilgerät zu verkaufen, das über eine alternative, von Google nicht genehmigte Android-Version – einen sogenannten Android-Fork – betrieben wird, vgl. Europäische Kommission – Pressemitteilung v. 18.07.2018, Kartellrecht: Kommission verhängt Geldbuße von 4.34 Milliarden Euro gegen Google wegen illegaler Praktiken bei Android-Mobilgeräten zur Stärkung der beherrschenden Stellung der Google-Suchmaschine, IP/18/4581.

Anders stellt sich das vom Bundeskartellamt gegen Facebook im Mai 2016 eingeleitete Verfahren dar. Die Beschwerdepunkte wurden im Dezember 2017 mitgeteilt. Dazu veröffentlichte das Bundeskartellamt ein Hintergrundpapier (nachfolgend: Hintergrundpapier).[32] Am 6. Februar 2019 wurde eine Untersagungsverfügung erlassen. Ihr Inhalt wurde in einem Fallbericht (nachfolgend: „Fallbericht") veröffentlicht.[33] Davon ausgehend sei die Begründung knapp zusammengefasst:

Das Bundeskartellamt hatte, anders als die Kommission in den Google-Verfahren, sich auf die Einleitung eines Verwaltungs- statt eines auf die Verhängung einer Geldbuße gerichteten Ordnungswidrigkeitenverfahrens beschränkt, weil es dieses für angebrachter für einen so komplexen Fall hielt, der schwierig zu beantwortende rechtliche und wirtschaftliche Fragen aufwarf, und in einem Pilotverfahren verfolgt wurde, in dem die Auslegung des Gesetzes in einer neuen Fallkonstellation geklärt werden sollte. Das Hauptziel sei es, wettbewerbsfördernde Bedingungen so schnell wie möglich wiederherzustellen (Hintergrundbericht, S. 1).

Facebook wird vorgeworfen, seine Nutzer zur Entscheidung aufgefordert zu haben, entweder Facebook uneingeschränkt zu nutzen und dafür ihre Daten umfangreich preiszugeben oder auf die Nutzung von Facebook vollständig zu verzichten (Fallbericht, S. 4, 11).

Im Hinblick auf die Daten differenziert das Bundeskartellamt: Diejenigen Informationen, welche die Nutzer auf Facebook („on Facebook") mit der Allgemeinheit teilen, können auch von Facebook verwendet werden. Insoweit entspricht die Preisgabe der Information gerade dem Vertragszweck. Anders stellt sich die Sachlage hinsichtlich derjenigen Informationen dar, die nicht auf der Oberfläche von Facebook erkennbar werden („off Facebook"). Dabei handelt es sich um Daten, die Facebook bei der Nutzung anderer konzerneigener Dienste (z.B. WhatsApp, Instagram) bzw. der Nutzung von Webseiten und Apps dritter Anbieter sammelt, wenn diese durch integrierte "Gefällt mir"-Buttons Nutzerinformationen an Facebook übermitteln, und mit den Nutzerdaten des sozialen Netzwerks kombiniert (Fallbericht, S. 1). Allein bezogen auf solche Daten „off Facebook" beanstandet das Bundeskartellamt das alternativlose Verlangen eines vollständigen Datenschutzverzichts.

Zur Begründung der marktbeherrschenden Stellung von Facebook definiert das Bundeskartellamt den Markt zunächst in der Weise, dass nur allgemeine soziale Netzwerke erfasst werden. Professionelle Netzwerke (z.B. LinkedIn; Xing), Messenger-Dienste (z.B. WhatsApp; Snapchat) und andere

---

[32] Bundeskartellamt: Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren des Bundeskartellamtes, v. 19.12.2017, <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/Hintergrundpapier_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=5>, zul. besucht am 26.02.2019.

[33] Bundeskartellamt: Fallbericht zu Facebook; Konditionenmissbrauch gemäß § 19 Abs. 1 GWB wegen unangemessener Datenverarbeitung, B6-22/16 v. 6.2.2019 <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=3>, zuletzt besucht am 26.02.2019.

soziale Netzwerke (z.B. YouTube; Twitter) erfüllten aus Nutzerperspektive komplementäre Bedürfnisse und seien damit nicht demselben Markt zuzurechnen (Fallbericht, S. 5 f.). Vor allem wegen der begrenzten Kontaktbedürfnisse der Nutzer sei der deutsche Markt maßgeblich (Fallbericht, S. 6).

Ausgehend davon bejaht das Bundeskartellamt das Bestehen einer beherrschenden Stellung (Fallbericht, S. 6 f., 12), da Facebook einen Marktanteil von über 95 % bei den täglich aktiven Nutzern hat (Fallbericht, S. 6). Neben dem Marktanteil berücksichtigt das Bundeskartellamt vor allem die starken direkten Netzwerkeffekte und den hohen Wechselaufwand (Fallbericht, S. 7). Für das hier zu behandelnde Thema ist hervorzuheben, dass das Bundeskartellamt sich maßgebend auf Facebooks überragenden Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten stützt. Seine umfangreichen Datenquellen seien von hoher Wettbewerbsrelevanz, weil das Produkt eines sozialen Netzwerks gerade von diesen personenbezogenen Daten getrieben werde und die konkreten Daten eine hochindividualisierte Werbung ermöglichten. Dieser Zugang zu Daten errichte eine weitere Marktzutrittsschranke für ein monetarisierbares Wettbewerbsprodukt (Fallbericht, S. 7 f.). Auch die von Facebook vorgetragenen Innovationen der letzten Jahre konnte Facebook erfolgreich abwehren, so dass trotz der hohen Innovationskraft des Internets in den letzten Jahren keinerlei Ablösungstendenzen oder relevante Marktanteilsverluste Facebooks erkennbar waren (Fallbericht, S. 8).

Das angesprochene Verhalten, nämlich die eingeforderte Einwilligung in die Nutzung der „off Facebook“ gewonnenen Daten, hatte das Bundeskartellamt in seiner vorläufigen Einschätzung noch über zwei Argumentationslinien als Ausbeutungsmissbrauch behandelt: Zum einen stellte es auf das Abpressen des rechtsgeschäftlich erklärten Verzichts ab, zum anderen auf die mangelnde Transparenz des Vorgehens. In der Untersagungsentscheidung werden die beiden Elemente eher verknüpft („[…] die Konditionen missbräuchlich im Sinne des § 19 Abs. 1 GWB, weil sie als Ausfluss von Marktmacht gegen die Wertungen der DSGVO verstoßen“, Fallbericht, S. 8). Etabliert ist tatsächlich, dass der Einsatz vertragsrechtlich unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen unzulässig ist und regelmäßig auch den Tatbestand des Konditionenmissbrauchs gem. § 19 Abs. 1, 2 Nr. 2 GWB verwirklicht, wenn er sich als Ausfluss der Marktmacht oder einer großen Machtüberlegenheit des Verwenders darstellt.[34] Diese Wertungen überträgt das Bundeskartellamt auf den Verstoß gegen andere verbraucherschützende Vorschriften, insb. die der Datenschutz-Grundverordnung (Fallbericht, S. 9).

Die umfangreiche von Facebook ausbedungene Verarbeitung personenbezogener Daten aus anderen konzerneigenen Diensten und aus Facebook Business Tools, mit der u.a. ein Profiling und auch ein sog. Device Fingerprinting möglich ist, verstießen gegen europäische Datenschutzwertungen nach der DSGVO und seien nach datenschutzrechtlichen Maßgaben nicht ohne die Einwilligung der betroffenen Nutzer gerechtfertigt. Die erteil-

---

[34] BGH, Urt. v. 06.11.2013, KZR 58/11 – VBL-Gegenwert, NZKart 2014, 31, 34, Rn. 65; BGH, Urt. v. 07.06.2016, KZR 6/15 – Pechstein/International Skating Union, NZKart 2016, 328, 333, Rn. 61 f.

ten Einwilligungen seien nicht wirksam gem. Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO . weil die von Facebook verlangte Zustimmung zu den Nutzungsbedingungen nur dem Vertragsschluss diene und im Hinblick auf die Marktbeherrschung auch keine freiwillige Einwilligung in die Datenverarbeitung im Sinne der DSGVO sein könne (Fallbericht, S. 11).

Das vom Bundeskartellamt gewählte Verwaltungsverfahren ist zu begrüßen. Tatsächlich erscheint es sinnvoller, grenzwertiges Wettbewerbsverhalten zunächst rechtlich zu testen und erst anschließend mit Geldbußen vorzugehen. Etwas irritierend wirkt jedoch der zum Ausdruck gebrachte Wunsch, schnell für Abhilfe zu schaffen, wenn zwischen der Verfahrenseinleitung und der Untersagungsverfügung beinahe drei Jahre vergehen.

Die kartellrechtliche Begründung über den Ausbeutungsmissbrauch ist strukturell nicht zu beanstanden. Probleme wird allerdings der Begründungsansatz bereiten: Die datenschutzrechtlichen Regelungen sehen die Einwilligung als Schutzausschlussgrund vor. Die Unwirksamkeit der Einwilligung kann deshalb schlecht damit begründet werden, dass gegen die Wertungen der Datenschutz-Grundverordnung verstoßen werde. Die Unwirksamkeit kann entweder vertragsrechtlich auf die Unangemessenheit gem. §§ 305 ff. BGB oder kartellrechtlich auf die Missbräuchlichkeit gem. §§ 19 ff. GWB gestützt werden.

Eindeutig liegt der Fall, wenn die AGB nicht intransparent sind. Wenn die Verbraucher zwar erkennen, dass sie u.U. wertvolle Daten preisgeben, aber entweder als Folge des vielzitierten consumer paradox[35] oder weil sie über Facebook Kontakt zu ihren sozialen Gruppen halten wollen und nicht umhin kommen, ihre Einwilligung erteilen, ist dies ein klassisches Ausbeutungsverhalten des Marktbeherrschers, der von einer spezifisch wettbewerbsbezogenen Alternativlosigkeit der Nutzer profitiert.

Schwieriger stellt die kartellrechtliche Behandlung sich dar, wenn die in AGB erteilten Einwilligungen in die Nutzung der „off Facebook" erlangten Daten auf intransparenten Darstellungen beruhen und deshalb bereits gem. §§ 307 Abs. 1 S. 2, 306 BGB unwirksam sind. Dann handelt es sich bei der nachfolgenden Datennutzung in erster Linie um einen Fall der Verletzung des Persönlichkeitsrechts, der erst seit Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung substantiell sanktioniert wird. Der Einsatz unwirksamer AGB ist dann vielleicht zu missbilligen, wird aber für sich genommen nicht sanktioniert. Die etablierten lauterkeitsrechtlichen Rechtsfolgen für den Einsatz unwirksamer AGB als Rechtsbruch gem. § 3a UWG[36] sollen die Funktionsbedingungen des Marktes schützen. Die Unterlassung hätte durch jeden Verbraucherverband auf der Grundlage des Unterlassungsklagengesetzes

---

[35] Auf unmittelbare Frage bekunden Verbraucher regelmäßig, dass ihnen Datenschutz sehr wichtig sei; in ihrem Marktverhalten spiegelt sich diese Einstellung aber nicht wider, vgl. *Wiedmann/Jäger*, Bundeskartellamt gegen Facebook: Marktmissbrauch durch Datenschutzverstöße?, K&R 2016, 217.

[36] BGH, Urt. v. 31.03.2010, I ZR 34/08 - Gewährleistungsausschluss im Internet, GRUR 2010, 1117, 1119, Rn. 29.

bzw. § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG[37] gerichtlich durchgesetzt werden können. Abgesehen davon erscheint die spezifisch kartellrechtliche Sanktionierung problematisch.[38]

Viel spricht gleichwohl dafür, in der vorliegenden Gemengelage die Anwendbarkeit des Kartellrechts nicht davon abhängig zu machen, ob die verwendeten AGB bereits unwirksam waren. Dem Kartellrecht muss es um die Auswirkungen des beanstandeten Verhaltens gehen. Insoweit spricht viel dafür, dass auch diejenigen Verbraucher, welche nicht erkennen, dass ihre Einwilligung auch Informationen umfasst, die aus ihrem Nutzerverhalten außerhalb der eigentlichen facebook-Anwendung entstehen, ihre Einwilligung nolens volens erteilt hätten, wenn selbst diejenige Verbraucher, welche die Reichweite der Einwilligung erkennen, dies wie oben dargestellt, tun. Es gibt keinen Grund, Facebook dafür zu privilegieren, dass Verbraucher ihre Einwilligung teilweise auch aus Unwissenheit über deren Reichweite erklärt haben.

b) Zugriffsbereiche des Kartellrechts

(1) Zusammenschlüsse

Bei Zusammenschlüssen wurde im Rahmen der kartellrechtlichen Prüfung zwar die Verfügbarkeit und Kontrolle von Daten berücksichtigt, sie war aber für sich genommen bisher noch kein Thema. Dies lag auch daran, dass Daten, über welche Fusionsbeteiligte verfügen, häufig einfach entweder selbst generiert oder repliziert werden können. Überdies stellen die Daten an sich typischerweise keinen selbständigen Markt dar. In der Vergangenheit waren die angemeldeten Transaktionen daher durchweg zulässig.

(2) Wettbewerbsbeschränkende Abreden, Art. 101 AEUV, § 1 GWB

Verhaltensweisen, die aus der Nutzung von Big Data resultieren, können auch vom Kartellverbot erfasst werden. Dies gilt insbesondere für die Nutzung von datengestütztem *dynamic pricing*, bei dem ein individueller Preis erst festgesetzt wird, nachdem zahlreiche andere Transaktionen erfasst und verglichen wurden. Der dem *dynamic pricing* vorangehende Informationsaustausch[39] kann die Annahme einer abgestimmten Verhaltensweise begründen. In diese Richtung weisen die Ausführungen des Bundeskartellamts, das Klöckner im Februar 2018 gestattete, eine digitale Handelsplattform für Stahlprodukte zu starten. Den Effizienzgewinnen beim Bestellvorgang und Ordermanagement steht die Gefahr gegenüber, dass ein Übermaß an Markttransparenz Absprachen erleichtern oder sogar entbehrlich machen kann. Im konkreten Fall musste durch die organisatorische Trennung des Betriebs der Plattform von der Klöckner-Gruppe sichergestellt werden, dass keine weitere Preistransparenz in dem Markt geschaffen wurde.[40] Nicht

---

[37] Beide Möglichkeiten bestehen parallel, vgl. BGH, Urt. v. 31.03.2010, I ZR 34/08 - Gewährleistungsausschluss im Internet, GRUR 2010, 1117, 1119, Rn. 31; BGH, Urt. v. 14.12.2017, I ZR 184/15 – Klauselersetzung, GRUR 2018, 423, 427, Ls. 1.

[38] Ähnlich *Nuys*, „WuW 2016, 512.

[39] EuGH, Urt. v. 19.03.2015, C-286/13 P – Dole Food/Kommission, ECLI:EU:C:2015:184.

[40] Bundeskartellamt, Fallbericht v. 27.03.2018, Aufbau einer elektronischen Handelsplattform für Stahlprodukte (XOM Metals GmbH), B5-1/18-001.

unmittelbar mit dem Einsatz von Big Data vergleichbar ist der Einsatz von Algorithmen, der kartellrechtliche Bedenken auslösen kann.

(3) Einseitiges Verhalten, Art. 102 AEUV, §§ 19 ff. GWB

Die Plattformökonomie stellt die Anforderung des Missbrauchstatbestandes vor besondere Herausforderungen: Dem Erfordernis des Bestehens einer marktbeherrschenden Stellung wird entnommen, dass allein das geschäftliche Verhalten auf Märkten, bei denen werthaltige Leistungen ausgetauscht werden, erfasst wird. Das unentgeltliche Angebot von Leistungen begründet nach landläufiger Auffassung keinen Markt.[41] Bei mehrseitigen Märkten, insbesondere auf solchen, bei denen zumindest eine Leistung im Internet an Verbraucher angeboten wird, ist die vollständige Querfinanzierung eher typisch. Der häufig beklagten „Umsonstkultur" im Internet entspricht es, dass Verbraucher erwarten, mit erheblichem Aufwand geschaffene Leistungsangebote, z.B. Internet-Browser, Suchmaschinen, Navigationssoftware, nutzen zu können, ohne dafür eine gesonderte Vergütung zu entrichten. Selbstredend erbringt das Unternehmen, welches den Browser, die Suchmaschine oder den Kartendienst entwickelt und zur Verfügung stellt, diese Leistung nicht aus altruistischen Motiven, sondern weil es seine Vergütung von dritter Seite erhält. Diesen Umstand muss die Kartellrechtsordnung berücksichtigen, will sie ihre Anwendung nicht von der Ausgestaltung von Geschäftsmodellen abhängig machen.

Das Fehlen einer gesonderten Vergütung der den Verbrauchern angebotenen Leistungen führt zu weiteren Problemen: Üblicherweise wird bei der Beurteilung der Marktbeherrschung das marktstrukturbezogene Indiz des Marktanteils durch eine Kontrollprüfung ergänzt, bei der gefragt wird, ob die Marktgegenseite bei einer geringen, aber erheblichen und dauerhaften Anhebung der Preise in erheblichem Umfang auf andere Produkte ausweichen würden.[42] Allein wenn dies nicht der Fall ist, ist der Markt richtig abgegrenzt; anderenfalls sind die Substitutangebote in den relevanten Markt aufzunehmen. Wenn diese bereits enthalten sind, muss die Substituierbarkeit jedenfalls im Rahmen der Marktbeherrschung berücksichtigt werden.

An dieser Stelle wirft die Übertragung des Tests auf Plattformmärkte an zwei Stellen Schwierigkeiten auf: Zum einen wird die geringe, aber erhebliche Preisanhebung üblicherweise mit 5 bis 10 % beziffert.[43] Im Verhältnis zu einer kostenlosen Leistung gibt es aber keine in Prozenten zu beziffernden relativen Preisanhebungen. Zum anderen argumentieren quasi-monopolistische Plattformbetreiber regelmäßig mit der zu erwartenden Wegsubstitution der

---

[41] OLG Düsseldorf, B. v. 09.01.2015, VI Kart 1/14 (V) - Hotelbuchungsportale, NZKart 2015, 148, juris-Rn. 43.

[42] Sog. hypothetischer Monopoltest oder SSNIP-Test (abgeleitet von *s*mall, but *s*ignificant and *n*on-transitory *i*ncrease in *p*rice), Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. 1997 Nr. C 372/5 Rn. 15.

[43] Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. 1997 Nr. C 372/5 Rn. 18; vertiefend zum SSNIP-Test *Kling/Thomas,* Kartellrecht, 2. Aufl., 2017, Rn. 136 f.

Verbraucher, wenn sie ihr Geschäftsmodell ändern, und von den Verbrauchern eine unmittelbare Vergütung verlangen würden. Selbst bei minimalen Nutzungsentgelten würden die Verbraucher zu Anbietern abwandern, welche die Leistung wie für Verbraucher gewohnt unentgeltlich anbieten.

Schließlich müsste die Bedeutung der Verfügbarkeit von Daten als unternehmensbezogener Umstand bei der Beurteilung der Marktbeherrschung berücksichtigt werden können. Dabei wäre zunächst zu beachten, dass je nach dem Geschäftsmodell häufig nicht der Bestand von Altdaten maßgeblich ist, sondern die Aktualität der Daten. Daneben bedarf es möglicherweise nicht sämtlicher verfügbarer Daten, sondern allein einer kritischen Masse, um die fragliche Leistung sinnvoll anwenden zu können. Vor allem können Daten häufig entweder selbst generiert oder repliziert werden, was die Übertragbarkeit der für wesentliche Einrichtungen („*essential facilities*") entwickelten Grundsätze ausschließt.

Der Missbrauch kann in unterschiedlichen Formen in Erscheinung treten. So mag etwa der Umgang von Plattformbetreibern mit Nutzern – zu denken ist an die Zugangsverweigerung, die Sperrung, aber auch an die Verweigerung der Weitergabe transaktionsrelevanter Informationen, das Ranking etc. – den Vorwurf des Behinderungsmissbrauchs begründen. In diesem Sinne hat etwa das Bundeskartellamt Ende 2018 ein Ermittlungsverfahren gegen Amazon eingeleitet. Untersucht werden die möglicherweise missbräuchlichen Geschäftsbedingungen und damit zusammenhängende Verhaltensweisen wie u.a. Haftungsregeln zu Lasten der Händler im Zusammenhang mit Gerichtsstand- und Rechtswahlklauseln, Regeln zu Produktrezensionen, intransparente Kündigungen und Sperrungen von Händlerkonten, Einbehalt von Zahlungen und verzögerte Auszahlungen, Klauseln zur Einräumung von Rechten an dem vom Händler bereit zu stellenden Produktmaterial sowie Geschäftsbedingungen zum pan-europäischen Versand.[44] Bereits angesprochen wurde die Möglichkeit, in der Erzwingung einer Einwilligung zur Datenverwendung eine Form des Ausbeutungsmissbrauchs zu erkennen.

III. Änderungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen 2017

Seit der 8. GWB-Novelle 2013 „[…] ist die Digitalisierung der Wirtschaft weiter vorangeschritten. Sie betrifft oder wird zukünftig nahezu alle Industrie- und Dienstleistungssektoren betreffen. Die damit einhergehende Entwicklung neuer internet- und datenbasierter Geschäftsmodelle mit erkennbaren Konzentrationstendenzen in bestimmten Geschäftsfeldern hat auch vor dem Hintergrund wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse einen gewissen Anpassungsbedarf im GWB erkennen lassen."[45]

---

[44] Pressemitteilung v. 29.11.2018, Einleitung eines Missbrauchsverfahrens gegen Amazon, <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Pressemitteilungen/2018/29_11_2018_Verfahrenseinleitung_Amazon.html;jsessionid=B6ACA5D4D545F98DF6C4C2A205C66F8F.2_cid371?nn=3591568>, site zul. besucht am 19.01.2018.

[45] Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 18/10207, S. 1.

Die Reaktion auf die soeben dargestellten Probleme stand im Zentrum der 9. GWB-Novelle, die 2017 abgeschlossen wurde und zu Anpassungen bei fast allen relevanten Kartelltatbeständen führte.

1. Beurteilung von Plattformmärkten

Die Beurteilung quersubventionierter Plattformmärkte wurde durch die Klarstellung in der neuen Vorschrift des § 18 Abs. 2a GWB erleichtert, dass der „Annahme eines Marktes [...] nicht entgegen[-steht], dass eine Leistung unentgeltlich erbracht wird."

Die Regierungsbegründung macht deutlich, dass das Regelungsbedürfnis vom Bestehen eines Marktes aus ökonomischer Perspektive maßgeblich ist und ein Markt demzufolge nicht nur dann vorliege, wenn für die angebotene Leistung eine Geldzahlung verlangt werde, sondern auch gegeben sein könne, wenn bei der Transaktion kein Entgelt übertragen werde. Insbesondere auf mehrseitigen Märkten werde eine Trennung der unentgeltlichen von der entgeltlichen Seite bei der Marktabgrenzung der wirtschaftlichen Realität nicht gerecht. Demzufolge hätten das Bundeskartellamt[46] und die Europäische Kommission[47] in mehreren Fusionskontrollentscheidungen das Vorliegen eines Marktes angenommen, obwohl die betreffende Leistung unentgeltlich angeboten wurde. Im Hinblick auf abweichende Stimmen aus der deutschen Rechtsprechung erfolgte die Klarstellung.[48]

Im Hinblick auf die Beurteilung der Marktstellung der Normadressaten ordnet der neue § 18 Abs. 3a GWB an, dass bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken auch direkte und indirekte Netzwerkeffekte, die Möglichkeit von multi-homing und der Wechselaufwand für die Nutzer, die Größenvorteile des Normadressaten im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten, sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten, und der konkrete innovationsgetriebene Wettbewerbsdruck zu berücksichtigen sind.

2. Zusammenschlusskontrolle

Nach einer gängigen Formulierung findet der Wettbewerb in der Plattformökonomie „um Märkte", nicht innerhalb der Märkte statt.[49] Netzwerkeffekte führen dazu, dass es in der Regel an einer bestimmten Stelle zu einem „tipping", d.h. zur Entwicklung eines Quasi-Monopols kommt. Der Sieger im Wettbewerb trägt als Prämie den gesamten betroffenen Markt davon („*the winner takes it all*"). Auf dynamischen und technologiegetriebenen Märkten entsteht Wettbewerbsdruck daher vor allem durch die Furcht vor dem nächsten Marktbeherrscher. Dieser Druck wird indes durch die Transaktionspraxis genommen: Die finanzielle Verfassung der aktuellen Markt-

---

[46] BKartA, Fallbericht v. 25.06.2015, B6-39/15 – Online-Immobilienplattformen; BKartA, B. v. 22.10.2015, B6-57/15 – Online-Datingplattformen.

[47] Komm., E. v. 03.10.2014, COMP/M.7217 – Facebook/WhatsApp.

[48] Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 18/10207, S. 48.

[49] Vgl. nur *Paal/Hennemann*, NJW 2017, 1697, 1699.

beherrscher gestattet diesen, Entwicklungen, die längerfristig zu ihrer Entmachtung führen könnten, zu korrigieren, indem sie Unternehmen, die das Potential zu solchen künftigen Marktbeherrschern haben, in einer frühen Phase übernehmen (sog. „*killer acquisitions*“).

Als solche Übernahme könnte sich etwa die Übernahme von WhatsApp durch Facebook im Jahr 2014 herausstellen. Ungeachtet der kartellrechtlichen Herausforderungen, die eine Bewertung dieses Risikos mit sich gebracht hätte, fand der Zusammenschluss seinerzeit ohne Anmeldung beim Bundeskartellamt statt und hätte mangels unionsweiter Bedeutung auch nicht bei der Europäischen Kommission angemeldet werden müssen. Allein weil in mindestens drei anderen Mitgliedstaaten eine Prüfung zu erfolgen hatte, stellten die Beteiligten einen Antrag auf Prüfung durch die Europäische Kommission[50]. Die Beamten des Bundeskartellamts erfuhren von ihm aus den Medien. Grund dafür war, dass die wirtschaftliche Bedeutung der Transaktion allein in dem exorbitanten Kaufpreis von 19 Mrd. US$ zum Ausdruck kam. Die für das Eingreifen der deutschen und Europäischen Zusammenschlusskontrolle erforderlichen Aufgreifschwellen knüpfen aber an den deutschen bzw. unionsweiten Umsatz an. Bis 2017 mussten die Unternehmen im letzten vor dem Zusammenschluss abgeschlossenen Geschäftsjahr insgesamt einen weltweiten Umsatz von mehr als 500 Mio. EUR erzielt haben, mindestens zwei der Unternehmen mussten einen Inlandsumsatz erzielt haben, davon eines von mehr als 25 Mio. EUR und ein anderes von mehr als 5 Mio. EUR (sog. „zweite Inlandsumsatzschwelle“). Im Allgemeinen erfüllen diese Aufgreifschwellen ihren Zweck, die Fusionskontrolle auf Fälle mit einem hinreichenden lokalen Bezug zu beschränken. WhatsApp war zwar insbesondere in Europa verbreitet, erzielte hierzulande aber kaum Umsätze.

Darauf reagierte der deutsche – und wenig später der österreichische[51] - Gesetzgeber, indem ein weiterer Aufgreiftatbestand geschaffen wurde, der Zusammenschlüsse erfasst, bei denen der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss mehr als 400 Mio. EUR beträgt und das zu erwerbende Unternehmen in erheblichem Umfang im Inland tätig ist, um eine „Wahrnehmungslücke“ der Zusammenschlusskontrolle zu schließen.[52]

Während des Gesetzgebungsverfahrens wurde kritisiert, dass damit ein „Anti-Exit-Gesetz“ geschaffen werde, das die Start up-Szene in Deutschland schwächen werde.[53] Diese Kritik geht von vornherein fehl, weil die neue Aufgreifschwelle zu keiner Änderung des materiellen Rechts führt.

Auch in der Europäischen Union wird eine Erweiterung der Aufgreiftatbestände im Zuge der Modernisierung der Fusionskontrollverordnung

---

[50] Entscheidung der Komission vom 03.10.2014 zur Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt (Fall COMP/M. 7217 – FACEBOOK/WHATSAPP) gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates, C (2014) 7239 endg.,, Rn. 10

[51] Vgl. § 9 Abs. 4 atKartG, atBGBl. 2017 I, Nr. 56.

[52] Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 18/10207, S. 71.

[53] Die Bezeichnung geht wohl auf Filip Piatov zurück, vgl. < https://twitter.com/fpiatov/status/687247307956457472>, site zul. besucht am 18.01.2019.

erwogen.[54] In Deutschland wird zudem – nun in der Tat – über eine Schärfung der materiellen Zusammenschlusskontrolle nachgedacht, wobei alternativ auf den Missbrauchstatbestand (struktureller Missbrauch) oder auf eine dem Gegenstand nach erweiterte Zusammenschlusskontrolle zurückgegriffen wird.[55]

3. Ergebnis

Durch die beschriebenen Änderungen wurde ein Spezialwerkzeug geschärft; an seinem Charakter hat sich dadurch indes nichts verändert.

IV. Ergebnis und Ausblick

Das Kartellrecht ist ein hoch entwickeltes und scharf konturiertes Rechtsgebiet. Es schützt indes den Wettbewerbsprozess auf den Märkten gegen qualifizierte Beeinträchtigungen in seiner Freiheit. Das Kartellrecht ist nicht geeignet, andere gesellschaftliche Probleme zu bewältigen.

Nach gewissen Anlaufschwierigkeiten und Anpassungen beherrscht das Kartellrecht die besondere Problematik von Plattformmärkten weitgehend. Im Umgang mit den wettbewerblichen Herausforderungen durch „Big Data" fehlen allerdings bislang Erfahrungen in der Anwendungspraxis. „Echte" Big Data-Fälle sind bislang nicht zu den Kartellbehörden und –gerichten gelangt. Insbesondere die publikumswirksamen Google-Fälle betrafen Probleme, die aus einem Plattformmarkt resultierten; die Daten waren von untergeordneter Bedeutung.

Im Kern behandelt das Kartellrecht Daten als Gegenstände ähnlich wie Immaterialgüterrechte. Das führt jedoch häufig dazu, dass ihre Kontrolle weder zur Begründung einer marktbeherrschenden Stellung noch die Zugangsverweigerung zu deren Missbrauch führen, weil die Daten meist nicht rivalisieren und auch entweder von jedem Interessenten generiert oder repliziert werden können.[56]

An seine Grenzen stößt das Kartellrecht beim Einsatz von Algorithmen zur differenzierenden Preisfestsetzung. Ohne künstliche Intelligenz und Big Data sind allein besonders strukturierte Märkte mit hoher Markttransparenz für beide Marktseiten, homogenen Produkten und Kostenstrukturen, niedri-

---

[54] *Vestager*, Refining the EU merger control system, Rede gehalten vor der Studienvereinigung Kartellrecht am 10.03.2016 in Brüssel, < https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/refining-eu-merger-control-system_en>, site zul. besucht am 18.01.2019; Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control, <http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/index_en.html>, site zul. besucht am 17.01.2019

[55] *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welke*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen. Endbericht. Projekt im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi), Projekt Nr. 66/17, < https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen.pdf?__blob=publicationFile&v=15>, site zul. besucht am 18.01.2019, S. 122 ff.

[56] *Nuys*, WuW 2016, 512

gen Wechselkosten, auf denen reaktionsverbundene enge Oligopole entstehen, in Gefahr, sich ähnlich wie im Fall der Kartellierung zu entwickeln.[57] Im Hinblick auf die Anerkennung der Wirtschaftsfreiheit der Marktteilnehmer, ihr Recht, den Markt mit wachen Sinnen zu beobachten und ihr Verhalten der Marktentwicklung anzupassen, sowie schließlich der Unmöglichkeit, mithilfe des Kartellrechts ein marktwidriges Verhalten vorzuschreiben, wurde in der Vergangenheit ein resultierendes Parallelverhalten weder unter dem Gesichtspunkt des Kartellverbots noch unter dem Gesichtspunkt des Verbots der missbräuchlichen Ausnutzung einer gemeinsam marktbeherrschenden Stellung (Verbot der Doppelverwertung) kartellrechtlich geahndet. Dieselben Marktergebnisse werden sich einstellen, wenn Preise in jedem Einzelfall auf der Grundlage eines automatisierten Vergleichs individuell festgelegt werden. Insgesamt droht damit der Verlust des *consumers surplus*.

[57] *Ezrachi/Stucke*, Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition, Oxford Legal Studies Research Paper no. 18/2015.

Die Verpflichtung zur Vermeidung des Konflikts als Voraussetzung der Notwehrlage? Ein Überblick über den Stand der japanischen Rechtsprechung

Mitsuru Iijima

I. Einführung

Die japanische Strafrechtswissenschaft war in ihrer Entwicklung stets Einflüssen der deutschen Dogmatik ausgesetzt. Dies gilt auch für die Notwehrtheorie. Als einer der Grundgedanken der Notwehr wurde z. B. in den achtziger Jahren des letzten Jahrhunderts das Rechtsbewährungsprinzip in die japanische Lehre eingeführt[1]. Gegenwärtig kann die Ansicht, die sich zur Begründung des Notwehrrechts auf eine Kombination aus Individualschutz- und Rechtsbewährungsinteresse stützt, auch in Japan als die herrschende Meinung bezeichnet werden[2]. Dennoch können der Rechtsprechung des japanischen Obersten Gerichtshofs zu den Einschränkungen des Notwehrrechts gewisse eigenständige Tendenzen entnommen werden. In diesem Vortrag möchte ich die Grundgedanken, die diesen Tendenzen zugrunde liegen, sichtbar machen und sie einer kritischen Betrachtung unterziehen.

II. Voraussetzungen der Notwehr in § 36 jap. StGB

Zunächst sollen hier die Voraussetzungen der Rechtfertigung durch Notwehr sowie ihr jeweiliger Inhalt dargestellt werden. Die betreffende Vorschrift im japanischen StGB lautet wie folgt[3]:

> § 36 jap. StGB
> (I) Eine Handlung, die unvermeidlich ist, um das eigene oder ein fremdes Recht gegen eine unmittelbar drohende unberechtigte Schädigung zu schützen, ist nicht strafbar.

---

* Prof. Dr. Mitsuru Iijima, Osaka, Japan

1 Vgl. Yamanaka, FS Frisch, S. 512.

2 Saeki, Keiho soron no kangaekata tanoshimikata, S. 117 Fn. 8.

3 Das abgeänderte Japanische Strafgesetzbuch, übersetzt von Saito/Nishihara, 1954, S. 8.

(II) Bei Begehung einer das Maß der Abwehr überschreitenden Handlung kann nach den Umständen des Falles Strafmilderung oder Straffreiheit eintreten.

Demnach muss der Angriff nach § 36 Abs. 1 jap. StGB zunächst unmittelbar drohend sein. Die unmittelbare Drohung entspricht sinngemäß etwa der Gegenwärtigkeit in § 32 Abs. 2 dt. StGB. Der Angriff braucht danach noch nicht stattzufinden, vielmehr genügt es, dass er unmittelbar bevorsteht. Das Vorliegen des unmittelbar drohenden Angriffs wird in Japan grundsätzlich objektiv beurteilt. Daher entfällt das Merkmal des unmittelbaren Drohens des Angriffs auch dann nicht, wenn der sich Verteidigende zuvor den Angriff erwartet hat[4]. Eine Ausnahme von dieser Regel wird jedoch zur Einschränkung des Notwehrrechts weitgehend anerkannt. Davon wird weiter unten noch die Rede sein.

Die unberechtigte Schädigung in § 36 Abs.1 jap. StGB verweist auf die Rechtswidrigkeit des Angriffs. Gegen diesen muss die Verteidigung gerichtet sein, wobei nach der herrschenden Meinung ein sog. Verteidigungswille erforderlich ist. Als Inhalt des Verteidigungswillens wird von der Rechtsprechung Japans auf den Zweck bzw. auf die Motivation der Verteidigung abgestellt. Ein solcher Wille wird auch dann angenommen, wenn der Gegenangriff mit Wut und nicht allein aufgrund nüchterner Beurteilung durchgeführt wird, ja sogar bei einer Verteidigungshandlung, die eher unbewusst, reflexartig begangen wird. Es wird nämlich der Verteidigungswille als kompatibel mit dem Affekt und Gefühlen wie Hass usw. verstanden. Nur wenn ausschließlich ein Angriffswille vorhanden ist, wird das Vorliegen des Verteidigungswillens abgelehnt. Dieser Standpunkt der Rechtsprechung wird auch von vielen Wissenschaftlern unterstützt, nach deren Auffassung für eine Rechtfertigung durch die Notwehr die bloße Kenntnis der Verteidigungssituation sowie der einfache, auf die Vermeidung des Angriffs gerichtete psychologische Akt ausreichend sind[5]. Daraus lässt sich folgern, dass sich der Inhalt des Verteidigungswillens, jedenfalls in Japan, sozusagen „verdünnt“ hat.

Nach § 36 Abs.1 jap. StGB muss die Verteidigung unvermeidlich sein. Die Unvermeidlichkeit wird von der herrschenden Meinung als Erforderlichkeit und Angemessenheit der Verteidigungshandlung interpretiert. Dabei ist der sich Verteidigende grundsätzlich nicht verpflichtet sich der Gefahr dadurch zu entziehen, dass er dem Angriff ausweicht. Vielmehr darf er seinen Gegenangriff grundsätzlich ohne Rücksicht auf eine etwaige Ausweichpflicht ausüben. Erforderlichkeit und Angemessenheit sind ihrem

---

[4] Z.B Ida, AT, S. 274 f.

[5] Z.B. Ohtsuka, AT, S. 390; Ohya, AT, S. 289.

Inhalt nach in der Wissenschaft umstritten. Meist wird jedoch auf die Eignung der Abwehrhandlung, den Einsatz des mildesten effektiven Mittels und die „sanfte“ Proportionalität zwischen Angriff und Verteidigung abgestellt. Insbesondere im Hinblick auf das zuletzt genannte Element wird in der Rechtsprechung das Prinzip der sog. Waffengleichheit hervorgehoben, dessen Beurteilung auf den konkreten Umständen, wie etwa der Art des Kampfmittels, des Alters, Geschlechts und des Körperbaus der Betreffenden, basiert.

III. Einschränkungen der Notwehr durch die Rechtsprechung

1. Der Falltypus der gewalttätigen Prügelei

Zur Frage der Notwehreinschränkung haben sich in der japanischen Rechtsprechung mehrere Falltypen herausgebildet, die zur Analyse des konkreten Geschehens herangezogen werden. Als ein erster solcher Falltypus wird der gegenseitige Kampf, also die Prügelei, angeführt, bei der beide Seiten gleichermaßen Angreifer und Verteidiger sind. Die Entstehung dieses Falltypus wurzelt bereits in der Vorkriegszeit, wobei der traditionelle japanische Grundsatz von der Bestrafung beider Streitparteien (Kenka Ryoseibai) Pate stand[6]. Als Beispiel einer Entscheidung, die diesen Falltypus behandelt, kann das Urteil des Großen Senats des OGH vom 07. 07. 1948 genannt werden. Der OGH lehnte dabei das Notwehrrecht des Angeklagten mit der Begründung ab, bei einer gewalttätigen Prügelei handele es sich um einen Fall, bei dem unter Berücksichtigung des gesamten Kampfgeschehens für die Anwendung der Notwehrregeln nach § 36 jap. StGB kein Raum mehr bleibe[7]. Dabei ist anzumerken, dass bei einem Streit mit gegenseitig ausgeübter Gewalt eine Berufung auf das Notwehrrecht nicht zwingend ausgeschlossen sein muss. Abhängig von den konkreten Umständen des Kampfes, kann es durchaus Situationen geben, in denen die Rechtfertigung durch Notwehr anerkannt wird. Dies wird auch von einem Urteil des OGH bestätigt[8]. Beim Falltypus der gewalttätigen Prügelei geht es daher um die Frage, wie und mit welchen Kriterien das gesamte Streitgeschehen beurteilt werden soll. Den Entscheidungen selbst, die sich mit dem gegeneinander geführten Kampf beschäftigen, kann indes kein eindeutiger Leitfaden hierzu entnommen werden. Zur Konkretisierung der Grundgedanken für den Falltypus der Prügelei

---

[6] Yamanaka, FS Frisch.

[7] OGH Urteil v. 07. 07. 1948, Keishu (Entscheidungssammlung des OGH in Strafsachen) Bd. 2, Heft 8, S. 793.

[8] OGH Urteil v. 22. 01. 1957, Keishu Bd. 11, Heft 1, S. 31.

entwickelte daher die japanische Rechtsprechung noch zwei weitere Falltypen zur Einschränkung der Notwehr[9], denen im Folgenden nachgegangen wird.

2. Der Falltypus des Willens zur aktiven Schadenszufügung

Wie eingangs schon bemerkt wurde, soll die unmittelbare Drohung unabhängig von der subjektiven Erwartung des Angegriffenen objektiv festgestellt werden. Der OGH revidierte jedoch in seinem Beschluss vom 21. 07. 1977 diesen Grundsatz, indem er zum Ausdruck brachte, dass eine unmittelbare Drohung nicht angenommen werden könne, soweit der Angegriffene sich dem Gegner über die bloße Erwartung des Angriffs hinaus mit dem Willen zur aktiven Schadenszufügung entgegensetze[10].

Dem Beschluss lag folgender Sachverhalt zugrunde: Studenten, die zu einer linksorientierten Studentengruppe aus der Studentenbewegung gehörten, hatten den Angriff einer feindlichen Studentengruppe bereits einmal abgewiesen. Sie sahen jedoch voraus, dass bald ein weiterer Angriff erfolgen würde. Mit der Absicht, gemeinsam gegen die Gegner vorzugehen, legten sie sich Waffen, wie Holzschwerter, Hockeyschläger, Eisenrohre usw., zurecht mit welchen sie anschließend beim Angriff der herandrängenden Gegner mehrmals heftig zurück schlugen.

Die Begründung des OGH für die Versagung des Notwehrrechts lautet wie folgt: „Der Grund, warum § 36 jap. StGB die unmittelbare Drohung des Angriffs voraussetzt, liegt nicht darin, dass dem Angegriffenen eine Ausweichpflicht für den erwarteten Angriff aufgebürdet wird. Daher ist das Verständnis angemessen, dass die unmittelbare Drohung des Angriffs auch dann nicht notwendigerweise entfallen muss, wenn der Angriff vom Verteidiger als wahrscheinlich oder sogar als fast sicher vorausgesehen wird.“ Hingegen „wird die Anforderung der unmittelbaren Drohung des Angriffs dann nicht mehr erfüllt, wenn sich der Täter nicht allein darauf beschränkt, den erwarteten Angriff abzuwehren, sondern dem Angriff mit der Absicht begegnet, die Gelegenheit dazu zu nutzen, seinerseits aktiv dem Gegner Schäden zuzufügen.“

Nun gab es bereits unter dem Falltypus der Prügelei Fälle, in denen die Rechtsprechung auf den Willen zur aktiven Schadenszufügung abgestellt hatte. Doch erst durch den Beschluss vom 21. 07. 1977 wurde deutlich, dass die Kombination aus Erwartung des Angriffs und Willen zur aktiven Schadenszufügung das Vorliegen der unmittelbaren Drohung entfallen lässt. Diese These wurde in der Praxis Japans bei der Behandlung von Notwehrfällen nunmehr

---

[9] Hashizume, Keisatsugaku Ronshu Bd. 69, Nr. 3, S. 156; Sakashita, Hanreijiho Nr. 2362, S. 170.

[10] OGH Beschluss v. 21. 07. 1977, Keishu Bd. 31, Heft 4, S. 747.

als Maßstab festgelegt, wobei die Gerichte hierfür verschiedene Gründe anführen[11]. Demnach ist eine Verteidigung, die nicht nur in Erwartung des Angriffs, sondern auch mit dem Willen zur aktiven Schadenszufügung erfolgt, nichts anderes als eine rechtswidrige Handlung, nämlich eine private Rache, die im Rechtsstaat verboten ist. Weil der Verteidiger dabei genug Zeit hätte, obrigkeitliche Hilfe herbeizuholen oder den Angriff zu vermeiden, kann seine Handlung nicht als unter der unmittelbaren Drohung des Angriffs stehend bezeichnet werden.

In der Wissenschaft jedoch ist die These des OGH auf starke Kritik gestoßen. Denn durch sie wurde das Vorliegen der unmittelbaren Drohung, die doch objektiv festgestellt werden sollte, abhängig von der subjektiven Einstellung des sich Verteidigenden. Ein solches Konzept stellt aus Sicht der Kritiker nichts anderes dar als Gesinnungsstrafrecht. Es wird daher die Ansicht vertreten, den Willen zur aktiven Schadenszufügung in der Frage des Verteidigungswillens aufzulösen[12].

Dagegen spricht jedoch, dass der Wille zur aktiven Schadenszufügung auf den Zeitpunkt vor der Angriffshandlung abstellt, während der Verteidigungswille hinterher bei der Verteidigungshandlung gebildet werden soll. Beide können daher zeitlich klar unterschieden werden[13]. Außerdem wird das Vorhandensein des Willens zur aktiven Schadenszufügung in der Praxis nicht allein aufgrund der rein subjektiven Sicht des Täters festgestellt. Mitberücksichtigt werden hierbei vielmehr auch verschiedene objektive Umstände, wie der Hintergrund der Angriffshandlung, das Vorliegen einer Provokation, die Möglichkeit sowie Leichtigkeit der Vermeidung des Angriffs, die Bereitschaft zum Gegenangriff usw.[14], ja es wird häufig sogar mehr Gewicht auf solche objektive Umstände gelegt. Daher wird der Wille zur aktiven Schadenszufügung, und damit das Nichtvorhandensein der unmittelbaren Drohung, auf Basis der objektiven Umstände einschließlich der subjektiven Sicht des Täters festgelegt, wobei aus normativer Sicht berücksichtigt wird, ob der Täter als der Notwehrübende letztlich rechtlich schutzwürdig ist.

Da bei der Verteidigung hauptsächlich auf die Bedeutung der objektiven Umstände Bezug genommen wird, entstand in Japan eine Diskussion zu der Frage, ob es Fälle gibt, in denen die unmittelbare Drohung unabhängig vom subjektiven Willen zur aktiven Schadenszufügung verneint werden kann. Tatsächlich fanden sich nach dem höchstrichterlichen Beschluss von 1977 Entscheidungen in den unteren Instanzen, die ausschließlich auf Grund der

---

[11] Kojo, Saikosaihanreikaisetsu Keijihen (Showa 52 nendo), 1980, S. 235 ff.; Yasuhiro, Saikosaihanreikaisetsu Keijihen (Showa 60 nendo), 1989, S. 132 ff.

[12] Z.B. Ohya, Horitsujiho Nr. 2357, 2358 S.7.

[13] Vgl. Yasuhiro, (Fn. 11), S. 150.

[14] Vgl. Hashizume, Seitoboeiron no kiso (Grundlage der Notwehrtheorie), S. 325 f.

objektiven Umstände hinsichtlich des Gegenangriffs zu dem Schluss kamen, dass die unmittelbare Drohung abzulehnen sei. Anlässlich der Einführung des sog. Laienrichtersystems in Japan wurde hervorgehoben, dass das aus der Kombination von Erwartung des Angriffs und Willen zur aktiven Schadenszufügung bestehende Konstrukt der Rechtsprechung für Nichtjuristen zu kompliziert sei und daher nur objektive Gründe Berücksichtigung finden könnten[15]. Außerdem soll hier darauf aufmerksam gemacht werden, dass die sog. Absichtsprovokation zum Falltypus des Willens zur aktiven Schadenszufügung gehört und dabei schon die unmittelbare Drohung zu verneinen ist. Weitgehend ungeklärt geblieben ist in der japanischen Rechtsprechung hingegen die Frage wie Fälle der vorsätzlichen oder fahrlässigen Herbeiführung der Notwehrlage zu behandeln sind.

3. Der Falltypus der selbst herbeigeführten Notwehrlage (sog. Lariat-Fall)

Im Jahr 2008 (gerade ein Jahr vor der Einführung des Laienrichtersystems) erließ der OGH eine wichtige Entscheidung zur Notwehrprovokation[16]. Ihr lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Als der 51-jährige A, auf seinem Fahrrad sitzend, Abfälle auf einen legalen Schuttabladeplatz auf der Straße warf, kam der 41-jährige Angeklagte X vorbei. Weil der A dem X unbekannt war und das Verhalten des A dem X verdächtig vorkam, sprach er ihn an, was in verbale Streitigkeiten zwischen beiden mündete. Der X schlug plötzlich mit seiner Faust einmal auf die linke Wange des A und verließ dann gleich den Ort des Konflikts. Der A verfolgte wütend den X auf seinem Fahrrad. Als er den X nach einer Verfolgung über ca. 86,5 m erreicht hatte, stürzte er sich, seinen rechten Arm seitlich ausstreckend wie beim „Lariat (Clothesline)“ der Wrestling-Kampftechnik, von hinten mit dem Fahrrad auf den X und schlug stark auf dessen oberen Rücken oder Hals. X, der durch die Attacke des A zu Boden gefallen war, stand bald wieder auf und griff zu einem Teleskopschlagstock, den er zum Selbstschutz bei sich trug. Damit schlug er mehrmals auf das Gesicht und die linke Hand des A. In der Folge wurde der X wegen Körperverletzung angeklagt.

In diesem Fall versagte der OGH dem X eine Rechtfertigung durch Notwehr mit folgender Begründung: „Der Angeklagte übte gegen den A Gewalt aus, bevor er von A angegriffen wurde. Weil der Angriff des A durch die Gewalttätigkeiten des Angeklagten hervorgerufen wurde und ihn nachher an den in der Nähe liegenden Ort geführt hatte, gehörten beide Handlungen zu einem kontinuierlichen und einheitlichen Geschehen. Der Angeklagte führte den

---

[15] Z.B. Saeki, Horitsujiho, Nr. 2357, 2358 S. 19.

[16] OGH Beschluss v. 20.05.2008, Keishu Bd. 62 Heft 6 S. 1786.

Angriff durch seine unrechtmäßige Handlung selbst herbei. Deswegen wurde seine Körperverletzungshandlung nicht in der Lage begangen, in der der Gegenangriff zu rechtfertigen wäre, insofern der Angriff des A über das Ausmaß der Gewalttätigkeiten des Angeklagten nicht unverhältnismäßig hinausging."

Der OGH legte in diesem Beschluss die folgenden Voraussetzungen für die Versagung des Notwehrrechts wegen Provokation fest[17]: Erstens muss sich der Angriff in zeitlicher und örtlicher Hinsicht als ein kontinuierliches Geschehen darstellen, das durch das Vorverhalten des Notwehrübenden heraufbeschworen wird. Mit anderen Worten, der Angriff und die Provokation müssen eine Einheit bilden. Zweitens muss der Notwehrübende durch seine eigene unrechtmäßige Handlung den Angriff selbst herbeigeführt haben, die Provokation muss also unrechtmäßig gewesen sein. Drittens darf der Angriff hinsichtlich der Intensität nicht über die Gewalttätigkeiten des Angeklagten hinausgehen. Es wird also eine gewisse Proportionalität zwischen dem Angriff und der Provokation gefordert.

Besondere Aufmerksamkeit verdient hier die Tatsache, dass der OGH weder den Willen zur aktiven Schadenszufügung, noch die Erwartung des Angriffs durch den Angegriffenen überhaupt berücksichtigt. Stattdessen stellen die oben erwähnten drei Voraussetzungen lediglich auf die objektiven Umstände ab. Außerdem sollte beachtet werden, dass der OGH, indem er keine der einzelnen Anforderungen des § 36 jap. StGB, etwa die unmittelbare Drohung, erwähnte, die als Vorbedingung der Notwehr anzusehende Situation selbst als nicht gegeben ansah. Diese Besonderheit des Beschlusses lässt sich wohl auf die Tatsache zurückführen, dass sich damals die Notwendigkeit ergab, einen für Laien verständlichen Beurteilungsrahmen bereitzustellen. In Japan herrscht jedenfalls die Auffassung, dass hierdurch ein neuer Falltypus der Notwehreinschränkung insbesondere bezüglich der Notwehrprovokation entstanden ist.

4. Die Modifikation des zweiten Falltypus

In jüngster Zeit wurde der Falltypus des Willens zur aktiven Schadenszufügung durch den OGH umgestaltet[18]. Im Beschluss vom 26.04.2017 befasste sich der OGH mit dem folgenden Sachverhalt: Der Angeklagte X wohnt auf der sechsten Etage eines Appartements. Während seiner Abwesenheit hatte der 40-jährige A mehrmals mit einem Feuerlöschgerät auf die Eingangstür seiner Wohnung geschlagen. Nach Rückkehr des X hatte der A den X bis Mitternacht mehr als zehn Mal in streitsüchtiger Weise angerufen

---

[17] Z.B. Takahashi, AT, S. 295.

[18] OGH Beschluss v. 26.04.2017, Keishu Bd. 71, Heft 4, S. 275.

und am Telefon mit ihm gezankt. Da der X dazu in keiner Weise Anlass gegeben hatte, ärgerte er sich über das Verhalten des A. Gegen 4 Uhr morgens rief A den X erneut an, teilte ihm mit, dass er vor dem Appartement stehe und forderte den X auf, zu ihm, dem A, nach unten zu kommen. Der X wickelte ein Küchenmesser mit einer 13,8 cm langen Klinge in ein Handtuch und steckte dieses hinter seinem Rücken in seine Hose. Als der X zum Eingang des Appartements kam, lief der A mit einem Hammer auf ihn zu. Ohne vorherige Androhung und ohne das Messer vorher zu zeigen, näherte sich der X dem A, nahm das Messer zum Schutz gegen den Angriff des A aus der Hose heraus und stach es dem A in Tötungsabsicht in die linke Brust. Dadurch verstarb der A.

Der OGH verneinte vorliegend die unmittelbare Drohung des Angriffs. Die Begründung lautet folgendermaßen: „§ 36 jap. StGB erlaubt der Privatperson ausnahmsweise die Gegenhandlung, um den Angriff zu beseitigen, wenn es ihr in der Notsituation, wie einer unmittelbar drohenden unberechtigten Schädigung, unzumutbar ist, bei Obrigkeiten rechtlichen Schutz zu suchen. In dem Fall, dass der Täter in der Erwartung des Angriffs den Gegenangriff leistet, ist das Vorliegen der unmittelbaren Drohung daher trotz einer solchen Erwartung nicht direkt abzulehnen. Das Vorliegen der unmittelbaren Drohung soll mit Rücksicht auf die gesamte Tatsituation, einschließlich der dem Gegenangriff vorangehenden Umstände beurteilt werden. Insbesondere sollen, entsprechend den betreffenden Fällen, (a) die bisherige Beziehung des Täters zu dem Gegner, (b) der Inhalt des erwarteten Angriffs, (c) der Grad der Wahrscheinlichkeit dieses Angriffs, (d) die Möglichkeit und Leichtigkeit der Angriffsvermeidung, (e) die Notwendigkeit des Aufsuchens des Angriffsortes, (f) die Angemessenheit des Bleibens am Angriffsort, (g) die Vorbereitungssituation des Gegenangriffs (insbesondere die Verfügbarkeit von Kampfmitteln und deren Eigenschaften), (h) der Unterschied zwischen dem Inhalt des tatsächlichen Angriffs und dem des erwarteten Angriffs, (i) die Verhaltensweisen des Täters beim Gegenüberstehen zum Angriff und (j) der Inhalt seines Willens usw. berücksichtigt werden. Wenn sich daraus folgern lässt, dass das Verhalten des Täters dem Sinne des § 36 jap. StGB nach nicht gebilligt werden kann, wie z.B. in dem Fall, in dem der Täter die sich ihm bietende Situation als Gelegenheit nutzt, um sich dem Gegner mit Schadenszufügungswillen aktiv entgegen zu stellen, entfällt das Vorliegen der unmittelbaren Drohung der Schädigung.“ „Der X erwartete, dass der A Gewalttätigkeiten mit Waffen gegen ihn führen werde, wenn er der Aufforderung des A, zum angegebenen Ort zu kommen, nachkäme. Der X brauchte der Forderung des A jedoch nicht nachzukommen. Es war zudem für X leicht möglich, zu Hause zu bleiben und polizeiliche Hilfe herbeizuholen. Trotzdem kam der X mit dem Küchenmesser ausgerüstet zu dem Ort, an dem A auf ihn wartete. Sobald dieser mit dem Hammer angriff, trat der X an den A heran und stach ihm ohne Vorwarnung kraftvoll in die linke Brust. Mit Rücksicht auf

die gesamte Situation einschließlich der vorangehenden Umstände wird die Tat des X nach dem Sinne des § 36 jap. StGB missbilligt. Auch die Anforderung der unmittelbaren Drohung der Schädigung wird daher nicht erfüllt."

Der OGH modifizierte durch diesen Beschluss den Inhalt des Falltypus' des aktiven Schadenszufügungswillens. Zur Verneinung der unmittelbaren Drohung wird nämlich mehr Gewicht auf die objektiven Umstände als auf die subjektiven gelegt, wobei der Fall, dass der Täter den aktiven Schadenszufügungswillen hat, nur als ein Unterfall der Konstellationen behandelt wird, in denen die unmittelbare Drohung in Anbetracht des Sinnes der Notwehrvorschrift entfällt. Dem liegt wohl auch hier der Ansatz zugrunde, einen den Laienrichtern begreiflichen Beurteilungsrahmen anzulegen. Die Erwartung des Angriffs bleibt dabei unverändert eine unentbehrliche Bedingung für die Notwehreinschränkung.

IV. Die Verpflichtung zur Konfliktvermeidung als Grundlage der Notwehr?

Nach dem Gesagten liegt die Vermutung nahe, dass die Grundsätze, die den oben angeführten zwei Falltypen, nämlich dem Falltypus der selbst herbeigeführten Notwehrlage und dem des aktiven Schadenszufügungswillens entnommen werden, in der Praxis Japans in der Anwendung auf die konkrete Tatsituation zu einem weiteren Falltypus der Notwehreinschränkung führen können. Beide Falltypen haben die Gemeinsamkeit, dass sie hauptsächlich auf die objektiven Umstände abstellen. Die theoretische Begründung des Verhältnisses zwischen den beiden ist jedoch in der Wissenschaft umstritten.

Eine Ansicht, die in Wissenschaft und Praxis gegenwärtig immer mehr an Einfluss gewinnt, versucht die Beziehung der beiden Falltypen aus einer einheitlichen Perspektive zu begründen, indem sie die Verpflichtung zur Vermeidung des Konflikts zu einer (ungeschriebenen) Voraussetzung der Notwehr macht. Nach dieser Lehrmeinung soll vom Standpunkt des Rechtsgüterschutzes aus eine Interessenkollision zwischen Verteidiger und Angreifer möglichst vermieden werden. Es müsse daher vom Angegriffenen verlangt werden, den Konflikt zu vermeiden, wenn er diesem ohne Preisgabe eigener Belange vorher leicht ausweichen könne. Wenn er trotzdem den Streit mit dem Gegner nicht umgehe und sich die unberechtigte Schädigung dadurch verwirkliche, realisiere sich bloß der zu vermeidende Angriff, der sich für ihn als keine Notlage mehr darstellen könne. Demnach scheide eine unmittelbare Drohung des Angriffs von vornherein aus. Nach dieser Ansicht

liegt der Gedanke von der Konfliktvermeidungspflicht beiden genannten Falltypen zugrunde[19].

Wenn die Konfliktvermeidungspflicht nur aus objektiven Umständen abzuleiten wäre, könnte man dieser Meinung zustimmen. Es wird jedoch von den Kritikern öfters darauf hingewiesen, dass die Auferlegung einer Vermeidungspflicht mindestens die Erwartung des Angriffs als unerlässlichen Ausgangspunkt voraussetzen muss, da dem Angegriffenen ansonsten eine übermäßige Belastung zugemutet würde[20]. Deswegen könne die Theorie der Angriffsvermeidungspflicht höchstens für den letzten Falltypus gelten, der noch von der Erwartung des Täters hinsichtlich des Angriffs ausgeht. Dagegen müsse der nur auf objektiven Umständen basierende Falltypus der Provokation von der Theorie ausgenommen und anders begründet werden.

Die überwiegende Meinung in der japanischen Strafrechtswissenschaft nimmt daher an, dass jeder der beiden Falltypen auf einem anderen, eigenständigen Prinzip beruht[21]. Eine Ansicht[22] stellt darauf ab, dass im Fall der Notwehrprovokation, bei dem auf Grund der objektiven Umstände die Notwehrsituation überhaupt verneint wird, auf Seiten des Angegriffenen schon ursprünglich kein schützenswertes Interesse besteht. Ob aber sogar die Möglichkeit eines Notwehrexzesses nur aufgrund der bloßen objektiven Umstände gänzlich abgewiesen werden darf, muss meiner Meinung nach skeptisch betrachtet werden.

Andererseits sind die Auswirkungen des Beschlusses von 2017 auf den Falltypus der unmittelbaren Drohung in der Wissenschaft noch nicht geklärt, auch wenn der Beschluss im Ergebnis wohl von der der Mehrzahl der Strafrechtler akzeptiert werden dürfte[23]. Allerdings könnten einige der nach dem Beschluss des OGH zu berücksichtigenden Elemente, namentlich die oben genannten Elemente (d), (e) und (f), der Auferlegung einer Angriffsvermeidungspflicht entsprechen. Als Voraussetzung der unmittelbaren Drohung muss daher die Verpflichtung beachtet werden, der Notlage vorher nach Möglichkeit auszuweichen. Außerdem weist der OGH, um die unmittelbare Drohung abzulehnen, auf die Tatsache hin, dass der Angeklagte X mühelos hätte polizeiliche Hilfe besorgen können. Hieraus wird deutlich, dass der OGH im Hinblick auf das Notwehrrecht aus § 36 jap. StGB eine generelle Verpflichtung zum Herbeiholen obrigkeitlicher Hilfe für erforderlich hält.

---

[19] Vgl. z.B. Maeda, Sosa Kenkyu Nr. 799, S. 23 f. Auch Hashizume, (Fn. 9) S. 156 f.

[20] Z.B. Yamaguchi, Hoso Jiho Bd. 61 Nr. 2, S. 314. Dagegen Ohtsuka, Hanrei Jiho Nr. 2357, 2358, S. 18.

[21] Z.B. Sakashita, Hanrei Jiho Nr. 2362, S. 174.

[22] Z.B. Sakashita, Hanrei Jiho Nr. 2362, S. 174.

[23] Z.B. Naruse, Hogaku Kyoshitsu Nr. 444, S. 158.

Dieser Ansatz nimmt den Angegriffenen im Ausgangspunkt der Notwehrbeurteilung meines Erachtens jedoch übermäßig in die Pflicht, indem er im äußersten Fall zur Versagung der Notwehrbefugnis, einem Recht des Angegriffenen, führen kann. Er verdient daher keinen Beifall. Zwar ist die Möglichkeit zum Ausweichen des Angriffs gegebenenfalls auf der Ebene der Verteidigungshandlung zu berücksichtigen, die japanische Rechtsprechung des OGH jedoch stellt darauf in ungerechtfertigter Weise bereits in Bezug auf die unmittelbare Drohung ab, wodurch sogar die Möglichkeit eines Notwehrexzesses von vornherein kategorisch ausgeschlossen ist. Im Übrigen hat der OGH auf die Situation aufmerksam gemacht, wie der Verteidiger den Angriff überstanden hat (Element (i)). Daher erwähnt der OGH als einen Grund für das Nichtvorhandensein der unmittelbaren Drohung den Umstand, dass der X im geschilderten Fall mit dem Küchenmesser ohne Vorwarnung stark in linke Brust des A stach. Jedoch sollte meines Erachtens nach diese Tatsache im Hinblick auf das Erfordernis der „Angemessenheit" der Verteidigungshandlung berücksichtigt werden. Die Ansicht des OGH hat dagegen zu Unrecht zur Folge, dass die Beziehung der Anforderungen der Notwehr in Verwirrung gerät[24]. Auch das Vorhaben des OGH, den Laien das Muster eines verständlichen Beurteilungsrahmens zu bieten, dürfte als gescheitert betrachtet werden nachdem der OGH nur verschiedene zu berücksichtigende Elemente anführte, deren Wechselbeziehung aber völlig unklar ist. Überdies legte er dabei keine regulativen Prinzipien für die konkrete Beurteilung vor. Letztlich müssen die Gerichte nach den Vorgaben des OGH ihren Schluss intuitiv aus einer Gesamtbetrachtung der zu beachtenden Elemente ziehen.

V. Schluss

Die Eigentümlichkeit, die in der japanischen Rechtsprechung zur Notwehreinschränkung zu erkennen ist, liegt darin, mittels der Gesamtbetrachtungsweise schon das Vorliegen der unmittelbaren Drohung abzulehnen bzw. hinsichtlich der Provokation durch die Berücksichtigung der objektiven Umstände die bei der Notwehr vorauszusetzende Situation überhaupt zu verneinen. Weil diese Tendenzen zweifellos zu einer übermäßigen Herabsetzung des Notwehrrechts führen, sind sie zu beanstanden.

---

[24] Vgl. Kadota, Hogaku Seminar Nr. 750, S. 109. Auch Hashida, Jurist No. 1518, S. 155.

Krisen aus aller Welt im Spiegel der deutschen Strafjustiz

Andreas Popp*

I.

„Er trägt einen schwarzen Kampfanzug und eine helle Patronentasche um seinen Oberkörper. An seiner rechten Schulter hängt ein Sturmgewehr mit dem Lauf nach unten. Sein Gesichtsausdruck ist angespannt; er schaut in die Kamera und wird dabei von der Sonne geblendet. Im Hintergrund sind keine Menschen zu erkennen. Auf einem mit nur wenigen Grasinseln bestandenen freien Feld befinden sich mehrere kleine Hütten; an der vordersten Hütte sind eine weiße und eine rote Flagge gehisst. Der Angeklagte hebt seine leicht gestreckten Arme nach vorne seitlich ungefähr bis auf die Höhe kurz unterhalb seiner Brust hoch. In jeder Hand hält er nur mit seinen Fingern jeweils einen vom Rumpf abgetrennten menschlichen Kopf an den Haaren in die Höhe. Deren Gesichter sind jeweils im Seitenprofil - der linke Kopf im linken Profil, der rechte Kopf im rechten Profil - zur Kamera ausgerichtet. Die Gesichtszüge der Opfer sind deutlich erkennbar".[1]

Die Fotografie, die hier so eigentümlich detailliert beschrieben wird, war offenbar vor einiger Zeit auf „Facebook" zu finden, dem wohl bekanntesten der sog. „social networks" im Internet – und damit möglicherweise auch in Deutschland (vielleicht aber auch nur für einen mehr oder weniger geschlossenen Nutzerkreis[2]). Der Schrecken der „Schlacht um Tikrit", die im Jahre 2015 zwischen irakischen Streitkräften und Einheiten der Terrormiliz „Islamischer Staat" geführt wurde, konnte dann auch hierzulande erfahrbar werden, wenn auch nur ganz bruchstückhaft und nur als Bild.

Dann aber gelangt dieses Bild noch auf einem anderen Weg nach Deutschland, nämlich im Gepäck des wilden Kriegers, der auf ihm posiert. Er hat es sich in Form einer Datei beschafft und führt es nun zusammen mit einigen weiteren Bildaufnahmen auf seinem Rechner mit sich – weil dieses

---

* Prof. Dr. Andreas Popp, M.A., Universität Konstanz, Lehrstuhls für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, IT-Strafrecht und Rechtsphilosophie

[1] Auszug aus der Schilderung des Sachverhalts im Strafurteil des Berliner Kammergerichts vom 1.3.2017, Az. (2A) 172 OJs 26/16 (3/16).

[2] Diese Möglichkeit wollte das Kammergericht zumindest nicht ausschließen.

Material, so sagt er, möglicherweise hilfreich sein könnte, „seine Situation im Irak zu verdeutlichen und seinen Antrag auf Gewährung von Asyl zu begründen“.[3] Zudem erscheint das Bild mit den beiden Köpfen wiederum für kurze Zeit (aber vielleicht wiederum nicht für jedermann einsehbar) auf seinem eigenen Facebook-Profil. Die weiteren Wendungen dieser Geschichte muss ich an dieser Stelle übergehen; ich beschränke mich auf den Bericht, dass am Ende eine Freiheitsstrafe von einem Jahr und acht Monaten steht, verhängt durch einen Staatsschutzsenat des Berliner Kammergerichts. Denn das, was auf jener Fotografie zu sehen ist und durch sie vielleicht überhaupt erst bewirkt worden ist, kann mit guten Gründen als Kriegsverbrechen eingeordnet werden, und zwar selbst dann, wenn man annimmt, dass die beiden Männer bereits von anderen Beteiligten getötet und dann enthauptet worden waren – wenn sich der Vorwurf also darauf beschränkt, mit den abgetrennten Köpfen für die Kamera posiert zu haben. Das Berliner Kammergericht konnte sich in dieser Rechtsfrage sogar schon an Entscheidungen anderer Gerichte orientieren: Bereits das Oberlandesgericht Frankfurt und auch der Bundesgerichtshof[4] hatten sich mit einem Angeklagten zu beschäftigen, der sich irgendwo im Nahen Osten „mit einem grünen tarnfleckgemusterten Oberteil und einer grünen Hose bekleidet“ zwischen zwei menschlichen Köpfen präsentierte, die man, auf Metallstangen aufgespießt, „trophäenartig“ vor einem Schulgebäude zur Schau gestellt hatte.[5]

In einem weiteren Verfahren, ebenfalls vor dem Oberlandesgericht Frankfurt, war es keine Fotografie, sondern eine Videosequenz, die mit Hilfe eines Samsung-Mobiltelefons aufgezeichnet worden war.[6] Zu sehen sind darin Männer, die einem toten Soldaten der syrischen Armee erst ein Ohr und dann die Nase abschneiden, bevor sie den Kopf mit einem Sturmgewehr zerschießen; zu hören sind dabei auch die Dialoge, die sie hierüber führen, derbe Flüche und fortwährende Anrufungen Allahs. Dokumentiert – und durch diese Dokumentation in gewisser Weise noch verstärkt, wenn nicht überhaupt erst ermöglicht worden – ist auf diese Weise wiederum ein Kriegsverbrechen. Das dürfte auch für ein weiteres Video gelten, auf dem zu sehen ist, wie ein irakischer Offizier vor seiner Erschießung durch den „Islamischen Staat“ von einem Minderjährigen beschimpft und bespuckt wird. Der Minder-

---

[3] Vgl. Fn. 1.

[4] BGH, Beschl. v. 8.9.2016, NJW 2016, 3604 (im Verfahren über die Beschwerde gegen den Haftfortdauerbeschluss des OLG Frankfurt).

[5] OLG Frankfurt 12.7.2016 - 5-3 StE 2/16 / 4 / 1/16), inzwischen bestätigt durch BGH NJW 2017, 3667 (zu dieser Entscheidung etwa *Werle/Epik*, JZ 2018, 261; *Ambos*, NJW 2017, 3672; *Bock/Bülte*, HRRS 2018, 100).

[6] OLG Frankfurt 8.11.2016 – 5-3 StE 3/16 / 4 / 3 /16.

jährige ist befindet sich seit Monaten in deutscher Untersuchungshaft,[7] ebenso wie sein Vater, der mutmaßlich als Mittäter an jener Hinrichtung beteiligt war.[8]

Ein fernes Echo dessen, was in den – leider zahreichen – Krisenregionen der Welt fortwährend vor sich geht, hallt gelegentlich also auch in deutschen Gerichtssälen wider. Was wir hier hören, sind natürlich immer nur Fragmente, vielfach verzerrt und überlagert und überhaupt nur recht undeutlich wahrzunehmen. Sie erreichen uns nicht nur aus dem Irak oder aus Syrien, sondern beispielsweise auch aus Afrika. So hat das Oberlandesgericht Stuttgart – nur zwei Autostunden von hier entfernt – erst vor drei Jahren ein langwieriges Strafverfahren zum Abschluss gebracht, das eine ganze Reihe wirklich grauenhafter Geschehnisse im sogenannten Dritten Kongokrieg zum Gegenstand hatte.[9] Mit vorausgegangenen Ereignissen im Nachbarland Ruanda, die mit dem Genozid an der Bevölkerungsgruppe der Tutsi verbunden waren, hatte sich bereits zuvor das Oberlandesgericht Frankfurt zu beschäftigen.[10] Konkret ging es hier um das berüchtigte „Kirchenmassaker von Kiziguro“ im April 1994, in dessen Verlauf unter maßgeblicher Beteiligung des Angeklagten etwa 400 Menschen auf überaus grausame Weise getötet worden waren (und zwar, wie in den Urteilsgründen mitgeteilt wird, „überwiegend mit Macheten, Lanzen, Knüppeln, Äxten, Beilen und Hacken“).

II.

Zweifellos handelt es sich bei all diesen Vorgängen um schwerste Verbrechen, gerade auch nach transkulturell gültigen Maßstäben – doch welche Gründe hat die deutsche Strafjustiz, sich mit alledem zu befassen?

1.

a) Welchen Grund hätte sie, es nicht zu tun? Diese Gegenfrage könnte man vielleicht tatsächlich stellen, wenn man die besondere Eigenart derjenigen Verbrechen in den Vordergrund rückt, um die es hier oft geht: Kriegs-

---

[7] Vgl. in dieser Sache zuletzt BGH, Beschluss vom 22. Februar 2018 – AK 5/18.

[8] Vgl. zuletzt BGH, Beschluss vom 22. Februar 2018 – AK 4/18 (aus diesem Beschluss geht zugleich hervor, dass die beiden offenbar im Jahr 2015 nach Deutschland gelangt waren).

[9] *Johnson/Schlindwein/Schmolze*, Tatort Kongo – Prozess in Deutschland (2016). Über einen weiteren Prozess vor dem OLG Düsseldorf berichten die Autoren a.a.O. S. 428 ff.

[10] Vgl. OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 18.2.2014 – 5 – 3 StE 4/10 – 4 – 3/10 (ausführliche Besprechung bei *Werle/Burghardt* ZIS 2015, 46). In dieser Entscheidung nahm das Gericht lediglich Beihilfe zum Völkermord an (§§ 220a, 27 StGB a.F.). Die hiergegen eingelegte Revision zum BGH (3 StR 575/14 – hierzu *Burghardt* JZ 2016, 106) führte schließlich zur Verurteilung wegen mittäterschaftlicher Beteiligung (OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 29.12.2015).

verbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Völkermord. Derartige Delikte haben einen geradezu unversellen Charakter in einem doppelten Sinn: Erstens betreffen sie Geschehnisse, die – jedenfalls im Kernbereich – wohl buchstäblich weltweit als Unrecht angesehen werden, und dies im Grundsatz unabhängig davon, wo sie sich ereignen und wer an ihnen als Opfer oder Täter beteiligt sein mag. Und zweitens richten sie sich letztlich gar nicht gegen eine bestimmte staatliche Ordnung, sondern gegen die internationale Gemeinschaft als Ganzes – sie sind Verbrechen gegen das Völkerrecht und auch strafbar allein schon von Völkerrechts wegen.[11] Es ist gerade dieser zweite Gesichtspunkt, der es rechtfertigt, sämtliche Staaten der Welt gleichermaßen für befugt zu halten, solche Vorgänge ihrer eigenen Strafgewalt zu unterwerfen und vor ihren Strafgerichten verhandeln zu lassen, wo auch immer und zwischen wem auch immer sie sich ereignet haben mögen.[12] Ob sie dazu verpflichtet sind, ist freilich eine andere Frage; eindeutig bejahen lässt sie sich nach dem derzeitigen Stand des Völker(straf)rechts wohl nur für einige wenige Fälle.[13]

b) Das deutsche Völkerstrafgesetzbuch – ein Kodex von Rechtsvorschriften innerhalb unseres nationalen Rechtssystems, der aber gerade „Straftaten gegen das Völkerrecht“ zum Gegenstand hat – gilt hinsichtlich einiger solcher Straftaten ganz ausdrücklich „auch dann, wenn die Tat im Ausland begangen wurde und keinen Bezug zum Inland aufweist“ (§ 1 S. 1 VStGB). Es kommt bei derartigen Auslandstaten also ganz grundsätzlich nicht darauf an, ob Deutsche an ihnen beteiligt oder als Opfer von ihnen betroffen waren, ob sich das Geschehen sonst in irgendeiner Weise nachteilig auf deutsche Interessen ausgewirkt hat oder ob sich zumindest faktisch eine besondere Verbindung gerade zum deutschen Strafjustizsystem ergibt (etwa dadurch, dass der Täter – wenn auch vielleicht nur ganz zufällig – auf deutschem Boden aufgegriffen worden ist[14]). Hier ist das Universalitätsprinzip (oder wie wir

---

[11] IStGH-Statut: schwerste Verbrechen, welche die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren. Aus diesem Grunde ist es – worauf schon *Hannah Arendt* aufmerksam gemacht hat – vorzuziehen, nicht von „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“, sondern von Verbrechen „gegen die Menschheit“ (*against humanity*) zu sprechen.

[12] *Werle/Jeßberger* Rn. 212 m.w.N.

[13] Wohl nur bei Kriegsverbrechen in internationalen bewaffneten Konflikten (vgl. dazu etwa *Werle/Jeßberger* Rn. 224 ff., 229 ff.). In der UN-Völkermordkonvention (Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide) vom 9.12.1948 haben sich die Staaten zwar verpflichtet, „wirksame Strafen“ vorzusehen (Art. V); die Ausübung von Strafgerichtsbarkeit obliegt danach aber nur dem Tatort-Staat (vgl. Art. VI, der alternativ dazu nur ein ggf. zuständiges „internationales Strafgericht“ nennt).

[14] Denn dabei handelt es sich lediglich um eine nachgeordnete praktische Frage, die am universal erhobenen Regelungs- und Sanktionsanspruch nichts ändert (sondern allein dessen Realisierungschancen betrifft); vgl. nur *Ambos* in MK-StGB, 3. Aufl. 2018, VStGB § 1 Rn.8 m.w.N.

in Deutschland oft sagen: das Weltrechtsprinzip) also tatsächlich in reiner Form verwirklicht worden, dies jedenfalls auf der Ebene des materiellen Rechts. Damit ist der deutsche Gesetzgeber im Jahre 2002 ganz bewusst noch einen Schritt weiter gegangen als die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.[15] Dieser hatte noch drei Jahre zuvor selbst im Falle eines Völkermordverbrechens im ehemaligen Jugoslawien ausdrücklich nach einem besonderen Bezug zu Deutschland gefragt, um die Ausübung deutscher Strafgewalt völkerrechtlich zu rechtfertigen.[16] Aber einer solchen Rechtfertigung bedurfte es hier eben gar nicht (insbesondere ist das Verbot, sich in die inneren Angelegenheiten anderer Staaten einzumischen, im Falle eines Völkermords offensichtlich kein geeignetes Gegenargument).[17] Das deutsche Völkerstrafgesetzbuch erscheint in gewisser Weise als (vorläufiger) Schlusspunkt einer langen und wechselvollen Entwicklung, die Gerhard Werle treffend mit der Formel „von der Ablehnung zur Mitgestaltung" beschrieben hat: Pflegte die frühe Bundesrepublik zum Völkerstrafrecht noch ein insgesamt eher distanziertes Verhältnis, so kann man für die vergangenen beiden Jahrzehnte geradezu das Gegenteil feststellen. Die Bundesrepublik Deutschland hat sich aktiv und konstruktiv eingebracht in die Ausarbeitung des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs und ist bereit, an diesen Gerichtshof ggf. auch eigene Staatsangehörige auszuliefern (Art. 16 Abs. 2 GG); dem Römischen Statut zur Seite gestellt worden sind im nationalen Recht zugleich die Strafvorschriften des deutschen Völkerstrafgesetzbuchs. Dieses Völkerstrafgesetzbuch hielt nun gerade auch für den Fall, den ich eingangs geschildert habe, einen passenden Straftatbestand bereit: Ein „Kriegsverbrechen gegen Personen" begeht nach § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB auch, wer im Zusammenhang mit einem internationalen oder nichtinternationalen bewaffneten Konflikt „eine nach dem humanitären Völkerrecht zu schützende

---

[15] Vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches, BT-Drs. 14/8524, S. 14.

[16] BGHSt 45, 64 (65 f.): „Nach § 6 Nr. 1 StGB gilt kraft des Weltrechtsprinzips deutsches Strafrecht für ein im Ausland begangenes Verbrechen des Völkermordes. Voraussetzung der Begründung der deutschen Gerichtsbarkeit für die Verfolgung von Straftaten, die von Ausländern im Ausland an Ausländern verübt worden sind, ist ferner, daß der Anwendung deutschen Strafrechts ein völkerrechtliches Verbot nicht entgegensteht [...]. Ferner bedarf es - über den Wortlaut der Vorschrift hinaus - eines legitimierenden Anknüpfungspunktes im Einzelfall, der einen unmittelbaren Bezug der Strafverfolgung zum Inland herstellt; nur dann ist die Anwendung innerstaatlicher (deutscher) Strafgewalt auf die Auslandstat eines Ausländers gerechtfertigt. Fehlt ein derartiger Inlandsbezug, verstößt die Strafverfolgung gegen das Nichteinmischungsprinzip, das aus der völkerrechtlich gebotenen Beachtung der Souveränität anderer Staaten folgt". Gesehen hat der BGH einen solchen Inlandsbezug hier in dem Umstand, dass der Angeklagte – ein bosnischer Serbe – vor der Tat in Deutschland lebte, seine Familie auch danach noch dort besuchte und schließlich auch in Deutschland festgenommen wurde (S. 68).

[17] Zur Yerodia-Entscheidung des IGH auch *Schultz*, ZaöRV 2002, 703.

Person in schwerwiegender Weise entwürdigend oder erniedrigend behandelt". „Entwürdigend behandeln" kann man Menschen auch noch nach ihrem Tod und sicherlich auch dadurch, dass man in der beschriebenen Weise mit ihren abgeschlagenen Köpfen posiert.[18]

Es liegt auf der Hand, dass Strafverfahren, die an völkerstrafrechtliche Tatbestände anknüpfen, mit besonderen praktischen Problemen verknüpft sein können. Sie ergeben sich schon aus der räumlichen Distanz zum Tatort[19] und den dort ansässigen Zeugen, aus sprachlichen Schwierigkeiten und mannigfachen kulturellen Barrieren; die Aufklärung der geographischen, politischen, sozialen und kulturellen Hintergründe des Geschehens und deren Darstellung in den Urteilsgründen kann mit beträchtlichem Aufwand verbunden sein. Nur schwer aufzulösen ist manchmal das Dilemma zwischen unverzichtbaren Zeugenschutzmaßnahmen, verlässlicher Sachverhaltsermittlung und prozessualen Rechten des Beschuldigten.[20] Das Stuttgarter Kongo-Verfahren hat hier ein erstes und im Grunde nicht besonders ermutigendes Beispiel geliefert, zumal auch die mitwirkenden deutschen Strafverteidiger(innen) ihre Zunft wohl nicht im allerbesten Licht präsentiert haben. Aber es gibt inzwischen fundierte Vorschläge, wie sich das Verfahrensrecht an die Besonderheiten völkersstrafrechtlicher Verfahren anpassen ließe, und manchmal ist die Beweisführung auch keineswegs unverhältnismäßig schwierig – im Berliner Fall mit den beiden abgeschlagenen Köpfen war der Aufwand jedenfalls nicht besonders groß.

Im Übrigen muss man sehen, dass die potentiell universale Jurisdiktion, die Deutschland auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts für sich in Anspruch zu nehmen scheint, nicht nur praktisch begrenzt ist auf Fälle, in denen die Beschuldigten auch tatsächlich greifbar sind, sondern auch verfahrensrechtlich eingehegt wird. Während die Strafverfolgung bei Inlandstaten zumindest im Grundsatz vom Legalitätsprinzip beherrscht wird, hat die Staatsanwaltschaft bei Auslandstaten einen vergleichsweise großen Ermessensspielraum (§ 153c StPO). Für Taten, die nach dem Völkerstrafgesetzbuch strafbar sind, gilt das zwar nicht in gleicher Weise. In § 153f StPO hat der Gesetzgeber für sie jedoch eine differenzierende Regelung getroffen, die in internationaler Hinsicht von einer „gestuften" Zuständigkeit ausgeht – also dem Tatortstaat, den Heimatstaaten von Opfern und Tätern sowie ggf. einem

---

[18] *Büngener*, ZIS 2017, 755 (758 ff.). Anders (aber nicht überzeugend) *Berster*, ZIS 2017, 264.

[19] Im Frankfurter Ruanda-Verfahren: Aufnahmen des Geländes, auf dem das Massaker begangen wurde, waren teilweise im Internet verfügbar, teilweise wurden sie durch deutsche Polizeibeamte vor Ort mit einer Panorama-Kamera angefertigt; s. dazu näher *Werle/Burghardt*, ZIS 2015, 45 (49).

[20] *Bentele*, ZIS 2016, 803 (805 f.).

internationalen Strafgerichtshof den Vortritt lässt. Berücksichtigt wird in diesem Zusammenhang selbstverständlich auch, ob sich Tatverdächtige in Deutschland aufhalten oder absehbar aufhalten werden. Die Herausforderung durch das Völkerstrafrecht haben die deutschen Strafverfolgungsbehörden jedenfalls längst angenommen: Beim Generalbundesanwalt besteht seit 2009 sogar ein eigenes Referat für Völkerstrafrecht,[21] und im Bundeskriminalamt gibt es eine „Zentralstelle für die Bekämpfung von Kriegsverbrechen und weiteren Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch".[22]

2.

Flucht- und Migrationsbewegungen verschiedenster Art führen manche Opfer, aber eben auch manche Täter aus etlichen Krisenregionen der Welt nach Deutschland und ermöglichen damit eben auch praktisch den Zugriff der deutschen Strafjustiz. Der irakische Asylbewerber, der sich mit den Köpfen seiner Feinde fotografieren hat lassen, war ein solcher Fall, aber keineswegs der einzige; hinzu kommen beispielsweise Personen, die sich in Syrien an der Entführung eines UN-Mitarbeiters und der versuchten Erpressung von Lösegeld beteiligt hatten (das war ein Fall, den im vergangenen Jahr das Stuttgarter Oberlandesgericht entschieden hat),[23] oder solche, die sich an der Spitze einer Stadtteilmiliz in Aleppo mehrerer anderer Menschen bemächtigt hatten, um ihnen durch Folter Geld abzupressen.[24]

Es gibt aber durchaus auch Fälle, in denen sich tatsächlich ein besonderer Bezug der Tat zu Deutschland ausmachen lässt: Anders als im Berliner Fall, den ich vorhin geschildert habe, posierte im Frankfurter Fall zwischen den aufgespießten Köpfen kein irakischer Asylbewerber, sondern ein Islamist aus Offenbach,[25] und auch im zweiten Frankfurter Fall – das war die Videoaufzeichnung einer Leichenschändung – handelte es sich um einen deutschen Staatsangehörigen muslimischen Glaubens,[26] der sich alsdann einer „salafistisch-islamistischen Sicht seiner Religion" zuwandte und im Jahr 2013 nach Syrien ausreiste; noch ein anderer Fall betrifft gleichfalls einen deutschen Staatsangehörigen (mit afghanischem Migrationshintergrund), der sich nach Syrien aufmachte, um dort als Mitglied einer terroristischen Vereinigung an

---

[21] Dazu etwa *Frank/Schneider-Glockzin,* NStZ 2017, 1; *Büngener,* ZIS 2017, 755.

[22] Sehr instruktiv dazu *Zorn* ZIS 2017, 762.

[23] OLG Stuttgart vom 20.9.2017, http://www.olg-stuttgart.de/pb/,Lde/4801270/?LISTPAGE=%0b1178276

[24] Von einem entsprechenden Strafverfahren vor dem OLG Düsseldorf berichten *Frank/Schneider-Glockzin*, NStZ 2017, 1 (6).

[25] Mitgeteilt bei *Büngener*, ZIS 2017, 755 (757).

[26] Vgl. (mit Blick auf die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts) a. den Haftfortdauerbeschluss BGH NJW 2016, 3604 (3606).

einem Angriff auf das Zentralgefängnis von Aleppo und damit verbundenen Tötungsdelikten teilzunehmen.[27] Mit Kriegsheimkehrern dieser Art wird nun wohl noch häufiger zu rechnen sein; die strafrechtliche Diskussion kreist derzeit unter anderem um Fragen der Mitgliedschaft in terroristischen Vereinigungen (§§ 129a, 129b StGB).

Und auch wer Deutschland nie verlässt, kann an fernen Krisen in der einen oder anderen Weise teilzunehmen versuchen: So lag es schon bei den beiden Angeklagten im Stuttgarter Kongo-Prozess, die als anerkannte Asylbewerber lange in Baden-Württemberg lebten und teilweise von hieraus Einfluss auf das Geschehen in Afrika nahmen, und so lag es auch in der grotesken Betrugsgeschichte, über die der Bundesgerichtshof jüngst zu entscheiden hatte. Man muss dazu wissen, dass es sich die Rechtsprechung leider bis heute nicht nehmen lässt, das „Vermögen" mit den Mitteln des Betrugsstrafrechts selbst dann zu schützen, wenn es auf unrechtmäßige Weise erlangt worden ist, und (unabhängig davon) auch in Zusammenhängen, in denen es zu ersichtlich illegalen Zwecken eingesetzt wird. Vor materiellem Schaden bewahrt werden sollen danach auch ausländische Terrororganisationen – so hat das erst vor einigen Wochen der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs ganz ausdrücklich gesagt.[28] Wegen versuchten Betruges zu zwei Jahren Freiheitsstrafe verurteilt worden ist deshalb ein Syrer, der von Deutschland aus per Internet mit einem vermeintlichen Funktionär des „Islamischen Staates" Kontakt aufgenommen und ihn um Geld gebeten hatte – und zwar unter dem Vorwand, damit Terroranschläge in verschiedenen europäischen Städten finanzieren zu wollen. Deutsche Strafgerichtsbarkeit lässt sich hier schon damit begründen, dass auf deutschem Territorium gehandelt wurde; in anderen Fällen kann immerhin an die deutsche Staatsangehörigkeit der Beschuldigten angeknüpft werden (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB), manchmal – wenn nicht ausgeliefert werden kann[29] – wird Strafrechtspflege auch stellvertretend für den eigentlich zuständigen Staat geübt. Auch damit lässt sich also (zumindest juristisch) ein Teil jener eigentümlichen Gerichtsverfahren erklären, die in den Formen des Strafrechts des auf krisenhafte Entwicklungen in aller Welt reagieren – und über die ich Ihnen heute einfach nur berichten wollte.

---

[27] OLG München Urt. v. 15.7.2015 – 7 St 7/14 (4).

[28] BGH Urt. v. 11.4.2018 – 5 StR 595/17.

[29] § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB.

Theorie und Praxis der juristischen Methodenlehre in Korea

Prof. Dr. Young-Whan Kim*

I. Problemstellung

Wenn Korea zum kontinental europäischen Rechtskreis gehört, in dem das geschriebene Recht als die wichtigste Rechtsquelle angesehen wird, dann liegt es nahe, dass die koreanische juristische Mehodenlehre von Deutschland[1] tief beeinfusst ist, zumal das Rechtssystem selbst mittelbar von Deuschland über Japan rezipiert wurde[2]. Also verwundert es überhaupt nicht, dass die juristische Methodenlehre in Korea gerade von der vor allem auf *Friedrich Carl von Savigny* zurückgehenden sog. Anwendungslehre des positiven Rechts[3] ausgeht. Während im angelsächsischen Rechtskreis die Rechts-

---

* Prof. Dr. Young-Whan Kim, Hanyang University, School of Law, Korea

1 Hier sei die wichtigste Literatur zur juristischen Methodenlehre in Deutschland erwähnt: *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl., 2010; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1995; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2 Aufl. 1991; *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 2. Aufl. 1991; *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, 2. Aufl. 1972; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl, 2012; *Raisch*, Vom Nutzen der überkommenen Auslegungskanones für die praktische Rechtsanwendung, 1988; *Kaufmann*, Das Verfahren der Rechtsgewinnung, 1999; *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1982; *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl., 2013; *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, 5. Aufl., 2011; *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2. Aufl., 2011.

2 Ausführlich zur gesamten Rezeption westlichen Rechts in Korea siehe insbes. *Chong-Ko Choi*, Die Rezeption europäischen Rechts in Korea, 1982. Bezüglich der Rezeption des deutschen Rechts in Korea vgl. M. Rehbinder/Ju-Chan Sonn (Hrsg.), Zur Rezeption des deutschen Rechts in Korea, 1990. Zu einer umfassenden Bibliographie der deutschsprachigen Veröffentlichungen über koreanisches Recht, die Adriano Vigano zusammengestellt hat, siehe Anhang des eben angegebenen Buches.

3 *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, S. 206 ff. Zur Geschichte der jurstischen Metodnelehre *Ogorek*, Aufklärung über Justiz, 2. Halbband, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, 2008.; *Schröder*, Recht als Wissenschaft, Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit(1500-1933), 2. Aufl., 2012.; *Raisch*, Juristische Methodenlehre, Vom antiken Rom bis zur Gegenwart, 1995.

findung anhand der Präjudizien eine dominierende Stellung einnimmt[4], steht hier dagegen die Auslegung des positiven Rechts und deren Anwendung auf den konkreten Fall im Vordergrund.

Wenn die juristische Methodenlehre die Reflexion auf das eigene Tun darstellt, nimmt sie einen gewissen Abstand in Anspruch, vom dem aus der Prozess der Rechtsgewinnung betrachtet werden kann. Dabei geht es nicht nur darum zu fragen, was vor sich geht, wenn ein Gesetz interpretiert oder wenn eine Gesetzeslücke ausgefüllt wird. Vielmehr steht auch im Mittelpunkt, unter welchen Bedingungen eine Interpretation des geltenden Rechts als zutreffend beurteilt werden kann[5]. Wenn sie hiernach dazu dienen soll, das richterliche Urteil auf seine methodische Begründetheit zu überprüfen, versteht sich von selbst, dass die juristische Entscheidungspraxis grundsätzlich durch sie begleitet wird, indem bestimmte Anforderungen an das Vorgehen der Gerichte gestellt werden, die wiederum deren Argumentationsweise und Begründungsstil mitbestimmen.

In dieser Hinsicht scheint mir aber die gegenwärtige Lage der juristischen Methodenlehre in Korea sehr bedenklich zu sein. Denn abgesehen von den unzähligen dogmatischen Arbeiten gibt es kaum eine Monographie über diesen Problembereich. Stattdessen sind nur einige Übersetzungen deutscher Fachliteratur aufzufinden.[6] Das ist allerding verständlich, weil die theoretische Befassung mit dieser Thematik, die ein hohes Anspruchsniveau erfordert, weit über die Kompetenz des üblichen Rechtsdogmatikers hinausgeht, was für diese Dogmatiker eine große Herausforderung bedeutet. Daher sind Autoren schwer aufzufinden, die sich der praktischen Tragweite der juristischen Methodenlehre in der Rechtswissenschaft voll bewusst sind. An diesem Bild ändert sich in der juristischen Praxis wenig. Zwar scheint jeder Richter bei der Rechtsanwendung sein eigenes methodisches Mittel zu haben. Bei näherem Zusehen zeigt sich jedoch, dass dieses Erkenntnismittel nicht theoretisch systematisch gelernt, sondern erst bei der Einübung der praktischen Tätigkeit nebenbei angeeignet wird. In der Tat stellt sich dieses praktische Wissen, das aus der vagen Idee der Gerechtigkeit im Hinblick auf den konkreten Fall herausgebildet wird, sowohl als fragmentarisch wie auch grob heraus. Dass die juristische Methodenlehre weitgehend nicht der Auf-

---

[4] Nach *Fikentscher* ist das Kernstück der englischen Rechtsmethode das Prinzip „stare decisis, nach dem man Präzedenzfälle zu befolgen hat, soweit ihre jeweilige „ratio decidendi“ reicht, die die juristische Aussagekraft eines entschiedenen Falles enthält. Dagegen bedeutet „obiter dictum“ eine unwesentliche Beigabe für die juristische Entscheidung. Von „distinguishing“ als Aufzeigung rechtlicher Unterschiede zwischen zwei Fällen ist zu trennen das „overruling“ als explizite Zurückweisung eines Präzedenzfalls. Näher dazu *Engisch*, Einführung (Fn. 1), S. 311 f.

[5] In diesem Sinne soll die Methodenlehre nicht lediglich deskriptiv, sondern auch normativ verfahren. Dazu *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (Fn. 1), S. 64.

[6] *Hyung-Bae Kim*, Juristische Methodenlehre, 1976 (Übersetzung von *Zippelius*, Einführung in die juristische Methodenlehre); *Il-Tae Huh*, Juristische Methodenlehre, 2000 (Übersetzung von *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft); *Sung-Bang Hong*, Theorie der Rechtsfindung, 2013 (Übersetzung von *Kriele*, Theorie zur Rechtsgewinnung); *Zai-Wang Yoon,* Juristische Methodenlehre, 2011 (Übersetzung von *Engisch*, Einführung in das juristische Denken).

gabe gewachsen ist, die richterliche Entscheidung methodisch zu begleiten, ist leicht an der Rechtsprechung des Obersten Gerichts Koreas zu beobachten.

Ende 2013 bin ich eingeladen worden, einen Beitrag über den gegenwärtigen Stand der juristischen Methodenlehre in Korea zu verfassen, der in das Buch „Juristische Methodenlehre in Ostasien und China" aufgenommen wurde.[7] Dabei stellte sich heraus, dass sich Lehre und Praxis der juristischen Methodenlehre in Korea durch die drei folgenden Punkte auszeichnen. Erstens ist zu konstatieren, dass überhaupt nicht am Hauptschema der juristischen Methodenlehre festgehalten wird. Vielmehr zeigt sich öfters, dass sich Rechtsfindung und Rechtsfortbildung vielfach verwischen. Zweitens ist auch nicht deutlich, auf welches Auslegungselement die in Frage kommende Auslegung Bezug nimmt. Daneben ist zu beobachten, dass überwiegend auf das objektive Auslegungselement Bezug genommen wurde. Drittens lässt sich nicht verkennen, dass die Rechtsprechung mögliche Gesetzeslücken nicht als solche benennt, diese dann aber meist mittels Auslegung zu ergänzen versucht. Daneben ist auch nicht klar, auf welchem Wege sich diese Rechtsfortbildung vollzieht.[8]

Wenn nach alldem die Lehre und Praxis der juristischen Methodenlehre in Korea nicht imstande sind, ihr grundlegendes Denkschema selbst ernst zu nehmen, so ist dies m. E. darauf zurückzuführen, dass sie bereits in der rechtswissenschaftlichen Ausbildung an den Universitäten nicht systematisch erlernt, sondern eher pauschal beigebracht wird. Aber je schneller dieser bedenkliche Zustand überwunden wird, umso besser für die Rechtsstaatlichkeit bzw. das Vertrauen in richterliche Entscheidungen. Mit anderen Worten: Wer das geltende Recht auslegen und dann auf den konkreten Fall anwenden will, der muss mindestens voll darauf bedacht sein, was er nun tut, wie seine Rechtsanwendung theoretisch strukturiert ist und welcher normative Maßstab ins Spiel kommt. Erst danach kann er begreifen, dass die Rechtsgewinnung nach einem bestimmten Verfahren vor sich geht und nach rationalen Kriterien überprüft wird, was auch gerade der Aufgabe der juristischen Methodenlehre entspricht. Um diese Bedeutung der juristischen Methodenlehre im Prozess der Rechtsgewinnung deutlich zu machen, soll im Folgenden versucht werden, die oben genannten drei Punkte näher darzustellen. Daher geht es zunächst um den ersten Punkt, nämlich das unklare Verhältnis zwischen Rechtsfindung und Rechtsfortbildung theoretisch anhand der koreanischen Rechtsprechung aufzuzeigen (II). Dann wird der zweite Punkt diskutiert, also welche Probleme sich bezüglich der Rechtsfindung ergeben (III). Letztlich wird der dritte Punkt untersucht, also wie sich die Rechtsfortbildung, wie etwa die Anwendung von Analogien und teleologi-

---

[7] Das geht auf Prof. *Yuanshi Bu* an der Freiburger Universität zurück, die vorhatte, dieses Buch herauszugeben. Daran haben viele Professoren aus China, Taiwan, Japan und Korea teilgenommen. Das Buch wurde Anfang Februar 2016 publiziert.

[8] Es sei angemerkt, dass die folgende Darstellung auf meinem Beitrag im Buch „Juristische Methodenlehre in Ostasien und China" beruht. Dazu *Young Whan Kim*, Theorie und Praxis der juristischen Methodenlehre in Korea, in: *Yuanshi Bu* (Hrsg.), Juristische Methodenlehre in Ostasien und China, 2016, S. 279ff.

schen Reduktionen, in Bezug auf die ausdehnende und die einschränkende Auslegung vollzogen hat (IV).

II. Vermengung von Rechtsfindung und Rechtsfortbildung

1. Der Blick auf die juristische Methodenlehre in Deutschland zeigt, dass sich die Rechtsgewinnung auf zwei Arten vollzieht, nämlich durch die Rechtsfindung und die Rechtsfortbildung, die sich herkömmlich anhand der Grenzen des möglichen Wortsinns voneinander unterscheiden.[9] Danach bewegt sich die Rechtsfindung im Rahmen des möglichen Wortsinnes, um den entscheidenden Maßstab noch durch die Auslegung des Gesetzes herauszufinden (secundum oder intra legem). In dem Sinne ist die Auslegung des Gesetzes mit der Rechtsfindung gleich. Dagegen geht die Rechtsgewinng über die Wortlautgrenze hinaus oder weicht vom Wortsinn ab, weil das Gesetz in diesem Fall keine nach ihrem möglichen Wortsinn noch anwendbare Regel enthält, also eine Gesetzeslücke vorliegt. Da diese durch Analogie oder teleologische Reduktion ergänzt wird, lässt sich eine solche Rechtsgewinnung als Rechtsfortbildung kennzeichnen (praeter legem). Der mögliche Wortsinn markiert also die Grenze, nach der sich die Rechtsfindung und die Rechtsfortbildung differenzieren lassen. Auch wenn die Grenzziehung zwischen den beiden Bereichen offensichtlich unscharf ist, weil der Wortlaut neben einem Bedeutungskern einen an den Rändern verschwimmenden Begriffshof besitzt,[10] basiert die juristische Methodenlehre in Korea dennoch auf dieser Unterscheidung.[11] Das zeigt sich vor allem in der strafrechtlichen Praxis deutlich, wenn es um die verbotene Analogie geht. Dabei ist aber lediglich zu konstatieren, dass es umstritten bleibt, was sich noch unter dem möglichen Wortsinn konkretisieren lässt. Denn die auf denselben Fall bezogenen Entscheidungen vertreten oft verschiedene Ansichten, auch wenn sie denselben Maßstab des möglichen Wortsinns in Bezug nehmen.[12]

---

[9] *Heck*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, 1914, S. 33; *Engisch*, Einführung (Fn. 1), S. 259*; Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl., 1983, S. 23; *Kramer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 1), S. 55 f.; *Bydlinski*, Methodenlehre (Fn. 1), S. 467f.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (Fn. 1), 143f. Nach diesen soll eine Deutung, die nicht mehr im Bereich des möglichen Wortsinnes liegt, nicht mehr Ausdeutung, sondern Umdeutung sein.

[10] Zum Begriff von Begriffskern und Begriffshof *Heck*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, 1914, S. 173.

[11] An der klaren Unterscheidung der beiden Bereiche bestehen auch Zweifel. Siehe zur skeptischen Ansicht *Hyung-Bae Kim*, Die Auslegung des Gesetzes und die Ausfüllung der Lücke – anhand des Zivilrechts, in, *ders.*, Zivilrechtliche Untersuchung, 1986, S. 41ff.; *Hyun-Sup Shim*, Juristische Methodenlehre in rechtsphilosophischer Hinsicht, Seoul National University, Rechtswissenschaft Bd. 24 Heft 1, 1983, S. 10ff.; *Seo-Hyuk Oh*, Die Auslegung des Gesetzes in Korea, in: *Koreanische rechtsphilosophische Gesellschaft*, Die koreanische Rechtsordnung und die Auslegungslehre, 2013. S. 20ff.

[12] Zum Beispiel in der richterlichen Entscheidung über die fahrlässige Brandstiftung (Oberster Gerichtshof 1994. 12. 20. 94mo32) divergieren die Meinungen in Bezug auf den möglichen Wortsinn des § 170 StGB. Diese Debatte hat eine weitgehende Diskussion in der juristischen Methodenlehre ausgelöst, deren Ergebnisse schließlich in einem Buch

Gegen das Kriterium des möglichen Wortsinnes erheben sich gravierende Einwände. Abgesehen von dem strafrechtlichen Analogiverbot in Deutschland[13] ist die klare Grenze dieses Maßstabes schwer festzulegen, weil sie sich sprachlich kaum genau ausmachen lässt, zumal sich in der Auslegung und in der Lückenfüllung ähnliche methodische Vorgänge abspielen und auch die Auslegung bereits ein wertendes Element enthält.[14] Dennoch sprechen für die auf dem Kriterium der Wortgrenze aufbauende Unterscheidung gute Gründe. Zum einen ist das Gegenargument des graduellen Unterschiedes und des fließenden Übergangs zwischen der Rechtsfindung und der Rechtsfortbildung insofern nicht schlagend, als die Grenze zwischen den beiden Bereichen im Kernbereich des Wortes leicht herauszufinden ist, was in der Praxis der Rechtsfindung üblicherweise geschieht. Zum anderen besteht die praktische Funktion dieser Unterscheidung gerade darin, die jeweilige Rechtsgewinnung jeweils rechtsstaatlich rechtfertigen zu können. Denn man braucht kaum besondere methodologische Gedankengänge, wenn eine Lösung des Interpretationsproblems innerhalb des möglichen Wortsinnes im Gesetz gefunden werden kann. Dagegen soll in der Rechtsfortbildung erneut auf ihre Rechtfertigung geprüft werden, auch wenn die Lückenfüllung nichts anderes als die Fortsetzung der Auslegung darstellt. Sonst würden die Gerichte eine ihnen nicht zustehende Gewalt usurpieren.[15] Hier zeigt sich klar, dass die Methodenwahl ein Verfassungsproblem darstellt, das unter dem Prinzip der Gewaltenteilung steht.[16]

2. Wenn es um eine tatsächliche, offene Gesetzeslücke geht,[17] so geschieht ihre Ausfüllung meistens im Wege der Analogie. Unter einer Analogie wird eine solche Rechtsgewinnung verstanden, in der die für einen Tatbestand A oder mehrere ähnliche Tatbestände anwendbare Regel auf einen vom Gesetz nicht geregelten, aber ihm ähnlichen Tatbestand B übertragen wird. Diese Übertragung beruht darauf, dass beide Tatbestände in der maßgeben-

---

veröffentlicht wurden. Dazu *Dong-Eun Shin* (Hrsg.), Die Grenze der Gesetzesauslegung, 2000.

[13] *Sax* und *Arthur Kaufmann* zweifeln ein Analogieverbot im herkömmlichen Sinne an, Während *Sax* behauptet, dass ein Analgieverbot nicht bestehe, geht *Kaufmann* noch weiter, indem er sagt, dass es ein solches Analogieverbot im Strafrecht überhaupt noch nie gegeben habe. Stattdessen finde die Analogie ihre Grenze nur an dem dem gesetztlichen Tatbestand zugrundeliegenden Unrechtstypus. Der Ansicht von Kaufmann haben sich weitgehend angeschlossen *Hassemer, Stratenwerth* und *Hruschka*. Dazu *Engisch*, Einführung (Fn. 1), S. 259 Anm. 49.

[14] Vor allem *Canaris*, Die Feststellung (Fn. 9), S. 23.

[15] *Canaris*, Die Feststellung (Fn. 9), S. 22f.; *Kramer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 1), S. 56f.; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre (Fn. 1), S. 467ff.

[16] *Canaris*, Die Feststellung (Fn. 9), S. 22f.; *Kramer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 1), S. 56f.; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre (Fn. 1), S. 467ff.

[17] Offene Lücken liegen dann vor, wenn das Gesetz entgegen seinem Zweck für eine bestimmte Fallgruppe keine Regel enthält, die auf sie anwendbar wäre. Dazu *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (Fn. 1), S. 198f.

den Hinsicht gleich zu bewerten sind.[18] Gegen die Analogie wird ins Feld geführt, dass es sich bei ihr nicht um einen Schluss vom Besonderen auf Besonderes, sondern vom Besonderen auf das Allgemeine, d.h. um Induktion handle.[19]

Ein besonders qualifizierter Fall des Analogieschlusses ist das sogenannte „argumentum a maiore ad minus" (argumentum a fortiori). Es besagt, dass eine Rechtsfolge, die für einen weniger gewichtigen Sachverhalt angeordnet ist, umso mehr für einen wertungsmäßig gewichtigeren Fall gelten muss, der aber nicht geregelt ist.[20] Kurz; Wenn es verboten ist, dass zwei mit einem Fahrrad fahren, gilt dies „*erst recht*" für den Fall, dass drei mit einen Fahrrad fahren.

Ein bekanntes Beispiel für „argumentum a fortiori" in Korea ist die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs über den Fall „*der fahrlässigen Brandstiftung*".[21] Hierbei ging es um folgenden Sachverhalt: Bei stark windigem Wetter hatte der Angeklagte das herumliegende trockene Heu gesammelt, um damit seine Zigarette anzuzünden. Da er seine Zigarette auf den Boden geworfen und danach den Platz gedankenlos verlassen hatte, fiel dem dadurch entstandenen Brand ein großer Teil eines Apfelobstgartens zum Opfer. Die einschlägige Vorschrift für diesen Fall ist §170 Abs. 2 des koreanischen Strafrechts. Unter dem Titel „Fahrlässige Brandstiftung" steht in dieser Vorschrift: „Der vorangehende Absatz ist auf denjenigen anzuwenden, der fahrlässig einen ihm selbst gehörigen in §166 und §167 genannten Gegenstand (allgemeine Gebäude sowie Sachen) verbrennt und dadurch eine Gemeingefahr verursacht". Hier kommt es nun darauf an, wie das Tatbestandsmerkmal „einen ihm selbst gehörigen in §166 und §167 genannten Gegestand" interpretiert werden soll. Es scheint von vornherein ausgeschlossen zu sein, diese fahrlässige Brandstftung des fremden Apfelobstgartens unter diese Vorschrift zu subsumieren, denn dieser Gegenstand gehört einem Fremden. Abweichend vom allgemeinen Sprachgebrauch hat aber die Mehrheitsmeinung des Gerichts diese Vorschrift dahingehend ausgelegt, dass dieser Tatbestand nicht nur seinen eigenen in §166 genannten Gegenstand, sondern auch die in §167 genannten Sachen unabhängig von deren Zugehörigkeit erfasse und daher der Angeklagte bestraft werden solle.[22] Es

---

[18] *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (Fn. 1), S. 202f.; *Engisch*, Einführung (Fn. 1), S, 247ff.; *Bydlinski*, Methodenlehre (Fn. 1), S. 475f; *Kramer*, Methodenlehre (Fn. 1), S. 203 ff.

[19] Auch wenn der Einwand, dass sie ein problematisches Verfahren darstellt, nicht zu leugnen ist, stellt sich heraus, dass sie ein hybrider, nämlich aus Deduktion und Induktion zusammengesetzter Schluss ist. Konkret: Hier lässt sich nicht unmittelbar von einem Besonderen auf ein Besonderes, sondern durch die Vermittlung des den beiden Tatbeständen Gemeinsamen auf das schließen, was für ihre Bewertung ausschlaggebend ist. Dazu *Kaufmann*, Das Verfahren (Fn.1), *Engisch*, Einführung (Fn. 1), S. 249f.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (Fn. 1), S. 205f.

[20] *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (Fn. 1), S. 208f.; *Bydlinski*, Methodenlehre (Fn. 1), S. 479f.

[21] Oberster Gerichtshof 1994. 12. 20. 94mo32

[22] Vgl. dazu die einzelnen Beiträge in dem von Dong-Eun Shin herausgegebenen Buch *Dong-Eun Shin* (Hrsg.), Die Grenze (Fn.12); *Dong-Eun Shin,* Die strafrechtliche Lücke und deren

ist nicht zu verkennen, dass diese Schlussfolgerung auf dem Gedanken des argumentum a fortiori beruht. Das heißt: Wenn die fahrlässige Brandstiftung an eigenen Gegenständen bestraft werden soll, so gilt dies umso mehr für die an fremden Sachen. Auch wenn über diese Rechtsprechung intensiv diskutiert wurde, ist nicht zu verkennen, dass das argumentum a fortiori in Korea nicht als mit der Analogie verwandt, sondern vielmehr eher als eine Art der systematischen Auslegung begriffen wird, die der Oberste Gerichtshof ausdrücklich als eine „gesamt-systematische" bezeichnet hat.

3. Das Pendant zum Analogieschluss und zum argumentum a fortiori ist der Umkehrschluss (argumentum e contrario). Danach gilt die Rechtsfolge R für andere Tatbestände nicht, weil sie gerade nur an den Tatbestand A geknüpft ist. Hier spielt die Ähnlichkeit der beiden Tatbestände keine Rolle, so dass der Umkehrschluss die Ablehnung einer Analogie impliziert. Dafür führt *Engisch* ein Beispiel im römischen Zwölftafelgesetz an, das vorsieht, dass der Eigentümer eines Vierfüßers (quadrupes) für Schäden haften soll, die das Tier durch seine Wildheit verursacht hat. Nun geht es darum, ob dem Eigentümer eines Zweifüßers, etwa eines afrikanischen Straußes, die von ihm angerichteten Schäden zugerechnet werden sollen.[23] Allerdings ist die Frage, ob eine gesetzliche Regel einen Umkehrschluss erlaubt oder die Grundlage für die Analogie bildet, nicht eine Frage der formalen Logik, sondern der in ihr zum Ausdruck kommenden Wertung.[24]

Als ein Beispiel für das Verhältnis zwischen beiden ist die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs über den Begriff des „Mieters"[25] zu nennen. Ihr liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Weil er allzeitig mit der Pflege seiner schwerkranken Frau beschäftigt war, hat ein über siebzig Jahre alter Mann seiner Tochter sein Sparbuch mit der Bitte gegeben, an seiner Stelle den Vertrag über eine soziale Mietwohnung abzuschließen, der tatsächlich im Namen seiner Tochter vollzogen wurde. Nach dem sozialen Mietwohnungsgesetz in der alten Fassung kann der Mieter von einer bestimmten Frist (5 Jahre) nach dem Abschluss dieses Mietvertrages an einen Antrag auf die Übertragung des Eigentums an der Wohnung stellen, wenn er den Mietvertrag in seinem Namen abgeschlossen und in dieser Wohnung gewohnt hat. Aufgrund des sog. „*materiellen Mieters*", der mit seinem Geld den Mietvertrag abgeschlosen und jahrelang in der Wohnung gelebt hat, hat das Tae-Jeon Oberlandesge-

---

Ausfüllung durch die berichtigende Auslegung; *Young-Whan Kim*, Die Auslegung des Strafrechts und die Grenze der Analogie; *Sang-Don Yi*, Die Grenze der strafrechtlichen Auslegung - Zugleich die Kritik an der Auslegungsmethode von Young-Whan Kim und von Dong-Eun Shim; *Dae-Hwe Kim*, Die Grenze der strafrechtlichen Auslegung und die juristische Methodenlehre. Daneben *Il-Su Kim*, Das Verhältnis zwischen der erlaubten Auslegung und der verbotenen Analogie, in: Festschrift für Jae-Sang Lee Bd. 1, 2002, S. 42ff.

[23] Dazu *Engisch*, Einführung (Fn. 1), S. 251.

[24] Daher muss die Entscheidung für das eine oder das andere unbedingt mittels des teleologischen Denkens begründet werden. Dazu *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (Fn. 1), S. 210

[25] Oberster Gerichtshof 2009. 4. 23. 2006da81035

richt diesem alten Man das Wohnungseigentum bewilligt, auch wenn er rechtlich dazu nicht berechtigt war. Dahinter steckt die Überlegung, dass der Regelungszweck dieses Gesetzes gerade darin besteht, den armen Leuten das Eigentum an der Wohnung zu gewähren. Im Gegensatz dazu hat der Oberste Gerichtshof aber anders entschieden, und zwar mit der Begründung, dass das Wort „Mieter" in §15 Abs. 1 des Mietwohnungsgesetzes lediglich denjenigen meine, mit dem der Mietvertrag tatsächlich abgeschlossen wurde, und daher eine ausdehnende Auslegung, nach der auch andere als Vertragspartner subsumierbar wären, nicht erlaubt sei. Sie verstoße gegen den Grundsatz der Auslegung, dessen Ziel darin liegt, zur billigen Entscheidung insoweit zu dienen, als diese nicht die Rechtssicherheit beeinträchtigt. Wenn aber der Sinn des Gesetzes eindeutig feststeht, dann sei eine davon abweichende Interpretation grundsätzlich ausgeschlossen.[26] Soweit ich weiß, gibt es bis jetzt keine weitgehende Diskussion über dieses Urteil. Allerdings sollte zumindest vermieden werden, dieses Urteil lediglich als eine Art der grammatikalischen Auslegung über den Begriff des Mieters anzusehen. Dem sachlichen Inhalt nach geht es hier gerade um einen Fall des Umkehrschlusses.

4. Bekanntlich gehören Analogie und teleologische Reduktion zur Rechtsfortbildung. Sie stellen quasi ihre zwei wichtigen Säulen dar. Im Gegensatz zu einer offenen Lücken bezeichnet eine verdeckte Lücke einen solchen Fall, in dem eine gesetzliche Regel gemäß der immanenten Teleologie des Gesetzes einer Einschränkung bedarf. Die Ausfüllung einer solchen Lücke geschieht also durch die Hinzufügung der sinngemäß erforderlichen Einschränkung. Weil hiermit die im Gesetz enthaltene, nach ihrem insoweit eindeutigen Wortsinn zu weit gefasste Regel auf den ihr nach dem Sinnzusammenhang des Gesetzes zukommenden Anwendungsbereich zurückgeführt wird, spricht man von einer teleologischen Reduktion. Kurz: Bei ihr geht es darum, einen zu weit gefassten Wortsinn auf den Anwendungsbereich zu reduzieren, der der ratio legis entspricht.[27] Während die Rechtfertigung der Analogie in dem Gebot der Gerechtigkeit, „gleichartige Fälle gleich zu behandeln", besteht, besteht die der teleologischen Reduktion dagegen im Gebot der Gerechtigkeit, „Ungleiches ungleich" zu behandeln.[28]

Aber der Oberste Gerichtshof Koreas scheint auch nicht in der Lage zu sein, „die restriktive Auslegung" von „teleologischer Reduktion" zu unterscheiden.[29] Im Fall einer Selbstanzeige nach der Entdeckung einer Tat hat

---

[26] *Kwang-Sub Moon*, Die Auslegung des Mieters im Sozialmietwohnungsgesetz, Kommentierung der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs Bd. 79, 2009, S. 472ff.; *Jae Hyung Kim*, die Schönheit in der Dämmerung- Ein Aspekt der Auslegung: Die Auslegungsprobleme des Mieters im Mietwohnungsgesetz, Kommentierung der Rechtswissenschaft Bd. 1, 2010, S. 200ff.

[27] *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (Fn. 1), S. 210ff.; *Kramer*, Methodenlehre (Fn. 1), S. 199f., 226f.; *Bydlinski*, Methodenlehre (Fn. 1), S, 480f.

[28] *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (Fn. 1), S. 211.

[29] Auch in Deutschland wird darauf hingewiesen, dass diese öfters miteinander vermengt werden, wobei hervorzuheben ist, dass es bei teleologischer Reduktion um die Einschränkung des zuweit gehenden Anwendungsbereichs der betreffenden Norm nach der

eine Mindermeinung behauptet, dass die Einschränkung des „Absehens von der Strafe als ihrer Rechtsfolge auf die Selbstanzeige *vor* der Entdeckung der Tat ‚lediglich' eine erlaubte restriktive Auslegung" darstelle.[30] Da das Gesetz selbst aber keine zeitliche Grenze vorschreibt, ist diese Restriktion mithilfe des möglichen Wortsinnns allein nicht zu bewerkstelligen. Erst durch den Bezug auf die ratio legis der Vorschrift - nämlich das Bereuen der Tat und die Erleichterung der Tatermittlung zu prämieren - kann der Anwendungsbereich dieser Vorschrift auf die Selbstanzeige *vor* der Ermittlung reduziert werden. Kurz: Es geht hier nicht um eine restriktive Auslegung, sondern um teleologische Reduktion, die durch die Hinzufügung der sinngemäß geforderten Einschränkung geschieht und daher über den „möglichen Wortsinn" hinausgeht.[31] Dennoch wurde dieses Urteil weitgehend als eine bestimmte grammatikalische Auslegung des Merkmals der „Selbstanzeige" interpretiert. Hier zeigt sich deutlich, dass die meisten Rechtsdogmatiker an den in der Rechtsprechung verwendeten Wörtern festhalten, ohne die Argumentationsstruktur zu beachten.

5. Wie der Umkehrschluss den Analogieschluss ablehnt, so ist auch bei der teleologischen Reduktion eine solche Grenze dort sichtbar, wo „eine sog. formale Ordnungsschrift" in Frage kommt, die strikt auszulegen ist. Dahinter steckt der Gedanke des Schutzes des Vertrauens der Rechtsgenossen in die Beständigkeit und Voraussehbarkeit der Rechtsausübung, also „Ordnung um der Ordnung willen". Danach hat sich der Richter diesen Formalvorschriften schweigend zu beugen, mögen sie ihm im Einzelfall auch sinnlos erscheinen.[32] Die formale Ordnungsschrift beansprucht also ein Reduktionsverbot mit Rücksicht auf das Rechtssicherheitsinteresse.[33]

---

ihr eigenen Teleologie geht, was mit der sprachlichen Formulierung wenig zu tun hat. Immerhin wird dadurch der Eindruck erweckt, gesetzestreu zu bleiben. Dazu *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (Fn. 1), S. 201, 211.

[30] Oberster Gerichtshof 1997. 3. 20. 96do1167. Dagegen behauptet die Mehrheitsmeinung, dass eine solche restriktive Auslegung eine „limitierende Analogie" bedeutete, mittels derer die Strafbarkeit zu Unrecht ausgedehnt werde. Dieser Begriff geht auf *H. J. Hirsch* zurück. Dazu *Hirsch*, Rechtfertigungsgründe und Analogieverbot, in: Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong, 1985, S. 50ff. Freilich erscheint mir sehr bedenklich, ob dieser Begriff der limitierenden Analogie angemessen ist. Denn beim näheren Betrachten zeigt sich doch, dass er aus zwei heteronomen Elemenen besteht, nämlich einerseits „teleologischer Reduktion" (limitiert) und andererseits „verbotene Analogie" im Sinne des Verbots der dem Täter ungünstigen Rechtsfortbildung. Dazu *Young-Whan Kim*, Selbstanzeige nach der Entdeckung der Tat: eine restriktive Auslegung oder eine teleologische Reduktion? in: Festschrift für Il-Su Kim, 2006, S. 655ff.

[31] Dazu *Yong-Hyun Gang*, Der Anwendungsbereich der Selbstanzeige nach dem Wahlrecht der Beamten, Justizpraxis Bd 2, 1997, S. 129ff.; *Young-Whan Kim*, Rechtslücke und teleologische Reduktion, Monatsschrift der Rechtsprechung Heft 334, 1998, S. 36ff.; *Young-Min Chang*, Analogieverbot und teleologische Reduktion, Strafrechtliche Fallstudie Bd. 7, 1999, S. 1ff; *Il-Su Kim*, Die Grenze der Auslegung, in: Festschrift für Jae-Sang Lee Bd. 1, 2002, S. 42ff.

[32] *v. Hippel*, Rechtsformalismus und Rechtsdogmatik, S. 19ff.; *Boehmer*, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung Bd.2, 1952, S. 82ff.

[33] *Larenz/Canaris*, Methodenlehre(Fn. 1), S. 212.

Eins Beispiel dafür ist die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs über die *Gültigkeit des nationalen Wechsels ohne die Angabe des Ausstellungsortes.*[34] Das koreanische Wechselgesetz schreibt in §1 des Wechselrechts die einzelnen Voraussetzungen der Gültigkeit des Wechsels vor, wobei gem. Nr. 7 die Angabe des Ausstellungsortes zu erwähnen ist. Dann erklärt §2 den mit diesem Formmangel behafteten Wechsel für ungültig. Ausgehend davon, dass dieses Merkmal im Hinblick auf die Gerichtsbarkeit nicht für den nationalen, sondern nur für den internationalen Wechsel von Bedeutung ist, hat die Mehrheitsmeinung dieses Gerichts den nationalen Wechsel ohne den Ausstellungsort als gültig angesehen. Dabei ist auch auf den ständigen Rechtsverkehr und seine Bräuche Bezug genommen, der auch einen solchen Wechsel als mangellos behandelt. Dagegen kritisiert die Minderheitsmeinung diese Entscheidung dahingehend, dass diese einschränkende Auslegung, durch die der Anwendungsbereich dieser Regelung reduziert wird, contra legem oder eine unberechtigte Gesetzeskorrektur darstelle und deswegen nicht zu rechtfertigen sei. In methodischer Hinsicht stellt sich aber heraus, dass diese Rechtsgewinnung keine restriktive Auslegung, sondern teleologische Reduktion bedeutet. Konkret: wenn ratio legis von §1 darin liegt, die Gerichtsbarkeit des Streits klarzustellen, ist dieser Zweck ohne Belang für den nationalen Wechsel. In dem Maß soll daher der Anwendungsbereich dieser Regelung reduziert werden (sog. teleologische Reduktion).[35] Fraglich ist allerdings, ob diese Berichtigung mittels der teleologischen Reduktion gerechtfertigt werden kann.[36] Zwar soll ein Reduktionsverbot grundsätzlich nicht weiter erstreckt werden, als es das Rechtssicherheitsinteresse verlangt. Aber starke Gegenmeinungen behaupten, dass diese Lücke nicht durch Rechtsfortbildung, sondern eher durch eine Gesetzesänderung geschlossen werden sollte.[37] Mir scheint die teleologische Reduktion eine der schwierigsten Methoden zu sein, denn sie hat den Anschein sie wirke contra legem, also als ob sie unmittelbar gegen das Gesetz verstoße. In der Tat findet hier die im Gesetz vorgesehene Regel keine Anwendung mehr, indem der Anwen-

---

[34] Oberster Gerichtshof 198.4.23. 95da36466. Leider ist hier nicht zu verkennen, dass sich das Gericht der Struktur seiner Argumentation nicht voll bewusst ist. Sh. auch die gleichsinnige Entscheidung über Schecks, Oberster Gerichtshof 1999.8.19. 99da23383.

[35] Zur zustimmenden Ansicht *Jun-Sun Choi*, Der Rückblick auf die Entscheidung in 1998 und der Vorschau auf 1999, Zeitschrift für das Staatsexamen Bd. 26 Heft 1, 1998/12, S. 85ff.; *Chang-Hyung Jeong*, Die Gültigkeit des Wechsels ohne die Angabe des Ausstellungsort, in: Festschrift für Gil-Jun Park Bd. II, 1998, S. 711.

[36] Zur Gegenmeinung *Gi-Won Choi*., Der Mangel des Ausstellungsortes und die Gültigkeit des Wechsels, Handelrechtliche Fallstudie V, 2000, S. 48ff.; *Jin-Su Yune*, Allgemeiner Teil, Erstes Kapitel, in: Yong-Dam Kim (Hrsg.), Kommentar zum Zivilrecht Bd.1, 2010, S. 90f.

[37] Hier sei auch der relativ neue Fall erwähnt, dass das ohne Siegel verfaßte Testament erbrechtlich als ungültig beurteilt wurde. Da das höchste Gericht die Gültigkeit dieses mangelhaften Testaments verneint hat, ist dieser Fall auch vom koreanischen Verfassungsgericht entschieden worden, und zwar mit dem Ergebnis, dass das die Siegel als eine notwendige Form vorschreibende Gesetz verfassungsmäßig sein soll. Dazu Oberster Gerichtshof 2006. 9. 8.2006da25103 und die Entscheidung des koreanischen Verfassungsgerichts 2008.3. 27. 2006hyunba82, Plenum.

dungsbereich der in Frage kommenden Vorschrift der ratio legis entsprechend reduziert wird.

Zusammengefasst: Der Hauptgrund für die Qualifizierung einer Rechtsgewinnung entweder als Rechtsfindung oder als Rechtsfortbildung besteht gerade darin, dass diese dann in jeweils unterschiedlicher Weise zu rechtfertigen ist. Denn im Gegensatz zur Rechtsfindung, die mit dem Gesetz ohne weiteres zu legitimieren ist, bedarf die Rechtsfortbildung der methodisch geleiteten Begründung, wenn sich ihr Ergebnis als Recht im Sinn der geltenden Ordnung begreifen lassen soll. Deshalb ist es ratsam, diese beiden Wege der Rechtsgewinung strikt voneinander zu unterscheiden. Dass diese Trennung der beiden methodischen Wege ein Verfassungsgebot darstellt, ist bereits erwähnt.

III. Probleme bei der Rechtsfindung

1. Der Gegenstand der juristischen Auslegung ist der Gesetzestext als Träger des in ihm niedergelegten Sinnes, um dessen Verständnis es in der Auslegung geht. Mit anderen Worten: durch die Auslegung wird dieser Sinn deutlicher ausgedrückt und mittelbar gemacht. Wenn die Auslegung nicht dem Gutdünken des Auslegenden überlassen bleibt, sondern in einer nachprüfbaren Weise vor sich gehen soll, bedarf es bestimmter Auslegungskriterien, nach denen sich der Auslegende richten soll. Solche Kriterien sind in der juristischen Methodenlehre bereits entwickelt worden. Nachdem *Savigny* als solche das grammatikalische, das logische, das systematische und das historische Element aufgestellt hat,[38] wird heute das teleologische Element hinzugefügt, indem das logische und das systematische zu einem systematischen Element zusammengefasst werden.[39] Wenn man aber auf die Geschichte der juristischen Methodenlehre zurückblickt, sind bereits Ende des 19. Jahrhunderts über das Ziel der Auslegung zwei Theorien, nämlich die subjektive und die objektive Theorie[40] entwickelt worden.[41] Während die subjektive Theorie auf die Ermittlung des Willens des historischen Gesetzgebers abzielt,[42] soll die objektive Theorie hingegen dazu dienen, den dem Gesetz

---

[38] *Savigny*, System (Fn. 3), S. 212 ff.

[39] Dazu *Engisch*, Einführung (Fn. 1), S. 127ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (Fn. 1). S.141 ff.

[40] *Larenz* zufolge ist die objektive Auslegungstheorie in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts von *Kohler*, *Binding* und *Wach* aufgestellt worden. *Larenz*, Methodenlehre (Fn. 1), S. 35f.

[41] *Koch/Rüßmann* behaupten, dass das Alternativprogramm der subjektiv-objektiv Kontroverse unklar und unzulässig verengt sei. Stattdessen seien mindestens vier Ziele - Subjektiv/historisch, Subjektiv/geltungszeitlich, Objektiv/historisch und Objektiv/geltungszeitlich - erforderlich. Dazu *Koch/Rüßmann*, Begründungslehre (Fn. 1), S. 179.

[42] Nach *Savigny* heißt Auslegen „sich in Gedanken auf den Standpunkt des Gesetzgebers versetzen und dessen Thätigkeit in sich künstlich wiederholen". *Savigny*, System (Fn. 3), S. 213.

immanenten Sinn zu erschließen.[43] Auch wenn beide Lehren vom Wortlaut ausgehen, versucht die subjektive Theorie den Sinn des Gesetzes mit Hilfe des Willens des Gesetzgebers auszumachen, wohingegen es bei der objektiven Theorie darum geht, den rechtlich als maßgeblich zu erachtenden Sinn des Gesetzes zu ermitteln. Wenn diese beiden Theorien an unterschiedlichen Kriterien ausgerichtet sind, liegt es nahe, dass sich daraus unterschiedliche Auslegungsergebnisse ergeben. Dabei stellt die subjektive Theorie die rechtsstaatliche Anforderung „die Bindung des Richters an das Gesetz" in den Vordergrund und behauptet, dass die Aufgabe der Justiz gerade darin bestehe, dem Willen des Gesetzgebers entsprechend den Sinn des Gesetzestextes wiederzufinden, anstatt die Rolle des Gesetzgebers zu übernehmen. Dagegen hält die objektive Theorie die gerechte Entscheidung im konkreten Fall für ausschlaggebend, indem die Rechtsgewinnung als die Herstellung des der Gegenwart angemessenen Gesetzessinnes aufgefasst wird.[44] Die Auseinandersetzung über das Auslegungsziel[45] scheint mir nun zur Frage nach der Rangfolge der verschieden Auslegungselemente gewechselt zu sein. Mit anderen Worten: Im Mittelpunkt steht nun die Debatte nicht um das Auslegungsziel „Wille des Gesetzgebers oder „normativer Gesetzessinn", sondern eher um die Frage, auf welches Auslegungselement es vorerst ankommt, wenn sich der Sinn des Gesetzes nicht genau feststellen lässt.[46]

Wenn ich recht sehe, gibt es in Korea kaum eine Diskussion um das Auslegungsziel.[47] Dabei fällt auf, dass die Rechtsprechung häufig den Begriff „die Absicht der Gesetzgebung" verwendet. Aber es scheint nicht ganz klar zu sein, was darunter zu verstehen ist. Denn sie kann einerseits mit der tatsächlichen Absicht des Gesetzgebers identifiziert werden. Dann tendiert sie zur subjektiven Theorie. Andererseits ist es auch möglich, sie für das Ziel des Gesetzes zu halten, was dann der objektiven Lehre zuneigt. Immerhin steht fest, dass die juristische Methodenlehre in Korea auf dieser Weise der Auseinandersetzung um das Auslegungsziel ausweicht.

---

[43] Die objektive Auslegungstheorie besagt, dass das Gesetz vernünftiger als sein Urheber sei und, einmal in Kraft getreten, gleichsam für sich selbst stehe. Es sei daher aus seinem eigenen Sinnzusammenhang auszulegen. *Larenz*, Methodenlehre (Fn. 1), S. 35f.

[44] Einerseits ist gegen die subjektive Theorie darauf hingewiesen worden, dass sich der Wille des Gesetzgebers schwer feststellen lässt. Daneben wird auch hervorgehoben, dass sie nicht dazu geeignet sei, das gegenwärtige Problem richtig zu bewältigen. Andererseits ist an der objektiven Auslegungstheorie kritisiert worden, dass sie das Gesetz zu weit auslege, so dass die Bindung des Richters an das Gesetz vernachlässigt wird. Dazu *Young-Whan Kim,* Das Grundproblem der Rechtsphilosophie 3. Aufl., 2012, S. 300ff.

[45] Dazu *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (Fn. 1), S. 155ff.; *Engisch*, Einführung (Fn. 1), S. 155ff.

[46] *Koch/Rüßmann,* Begründungslehre (Fn. 1), S. 178f.

[47] Zur Ausnahme davon *Hyung-Bae Kim*, Die Auslegung des Gesetzes (Fn. 11); S. 7ff.; *Hyun-Sup Shim*, Juristische Methodenlehre (Fn. 11), S. 5ff: *Young-Whan Kim*, Das Grundproblem (Fn. 43), S. 292 ff.; *Myung-Jae Kim*, Eine kritische Untersuchung über die verfassungsrechtliche Auslegungsmethode, Cheonnam Uni., Zeitschrift für Rechtswissenschaft Bd. 21, Heft 1, 2001, S. 61f.

2. Darüber hinaus sind auch sehr wenig Gesetzesmaterialien vorhanden, obwohl sie eine große Rolle bei der Rechtsgewinnung spielen. Daher versteht sich von selbst, dass sich die richterlichen Entscheidungen mehr auf das objektiv-teleologische Element der Auslegung als auf das subjektiv-historische Element beziehen. Das hat zur Folge, dass sie in weitem Maß das objektive Element der Auslegung in den Vordergrund stellt, um schließlich auf den juristischen Aktivismus[48] hinauszulaufen, wodurch sie Gefahr läuft, das Prinzip der Bindung des Richters an das Gesetz und das Gewaltentrennungsprinzip zu übertreten.[49] Bezüglich der juristischen Methodenlehre in Korea zeigt sich auch, dass eine theoretische Auseinandersetzung mit dem Auslegungselement lediglich in geringen Umfang vorhanden ist,[50] abgesehen von relativ intensiven Diskussionen um die verfassungskonforme Auslegung, bzw. um die Zulässigkeit der Teilnichtigkeit der betreffenden Entscheidung.[51]

3. Wenn die Ergebnisse weitgehend von der Auswahl des Auslegungselements abhängen, spielt eine Rangordnung der Auslegungselemente eine wichtige Rolle. So kann der Wortlaut in die eine Richtung verweisen und der systematische Zusammenhang und/oder die Entstehunggeschichte in eine andere Richtung.[52] In Bezug auf die Rangfolge der Auslegungselemente ist in Korea zu konstatieren, dass die gerichtlichen Entscheidungen hierauf nie ausdrücklich Bezug nehmen. Freilich formulieren die gerichtlichen Entscheidungen den Grundsatz der Auslegungsmethode, nach dem letzlich auf eine sachgemäße gerechte Entscheidung abgehoben wird. Wenn aber dabei alle Auslegungselemente, d.h. der allgemeine Sprachgebrauch, das systematische Element, die Entstehungsgeschichte sowie der Zweck des Gesetzes ohne Rangfolge berücksichtigt werden, verwundert es nicht, dass der Eindruck entsteht, die Auslegungskriterien würden beliebig nach dem erwünschten Ergebnis ausgewählt werden. Das hat sich sehr deutlich am strafrechtlichen

---

[48] Juristischer Aktivismus (engl. judicial activism) bezeichnet die Bereitschaft eines Gerichts, neue Richtlinien zu setzen. Dieser Aktivismus zeigt sich am deutlichsten in der Schaffung neuer Richtlinien über die Rechtsauslegung.

[49] *Seo-Hyuk Oh*, Die Auslegung (Fn. 11), 6, 31f.

[50] *Jin-Su Yune*, Erstes Kapital (Fn. 37), S. 85ff; *Young-Whan Kim*, Grundprobleme (Fn. 43), S. 253ff.; *Hak-Tae Kim*, Die Grenze der Gesetzesauslegung: Eine kritische Untersuchng der juristischen Methode anhand der gerichtlichen Entscheidung, Hanguk Unversity of Foreign Studies., Rechtswissenschaft Bd. 22, 2006, S. 177ff.: *Seo-Hyuk Oh*, Die Auslegung des Gesetzes (Fn. 11), S. 20ff.

[51] *Bock-Hyun Nam*, Das Verhältnis zwischen dem Verfassungsgericht und dem Obersten Gerichtshof bezüglich der Zuständigkeit, Zeitschrift für öffentliches Recht, Bd. 32. Heft, S. 133ff.; *Soo-Woong Han*, Die Verfassungswidrigkeit von §68 Abs. 1 des Verfassungsgerichtsgesetzes, Zeitschrift für Verfassung, Bd, 10, 1999, S. 283ff.: *Young-Huh*, Inhalt und Probleme der koreanischen Verfassungsentscheidung, Bd. 3. 1992, S. 169ff.

[52] *Engisch*, Einführung (Fn .1), S. 146. Freilich ist in der gerichtlichen Praxis öfters zu beobachten, dass von Fall zu Fall diejenige Auslegungsmethode verwendet wird, die zum befriedigenden Ergebnis führt. Deswegen ist in Deutschland an der juristischen Methodenlehre stark bemängelt worden, dass eine gesicherte Rangordnung unter den eben genannten Auslegungselementen bis jetzt noch nicht vorhanden ist. Daneben ist ihr auch der Methodensynkretismus vorgeworfen worden. Dazu *Esser*, Vorverständnis (Fn .1), S. 121ff.; *Kriele*, Methoden der Rechtsgewinnung, 1967, S. 85ff.; ; *Bydlinski*, Methodenlehre (Fn. 1), S. 353ff.

Analogieverbot gezeigt.[53] Wenn es bei diesem Methodenpluralismus bleiben würde, dann könnte die juristische Methodenlehre ihre Überzeugungskraft völlig verlieren, denn der Rechtsanwender bedient sich dann bei den verschiedenen Auslegungselementen je nach Bedarf frei.

IV. Problem bei der Rechtsfortbildung

1. Hervorzuheben ist zunächst die Vermengung von Rechtsfindung und Rechtsfortbildung. Ein gutes Beispiel dafür ist dort aufzufinden, wo das Gericht seit jeher ausnahmslos den Begriff „analogisierende Auslegung" verwendet.[54] Dadurch wird nicht nur das Hauptschema der juristischen Methodenlehre nicht genau beachtet. Vielmehr hat dies zur Folge, dass nicht klargestellt wird, ob sie sich selbst als Rechtsfindung oder als Rechtsfortbildung qualifiziert. Dass die Auslegung aber zumindest begrifflich von der Analogie getrennt werden sollte, zeigt sich bald, wenn man den deutschen Sprachgebrauch in Betracht zieht, auf den diese Begriffe zurückgehen. Man nennt die Auslegung einfach „Auslegung" und die Analogie „Analogie". Niemand versucht, diese beiden Begriffe miteinander zu verbinden und dann von „auslegender Analogie" oder „analogisierender Auslegung" zu sprechen.

Der Oberste Gerichtshof Koreas geht noch einen Schritt weiter, indem er ausdehnende Auslegung und Analogie als gleichbedeutend und daher verboten begreift. Darüber hinaus ist auch zu beobachten, dass sich eine restriktive Auslegung nicht genau von der teleologischen Reduktion unterscheiden lässt. Das zeigt sich vor allem in der falschen Sortierung der CD Sammlung der koreanischen richterlichen Entscheidung. Wie im Fall der Selbstanzeige bereits ausgeführt, sind solche Entscheidungen, die eigentlich als teleologische Reduktion klassifiziert werden sollen, fälschlicherweise der restriktiven Auslegung zugeordnet.[55] Dass sich diese unklare Begriffsverwendung auch in vielen Entscheidungen beobachen lässt, wurde bereits oben dargestellt.[56]

---

[53] In Bezug auf das Analogieverbots wird die argumentative Form von Regel und Ausnahme benutzt:. 1. Regel: Das Strafrecht soll wörtlich ausgelegt werden, wobei zu beachten ist, dass eine ausdehnende Auslegung oder analogisierende Auslegung strikt verboten ist. 2. Ausnahme: Auch im Strafrecht ist eine solche Auslegung nicht ausgeschlossen, die innerhalb des üblichen Wortsinnes die Entstehungsgeschichte und das Ziel der Vorschrift mitberücksichtigt (Oberster Gerichtshof 2006. 5. 12. 2005do6525; 2007. 6. 14. 2007do2162; 2011.10.27. 2009do2629), oder: In der strafrechtlichen Auslegung widerspricht eine systematische und logische Auslegung kaum dem Gesetzlichkeitsprinzip, wenn sie innerhalb des möglichen Wortsinnes den systematischen Zusammenhang der Vorschrift klarstellt, in dem sie steht (das höchste Gericht 2003. 1. 10. 2002do2363; 2011.10.13. 2011do6287).

[54] Seit 1965 verwendet der Oberste Gerichtshof Koreas den Begriff der analogisierenden Auslegung (Oberster Gerichtshof 1954. 5. 5. 4287Minsang271).

[55] Dazu II 4.

[56] Dazu II 5.

2. Aber in rechtsstaatlicher Hinsicht noch bedenklicher ist, dass die Rechtsprechung überhaupt nichts von Lücken erwähnt und diese meistens mittels der Auslegung zu ergänzen versucht. Konkret: Auch wenn offensichtlich eine Lücke vorliegt, wollen die meisten Richter diese Tatsache nicht wahrnehmen, sondern versuchen fälschlicherweise durch eine berichtigende Auslegung zu ergänzen, die sich auf den ganzen Bedeutungszusammenhang oder die ratio des Gesetzes bezieht.[57] Dadurch ist nicht klar geworden, auf welchem Wege sich die Rechtsfortbildung vollzieht. Darüber hinaus hat dies zur Folge, dass sich die beiden Rechtsgewinnungsprozesse, nämlich einerseits eine ausdehnende Auslegung und Analogie, andererseits eine restriktive Auslegung und teleologische Reduktion, nicht voneinander unterscheiden lassen.

Auf den ersten Blick zeigt sich, dass diese beiden den Anwendungsbereich der Norm erweitern, während jene beiden den Umfang der Regel reduzieren. Im Anschluss an das semantische „Drei-Bereiche-Modells“[58] sei nun versucht, diese verschiedenen Arten der Rechtsgewinnung auszudifferenzieren. Dieses Modell, das zu relativ exakten Begriffsbestimmungen methodologischer Figuren verhilft, bedient sich folgender Begriffe: es gibt erstens Gegenstände, die unzweifelhaft unter den Begriff fallen („positive Kandidaten”). Zweitens sind auch Gegenstände vorhanden, auf die der Begriff ebenso unzweifelhaft nicht anzuwenden ist („negative Kandidaten”). Drittens gibt es Gegenstände, hinsichtlich derer nicht entschieden werden kann, ob sie unter den Begriff fallen oder nicht („neutrale Kandidaten”). Auch wenn die Übergänge zwischen den drei Bereichen verschwommen sind, also nicht ganz klar ist, ob ein Kandidat noch als positiver, neutraler oder negativer zu klassifizieren ist, lässt sich damit noch nicht die praktische Brauchbarkeit dieses Schemas abtun, denn die Möglichkeit der Zuordnung in einer großen Zahl von Fällen ist nicht zu verkennen.[59]

Das Verhältnis zwischen der restriktive Auslegung und der teleologischen Reduktion sei anhand des „Drei-Bereiche-Modells“ wie folgt illustriert: Einerseits liegt eine restriktive Auslegung vor, wenn die sprachliche Regelung aus dem Kreis der positiven Kandidaten einen engeren Bereich der juristisch relevanten ausgrenzt, also die an der Randzone bleibenden neutralen Kandidaten dadurch nicht erfasst werden. Dagegen nimmt eine teleologische Reduktion einen unter die positiven Kandidaten fallenden Gegenstand aus

---

[57] Diese Ansicht teilt auch *Seo-Hyuk Oh*, Die Auslegung (Fn. 11), S. 20f. Prof. *Oh* führt solche Verhaltensweise darauf zurück, dass die Entscheidung unnötigerweise kompliziert wird, wenn die Lücke offengelegt wird. Freilich ist die Schwierigkeit in der Praxis wohl verständlich. Aber damit ist noch nicht gesagt, dass sie weiter in einer solchen Weise verfahren darf.

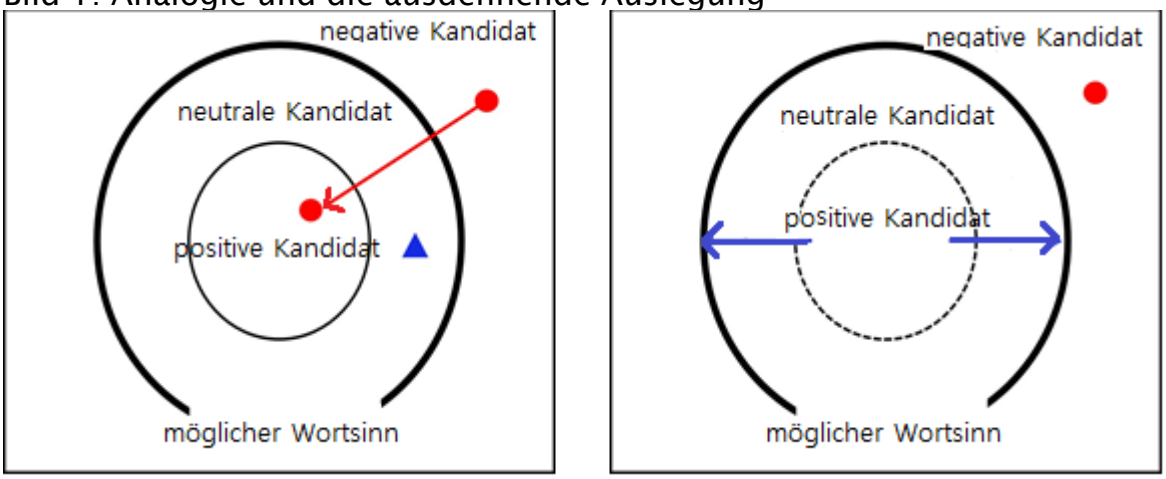
[58] Dazu *Koch/ Rüßmann*, Begründungslehre (Fn.1), S. 195 f.; *Koch*, Das Postulat der Gesetzesbindung im Lichte sprachphilosophischer Überlegungen, in: ARSP 1975, S, 34f. Zur Anwendung dieses Modells im strafrechtlichen Analogieverbot *Priester*, Zum Analogieverbot im Strafrecht, in: *Koch* (Hrsg.), Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie, 1976, .S. 158 ff.;

[59] *Kramer*, Methodenlehre (Fn. 1), S. 65f.

dem Anwendungsbreich der Regel heraus, indem er als ein negativer Kandidat charakterisiert wird. Andererseits verhält sich eine ausdehnende Auslegung zu Analogie wie folgt, auch wenn gegen das Kriterium des möglichen Wortsinns ein heftiger Einwand erhoben wird:[60] Während sich bei der ausdehnenden Auslegung die sprachliche Regel so verändert, dass sie ganz oder teilweise für die neutralen Kandidaten anwendbar wird, zeigt sich bei der Analogie, dass die für die positiven Kandidaten geltende Regel auf die negativen Kandidaten ausgedehnt wird.[61]

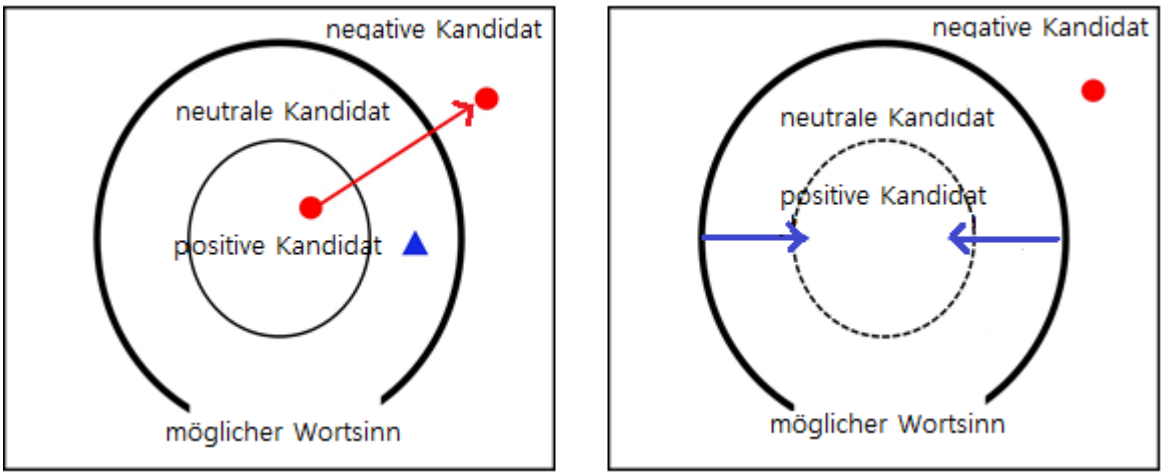
Das gerade Dargestellte lässt sich wie folgt bildlich illustrieren.

Bild 1: Analogie und die ausdehnende Auslegung



Analogie — die ausdehnende Auslegung

Bild 2: teleologische Reduktion und die einschränkende Auslegung



teleologische Reduktion — die einschränkende Auslegung

Mittels dieses Denkschemas seien nun die oben genannten Beispiele wie der Fall der fahrlässigen Brandstiftung[62] und der der Selbstanzeige[63] illus-

---

[60] Dieses Modell ist zur Illustrierung des Unterschiedes zwischen der restriktiven Auslegung und der teleologischen Reduktion dennoch sehr nützlich.

[61] *Kramer*, Methodenlehre (Fn. 1), S. 64f.; *Priester*, Zum Analogieverbot (Fn. 55), S. 129f.

[62] Dazu oben II 2.

triert. Beim ersten Fall wird die fremde Sache als negativer Kandidat nach der Mehrheitsmeinung zum positiven Kandidat umgedeutet, während die Selbstanzeige nach der Tat als positiver Kandidat nach der Minderheitsmeinung zum negativen Kandidat umformuliert und dann aus dem Anwendungsbereich genommen wird. Hier stellt sich heraus, dass dieses Modell dazu beitragen kann, die verschiedenen Rechtsgewinnungswege zu verdeutlichen, indem sie Rechtsfindung von der Rechtsfortbildung deutlich unterscheidet.

V. Schluss

Ich bin am Ende meiner Ausführungen. Es wurde dargestellt, ob und inwieweit die Lehre und Praxis der juristischen Methodenlehre in Korea problematisch ist. Schließlich ergibt sich, dass sie zwar den gesamten Sachverhalt in den Blick nehmen kann, aber der konkrete Rechtsgewinnungsprozess nicht verdeutlicht wird, weil sich das Argument nicht mit den in der juristischen Methodenlehre geläufigen Begriffen formulieren lässt. Vor allem wird nicht klargestellt, was die Rechtsfindung und was die Rechtsfortbildung eigentlich bedeutet. Ich bin aber davon überzeugt, dass die Bemühung um die Transparenz der methodischen Wege der Rechtsgewinnung weitgehend dazu beiträgt, die Rechtsstaatlichkeit der Justiz im vollen Umfang zu verwirklichen. Nur die methodisch geleitete Entscheidung kann das Vertrauen in die Justiz und die Rechtsicherheit gewährleisten.

---

[63] Dazu oben II 4.

Die Kriminalisierung der Kinder- und Rachepornografie – Reaktion auf die Krise der sexuellen Selbstbestimmung im Internet?

Rikizo Kuzuhara*

I. Einleitung

In Japan wurde im Jahre 2014 der Umfang strafbarer Handlungen im Umgang mit elektronischen Daten sexuellen Inhalts, jedenfalls hinsichtlich der Deliktsmodalitäten, gesetzlich in zweierlei Hinsicht erweitert. Erstens, der im Kinderpornogesetz neu hinzugefügte Deliktstyp des bloßen Besitzes von kinderpornografischen Bilddaten und zweitens, die Verabschiedung eines neuen Gesetzes zur Kriminalisierung der sogenannten Rachepornografie im Internet.

Beide Gesetze teilen sich nicht nur ihren zentralen Regelungsgegenstand, nämlich elektronische Bilddaten, sondern auch das durch sie geschützte Rechtsgut, die Persönlichkeit der in pornografischer Weise Abgebildeten. Lässt dies den Schluss zu, dass das Persönlichkeitsrecht im Sinne der sexuellen Selbstbestimmung oder des Rechts am eigenen Bild in eine neue Krise gerät? Sind die neuen Gesetze zur Bekämpfung einer solchen Krise nötig und nützlich? Besteht diese Krise überhaupt?

II. Kriminalisierung des bloßen Besitzes von kinderpornografischen Bilddaten

-Das geänderte KinderpornoG 2014

Über das zuerst 1999 in Kraft getretene und danach im Jahr 2004 wesentlich erweiterte KinderpornoG (das Gesetz zum Schutz des Kindes und zur Verfolgung entgeltlichen sexuellen Missbrauchs von Kindern sowie von Kinderpornografie) habe ich einmal im Rahmen des 3. Trilateralen Seminars in Seoul einen Bericht erstellt[1]. Das durch die Reform 2004 in seiner Reichweite auf strafbare Handlungen im Umgang mit elektronischen Daten und Tathandlungen im Internet ausgedehnte Gesetz erlebte 2014 eine erneute Änderung. Der Fokus der Reform 2014 lag auf der Kriminalisierung des bloßen Besitzes kinderpornografischer Bilddaten ohne die Absicht der Verbreitung, wie etwa des Anbietens im Internet. Bis zur Reform war der Besitz kinderpornografischen Materials durch dasselbe Gesetz bestraft worden, allerdings nur, wenn der Täter in der Absicht handelte, das Material zu verbreiten oder im Internet anzubieten.

Nach dem Wortlaut des neuen § 7 Abs. 1 KinderpornoG „wird mit einer Freiheitsstrafe mit Zwangsarbeit bis zu einem Jahr oder mit einer Geldstrafe bis zu 1 000 000 Yen bestraft, wer Kinderpornografie in der Absicht besitzt, sein sexuelles Verlangen oder seine Neugier zu stillen. Ebenso bestraft wird, wer mit derselben Absicht elektronische Daten mit kinderpornografischen Inhalten speichert.“[2]

In seinem § 1 sieht das KinderpornoG ausdrücklich als sein Ziel vor, das Kind vor einem Missbrauch als Darstellungsobjekt in pornografischen Produktionen zu schützen. In § 7 Abs. 1 n. F. des Gesetzes geht es allerdings kaum um einen konkreten Schutz von Kindern, denn der bloße Besitz eines bereits existierenden kinderpornografischen Produkts kann bei fehlender Absicht zur Weitergabe die Rechte der abgebildeten Kinder ja nicht weiter beeinträchtigen. Ein Besitz zum einzigen Zweck der privaten Nutzung hat zudem auch keinerlei Einfluss auf das sexuelle Verhalten der Gesellschaft. Die neue Vorschrift kriminalisiert also pädophile Neigungen und somit de jure eine Gesinnung.

---

* Prof. Dr. Rikizo Kuzuhara, Kansai University, School of Law, Osaka

1 *Kuzuhara,* in: Wolfgang Heinz / Young-Whan Kim hrsg., Aktuelle Rechtsprobleme in Japan, Deutschland und Korea, Vorträge des 3. trilateralen - deutsch-japanisch-koreanischen –Seminars 4.-5. August 2008 in Seoul, 2008 http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:bsz:352-opus-82878 , S. 191ff.

2 Sowohl bei Kinderpornografie als auch bei kinderpornografischen Daten müsste, nach § 7 Abs. 1 KinderpornoG, der Besitzer den Gegenstand zuvor willentlich erhalten haben. Und das müsste „eindeutig“ angenommen werden können. Diese Bedingungen wurden hinzugefügt, um eine Speicherung der Daten als Temporary Internet Files, sog. Cache-Dateien tatbestandlich auszuschließen. Die „eindeutige Annahme“ ist aber eine ganz überflüssige Bedingung.

Das KinderpornoG untersagt in seinem § 3 den Besitz von Kinderpornografie ganz generell, d.h. auch Besitz ohne jeglichen darüber hinausgehenden Vorsatz („Niemand darf […] Kinderpornografie besitzen, kinderpornografische elektronische Daten speichern…“). Diese Vorschrift wird zwar nicht mit einer Strafandrohung untermauert, lässt aber die Tendenz hin zu einem Gesinnungsstrafrecht klar hervortreten. Der Unterschied zwischen strafbarem Besitz und verbotenem, aber nicht strafbarem Besitz besteht dann einzig in der Absicht, das eigene sexuelle Verlangen oder die eigene Neugier zu stillen. Der Strafgrund ist mithin eindeutig diese Beabsichtigung.

In Anbetracht der Strukturierung des Gesetzes lässt sich allerdings nicht von der Hand weisen, dass das Gesetz auch den Schutz eines gesellschaftlichen Rechtsguts zumindest mitbezweckt. Hier ließe sich u.a. zunächst die Aufrechterhaltung guter Sitten anführen, weiterhin die allgemeine Hinwirkung auf eine Unterbindung des pädophilen Missbrauchs von Kindern, ja sogar der pädophilen Veranlagung oder Haltung, oder schließlich die Bewahrung der sexuellen Selbstbestimmung von Jugendlichen. Man spricht bisweilen auch von einem „gesunden Umfeld für die Entwicklung der jugendlichen Sexualmoral“. Ist der Strafzweck des § 7 Abs. 1 n. F. dann das Verbot der pädophilen Sexualität oder deren Verbreitung? Grundsätzliche Zweifel erwachsen dort, wo bestimmte sexuelle Vorlieben oder Präferenzen als solche, ohne eine konkrete Beeinträchtigung der Rechtsgüter Anderer, unter Strafe gestellt werden.

Durch das Verbot des Besitzes in allen Modalitäten dürfte der „Markt“, also die Verdienstmöglichkeiten für Hersteller und Anbieter kinderpornografischen Materials, verkleinert werden. Aus präventiver Hinsicht macht das zwar Sinn. Sollte man aber wirklich den Anbieter zulasten des Strafbarkeitsrisikos des Abnehmers von der Straftat Abstand nehmen lassen?

Letztendlich ist keine neue Krise des Rechts am eigenen Bild oder der sexuellen Selbstbestimmung von Kindern zu erkennen, die durch die Kriminalisierung des bloßen Besitzes kinderpornografischen Materials zu bekämpfen ist bzw. bekämpft werden dürfte.

III. Rachepornografie – Eine andere Krise?

1. Die neue Gesetzesregelung und ihre sozialen Hintergründe

Seit November 2014 steht in Japan die sogenannte "Rachepornografie” unter Strafe. Der neu eingeführte Straftatbestand stellt sowohl die Anfertigung als auch das Anbieten von Nacktfotos oder -videos im Netz gegen den Willen des Betroffenen unter Strafe. Demnach macht sich nunmehr in Japan auch strafbar, wer intime Bilder mit sexuellem Inhalt ohne vorherige Zustimmung des Abgebildeten im Internet postet. „Rache“ bedeutet in diesem Zusammenhang, dass solche Bilder oft vom Ex-Partner des Abgebildeten, nicht selten als Druckmittel, im Netz hochgeladen und damit öffentlich zugänglich gemacht werden, um diesen dadurch zur Wiederherstellung der

zuvor zerbrochenen Partnerschaft zu zwingen, oder einfach als Racheakt infolge einer einseitig erklärten Auflösung der Partnerschaft. Dieses neue Gesetz zur Bestrafung der Rachepornografie trat am 27.11.2014 in Kraft und hat mittlerweile auch bereits in der gerichtlichen Praxis Anwendung gefunden[3].

Das Bedürfnis für eine solche Gesetzesregelung resultiert vor allem aus einer zunehmenden praktischen Relevanz dieses Phänomens. Zwar gibt es hierzu noch keine offiziellen statistischen Erhebungen, aber es wird von einer deutlichen und schnellen Zunahme einschlägiger Anzeigen bei der Polizei und bei (Online-)Beratungsstellen für Grundrechtsschutz[4] berichtet. Öffentliche Aufmerksamkeit erregte im Oktober 2013 der sog. „Mitaka Stalking Mörder-Fall", der letztendlich Auslöser für die Schaffung des neuen Gesetzes war. Der Täter hatte seinem späteren Opfer vor dessen Ermordung für längere Zeit nachgestellt und gleichzeitig Nacktfotos des Opfers, die er während der noch intakten Beziehung mit dem Opfer aufgenommen hatte, im Internet verbreitet.[5] Dadurch wurde der Allgemeinheit das Vorkommen solcher „Rachepornografie" bekannt.

Als Ursache für die Zunahme derartiger Verhaltensweisen lässt sich mitunter die Schnelllebigkeit des Internets feststellen. Insbesondere bei der Nutzung von sozialen Netzwerken wie Twitter, Facebook oder Instagram spielt das sog. „Foto-Sharing" eine bedeutende Rolle. Daneben hat sich auch die Technik der Smartphones erheblich weiterentwickelt, so dass es heutzutage quasi für jedermann ohne große Technikkenntnisse und mit nur geringem Aufwand möglich ist, Fotos von in der Nähe befindlichen Personen anzufertigen und diese sogleich im Netz hochzuladen.

Die Rechtsprechung hat bereits vor Inkrafttreten des neuen Gesetzes die Verbreitung von Bildern mit sexuellem Inhalt ohne Zustimmung des Abgebildeten als strafrechtlich relevant angesehen. So wurde z.B. im Mitaka-Fall

---

[3] Regionalgericht *Nagoya*, Urteil v. 12. 5. 2015, nach Berichten von Zeitungen, bislang noch nicht veröffentlicht; Regionalgericht *Fukushima Koriyama* Zweigstelle, Urteil v. 25. 5. 2015 LEX/DB 25540674; Regionalgericht *Yokohama,* Urteil v. 12. 6. 2015 LEX/DB 25447325; Regionalgericht *Sapporo,* Urteil v. 15. 7. 2015, nach Berichten von Zeitungen, bislang noch nicht veröffentlicht.

[4] In der Begründung im Rahmen der mündlichen Beratung des neuen Gesetzes im Parlament wurde die Anzahl der registrierten Fällen herangezogen, die eine private e. V., die „Vereinigung der Web-Counselor" (http://zenkokuwebcc.grupo.jp/free890808), in den letzten Jahren aufgenommen hatte. Die Abteilung für Menschenrechtsschutz des Justizministeriums hat Online- sowie Offline-Beratungsstellen zum Grundrechtsschutz eingerichtet, bei denen Fälle von Grundrechtsverletzungen anzeigt werden können und Rechtsbeistand gegen die verletzenden Handlungen und zur Entfernung der Netzinhalte beantragt werden kann (http://www.moj.go.jp/JINKEN/jinken88.html). Entsprechende Funktionen trägt auch das "Internet Hotline Center" der „Internet Society", die hierfür vom Nationalen Polizeiamt beauftragt ist.

[5] **Hierzu hat er die URL, unter der man Nacktfotos des Opfers downloaden konnte, in einem BBS (Bulletin Board System: Mailbox) offenbart.**

von der ersten Instanz die Veröffentlichung der Aktbilder des Opfers im Internet als strafschärfender Umstand in der Strafzumessung bei der Verurteilung wegen vorsätzlicher Tötung berücksichtigt und gegen den Beschuldigten eine 22-jährige Freiheitsstrafe mit Zwangsarbeit verhängt.[6] Das Urteil ist jedoch in zweiter Instanz vom Obergericht Tokyo[7], im Ergebnis zu Recht, mit der Begründung aufgehoben und zurückverwiesen worden, dass das Hochladen dieser Bilder nicht lediglich aufgrund der zeitlichen Nähe zur Tötung und durch die Gemeinsamkeit des Beweggrundes, namentlich des Rachegedankens, für die Mordstrafe erschwerend wirken könne. Vielmehr sei das Hochladen eine selbständige Straftat, die ein anderes Rechtsgut als das Leben, nämlich die Ehre, verletze. Deshalb müsse dieser Aspekt auch in einem gesonderten Kontext beurteilt werden[8].

2. Die bisherige Rechtslage und ihre Strafbarkeitslücken

„Rachepornografie“ kann - formal betrachtet - zumindest teilweise auch von verschiedenen herkömmlichen Strafvorschriften, wie z.B. Verbreitung obszöner Gegenstände (§ 175 jStGB), Verleumdung (§ 230 jStGB), oder gegebenenfalls von den Strafnormen des KinderpornoG erfasst werden. Bisher findet sich in der Praxis allerdings kein konkreter Fall, in dem ein Gericht entsprechend geurteilt hat. Ein Grund hierfür ist vermutlich, dass es nicht nur quantitativ, sondern auch qualitativ als unbefriedigend empfunden wird, solche Handlungsweisen mit den konventionellen Straftatbeständen zu bewältigen. Als strafwürdiger Umstand steht dabei nämlich weder die Obszönität der Aufnahmen, noch der Schutz von Ehre oder Privatgeheimnissen im Vordergrund, sondern der Schutz einer bestimmten Ausprägung der sexuellen Selbstbestimmung.

Ehrverletzungen werden nach § 230 jStGB (Verleumdung) bestraft. Voraussetzung dafür ist jedoch die Behauptung und Verbreitung von Tatsachen, die einen anderen im öffentlichen Ansehen herabwürdigen. Die Verbreitung sexueller Bilder beschädigt allerdings nicht zwangsläufig die soziale Reputation des Abgebildeten. Auch der Beleidigungstatbestand (§ 231 jStGB) erfasst den eigentlichen Kern des verwirklichten Unrechts nicht. Bei der Rachepornografie handelt es sich nicht um eine Verletzung des Ehrgefühls, sondern

---

[6] Regionalgericht *Tokyo,* Urteil v. 2. 8. 2014, LEX/DB25504614.

[7] Obergericht *Tokyo,* Urteil v. 2. 6. 2015, LEX/DB25505813.

[8] Das Regionalgericht Tokyo, an das die Sache zurückverwiesen wurde, hat am 15. März 2016 zusätzlich eine Straftat gemäß §7 Abs. 2 KinderpornoG (siehe unten I. 2.) angenommen, und daraufhin die Strafzumessung vor der Zurückverweisung aufrechterhalten (nach Zeitungsberichten z. B. http://www.jiji.com/jc/zc?k=201603/2016031500512&g=soc). Zunächst hatte die Staatsanwaltschaft Tokyo -entsprechend dem Anliegen der Eltern des Opfers, weitere Ehrverletzungen zu vermeiden- nur wegen des Verdachts der vorsätzlichen Tötung, nicht aber gleichzeitig wegen § 7 Abs.2 KinderpornoG öffentliche Klage erhoben. Erst nach der Zurückverweisung durch das Regionalgericht hat die Staatsanwaltschaft auch wegen des Verdachts der Verwirklichung von § 7 Abs. 2 KinderpornoG Klage erhoben.

vielmehr um eine Herabsetzung des Scham- oder Sicherheitsgefühls durch die öffentliche Preisgabe von Intimitäten.

Grundsätzlich wird Pornografie in § 175 jStGB unter Strafe gestellt. Dieser Tatbestand untersagt die Offenbarung und Verbreitung obszöner Inhalte, zu denen sowohl schriftliches als auch Bildmaterial zählt. Die Tatobjekte müssen „obszön", d.h. der japanischen Rechtsprechung zufolge mit einer so stark lusterregenden Prägung versehen sein, dass sie das normale Schamgefühl eines durchschnittlichen Bürgers verletzen und somit auch gegen die guten Sitten verstoßen. Die Gefühle des Großteils der japanischen Bevölkerung sowie das Sexualverständnis haben sich allerdings in den letzten Jahrzehnten beträchtlich verändert. In der heutigen Rechtspraxis gelten einfache Nacktfotos, auf denen Genitalien nicht zu erkennen sind, nicht als obszön[9]. Rachepornografie wird daher regelmäßig nicht als obszön in diesem Sinne verstanden, so dass entsprechende Delikte vom Tatbestand dieser Strafvorschrift nicht umfasst sind.

Die Vetraulichkeit als Teil der individuellen Privatsphäre (privacy), d.h. die Herrschaft des Einzelnen über die privaten höchstpersönlichen Informationen, wird strafrechtlich nicht pauschal geschützt. Nur wenn es um medizinische, juristische und religiöse Aspekte[10], Betriebsgeheimnisse[11] oder das elektronische Fernmeldewesen[12] geht, wird der Zugriff[13] auf Geheimnisse eines Anderen bestraft.

Seit 1999 erfolgt die strafrechtliche Behandlung der Kinderpornografie in Japan durch ein Sonderstrafgesetz, namentlich das Gesetz zum Schutz des Kindes und zur Verfolgung entgeltlichen sexuellen Missbrauchs von Kindern sowie von Kinderpornografie (im Folgenden „KinderpornoG"). In diesem Gesetz wurde der Umfang der Strafbarkeit im Vergleich zu § 175 jStGB erheblich erweitert. Zunächst ist die Definition von „Kinderpornografie" wesentlich unschärfer als die von „obszönen Objekten" gemäß § 175 jStGB, so dass auch einfache Nacktfotos darunter subsumiert werden können. Auch Tathandlungen im Internet werden hiervon erfasst. So war etwa im oben genannten Mitaka Stalking Mörder-Fall das Gesetz anwendbar, weil das Opfer noch 17 Jahre alt war[14]. Das Gesetz greift jedoch nicht mehr, wenn das Opfer zum Tatzeitpunkt bereits volljährig ist.

---

[9] Überdies wird obszönen schriftlichen Inhalten, die bisher der hauptsächliche Regelungsgegenstand waren, heutzutage kaum noch Beachtung geschenkt.

[10] Z.B. § 134 jStGB, §§ 42[b] - 44 des Gesetzes über Gesundheitspfleger, Hebammen und Krankenpfleger.

[11] §§ 21 ff. des Gesetzes betreffend die Verhinderung unlauterer Wettbewerbshandlungen.

[12] Vgl. § 179 Abs. 1 des Gesetzes über Telekommunikationsunternehmen.

[13] Offenbarung in §134 jStGB, unbefugtes Lauschen, Verrat, und Offenbarung im Gesetz betreffend die Verhinderung unlauterer Wettbewerbshandlungen, Offenbarung im Gesetz über Telekommunikationsunternehmen.

[14] Die Staatsanwaltschaft Tokyo hat allerdings zunächst keine Klage wegen des Anbietens von Kinderpornografie erhoben.

Eine heimliche Aufnahme sexuellen Inhalts, z.B. eine Smartphoneaufnahme der Innenseite eines Minirocks, ist in einigen Gebietskörperschaften durch Satzungen zur Verhinderung von „Unfug in öffentlichen Räumen“ mit Strafe bedroht. Die Strafandrohung ist jedoch auf widerrechtliche Aufnahmen begrenzt. In den praktischen Fällen der Rachepornografie wird hingegen die Aufnahme an sich oft mit Einwilligung des Abgebildeten angefertigt. Im Zeitpunkt der Aufnahme rechnet der Abgebildete, der in manchen Fällen die Aufnahme (etwa mittels Selbstportrait) sogar selbst anfertigt, in der Regel nicht mit einer späteren Veröffentlichung. Das strafwürdige Unrecht der Rachepornografie besteht also in der Veröffentlichung und Verbreitung gegen den Willen des Berechtigten. Die oben angesprochenen Satzungen der Gebietskörperschaften können in der Praxis also kaum einen Fall passend erfassen. Und praktisch gesehen ist zumindest das Hochladen einfacher, d.h. nicht stark lusterlegender Aktbilder eines Erwachsenen ohne Zustimmung des Aufnahmeobjekts weder vom jStGB noch durch das KinderpornoG erfasst.

IV. Das Rachepornogesetz

Vor diesem Hintergrund wurde ein neues Gesetz erlassen: das Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung der Verbreitung privater intimer Bilddaten im Netz, im Folgenden „RachepornoG“).

1. Ziel des Gesetzes

In § 1 wird das Ziel des Gesetzes in dreifacher Hinsicht erläutert: Zweck ist zum einen die Bestrafung solcher Handlungen, bei denen durch die unbefugte Verbreitung intimer Fotos die individuelle Privatsphäre beeinträchtigt wird. Darüber hinaus soll die Schweigepflicht des Internetserviceproviders eingeschränkt werden sowie eine Schadensersatzhaftung des Providers beim Löschen der betreffenden Daten des Benutzers begründet werden[15]. Drittens ist eine Gründung und Verstärkung des Hilfe- und Schutzsystems für Opfer bezweckt. Alle drei Ziele sollen dazu dienen, die Beschädigung der Ehre und des Friedens im individuellen, privaten Lebensbereich und eine Erweiterung solcher Schäden zu verhindern.

---

[15] Fraglich ist, ob man daraus eine Garantenstellung des Providers für die Privatsphäre des Abgebildeten herleiten kann und beim Nichtlöschen von Daten trotz eines entsprechenden Löschungsantrags des Abgebildeten ein täterschaftliches unechtes Unterlassungsdelikt des Providers annehmen kann. In der Frage der Garantenstellung des Providers bin ich eher skeptisch, weil der Provider nur für die Sicherstellung der „Cyber-“Infrastruktur zuständig ist, nicht aber für den Schutz des Abgebildeten, der manchmal nicht einmal Netzbenutzer ist. Nähere Diskussion darüber gibt es in Japan, soweit ersichtlich, noch nicht.

Daraus ist zu entnehmen, dass das durch § 3, der einzigen Strafvorschrift dieses Gesetzes, geschützte Rechtsgut ausschließlich die Freiheit der individuellen Person ist. Gesellschaftliche Sitten in Bezug auf Sexualität oder Gefühle sind -im Gegensatz zu § 175 jStGB- nicht geschützt. Das wird auch durch die Definition des Tatobjekts in § 2 des neuen Gesetzes bestätigt. Verboten ist das Anbieten und die Zurschaustellung lediglich des ohne die Einwilligung des Abgebildeten aufgenommenen intimen Bildes.

2. Definitionen der Tatobjekte

Der gesetzliche Begriff der „privaten sexuellen Bilddaten" unterscheidet sich von den „obszönen Objekten" des § 175 jStGB sowohl in seinem Bezug zur Sexualität wie auch in seiner Begrenzung auf nur optische, d.h. bildhafte Darstellungen. Das Gesetz definiert diesen Kernbegriff, seinen Regelungsgegenstand, in § 2 Abs.1 Nr. 1 bis 3[16] des RachepornoG. Er umfasst elektromagnetische Daten oder sonstige Daten, welche die bildliche Darstellung mindestens einer der folgenden Körperhaltungen eines anderen enthalten: 1. solche des Geschlechtsverkehrs bzw. einem solchen ähnelnden Akt, 2. lusterregende Berührungen von Genitalien und 3. lusterregende Posierungen gänzlich oder teilweise entblößter Körper, welche die sexuellen Körperteile wie Genitalen, ihre Peripherie, das Hinterteil und den Busen absichtlich betonen.

Durch Nennung konkreter Beispiele hat der Gesetzgeber den abstrakten Begriff „Obszönität", über dessen Untergrenze heftig gestrittenen wird, konkretisiert. Dadurch wird aber gleichzeitig die Strafbarkeitsschwelle im Vergleich zu § 175 jStGB wesentlich niedriger angesetzt.

Nicht nur digitale Daten sondern auch körperliche Gegenstände sind durch das RachepornoG erfasste Tatobjekte, um Handlungen außerhalb des Cyberspace, wie etwa den Verkauf oder die unentgeltliche Übergabe des Datenträgers, sowie das öffentliche Zugänglichmachen oder die Zurschaustellung z.B. mit einem Stand-Alone-Rechner zu sanktionieren In § 2 Abs. 2 des RachepornoG ist das „Medium der privaten sexuellen Bilddaten" definiert: Darunter versteht man Fotos, Datenträger der elektromagnetischen Daten oder sonstige Sachen, die eine der in Abs. 1 näher bestimmten Körperhaltungen zeigen.

---

[16] Im Vergleich hierzu kennzeichnet § 2 Abs. 3 KinderpornoG, der quasi als Muster für die Definitionen des RachepornoG diente, die Objekte wie folgt: „Fotos, Datenträger der elektromagnetischen Daten oder sonstige Gegenstände, welche die bildliche Darstellung mindestens einer der folgenden Körperhaltungen von oder gegenüber unter 18 Jahre alten Personen enthalten: 1. solche des Geschlechtsverkehrs bzw. einem solchen ähnelnder Akt, 2. lusterregende Berührungen von Genitalien und 3. lusterregende Posierungen gänzlich oder teilweise entblößter Körper , die die sexuellen Körperteile wie Genitalen oder ihre unmittelbare Umgebung, wie das Hinterteil und den Busen absichtlich betonen."

Hinsichtlich aller Tatobjekte sind solche Bilder strafrechtlich ausgenommen, die mit Zustimmung des Abgebildeten für Dritte aufgenommen wurden bzw. die der Abgebildete selbst Dritten anbietet.

3. Tathandlungen

Das RachepornoG beinhaltet, wie vorstehend erwähnt, lediglich eine Strafvorschrift, die sich in drei Handlungsalternativen untergliedert: § 3 des Gesetzes lautet: (1) Wer private sexuelle Bilddaten mit Hilfe der Telekommunikation in der Weise unbestimmten und/oder mehreren Personen anbietet, dass dadurch die Identität der abgebildeten Person für den Dritten erkennbar ist, wird mit einer Freiheitsstrafe mit Zwangsarbeit bis zu 3 Jahren oder mit einer Geldstrafe bis zu 500.000 Yen bestraft. (2) Ebenso wird bestraft, wer ein Medium mit privaten sexuellen Bilddaten in der in Absatz 1 bestimmten Weise unbestimmten und/oder mehreren Personen anbietet oder zurschaustellt. (3) Wer private sexuelle Bilddaten mit Hilfe der Telekommunikation anbietet oder ein Medium mit privaten sexuellen Bilddaten anbietet, um einen Anderen eine der in Absatz 1 oder Absatz 2 bestimmten Handlungen (Anbieten oder Zuschaustellung des betroffenen Objekts) begehen zu lassen, wird mit Gefängnisstrafe mit Zwangsarbeit bis zu 1 Jahr oder Geldstrafe bis 300,000 Yen bestraft.

Die Tathandlung „anbieten“ ist bei der Reform des KinderpornoG im Jahr 2004 eingeführt worden.[17] Der Begriff ersetzte dabei die traditionelle „Verbreitung“, denn eine Verbreitung setzt die Ermittlung von mehreren unbestimmten Empfängern voraus, was im Internet weithin unmöglich sein dürfte und zu Beweisschwierigkeiten führt. Seiner näheren Bedeutung nach ist der Begriff nahezu deckungsgleich mit jenem „der Öffentlichkeit zugänglich machen“ in §184 des deutschen StGB.[18]

Die Tathandlungen müssen aber ausweislich der tatbestandlichen Fassung des Gesetzes nicht zum Zweck der „Rache“ ausgeführt werden. Eine besondere Absicht wird gerade nicht verlangt. Im Gesetz zur Regulierung der Nachstellung (2000) ist für die Bestrafung der Nachstellung usw. (§§ 13 Abs. 1, 14) ein entsprechendes Absichtserfordernis mit dem konkreten Inhalt enthalten, das Liebesgefühl für eine bestimmte Person zum Ausdruck zu bringen oder ein auf enttäuschte Liebe beruhendes Rachebedürfnis zu befriedigen (§ 2). Diese Eingrenzung stieß jedoch auf Kritik: sie verenge den Straftatbestand zu sehr, denn es gebe viele Fälle von Nachstellung, die überhaupt nicht von einem Gefühl der Liebe getragen seien. Das verhindere daher

---

[17] Die Strafvorschrift des RachepornoG ist also in ihrem Kern, in der Umschreibung des Objektes und der Handlung vom Wortlaut her ein Nachkömmling des KinderpornoG.

[18] *Mizukoshi*, Horitsu no Hiroba (Juristischer Platz), 2015 Heft. 3, S. 25.

einen effizienten Opferschutz. Das RachepornoG enthält ein derartiges Absichtsmerkmal nicht und vermeidet daher solche Defizite.[19]

§ 3 RachepornoG ist bei allen Begehungsmodalitäten ein Antragsdelikt (vgl. § 3 Abs. 4). Dadurch wird die Gefahr der Cyberzensur wesentlich vermindert. Außerdem müssten Strafverfolgungsbehörden andererseits entsprechende Ressourcen für die stetige Überwachung sozialer Netzwerke bereitstellen.

V. Probleme

Schon beim ersten Anblick des RachepornoG werden auch ohne genauere Betrachtung[20] folgende Unstimmigkeiten sichtbar: zunächst die Konkurrenz der Handlungsmodalitäten mit § 175 jStGB sowie dem KinderpornoG und ein darauf zurückzuführender, relativ enger Anwendungsbereich des RachepornoG. Weiterhin auffällig ist die im Vergleich zu § 175 jStGB schwerere Strafandrohung, sowie das Überlappen des geschützten Rechtsguts mit dem des KinderpornoG. Schließlich ist die Mehrdeutigkeit des Rechtsguts, insbesondere im Hinblick auf die in § 1 des RachepornoG formulierte Zielsetzung kritisch zu betrachten.

Der praktische Anwendungsbereich des RachepornoG ist zunächst einigermaßen begrenzt, insbesondere im Hinblick auf solche Tathandlungen, die ausschließlich nach dem RachepornoG, nicht aber gleichzeitig auch nach anderen Tatbeständen wie z.B. § 175 jStGB zu bestrafen sind. Ohne die Strafnorm des § 3 RachepornoG würde lediglich das Anbieten (nicht zwangsläufig nur im Netz) von sexuellen, aber nicht obszönen Bildern eines Erwachsenen gänzlich straffrei bleiben. Es wird zwar vermutet, dass die tatsächliche Anzahl solcher Taten inklusive der Dunkelziffer recht hoch ist, allerdings ist dies nur indiziert und nicht (statistisch) nachgewiesen. So entsteht zumindest der Verdacht einer populistischen, symbolischen Gesetzgebung.

Die Strafandrohung ist im RachepornoG jedenfalls bezüglich der Freiheitsstrafe[21] höher angesetzt als in § 175 jStGB. § 3 RachepornoG sieht für

---

[19] Die Bezeichnung „RachepornoG“ dürfte aber nicht ganz angemessen sein, weil es sich bei den erfassten Tatobjekten nicht nur um pornografische Inhalte handelt und auch kein explizites Rachemotiv verlangt wird.

[20] In der Literatur wurde bis heute noch keine ausführliche kritische Würdigung des Gesetzes vorgenommen. Es gibt diesbzgl. derzeit nur wenige Kommentare, z.B. *Mizukoshi*, (Fn. 12), S. 21 ff; *Sonoda*, Keijiho Journal (Journal für Kriminalrecht), Nr. 44 (2015), S.47 ff.

[21] Die Geldstrafe ist im RachepornoG mit einem Höchstsatz von 500,000 Yen wesentlich niedriger angesetzt als im KinderpornoG (beim Anbieten in §7 Abs. 2 bis zu 3,000,000 Yen, beim Anbieten für unbestimmte oder mehrere Personen und beim öffentlichen Zuschaustellen in §7 Abs. 6 bis zu 5,000,000 Yen), auch im Vergleich zu § 175 jStGB (dort bis zu 3,000,000 Yen). Dieser Unterschied beruht darauf, dass die Verbreitung von „nor-

Verstöße gegen Abs. 1 und 2 jeweils Freiheitsstrafen mit Zwangsarbeit von bis zu 3 Jahren vor und entspricht damit dem Strafmaß des § 7 Abs. 2 KinderpornoG. § 175 jStGB sieht hingegen nur eine Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahre vor.

Der Grund dafür ist schwerlich zu erklären. Über das Rechtsgut des § 175 jStGB besteht kein Konsens. Manche Gerichte[22] sprechen von den „guten sexuellen Sitten" oder vom öffentlichen sexuellen Schamgefühl. In der Literatur[23] werden daneben noch das Interesse, die unerwünschte Konfrontation mit obszönen Inhalten zu vermeiden, und der Jugendschutz als Argumente angeführt, zum Teil in verschiedenen Kombinationen und Nuancen. Die Gemeinsamkeit besteht aber darin, dass es sich jedenfalls um ein nur kollektiv greifbares Interesse handelt. Durch § 7 Abs. 2 KinderpornoG werden neben dem (mit § 175 jStGB gemeinsamen) kollektiven Interesse zudem auch die Individualinteressen der abgebildeten Kinder geschützt, also zwei verschiedene Rechtsgüter kumulativ.[24] Dies begründet die im Vergleich zu § 175 jStGB höhere Strafandrohung des § 7 Abs. 2 KinderpornoG. Das Schutzgut des § 3 RachepornoG sei im Gegensatz dazu nach der in § 1 RachepornoG formulierten Zielsetzung nur das individuelle Interesse an „Ehre und Frieden im privaten Lebensbereich". Trotzdem entspricht die Höchststrafe in § 3 RachepornoG der Strafandrohung des § 7 Abs. 2 KinderpornoG. Falls man

---

maler Pornografie" häufiger aus wirtschaftlichen Beweggründen geschieht und es beim RachepornoG hauptsächlich ein persönliches Rachemotiv geht.

[22] OGH Urteil v. 10. 5. 1951, Saikosaibansho Keijisaibanreisyu (Entscheidungssammlung des OGH in Strafsachen, im folgenden „OGHSt") Bd. 5, Heft 6, S.997; OGH Urteil v. 13. 3. 1967, OGHSt Bd. 11, Heft 3, S.997 usw.; so in der Literatur, z. B. *Dando*, Keiho Koyo Kakuron, 3. Aufl. 1990 (Grundriss des Strafrechts BT) S.310; *Nishida*, Keiho Kakuron (Strafrecht BT) 6. Aufl. 2012 , S. 394; *Yamaguchi*, Keiho Kakuron (Strafrecht BT), 2. Aufl. 2010, S. 503

[23] *Hirano*, Keiho Gaisetsu (Strafrecht), 1977, S. 271;*Sone*, Keiho Kakuron (Strafrecht BT), 4. Aufl. 2008, S. 265; zumindest de lege ferenda *Nakamori*, Keiho Kakuron (Strafrecht BT), 3. Aufl.2011, S. 220.

[24] In Anbetracht der Strukturierung des Gesetzes lässt sich allerdings nicht von der Hand weisen, dass das KinderpornoG auch den Schutz eines gesellschaftlichen Rechtsguts zumindest mitbezweckt. Hier ließe sich u.a. die Aufrechterhaltung guter Sitten anführen, oder die allgemeine Zustimmung zu einer Unterbindung des pädophilen Missbrauchs von Kindern, ja sogar der pädophilen Veranlagung oder Haltung. Ein anderer Aspekt ist die Absicherung der sexuellen Selbstbestimmung von Jugendlichen. Man spricht bisweilen auch von einem „gesunden Umfeld für die Entwicklung der jugendlichen Sexualmoral". In der Literatur wird aber zunehmend die Auffassung vertreten, dass das Gesetz sowohl das individuelle Interesse von Kindern als auch gesellschaftliche Güter kumulativ schützt. So auch das Obergericht *Osaka,* Urteil v. 24. 10. 2010, Kotosaibansho Keijisaiban Sokuho (Aktuelle Berichte der Entscheidungen von Obergerichten), 2010, S.146. Zum heutigen Meinungsstand über das Rechtsgut des KinderpornoG, statt vieler *Kamon*, Keijiho Journal Nr. 43 (2015), S.76 ff. m. w. N.

Kinder für schutzbedürftiger als Erwachsene hält, erscheint die Inkonsequenz noch größer.[25]

Daraus könnte man auch schließen, dass das RachepornoG, seiner ausdrücklichen Zielsetzung zuwider, auch Kollektivinteressen schützen will. Dies würde erklären, weshalb das Gesetz nicht die Verbreitung jeder Art von Bildern verbietet, die das private Leben eines anderen zum Gegenstand haben, sondern nur solche, die sexuelle und lusterregende Darstellungen enthalten.

Die Auslegung des § 3 RachepornoG als Delikt gegen gesellschaftliche Interessen scheitert aber daran, dass die Einwilligung des Aufnahmesubjekts in die Veröffentlichung eine Strafbarkeit ausschließt. Die Voraussetzung der Aufnahme ohne Zustimmung zum Zwecke des Anbietens oder zur Zurschaustellung Dritten gegenüber kann man wiederum nur schwerlich mit der Einschränkung des Tatobjekts auf „lusterregende" Bilder in Einklang bringen. Wenn diese Eigenschaft der Bilder aber eine Sozialschädlichkeit der Handlung begründet, so kann diese von der Einwilligung des Abgebildeten nicht beseitigt werden.

Mit dem Begriff „lusterregend" wollte der Gesetzgeber Fotos einer Person z.B. beim Baden ohne oder nur mit wenig Bekleidung, wie einem Bikini, oder Fotos von einem Sumo-Kämpfer von der Strafbarkeit ausnehmen.[26] Dadurch erhält § 3 RachepornoG den Charakter eines Straftatbestandes zum Schutze der sexuellen Sitten oder ähnlicher sozialer Interessen und verliert gleichzeitig scharfe Konturen hinsichtlich der Strafbarkeitsschwelle.[27] Demzufolge wäre das Gesetz in Bezug auf seine Bestimmtheit deutlich an § 175 jStGB angelehnt.

Wäre der Zweck des Gesetzes hingegen nur der Schutz der individuellen Ehre sowie der Vertraulichkeit des Sexuallebens, so müsste sich der Gesetzgeber mit der Beschreibung des Tatobjekts durch objektive Nacktheit und Sexualität und dem Strafbarkeitsausschluss durch eine Einwilligung des Abgebildeten begnügen. Das Anbieten von einfachen Nacktfotos oder Bildern, die das „Berühren von Genitalien", „gänzlich oder teilweise entblößter Körper", oder „die sexuellen Körperteile wie Genitalen, ihre Peripherie, das Hinterteil und den Busen" zeigen, ist auch ohne besondere lusterregende Ausdrucksweisen für den Abgebildeten hinreichend schädlich, soweit er zuvor nicht darin eingewilligt hat.

---

[25] Die Strafvorschrift des § 3 RachepornoG ermächtigt die Polizei, im Internet einzugreifen, wenn einmal ein bestimmtes Individuum verletzt wird. Allerdings ist eine derartige Strafandrohung nicht erforderlich, um lediglich das rechtspolitische Ziel zu erreichen.

[26] Diese Intention entspricht der des KinderpornoG, siehe dazu *Sonoda*, (Fn.14), S.49.

[27] Durch die Übernahme des Begriffs aus dem KinderpornoG wird auch dessen Problem übernommen.

Ohne die Einschränkung möglicher Tatobjekte mit dem Merkmal „lusterregend“ wäre außerdem der Umfang der Konkurrenz zum KinderpornoG und zu § 175 jStGB geringer und dadurch die Existenz des RachepornoG eher gerechtfertigt.

VI. Zusammenfassung

Zum Schluss möchte ich die Ergebnisse der oberen Betrachtungen zusammenfassend in meiner Stellungnahme verdeutlichen.

Die Kriminalisierung des bloßen Besitzes der Kinderpornografie läuft letzten Endes auf ein Gesinnungsstrafrecht hinaus. Der Besitz schon geschaffenen kinderpornografischen Materials beeinträchtigt die Persönlichkeit der abgebildeten Kinder nicht erneut. Schlichter Besitz ohne Verbreitungsabsicht übt keinen praktischen, materiellen Einfluss auf die sexuelle Einstellung der Gesellschaft aus. Das neue KinderpornoG bestraft also nur pädophile Neigungen.

Rachepornografie ist sicher als bekämpfungsbedürftiges soziales Phänomen von der Allgemeinheit anerkannt, auch wenn die Zunahme solcher Taten nicht von einer einheitlichen offiziellen Statistik nachgewiesen ist. Dies veranlasste den Gesetzgeber zur Verabschiedung des neuen RachepornoG.

Die Strafbarkeitslücken, die dadurch geschlossen werden sollten, sind allerdings unwesentlich. Konventionelle Strafvorschriften, wie § 175 jStGB, können einen großen Teil des Phänomens abdecken. Gerade deshalb ist das neue Gesetz nur mit wenigen Strafvorschriften ausgerüstet, die einige wenige, eng umgrenzte Tathandlungen erfassen. Schon das stellt die Notwendigkeit des Gesetzes in Frage.

Im Hinblick auf ihre Regelungstechnik sind die Strafvorschriften des neuen RachepornoG nicht vollständig durchdacht. Die vorhersehbare Konkurrenz und Überlappung des Anwendungsbereichs mit dem des §175 jStGB und den Vorschriften des KinderpornoG blieben unberücksichtigt. Auch durch die Einschränkung der Tatobjekte mit dem Merkmal "lusterregend" ist es nicht gelungen, den Regelungsgegenstand des Gesetzes vom Tatbestandsmerkmal der "Obszönität" des § 175 jStGB hinreichend abzugrenzen. Mit dem Tatbestandsmerkmal „lusterregend“ sind vielmehr die relativ deutlichen Konturen der strafbaren Tathandlungen, die mit sachlichen Beschreibungen wie der Auflistung der abgebildeten Körperteile oder Körperstellungen zunächst hergestellt wurden, wieder verloren gegangen.

Darüber hinaus erfordert das Merkmal "lusterregend" die Auslegung der Strafvorschriften des RachepornoG dahingehend, dass die Strafnormen neben dem Schutz individueller Interessen auch den Schutz gesellschaftlicher sexueller Sitten bezwecken. Die im Vergleich zu § 175 jStGB höhere Höchststrafandrohung des § 3 RachepornoG bestätigt diese Auslegung. Im Zuge dieser Auslegung wird allerdings das Schutzobjekt des RachepornoG gleich-

zeitig zum Verbotsobjekt und erzeugt dadurch einen unlösbaren Widerspruch. Dass eine tatbestandsmäßige Bildaufnahme nicht ohne Einwilligung des Betroffenen im Netz zur Verbreitung angeboten werden darf, hängt nicht davon ab, ob das Bild obszön bzw. lusterregend ist. Wenn, auf der anderen Seite, ein lusterregendes Bild im Netz zur Verbreitung angeboten werden darf, dann hängt das nicht davon ab, ob der Betroffene darin eingewilligt hat. Das Gesetz geht in beiden Richtungen nur den halben Weg.

Angesichts der Realität im Internet könnte man zwar von einer Krise zumindest des Rechts am eigenen Bild, insbesondere bezüglich sexueller Abbildungen, sprechen. Es besteht allerdings die Gefahr, dass das RachepornoG zur Beseitigung dieser Krise, d.h. zum Schutz des Persönlichkeitsrechts nicht oder zumindest nicht effizient genug funktionieren wird. Das Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung der Verbreitung privater intimer Bilddaten im Netz bedarf letztendlich sowohl hinsichtlich seiner praktischen Anwendbarkeit als auch wegen des angesprochenen Wertungswiderspruchs zumindest einer gründlichen Überarbeitung. Es müsste jedenfalls das Merkmal „lusterregend“ gestrichen werden.

Risikoreiche Autorennen auf öffentlichen Straßen mit tödlichen Folgen im Visier des Strafrechts

Rudolf Rengier*

I. Einleitung

In Deutschland hat es in den letzten Jahren zunehmende Berichte über illegale Autorennen und damit zusammenhängende tödliche Unfälle gegeben. Es existiert offenbar eine sogenannte Raser-Szene, über deren Größenordnung freilich nicht allzu viel bekannt ist. Immerhin sind im Jahre 2015 im Landkreis Konstanz 39 Anzeigen und in Nordrhein-Westfalen 230 Anzeigen wegen illegaler Autorennen erstattet worden.[1] Erst am 13. Oktober 2017 ist mit § 315d dStGB ein neuer Straftatbestand mit dem Titel „Verbotene Kraftfahrzeugrennen" in Kraft getreten. Auf diesen Tatbestand wird zurückzukommen sein. Wie es dazu kam und warum der Gesetzgeber Handlungsbedarf gesehen hat, hängt mit mehreren aufsehenerregenden Fällen zusammen. Der spektakulärste ist der „Berliner Fall".

II. Der „Berliner Fall"[2]

Sachverhalt: Die Fahrzeugführer H und N veranstalteten in der Berliner Innenstadt Anfang Februar 2016 kurz nach Mitternacht ein Wettrennen mit Geschwindigkeiten um 150 km/h. Zwei Fußgänger, die gerade die Fahrbahn überqueren wollten, sprangen hinter das Geländer eines U-Bahn-Eingangs zurück, um nicht von einem Fahrzeug erfasst zu werden. Nach dem letzten von mehreren Rotlichtverstößen kollidierte H, zirka 140 km/h rasend, mit einem ordnungsgemäß bei „grün" querenden Autofahrer und verletzte ihn dadurch tödlich. Der Kopf eines Fußgängers wurde von vorüberfliegenden Fahrzeug-

---

* Prof. em. Dr. Rudolf Rengier, Universität Konstanz

1 Hierzu *Eisele*, Lebensgefährliches Verhalten im Straßenverkehr, KriPoZ 2018, 32.

2 BGH NJW 2018, 1621; LG Berlin NStZ 2017, 471; *Rengier*, Strafrecht AT, 11. Aufl. 2019, §14 Rn. 30a.

teilen nur um wenige Zentimeter verfehlt. Weitere Folgen: H prallte gegen das Fahrzeug des N, das wiederum gegen eine Fußgängerampel geschleudert wurde und diese fällte. Die Beifahrerin des N erlitt erhebliche Verletzungen. Mit Blick auf die innere Einstellung stellte das LG Berlin fest, dass H und N den Entschluss gefasst hatten, möglichst schnell und als erster ein bestimmtes Kaufhaus zu erreichen und alle Verkehrsregeln außer Acht zu lassen. Die körperliche Schädigung anderer sei ihnen gleichgültig gewesen, auch die Schädigung der Beifahrerin des N. Sie hätten alles dem Zufall überlassen, auch den Zusammenstoß im Kreuzungsbereich. Sie hätten gewusst, dass im Verlaufe des Rennens jederzeit mit querenden Fußgängern und Fahrzeugen zu rechnen und ihr riskanter Verkehrsstil für andere Verkehrsteilnehmer höchst gefährlich gewesen sei.

Unwillkürlich fragt man sich, wie es dazu kommen kann, dass zwei Fahrzeugführer tatsächlich mitten in der Berliner Innenstadt – die auch nach Mitternacht immer noch belebt war – ein solch wahnsinniges und extrem gefährliches Rennen durchführen können. Das LG Berlin gewann die Überzeugung, dass die beiden Raser mit Tötungsvorsatz handelten und verurteilte sie spektakulär wegen Mordes zu lebenslanger Freiheitsstrafe; denn es bejahte neben dem Tötungsvorsatz auch das Mordmerkmal „mit gemeingefährlichen Mitteln". Das Urteil hat in der Öffentlichkeit und Politik viel Beifall gefunden, und dafür kann man auch ein gewisses Verständnis aufbringen. Als Strafrechtler habe aber nicht nur ich mich von Anfang an gefragt, wie der Tötungsvorsatz begründet werden soll. Die Annahme, dass die beiden rasenden Fahrer bei einer Geschwindigkeit von weit über 100 km/h einen Zusammenstoß mit einem querenden Autofahrer in Kauf genommen haben, beinhaltet zugleich die Aussage, dass sie sich gleichermaßen damit abgefunden haben, selbst in Lebensgefahr gebracht zu werden und einen Totalschaden ihrer geliebten Fahrzeuge hinzunehmen. Auch vor diesem Hintergrund hat der Bundesgerichtshof, für mich nicht überraschend, die Verurteilung wegen mittäterschaftlichen Mordes zu Recht aufgehoben: Zwar gebe es keine Regel, wonach es einem Tötungsvorsatz entgegenstehe, dass mit der Vornahme einer fremdgefährdenden Handlung auch eine Eigengefährdung einhergehe. Indes kann „bei riskanten Verhaltensweisen im Straßenverkehr, die nicht von vornherein auf die Verletzung einer anderen Person oder die Herbeiführung eines Unfalls angelegt sind, … eine vom Täter als solche erkannte Eigengefährdung dafür sprechen, dass er auf einen guten Ausgang vertraut hat".[3]

Zwar hat das LG Berlin im zweiten, wiederum mit der Revision angefochtenen, Urteil (LG Berlin vom 26.03.2019 – 523 Ks 9/18) erneut den Tötungsvorsatz bejaht, doch stellt sich unverändert die Frage, wonach und

---

[3] BGH NJW 2018, 1621, 1623. Ebenso etwa *Walter*, Der vermeintliche Tötungsvorsatz von „Rasern", NJW 2017, 1350 f.; *Jäger*, Too Fast and Furious – Die Todesraser vom Kurfürstendamm, JA 2017, 786, 788; *Grünewald*, JZ 2017, 1070 ff.; *Momsen*, Voluntatives Vorsatzelement und psychologisches Schuldmoment, KriPoZ 2018, 76, 85 ff.

wie hoch die beiden Fahrer bestraft werden können, wenn man den Tötungsvorsatz verneint. Die Antwort ist: Es kommt dann im Lichte des zum Tatzeitpunkt geltenden Strafrechts nur eine Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung (§ 222 dStGB) und Gefährdung des Straßenverkehrs nach § 315c Abs. 1 Nr. 2 dStGB in Betracht. Beide Straftatbestände drohen eine Höchststrafe von 5 Jahren Freiheitsstrafe an. Eine solche für den konkreten Fall nicht unbedingt angemessene, eher niedrige Höchststrafe erscheint unbefriedigend. Genau dieses niedrig erscheinende Strafmaß für bestimmte fahrlässige Tötungen als Folge von Straßenrennen hat den Gesetzgeber veranlasst, mit § 315d dStGB einen neuen Straftatbestand einzufügen, der als Höchststrafe eine Freiheitsstrafe von 10 Jahren vorsieht.

Der neue § 315d dStGB lautet:

> „(1) Wer im Straßenverkehr
> 1. ein nicht erlaubtes Kraftfahrzeugrennen ausrichtet oder durchführt,
> 2. als Kraftfahrzeugführer an einem nicht erlaubten Kraftfahrzeugrennen teilnimmt oder
> 3. sich als Kraftfahrzeugführer mit nicht angepasster Geschwindigkeit und grob verkehrswidrig und rücksichtslos fortbewegt, um eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen,
>
> wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
>
> (2) Wer in den Fällen des Absatzes 1 Nummer 2 oder 3 Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert gefährdet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
>
> (3) Der Versuch ist in den Fällen des Absatzes 1 Nummer 1 strafbar.
>
> (4) Wer in den Fällen des Absatzes 2 die Gefahr fahrlässig verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
>
> (5) Verursacht der Täter in den Fällen des Absatzes 2 durch die Tat den Tod oder eine schwere Gesundheitsschädigung eines anderen Menschen oder eine Gesundheitsschädigung einer großen Zahl von Menschen, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren.“

§ 315d Abs. 5 dStGB enthält ein erfolgsqualifiziertes Delikt, das für Kraftfahrzeugführer, die sich an illegalen Kraftfahrzeugrennen beteiligen, die eine Todesfolge nach sich ziehen, eine Freiheitsstrafe bis zu 10 Jahren vorsieht. Das erklärte Ziel des Gesetzgebers liegt darin, das Gefährdungspotenzial von hoch gefährlichen Kraftfahrzeugrennen insbesondere mit

Todesfolge über die Höchststrafe des § 222 dStGB hinausgehend bestrafen zu können.[4] In der Literatur wird mit Blick auf die Verneinung des Tötungsvorsatzes durch den Bundesgerichtshof im Berliner Fall auf den neuen § 315d Abs. 5 dStGB hingewiesen und dem Gesetzgeber bescheinigt, er habe die Schwierigkeiten beim Nachweis des Tötungsvorsatzes gesehen und ein erfolgsqualifiziertes Delikt mit einer Höchststrafe von 10 Jahren geschaffen. Das Urteil des Bundesgerichtshofs beweise, dass sich der Gesetzgeber richtig entschieden habe.[5]

Ich habe indes erhebliche Zweifel, ob im Berliner Fall wirklich § 315d Abs. 5 dStGB erfüllt ist.[6] Darauf wird zurückzukommen sein. Die Begründung dafür lässt sich leichter nachvollziehen, wenn wir in unsere Überlegungen zwei weitere Raser-Fälle einbeziehen, die im Gesetzgebungsverfahren eine zentrale Rolle gespielt haben.

III. Der „Kölner"- und „Bremer Fall"

Der „Kölner Fall":[7] Zwischen F und M kam es im April 2015 in Köln in Richtung Rheinterrassen zu einem Rennen, bei dem beide möglichst hohe Geschwindigkeiten erzielen und vor dem anderen am Ziel ankommen wollten. Ihnen war bewusst, dass ihre riskante Fahrweise geeignet war, andere Verkehrsteilnehmer zu gefährden und in einen Unfall – auch mit unbeteiligten Dritten – münden konnte. Sie vertrauten jedoch in Überschätzung ihrer Fähigkeiten als Fahrzeugführer darauf, es würde schon nichts passieren. Eine Zeugin erschrak, als F und M „Stoßstange an Stoßstange" und leicht versetzt an ihr „vorbeirauschten". Eine andere Zeugin bekam Angst und wähnte sich in großer Gefahr, weil sie auf dem Gehweg vor einer Linkskurve die Fahrzeuge wie einen Ball auf sich zujagen sah und befürchtete, die Fahrer könnten bei diesem Tempo die Kurve nicht mehr nehmen und sie überfahren. Doch geriet F erst in der Kurve ins Schleudern und deshalb auf die Gegenfahrbahn, überfuhr die Bordsteinkante und erfasste auf dem Radweg mit tödlichen Folgen eine Radfahrerin.

Der „Bremer Fall":[8] Mit seinem Motorrad fuhr A im Stadtgebiet von Bremen häufig mit Höchstgeschwindigkeiten, missachtete rote Ampelsignale und äußerte sich abfällig über andere Verkehrsteilnehmer. Im Juni 2016 beschleunigte er vor dem Tatgeschehen bei einer zulässigen Höchstgeschwin-

---

4 Bundestags-Drucksache 18/12964 S. 7.

5 *Jäger*, Too Fast and Furious – Die Todesraser vom Kurfürstendamm reloaded, JA 2018, 468 ff.

6 Natürlich können im konkreten Berliner Fall die Fahrer nicht nach dieser Vorschrift verurteilt werden, weil sie erst nach der Tat in Kraft getreten ist. Aber darauf kommt es hier nicht an.

7 BGH NJW 2017, 3011.

8 BGH NStZ-RR 2018, 154.

digkeit von 50 km/h bis auf 150 km/h und fuhr dann mit mindestens 97 km/h auf eine Ampel zu, die er bei diesem Tempo noch bei Gelblicht hätte passieren können. Von rechts kommend betrat aber ein Fußgänger, der das Rotlicht der Fußgängerampel missachtet hatte, die Fahrbahn. A leitete sofort eine Vollbremsung ein, konnte den Zusammenstoß mit dem Fußgänger aber nicht mehr vermeiden und tötete ihn dadurch.

Beginnen wir mit dem Bremer Fall, weil sich die Frage, welche Reichweite der neue § 315d Abs. 5 dStGB hat, anhand dieses Falles besonders gut verdeutlichen lässt. Zum Zeitpunkt der Tat gab es den neuen Straftatbestand noch nicht. Daher ist es hilfreich, zunächst einen Blick auf die Lösung nach der alten Rechtslage zu werfen:

Das Landgericht hat den Motorradfahrer A zu einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren und 9 Monaten verurteilt, und zwar wegen fahrlässiger Tötung (§ 222 dStGB) und wegen Gefährdung des Straßenverkehrs in Form der Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination (§ 315c Abs. 1 Nr. 2d, Abs. 3 Nr. 1 dStGB). Mit der Revision erstrebte die Staatsanwaltschaft die Verurteilung wegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikts. Die Revision blieb erfolglos. Die Annahme, dass A letztlich darauf vertraut habe, dass es nicht zu einem Unfall kommen werde, stützte der Bundesgerichtshof insbesondere auf die erhebliche Eigengefährdung im Falle eines Unfallgeschehens, da gerade für einen Motorradfahrer ein Unfall mit der Gefahr eigener schwerer Verletzungen verbunden sei.

Was den vom Landgericht bejahten § 315c dStGB betrifft, so setzt er sich aus einem Handlungsteil und einem Gefährdungsteil zusammen. Den Handlungsteil, das zu schnelle Fahren an Straßeneinmündungen, hat M vorsätzlich verwirklicht. Im Gefährdungsteil setzt der objektive Tatbestand die Herbeiführung einer konkreten Gefahr für Leib oder Leben eines anderen Menschen voraus. Für die konkrete Gefahr ist eine akute Krisensituation mit einem Beinahe-Unfall erforderlich. Selbstverständlich hat der Motorradfahrer den getöteten Fußgänger zuvor einer konkreten Lebensgefahr ausgesetzt. Das Landgericht hat aber nicht einen entsprechenden Gefährdungsvorsatz bejaht. Denn die Bejahung eines solchen Gefährdungsvorsatzes würde zugleich die Aussage implizieren, der Raser habe die konkrete Gefahr auch für sich selbst erkannt und sich damit abgefunden, gleichermaßen seine eigene Person und sein Fahrzeug in große Gefahr im Sinne eines Beinahe-Unfalles zu bringen. Vor diesem Hintergrund hat der Bundesgerichtshof die Annahme des Landgerichts, A habe nur fahrlässig die konkrete Gefahr herbeigeführt, gebilligt.

Wenden wir uns nun dem neuen todeserfolgsqualifizierten Delikt des § 315d Abs. 5 dStGB zu und fragen, ob im Bremer Fall A gemäß § 315d Abs. 5 dStGB hätte verurteilt werden können, wenn es die Vorschrift zum Tatzeitpunkt schon gegeben hätte. Dieses todeserfolgsqualifizierte Delikt setzt als Grunddelikt die Erfüllung des Absatzes 2 voraus. Die Struktur des Absatzes 2 ist der Struktur des § 315c dStGB nachgebildet. Im Handlungsteil wird die vorsätzliche Erfüllung des § 315d Abs. 1 Nr. 2 oder 3 dStGB voraus-

gesetzt. Bezüglich des Motorradfahrers ist Absatz 1 Nr. 3 erfüllt. Der „Bremer Fall“ hat nämlich den Ausschlag dafür gegeben, dass der Tatbestand auch auf den „Alleinraser“ ausgedehnt worden ist, der ein „Rennen sozusagen gegen sich selbst“ durchführt. Der Gefährdungsteil verlangt objektiv genauso wie § 315c dStGB die Herbeiführung einer konkreten Gefahr für Leib oder Leben. In eine solche Gefahr ist der getötete Fußgänger natürlich gebracht worden. Indes setzt der Tatbestand des § 315d Abs. 2 dStGB die vorsätzliche Herbeiführung der konkreten Gefahr voraus; Fahrlässigkeit genügt hier nicht, der Fahrlässigkeitsfall ist nur in § 315d Abs. 4 dStGB geregelt. Wie aber zuvor erläutert, haben im Motorrad-Raser-Fall sowohl das Landgericht als auch der Bundesgerichtshof nur eine fahrlässige Herbeiführung der konkreten Gefahr angenommen. Deshalb ist das Grunddelikt (§ 315d Abs. 2 dStGB) nicht erfüllt und damit scheidet im Bremer Fall auch die Anwendung der neuen Todeserfolgsqualifikation aus.

Man wundert sich schon: Ausgerechnet in dem Fall, der den Gesetzgeber mit motiviert hat, die Konstellation des Alleinrasers in den neuen § 315d dStGB einzubeziehen, ist das todeserfolgsqualifizierte Delikt nicht erfüllt.

Fälle wie der Kölner Fall können hinsichtlich des konkreten Gefährdungsvorsatzes anders liegen, weil bei einer Kollision mit einem Radfahrer und bei Beinahe-Unfällen mit Fußgängern auf Gehwegen die Wahrscheinlichkeit der Eigengefährdung erheblich geringer, freilich auch nicht ausgeschlossen ist. Keineswegs darf man in solchen Fällen mehr oder weniger unterstellen, der Raser habe sich um des Rennens willen mit konkreten Gefährdungen von Radfahrern oder Fußgängern an Leib oder Leben abgefunden. Dagegen spricht – angesichts der Nähe oder gar der Identität von Gefährdungs- und Verletzungsvorsatz – der dann auch im Raum stehende Vorwurf, man sei gleichermaßen mit der etwaigen Körperverletzung oder Todesfolge einverstanden gewesen. Vor diesem Hintergrund überrascht nicht die – auch vom Bundesgerichtshof nicht in Frage gestellte – Feststellung im Kölner Fall, die beiden Raser hätten in Überschätzung ihrer Fähigkeiten als Fahrzeugführer darauf vertraut, es werde schon nichts passieren.[9]

Damit erweist sich auch der im Gesetzgebungsverfahren immer wieder ins Blickfeld gerückte Kölner Fall als eine Konstellation, die vom todeserfolgsqualifizierten Delikt nicht erfasst wird.

Und wie sieht es schließlich mit der Anwendung des § 315d Abs. 5 dStGB im Berliner Fall aus? Blickt man auf den getöteten Autofahrer, der ordnungsgemäß bei grüner Ampel in die Kreuzung hineingefahren ist, so müsste den beiden Rasern vorgeworfen werden können, dass sie einen Beinahe-Unfall mit Autofahrern in Kauf genommen und dabei vorsätzliche Risiken gesetzt haben, die voraussehbar den Fahrer töten konnten. Das mag in diesem Fall, in dem das Landgericht sogar den Tötungsvorsatz (der natürlich den

---

[9] Vgl. BGH NJW 2017, 3011.

konkreten Gefährdungsvorsatz beinhaltet) bejaht hat, vielleicht einfacher als in anderen Fällen festzustellen sein. Aber man sollte sehen, dass in dem Grenzbereich zwischen Gefährdungs- und Verletzungsvorsatz die Bedenken, die der Bundesgerichtshof gegen die Bejahung des Tötungsvorsatzes geäußert hat, auch den Gefährdungsvorsatz in Frage stellen.[10] Gegen den Gefährdungsvorsatz spricht erneut der Eigengefährdungsaspekt. Denn ein Zusammenstoß bei so hoher Geschwindigkeit mit einem anderen Fahrzeug bringt zwangsläufig auch die Raser und ihr geliebtes Fahrzeug in große Gefahr. Der Gedanke, die Raser hätten sich um des Rennens willen gleichermaßen mit der konkreten Gefährdung ihrer körperlichen Unversehrtheit, ihres Lebens sowie ihres Eigentums abgefunden, liegt eher fern.

Im Kölner wie im Berliner Fall kann man, auch wenn sich hinsichtlich des getöteten Opfers ein Gefährdungsvorsatz nicht feststellen lässt, sich vorstellen, dass die Vorsatz-Vorsatz-Kombination des Grunddelikts (§ 315d Abs. 2 dStGB) erfüllt ist, weil der rasende Fahrzeugführer zuvor an einer anderen Stelle Leib oder Leben eines Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert vorsätzlich gefährdet hat. Beispielhaft verdeutlicht: Man nehme an, dass im Verlaufe des Rennens irgendein Passant vorsätzlich an Leib oder Leben oder ein parkendes Auto konkret gefährdet worden ist. Freilich stellt sich dann die Frage, wie der Zusammenhang zwischen dem Grunddelikt und erfolgsqualifizierten Delikt beschaffen sein muss. Insoweit wird verlangt, dass zwischen den beiden Teilen ein spezifischer Gefahrverwirklichungszusammenhang besteht: Im tödlichen Erfolg muss sich gerade die dem Grundtatbestand anhaftende eigentümliche („tatbestandsspezifische") Gefahr niederschlagen.[11] Im Lichte dieser Leitlinie stellt sich bezüglich § 315d Abs. 5 dStGB die Frage, welche „tatbestandsspezifischen" Gefahren dem Grundtatbestand des § 315d Abs. 2 dStGB anhaften. Diesbezüglich liegt, da sich das Grunddelikt aus zwei Vorsatzteilen zusammensetzt, die Annahme nahe, dass sich im qualifizierenden Erfolg sowohl die von der Handlung gesetzte vorsätzliche abstrakte Gefahr (Veranstaltung eines Rennens) als auch der vorsätzlich herbeigeführte konkrete Gefahrerfolg im insbesondere tödlichen Ausgang realisieren muss.

Demgegenüber könnte man überlegen, für den Gefahrverwirklichungszusammenhang nur den Handlungsteil ausschlaggebend sein zu lassen, also allein auf die abstrakten Gefahren abzustellen, die von der gefährlichen Raserei ausgehen. Freilich sieht sich eine solche Auslegung dem Einwand ausgesetzt, dass der Gesetzgeber den vorsätzlichen konkreten Gefährdungsteil ausdrücklich in das Grunddelikt aufgenommen hat. Im Wesentlichen liefe eine Interpretation, die bei der Todeserfolgsqualifikation

---

[10] Vgl. *Momsen*, KriPoZ 2018, 76, 85 ff. – Insoweit nicht überzeugend *Jäger*, Too Fast and Furious – Die Todesraser vom Kurfürstendamm reloaded, JA 2018, 468 ff., weil er den Schritt zu § 315d Abs. 5 StGB offenbar für unproblematisch hält.

[11] *Rengier*, Strafrecht BT II, 20. Aufl. 2019, § 16 Rn. 5; *Kindhäuser* spricht diesbezüglich vom Risikozusammenhang (LPK-StGB, § 251 Rn. 7 f.; Strafrecht BT I, 8. Aufl. 2017, § 10 Rn. 36).

ausschließlich an die Handlungsgefährlichkeit anknüpft, auf einen Tatbestand etwa der folgenden Art hinaus: „Wer sich an einem Rennen beteiligt und dadurch fahrlässig den Tod eines anderen Menschen herbeiführt, wird … bestraft." In der Tat gab es einen ersten Gesetzentwurf, der in diese Richtung ging.[12] Dieser Entwurf ist aber nicht Gesetz geworden; denn der geltende § 315d Abs. 2 dStGB verlangt auch die Herbeiführung eines vorsätzlichen konkreten Gefahrerfolgs. Und gerade dieser Gefahrerfolg muss sich richtigerweise auch im fahrlässig herbeigeführten Tötungserfolg widerspiegeln. Das heißt: Auf vorsätzlich herbeigeführte konkrete Gefährdungen eines Passanten oder eines fremden Kraftfahrzeugs, die mit dem späteren tödlichen Unfall in keinem inneren Zusammenhang stehen, kann der Schritt zur strafschärfenden Todeserfolgsqualifikation nicht gestützt werden.

IV. Fazit

Im Ergebnis ist festzuhalten: Der Gefahrverwirklichungszusammenhang zwischen § 315d Abs. 2 und Abs. 5 dStGB verlangt, dass sich im qualifizierenden Erfolg auch gerade der vorsätzlich herbeigeführte konkrete Gefahrerfolg niederschlägt. Dies und die erforderliche Feststellung des Gefährdungsvorsatzes schränken die Reichweite des § 315d Abs. 5 dStGB erheblich ein.[13]

Reformpolitisch wird man vielleicht andere Wege gehen müssen. Insoweit lohnt sich ein Blick auf das japanische Strafrecht. Dort gibt es seit 2001 einen Straftatbestand des gefährlichen Autofahrens mit Verletzungs- oder Todesfolge. Als gefährliche Fahrweisen werden ausdrücklich insbesondere genannt: Das Fahren im Zustand alkoholbedingter Fahruntüchtigkeit, das Fahren mit hoher und unkontrollierbarer Geschwindigkeit sowie das Überfahren einer roten Ampel mit einer besonders gefährdenden Geschwindigkeit.[14] Diese japanische Vorschrift verzichtet auf die Vorstufe einer vorsätzlichen konkreten Gefährdung und lässt sich darüber hinaus von dem Gedanken leiten, dass es nicht nur illegale Kraftfahrzeugrennen, sondern auch andere

---

[12] Bundestags-Drucksache 18/10145, S. 10.

[13] Ergänzend *Rengier*, BT II (Fn. 11), §44a Rn. 10 ff.; *Rengier*, Kraftfahrzeugsrennen mit Todesfolge und anderen schweren Folgen (§315d Abs. 5 StGB), Kindhäuser-Festschrift, 2019, S. 779 ff.

[14] Vgl. den früheren § 208a japStGB, der 2014 als § 2 in das neue japanische Straßenverkehrsstrafgesetz übernommen wurde. Dazu insbesondere *Kuzuhara*, Das neue japanische Straßenverkehrsstrafgesetz, in: *Rengier/Kim* (Hrsg.), Die Erträge und die Defizite der rechtsvergleichenden Forschungen, Vorträge des 6. Trilateralen deutsch-japanisch-koreanischen Seminars 2014 in Seoul, Konstanzer Online-Publikations-System (KOPS) 2015, S. 139 ff.; *Magata*, Zur Entwicklung des japanischen Strafrechts, in: *Hilgendorf* (Hrsg.), Ostasiatisches Strafrecht, 2008, S. 25, 38; *Ida*, Neuere Entwicklungen im japanischen Strafrecht im Lichte gesellschaftlicher Veränderungen, in: Festschrift für Claus Roxin, Band 2, 2011, S. 1609, 1612 f.; *Onagi*, Neuere Tendenzen der japanischen Strafrechtspflege mit besonderer Berücksichtigung des Opferschutzes, in: Festschrift für Imme Roxin, 2012, S. 803, 804 f.

besonders gefährliche Verhaltensweisen im Straßenverkehr gibt, die tödliche Gefahren in sich bergen. Diesen Gedanken aufgreifend könnte weiter erwogen werden, das erfolgsqualifizierte Straßenverkehrsdelikt auf die wenigstens leichtfertige Herbeiführung bestimmter schwerer Folgen zu beschränken. Denkbar wäre schließlich, zusätzlich oder auch alleine, die Einführung eines Straftatbestandes der leichtfertigen Tötung.[15]

Was das koreanische Strafrecht betrifft, so ist es mir leider nicht gelungen, Informationen zu sammeln, wie aus koreanischer Sicht risikoreiche Autorennen mit tödlichen Folgen zu bestrafen wären. Es würde mich sehr freuen, wenn sich in der Diskussion weiterführende Erkenntnisse ergäben.

---

[15] Vgl. hierzu *Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen, 1986, S. 291 f., 297 f.; *Mitsch*, Die Strafbarkeit illegaler Rennen de lege lata et ferenda, DAR 2017, 70, 73; *Rostalski*, Der (straf-)rechtliche Umgang mit illegalen Kraftfahrzeugrennen, GA 2017, 585, 593 ff.; *Momsen*, Voluntatives Vorsatzelement und psychologisches Schuldmoment, KriPoZ 2018, 76, 96; *T. Walter*, Der vermeintliche Tötungsvorsatz von Rasern, NJW 2017, 1350, 1353.

"Das deutsche Arbeitsrecht im mehrfachen Umsturz der politischen Systeme und Ideologien" (1919, 1933, 1945/49 und 1990)

Bernd Rüthers*

Hypothese 1:

Gesetze und Rechtsanwendungsmethoden sind gesellschaftsbedingte, historische und weltanschauliche Produkte.

Die Bundesrepublik ist weitgehend aus wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und politischen Umwälzungen entstanden. Allein im vergangenen Jahrhundert hat Deutschland mindestens sieben solcher Verfassungsumbrüche erlebt: Kaiserreich – Weimarer Republik – NS-Regime – vier verschiedene Besatzungsmächte zwischen 1945 und 1949 – die Bundesrepublik alt – die DDR und 1989 die Wiedervereinigung mit der Integration der neuen Bundesrepublik in die Europäische Union.

Sie hat nach dem militärischen, ökonomischen, weltanschaulichen und sozialen Zusammenbruch eine Frühgeschichte erlebt, deren reale Rahmenbedingungen von den nachfolgenden Generationen kaum noch nachempfunden werden können. Das gilt auch für die Rekonstruktion von Justiz und Jurisprudenz im Arbeitsrecht. Eine vergleichbare Ausnahmelage ergab sich nach dem Ende der Sowjetunion und dem Zusammenbruch der „Diktatur des Proletariats“ im SED-Staat. Bewusst setze ich den engen, unlösbaren Zusammenhang von Recht und Weltanschauung, Recht und Politik sowie Recht und Ökonomie/ Sozialstruktur an den Anfang meines Bilanzversuches der Substanz und Methoden im deutschen Arbeitsrecht.

Jedes dieser politischen Systeme und ihre Rechtsordnungen beruhten auf einer eigenständigen Wertordnung. Ich nenne das die jeweils politisch etablierte, als gültig angesehene staatliche „Basisideologie“. Die Verknüpfung jeder Rechtsordnung mit ihrer Wertordnung bestimmt den Inhalt aller Teilrechtsgebiete und das Verhalten der staatsnahen Berufe, also besonders der Juristen.

Hypothese 2:

Nach jeder Verfassungswende versuchten die neuen Inhaber der Staatsmacht, durch eine sog. Rechtserneuerung ihre politischen Grundwerte und Regelungsziele möglichst umgehend dauerhaft normativ zu verankern und zu sichern.

Die Basisideologien des jeweiligen deutschen Systems waren grundverschieden, oft entgegengesetzt. Im Kaiserreich galt das Recht der konstitutionellen Monarchie, in der Weimarer Republik die absolute Mehrheitsherrschaft des Parlaments, im NS-Staat der absolute „Führerwille“ Hitlers, in den Besatzungsregimes der Wille der Besatzungsmächte, in der Bundesrepublik die „Grundrechtsdemokratie“, in der DDR die Diktatur der SED unter dem Banner der „Diktatur des Proletariats“ und in der wiedervereinigten Bundesrepublik die Integration in die Rechtsordnung der EU.

Hypothese 3:

Der Anfang des modernen deutschen Arbeitsrechts wurde im Kaiserreich durch die „erste industrielle Revolution“ ausgelöst, also durch den Übergang von der Manufaktur zur arbeitsteiligen industriellen Produktionsweise. Das führte zu staatsgefährdenden sozialen Klassengegensätzen. (Karl Marx).

Der Staat mußte eingreifen. Die Gesetzgebung Preußens und des Kaiserreiches begnügte sich mit Einzelgesetzen (Sozialversicherung) zu akuten Notständen im Arbeits- und Sozialleben.

Hypothese 4:

Der Zusammenbruch des Kaiserreiches und die zwei verlorenen Weltkriege hinterließen in Deutschland nach 1918 und 1945 extreme Katastrophenlagen von heute fast unvorstellbarem Ausmaß. Das Land war beide Male militärisch, ökonomisch, politisch und moralisch am Boden. Die individuelle und kollektive Existenz der Bevölkerung war bedroht. Der Umbau der gesamten Rechtsordnung und tiefgreifende Veränderungen im Arbeitsrecht waren die Folgen.

Es ging 1918, 1933 und 1945 darum, eine völlig neue Gesellschafts- und Staatsordnung aufzubauen. Das geschah 1919 in der Weimarer Verfassung und 1949 im Grundgesetz. Sie ordneten nicht nur den republikanisch-demokratischen Staatsaufbau, sondern auch die Arbeits- und Wirtschaftsverfassung neu. Die Weimarer Reichsverfassung gewährleistete die Vereinigungsfreiheit in Art. 159 WRV. Der Verfassungsgeber von 1949 entschied sich für die Aufnahme der Vereinigungs- und der Koalitionsfreiheit in die neue Bundesverfassung. Damit waren zugleich Einrichtungsgarantien für eine

staatsfreie Tarifautonomie und für tarifbezogene Arbeitskämpfe gewährleistet.[1]

Mit der Mitbestimmung der Arbeitnehmer durch die Einrichtung von Betriebsräten (Betriebsverfassungsgesetz) und der Gewerkschaften durch normativ wirkendende Tarifverträge der Tarifparteien wurde bereits 1920 für die Arbeitsverfassung das Grundmodell einer „sozialen Selbstverwaltung" der Arbeitsmarktparteien im Arbeitsleben verfassungsrechtlich verankert. Dieses Modell wurde durch die normative Vorgabe des „sozialen Rechtsstaates" in den Artikeln 20 und 28 im GG von 1949 zusätzlich geschützt.[2] Die „Preise am Arbeitsmarkt", also die Löhne und die materiellen Arbeitsbedingungen, werden in Deutschland „staatsfrei" von den Arbeitsmarktparteien geregelt.

Diese soziale Selbstverwaltung hat in Deutschland zu einem zu einem Sondermodell der Arbeitsmarktparteien und ihrer Beziehungen geführt. In den Katastrophenlagen nach den zwei verlorenen Weltkriegen hat es maßgeblich zum Wiederaufbau der ökonomischen, sozialen, psychologischen und politischen Trümmerlandschaft nach 1918 und 1945 beigetragen. Die am Arbeitsmarkt gestörte individuelle Privatautonomie wurde durch die Schaffung der Betriebsräte und starker Gewerkschaften auf der kollektiven Ebene wiederhergestellt.

Hypothese 5:

Dieses Modell der sozialstaatlich immer weiter ausgebauten und gewährleisteten Mitbestimmung der Arbeitnehmer ist ein wesentlicher und im internationalen Vergleich spezieller Bestandteil der deutschen Arbeits- und Wirtschaftsverfassung.

Die Mitbestimmung wirkt auf mehreren Ebenen. Im einzelnen Betrieb hat der Betriebsrat weitgehende Mitbestimmungsrechte, welche die formellen und materiellen Arbeitsbedingungen umfassen. Sie betreffen nicht nur soziale, sondern auch wirtschaftliche Angelegenheiten. Bei den größeren Unternehmen, vor allem den Kapitalgesellschaften, entsenden die Arbeitnehmer ihre Vertreter in die Leitungs- und Kontrollorgane.

---

* Prod. Dr. Bernd Rüthers, Universität Konstanz

1 Im Zuge der Notstandsgesetzgebung von 1968 wurde ausdrücklich ausgeschlossen, dass sich bestimmte Notstandsinstrumente gegen tarifbezogene Arbeitskämpfe richten Stephan Rixen: Art. 9, Rn. 9. In: Klaus Stern, Florian Becker (Hrsg.): Grundrechte – Kommentar Die Grundrechte des Grundgesetzes mit ihren europäischen Bezügen. 2. Auflage. Carl Heymanns Verlag, Köln.

2 Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland stellt in seinen Artikeln 20. Abs. 1 und 28 Abs. 1 fest, daß Deutschland ein sozialer. Rechtsstaat ist.

Darüber hinaus wirken die Gewerkschaften und Arbeitgeber auf vielen politischen Ebenen an der Willensbildung in den Parlamenten und Kommunen mit.

Dieses Modell der deutschen Mitbestimmung hat sich in den Verfassungsumbrüchen nach 1919 und nach 1945/1949 insgesamt bewährt und maßgeblich zur Stabilisierung sowohl der Weimarer Republik als auch der Bundesrepublik beigetragen. Das Zusammenwirken der mächtigen „sozialen Koalitionen“ hat in Deutschland zur Entwicklung einer spezifischen „Sozialpartnerschaft“ zwischen Unternehmen und Belegschaften sowie zwischen Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften geführt.

Die marxistische Theorie eines geschichtsnotwendigen „Klassenkampfes“ und einer erforderlichen Weltrevolution mit dem Ziel der „Diktatur des Proletariats“ wurde damit in der Praxis des Arbeitslebens unwirksam. Nur die Partei der „Linken“, hervorgegangen aus der alten SED der DDR, hielt in ihrem „Kommunistischen Forum“ noch eine Zeit lang an der Klassenkampftheorie fest.

Hypothese 6:

Die Globalisierung der internationalen Wirtschaftsbeziehungen hat die Interessenlagen in den nationalen Arbeitsbeziehungen noch einmal einschneidend verändert. Die früher „feindlichen“ Klassengegner (Arbeitnehmer, Gewerkschaften und die Arbeitgeber und ihre Verbände) haben in der digitalen Welt starke gemeinsame Inter-essen, den Erfolgsstatus der nationalen Wirtschaft im internationalen Wettbewerb zu verteidigen und zu mehren.

Das führte dazu, daß die vorhandenen Interessengegensätze der nationalen „Sozialpartner“ in der Regel möglichst einvernehmlich, also ohne vermeidbare Arbeitskampfverluste geregelt werden. Die ordnungspolitische Aufgabe der Staatengemeinschaften und der gesellschaftlichen Machtgruppen besteht jetzt darin, die Fehlentwicklungen der neuen internationalen Machtkonzentrationen (Digitalisierung, Datenmißbrauch, Google, Facebook etc.) offenzulegen und zu domestizieren.

Hypothese 7:

Das System der deutschen Mitbestimmung hat sich in den Verfassungsumbrüchen nach 1919 und nach 1945/1949 insgesamt bewährt und maßgeblich zur Stabilisierung sowohl der Weimarer Republik als auch der Bundesrepublik beigetragen. Die durch die Gesetzgebung und auch durch die Rechtsprechung ausgebauten Mitbestimmungsrechte im Betrieb und in den Leitungsorganen der größeren Kapitalgesellschaften verwandelten die Funktion der Betriebsräte und der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsräten in eine neue, eigentümerähnliche Rolle.

Dieser Wandel ergab neue Machtstrukturen und -positionen, zumal in den meisten Unternehmen Mitglieder des Betriebsrates zugleich als Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat gewählt wurden. Die Träger der Mitbestimmungsrechte wurden – zunächst unbemerkt – in den Bereichen, wo die gleichberechtigte Mitbestimmung eine zwingende Voraussetzung für unternehmerische Entscheidung war, der Sache nach zu „Mitunternehmern". diese verantwortungsvolle Führungsrolle der meist langjährigen Mitbestimmungsträger der Arbeitnehmerseite wird etwas unklar als „Co-Management-Funktion" bezeichnet.[3]

Das Sozialklima in vielen „Mitbestimmungsunternehmen" hat sich deutlich verändert. Die Rolle des Gesamtbetriebsratsvorsitzenden erreicht oder übersteigt in der Realität oft die Einfluß- und Gestaltungsmacht des „Arbeitsdirektors" nach dem Aktiengesetz. Ein Beispiel dafür bietet die VW AG. Dort darf diese Position seit Jahrzehnten – auch nach den Skandalen um die Hartz-Orgien und die Abgas-Affäre – nur auf Vorschlag der zuständigen Gewerkschaft (IG Metall) besetzt werden. Es kommt hinzu, daß die Vertreter der IG Metall bis ins Präsidium des Aufsichtsrates von diesen Skandalen, wie die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder angeblich nichts gewußt haben.

Ohne die Mitwirkung der führenden Arbeitnehmervertreter kann das mitbestimmte Unternehmen im Bereich der zwingenden Mitbestimmung nicht rechtswirksam handeln. Das führte in der Folge zu einer Reihe von juristischen und unternehmenspolitischen Problemen in der Regelung der Zuständigkeiten, Selbstverständnisse und Vergütungen für Aufsichtsräte und Betriebsratsmitglieder. Dabei sind auch Krisen und Korruptionsfälle der Mitbestimmungsträger aufgetreten

Die Beziehungen und Umgangsformen zwischen Betriebs- und Unternehmensleitungen, Betriebsräten und Gewerkschaften müssen neu überdacht und geordnet werden. Bis heute ist die unzureichende gesetzliche Regelung der Frage der angemessenen „Vergütung der Aufsichtsräte und Betriebsräte" nicht befriedigend geklärt und gesetzlich geregelt.[4] Einige Skandale und Mißbräuche in deutschen Großunternehmen (Siemens AG, VW AG) haben das Vertrauen in die positiven Erfahrungen mit dem deutschen Mitbestimmungsystem nachhaltig überschattet.

Hypothese 8:

Die ökonomischen, gesellschaftlichen und politischen Strukturen seit dem Erlaß der maßgeblichen Mitbestimmungsgesetze (Montan-Mitbestim-

---

[3] Vgl. näher K. Uffmann, Vergütung der Aufsichtsräte und Betriebsräte, ZFA 2/2018, 225 (253).

[4] K. Uffmann, Vergütung der Aufsichtsräte und Betriebsräte, ZFA 2/2018, 225- 253.

mungsG 1951, BetrVG 1953 und 1972; Mitbestimmungsgesetz 1976), also nach 65 Jahren, haben sich erheblich verändert, nicht zuletzt durch bindende Vorschriften und Richtlinien der EU.

Die Zukunft der deutschen Unternehmensmitbestimmung hängt davon ab, ob und wie es gelingt, die teilweise überholten gesetzlichen Regelungen in geeigneter Weise zu modernisieren und mit dem europäischen Rechtsrahmen kompatibel umzugestalten.[5]

Hypothese 9:

Die deutsche Sozialgeschichte lehrt: Jede Staatsverfassung prägt eine ihr zugehörige Arbeits- und Wirtschaftsverfassung aus, die nach erfolgten Systemwechseln jeweils neu erstellt wird. Das geschieht nach Verfassungswechseln aus Zeitgründen überwiegend nicht durch die Gesetzgebung, sondern durch interpretative Umdeutungen der überkommenen Gesetze auf die neue staatlich etablierte Basisideologie seitens der Gerichte unter Anleitung wendefreudiger juristischer Autoren.

Die kodifikationsfeindliche Tradition wirkt in Deutschland bis heute. Alle Anläufe zu einem einheitlichen Arbeitsgesetzbuch in den genannten Verfassungsepochen sind, sieht man von zwei Gesetzbüchern in der DDR ab, immer wieder gescheitert. Der Grund dafür war hauptsächlich der Widerstand der mächtigen Verbände der Arbeitsmarktparteien, zuletzt vor allem der Arbeitgeber, deren Hauptgeschäftsführer auch die mehreren Entwürfe eines Arbeitsvertragsgesetzes[6] ausdrücklich verwarfen.

Das kennzeichnet eine spezifische, fast schon traditionelle Gefahrenlage unserer Verfassung: Wenn die „sozialen Koalitionen" in bestimmten Regelungsfragen Arm in Arm auftreten, bilden sie eine gefährliche verfassungspolitische Übermacht, ein bisweilen wirksames Regelungsverweigerungskartell[7].

Jüngst haben sie erfolgreich, versucht, den im Grundgesetz verankerten Wettbewerb konkurrierender Gewerkschaften in tariflichen Spannungslagen gesetzlich zu unterdrücken. Das widerspricht der individuellen und

---

[5] Vgl. dazu eingehend M. Henßler, Die Zukunft der deutschen Unternehmensmitbestimmung im europäischen Rechtsrahmen, ZFA 2/2018 174 ff. mit 14 Hypothesen S. 195-197.

[6] *Henssler/Preis*, Diskussionsentwurf eines AVG, Stand Nov. 2007, in: NZA Beilage 1/2007 (zu Heft 21/2007).

[7] Der Vorgang hat viele Vorläufer. Auch der gemeinsame Auftritt von DGB und BdA gegen die Entscheidung des *BAG* zur Frage der Tarifeinheit (*BAG,* NZA 2010, 1068) bewies das erneut. Beiden Verbandsoligopolen ging es darum, missliebige Konkurrenz in der Tarifpolitik auszuschließen. Sie versuchten daher, die Gesetzgebung zum Schutz ihrer Vorherrschaft zu einem Einschreiten zu drängen.

kollektiven Koalitionsgarantie des Art. 9 III 3 GG. Sie gilt auch für kleine und Spartengewerkschaften. Kartelle von Großverbänden der sozialen Gegenspieler schaden in der Regel dem Gemeinwohl. Ihnen geht es satzungsgemäß um die Erhaltung ihrer Oligopole.

Das spärliche gesetzliche Arbeitsrecht in Deutschland stammt aus verschiedenen Verfassungsepochen mit bisweilen gegensätzlichen Wertvorstellungen und Basisideologien. Das schließt zahlreiche Wertungswidersprüche und Gesetzeslücken ein.

Die Gerichte werden wegen der Gesetzeslücken im Arbeitsrecht zwangsweise zu zeitlich vorrangigen rechtspolitischen, normsetzenden Akteuren weit über das Normalmaß richterlicher Rechtsfortbildung hinaus. Sie sind im Wortsinn die „Lückenbüßer" der untätigen oder zögernden Gesetzgebung. So fühlten sich BAG und BGH, aber auch schon das Reichsgericht in Arbeitssachen berechtigt, fehlende oder „unpassende" Regelungen im BGB oder in anderen Kodifikationen durch eigene Normsetzungen zu ersetzen.[8]

Der gerade verstorbene Altmeister des deutschen Arbeitsrechts der Nachkriegszeit Franz Gamillscheg hat bereits1964 den inzwischen sprichwörtlichen Satz geprägt:

Hypothese 10:

„Das Richterrecht bleibt unser Schicksal."[9]

Angesichts der zögernden oder völlig untätigen Gesetzgebung und den vielfältigen Wertungswidersprüchen, Verwerfungen und Lücken in den Arbeitsgesetzen hat sich bei nicht wenigen Richtern der Arbeitsgerichtsbarkeit in den Jahrzehnten seit 1954 ein spezielles Rollenverständnis für die Notwendigkeit und Legitimität ihrer richterlichen Normsetzungen (Ersatzgesetzgebungen) herausgebildet.

Wolfgang Zöllner hat auf die Gestaltungsfreude der Präsidenten Nipperdey, Müller und Dieterich hingewiesen und das mit einer Chronologie der unter ihrer Regie vorgenommenen Rechtsfortbildungen belegt[10]. Diese Reihe ist unvollständig. In fast allen Senaten des BAG hat sich diese Tendenz durchgesetzt. Auch der wirkungsmächtige Vizepräsident des BAG Dirk Neumann (1986-1990) hat diesen Zusammenhang zwischen den Entschei-

---

[8] Beispiel: § 50 I ZPO, Parteifähigkeit der Gewerkschaften, *BGHZ* 50, 325 (329 ff.) = NJW 1968, 1830.

[9] Wegweisend: F. Gamillscheg, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP 164 (1964), 385 (445).

[10] *Zöllner*, in: Festschr. 50 Jahre BAG, 2004, S. 1395 (1404 ff.).

dern und ihren Entscheidungen klar gesehen[11]. Nicht zufällig ist der Eindruck entstanden, das BAG sehe sich selbst als den Garanten für eine selbstdefinierte „übergesetzliche“ soziale Gerechtigkeit[12]. Dieses richterliche Rollenverständnis hat inzwischen auch den BGH und andere oberste Bundesgerichte erreicht, nicht zuletzt das Bundesverfassungsgericht.

Hypothese 11:

Erhebliche Teile des geltenden deutschen Arbeitsrechts sind aus einem epochenbedingten Aufstand der Arbeitsgerichte gegen das fehlende oder als „unbillig“ angesehene Gesetzesrecht entstanden.

Ein Grund dafür war die dramatisch gestiegenen Veränderungsgeschwindigkeiten hochentwickelter postindustrieller Gesellschaften. Die Gesetzgebung kann nur regeln, was sie als regelungsbedürftig erkannt hat. Die gesellschaftliche Realität, die von der Regelung erfasst und geordnet werden soll, unterliegt den angedeuteten rasanten, nicht selten umwälzenden Veränderungsprozessen. Die von der Gesetzgebung angeschaute, reale Interessenlage hatte sich einschneidend gewandelt. Die neue Lage war der Gesetzgebung nicht bekannt. Sie kann also nicht geregelt sein. Das führt zu einer Vielzahl sekundärer Regelungslücken.

Ein zweiter Grund war der mit jedem Systemwechsel verbundene Wechsel der neuen systemspezifischen Grundwerte der Rechtsordnung. Das betraf in besonderer Weise das „systemrelevante“ Arbeitsrecht.

Ein weiteres Problemfeld der Rechtsanwendung im Arbeitsrecht ist die Vielfalt der Rechtsquellen, die das Arbeitsrecht regeln. Ich kann das nur andeuten. Ganz im Vordergrund steht die gesetzlich verankerte Normsetzungsmacht der Tarifparteien (heute: Art. 9 III GG i. V. m. dem TVG) und der Betriebsparteien (§ 77 BetrVG). Sie regeln im Rahmen ihrer Zuständigkeit eine Menge arbeitsrechtlicher Fragen mit normativer, gesetzesähnlicher Wirkung. Zu erwähnen ist ferner die Regelungsautonomie der christlichen Kirchen nach Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 WRV für ihre inneren Angelegenheiten. Sie erstreckt sich nach der Rechtsprechung des BVerfG auch auf erhebliche Teile des kirchlichen Arbeitsrechts.

Ein anderes, höchst aktuelles Problemfeld bilden die Einwirkungen internationaler und supranationaler Regelungen auf das deutsche Arbeitsrecht, vor allem der Einfluss des EU-Rechtes. Mehr als diese Andeutung ist angesichts der vielschichtigen methodischen Aspekte dieser umfangreichen Materie hier kaum zu leisten. Viele wertvolle Beiträge gerader junger Wissenschaftler zu diesen Fragen zeigen, dass wir hier vor der Erschließung eines

---

[11] *Neumann*, in: Festschr. f. Wiedemann, 2002, S. 367 (377, 381).

[12] *Zöllner* (o. Fußn. 8), S. 1395 (1403).

unbekannten Neulandes, nämlich der Entwicklung einer europäischen juristischen Methodenlehre stehen. Für die Klärung vieler, nicht selten überraschender und auch befremdlicher Entscheidungen des EuGHs scheint mir das eine überfällige und besonders lohnende Aufgabe zu sein.

Das Nebeneinander unterschiedlicher Normsetzer führt unvermeidbar zu vielfältigen Konkurrenzen, die nicht selten auch durch Machtinteressen der verschiedenen Instanzen (Staat/ Tarifparteien/Betriebsparteien; nationale/internationale Gesetzgebung und Rechtsprechung; BAG/BVerfG; BVerfG/ EuGH) beeinflusst und verschärft werden.

Die Sonderfaktoren im Arbeitsrecht sind:
Die Spärlichkeit und Unübersichtlichkeit des Flickenteppichs von Einzelgesetzen ohne einheitliches Konzept, die dramatische Veränderungsgeschwindigkeit der Regelungsmaterie und die Vielfalt der Rechtsquellen und die Konkurrenz der Normsetzer.

Am Beispiel des Arbeitsrechts wird eine generelle Tendenz deutlich:

Hypothese 12:

Der demokratische Rechtsstaat hat sich in einen „Richterstaat" verwandelt. Das ist keine Kritik, sondern eine schlichte Tatsachenfeststellung.[13]

Sie wird übrigens durch eine These des vormaligen Präsidenten des BGH Günter Hirsch über das Arbeitsrecht hinaus bestätigt. Er verkündete 2003 vor der Bucerius-Law-School: „Gesetz und Recht decken sich zwar in aller Regel, aber, wie die deutsche Vergangenheit gezeigt hat, ‚nicht notwendig und immer' (BVerfG). Im Konfliktfall hat der Richter seine Entscheidung am (überpositiven) Recht auszurichten; der Positivismus als bedingungsloser Gehorsam gegenüber dem Gesetz ist überwunden. … Es geht also nicht darum, was der Gesetzgeber – wer immer das sein mag – beim Erlass des Gesetzes gedacht hat, sondern darum, was er vernünftigerweise gedacht haben sollte". Hirsch bei anderer Gelegenheit: „Würde die wortgenaue Anwendung der Norm, dagegen zu ungerechten oder sachwidrigen Ergebnissen führen, ist das Feld für die Setzung von Richterrecht eröffnet".

Die subjektive Vernunft der Richter und ihre Rechtsvorstellungen, speziell die der letzten Instanzen, bestimmt nach dieser Methode, was Recht ist. Hirsch war, bevor er 2000 BGH-Präsident wurde, sechs Jahre Richter am EuGH. Dessen Rechtsprechungsmethoden im europäischen Arbeitsrecht, aber nicht nur dort, zeigen bisweilen ähnliche imperiale Anwandlungen. Hier zeigt sich die verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Dimension unseres

---

[13] B: Rüthers; Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat, Tübingen 2014.

Themas. Die Problematik wird verschärft durch eine sich steigende Tendenz in der deutschen Wissenschaft, die als überwunden geltende Freirechtsschule der Jahrhundertwende wieder zu beleben. Namhafte Kollegen wie W. Hassemer, D. Simon und R. Ogorek (eine neue juristische „Frankfurter Schule des „Freirechts"?) vertreten die Auffassung, die im Grundgesetz zweifach verankerte Gesetzesbindung der Gerichte sei ein unerfüllbarer Traum.

Hier wird die Brisanz des Themas der juristischen Methodenwahl augenfällig. Es geht um die Macht- und Kompetenzverteilung zwischen Gesetzgebung und Justiz. Moderne „Freirechtler" verkünden, die Gerichte seien bei der Rechtsanwendung in der Wahl ihrer Methoden frei. Diese These macht die Richter von Dienern der Gesetze zu Herren der Rechtsordnung. In der Demokratie sollte aber die bis dahin gültige Herrschaft von Menschen (Monarchen, Aristokraten, Oligarchen) soweit wie möglich durch die Herrschaft demokratisch verabschiedeter Gesetze abgelöst werden. Das Grundgesetz hat mit der Gewaltentrennung genau dieses Ziel. Wer die Gesetzesbindung generell als „unerfüllbaren Traum" bezeichnet, steht m. E. nicht auf dem Boden dieser Verfassung. Das hat ein Sondervotum von drei Bundesverfassungsrichtern des Zweiten Senats kürzlich in die Erinnerung des eigenen Gerichts gerufen. Es geht also im Kern um ein zentrales rechts- und verfassungspolitisches Thema. Das alles gilt auch und gerade im Arbeitsrecht. Es war und ist zu allen Zeiten eine besonders „zeitgeistoffene" Materie.

Die erst heimliche, inzwischen eher unheimliche Verwandlung des Rechtsstaates in einen Richterstaat erfordert eine grundlegend neue verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Neubesinnung. Der Richterstaat schließt, wenn die Gerichte sich von der Gesetzesbindung freimachen, etwa durch die vermeintliche Freiheit der Methodenwahl, das Risiko „entgrenzter Richterherrschaft" ein.[14] Es geht darum, die Grenzen der Richtermacht der letzten Gerichtsinstanzen (in Deutschland konkret der Bundesgerichte, des Bundesverfassungsgerichts, in Europa des EuGH, des EGMR…) neu zu überdenken. In einer funktionsfähigen Demokratie kommen als Wachter solcher Entwicklungen nur die unabhängige Wissenschaft und die kritischen Medien in Betracht, wenn sie ihre Aufgabe erkennen und wahrnehmen.

---

[14] Christoph Möllers, Christoph Schönberger, Matthias Jestaedt und Oliver Lepsius, Das entgrenzte Gericht - Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren, edition suhrkamp 2638, 2011.

Bezahlbarer Wohnraum in der Wohnungskrise in Koreaim Hinblick auf den Wohnrechtsschutz*

Do-Kook Lee**

I. Einführung

Hinsichtlich der Wohnungskrise ist eine gesetzliche Bestimmung insbesondere zum Schutz des Mieters erforderlich, die einen kontinuierlichen Anstieg der Miete, welche durch die chronische Wohnungsnot[1] begründet ist, eindämmen soll. In Korea, wo man üblicherweise eine hohe Kaution (sog. „Tschonsae-Geld“[2]) für ein Mietverhältnis über Wohnraum (insbesondere beim „schuldrechtlichen Tschonsae-Mietverhältnis“[3]) bezahlt, ist es von Bedeutung, einen drastischen Anstieg der Miete bzw. der Kaution einzuschränken. Um dem Bedürfnis der vernünftigen Mietbeschränkung zu Gunsten des Mieters auf dem Wohnungsmarkt gerecht zu werden, sind die Vorschriften der §§ 628 KBGB (das koreanische BGB)[4] und 7 KWMSchG (das koreanische Wohnraummietschutzgesetz)[5] eingeführt worden.[6] Es ist dennoch sehr fraglich, ob

---

[1] Der vorhandene Raum, sowie das vorhandene Land waren so begrenzt, dass es etwa schwierig war, Immobilien als Eigentum zu erwerben. Daher blieb dem Großteil der Bevölkerung nichts anderes übrig, als Immobilien anzumieten. Aus diesem Grund war es erforderlich, dass der Mieter, der auf dem Wohnmarkt wirtschaftlich betrachtet der Schwächere war (und ist), besser geschützt wird. Dieser Bedarf an Mieterschutz, der zu dieser Zeit neu aufkam, hat bis heute nicht an Wichtigkeit eingebüßt.

[2] Dies wird im zweiten Teil bei Fußnote 18 erläutert.

[3] Dies wird im zweiten Teil bei Fußnote 19 und Folgende erläutert.

[4] § 628 KBGB: Entspricht die vereinbarte Miete wegen der Erhöhung oder Minderung der öffentlichen Gebühren in Bezug auf die gemietete Wohnung oder wegen Änderung des wirtschaftlichen Zustandes dem gegenwärtigen Status in unangemessener Weise nicht mehr, so kann eine Vertragspartei gegenüber der anderen mit zukünftiger Wirkung die Erhöhung oder Minderung der Miete ausüben.

[5] § 7 KWMSchG: Eine Vertragspartei kann von der anderen mit Wirkung für die Zukunft die Erhöhung oder Minderung der Miete bzw. Kaution verlangen, wenn die vereinbarte Miete oder die Kaution wegen der Erhöhung oder Minderung der Steuern, öffentlicher Gebühren oder anderer Lasten in Bezug auf die gemietete Wohnung oder wegen der Änderung des wirtschaftlichen Zustandes dem gegenwärtigen Status in unangemessener Weise nicht

es gelungen war und ist, durch die Regelung einer Stabilisierung (insbesondere Begrenzung des Anstiegs) der Miete, den Mietmarkt in Korea erfolgreich zu kontrollieren.[7]

Dieses Manuskript gliedert sich hinsichtlich der Miete bzw. der Kaution zum Wohnraummieterschutz inhaltlich in drei Teile. Im ersten Teil wird die koreanische Situation des Wohnraummietrechts dargestellt. Danach wird hinsichtlich des Gesetzes die Ausübung der Erhöhung oder Minderung der Miete bzw. der Kaution nach dem KBGB und KWMSchG beschrieben. Im abschließenden dritten Teil beschäftigt sich diese Arbeit in seinem Fazit mit der Analyse und den Verbesserungsvorschlägen der Mieterhöhung.

II. Situation des Wohnraummietrechts in Korea

1. Wohnraum in der Praxis

In Korea, welches vor allem nach dem koreanischen Bürgerkrieg in Ruinen lag, versuchte die Regierung in den 60-70er Jahren durch politische Maßnahmen Voraussetzungen zu schaffen, die das Land schnellstmöglich industrialisieren sollte. Im Zuge dessen sind viele Bürger vom Land in die großen Städte gezogen, um sich am Wiederaufbau Koreas zu beteiligen, und um von der industriellen Entwicklung zu profitieren. Die Städte wurden immer größer, weshalb mehr Wohnraum benötigt wurde. Das Problem des Wohnraummangels war vorprogrammiert. Die damalige Regierung war bemüht, den Wohnraummangel zu bekämpfen, indem sie große Wohnblocks errichten ließ. Dennoch reichte diese Maßnahme nicht aus. Sie war ungenügend, wenn nicht sogar absolut unzulänglich, um das Knappheitsproblem zu lösen. Wer Wohnraum besaß und diesen am Markt zur Vermietung anbot, wollte naturgemäß eine höhere Miete bzw. Mietkaution erhalten, als sie viele Wohnraumsuchende bezahlen konnten. Viele Mieter mussten die erhöhte Miete allerdings wohl oder übel aufgrund der Wohnraumnot in Kauf nehmen.

Wie vorstehend angesprochen, wurde der Mieter aufgrund des absoluten Wohnraummangels benachteiligt. Heutzutage scheint das Problem des absoluten Wohnraummangels durch politische Entscheidungen und Maßnahmen der Regierung fast völlig obsolet geworden zu sein. So wurden unter anderem, um den Wohnraummangel zu beheben, neue Satellitenstädte ge-

---

mehr entspricht. Allerdings darf eine solche Erhöhung einen Prozentsatz nicht überschreiten, der durch Verordnung des Präsidenten (KEVWMSchG) festgesetzt wird.

6 Wie man sehen kann sind die beiden Bestimmungen hinsichtlich des Inhalts im Wesentlichen identisch, obwohl sie jeweils im KBGB und im KWMSchG geregelt worden sind. Die maßgebenden Unterschiede liegen darin, dass nur die Änderung der Miete in § 628 KBGB berücksichtigt worden und gem. § 8 Abs. 1 KEVWMSchG die prozentuale Beschränkung der Miete und der Kaution (also 5 % pro Jahr) in § 7 S. 2 KWMSchG vorgesehen ist.

7 Ebenso *Kim, Chin-Hyon*, Eine rechtsvergleichende Studie über die Probleme des koreanischen Wohnraummietsystems, Zivilrecht, Band 13-14, 1996, S. 431.

plant und errichtet, sowie eine große Zahl an Hochhäusern gebaut. Diese Situation hat sich noch nicht wesentlich verändert. Scheinbar deutlich wird das, wenn man die Zahlen der Wohnungsversorgungsquote mit eigenen Wohnungen betrachtet; laut des koreanischen statistischen Amtes lag im Jahr 2005 die gegenwärtige logistische Wohnungsversorgungsquote durchschnittlich bei 105.9 %, in den Hauptregionen jedoch bei 96.8 % und in Seoul bei 89.7 %.[8] Im Jahr 2010 lag die landesweite Quote bei 112.9 % und in Seoul bei 96.7 %;[9] im Jahr 2014 lag die Quote jener bei 118.1 % und 103.8 %.[10]

Die Zahlen müssen dennoch aufmerksam und kritisch betrachtet werden; im Gegensatz zu der Wohnungsversorgungsquote lag die landesweite Eigentumsquote der eigenen Wohnungen 2006 nur bei etwa 55.6 %, 2010 bei 54.3 %[11] und 2017 bei 57.7 %.[12] Das bedeutet, dass knapp die Hälfte aller Haushalte in Korea derzeit in Miete wohnen. In großen Städten wie Seoul, der Hauptstadt von Korea, in der etwa ein Fünftel der koreanischen Bevölkerung lebt, in Satellitenstädten in der Nähe von Seoul oder in anderen Großstädten der Provinzen bestehen nach wie vor soziale Probleme durch den akuten Wohnraummangel und der dadurch verursachten schwachen Position des Mieters.[13] Die Ursachen des tatsächlichen Wohnungsmangels sind zumeist Folgende: Eine Wohnung in Korea zu besitzen bedeutet nicht nur einen Wohnraum zum Leben zu haben, sondern es bedeutet auch, ein Investitionsobjekt zu besitzen, um spekulieren zu können. Daher versucht die Bevölkerung mit ausreichend Kapital insbesondere in den großen Städten wie Seoul trotz der Unterdrückungspolitik der Regierung, möglichst viele bzw. teure Wohnungen zu erwerben. Hierauf ist die extreme Steigerung der Immobilienpreise in den letzten Jahren zurückzuführen. Ferner ist der Verkehrspreis an diesen Orten im Allgemeinen für die durchschnittliche Bevölkerung immer noch zu hoch, um nur mit eigenen Mitteln ohne Darlehen von Banken, eine passende Wohnung zu erwerben. Daher müssen viele Personen unvermeidlich zur Miete wohnen. Weiter bevorzugen es viele Menschen in Korea in den größeren Städ-

---

8 Siehe der Wohnungsstatus 2005, Ministerium für Land-, Verkehrs- und Meeresangelegenheiten, http:// www.mltm.go.kr. [Zuletzt abgerufen am 20. Juni 2018]

9 Vgl. der Wohnungsstatus 2010, das koreanische Statistische Amt, http://kosis.kr/abroad/abroad_01List.jsp? parentID=H. [Zuletzt abgerufen am 20. Juni 2018]

10 Vgl. der Wohnungsstatus 2014, das koreanische Statistische Amt, http://kosis.kr/statisticsList/statisticsListIndex.do?menuId=M_01_01&vwcd=MT_ZTITLE&parmTabId=M_01_01#SelectStatsBoxDiv. [Zuletzt abgerufen am 20. Juni 2018]

Vgl. der Wohnungsstatus 2006 und 2010, das koreanische Statistische Amt, http://kosis.kr/abroad/abroad_01 List.jsp?parentID=H. [Zuletzt abgerufen am 20. Juni 2018]

12 http://kosis.kr/statisticsList/statisticsListIndex.do?menuId=M_01_01&vwcd=MT_ZTITLE&parmTabId=M_01_01#SelectStatsBoxDiv. [Zuletzt abgerufen am 20. Juni 2018]

13 Diese Statistiken wurden jedoch nur einfach durch die Zahl der Gesamtwohnungen und der Gesamthaushalte errechnet. Daher wurde im Fall der großen Städten wie Seoul vorausgesetzt, dass es eine große Anzahl an Menschen gibt, die keine Wohnung haben, weil es Personen gibt, die mehrere Wohnungen haben, welche sie jedoch nicht alle bewohnen.

ten zu leben, um dem Nachwuchs eine bessere Bildung zu ermöglichen und um einen höheren Lebensstandard zu genießen. Menschen, die in die Stadt ziehen, um dort zu arbeiten, haben geringe Chancen eine Wohnung als Eigentum zu erwerben. Sie müssen ebenfalls zur Miete wohnen. Zusammenfassend sollte ihre Rechtsstellung mithin umfassender und besser geschützt werden.

2. Das koreanische Mietrecht

Obwohl das koreanische BGB (KBGB) das Mietrecht bereits regelt, konnten die Wohnraumnot und die höheren Mieten nicht ausreichend überwacht werden, so dass am 05.03.1981 das koreanische „Wohnraummietschutzgesetz" (KWMSchG) erlassen wurde. Dieses Gesetz war nicht in das koreanische BGB eingegliedert worden und hatte nicht nur das Ziel, den ernsthaften Wohnungsmangel zu beheben, sondern auch den Mieter umfassender zu schützen.[14] Daher wurde das Wohnraummietschutzgesetz als besonderes Gesetz gegenüber dem KBGB in Fällen des Wohnraummietrechts bevorzugt angewandt. Seit jeher wurde das Gesetz vielmals geändert. Bei jeder dieser Gesetzesänderungen wurden Bestimmungen hinzugefügt, die den Mieterschutz stärken.

Um im Verlauf meines Manuskripts das koreanische Wohnraummietsystem besser zu verstehen, wird dieses zunächst kurz vorgestellt. In Korea gibt es zwei gesetzliche Möglichkeiten, zur „Miete" zu wohnen: Das „Tschonsae-Recht",[15] das als dingliches Nutzungsrecht dem Sachenrecht gem. §§ 303-319 KBGB zuzuordnen ist, und das „Mietrecht" als schuldrechtlicher Anspruch gem. §§ 618-654 KBGB bzw. gem. §§ 1-31 KWMSchG.

Das „Tschonsae-Recht" ist eine typische einzigartige Form eines dinglichen Nutzungsrechts in Korea.[16] Es erfordert die Eintragung im Grundbuch als Wirksamkeitsvoraussetzung.[17] Obwohl das Tschonsae-Recht den Tschonsae-Nehmer (ähnlich wie ein Mieter) gesetzlich besser schützt, wird das Tschonsae-Recht jedoch in Korea in der Praxis nicht häufig genutzt, da die Formalitäten der Eintragung umständlich sind; insbesondere ist es meist schwierig, eine Mitwirkung zur Eintragung durch den Tschonsae-Geber (dem Vermieter ähnlich) zu erhalten.

Zum anderen kann der Mieter dem Vermieter wie beim Tschonsae-Recht zu Beginn des Mietvertrags anstatt der üblichen monatlichen Miete

---

[14] Gem. § 1 KWMSchG ist der Zweck dieses Gesetzes, die Stabilität im Wohnleben der Bürger zu sichern, indem es spezielle Regelungen zum koreanischen BGB mit Blick auf das Mietverhältnis über Wohnraum bestimmt.

[15] Über den detaillierten Rechtsbegriff des Tschonsae-Rechts siehe *So, Jae-Seon*, Der soziale Schutz des Mieters von Wohnraum in der Republik Korea und in der Bundesrepublik Deutschland, LMU in München, 1992. S. 7 ff.; *Yoon, Dae-Sung*, Jeonse-Right (Tschonsae-Recht) and Unregistered Jeonse - A Legeslative Unified Study, Zivilrecht, Band 37, 2007, S. 345 ff.

[16] *Kim, Hyung-Bae*, Vorlesung der Zivilrechtswissenschaft, 4. Aufl., 2005, S. 524.

[17] Siehe *Yoon, Dae-Sung*, Jeonse-Right and Unregistered Jeonse - A Legeslative Unified Study, Zivilrecht, Band 37, 2007, S. 350 f.

einmalig etwa 60-80 % des Wohnungswertes als gesamte Miete (in gewisser Weise eine „Kaution"; der koreanische Begriff dafür ist „Tschonsae-Geld") zahlen.[18] Diese Art der Miete fällt gesetzlich unter das Mietrecht als Schuldrecht, obwohl sie ihrer Rechtsnatur nach eher dem Tschonsae-Recht ähnelt. Der wichtige Unterschied ist das Vorhandensein oder Fehlen einer Eintragung im Grundbuch. In Korea wird dieses sog. „schuldrechtliche Tschonsae-Mietverhältnis", das ähnlich wie der Wohnraummietvertrag funktioniert, als gewöhnliches Mietrecht verstanden.[19] Diese Art der Miete wird in Korea derzeit bevorzugt.[20] Sie ist vorteilhaft, weil sie in der Praxis einfacher umsetzbar ist als das Tschonsae-Recht. Dabei wird das Mietverhältnis entweder durch das KBGB oder das KWMSchG bestimmt.[21] Hinsichltlich des Rechtsstatus ist das schuldrechtliche Tschonsae-Mietrecht jedoch schwächer als das dingliche Tschonsae-Recht. Der Gesetzgeber versuchte daher durch das koreanische Wohnraummietschutzgesetz den rechtlichen Unterschied zwischen dem gewöhnlichen schuldrechtlichen Tschonsae-Mietverhältnis und dem rein sachenrechtlichen Tschonsae-Recht zu reduzieren.

Schuldrechtlich gibt es zwei weitere Formen, die Miete monatlich zu bezahlen. Zum einen gibt es die Möglichkeit, dass der Mieter die Miete wie in Deutschland monatlich bezahlt (also das sog. „typische reine Mietverhältnis").[22] Zum anderen besteht die Möglichkeit einer gemischten Form (also das sog. „Mietverhältnis mit variabler Kaution"); danach zahlt der Mieter neben der einmaligen Kaution, die auch wie beim schuldrechtlichen Tschonsae-Mietverhältnis ca. 40-70 % des Wohnungswertes beträgt, zusätzlich die monatliche Miete.

In der folgenden Arbeit ist das koreanische Mietrecht entsprechend dem schuldrechtlichen Tschonsae-Mietverhältnis zu verstehen.

---

[18] Dann wird die Mietsache, z. B. eine Wohnung oder ein Gebäude, dem Mieter überlassen. Nach Ablauf der Vertragsfrist zahlt der Vermieter dem Mieter die zu Beginn des Vertrags erhaltene Kaution (Tschonsae-Geld) wieder zurück und nimmt gleichzeitig die vermietete Sache wieder in Besitz. Der Mieter muss die Miete nicht monatlich bezahlen, da der Vermieter das Geld (siehe oben Tschonsae-Geld) anstelle der Miete z.B. als Zinsen verwenden kann. Darin besteht ein großer Unterschied zu dem reinen Mietvertrag.

[19] *Je, Cheol-Ung*, Über das Widerstandsrecht (Kauf bricht nicht Miete) nach § 3 Abs. 1 KWMSchG, The Law & Public Administration Review, Band 37, 2002, S. 115.

[20] *Kwon, Dae-Woo*, Mieterschutz im Wohnungsmietvertrag und Vorschläge zur Gesetzesreform, The Journal of Law, Rechtsinstitut an der Universität Han-Yang, Band 28, Nr. 4, 2011, S. 238 m. w. N. Laut des koreanischen Statistischen Amtes nutzen nur 1.97 % der Haushalte im Jahr 2010 auf dem Wohnungsmarkt das reine Mietverhältnis ohne Kaution. Das schuldrechtliche Tschonsae-Mietverhältnis und das Mietverhältnis mit variabler Kaution lagen demgegenüber jeweils bei 21.66 % und 18.16 %, siehe http://kosis.kr/abroad/abroad_01List. jsp?parentID=H. [zuletzt abgerufen am 20. Juni 2018]

[21] Nach § 12 KWMSchG ist dieses Gesetz auch auf das schuldrechtliche Tschonsae-Mietverhältnis anzuwenden.

[22] Früher wurde diese Zahlungsart der Miete im Mietverhältnis häufiger genutzt, derzeit verwenden Koreaner sie im Wohnraummietverhältnis immer weniger.

III. Änderung der Miete bzw. der Kaution beim koreanischen Wohnraummietverhältnis

1. Allgemeines

Der Mietvertrag ist ein typisches Dauerschuldverhältnis. Daher besteht die Möglichkeit, dass während dieses Mietverhältnisses die Miet- bzw. die Kautionszahlungen, die bei Abschluss des Mietvertrages vereinbart worden sind, beispielsweise wegen der Veränderung der wirtschaftlichen Lage nicht weiter fortgeführt werden können.[23] In diesem Fall ist es notwendig, die Entwicklung der Miet- bzw. Kautionshöhe zu steuern, da es nicht der Wirklichkeit entspricht, wenn der bei Vertragsschluss vereinbarte Betrag der Miete bzw. Kaution weiter beibehalten wird. Bei einer Erhöhung von Miete bzw. Kaution müssen allerdings strenge Vorgaben zum Schutz des Mieters gelten.

2. Voraussetzungen

Voraussetzung ist zunächst, dass im Prinzip die Verbindlichkeit des Mietvertrags nur während des Mietverhältnisses wirkt. Daher muss die Erhöhungs- oder Minderungsausübung der Miete bzw. der Kaution innerhalb der Vertragslaufzeit ausgeübt werden. Die Vorschrift des § 7 KWMSchG gilt nur, wenn eine der Parteien die Erhöhung oder Minderung der vereinbarten Miete während des Mietverhältnisses ausübt.[24] Dies ist allerdings nicht der Fall, wenn der Mietvertrag nach Ablauf des Mietverhältnisses wieder neu abgeschlossen wird oder die Miete sich dennoch bereits vor Ablauf des Mietverhältnisses durch eine Vereinbarung erhöht.[25]

Weiter kann gem. § 7 KWMSchG nach Abschluss des Mietvertrags bei Anstieg der Steuer, der Abgaben bzw. anderer Belastungen auf Wohnraum, sowie bei wesentlicher Veränderung der wirtschaftlichen Lage die Erhöhung oder Minderung der Miete bzw. der Kaution ausgeübt werden. Hierbei wird der Grund der Veränderung der wirtschaftlichen Lage nicht nur auf einen Anstieg der Steuer, der Abgaben und anderer Belastungen beschränkt, sondern erfasst auch sonstige Anlässe.[26] Daher ist es in der Regel beispielsweise als Veränderung der wirtschaftlichen Konjunktur zu verstehen, wenn der Wert des Grundstücks sich aufgrund umfangreicher Sanierung des Stadtviertels in kurzer Zeit um das Zwei- bis Dreifache erhöht.

---

[23] Kwak, Yun-Jik/*Min, Il-Young*, Kommentar des KBGB, Band 15, 2003, § 7 KWMSchG S. 259.

[24] KOGH 2002.06.28, 2002Da23482.

[25] KOGH 1993.12.07, 93Da30532; KOGH 2002.06.28, 2002Da23482.

[26] Vgl. Kwak, Yun-Jik/*Min, Il-Young*, Kommentar des KBGB, Band 15, 2003, § 7 KWMSchG S. 260.

Drittens kann die Situation eintreten, dass die bisherige Miete und Kaution nicht mehr angemessen ist. Vor dem Hintergrund der geänderten wirtschaftlichen Lage ist es nämlich nicht zumutbar, die Parteien durch die bisherige Miete bzw. die Kaution weiter zu binden, da dies gegen das Gerechtigkeitsempfinden verstoßen würde.[27] Fraglich ist jedoch, wann eine solche Unangemessenheit vorliegt. Da die Vorschrift des § 7 KWMSchG darüber schweigt, ist ein objektiver Maßstab anzuwenden. Bei der Prüfung der Unangemessenheit könnte insofern die „ortsübliche Miete"[28] ,wie in §§ 558 ff. DBGB (das deutsche BGB) geregelt, als maßgebende, vernünftige und nachvollziehbare Grundlage eine wichtige Rolle spielen. Allerdings existiert derzeit in Korea weder eine Mietdatenbank, noch ein qualifizierter Mietspiegel. Deren Einführung als gesetzliche Grundlage für die objektive Beurteilung der Unangemessenheit von Miete und Kaution ist m. E. unter dem Gesichtspunkt der Interessenabwägung auf dem Wohnungsmarkt in Betracht zu ziehen.

Zuletzt ist zu sagen, dass, um die Erhöhung oder Minderung der Miete bzw. Kaution gem. § 7 KWMSchG auszuüben, ein Sonderabkommen zwischen den Mietvertragsparteien, das während der Dauer des Mietverhältnisses einen Anstieg der Miete bzw. der Kaution verbietet, bei Vertragsschluss nicht bestehen darf. Obwohl dies in § 7 KWMSchG nicht ausdrücklich geregelt ist, wird es in der Regel nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit in der Literatur als Voraussetzung gem. § 7 KWMSchG anerkannt.[29] Grundsätzlich können die Vertragsparteien zwar eine solche Sondervereinbarung abschließen, in der Praxis kommt sie jedoch eher selten vor.[30] Wenn die Parteien bei Abschluss des Vertrags vereinbart haben, dass eine Mieterhöhung beispielsweise für 2 Jahre gegenüber dem Mieter nicht ausgeübt werden kann, so gilt § 7 KWMSchG nicht. Wenn umgekehrt eine Vereinbarung, ein Mietminderungsverlangen nicht auszuüben, abgeschlossen worden ist, ist dieses Abkommen gem. § 10 KWMSchG unwirksam, da es in der Regel für den Mieter nachteilig ist.

---

[27] Kwak, Yun-Jik/*Min, Il-Young*, Kommentar des KBGB, Band 15, 2003, § 7 KWMSchG S. 260-261.

[28] § 558 DBGB ist in gewisser Hinsicht die zentrale Vorschrift für Mieterhöhungen des Vermieters bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete. Damit hat der Vermieter eine Möglichkeit, die Zustimmung des Wohnraummieters zu einer Mieterhöhung unter Einhaltung der Vorschrift des § 558 DBGB zu verlangen, soweit eine höhere Miete innerhalb der Bandbreite der konkreten ortsüblichen Vergleichsmiete zulässig ist (BGH WuM 2005, 516, 517).

[29] *Kwak, Yun-Jik*, Schuldrecht BT, 2003, S. 217; *Lee, Eun-Young*, Schuldrecht BT, 2005, § 23 S. 420, 421; Kwak, Yun-Jik/*Min, Il-Young*, Kommentar des KBGB, Band 15, 2003, § 7 KWMSchG S. 261.

[30] Der Grund liegt dabei darin, dass der Vermieter bei Abschluss des Mietvertrags es meistens nicht will, die Miete bei einer Veränderung der wirtschaftlichen Konjunktur bestehen zu lassen.

3. Rechtsfolge

Die Ausübung des Rechts zur Erhöhung (oder Minderung) der Miete bzw. der Kaution des Vermieters oder Mieters wirkt nur für die Zukunft (ex nunc). Der Erhöhungszeitpunkt bestimmt sich hierbei nach dem Zeitpunkt, in dem die Mieterhöhung ausgeübt wird, nicht nach dem Zeitpunkt der Änderung der wirtschaftlichen Lage.[31]

Anzumerken ist, dass nach herrschender Meinung[32] und der Rechtsprechung[33] die Rechtsnatur der Erhöhungs- oder Minderungsausübung bezüglich der Miete bzw. der Kaution in Korea ein sog. Gestaltungsrecht ist, obschon eine solche Ausübung als Anspruch bezeichnet wird,[34] so dass die Vertragsparteien dies durch ein Gerichtsverfahren oder außerhalb des Gerichts ausüben können.[35] Die rechtliche Wirkung wird mithin durch eine einseitige Willenserklärung herbeigeführt. Wenn diese Willenserklärung von der anderen Partei empfangen wird, so erhöht oder mindert sich die Miete bzw. die Kaution sofort, ohne dass es der Annahme durch die andere Partei innerhalb des angemessen Rahmens bedarf.[36] Fraglich ist jedoch, ob das Verständnis der Ausübung des Rechts zur „Mieterhöhung des Vermieters" als Gestaltungsrecht im Hinblick auf den Zweck des KWMSchG und den Mieterschutz überzeugt: Wenn der Vermieter die Mieterhöhung gem. § 7 KWMSchG ausübt, so erhöht sich die Miete unabhängig von dem Willen des Mieters. Der Mieter kann hiergegen nichts einwenden; im Falle eines Rechtsstreits über die Erhöhung kann diese nur vom Gericht festgelegt werden. Hinsichtlich der kurzen Dauer des Mietverhältnisses[37] hat dieser Prozess für den Mieter in der Praxis keine bedeutenden Auswirkungen. Der Rechtsstreit entscheidet sich im Ge-

---

[31] Kim, Chung-Han/*Kim, Hak-Dong*, Schuldrecht BT, 2006, Rdn. 381; Kwak, Yun-Jik/*Min, Il-Young*, Kommentar des KBGB, Band 15, 2003, § 7 KWMSchG S. 261.

[32] *Lee, Eun-Young*, Schuldrecht BT, 2005, § 23 S. 422 m. w. N.; Kwak, Yun-Jik/*Min, Il-Young*, Kommentar des KBGB, Band 15, 2003, § 7 KWMSchG S. 263; Kim, Chung-Han/*Kim, Hak-Dong*, Schuldrecht BT, 2006, Rdn. 381; a. A. *Kim, Sang-Yong*, Schuldrecht BT, 2003, S. 328.

[33] KOGH 1974.08.30, 74Da1124.

[34] Im KBGB gibt es Vorschriften, deren Rechtsnatur nach herrschender Meinung und Rechtsprechung ein Gestaltungsrecht ist, obwohl sie hinsichtlich der Terminologie unter der Bezeichnung des „Anspruchs" geregelt wurden; z. B. Anspruch auf Teilung des Gegenstandes des Bruchteilseigentums gem. § 268 KBGB, Anspruch auf Kauf der Einrichtung, mit der der Mieter die Sache versehen hat gem. § 646 KBGB und Anspruch auf Mieterhöhung bzw. Mietminderung gem. § 628 KBGB usw.

[35] In dieser Arbeit werden §§ 628 KBGB und 7 KWMSchG nach herrschender Meinung und Rechtsprechung anstatt der Terminologie des Anspruchs als „Gestaltungsrecht" übersetzt, um Unklarheit zu vermeiden.

[36] KOGH 1974.08.30, 74Da1124; Kwak, Yun-Jik/*Min, Il-Young*, Kommentar des KBGB, Band 15, 2003, § 7 KWMSchG S. 263.

[37] In Korea ist es auf dem Wohnungsmarkt üblich, dass ein Wohnraummietverhältnis nur auf kurze Dauer (üblicherweise zwei Jahre) abgeschlossen wird.

gensatz zu dem Gesetzeszweck des KWMSchG lediglich zu Gunsten des Vermieters. Daher erscheint die Zustimmung des Mieters zum Erhöhungsverlangen im Sinne einer Neuregelung angebracht.[38]

Die Ausübung des Rechts zur Erhöhung oder Minderung der Miete bzw. der Kaution ist gem. § 7 S. 2 KWMSchG und § 8 der Einführungsverordnung zum KWMSchG (n. F. KEVWMSchG) hinsichtlich des Betrags und der Frist beschränkt. Die Minderung ist ohne besondere Beschränkung möglich,[39] da die Senkung der Miete nicht nachteilig für den Mieter ist. Bei einer Erhöhung darf sich die Miete bzw. die Kaution nach § 8 Abs. 1 und 2 KEVWMSchG jedoch jährlich nicht um mehr als 5 % erhöhen. Innerhalb von einem Jahr nach Vertragsabschluss oder nach der letzten Erhöhung der Miete bzw. der Kaution dürfen die Parteien die Miete bzw. die Kaution nicht weiter erhöhen. Grundsätzlich sollte die Vorschrift des § 7 S. 2 KWMSchG als Hauptregelung hinsichtlich des Gesetzeszweckes des Mieterhöhungsschutzes eine maßgebende Rolle spielen. Aber wie oben erwähnt gilt diese Vorschrift nicht, wenn der Mietvertrag nach Ablauf des Mietverhältnisses wieder „neu" abgeschlossen wird.[40] Dieser Punkt ist in der Tat der maßgebende Grund, weshalb der Gesetzeszweck des § 7 KWMSchG in Hinblick sowohl auf den Schutz vor einer Mieterhöhung, als auch auf den Bestandsschutz, nicht effektiv erreicht wird, da die Vorschrift eine Ausübung der Änderung der Miete bzw. Kaution lediglich „während des Mietverhältnisses" zulässt und dabei die Ausgangsmiete (bzw. Ausgangskaution) nicht in Betracht zieht.[41] Der Vermieter kann diese Regelung in der Praxis leicht umgehen.[42] Unter dem Gesichtspunkt des Mieterschutzes spielt diese Vorschrift mithin kaum eine Rolle, vielmehr wird sie als Instrument der Gesetzesumgehung ausgenutzt.

IV. Fazit: Analyse und Verbesserungsvorschlag

Da es in Korea derzeit üblich ist, bei Mietvertragsabschlüssen eine einmalige erhebliche Kaution nach dem schuldrechtlichen Tschonsae-Mietverhältnis (oder nach dem Mietverhältnis mit variabler Kaution) anstatt

---

38 Ebenso *Kim, Sang-Yong*, Schuldrecht BT, 2003, S. 328.

39 In Korea gibt es bisher keine Rechtsprechung des koreanischen Obersten Gerichtshofs über die Minderung der Miete bzw. der Kaution. Deswegen werden manche Fälle der Minderung durch Vermittlung durch das Gericht oder durch Vergleich aufgelöst.

40 KOGH 2002.06.28, 2002Da23482.

41 KOGH 1993.12.07, 93Da30532; KOGH 2002.06.28, 2002Da23482; siehe *Park, Kyong-Lyang*, Die Geschichte des koreanischen Wohnraummietschutzsystems und seine Verbesserung, Land Law Review, Band 24, Nr. 1, 2008, S. 218.

42 Wenn er die Verlängerung des Mietverhältnisses verweigert und von dem Mieter mit dem Ziel der Mieterhöhung zwangsweise einen neuen Mietvertrag verlangt, gilt § 7 KWMSchG nicht.

einer monatlichen Miete zu bezahlen und des Weiteren die gesamte Mietzeit in der Regel kürzer (meistens 2 Jahre) ist, ist das Interesse in Korea an dem schuldrechtlichen Tschonsae-Mietverhältnis im Vergleich zur deutschen Staffelmiete[43] bzw. Indexmiete gering.[44] In Deutschland vereinbaren die Mietvertragsparteien bei der Staffelmiete bzw. Indexmiete zu Beginn des Mietvertrages oder während des Mietverhältnisses eine zukünftig andauernde Miete.

Aus dieser rechtsvergleichenden Perspektive möchte ich die folgenden Vorschläge als Alternative zur Verbesserung dieser Probleme unter dem gesetzlichen bzw. rechtspolitischen Gesichtspunkt anbringen.

1. Bei Beschränkung der Miet- bzw. Kautionserhöhung

Es lassen sich zwei Gründe anführen, weshalb die Quote der Miet- bzw. Kautionserhöhung nach § 7 KWMSchG innerhalb eines Jahres auf maximal 5 % begrenzt wurde. Erstens, um eine ungerechtfertigte allzu hohe Mieterhöhung zu vermeiden, zweitens, um durch diesen Schutz dem wirtschaftlichen Interesse des Mieters eine Stabilität des Mietverhältnisses zu geben. Die 5 %-Beschränkung zur Mieterhöhung wirkt sich jedoch gegen den Normzweck als ein Nachteil für den Mieter aus. In der Ausführung verlängert der Vermieter die Mietvertragsdauer nach Ablauf des Mietverhältnisses nicht,[45] sondern verlangt einen neuen Mietvertragsabschluss mit erheblich erhöhter Miete als bisher, um die Vorschrift zu umgehen. Wenn der bisherige Mieter der neu geforderten Miete bzw. Kaution nicht zustimmt, ist es dem Vermieter rechtlich möglich, einen neuen Mieter zu suchen, der dem neuen Mietvertrag zustimmt. Der Vermieter kennt den Wohnraummangel schließlich sehr gut.[46] Deswegen könnte man urteilen, dass die Beschränkung der Miet- bzw. Kautionserhöhung auf 5 % keine wesentliche Bedeutung mehr hat.[47] Solche Probleme sind in Korea üblich. Bislang gibt es jedoch noch keine Verbesserung. Daher ist eine Ergänzung dringend notwendig, um dieses Problem

---

[43] Vereinbaren die Mietvertragsparteien eine Staffelmiete nach § 557 a DBGB, so wird für die Zukunft ein dynamischer Verlauf der Mietentwicklung unabhängig von der Entwicklung auf dem Mietmarkt festgelegt. Ohne weitere Erklärung des Vermieters oder Mieters tritt die Änderung der Miete mit bestimmtem Zeitablauf ein (MünchKomm/Artz, § 557 a Rdn. 3). Die zeitliche Beschränkung der Staffelmietvereinbarung auf zehn Jahre wurde entsprechend einer Anregung der „Expertenkommission Wohnungspolitik“ aufgegeben (MünchKomm/Artz, § 557 a Rdn. 1).

[44] Die Indexmiete ist eine variable Miete. Für Mietverhältnisse über Wohnraum ist sie geregelt in § 557 b DBGB. Sie orientiert sich an dem Niveau der gegenwärtigen Lebenshaltungskosten privater Haushalten.

[45] Es ist auf dem Wohnungsmarkt in Korea üblich, dass ein Wohnraummietvertrag mit der Dauer entweder für ein Jahr oder zwei Jahre abgeschlossen wird.

[46] Siehe *So, Jae-Seon*, Der soziale Schutz des Mieters von Wohnraum in der Republik Korea und in der Bundesrepublik Deutschland, LMU in München, 1992, S. 294.

[47] Siehe *Jang, Young-Hee/Park, Un-Chul/Choi, Yun-Kyoung*, Untersuchung der systematischen Verbesserung in der Wohnraummiete, Wohnungsforschung, Band 8, 2000, S. 103.

unter dem Gesichtspunkt der Stabilisierung der Miete zu lösen, da dies für die Wohnungsstabilität des Mieters unverzichtbar ist. Dabei ist m. E. die Regelung der deutschen sog. Kappungsgrenze, welche die ortsübliche Vergleichsmiete bei Erhöhungen innerhalb von drei Jahren auf nicht mehr als 20 % beschränkt, bzw. die sog. Mietpreisbremse,[48] nach der die Miete zu Beginn des Mietverhältnisses die ortsübliche Vergleichsmiete (§ 558 Abs. 2 DBGB) gem. § 556d Abs. 1 DBGB höchstens um 10 Prozent übersteigen darf, zu berücksichtigen, um den Mieter vor unangemessenen Mieterhöhungen besser zu schützen. So könnte beispielsweise die Mindestdauer um ein Jahr verlängert werden, um den Mieter vor allzu schnell aufeinander folgendem Mieterhöhungsverlangen des Vermieters zu schützen, z. B. alle zwei Jahre[49] auf 10 %.

Ferner könnte man auch eine politische Maßnahme in Betracht ziehen: Wenn der Vermieter mit dem Mieter den Mietvertrag neu verlängert hat und die Parteien dabei im Rahmen der Regelung des § 7 KWMSchG die Erhöhung der Miete bzw. der Kaution vereinbart haben, dann könnte beispielsweise die Steuer,[50] die der Vermieter als Eigentümer des vermieteten Wohnraums zahlen muss, durch eine neue Vorschrift gemildert werden, wenn er die obengenannte Tatsache beweist. M. E. könnte eine solche Maßnahme zu Gunsten des Mieters dazu führen, den Vermieter zu der Verlängerung des Mietvertrages statt zur Kündigung zu veranlassen.

2. Einführung des ortsüblichen Vergleichsmietensystems

Des Weiteren könnte unter dem Gesichtspunkt des Mieterhöhungsschutzes erörtert werden, den qualifizierten Mietspiegel oder die Mietdatenbank als ortsübliche Vergleichsmiete in das KBGB bzw. KWMSchG einzuführen.[51] Die Erhöhung oder Minderung der Miete bzw. Kaution sollte

---

[48] Mit der umgangssprachlich als Mietpreisbremse bezeichneten Regelung „zur Dämpfung des Mietanstiegs auf angespannten Wohnungsmärkten und zur Stärkung des Bestellerprinzips bei der Wohnungsvermittlung (Mietrechtsnovellierungsgesetz – MietNovG)“ verabschiedete der Bundestag am 5. März 2015 mit den Stimmen der Großen Koalition (CDU, CSU und SPD) und bei Enthaltung der Opposition erstmals wieder ein Gesetz, welches den Bundesländern die Möglichkeit einräumt, für alle Vermieter die verlangte Miete bei Neuvermietungen per Verordnung zu begrenzen (Große Koalition: Bundestag beschließt Mietpreisbremse. In: SPIEGEL ONLINE. am 8. März 2015). [Zuletzt abgerufen am 20. Juni 2018]

[49] Vgl. Entwurf des KBGB von dem Abgeordneten *Choi, Cheol-Kuk*, Koreanisches Parlament, 13.12.2004, Nr. 171153.

[50] Z. B. wie beim Mietverhältnis von Sozialwohnungen, dazu siehe *Hyun, Moo-Jun/Kim, Young-Woo/Moon, Young-Ki*, A Study on the Attraction from Multi-house Owner to Rental-housing Businessman, Housing Studies Review, Band 20, Nr. 1, 2012, S. 64 ff.

[51] Vgl. *Ko, Young-Nam*, The Limits of Housing Lease Protection Act as the Renunciation of Public Interests in the Housing Problems, Democratic Legal Studies, Band 23, 2003, S. 162; *Kwon, Dae-Woo*, Mieterschutz im Wohnungsmietvertrag und Vorschläge zur Gesetzesreform, The Journal of Law, Rechtsinstitut an der Universität Han-Yang, Band 28, Nr. 4, 2011, S. 253.

nur im Wege des qualifizierten Mietspiegels oder der Mietdatenbank vernünftigerweise und objektiverweise unter dem Gesichtspunkt der Interessenabwägung (insbesondere zu Gunsten des Wohnraummieters) beschränkt werden. Praktisch könnte man sich an den bereits jetzt in Korea existierenden Verkehrswertdatenbanken orientieren, die von staatlicher Stelle verwaltet werden. Über dieses Medium könnte auch die ortsübliche Vergleichsmiete online zugänglich gemacht werden.

Mein Recht oder Dein Recht? Das Internationale Privatrecht als Mittel zur Krisenbewältigung

Michael Stürner*

I. Problemstellung

Das Internationale Privatrecht regelt räumliche Kollisionen zwischen gleichrangigen Rechtsordnungen souveräner Staaten. Es kennt a priori keine bessere oder schlechtere Rechtsordnung. Auch das Recht eines undemokratischen Staates wird zur Anwendung berufen, wenn der Sachverhalt zu ihm die räumlich engste Verbindung aufweist. Politisch ist es im Ausgangspunkt damit nicht, und so fragt sich, wie sich dieser Teil des Rechts als Mittel zur Bewältigung von Krisen betrachten und instrumentalisieren lässt.

Dazu ist zunächst eine kurze Darstellung einiger Grundannahmen des klassischen Internationalen Privatrechts notwendig (unten II.). Doch gerieten diese in jüngerer Zeit verstärkt unter Kritik, dies zum einen gewissermaßen von innen, weil das IPR in seiner zunehmenden Komplexität von der Rechtspraxis nicht mehr verstanden wird (unten III.), so dass Gegenbewegungen notwendig erscheinen (unten IV.) und zum anderen, weil eine zunehmende Politisierung dieses Rechtsbereichs gefordert und auch umgesetzt wurde (unten V.). Letztere Tendenz möchte ich anhand von drei aktuellen Beispielen erläutern (unten VI.).

II. Das Internationale Privatrecht als Mittler zwischen Rechtswelten

Die eingangs beschriebene Sichtweise eines Internationalen Privatrechts als „Rechtsanwendungsrecht“ hat sich in Deutschland und vielen Teilen Europas seit gut 150 Jahren durchgesetzt. Zuvor lässt sich die Behandlung von Sachverhalten mit Auslandsbezug seit dem Hochmittelalter – stark vereinfachend – unter den Begriff der Statutentheorie fassen.[1] Man ging dabei nicht vom zu beurteilenden Sachverhalt aus, sondern vom jeweils in einem

---

* Prof. Dr. Michael Stürner, M. Jur. (Oxford), Universität Konstanz

[1] Zu ihr *von Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht Band I: Allgemeine Lehren, 2. Aufl. 2003, § 6 Rn. 10 ff.

Territorium geltenden Rechtsakt (dem statutum), und versuchte, dessen räumlichen Anwendungsbereich zu bestimmen. Hierzu wird die Einteilung in statuta personalia (Rechtsakte mit Geltung für alle Bewohner eines Territoriums), statuta realia (Rechtsakte mit Geltung für alle im Territorium belegenen unbeweglichen Sachen) und statuta mixta (Rechtsakte mit Geltung für Rechtshandlungen im Territorium) verwendet.[2] Vor allem in den Niederlanden hatte ab der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts die von *Ulricus Huber* geprägte Comitas-Lehre starken Einfluss.[3] Sie steht unter dem Souveränitätsbegriff *Bodinus*"[4] und sieht die Anwendung fremden Rechts lediglich als comitas gegenüber anderen Staaten, also als Höflichkeit oder Entgegenkommen.

Erst *Friedrich Carl von Savigny* kehrt von der Statutenlehre ab[5] und führt den Zentralbegriff des Rechtsverhältnisses ein – eine wahrhaft „kopernikanische Wende" im IPR.[6] Er geht von der Regel aus, dass jedes Rechtsverhältnis demjenigen Rechtsgebiet untersteht, „welchem dieses Rechtsverhältnis seiner eigenthümlichen Natur nach angehört oder unterworfen ist"[7], dort also, wo es „gleichsam seinen Sitz"[8] hat.[9] Dies führt dazu, dass „der Richter dasjenige örtliche Recht anzuwenden hat, dem das streitige Rechtsverhältniß angehört, ohne Unterschied, ob dieses örtliche Recht das einheimische Recht dieses Richters, oder das Recht eines fremden Staates sein mag"[10].

Savigny schränkt diese sehr liberale Grundhaltung allerdings sogleich wieder ein: „Dieser Grundsatz aber muß nunmehr beschränkt werden mit Rücksicht auf manche Arten von Gesetzen, deren besondere Natur einer so freien Behandlung der Rechtsgemeinschaft unter verschiedenen Staaten widerstrebt. Bei solchen Gesetzen wird der Richter das einheimische Recht ausschließender anzuwenden haben, als es jener Grundsatz gestattet, das fremde Recht dagegen unangewendet lassen müssen, auch wo jener Grundsatz die Anwendung rechtfertigen würde."[11] *Savigny* erkannte die Tragweite dieser Einschränkung: „Daraus entsteht eine Reihe von Ausnahmefällen wichtiger Art, deren Gränzen festzustellen vielleicht die schwierigste Aufgabe in dieser ganzen Lehre sein mag."[12]

Zwei Gruppen solcher Ausnahmefällen führte *Savigny* an: „A. Gesetze von streng positiver, zwingender Natur, die eben wegen dieser Natur zu jener

---

[2] Zur Entwicklung *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004, § 3 III 2.

[3] *Huber*, De conflictu legum, 1684.

[4] *Bodinus*, Six livres de la République, 1586.

[5] Fundamentalkritik an der Statutenlehre bereits bei *Wächter*, AcP 24 (1841), 230 und AcP 25 (1842), 1, 161, 361.

[6] So *Neuhaus*, Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts, 2. Aufl. 1976, S. 94.

[7] *Sayigny*, System des heutigen römischen Rechts, VIII, 1849, S. 28.

[8] *Sayigny*, System des heutigen römischen Rechts, VIII, 1849, S. 108, 118.

[9] Zur Entstehungsgeschichte *Seif*, RabelsZ 65 (2001) 492 (495 ff.).

[10] *Sayigny*, System des heutigen römischen Rechts, VIII, 1849, S. 32.

[11] *Sayigny*, System des heutigen römischen Rechts, VIII, 1849, S. 32.

[12] *Sayigny*, System des heutigen römischen Rechts, VIII, 1849, S. 32.

freien Behandlung, unabhängig von den Gränzen verschiedener Staaten, nicht geeignet sind", sowie „B. Rechtsinstitute eines fremden Staates, deren Dasein in dem unsrigen überhaupt nicht anerkannt ist, die also deswegen auf Rechtsschutz in unserm Staates keinen Anspruch haben".[13] Die erste Gruppe bezeichnen wir heute als sog. Eingriffsnormen. Für die zweite Gruppe der unbekannten Rechtsinstitute führte *Savigny* etwa die Sklaverei oder den bürgerlichen Tod an.[14] Dies kommt dem Gehalt des heutigen ordre public durchaus nahe, wonach die Verweisung in das fremde Recht insoweit nicht befolgt wird, als das Ergebnis der Anwendung fremden Rechts (und nicht dieses Recht selbst!) mit tragenden Grundsätzen des Gerichtsstaates offensichtlich unvereinbar wäre.

Sehr viele IPR-Systeme, darunter das deutsche, beruhen auf dem savignyanischen System.[15] Auch das moderne europäische Kollisionsrecht steht in *Savignys* Tradition. Es geht von der Gleichrangigkeit aller staatlichen Rechtsordnungen der Welt aus. Berufen wird das Recht desjenigen Staates, zu dem der Sachverhalt bzw. das Rechtsverhältnis die engste Verbindung aufweist. Die entsprechenden Anknüpfungsmerkmale sind räumlich-objektiv und damit im Ausgangspunkt neutral, so dass der internationale Entscheidungseinklang gefördert wird. Dadurch entsteht ein System der allseitigen Verweisungen. Grenzen markiert insbesondere der ordre public des Forumstaates.

III. Symptome einer Krise

In jüngerer Zeit werden vermehrt Symptome einer Krise der Disziplin ausgemacht. Das IPR hat sich – wie vielleicht kaum ein anderer Teil des Privatrechts – sehr eigenständig entwickelt und dabei terminologische wie dogmatische Besonderheiten herausgebildet, die vielfach nur noch von Spezialisten beherrscht werden. Häufig berufen sich Beobachter auf die Aussage von *William Prosser*, die in ihrer bildhaften Metaphorik ebenso übertrieben wie einprägsam ist:[16]

"The realm of the conflict of laws is a dismal swamp, filled with quaking quagmires, and inhabited by learned but eccentric professors who theorize about mysterious matters in a strange and incomprehensible jargon. The ordinary court, or lawyer, is quite lost when engulfed and entangled in it."

---

[13] *Sayigny*, System des heutigen römischen Rechts, VIII, 1849, S. 33.

[14] *Sayigny*, System des heutigen römischen Rechts, VIII, 1849, S. 37.

[15] Siehe *Nishitani*, in: Nishitani (Hrsg.), Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence?, 2017, S. 3, 7.

[16] *Prosser*, 51 Mich. L. Rev. 959, 971 (1953). In diesem Beitrag ging es *Prosser* um das anwendbare Recht bei Pressedelikten mit Bezug zu mehreren US-Bundesstaaten und damit um das US-amerikanische interlokale Kollisionsrecht.

Auch über 60 Jahre danach hat die Aussage nichts von ihrer Kraft verloren.[17] Während Kenner der Materie, die „learned but eccentric professors", überwiegend zur Verteidigung ihrer Disziplin schritten, und es unternahmen, *Prossers* Sumpf trockenzulegen oder zumindest zu erkunden,[18] findet sich der Rest der Juristenzunft bestätigt in dem (Vor-)Urteil, das man schon immer in Bezug auf das IPR hatte. Und in der Tat: Das IPR ist mittlerweile vielleicht noch komplexer geworden als Mitte des 20. Jahrhunderts, als *Prosser* seine Einschätzung publizierte. Das gilt insbesondere für die USA, wo die sogenannte „conflicts revolution" eine Methodenpluralität einführte, die herkömmliche Anknüpfungsprinzipien geradezu auf den Kopf stellte und faktisch eine recht freie Bestimmung des anwendbaren Rechts erlaubte.[19]

Aber auch in Europa hat sich die Disziplin sehr dynamisch weiterentwickelt, wenn auch auf stabileren Gleisen als jenseits des Atlantiks. Die einschlägigen EU-Verordnungen schaffen vielfach mehr Probleme als Lösungen; es besteht ein dichtes Regelungsnetz aus Kollisionsnormen völkerrechtlichen, unionalen und nationalen Ursprungs, die in unterschiedlichen Kontexten – teils parallel – Anwendung finden und wiederum von verschiedenen gerichtlichen Instanzen unter Zugrundelegung unterschiedlicher Methodik ausgelegt werden müssen.[20]

Die gerichtliche Praxis scheint mit dieser Vielfalt oftmals überfordert. Umso mehr müsste bereits in der Ausbildung auf die Vermittlung einschlägiger Kenntnisse geachtet werden. Dennoch zählen nur vergleichsweise wenige Bundesländer das IPR zum Pflichtfachbereich.[21]

Doch war diese nach dem oben Ausgeführten völlig richtige Weichenstellung akut bedroht: Ein von der Justizministerkonferenz im November 2014 eingesetzter Koordinierungsausschuss hatte in seinem Abschlussbericht zu „Harmonisierungsmöglichkeiten für die juristischen Prüfungen: Bewertung und Empfehlungen" vom Herbst 2016 vorgeschlagen, das IPR zusammen mit anderen Nebengebieten des Privatrechts wie dem AGG oder dem ProdHG zum Zwecke der Vereinheitlichung des curriculums aus dem Pflichtfachkanon zu streichen.[22] Nicht nur die Wissenschaft, sondern auch und

---

[17] Siehe etwa *Schaub*, JURA 2017, 611 unter Verweis auf *Leible*, ZVglRWiss 97 (1998), 286, 287.

[18] *Gottesman*, 80 GEO. L.J. 1 (1991); *Symeonides*, 47 L.A. L.Rev. 1029 (1987).

[19] Einen regelrechten "Methodeneklektizismus" beklagte etwa *Reppy*, 34 Mercer L. Rev. 645 (1983).

[20] *Michaels* spricht in Bezug auf die Rom-Verordnungen von einer „europäischen conflicts revolution", *Michaels*, 82 Tulane L. Rev. 1607 (2008).

[21] Dies sind insbesondere Baden-Württemberg (§ 8 Abs. 2 Nr. 5 JAPrO BW), Nordrhein-Westfalen (§ 11 Abs. 2 Nr. 2 JAG NRW), Rheinland-Pfalz (Anlage A I Nr. 7 zu § 1 Abs. 2 Nr. 1 JAPO RP) und Bremen (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 lit. f JAPG Bremen) sowie auch das Saarland (§ 8 Abs. 3 JAG Saarland) und Schleswig-Holstein (§ 3 Abs. 2 JAVO SH), wo die internationalen und europäischen Bezüge des Bürgerlichen Rechts auch Grundzüge des IPR umfassen.

[22] Siehe den Bericht des Ausschusses der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister zur Koordinierung der Juristenausbildung (KOA), Harmonisierungsmöglichkeiten für die juristischen Prüfungen: Bewertung und Empfehlungen – Herbst 2016, Teilbericht: Harmonisierung und Begrenzung des Pflichtstoffs, S. 44, abrufbar unter

gerade die Praxis äußerte teils massive Kritik.[23] Wie kaum ein anderes Fach steht das IPR als Querschnittsmaterie für Methodenkompetenz, und gerade nicht für Einzelwissen. Eine Streichung des IPR wäre angesichts der immer wieder angemahnten und postulierten Internationalisierung der Juristenausbildung[24] – deutlich vor allem der Bericht des Wissenschaftsrates von 2012[25] – geradezu ein Selbstwiderspruch. Das Gegenteil erscheint richtig: die verpflichtende Vermittlung von Grundkenntnissen des IPR, insbesondere in Gestalt der Rom I-VO und der Rom II-VO.[26] Dies lässt sich in einer zweistündigen Vorlesung in der Mittelphase des Studiums bewerkstelligen.

Richtigerweise wurde die Forderung der Streichung des IPR aus dem Pflichtfachkanon denn auch wieder zurückgenommen.[27] Diese begrüßenswerte Haltung wird zutreffend dahin präzisiert, dass im Wesentlichen die Verordnungen Rom I, Rom II und Brüssel Ia sowie die für deren Verständnis notwendigen allgemeinen Lehren zum Pflichtstoff zählen sollten. Leider entwertet der Koordinierungsausschuss diesen richtigen Schritt sogleich selbst, indem er die angesichts der vorgehenden Argumentation inhaltlich nur schwer nachvollziehbare Empfehlung ausspricht, es den Ländern freizustellen, ob sie das IPR in diesem Sinne zum Pflichtstoff hinzunehmen oder eben nicht. Viel ändern wird sich mithin nicht.

Richterinnen und Richter kommen mithin im Justizalltag vielfach zum ersten Mal mit dieser Materie in Berührung und müssen ohne Grundkenntnisse von Rechtsquellen und Kollisionsrechtsmethodik Sachverhalte mit Auslandsbezug entscheiden. Führt die einschlägige Anknüpfung gar zur Anwendung ausländischen Rechts, bietet § 293 ZPO dem Gericht zwar eine gewisse Erleichterung hinsichtlich der Ermittlung der einschlägigen Regeln, erlaubt aber – anders als etwa im Common Law – nicht die vollständige Über-

---

https://www.justiz.nrw.de/JM/schwerpunkte/juristenausbildung/bericht_ausschuss/KOA-Bericht_November_2016.pdf [zuletzt abgerufen am 27.11.2017].

23 *Mansel/von Hein*, NJW-aktuell 2016, 17 (Heft 27); *Mansel/von Hein/Weller*, JZ 2016, 855; Stellungnahme des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht, IPRax 2016, 619; *Schulze/Groß*, AnwBl 2016, 710; *Graf von Westphalen*, IWRZ 2016, 193, 194; *Pfeiffer*, IWRZ 2017, 3; *Baldus/Schmidt-Kessel*, GPR 2017, 2, 5 f.; *Schaub*, JURA 2017, 611; offener *Classen*, JZ 2016, 1051 f.; *Lege*, JZ 2017, 88.

24 Dazu auch *Stürner*, in: FS Müller-Graff, 2015, S. 1476.

25 Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen, Drucks. 2558-12 vom 9.11.2012.

26 In diese Richtung auch *Rühl/von Hein*, RabelsZ 79 (2015) 701, 750.

27 Siehe den Bericht des Koordinierungsausschusses „Harmonisierungsmöglichkeiten für die juristischen Prüfungen: Austausch mit den juristischen Fakultäten" vom November 2017, Teilbericht: Harmonisierung und Begrenzung des Pflichtstoffs, S. 46 ff., abrufbar unter https://www.justiz.nrw/JM/schwerpunkte/juristenausbildung/bericht_ausschuss/KOA-Bericht_November_2017.pdf [zuletzt abgerufen am 10.12.2017]. Die Justizministerkonferenz vom 9.11.2017 hat diesen Bericht als sachgerechte Grundlage für die Begrenzung des Pflichtfachstoffes angesehen (siehe https://jm.rlp.de/fileadmin/mjv/Jumiko/I.01_Harmonisierung_jur_Pruefungen_Bericht_Koordinierungsausschuss_ohne_Abstimmungsergebnis.pdf [zuletzt abgerufen am 10.11.2017]).

tragung auf die Parteien des Verfahrens. Vielfach wird die Einholung eines Rechtsgutachtens einen zwar zeit- und kostenintensiven aber doch im Ergebnis unvermeidbaren Weg darstellen. Das vielzitierte „Heimwärtsstreben“,[28] also der oft vorschnelle Rekurs auf das Recht des Forums,[29] dürfte seinen Grund auch in den Unwägbarkeiten haben, die die Kollisionsrechtsanwendung mit sich bringt.[30] Dabei gilt auch hier der Grundsatz iura novit curia;[31] die falsche oder gar unterbliebene Anwendung von IPR-Normen ist ein Rechtsfehler. Eine Anknüpfung kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nur dann offen bleiben, wenn das berufene ausländische Recht zum selben Ergebnis führt wie das deutsche.[32]

IV. Gleichlauf von Forum und ius als Ausweg?

Auch der Gesetzgeber hat erkannt, dass das Auseinanderfallen von forum und ius die Praxis vor nicht unerhebliche Probleme stellt. Nachdem Vorstöße aus der Wissenschaft, das IPR insgesamt als parteifakultativ anzusehen,[33] zu Recht kein Gehör gefunden haben,[34] bestünde ein probates Mittel darin, die Komplexität des IPR zu reduzieren und die Anwendung ausländischen Rechts auf wenige Sonderfälle zu beschränken. Ein solcher Gleichlauf von forum und ius wird im EU-Kollisionsrecht durchaus häufig verwirklicht.

---

[28] Der Begriff wurde bereits von *Nussbaum*, Deutsches Internationales Privatrecht, 1932, S. 43 verwendet. Aus der ausländischen Literatur zum selbstverständlich auch dort bekannten „homeward trend“ etwa *Fentiman*, Foreign Law in English Courts – Pleading, Proof and Choice of Law, 1998, S. 29 ff.

[29] Siehe dazu etwa *M. Stürner*, in: Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag, Band II, 2013, S. 1071.

[30] Dazu die rechtstatsächliche Untersuchung von *Stürner/Krauß*, Ausländisches Recht in deutschen Zivilverfahren, 2018.

[31] Siehe BGHZ 118, 151, 162; BGH NJW 1993, 2305, 2306; BGH NJW 1996, 54; BGH TranspR 2012, 110.

[32] BGH NJW-RR 2004, 308, 309. Bei Verbandsklagen im Wettbewerbsrecht hat der BGH allerdings verschiedentlich verlangt, dass sich der Kläger zumindest hilfsweise auf die Anwendung ausländischen Rechts beruft, vgl. BGHZ 113, 11, 16 – *Kauf im Ausland* oder BGH NJW 1998, 1227, 1228 – *Gewinnspiel im Ausland*. Ob an dieser Rechtsprechung festgehalten wird, hat der BGH selbst in beredter Weise offen gelassen: BGHZ 185, 66, 74.

[33] *Flessner*, RabelsZ 34 (1970), 547, 550; *ders.*, Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht, S. 59, 119 ff.; *ders.*, in: Liber Amicorum Pintens, 2012, S. 593. Ähnlich auch, allerdings mit Unterschieden im Einzelnen *Sturm*, in: Festschrift für Zweigert, 1981, S. 329; *Müller-Graff*, RabelsZ 48 (1984), 289; *Reichert-Facilides*, Fakultatives und zwingendes Kollisionsrecht, 1995; *G. Wagner*, ZEuP 1999, 6, 21 ff.; *Corneloup*, RabelsZ 78 (2014), 844, 852.

[34] *Lüderitz*, in: Festschrift für Kegel, 1977, S. 31; *Schurig*, Kollisionsnorm und Sachnorm, 1981, S. 343 ff.; *von Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht Band I: Allgemeine Lehren, 2. Aufl. 2003, § 5 Rn. 66 ff.; *Trautmann*, Europäisches Kollisionsrecht und ausländisches Recht im nationalen Zivilverfahren, 2011, S. 335; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 7. Aufl. 2017, Rn. 699 m.w.N.; *Stürner/Krauß*, Ausländisches Recht in deutschen Zivilverfahren, 2018, Rn. 459 ff.

Im Wesentlichen bestehen drei verschiedene Möglichkeiten, einen solchen Gleichlauf zu erreichen:[35]

Zunächst lässt sich ein Gleichlauf dadurch erreichen, dass eine internationale Zuständigkeit nur dann und auch nur insoweit besteht, als inländisches Recht anwendbar ist: Hier entscheidet das IPR über die Anknüpfung, die Zuständigkeitsfrage folgt unselbstständig. Diese Art der Nachrangigkeit der internationalen Zuständigkeit kommt heute recht selten vor.[36]

Umgekehrt kann das anwendbare Recht nachlaufend zur internationalen Zuständigkeit ausgestaltet werden. Somit ist die Gerichtspflichtigkeit das maßgebliche Kriterium, das IPR vollzieht diese Wertung nur nach. Dieser lex fori approach hat insbesondere in den USA Anhänger gefunden, so etwa in *Brainerd Currie*[37] oder auch *Albert Ehrenzweig*.[38] Dies hat prozessuale und materiellrechtliche Gründe. Zum einen hat die sog. conflicts revolution der 1960er das IPR sehr stark in den Dienst des eigenen Sachrechts gestellt. Das „Restatement (Second) of Conflict of Laws" von 1971 enthält im Ausgangspunkt eine Anknüpfung nach dem Prinzip der engsten Verbindung („most significant relationship").[39] Es dominiert hierbei jedoch ein interessengeleiteter, einzelfallorientierter Ansatz. Dieser „(governmental) interest approach" geht vor allem zurück auf *Brainerd Currie*.[40] Der Sache nach wird dabei der Vorbehalt des ordre public bedeutet deutlich stärker in die Grundanknüpfung integriert („affirmative use").[41] *Currie* formulierte rhetorisch: „Why not summon public policy from the reserves and place it in the front line where it belongs?"[42] Dies zeigt sich in der Grundanknüpfung (Choice-Of-Law Principles) in sec. 6 Restatement (Second) of Conflict of Laws: „[…] (2) When there is no [statutory directive of its own state on choice of law], the factors relevant to the choice of the applicable rule of law include (a) the needs of the interstate and international systems, (b) the relevant policies of the forum, […]." Damit einher geht indessen auch eine erhebliche Rechtsunsicherheit.[43] Die Haltung der Gerichte ist vielfach nicht vorhersehbar.

Zum anderen aber spielt das adversary system des Common Law eine Rolle. Sollte das IPR zur Entscheidung eines Rechtsstreits auf ausländisches Recht verweisen, so liegt es an den Parteien, sich auch hierauf zu berufen.

---

[35] Grundlegend dazu noch immer *Heldrich*, Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht, 1969, §§ 3-5.

[36] So ist die deutsche Rechtsprechung vor Inkrafttreten des FamFG in Nachlasssachen verfahren, s. etwa BayObLG NJW-RR 1991, 1098, 1099. Weitere Nachweise bei *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004, § 21 IV 6 (S. 1019).

[37] *Currie*, Selected Essays on the Conflict of Laws, 1963, S. 183 ff.

[38] *Ehrenzweig*, Private International Law, 1967, S. 62 ff.

[39] Sec. 6 Restatement (Second) of Conflict of Laws.

[40] *Currie*, Selected Essays on the Conflict of Laws, 1963, S. 76 ff. Zu den weiteren approaches etwa *Spickhoff*, Der ordre public im internationalen Privatrecht, 1989, 54 ff.

[41] S. etwa die Entscheidung des Supreme Court of *New Mexico, Torres v. State*, 894 P.2d 386, 390 (N.M. 1995).

[42] *Currie*, Selected Essays on the Conflict of Laws, 1963, S. 88.

[43] Dazu *Symeonides*, Private International Law, 2008, Rn. 220 ff.

Das Gericht betreibt insoweit – anders als in vielen Rechtsordnungen des Civil Law[44] – keine Amtsermittlung. Das ausländische Recht wird hier als Tatsachenfrage angesehen, so dass das IPR jedenfalls insoweit faktisch fakultativ ausgestaltet ist, als die Parteien dessen Anwendung durch den Vortrag ausländischen Rechts erst bewirken müssen. Eine Partei wird sich sehr genau überlegen, ob sich die durch die Berufung auf ausländisches Recht bewirkte Erhöhung des Prozessrisikos lohnt. Überdies gehen die Rechtsordnungen der Common Law vielfach von einer sog. presumption of similarity aus, wonach eine Vermutung dahin besteht, dass das ausländische Recht dem inländischen entspricht, solange nichts anderes dargelegt wurde. Diese Vermutung beruht auf der spezifischen Verwandtschaft der einzelnen Rechtsordnungen dieses Rechtskreises.

Schließlich kann der Gleichlauf auch über die Verwendung derselben Anknüpfungsmomente bei Normen der internationalen Zuständigkeit und des anwendbaren Rechts bewirkt werden. Letztes hat vor allem im europäischen Kollisionsrecht Verbreitung gefunden. So dient bei der EuErbVO das Anknüpfungskriterium des letzten gewöhnlichen Aufenthaltes des Erblassers sowohl zur Bestimmung der internationalen Zuständigkeit als auch des anwendbaren Rechts. Wie die EuErbVO selbst ausführt, sind „[d]ie Vorschriften dieser Verordnung […] so angelegt, dass sichergestellt wird, dass die mit der Erbsache befasste Behörde in den meisten Situationen ihr eigenes Recht anwendet“.[45] Mithin entfallen in aller Regel die aufwändige und mitunter zeitraubende Ermittlung und die fehleranfällige Anwendung ausländischen Rechts. Ausnahmen bestehen letztlich nur in wenigen Konstellationen, in denen dieser Gleichlauf durchbrochen ist,[46] also bei Rechtswahl des Erblassers, ohne dass für den nachfolgenden Nachlassprozess eine entsprechende Gerichtsstandsvereinbarung geschlossen worden wäre,[47] sowie bei subsidiärer Zuständigkeit oder Notzuständigkeit eines EU-Gerichts (Art. 10, 11 EuErbVO).

Ein solcher Gleichlauf von forum und ius findet sich der Sache auch in anderen Rechtsbereichen des EU-Kollisionsrecht,[48] auch wenn er hier nicht so deutlich ausgeprägt ist wie in der als convention double ausgestalteten EuErbVO. Er wird vom europäischen Kollisionsrecht auch insoweit begünstigt, als eine Rechtswahl zugunsten des Forums regelmäßig möglich ist, so explizit durch Art. 5 Abs. 1 lit. d Rom III-VO oder auch durch Art. 15 EuUnthVO iVm Art. 7 HUP. Erwägungsgrund Nr. 12 Rom I-VO begünstigt eine konkludente Rechtswahl zugunsten des forum prorogatum.[49] In Verbraucher-, Versiche-

---

[44] Für das deutsche Recht regelt dies § 293 ZPO; zu dessen praktischer Anwendung *Stürner/Krauß*, Ausländisches Recht in deutschen Zivilverfahren, 2018, Rn. 180 ff., 347 ff.

[45] ErwGr. 27 EuErbVO.

[46] S. *Stürner*, GPR 2014, 317, 319 ff.; dazu auch *Bajons*, Festschrift für Rüßmann, 2013, S. 751.

[47] *Looschelders*, Festschrift für von Hoffmann, 2011, S. 266, 282; *Dörner*, ZEV 2010, 221, 226.

[48] Siehe die Fallgruppen bei *J. Müller*, Die Behandlung ausländischen Rechts im Zivilverfahren, 2011, S. 63 ff.

[49] Dazu Rauscher/*v. Hein*, EuZPR/EuIPR, 4. Aufl. 2016, Rom I-VO Art. 3 Rn. 20 ff.

rungs- und Arbeitssachen führt bereits die objektive Anknüpfung regelmäßig zu einem Gleichlauf von forum und ius.

Die Rechtspraxis begrüßt diese Entwicklung durchaus. So hat eine rechtstatsächliche Untersuchung zur Anwendung ausländischen Rechts in deutschen Zivilverfahren im Zusammenhang mit Scheidungsverfahren ergeben, dass die Rom III-VO mit ihrer Anknüpfung an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten bei Einreichung des Scheidungsantrags (Art. 8 lit. a Rom III-VO) eine wesentliche Erleichterung gebracht habe.[50]

Eine generelle Übereinstimmung von internationaler Zuständigkeit und anwendbarem Recht erscheint indessen wenig sachgerecht. Als zu unterschiedlich erweist sich im Regelfall die jeweils bestehende Interessenlage. In Bezug auf die Eröffnung der internationalen Zuständigkeit dominieren Staatsinteressen, während bei der Frage des anwendbaren Rechts eher die Interessen der Parteien des Rechtsverhältnisses Beachtung finden sollten.[51] Auch die befragten Richterinnen und Richter wussten durchaus zwischen beiden Ebenen zu unterscheiden und sprachen sich nicht unbedingt für einen grundsätzlichen Gleichlauf aus, auch wenn dessen praktische Vorteile selbstverständlich gewürdigt wurden.[52]

V. Politisierung des Internationalen Privatrechts

Damit einher geht eine zweite Entwicklungslinie, die allgemein als Politisierung des Internationalen Privatrechts bezeichnet wird.[53] Die europäischen Verordnungen zum Kollisionsrecht nehmen im Ausgangspunkt – im Geiste *Savignys* – eine Einteilung der Rechtsverhältnisse in Gruppen oder Klassen vor, für die die jeweils passenden Anknüpfungsmerkmale nach dem Prinzip der engsten Verbindung festgelegt werden. Auf diese Weise erklärt sich etwa die Verweisung in das Recht des Lageortes für Verträge, die ein dingliches Recht an unbeweglichen Sachen zum Gegenstand haben (Art. 4 Abs. 1 lit. c Rom I-VO). Ohne solche näheren Konkretisierungen zeigt sich das Kriterium der engsten Verbindung in Ausweichklauseln, die an manchen Stellen für eine Auflockerung der Verweisungen sorgen (so etwa in Art. 4 Abs. 3, Art. 5 Abs. 3, Art. 8 Abs. 4 Rom I-VO oder Art. 4 Abs. 3 Rom II-VO).

Diese eher technische Beschreibung der Anknüpfungen des IPR vermag aber die Tatsache zu verdecken, dass handfeste rechtspolitische Interessen hinter fast jeder kollisionsrechtlichen Verweisung stehen. Die hehren Ziele

---

[50] *Stürner/Krauß*, Ausländisches Recht in deutschen Zivilverfahren, 2018, Rn. 470.

[51] Eingehend wiederum *Heldrich*, Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht, 1969, S. 102 ff., 129 ff.

[52] Siehe *Stürner/Krauß*, Ausländisches Recht in deutschen Zivilverfahren, 2018, Rn. 187, 419, 471. Dies stimmt mit der Einschätzung in der internationalen Rechtslehre überein, die einem Verweis auf die lex fori als Grundsatzanknüpfung jedenfalls außerhalb des Familien- und Erbrechts eher reserviert gegenüber steht, siehe *Nishitani*, in: Nishitani (Hrsg.), Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence?, 2017, S. 3, 43.

[53] Dazu etwa *Mankowski*, Interessenpolitik und europäisches Kollisionsrecht, 2011; *Muir Watt/Fernández Arroyo* (Hrsg.), Private International Law and Global Governance, 2015; *Gössl e.a.* (Hrsg.), Politik und Internationales Privatrecht, 2017.

der Neutralität des IPR und seiner vorgeblichen Ergebnisblindheit lassen sich besonders dann hochhalten, wenn bereits die Wahl des Anknüpfungspunktes dafür sorgt, dass die anwendbare Sachrechtsordnung zu einem akzeptablen Ergebnis führt. So sind besonders die auf vertragliche und außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbaren Rom I- und II-Verordnungen „Felder knallharter Interessenpolitik".[54]

Dies gilt insbesondere für die kollisionsrechtliche Parteiautonomie, also die Freiheit, das auf einen Vertrag anwendbare Sachrecht wählen zu dürfen. Vor allem Unternehmer haben im Zuge der Schaffung der Rom I-VO ihr großes Interesse an einer möglichst wenig eingeschränkten Freiheit in Bezug auf das anwendbare Recht durchzusetzen versucht. Das ist in großem Umfang gelungen, sieht man einmal von Verbraucherverträgen ab, für die Art. 6 Abs. 2 S. 2 Rom I-VO den bereits aus dem EVÜ bekannten Günstigkeitsvergleich beibehalten hat. Aber auch dies dürfte aus Unternehmersicht als Erfolg zu werten sein, wenn man sich den ursprünglichen Plan der Kommission vor Augen führt, die Rechtswahlfreiheit in Verträgen zwischen Unternehmern und Verbrauchern ganz abzuschaffen.[55]

Feststellen kann man damit ganz grundsätzlich eine „Politisierung" des IPR.[56] Die zentrale Frage nach dem richtigen Sitz des Rechtsverhältnisses ist je nach Interessenlage höchst unterschiedlich zu beantworten. Zu welcher Rechtsordnung die engste Verbindung besteht, liegt eben im Auge des Betrachters. Angesichts der auch innerhalb der EU durchaus erheblichen Unterschiede im jeweiligen Sachrecht kommt der kollisionsrechtlichen Verweisung entscheidende Bedeutung zu. So liegt es auf der Hand, dass Interessenpolitik bereits auf der Ebene des IPR ansetzen muss. Dass Interessengruppen das Kollisionsrecht mehr als früher als rechtspolitisches Betätigungsfeld entdeckt haben, mag an der zunehmenden Internationalisierung des Handels liegen oder aber auch schlicht daran, dass viele Bereiche des Kollisionsrechts noch vor nicht allzu langer Zeit nicht kodifiziert und in ihrer richterrechtlichen Ausprägung Lobbyarbeit weniger zugänglich waren als heute.

Die in der Rom I-VO enthaltenen objektiven Anknüpfungen zeigen teilweise recht deutliche Einflüsse bestimmter Interessengruppen, wie etwa der Finanzwirtschaft,[57] der Tourismusbranche, der Beförderungsindustrie und der Wohnungswirtschaft, die für sie günstige Sonderanknüpfungen durchsetzen konnten,[58] was verdeckten Subventionierungen gleichkommt. Auch die Medienindustrie hat ihre Fußabdrücke hinterlassen: Für die Haftung für Persönlichkeitsrechtsverletzungen wurde in Art. 1 Abs. 2 lit. g Rom II-VO eine Bereichsausnahme eingeführt, so dass diesbezüglich keine einheitliche europäische Kollisionsregel besteht. Hier vermochte „massives Lobbying der

---

[54] *Mankowski*, Interessenpolitik und europäisches Kollisionsrecht, 2011, S. 17.

[55] KOM(2005) 650 endg., dort Art. 5 des Vorschlags.

[56] *Mankowski*, Interessenpolitik und europäisches Kollisionsrecht, 2011, S. 82.

[57] *Mankowski*, Interessenpolitik und europäisches Kollisionsrecht, 2011, S. 45 ff.

[58] *Mankowski*, Interessenpolitik und europäisches Kollisionsrecht, 2011, S. 48 ff.

Medienindustrie“[59] eine Einigung zu verhindern. Nur am Rande anzumerken ist indessen, dass es sich angesichts der in vielen autonomen Kollisionsrechtssystemen vorherrschenden Erfolgsortanknüpfung dabei um einen Pyrrhussieg der Presseindustrie und allen voran der Fleet Street handelte.[60]

VI. Heimwärtsstreben als Mittel zur Krisenbewältigung

Ein solchermaßen politisches IPR dient denn auch als Mittel der Krisenbewältigung. Dies möchte ich anhand von drei Beispielen aus dem Bereich des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts illustrieren: den kollisionsrechtlichen Implikationen des Brexit (unten 1.), dem Verbot der sog. Kinderehen (unten 2.) und dem Diskriminierungsschutz bei Ehescheidungen (unten 3.).

1. Brexit

Der Austritt Großbritanniens aus der EU, der formell zum 29. März 2019 erfolgen wird, ist Ausdruck einer tiefgehenden Krise der EU. Erstmals findet eine Lockerung der Doktrin einer immer tiefergehenden Integration statt. Das IPR war hier indessen nicht Mittel zur Krisenbewältigung, sondern Leidtragender.

Die Konsequenzen des „Brexit“ auf dem Gebiet des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts sind vielfältig.[61] Nach einem Außerkrafttreten der Rom I-VO könnte für Großbritannien das EVÜ wieder zur Anwendung gelangen.[62] Derartige Abkommen bestehen jedoch in den anderen Bereichen des IPR nicht, sodass aus britischer Sicht Regeln des autonomen britischen Kollisionsrechts anzuwenden bzw. zu schaffen wären. Aus Sicht der EU-Staaten wäre jedoch weiterhin auch in Bezug auf Großbritannien, das wie ein Drittstaat zu behandeln sein würde, das allseitig ausgestaltete EU-Kollisionsrecht anzuwenden.

Das System der sog. Brüssel-Verordnungen, die eine einheitliche Zuständigkeitsordnung für alle EU-Staaten vorsehen, und überdies die gegenseitige Anerkennung von gerichtlichen Entscheidungen postulieren, würde außer Kraft treten. Es ist derzeit unklar, ob ein Ersatz an dessen Stellen treten würde (etwa LugÜ oder Haager Gerichtsstandsübereinkommen),

---

[59] *Mankowski*, Interessenpolitik und europäisches Kollisionsrecht, 2011, S. 79.

[60] S. *Mankowski*, Interessenpolitik und europäisches Kollisionsrecht, 2011, S. 79.

[61] Dazu *Basedow*, ZEuP 2016, 567; *Hess*, IPRax 2016, 409; *Dickinson*, JPrivIntL 12 (2016), 195; *Rühl*, EuZW 2016, 761; *Rühl*, JZ 2017, 72; *Lehmann/Zetzsche*, JZ 2017, 62; *Ungerer*, in Kramme/Baldus/Schmidt-Kessel (Hrsg.), Brexit und die juristischen Folgen, 2017, 297, 311 ff.; *Sonnentag*, Die Konsequenzen des Brexits für das Internationale Privat- und Zivilverfahrensrecht, 2017.

[62] Dafür *Dickinson*, JPrivIntL 12 (2016), 195, 204; *Ungerer*, in Kramme/Baldus/Schmidt-Kessel (Hrsg.), Brexit und die juristischen Folgen, 2017, 297, 311 ff.; *Lehmann/Zetzsche*, JZ 2017, 62, 64 f.; dagegen *Hess*, IPRax 2016, 409, 417; *Rühl*, JZ 2017, 72, 74 f., jeweils m.w.N.

oder ob das englische Recht nunmehr autonom die internationale Zuständigkeit regeln würde.

Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht dient dabei selbstverständlich nicht als Mittel zur Krisenbewältigung, vielmehr kann man davon ausgehen, dass es seinerseits eine Krise durchlaufen wird, da die gewohnten und bewährten Mechanismen der EU-Verordnung nicht mehr greifen. Doch hat der Brexit einen sicherlich nicht unerwünschten Nebeneffekt: Man wird fürderhin wieder auf zwei liebgewonnene Institute des Common law zurückgreifen können – die anti-suit injunction und die doctrine of forum non conveniens.

Bei der anti-suit injunction[63] handelt es sich um eine strafbewehrte einstweilige Anordnung, die Einleitung oder Weiterbetreibung eines Verfahrens vor einem ausländischen Gericht oder Schiedsgericht zu unterlassen. Im anglo-amerikanischen Rechtsraum ist dieses Instrument im Grundsatz anerkannt.[64] Das englische House of Lords entschied in einem vielbeachteten Urteil, dass die Statthaftigkeit einer Abwehrklage aus dem „right not to be sued abroad" des Anspruchsgegners folge.[65] Innerhalb des Europäischen Justizraums sind Abwehrklagen jedenfalls seit dem Urteil des EuGH in der Sache *Turner/Grovit*[66] generell als unzulässig anzusehen, da sie das Zuständigkeitssystem der Verordnung aushebeln und dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens in die verschiedenen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten zuwiderlaufen.[67] Nach einem Austritt Großbritanniens dürften Gerichte auf diese verfahrensunterstützende und den heimischen Gerichts- und Schiedsstandort stützende Maßnahme wieder zurückgreifen.

Nach der anglo-amerikanischen Lehre vom forum non conveniens können Gerichte trotz an sich bestehender internationaler Zuständigkeit eine Entscheidung verweigern, wenn die beabsichtigte Klage vor einem besser ge-

---

[63] Vgl. hierzu etwa *Ambrose*, (2003) 52 ICLQ 401; *de Lind van Wijngaarden-Maack*, IPRax 2003, 153; *Maack*, Englische antisuit injunctions im europäischen Zivilrechtsverkehr, 1999, S. 34 f.; *Ingenhoven*, Grenzüberschreitender Rechtsschutz durch englische Gerichte, 2001, S. 272 ff.; *Berti*, in FS Siehr, 2000, S. 33; *Hau*, IPRax 1996, 44.

[64] Im englischen Recht wird die anti-suit injunction auf sec. 37 (1) Supreme Court Act 1981 gestützt. Zahlreiche Rechtsprechungsnachweise finden sich bei *de Lind van Wijngaarden-Maack*, IPRax 2003, 153. Im US-amerikanischen Recht ist das Rechtsinstitut richterrechtlich anerkannt. Ein Überblick über die Rechtsprechung mit Hinweisen auf die Rechtslage in anderen Common-Law-Staaten findet sich bei *Collins*, in FS Jayme, Band 1, 2004, S. 131, 134 ff.

[65] *British Airways Board* v. *Laker Airways Ltd.* [1985] AC 58, 81 (Lord Diplock).

[66] EuGH 27.4.2004, Rs. C-159/02, IPRax 2004, 425; hierzu *Rauscher*, IPRax 2004, 405; *Hau*, ZZPInt 9 (2004) 191. Das Urteil erging zum EuGVÜ; es gilt aber erst recht für die EuGVVO. Für den Geltungsbereich des LugÜ bestehen insoweit keine Besonderheiten. Gegenstand dieses Verfahrens war eine injunction restraining abusive foreign proceedings, also nur ein Teilausschnitt der Palette möglicher anti-suit injunctions. Die Argumentation des EuGH lässt sich jedoch auch auf die anderen Fallgruppen (Sicherung von Schiedsklauseln und Gerichtsstandsvereinbarungen) übertragen, siehe auch *Schlosser*, RIW 2006, 486.

[67] Vgl. hierzu nur *Mansel*, EuZW 1996, 335, 337. Zur Zulässigkeit von Anti-suit injunctions gegenüber Drittstaaten vgl. *Christian Schmidt*, RIW 2006, 492.

eigneten Gericht gleichfalls zulässig ist. In systemischer Hinsicht korrigiert die Doktrin die im Common law vielfach sehr weit gefasste internationale Zuständigkeit. Insoweit besteht richterliches Ermessen, ob der Rechtsstreit an einem anderen Ort besser erledigt werden könnte. Aus Sicht einer Beklagtenpartei bietet der Einwand des forum non conveniens die Möglichkeit, zu einem sehr frühen Zeitpunkt die Durchführung des Verfahrens zu verhindern.

Im Europäischen Justizraum findet die Lehre vom forum non conveniens indessen keinen Platz. In der EuGVVO findet man feste Regeln für die internationale Zuständigkeit. Daher ist kein Raum für eine Zuständigkeitsversagung aufgrund Forum non conveniens.[68] Vor allem der Grundsatz der Rechtssicherheit steht dem entgegen. Die gemeinsamen Regeln und deren einheitliche Anwendung dürfen nicht durch Einzelfallabwägungen gefährdet werden, da dies die Voraussehbarkeit des Forums unterminieren könnte. In anderen Verordnungen, etwa im Rahmen der elterlichen Sorge, findet man dabei durchaus Bestrebungen, das sachnächste unter mehreren zuständigen Gerichten zur Fallentscheidung zu bringen;[69] und auch in der Literatur findet die Lehre vom forum non conveniens durchaus Anerkennung.[70] Doch können mögliche Konflikte mit dem Justizgewährungsanspruch nicht gänzlich vermieden werden, so lange keine bindende Verweisungsmöglichkeit an ein anderes Gericht besteht. Negative Kompetenzkonflikte wären die Folge. Nach einem Austritt müsste Großbritannien auf solcherlei Dinge keine Rücksicht mehr nehmen und könnte die Doctrine of forum non conveniens wiederbeleben.[71] Dies könnte etwa dazu dienen, unerwünschte Prozesse gegen heimische Beklagte zu verhindern, indem eine Zuständigkeit abgelehnt würde. Solche Tendenzen sind vor allem von U.S.-amerikanischen Gerichten bekannt[72] und könnten vor allem in ökonomisch schwierigen Zeiten zum Schutz der heimischen Wirtschaft zum Einsatz kommen.

2. Massenmigration

Ein etwas anders gelagertes Krisenfeld ist dasjenige der Massenmigration. Das klassische IPR ist wie dargelegt universalistisch ausgerichtet und steht damit eigentlich Fremdem insofern offen gegenüber, als es eine rein räumlich-territoriale Zuweisung von Rechtsfällen zu Rechtsordnungen vor-

---

[68] EuGH 1.3.2005, C 281/02 – *Owusu/Jackson*, JZ 2005, 887 Anm. *A. Bruns*.

[69] Nach Art. 15 Abs. 1 lit. a Brüssel IIa-VO kann das Hauptsachegericht ausnahmsweise ein anderes Gericht ersuchen, sich für zuständig zu erklären, wenn dieses den Fall besser beurteilen kann. Voraussetzung dieser Ermessensentscheidung ist zunächst, dass das Kind zu diesem Gericht eine besonders enge Bindung hat. Auch muss die Verweisung dem Kindeswohl entsprechen.

[70] Zuletzt etwa *Coester-Waltjen*, RabelsZ 79 (2015), 471, 494 ff.

[71] Zur Lehre vom Forum non conveniens bei der EuEheVO engl. Court of Appeal (Civil Division) 18.10.2013 – [2013] EWCA Civ 1255 – Mittal v Mittal: Die „Owusu"-Rechtsprechung des EuGH könne nicht auf die EuEheVO angewendet werden. Vielmehr gelten in einem solchen Fall die forum non conveniens-Grundsätze.

[72] Etwa U.S. Supreme Court, *Piper Aircraft Co. v. Reyno*, 454 U.S. 235 (1981) oder U.S. District Court N.Y., *Kirch v. Liberty Media Corp.* 8.11.2006, EWiR 2007, 275 (*Mankowski*).

nimmt. In persönlichen bzw. Statusangelegenheiten wie Ehe, Kindschaft oder Güterrecht wird daher sehr häufig an die Staatsangehörigkeit angeknüpft. Dies bedeutet, dass in Zeiten großer Flüchtlingsströme damit häufig Rechtsordnungen zur Anwendung gelangen, deren kultureller Hintergrund negativ konnotiert ist, insbesondere das islamische Recht, die sogenannte Schar'ia.

In Deutschland hat insbesondere die Problematik der sog. Kinderehen für Schlagzeilen und in der Folge auch für Aktivitäten des Gesetzgebers gesorgt. Das bisherige deutsche Recht sieht die Ehemündigkeit grundsätzlich mit Volljährigkeit als gegeben an (§ 1303 Abs. 1 BGB a.F.), senkt diese Grenze aber für einen der Ehegatten auf die Vollendung des 16. Lebensjahres ab, wenn eine familiengerichtliche Genehmigung vorliegt (§ 1303 Abs. 2 BGB a.F.). Schutzgut ist die mutmaßlich noch nicht ausreichend gegebene Erkenntnisfähigkeit des bzw. der minderjährigen Verlobten im Hinblick auf die Tragweite der Entscheidung für die Eheschließung, die grundsätzlich auf Dauer angelegt ist.

Sind die Ehegatten ausländischem Recht unterworfen, so wird die Ehemündigkeit teilweise wesentlich früher angenommen. Doch nicht jede Abweichung von dem Standard des deutschen Sachrechts in der ausländischen lex causae begründet einen Verstoß gegen den ordre public. Dies ergibt sich auch daraus, dass das bis zum 22. Juli 2017 geltende deutsche Recht die Ehe bei Verletzung des § 1303 BGB a.F. lediglich als aufhebbar, nicht aber als nichtig ansieht (§ 1315 Abs. 1 Nr. 1 BGB a.F.).[73]

So hat die Rspr. in Bezug auf die im marokkanischen Recht bestehende Ehemündigkeit mit 15 Jahren mit Zustimmung des Vormundes keinen Verstoß angenommen.[74] Andere Entscheidungen sehen 15 Jahre im Hinblick auf die körperliche und geistige Entwicklung Heranwachsender und die untersten Altersgrenzen in Europa als Mindestgrenze an.[75] Das AG Offenbach hat sogar 16 Jahre als Untergrenze angenommen; der Verstoß wurde dort allerdings wesentlich auf die Form der Eheschließung durch Stellvertreter mit nur schriftlichem Einverständnis des minderjährigen Ehegatten gestützt.[76] Der Verweis auf die Strafvorschrift in § 180 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB erscheint aber in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend.[77] Hier wird es im Einzelfall darauf ankommen, in welchem Ausmaß die Einsichtsfähigkeit des minderjährigen Ehegatten altersbedingt eingeschränkt war. Zu beachten ist auch das Verbot

---

[73] Problematisch daher KG FamRZ 2012, 1495 (Libanon); krit. auch *Frank*, StAZ 2012, 129.

[74] VG Berlin IPRspr. 2002, Nr. 69; so auch KG FamRZ 1990, 45, 46 (zum türkischen Recht).

[75] AG Hannover FamRZ 2002, 1116 (Vietnam).

[76] AG Offenbach FamRZ 2010, 1561 (zum pakistanischen Recht). In diesem Sinne auch etwa MüKo-BGB/*Coester*, 6. Aufl. 2015, Art. 13 EGBGB Rn. 38 m.w.N.; *Antomo*, NJW 2016, 3558, 3561 f.

[77] MüKo-BGB/*v. Hein*, 7. Aufl. 2018, Art. 6 EGBGB Rn. 259 unter Verweis auf die Privilegierung des Sorgerechtsinhaber in § 180 Abs. 1 S. 2 StGB. Ebenso OLG Bamberg FamRZ 2016, 1270 (syrisches Recht: 14 Jahre); Rechtsbeschwerde zum BGH zugelassen (dort anhängig unter Az. XII ZB 292/16).

der Kinderehe aus Art. 2 UN-EheschließungsÜ von 1962.[78] Eine Altersgrenze wird hier allerdings nicht festgelegt.

Auch hier ist es nicht entscheidend, ab welchem Alter das Eheschließungsstatut die Eingehung der Ehe abstrakt erlaubt, sondern wie alt die Ehegatten tatsächlich bei Eingehung der Ehe waren.[79]

Weitgehende Einigkeit besteht indessen darin, dass die Ehemündigkeit mit 14 Jahren oder jünger gegen den ordre public verstößt.[80] Hier kann die Wertung des § 176 StGB herangezogen werden.[81] Der darin verkörperte Schutz der sexuellen Selbstbestimmung verlangt auch international Beachtung.[82]

Indessen kann ein langes einvernehmliches Zusammenleben der Ehegatten den ursprünglichen Verstoß unbeachtlich werden lassen.[83] Dies wurde etwa angenommen für den Fall, dass die Eheleute (bei Eheschließung 14 und 17 Jahre alt) über Jahre in der Vorstellung zusammengelebt haben, wirksam verheiratet zu sein, und aus der Ehe gemeinsame Kinder hervorgegangen sind.[84]

Durch das Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen vom 17. Juli 2017[85] hat der deutsche Gesetzgeber die Ehemündigkeit mit Wirkung vom 22. Juli 2017 generell auf 18 Jahre erhöht (§ 1303 S. 1 BGB n.F.).[86] Die bis dahin mögliche familiengerichtliche Befreiung vom Volljährigkeitserfordernis für einen der Ehegatten ab Vollendung des 16. Lebensjahres (§ 1303 Abs. 2 BGB a.F.) ist seit diesem Zeitpunkt nicht mehr möglich (Art. 229 § 44 Abs. 3 EGBGB). Unter Verstoß hiergegen geschlossene Ehen sind aufhebbar (§§ 1303 S. 2, 1314 Abs. 1 Nr. 1 BGB n.F.).

Das Gesetz sieht die Durchsetzung dieser Grundsätze im Ergebnis auch für nach ausländischem Recht wirksam geschlossene Minderjährigene-

---

[78] Übk. über die Erklärung des Ehewillens, das Heiratsmindestalter und die Registrierung von Eheschließungen v. 10.12.1962 (BGBl. 1969 II 161). Hinweis hierauf von KG FamRZ 2012, 1495 (Libanon).

[79] S. OLG Karlsruhe FamRZ 2017, 959 Rn. 25 (Irak).

[80] OLG Zweibrücken FamRZ 2001, 920 (iranisches Recht: neun Jahre, allerdings sorgerechtlicher Kontext); OLG Köln FamRZ 1997, 1240 (iranisches Recht: zehn Jahre); KG FamRZ 2012, 1495 (libanesisches Recht: 14 Jahre; starker Inlandsbezug), abl. dazu *Frank*, StAZ 2012, 129. Aus der Lit. Erman/*Hohloch*, 15. Aufl. 2017, Art. 13 EGBGB Rn. 24; *Rohe*, StAZ 2006, 93, 95; *Antomo*, NJW 2016, 3558, 3561 f. Ebenso i.E. *Scholz*, StAZ 2002, 321, 327 ff., der das Mindestalter aber generell nach betroffenem Kulturkreis bestimmen will. Anders allerdings OLG Bamberg FamRZ 2016, 1270 (syrisches Recht: 14 Jahre); Rechtsbeschwerde zum BGH zugelassen (dort anhängig unter Az. XII ZB 292/16).

[81] OLG Köln FamRZ 1997, 1240; ebenso MüKo-BGB/*v. Hein*, 7. Aufl. 2018, Art. 6 EGBGB Rn. 259.

[82] Anders allerdings (unter Bezug auf ein Gutachten des Deutschen Instituts für Vormundschaftswesen, ZfJ 1992, 43) AG Tübingen IPRspr. 1990 Nr. 73A (uruguayisches Recht: 14 Jahre), abl. dazu *Coester*, ZfJ 1992, 141.

[83] *Frank*, StAZ 2012, 129, 132 f.

[84] AG Hannover FamRZ 2002, 1116 (Vietnam; dort allerdings ohne Bezugnahme auf den ordre public, da der Verstoß bereits nach der lex causae geheilt sei).

[85] BGBl. I 2429.

[86] Dazu *Coester-Waltjen*, IPRax 2017, 429.

hen vor (Art. 13 Abs. 3 EGBGB n.F.). Es bestehe Rechtsunsicherheit, da der ordre public von den Gerichten uneinheitlich gehandhabt werde.[87] Dem solle mit der Normierung einheitlicher Standards für in- wie ausländische Ehen begegnet werden.

Die Anwendung des Art. 13 Abs. 3 EGBGB n.F. hat in diesen Fällen hinkende Ehen zur Folge. Auch die Anwendung der Vorbehaltsklausel zieht diese aus internationalprivatrechtlicher Sicht grundsätzlich unerwünschte Konsequenz nach sich. Die hinkende Ehe kann umso eher in Kauf genommen werden, je mehr der Schutz des minderjährigen Ehegatten eine Aufhebung der Ehe erfordert.

Das Gesetz berücksichtigt nicht hinreichend, dass sich dessen rechtliche Stellung durch die Nichtanerkennung der Ehe gravierend verschlechtern kann.[88] Dies gilt nicht nur in Bezug auf private Rechte (ggf. Wegfall familienrechtlicher Schutz- und Beistandspflichten, von Unterhaltsansprüchen, der Erbberechtigung[89]), sondern hinsichtlich der vom Gesetz hauptsächlich angesprochenen Flüchtlinge auch für deren migrationsrechtliche Stellung: So könnte die minderjährige Ehegattin im Falle der Aufhebung der Ehe nicht mehr mit ihrem Ehemann (und ggf. vorhandenen gemeinsamen Kindern) zusammenleben, sondern würde im Regelfall als unbegleiteter Flüchtling behandelt.

Die Ironie an der Sache ist: Das Gesetz versucht, dem durch die Einführung einer Härteklausel in § 1315 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. b BGB n.F. Rechnung zu tragen, wonach die Aufhebung der Ehe ausgeschlossen ist, wenn „aufgrund außergewöhnlicher Umstände die Aufhebung der Ehe eine so schwere Härte für den minderjährigen Ehegatten darstellen würde, dass die Aufrechterhaltung der Ehe ausnahmsweise geboten erscheint“. Damit werden letztlich wieder Gedanken des ordre public eingeführt, allerdings rechtstechnisch auf ganz anderer Ebene. Vorzugswürdig wäre es gewesen, die kollisionsrechtliche Behandlung von Minderjährigenehen unverändert zu lassen und dem ordre public die Feinsteuerung zu überantworten. Die generelle Festsetzung der Ehemündigkeit bei 18 Jahren für deutschem Recht unterstehende Ehen hätte bei dessen Anwendung die erwünschte Signalwirkung sicherlich insoweit nicht verfehlt, als die eigentlich kritischen Fälle, in denen die Ehegattin 15 Jahre alt ist, dann weit eher als bisher als Verstoß zu werten gewesen wären.

Zu beachten ist schließlich noch die Überleitungsvorschrift des Art. 229 § 44 Abs. 4 EGBGB. Danach gilt Art. 13 Abs. 3 EGBGB nur unter der zweifachen Einschränkung, dass (1) der minderjährige Ehegatte nach dem 22. Juli 1999 geboren wurde und (2) die Ehe nach ausländischem Recht wirksam geschlossen wurde, einer der Ehegatten noch minderjährig ist und mindestens ein Ehegatte zwischen Eheschließung und Volljährigkeit des minderjährigen

---

[87] Der RegE vom 25.4.2017 (BT-Drs. 18/12086, 16) nennt ausdrücklich die Entscheidung des OLG Bamberg FamRZ 2016, 1270 (syrisches Recht: 14 Jahre); Rechtsbeschwerde zum BGH zugelassen (dort anhängig unter Az. XII ZB 292/16).

[88] Kritisch auch *Antomo*, ZRP 2017, 79, 80 ff.

[89] Dazu mit Lösungsvorschlägen *Majer*, NZFam 2017, 537, 538 ff.

Ehegatten seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatte. In der Praxis lässt dies nicht mehr viel Raum für die Anwendung deutschen Rechts.

3. Diskriminierungsschutz – weltweit?

Ein ähnlich gelagertes Beispiel findet sich dieses Mal im EU-Kollisionsrecht, genauer in der Rom III-VO, die sich mit dem auf die Scheidung anwendbaren Recht befasst. Sieht das nach dieser Verordnung anzuwendende Recht eine Ehescheidung nicht vor oder gewährt es einem der Ehegatten aufgrund seiner Geschlechtszugehörigkeit keinen gleichberechtigten Zugang zur Ehescheidung oder Trennung ohne Auflösung des Ehebandes, so ist nach Art. 10 Rom III-VO das Recht des Staates des angerufenen Gerichts anzuwenden. Dahinter steht das Diskriminierungsverbot, das insbesondere in Art. 21 der Grundrechte-Charta seinen Niederschlag gefunden hat.

Nun ist es nichts Ungewöhnliches, dass solche Grundwerte auch international durchgesetzt werden. Das Mittel hierfür ist der ordre public, der wie gesehen auch bei den Kinderehen ein hinreichendes Mittel zur Verhinderung unerträglicher Konsequenzen geboten hätte.

Nun ist umstritten, ob Art. 10 Rom III-VO als Spezialfall des ordre public angesehen werden kann.[90] Dies hätte die Konsequenz, dass aus der Anwendung des ausländischen Rechts jeweils im Einzelfall eine aus Sicht des Forumstaates unerträgliche Rechtsfolge resultieren müsste. Ein Verstoß gegen den ordre public liegt insbesondere bei Scheidungen durch Verstoßung („talaq“) nahe, dies einerseits aufgrund der Einseitigkeit der Verstoßung,[91] andererseits aber auch deswegen, weil die Ehefrau selbst keine Scheidung erklären kann.[92] Auch bei der Scheidung durch Übergabe des Scheidebriefes („get“) nach jüdischem Recht[93] kann ein Verstoß gegen den ordre public vorliegen. Ein Verstoß bleibt allerdings unbeachtlich, wenn er sich im Ergebnis nicht ausgewirkt hat, weil die Ehefrau mit der Scheidung einverstanden war[94] oder die Scheidungsvoraussetzungen nach deutschem Recht ebenfalls vorgelegen haben.[95]

---

[90] S. die Nachw. bei MüKo-BGB/*Winkler v. Mohrenfels*. 7. Aufl. 2018, Art. 10 Rom III-VO Rn. 1, der die Vorschrift selbst allerdings als abstrakte Verwerfungsklausel ansieht.

[91] OLG Frankfurt a.M. StAZ 2004, 367 (Marokko), wenn die Frau von der Verstoßungsabsicht des Ehemannes keine Kenntnis erlangt und sich auch im Nachhinein nicht mit der Scheidung einverstanden erklärt hat. IdS auch BayObLGZ 1982, 353 (Ägypten); BayObLGZ 1982, 389 (Jordanien); OLG Stuttgart IPRax 2000, 427 (Jordanien); anders hingegen OLG Koblenz NJW-RR 1993, 70 (Jordanien).

[92] OLG Frankfurt a.M. IPRspr. 2001, Nr. 59 (Jordanien); OLG Hamm FamRZ 2011, 1056 (Marokko): Scheidungswunsch der Frau; ersatzweise Anwendung deutschen Rechts. Eingehend zur Scheidung nach dem islamischen Rechtskreis *Möller*, JPrivIntL 10 (2014), 461, 470 ff.; *Kreuzer*, Rechtswissenschaft 1 (2010), 143, 157 ff.

[93] Dazu BGHZ 176, 365 (Israel); s. auch *Weller/Hauber/Schulz*, IPRax 2016, 123, 124 ff.

[94] S. zu dieser Fallgruppe *Frick*, Ordre public und Parteiautonomie, 2005, S. 142 ff.

[95] BGHZ 160, 332 Rn. 41 (Iran); OLG Hamm NJW-RR 2010, 1090 (Marokko); OLG Frankfurt FamRZ 2009, 1504 (Pakistan); OLG Hamm IPRax 2008, 353 (Griechenland, islamisches

Doch erscheint Art. 10 Rom III-VO von Wortlaut und Zielrichtung her eher als abstrakte Verwerfungsklausel.[96] Ihre dogmatisch vorzugswürdige Zuordnung zum ordre public lässt sich nur über eine teleologische Reduktion erreichen.[97] Allerdings ist diese wegen der klaren antidiskriminatorischen Zielrichtung der Norm europarechtlich problematisch.[98] Der EuGH war mit einer zur Klärung dieses Problems erhobenen Vorlagefrage befasst, hielt aber die Rom III-VO insgesamt für auf Privatscheidungen nicht anwendbar,[99] so dass das Problem weiterhin ungeklärt ist.

Geht man davon aus, dass ein abstrakter Diskriminierungsschutz intendiert ist, so handelt es sich um eine Indienstnahme des Internationalen Privatrechts zur Durchsetzung rechtspolitischer Ziele mit kollisionsrechtsfremden Mitteln. Die abstrakte Verwerfung diskriminatorischen fremden Rechts soll offenbar heimische kulturelle Errungenschaften verteidigen. Die Regel steht damit sinnbildlich für die Identitätskrise, die die europäische Wertegemeinschaft in den letzten Jahren durchläuft. Um sich des Eigenen zu vergewissern, wird das Fremde kategorisch ausgesperrt. Dem Geist des IPR läuft dieser Ansatz jedenfalls diametral zuwider.

VII. Folgerungen

Diese Erkenntnis führt direkt zu meinen knappen Schlussfolgerungen. Obwohl das IPR nur bedingt zur Bewältigung von Krisen taugt, wird es immer häufiger für politische Zwecke instrumentalisiert. Das verwendete Muster ist dabei immer gleich: Die Allseitigkeit kollisionsrechtlicher Normen wird zu-

---

Recht). S. dazu auch *Rauscher*, IPRax 2000, 391; *Rauscher*, IPRax 2005, 313; *Andrae*, NJW 2007, 1730; *Bolz*, NJW 1990, 620; *Elwan/Menhofer*, StAZ 2005, 168.

96 I.d.S. MüKo-BGB/*Winkler v. Mohrenfels*, 7. Aufl. 2018, Art. 10 Rom III-VO Rn. 1; *Möller*, JPrivIntL 10 (2014), 461, 470; *Weller/Hauber/Schulz*, IPRax 2016, 123, 126 ff.; *Winkler v. Mohrenfels*, FS Martiny, 2014, S. 595. Für Unanwendbarkeit jedes geschlechterdiskriminierenden Auslandsrechts *Weller/Thomale/Zimmermann*, JZ 2017, 1080.

97 Dafür Erman/*Hohloch*, 15. Aufl. 2017, Art. 10 Rom III-VO Rn. 6; NK-BGB/*Budzikiewicz*, 2. Aufl. 2015, Art. 10 Rom III-VO Rn. 27 ff.; Palandt/*Thorn*, 77. Aufl. 2018, Art. 10 Rom III-VO Rn. 1, 4; *Arnold*, in ders. (Hrsg.), Grundfragen des Europäischen Kollisionsrechts, 2016, S. 23, 50 f.; *Wurmnest*, in Leible/Unberath (Hrsg.), Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?, 2013, S. 445, 468; *Basedow*, JZ 2016, 269, 279; *Hau*, FamRZ 2013, 249, 254. S. OLG Hamm IPRax 2014, 349 m.Anm. *Helms* (334), das Art. 12 und Art. 10 Rom III-VO offenbar nicht unterscheidet.

98 S. die eingehende Argumentation hiergegen von *Weller/Hauber/Schulz*, IPRax 2016, 123, 128.

99 EuGH Urt. v. 20.12.2017 – Rs. C-372/16 (*Sahyouni*), NJW 2018, 447; dazu *Antomo*, NJW 2018, 435; *Dutta*, FF 2018, 60; *C. Mayer*, FamRZ 2018, 169; *Gössl*, GPR 2018, 94; *Coester-Waltjen*, IPRax 2018, 238. OLG München FamRZ 2015, 1613 hatte die Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt. Nach der Verwerfung dieser Vorlage als unzulässig (EuGH FamRZ 2016, 1137 – Sahyouni) wurde ein erneutes Vorlageersuchen gestellt: OLG München FamRZ 2016, 1363; eingehend dazu *Pika/Weller*, IPRax 2017, 65. In den Schlussanträgen v. 14.9.2017 hatte Generalanwalt *Saugmandsgaard Øe* bereits die Auffassung vertreten, dass die Rom III-VO nicht auf Privatscheidungen anwendbar ist (BeckRS 2017, 124494 Rn. 52 ff.).

gunsten einer immer stärker ausgeprägten Dominanz heimischen Rechts aufgegeben. Der jedenfalls im Ausgangspunkt universalistische Ansatz des klassischen Internationalen Privatrechts scheint ein Auslaufmodell – allzu häufig setzt sich das eigene Recht gegenüber dem fremden durch. Sicherlich spiegelt sich darin eine allgemeine Tendenz, die in der aktuellen Weltpolitik ihren sinnfälligen Ausdruck gefunden hat. Der darin liegende Rückfall in einen überwunden geglaubten Nationalismus stimmt nicht gerade optimistisch.

Compliance und Gesellschaftsrecht

Prof. Dr. Rüdiger Wilhelmi*

I. Einleitung

Gegenstand meines Beitrags ist das Verhältnis von Compliance und Gesellschaftsrecht. Es hat als Corporate Compliance in den letzten Jahren und Jahrzehnten nicht nur im Schrifttum an Bedeutung gewonnen,[1] sondern ist auch in prominenten Fällen praktisch geworden, etwa dem Schmiergeldskandal bei Siemens 2006/07 oder dem aktuellen Dieselskandal bei VW. Dabei wird hier unter dem Begriff Compliance zunächst die Einhaltung von Regelungen, insbesondere Rechtsnormen, verstanden.[2] Das Gesellschaftsrecht wiederum hat die Regelung von Rechtsverhältnissen in Gesellschaften zum Gegenstand. Dabei geht es neben Verfahrensregeln und Kompetenzverteilungen insbesondere um Leistungs- und Verhaltenspflichten im Innen- und im Außenverhältnis. Betrachtet man vor diesem Hintergrund das Verhältnis zwischen Gesellschaftsrecht und Compliance näher, so fällt auf, dass es durchaus ambivalent ist.

Auf der einen Seite kann das Gesellschaftsrecht Gegenstand der Compliance sein. So treffen die geschäftsführenden Organe insbesondere von Kapitalgesellschaften beispielsweise Publizitätspflichten hinsichtlich des Handelsregisters und der Geschäftsbriefe, die Pflicht zur Buchführung und zur Aufstellung und Veröffentlichung des Jahresabschlusses, die Pflichten aus dem Recht der Kapitalaufbringung und -erhaltung, spezifische Pflichten aus dem Konzernrecht sowie die allgemeine Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung aus § 293 Abs. 1 AktG. Das Gesellschaftsrecht tritt hier neben andere Rechtsgebiete, deren Regelungen Gegenstand der Compliance sind, indem sie ihre Einhaltung gewährleistet. Zu diesen Gebieten gehören insbesondere das Kapitalmarkt- und Kartellrecht sowie das (Korruptions-)Strafrecht, aber etwa auch das Produkthaftungsrecht, das Umweltrecht sowie der Schutz vor Diskriminierung und sexueller Belästigung am Arbeitsplatz.[3] Insofern geht es um die Compliance mit dem Gesellschaftsrecht, also um die Einhaltung der Regelungen des Gesellschaftsrechts.

---

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung an der Universität Konstanz.

1 Vgl. etwa *Unmuth*, AG 2017, 249 (253 ff.).

2 Näher dazu unten unter 0.

3 Vgl. etwa Hüffer/*Koch*, AktG, 13. Aufl. 2018, § 76 Rn. 11; *Fleischer* AG 2003, 291 (300).

Auf der anderen Seite kann die Compliance Gegenstand des Gesellschaftsrechts sein. Insofern geht es um Compliance als Gegenstand gesellschaftsrechtlicher Pflichten und damit natürlich auch gesellschaftsrechtlicher Probleme. Diese Dimension ist Gegenstand einer intensiven rechtswissenschaftlichen und -praktischen Diskussion,[4] während es in der Rechtsprechung bisher an einschlägigen höchstrichterlichen Entscheidungen speziell zur Compliance im Gesellschaftsrecht fehlt und vor allem das Urteil des Landgerichts München I im Rahmen des Siemens-Skandals Bedeutung erlangt hat.[5] Sie ist auch Gegenstand des vorliegenden Beitrags, der auf folgende Fragen eingeht: Was ist Compliance im Gesellschaftsrecht? Wo ist Compliance im Gesellschaftsrecht geregelt? Wer ist für Compliance verantwortlich? Was ist Inhalt der Compliance-Pflichten? Besteht ein Ermessen hinsichtlich der Ausgestaltung der Compliance? Welche Folgen hat der Verstoß gegen Compliance-Pflichten? Was ist neu an Compliance? Obwohl Compliance auch bei den Personengesellschaften relevant werden kann, stehen dabei die Kapitalgesellschaften und dort vor allem die Aktiengesellschaft im Mittelpunkt, auf die sich auch die bisherige Diskussion konzentriert.

II. Was ist Compliance im Gesellschaftsrecht?

Der Begriff Compliance ist im Gesellschaftsrecht nicht definiert. Eine Definition enthält lediglich Nr. 4.1.3 des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK):

Der Vorstand hat für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen und wirkt auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hin (Compliance). Er soll für angemessene, an der Risikolage des Unternehmens ausgerichtete Maßnahmen (Compliance Management System) sorgen und deren Grundzüge offenlegen. Beschäftigten soll auf geeignete Weise die Möglichkeit eingeräumt werden, geschützt Hinweise auf Rechtsverstöße im Unternehmen zu geben; auch Dritten sollte diese Möglichkeit eingeräumt werden.

Nr. 4.1.3 DCGK stellt allerdings kein staatliches Recht dar.[6] Der Deutsche Corporate Governance Kodex gilt als sog. soft law nur indirekt und nur für börsennotierte Aktiengesellschaften, deren Vorstand und Aufsichtsrat nach § 161 Abs. 1 AktG jährlich erklären müssen, inwieweit seinen Empfehlungen entsprochen wurde und gegebenenfalls warum nicht.

In der Literatur wird unter Compliance die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und unternehmensinternen Richtlinien einschließlich der dafür erforderlichen Maßnahmen verstanden.[7] Sie dient der Risikofrüherkennung und Risikominimierung sowie der Schadensprävention und dem

---

[4] Einen aktuellen Überblick gibt *Unmuth*, AG 2017, 249 (253 ff.).

[5] LG München I, NZG 2014, 345.

[6] Hüffer/*Koch*, AktG, 13. Aufl. 2018, § 161 Rn. 3; MüKoAktG/Goette, 4. Aufl. 2018, § 161 Rn. 22.

[7] Vgl. etwa *Hauschka/Moosmayer/Lösler* in Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 1 Rn. 2 ff.; Hüffer/*Koch*, AktG, 13. Aufl. 2018, § 76 Rn. 11.

Schutz der Reputation des Unternehmens.[8] Dabei kann man zwischen Compliance im engeren und im weiteren Sinne unterscheiden. Bei der Compliance im engeren Sinne geht es um die Einhaltung von öffentlich-rechtlichen und strafrechtlichen Normen zur Vermeidung von Bußgeldern, Gewinnabschöpfung und Verfall sowie der Entziehung von Genehmigungen und Erlaubnissen. Die Compliance im weiteren Sinne dient der Vermeidung von Schadensersatz, insbesondere aus Produkthaftung, und von sonstigen Nachteilen, etwa dem Reputationsverlust oder sonstigen Rechtsnachteilen.

Ob auch die privatrechtliche Rechtstreue, also die Einhaltung von Verträgen (pacta sunt servanda), zu Compliance zählt, ist umstritten.[9] Die wohl überwiegende Ansicht geht davon aus, dass die Einhaltung von Verträgen nicht von der Legalitätspflicht des Vorstands erfasst wird.[10] Aber auch dann folgt aus der Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung des § 93 Abs. 1 AktG, dass geeignete Maßnahmen zu ergreifen sind, um die aus Vertragsbrüchen resultierenden Risiken zu erfassen und zu managen.[11]

III. Wo ist Compliance im Gesellschaftsrecht geregelt?

Eine eigenständige Regelung der Compliance im Gesellschaftsrecht existiert nicht, wenn man von Nr. 4.1.3 DCGK absieht, der – wie unter II. dargestellt – kein staatliches Recht, sondern indirekt geltendes soft law ist. Eine Ansicht stützt die Pflicht zur Compliance auf eine Gesamtanalogie zu den verstreuten Compliance-Regelungen in verschiedenen Rechtsgebieten.[12] Dagegen spricht jedoch, dass die einzelnen Compliance-Regelungen unterschiedliche Schutzrichtungen haben und zum Teil auf ganz bestimmte Branchen zugeschnitten sind.[13] Eine andere Ansicht sieht die Rechtsgrundlage in einer Analogie zu der Pflicht des Vorstands aus § 91 Abs. 2 AktG, ein Überwachungssystem zur Früherkennung von den Fortbestand der Gesellschaft gefährdenden Risiken einzurichten.[14] Dies überzeugt jedoch nur eingeschränkt, da die Compliance-Pflichten nicht nur auf Früherkennung und

---

[8] *Fleischer* in Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 91 Rn. 51; vgl. auch *Nietsch*, ZHR 180 (2016), 733 (759 ff.).

[9] Ablehnend etwa *Hopt/Roth* in Großkommentar Aktiengesetz, 5. Aufl. 2015, § 93 Rn. 148; *Bicker*, AG 2014, 8 (9 f.); *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136 (147); bejahend etwa *Paefgen,* AG 2014, 554 (559) m.w.N.; differenzierend *Nietsch*, ZHR 180 (2016), 733 (762 ff.).

[10] So Spindler/Stilz/*Fleischer*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 93 Rn. 33; MüKoAktG/*Spindler*, 4. Aufl. 2014, § 93 Rn. 88; *Thole,* ZHR 173 (2009) 504, 518 f.; ablehnend etwa *Wiedemann*, ZGR 2011, 183 (199); mit Bezug auf § 93 Abs. 1 S. 2 AktG auch Hüffer/*Koch*, AktG, 13. Aufl. 2018, § 93 Rn. 17.

[11] Vgl. auch *Fleischer*, ZIP 2005, 141 (150).

[12] So *U.H. Schneider*, ZGR 1996, 225 (230); *ders.* ZIP 2003, 645 (649).

[13] Vgl. Spindler/Stilz/*Fleischer*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 91 Rn. 50; *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 142.

[14] *Schwintowski*, NZG 2005, 200 (201 f.); *Berg* AG 2007, 271 (284 ff.); vgl. auch BegrRegE KonTraG, BT-Drs. 13/9717, S. 15; offen gelassen in LG München I, NZG 2014, 345 (346).

nicht nur auf bestandsgefährdende Entwicklungen gerichtet sind.[15] Überwiegend wird die Pflicht zur Compliance als Teil der allgemeinen Leitungspflicht und der Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung des Vorstands aus § 76 Abs. 1, § 93 Abs. 1 AktG aufgefasst.[16]

Konkret wird die Pflicht zur Compliance als Konsequenz der Legalitätspflicht begriffen.[17] Diese ist Teil der Pflicht des Vorstands zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung aus § 76 Abs. 1, § 93 Abs. 1 AktG und umfasst auch die Sorge des Vorstands dafür, dass sich die Gesellschaft rechtmäßig verhält und ihren gesetzlichen Verpflichtungen nachkommt.[18] Dabei muss er auch dafür sorgen, dass sich die nachgeordneten Unternehmensebenen, also die Mitarbeiter, regeltreu verhalten.[19] Neben der Legalitätspflicht wird zum Teil auch darauf abgestellt, dass die Pflicht des Vorstands zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung auch die Sorge dafür umfasst, Schaden von der Gesellschaft abzuwenden.[20]

IV. Wer ist für Compliance verantwortlich?

Die Verantwortung für die Compliance liegt zunächst beim Vorstand. Allerdings ist eine horizontale und vertikale Delegation in Grenzen möglich. Zudem trifft auch den Aufsichtsrat eine Verantwortung für die Compliance.

1. Vorstand?

Die Compliance liegt zunächst in der Gesamtverantwortung des Geschäftsführungsorgans, bei der Aktiengesellschaft also des Vorstands.[21] Sie gehört zum Kernbereich der Leitungsaufgaben. „Compliance ist Chefsache!"[22] Das bedeutet, dass der Vorstand eine Organisations-, System- und Überwachungsverantwortung hat und daher die Entscheidung über die Einrichtung einer Compliance Organisation selbst treffen und sich regelmäßig von der Wirksamkeit überzeugen muss.[23]

---

[15] Vgl. KölnKommAktG/*Mertens/Cahn*, 3. Aufl. 2010, § 91 Rn. 34; Spindler/Stilz/*Fleischer*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 91 Rn. 50; *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 144, *Thole*, ZHR 173 (2009), 504 (510).

[16] Hüffer/*Koch*, AktG, 13. Aufl. 2018, § 76 Rn. 12; KölnKommAktG/*Mertens/Cahn*, 3. Aufl. 2010, § 91 Rn. 35; MüKoAktG/*Spindler*, 4. Aufl. 2014, § 91 Rn. 52; Spindler/Stilz/*Fleischer*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 91 Rn. 50; *Bürkle*, BB 2005, 565 (567 ff.); *Fleischer* AG 2003, 291 (298 f.); offen gelassen in LG München I, NZG 2014, 345 (346).

[17] LG München I, NZG 2014, 345; Hüffer/*Koch*, AktG, 13. Aufl. 2018, § 93 Rn. 6;

[18] Vgl. BGHZ 194, 26 = NJW 2012, 3439 Rn. 22.

[19] Vgl. Spindler/Stilz/*Fleischer*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 91 Rn. 47, 50; *Fleischer*, CCZ 2008, 1 (2); *Verse,* ZHR 175 (2011) 401 (403 f.); *Hoffmann/Schieffer*, NZG 2017, 401 (402 f.).

[20] *Harbarth*, ZHR 179 (2015), 136 (146 ff.); nur für Schadensabwendungspflicht *Bachmann*, ZIP 2014, 579, 581.

[21] Hüffer/*Koch*, AktG, 13. Aufl. 2018, § 76 Rn. 12; KölnKommAktG/*Mertens/Cahn*, 3. Aufl. 2010, § 91 Rn. 36; Spindler/Stilz/*Fleischer*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 91 Rn. 63.

[22] Spindler/Stilz/*Fleischer*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 91 Rn. 63; *Lösler*, WM 2007, 676 (679).

[23] Spindler/Stilz/*Fleischer*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 91 Rn. 63; *Merkt*, ZIP 2014, 1705 (1711); vgl. auch KölnKommAktG/*Mertens/Cahn*, 3. Aufl. 2010, § 91 Rn. 36.

Auch wenn die Gesamtverantwortung beim Gesamtorgan bleibt, ist eine horizontale Delegation auf ein Vorstandsmitglied möglich, das die Hauptverantwortung für die Compliance hat.[24] Da die Compliance auch eine klare organisatorische Zuordnung der Compliance-Verantwortung umfasst, ist eine derartige Delegation ab einer gewissen Unternehmensgröße auch unerlässlich, um einen Verstoß gegen die Compliance-Pflichten zu vermeiden.[25] Die horizontale Delegation entspricht dem Ressortprinzip, wobei die Compliance häufig mit Recht oder Personal ressortiert. Die anderen Vorstandsmitglieder, in deren Ressort die Compliance nicht fällt, bleiben jedoch insoweit verantwortlich, als sie die die Compliance bezogenen Aufgabenwahrnehmung des zuständigen Vorstandsmitglieds laufend beobachten und intervenieren müssen, falls sie auf Funktionsdefizite der Compliance-Organisation oder auf Compliance-Verstößen hingewiesen werden oder sonst davon erfahren.[26]

Möglich ist auch die vertikale Delegation auf eine nachgeordnete Ebene.[27] Dies kann etwa ein Compliance-Beauftragter oder eine Compliance-Stelle sein, wie die Rechtsabteilung oder die interne Revision, ein Lenkungskreis oder eine eigene Compliance-Abteilung. Auch die vertikale Delegation ist jedoch insoweit eingeschränkt, als sie das Geschäftsordnungsorgan nicht vollständig aus der Verantwortung entlässt.

2. Aufsichtsrat?

Die Compliance ist als Teil der Geschäftsführung zwar in erster Linie Aufgabe des Geschäftsführungsorgans. Sie ist aber auch Gegenstand der Aufsicht durch den Aufsichtsrat nach § 111 Abs. 1 AktG. Dieser darf zwar nicht überwachen, ob es zu Compliance-Verstößen im Unternehmen kommt, da ihm dies als Teil der Geschäftsführung nach § 111 Abs. 4 S. 1 AktG verwehrt ist, er hat aber zu überwachen, ob der Vorstand seinen aus der Compliance resultierenden Pflichten nachkommt.[28] Dazu hat er zunächst den turnusmäßigen Bericht des Vorstands über seine Geschäftsführung nach § 90 Abs. 1 S. 1 AktG auch hinsichtlich der Compliance im Unternehmen zu prüfen, was auch die Vollständigkeit, Richtigkeit und Plausibilität der Informationsgrundlagen umfasst.[29] Stellt der Aufsichtsrat im Rahmen der Prüfung fest, dass Bericht des Vorstands hinsichtlich der Compliance im Unternehmen unvollständig und widersprüchlich ist, trifft ihn die Pflicht zu eigenen Nach-

---

[24] *Hauschka*, NJW 2004, 257 (259).

[25] LG München I, NZG 2014, 345 (347).

[26] Vgl. LG München I, NZG 2014, 345 (348); Spindler/Stilz/*Fleischer*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 91 Rn. 65.

[27] KölnKommAktG/*Mertens/Cahn*, 3. Aufl. 2010, § 91 Rn. 36; Spindler/Stilz/*Fleischer*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 91 Rn. 66.

[28] Spindler/Stilz/*Fleischer*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 91 Rn. 67; *Habersack,* AG 2014, 1 (3); *Bürgers*, ZHR 179 (2015), 173 (187 ff.).

[29] *Blassl*, WM 2017, 992 (994 f.).

forschungen.[30] Entsprechendes gilt für einen Sonderbericht nach § 90 Abs. 1 S. 3 AktG, den der Vorstand dem Aufsichtsratsvorsitzenden aus wichtigem Anlass zu berichten hat. Ein solcher Anlass liegt auch bei Umständen vor, die auf einen gravierenden Compliance-Vorfall hindeuten.[31] Zudem kann der Aufsichtsrat nach § 90 Abs. 3 AktG nicht nur jederzeit einen Bericht des Vorstands über die Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen, der auch die Compliance im Unternehmen umfasst, sondern muss dies auch tun, wenn er Anhaltspunkte dafür hat, über das Compliance-System oder zu Compliance-Vorfällen nicht hinreichend aufgeklärt worden zu sein.[32]

Darüber hinaus kann der Aufsichtsrat die Einführung oder die Änderung des Compliance-Systems nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG unter den Vorbehalt seiner Zustimmung stellen.[33] Er ist dazu sogar verpflichtet, wenn er Kenntnis davon oder entsprechende Hinweise hat, dass es in der Vergangenheit zu gravierenden Compliance-Verstößen gekommen ist oder der Vorstand rechtswidrige oder unangemessene Compliance-Maßnahmen plant.[34] Schließlich stehen dem Aufsichtsrat die Einsichts- und Prüfungsrechte des § 111 Abs. 2 AktG zu. Diese umfassen auch das Recht und die Pflicht zur Anstellung eigener Ermittlungen, wenn der Aufsichtsrat den Verdacht hat, dass der Vorstand zu Mängeln des Compliance-Systems oder Compliance-Vorfällen nur unzureichend vorgetragen oder nicht hinreichend ermittelt hat.[35]

3. Vorstand und Aufsichtsrat?

Umstritten ist, inwieweit Aufsichtsrat und Vorstand Compliance-Verstöße parallel oder gemeinsam aufklären und insbesondere sogenannte Internal Investigations durchführen können. Soweit nach dem jeweiligen Kenntnisstand davon auszugehen ist, dass der Vorstand nicht in die Compliance-Verstöße verwickelt ist, sondern diese nur die Organisation unterhalb des Vorstandes betreffen und der Vorstand hinreichende Anstrengungen unternimmt, um die Compliance-Verstöße aufzuklären, abzustellen und zu ahnden, liegt die Zuständigkeit für die Aufklärung beim Vorstand.[36] Dem Aufsichtsrat steht insoweit nicht das Recht zu, parallel eigene Ermittlungen zu anzustellen oder die Untersuchungen des Vorstands durch einen eigenen „Aufpasser“ zu begleiten,[37] da es sich insoweit um Geschäftsführungsmaßnahmen handelt.[38]

---

[30] *Wagner,* CCZ 2009, 8, 15; *Bürgers,* ZHR 179 (2015), 173 (190); *Blassl*, WM 2017, 992 (995).

[31] *Reichert/Ott*, NZG 2014, 241 (246); *Schockenhoff*, NZG 2015, 409 (415); *Blassl*, WM 2017, 992 (995).

[32] Vgl. *Blassl*, WM 2017, 992 (995).

[33] *Habersack,* AG 2014, 1, 4; *Blassl*, WM 2017, 992 (995).

[34] Vgl. *Blassl*, WM 2017, 992 (995).

[35] Vgl. *Blassl*, WM 2017, 992 (995 f.).

[36] Vgl. *Fuhrmann*, NZG 2016, 881 (883); vgl. auch *Arnold*, ZGR 2014, 76 (91 f., 102 f.).

[37] So aber *Fuhrmann*, NZG 2016, 881 (883).

[38] Vgl. auch *Arnold*, ZGR 2014, 76 (91 f.).

Soweit jedoch der Verdacht besteht, dass der Vorstand in die Compliance-Verstöße verwickelt ist oder keine hinreichenden Anstrengungen zu Aufklärung, Abstellung und Ahndung der Compliance-Verstöße unternimmt, trifft den Vorstand eine Aufklärungspflicht im Rahmen seiner Geschäftsführungspflicht gem. § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG und den Aufsichtsrat im Rahmen seiner Überwachungspflicht gem. § 111 Abs. 1 AktG.[39] Dabei hat der Aufsichtsrat seine Aufklärung, für die er nach § 111 Abs. 2 Satz 2 AktG auch Externe einschalten kann, unabhängig vom Vorstand durchzuführen.[40] Dies gilt nicht nur bei einer Verwicklung der Mehrheit der Vorstandsmitglieder,[41] sondern auch, wenn nur einzelne Vorstandsmitglieder betroffen sind,[42] da die Untersuchungen auch dann nicht mehr nur eine Geschäftsführungsmaßnahme darstellen, sondern Teil der Aufsicht über den Vorstand sind und zudem bei einer Beteiligung des Vorstands die Wirksamkeit der Untersuchungen gefährdet ist.

Wenn nur einzelne Vorstandmitglieder verwickelt sind, wird es zum Teil für zulässig gehalten, dass der Vorstand und der Aufsichtsrat zwar die rechtliche Bewertung unabhängig voneinander vornehmen und sich demgemäß auch getrennt anwaltlich beraten lassen, aber bei ihren Untersuchungen zusammenarbeiten, insbesondere um die Gesellschaft nicht der doppelten Belastung zweier unabhängiger Untersuchungen auszusetzen.[43] Den Aufsichtsrat trifft allerdings auch hier eine Pflicht zur effektiven Überwachung des Vorstands.[44] Dieser dürfte er nur dann genügen, wenn er dem Vorstand auch tatsächlich keinen Einfluss auf die Durchführung der Untersuchung einräumt.[45] Dass der Aufsichtsrat sich darauf beschränkt, die Sachverhaltsermittlung durch die übrigen Vorstandsmitglieder zu überwachen und sich über den Erkenntnisstand laufend berichten zu lassen,[46] reicht dazu nicht aus. Auch dass die mit der Untersuchung betrauten Personen sowohl an den Aufsichtsrat als auch an den Vorstand berichten und durch beide Organe gesteuert werden,[47] dürfte für die notwendige Unabhängigkeit der Untersuchung vom Vorstand nicht genügen. Demgegenüber könnte es mit der Pflicht des Vorstands zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung gem. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG vereinbar sein, wenn die Untersuchung unter der Leitung des Aufsichtsrats durchgeführt wird und dieser die nicht betroffenen Vor-

---

[39] Vgl. *Arnold*, ZGR 2014, 76 (103).

[40] *Fuhrmann*, NZG 2016, 881 (883).

[41] So aber *Arnold*, ZGR 2014, 76 (102); *Reichert/Ott*, NZG 2014, 241 (250); *Bürgers,* ZHR 179 (2015), 173 (200 f.).

[42] Vgl. *Fuhrmann*, NZG 2016, 881 (883).

[43] Vgl. Spindler/Stilz/*Fleischer*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 91 Rn. 69; ähnl. *Arnold*, ZGR 2014, 76 (103 f.); *Bürgers,* ZHR 179 (2015), 173 (201 f.); *Bachmann*, ZHR 180 (2016) 563 (576).

[44] Vgl. im Ausgangspunkt auch Spindler/Stilz/*Fleischer*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 91 Rn. 69.

[45] Vgl. auch *Hugger*, ZHR 179 (2015), 214 (217 f.)

[46] So *Wagner*, CCZ 2009, 8 (15); bei einem Verstoß nur einzelner Vorstandsmitglieder auch *Reichert/Ott*, NZG 2014, 241 (249).

[47] So *Arnold*, ZGR 2014, 76 (104).

standsmitglieder jeweils zeitnah über den aktuellen Erkenntnisstand informiert und diese ggf. ergänzende Untersuchungen gegenüber dem Aufsichtsrat anregen bzw. selbst durchführen.[48]

V. Was ist Inhalt der Compliance-Pflichten?

Die Compliance-Pflichten umfassen zunächst Einrichtungs- und Ausgestaltungspflichten. Aufbauend auf einer Risikoanalyse[49] geht es zunächst um die Ausarbeitung und Bekanntmachung von Compliance-Richtlinien, die insbesondere ein ausdrückliches Bekenntnis des Vorstands zu einer rechtstreuen Unternehmenskultur (sog. Commitment) enthalten, die dieser aber auch tatsächlich vorleben muss (sog. tone from the top).[50] Zudem geht es um die Gewährleistung einer Organisationsstruktur mit hinreichend klarer Zuordnung von Verantwortlichkeiten, einer angemessenen Ressourcenausstattung und hinreichenden Befugnisse.[51] Um Compliance-Verstöße zu erfassen, ist weiter ein angemessenes Berichtssystem notwendig, unter Umständen auch ein sogenanntes Whistleblowing- oder ein Ombudsmann-System.[52]

Ergänzend besteht im Rahmen der Compliance eine Pflicht zur Systemüberwachung und -weiterentwicklung.[53] Dies umfasst eine regelmäßige Fortentwicklung, Überwachung und Kontrolle der Compliance-Maßnahmen. Zudem bestehen turnusmäßige Berichtspflichten im Rahmen des Compliance-Reportings. Notwendig sind auch wiederholte und unangekündigte Stichproben, um die Wirksamkeit zu gewährleisten.

In Akutfällen sind präventive und repressive Maßnahmen zu ergreifen, um die Compliance-Verstöße aufzuklären, abzustellen und zu ahnden.[54] Die Aufklärung ist auf die Ermittlung in Verdachtsfällen gerichtet und umfasst auch die Weiterleitung von Informationen im Unternehmen. Das Abstellen zielt darauf, noch anhaltende Compliance-Verstöße zu beenden und zukünftige Compliance-Verstöße zu verhindern. Dabei geht es insbesondere um entsprechende Anweisungen und organisatorische Maßnahmen. Die Ahndung kann insbesondere in einer Kündigung und der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen liegen. In minder schweren Fällen kann statt der Kündigung auch eine Abmahnung angemessen sein. Zudem sind bei der Gel-

---

48 Vgl. auch *Habersack,* AG 2014, 1 (6)

49 Spindler/Stilz/*Fleischer*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 91 Rn. 55; vgl. auch *Bürgers,* ZHR 179 (2015), 173 (176 f.).

50 Spindler/Stilz/*Fleischer*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 91 Rn. 55; *Reichert/Ott,* ZIP 2009, 2173 (2174 ff.); *Bürgers,* ZHR 179 (2015), 173 (177).

51 Spindler/Stilz/*Fleischer*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 91 Rn. 55; *Bicker*, AG 2012, 542 (546); *Bürgers,* ZHR 179 (2015), 173 (177).

52 Vgl. Hölters/*Hölters*, AktG, 3. Aufl. 2014, § 93 Rn. 103 ff.; *Bürgers,* ZHR 179 (2015), 173 (177).

53 Spindler/Stilz/*Fleischer*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 91 Rn. 60; *Bürgers,* ZHR 179 (2015), 173 (178).

54 LG München I, NZG 2014, 345 (347); Spindler/Stilz/*Fleischer*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 91 Rn. 57; *Reichert/Ott*, ZIP 2009, 2173 (2176 ff.).

tendmachung von Schadensersatzansprüchen auch die Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs zu beachten. Problematisch ist, ob bezüglich der Ahndung ein Ermessen besteht. Insoweit dürften die Grundsätze des ARAG/Garmenbeck-Urteils des BGH[55] Anwendung finden.[56] Danach sind bestehende Schadensersatzansprüche in der Regel geltend zu machen. Etwas anderes gilt nur, wenn sonst Nachteile für das Unternehmen drohen, etwa Reputationsschäden. Auch für die Akutfälle müssen entsprechende Richtlinien und Organisationsstrukturen vorhanden sein.

VI. Besteht ein Ermessen hinsichtlich der Compliance?

Umstritten ist, inwieweit der Vorstand ein Ermessen hinsichtlich der Compliance-Pflichten einschließlich der Einrichtung eines Compliance-Systems hat. Die Einrichtung eines derartigen Systems ist Nr. 4.1.3. Satz 2 DCGK vorgesehen. Diese Vorschrift ist insoweit als sogenannte Muss-Vorschrift ausgestaltet, die beansprucht, die geltende Rechtslage widerzugeben, geht jedoch dem geltenden Recht nicht vor.[57] Demgemäß bemisst sich die Frage, ob hinsichtlich ein Ermessen hinsichtlich der Compliance besteht, anhand der allgemeinen Vorschriften, insbesondere anhand des § 93 Abs. 1 AktG.

Diskutiert wird hier insbesondere, ob die sogenannte Business Judgement Rule des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG, die unternehmerisches Handeln privilegiert, auf die Compliance-Pflichten Anwendung findet. Dies hängt davon ab, ob die Einhaltung der Compliance-Pflichten unter das unternehmerische Handeln fällt. Dies wird überwiegend mit der Begründung bejaht, dass die Compliance auch die Unternehmensorganisation umfasst, die eigentlich Teil des unternehmerischen Handelns ist.[58] Die Business Judgement Rule gilt jedoch nicht für rechtlich gebundene Entscheidungen. Demgemäß enthält etwa auch § 130 OWiG keine der Business Judgement Rule entsprechende Privilegierung,[59] ebenso wenig § 9 OWiG. Es fehlt insoweit an dem prognostischen Element und dem damit verbundenen Erfordernis des Handelns unter Unsicherheit, die kennzeichnend für unternehmerische Entscheidungen und daher Voraussetzung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG sind.[60] Während die Business Judgement Rule der Stärkung der Risikobereitschaft der Geschäftsführung zugunsten der Gesellschaft dient, geht es bei der Einhaltung der Compliance-Pflichten um Pflichten gegenüber der All-

---

[55] BGHZ 135, 244 = NJW 1997, 1927.

[56] Spindler/Stilz/*Spindler*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 116 Rn. 119; *Arnold*, ZGR 2014, 76 (82 m. Fn. 23).

[57] Vgl. *Baur/Holle*, NZG 2017, 170 (172); i. Erg. ähnl. *Nikoleyczik/Graßl*, NZG 2017, 161 (163).

[58] Vgl. KölnKommAktG/*Mertens/Cahn*, 3. Aufl. 2010, § 91 Rn. 37; MüKoAktG/*Spindler*, 4. Aufl. 2014, § 91 Rn. 66; Spindler/Stilz/*Fleischer*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 91 Rn. 56; *Paefgen*, WM 2016, 433 (443 f.).

[59] Vgl. von *Busekist/Hein*, CCZ 2012, 41 (43 f.).

[60] Vgl. *Habersack*, Managerhaftung, in Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2009, 2010, S. 5 (15 ff.); ähnl. *Holle*, AG 2011, 778 (781 ff.).

gemeinheit und unter Umständen auch Dritten, bei denen die Einräumung eines „safe harbour" für den Vorstand[61] nicht angemessen ist.

Naheliegender erscheint es daher, nur von einem Ermessen im Rahmen des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG auszugehen.[62] Die Pflichtverletzung setzt hier eine Verletzung einer Verhaltenspflicht voraus, die jeweils in Bezug auf den konkreten Fall zu entwickeln ist, ähnlich den (deliktischen) Verkehrspflichten.[63] Gesetzlicher Maßstab ist der ordentliche und gewissenhafte Geschäftsleiter. Demgemäß muss immer eine objektive Bestimmung der Notwendigkeit eines (Mindest-)Schutzes stattfinden, also die Ermittlung und Bewertung etwaiger Risiken. Somit besteht kein Ermessen, ob Compliance-Maßnahmen vorgenommen werden, sondern nur ein Ermessen, welche gleichwertigen Compliance-Maßnahmen ergriffen werden. Dabei ist grundsätzlich eine Orientierung an den Branchenstandards möglich, diese können jedoch durch Vorkommnisse in anderen vergleichbaren Unternehmen und im eigenen Unternehmen verschärft werden,[64] insbesondere wenn diese noch nicht in die Branchenstandards eingeflossen sind. Der Prüfungsstandard PS 980 des Instituts der Wirtschaftsprüfer (IDW) über Grundsätze zur ordnungsgemäßen Prüfung von Compliance-Management-Systemen gibt demgegenüber nur Anhaltspunkte.[65] Die Bestimmung der konkreten Compliance-Pflichten ist dabei jeweils aus der Perspektive ex ante vorzunehmen; der sogenannte hindsight bias, es hinterher besser zu wissen, ist zu vermeiden.[66]

Die Pflicht zur Einrichtung eines Compliance-Systems muss danach nicht immer geboten sein, ist aber stets zu prüfen. Sie hängt letztendlich von der Größe, der Struktur und den Risiken der Gesellschaft bzw. ihres Unternehmens ab.[67] Eine institutionalisierte Compliance-Struktur ist demgemäß bei kleinen und gut überschaubaren Unternehmen mit geringer Risikoexposition nicht notwendig.[68] Bei größeren Unternehmen dürfte sie jedoch die faktische Norm sein. Dabei muss sie nicht für alle Unternehmensbereiche in gleichem Maße bestehen.[69] Sie wird verstärkt durch Vorkommnisse in der Vergangenheit und das Bestehen tatsächlicher Verdachtsmomente.

---

[61] Dazu *Fleischer*, ZIP 2004, 685 (689).

[62] Vgl. auch *Habersack*, Managerhaftung, in Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2009, 2010, S. 5 (17); ähnl. *Holle*, AG 2011, 778 (781 ff.).

[63] Dazu etwa Erman/*Wilhelmi*, 15. Aufl. 2017, § 823 Rn. 80 ff.

[64] Spindler/Stilz/*Fleischer*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 91 Rn. 56.

[65] Spindler/Stilz/*Fleischer*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 91 Rn. 62; *Paefgen*, WM 2016, 433 (438).

[66] Vgl. Spindler/Stilz/*Fleischer*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 91 Rn. 56.

[67] Vgl. LG München I, NZG 2014, 345 (347); *Hopt/Roth* in Großkommentar Aktiengesetz, 5. Aufl. 2015, § 93 Rn. 186 f.; KölnKommAktG/*Mertens/Cahn*, 3. Aufl. 2010, § 91 Rn. 36; MüKoAktG/*Spindler*, 4. Aufl. 2014, § 91 Rn. 66; Spindler/Stilz/*Fleischer*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 91 Rn. 54.

[68] Spindler/Stilz/*Fleischer*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 91 Rn. 48.

[69] KölnKommAktG/*Mertens/Cahn*, 3. Aufl. 2010, § 91 Rn. 36.

VII. Welche Folgen hat ein Verstoß gegen Compliance-Pflichten?

Die Folgen eines Verstoßes gegen die Compliance-Pflichten ergeben sich auch hier aus den allgemeinen Regeln des Aktienrechts. Ein Verstoß gegen Compliance-Pflichten ist nach dem hier gesagten grundsätzlich eine Verletzung der Sorgfaltspflichten des Vorstands nach § 93 Abs. 1 AktG und gegebenenfalls auch des Aufsichtsrats nach § 93 Abs. 1 i. V. m. § 116 AktG. Diese hat eine Haftung gegenüber der Gesellschaft auf Schadensersatz nach § 93 Abs. 2 (ggf. i. V. m. § 116) AktG zur Folge.[70] Der Schadensersatzanspruch ist durch den Aufsichtsrat geltend zu machen, dem dabei nach dem ARAG/Garmenbeck Urteil[71] kein Ermessen zusteht

Der Verstoß gegen gesellschaftsrechtliche Compliance-Pflichten hat grundsätzlich keine Haftung gegenüber Dritten zur Folge.[72] Eine solche kann jedoch bestehen, wenn das Mitglied des Geschäftsführungsorgans die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch aus Delikt oder aus der Verletzung eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses nach § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 3 BGB erfüllt. Zudem kann eine straf- oder bußgeldrechtliche Haftung vorliegen, wenn deren Voraussetzungen erfüllt sind, wobei insbesondere § 130 OWiG über die Verletzung der Aufsichtspflicht in Betrieben und Unternehmen sowie § 9 OWiG über das Handeln für einen anderen zu beachten sind.

Der Verstoß gegen Compliance-Pflichten kann zudem einen wichtigen Grund darstellen, aufgrund dessen die Bestellung eines Vorstandsmitglieds oder die Ernennung zum Vorstandsvorsitzenden nach § 84 Abs. 3 AktG widerrufen werden kann.

VIII. Was ist neu an der Compliance?

Wie gezeigt, bestehen auch gesellschaftsrechtliche Pflichten zur Compliance, die jedoch aus den allgemeinen Verhaltenspflichten der Geschäftsführungs- und Aufsichtsorgane folgen. Dies hat zu der Frage geführt, ob es sich bei der „Entdeckung" der Compliance nicht um eine Binsenwahrheit[73] oder alten Wein in neuen Schläuchen[74] handele. Denn die Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung ist nicht neu. Der Gesetzgeber hat lediglich die Business Judgement Rule des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG geändert, bei der aber auch zweifelhaft ist, inwieweit sie nicht bereits durch den Maßstab des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters in § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG erfasst wird. Insoweit unterscheidet sich das Gesellschaftsrecht von anderen Rechtsgebieten, in denen in den letzten Jahren und Jahrzehnten Compliance-Pflichten neu eingeführt oder stark erweitert wurden, wie etwa im Bank- und Versicherungsrecht oder im Kapitalmarktrecht.

---

[70] LG München I, NZG 2014, 345 (346); Spindler/Stilz/*Fleischer*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 91 Rn. 76.

[71] BGHZ 135, 244 = NJW 1997, 1927.

[72] Vgl. in *Kort* in Großkommentar Aktiengesetz, 5. Aufl. 2015, § 91 Rn. 184.

[73] *U.H. Schneider*, ZIP 2003, 645 (646).

[74] *Cauers/Haas/Jakob/Kremer/Schartmann/Welp*, DB 2008, 2717.

Allerdings sind die Verhaltenspflichten der Geschäftsführungs- und Aufsichtsorgane durch die Betonung des Aspekts der Compliance konkretisiert worden. Dies hat nicht nur zu einer lebhaften wissenschaftlichen Diskussion geführt. Vielmehr hat es auch handfeste praktische Konsequenzen zur Folge, nämlich die Aktualisierung der Organhaftung in diesem Bereich und damit der Ausdifferenzierung von Verhaltenspflichten mit erheblichen Auswirkungen auf die Organisation und Corporate Governance der Unternehmen, etwa durch die Einrichtung von Compliance-Beauftragten und -Abteilungen. [75]

Insoweit lässt sich sagen, dass die „Entdeckung" der Compliance zwar das „Law in the Books" im Bereich des Gesellschaftsrechts im Wesentlichen unberührt gelassen hat, aber deutliche Änderungen des „Law in Action" ausgelöst hat. Dogmatisch ist die Compliance nicht wirklich neu, auch wenn sie Klärungsbedarf bei einer Reihe dogmatischer Einzelfragen zur Folge hat.[76] Dies gilt etwa für die Reichweite der Business Judgement Rule oder das Verhältnis zwischen der Geschäftsführung durch den Vorstand und der Aufsicht durch den Aufsichtsrat. Auf die Rechtswirklichkeit der Gesellschaften und ihrer Organe hat die „Entdeckung" der Compliance hingegen erhebliche Auswirkungen gehabt. Rechtstatsächlich ist die Compliance demgemäß insoweit neu, als sie zu neuen Verhaltenspflichten und einer entsprechenden Haftung der Geschäftsführungs- und Aufsichtsorgane geführt hat.

---

[75] Vgl. *Harbarth/Brechtel*, ZIP 2016, 241 (249).

[76] Vgl. *Paefgen*, WM 2016, 433 (434).

Der Jagdzwischenfall des Prinzen Heinrich von Preußen während seines Japanbesuches im Jahre 1880 - Diplomatische Krise und Strafrecht

Keiichi Yamanaka*

I. Problemstellung

Japan hat 1858 mit USA den „Vertrag der Freundschaft und Handels zwischen USA und Reich Japans" (Treaty of Amity and Commerce Between the United States and the Empire of Japan) abgeschlossen. Er war der erste „ungleiche" Vertrag mit den westlichen und europäischen Mächten.[1] § 6 dieses Vertrags schrieb die Konsulargerichtsbarkeit[2] vor. Mit dem Königreich Preußen hat Japan am 24. Januar 1861 auch einen ungleichen Vertrag abgeschlossen. Am 20. Februar 1869 wurde der „Vertrag zwischen Japan und dem Norddeutschen Bund" abgeschlossen und 1871 dieser Vertrag zudem mit dem Deutschen Kaiserreich erweitert. § 6 dieses Vertrags schrieb vor: „Deutsche Untertanen, welche ein Verbrechen gegen Japanische Untertanen oder gegen Angehörige einer anderen Nation begehen sollten, sollen vor den Deutschen Konsularbeamten geführt und nach Deutschen Gesetzen bestraft werden" (Abs. 1). „Japanische Untertanen, welche sich einer verbrecherischen Handlung gegen Deutsche Untertanen schuldig machen, sollen vor die Japa-

* Prof. Dr. Keiichi Yamanaka, Kansai-Universität, Osaka

1 Der Vertrag für Frieden und Freundschaft zwischen den Niederlanden und Japan von 1856 hat zum ersten Mal den Schutz der Extraterritorialität für seine Bürger ausgehandelt. Im Jahre 1858 hat Japan die gleichen Verträge für Freundschaft und den Handel auch mit England, Frankreich, den Niederlanden und Russland abgeschlossen.

2 *Harald Fuess*, Selbstregulierung einer Fremdenkolonie: Deutsche Konsulargerichtsbarkeit in Japan und Korea, 1861- 1913, in: Zeitschrift für Japanisches Recht Nr. 36 (2013), S. 53 ff. Zur auf Japanisch geschriebenen Literatur vgl. *Hideaki Kato*, Studien zur Konsulargerichtsbarkeit – in Japan -, in: Hosei Ronshu (Nagoya Universität), Nr. 84 (1980), S. 3012 ff, Nr. 86, (1980), S. 93 ff.

nischen Behörden geführt und nach Japanischen Gesetzen bestraft werden" (Abs. 2).

Der Jagdzwischenfall von Prinz Heinrich von Preußen (1862 -1929) in Suita/Osaka geschah 1880. Die Verletzung des Jagdverbots und die Körperverletzungstat gegen einen Japaner durch deutsche Jagdgesellschaft von Prinz Heinrich gehörten zur deutschen Konsulargerichtsbarkeit.[3] Der Verfolgung durch japanische Polizisten wurde eine unwürdige Behandlung vorgeworfen und gegen sie wurde von dem deutschen Konsul Einspruch eingelegt. Der japanische Außenminister hat auf Verlangen des deutschen Konsuls den Gouverneur von Osaka zu einer Veranstaltung von Entschuldigungszeremonien aufgrund dieser Entehrung des Prinzen mit seiner Anwesenheit angewiesen. Der Gouverneur Osaka hat bei dieser Gelegenheit bekanntgemacht, dass die zehn mit der Verfolgung betreuten Polizisten bestraft wurden. Die Zeitungen, die über Missetaten von Deutschen kritisch berichteten, bekamen ein Herausgabeverbot. Die Redakteure wurden wegen Ehrenverletzung und Beleidigung bestraft.

Diese Geschichte wurde bisher sowohl in Japan auch als in Deutschland in volkstümlichen Büchern[4] behandelt und auch wissenschaftlich erforscht.[5] Der Fall wurde aus Sicht der diplomatischen Geschichte meist als eine Zwischenepisode zur Revidierung der „ungleichen Verträge"[6] eingeordnet. In den auf Deutsch verfassten Büchern oder Aufsätzen wurden die Vorkommnisse jedoch teilweise nicht richtig dargestellt. Auch die Rechtslage, welche als Ausgangspunkt der rechtlichen Betrachtung vorausgesetzt werden muss, wurde teils nicht theoretisch präzise nachvollzogen.

---

[3] Als Forschung zur Entwicklung der Jagdregelungen in Zusammenhang der Vertragsrevidierung in Meiji-Zeit vgl. *Fujio Shimomura*, Meijiishin no Gaiko (Diplomatie in Zeit der Meiji-Restauration), 1948; *Tomoko Morita*, Kaikoku to Chigaihoken (Öffnung des Landes zum Verkehr mit dem Ausland und Exterritorialität), 2005. Vgl. auch *Yasuji Koyanagi*, Waga Kuni no Shuryo Hosei (Jagdregelungssystem unseres Landes), 2015.

[4] *Carl v. der Derboeck*, Prinz Heinrichs Weltumseglung (Des Prinzen Heinrich von Preußen Weltumseglung), Otto Drewitz, Berlin, 1882, S. 162 ff., S. 192; *Adolf Langguth*, Prinz Heinrich von Preußen, 1892, Max Niemeyer, S. 176 ff.; *Harald Eschenburg*, Prinz Heinrich von Preuβen. Der Groβadmiral im Schatten des Kaisers, Heide 1989, S. 28 f.; Als auf Japanisch geschriebenes Bilderbuch vgl. *Kazufusa Sakamoto* (illustriert von *Hiroyuki Saito*), Kamo to Harakiri Jiisan (Ente und der Harakiri- Alte), 1977, Iwasaki-Verlag.

[5] *Peter Panzer/ Sven Saaler*, japanische Impressionen eines Kaiserlichen Gesandten. Karl von Eisendecher im Japan der Meiji-Zeit, München/Tokyo, 2007, S. 23 ff., 157 ff.; *Peter Panzer*, Prinz Heinrich und der Ferne Osten, in: Hering/Schmidt (Hrsg.), Prinz Heinrich von Preußen, 2013, S. 87.; *Rolf-Harald Wippich*, Jagdzwischenfall von Suita, in: Überseegeschichte. Beiträge der jüngeren Forschung, (Hrsg. v. Beck/Gründer/Pietschmann/Ptak), 1999, Franz Steiner Verlag, 1999, S. 271.; Als auf Japanisch geschriebener Aufsatz vgl. *Masaguma Uchiyama*, Geschichtlicher Rückblick auf die Suita-Affäre (1880)", in: Hogaku Kenkyu Bd. 51, H. 5, (1978), S. 9 ff.; *Hanbe Ikeda*, „Rotbart" und Ententeich in Suita – Echte Theorie des Jagdzwischenfalls vom deutschen Prinzen, in: Osaka Shunju Nr. 17 (1978), S. 143 ff.; *Hiromichi Fujita*, Jagdzwischenfall des deutschen Prinzen an der Shakagaike-Teich, in: Suita no Rekisi, Nr. 7(1980), S. 41 ff.

[6] Zur Vertragsrevidierung vgl. *Fujio Shimomura,* Meiji Shonen Joyaku Kaiseisi no Kenkzu (Die Geschichte der Vertragsrevidierung am Anfang der Meiji-Zeit)*, 1962; Akihisa Fujiwaha*, Nippon Joyakukaisei no Kenkyu (Studiuen zur Geschichte der Vertragsrevidierung), 2004; Kaoru Iokibe, Joyaku Kaiseishi (Geschichte der Vertragsrevidierung), 2010.

Der Zweck meines Beitrages liegt darin, dass ich als Strafrechtsdogmatiker die rechtliche Beurteilung dieses Falles überdenken will. Ich hoffe unsere wissenschaftliche Freundschaft zwischen den Universitäten Konstanz und Kansai, also Deutschland und Japan, in der Zukunft dadurch noch weiter zu entwickeln, dass wir einen kurzen Rückblick auf das etwas unglückliche juristische Ereignis vor 138 Jahren werfen.

II. Skizzierter Sachverhalt des Vorkommnisses

1. Aufenthalt von Prinz Heinrich in Japan

Am 6. Oktober 1878 brach Prinz Heinrich von Preußen, der damals erst 17 Jahre alt war, vom Kieler Hafen aus mit der Korvette „Prinz Adalbert" zu einer Weltumsegelung auf.[7] Er kam am 23. Mai 1879 an Hafen Yokohama an, nachdem er durch die Magalhaesstraße, über Uruguay, Chile und sodann Hawaii gereist war.[8] Er wurde in Tokyo von Meiji-Tenno mit großer Aufmachung empfangen.[9] Während des Sommers fuhr er dann, um die Hitze zu vermeiden, zur Nordinsel Hokkaido und nach Wladiwostok in Russland. Er kam erst im November 1879 nach Kobe zurück. Dann fuhr er nach Nagasaki und am 9. Januar des folgenden Jahres kam er wieder zum Hafen Kobe zurück. Am 7. Februar (einem Samstag) fuhr er mit drei deutschen Begleitern, Hofmarschall Albert Freiherr von Seckendorff (1849- 1921), Kapitänleutnant v. Debschitz und dem in Kobe wohnenden Kaufmann, Kleinwerth, mit dem Zug nach Suita, um einen Ausflug zur Niederwildjagd zu machen.[10] Dabei bestand auch die Absicht, den Lärm zu vermeiden, der durch die Reparaturen an der Korvette durch japanische Schiffszimmerleute herbeigeführt wurde.

2. Streitigkeiten mit japanischen Dorfbewohnern

Die Gesellschaft mit vier Japanern (Jagdhelfern) kam an einem Teich namens „Shakagaike" in Suita an und erschoss dort trotz eines Jagdverbots einige Enten[11] mit einem Jagdgewehr.[12] Ein Dorfbewohner sah gegen 15 Uhr,

---

[7] Vgl. vor allem *Mirbach*, a.a.O., S. 72 ff. 157 ff.

[8] *Mirbach*, a.a.O., S. 72;

[9] Vgl. *Peter Panzer und Sven Saaler*, a.a.O., Japanische Impressionen, S.23 ff.; *Panzer*, Prinz Heinrich und der Ferne Osten, in: (Hrsg.) Rainer Hering/ Christian Schmidt, Prinz Heinrich von Preußen, 2013, S. 83 ff.

[10] *Wippich*, a.a.O., S. 271.

[11] Zum „Shakaga"-Teich war schon von früher bekannt, dass dorthin in Winter mehr als dreißig oder vierzig tausend Enten aus Sibirien flogen und im Sommer alle wieder weggeflogen sind (*Hanbee Ikeda*, Rotbart und Ententeich, in: Sukiyanensi Suita/Senri, 1987, S. 44).

[12] Diese kurze Zusammenfassung vom Fall beruht auf dem Bericht über den Fall vom damaligen Polizeikommissar, *Kiyotsugu Ohinata*, in: Nippon Gaiko Bunsho (Digitale Dokumente der Japanischen Diplomatie, Bd. 13, (1880) Angelegenheit 5, Nr. 120, S. 358 ff.) und einem Aufsatz von *Hiromichi Fujita*, a.a. O., in: Suita no Rekishi Nr. 7, S. 41 ff. und teilweise auch auf *Wippich*, Jagdzwischenfall von Suita, a.a.O., S.271

dass vier Japaner die Wasservögel mit Stöcken oder Bambussen getrieben hatten. Dann hatte ein anderer Dorfbewohner namens Motokichi Ida, der in einer Wachhütte war, den vier Jagdhelfern den Sinn des Warnschildes, welches die Vogeljagd vor Ort verboten hat, erklärt. Da die vier Japaner mit der Treibjagd nicht aufhörten, kam es zunächst zu Streitigkeiten zwischen den Jagdhelfern und Motokichi. Dieser wurde von einem japanischen Jagdhelfer mit der Faust und von einem anderen mit Stöcken geschlagen. Dann kamen vier weitere Dorfbewohner hinzu und stritten sich ebenfalls mit den Jagdhelfern. Die Jagdhelfer haben Motokichi mit seinem Gürtel am Hals gewürgt und ihn so ein Stück weit mit sich geschleppt. Die Deutschen haben während dieser Zeit weiter auf die Vögel geschossen und schließlich auch die Dorfbewohner mit den Jagdgewehren bedroht. Die Deutschen haben Motokichi zwar befreit, konnten seine Wut aber nicht beruhigen, weshalb dieser die Gesellschaft noch verfolgte. Schließlich tauchten zwei Polizisten auf. Motokichi hielt sich zu diesem Zeitpunkt noch am Ärmel eines Jagdhelfers fest. Einer der Deutschen (Kleinwerth) begann darauf gegen Motokichi Gewalt anzuwenden. Er schnippte zuerst mit seinem Finger gegen die Nase von Motokichi und trat dann in dessen linkes Gesäß.[13] Somit war Motokichi verletzt. Dies war diejenige Körperverletzung, deren Heilung 10 Tage benötigte.

3. Verfolgung durch Polizisten

Die Polizisten wollten die Namen und die Adressen der deutschen Mitglieder der Gesellschaft wegen des Verstoßes gegen die japanische Vorschrift des Jagdverbots erfahren. Weil die Gesellschaft auf die Anfrage nicht antwortete und auch keine Jagdlizenz vorzeigte, da der Jagdausflug inkognito erfolgte, mussten die Polizisten sie bis zum Bahnhof Suita verfolgen. Am Bahnhof Suita wurden die Deutschen am Einsteigen in den Zug gehindert, da sie weiterhin keine Namen und Adresse angegeben hatten, obwohl sich nach der Vorschrift der Bahn alle Fahrgäste beim Bahnhof anmelden mussten, wenn sie mit Hunden (wie in diesem Fall mit Jagdhunden) einsteigen wollten. Die Polizisten fragten deswegen weiter die Namen ab, aber die Deutschen antworteten nicht. Während dieses Wortwechsels näherte sich die Abfahrtszeit des Zuges. Plötzlich stiegen die Deutschen deshalb aus dem Zug aus, gaben die Fahrkarten zurück und wollten nach Osaka gehen. Da sie keine Rikscha finden konnten, mussten sie auch noch zu Fuß gehen. Die Polizisten folgten der Gesellschaft weiterhin. Unterwegs konnte diese noch vor der Überquerung der Brücke über den Yodo-Fluss eine Rikscha finden. Da es schon in der Nähe von Tenjinbashi- 4 Chome[14] dämmerte, erteilten sie der Gesellschaft im Lampenlicht die Anweisung, von der Rikscha zu steigen und fragten einen begleitenden Japaner erneut nach Namen und Adressen. Dieser meinte nur: „Das ist nicht erforderlich“. Ein Deutscher hat die Hand dieses

---

[13] *Motokichi* hat insgesamt vier Verletzungen erlitten: in seinem Gesicht, am rechtem Ellenbogen, an der Wirbelsäule und auch eine Wunde am linken Gesäß.

[14] Tenjinbashi- 6 Chome liegt westlich von Bahnhof Osaka, etwa 1. 8 km entfernt. Das Gouverneursgebäude liegt südwestlich und etwa 3 km entfernt. Bis zum Bahnhof Osaka braucht man zu Fuß etwa 35 Minuten.

Japaners gefasst, um zur Eile anzutreiben, und auf Japanisch gesagt: „Gehen wir alle zum Gouverneursgebäude“. Die Polizisten begleiteten die Gemeinschaft bis dorthin.

4. Die „unwürdige“ Behandlung im Gouverneursgebäude

Als sie am Gouverneursgebäude ankamen, verlangten die Deutschen, den Gouverneur von Osaka, Nobori Watanabe, zu sehen, um gegen die entehrende Behandlungen durch die Polizisten und auch durch die Beamten im Gouverneursgebäude zu protestieren. Allerdings bestanden Kommunikationsschwierigkeiten, obwohl ein englisch-sprechender Dolmetscher dabei war. Die Gesellschaft musste somit im Warteraum vom Gebäude lang auf einen Empfang abwarten. Es war bereits etwa 18: 30 und der Gouverneur war schon nach Hause gegangen. Ein Deutscher namens Georg Friedrich Hermann Heidkämper, [15] der in der nächsten Siedlung für Ausländer neben Osaka wohnte, wurde geholt, um die Kommunikation zu ermöglichen. Die beiden Deutschen zeigten zwischenzeitlich endlich ihre Jagdlizenz. Erst damit hatten die Beamten die Möglichkeit zu erahnen, dass die Gesellschaft aus Adligen bestand. Nachdem sie diesen Umstand erkannten, haben die Beamten gegen 20 Uhr die Deutschen höflich verlassen. Diese blieben noch eine Weile zuhause von Heidkämper, sind dann aber gegen 21 Uhr sind sie mit einem letzten Zug nach Kobe abgefahren – voller Zorn über die ihnen widerfahrene Behandlung.

5. Formaler Protest des deutschen Konsulates

Am 8. Februar teilte der Gouverneur von Osaka dem Außenminister, Kaoru Inoue, in Tokyo mit einem Telegramm den groben Sachverhalt der Streitigkeit und die Tatsache mit, dass der deutsche Konsul (Konsularagent) in Kobe einen Verhandlungswunsch geäußert hatte. Daraufhin wurde noch am selben Tag der Gesandte (Ministerresident und Generalkonsul[16]), Karl Georg von Eisendecher (1841- 1934), mit der Protesturkunde zum Außenminister gesandt.

“Nach einem mir soeben zugegangenen Telegramm aus Kobe ist Seiner Königlichen Hoheit dem Prinzen Heinrich von Preußen in Höchsteigener Person gestern eine schwer beleidigende Behandlung von Seiten der japanischen Behörden widerfahren gegen alles Recht u. ohne jede Verfassung. Ich protestiere hiermit förmlich und feierlich gegen Handlungsweise der Behörden u. bemerke Eurer Exzellenz dabei, dass der Gouverneur von Osaka seine Unterstützung in der Sache verweigert hat. Indem ich einer möglichst umgehenden Erklärung über die Angelegenheiten entgegensehe, benutze ich die Gelegen-

---

[15] *Heidkämper* (1843– 1900) war in Bückeburg in Preußen geboren und wurde im Mai 1871 von Kishu- Clan (jetzige Wakayama-Präfektur) als Schuhmacher berufen. Er wohnte danach in der Siedlung Kawaguchi (Osaka), die auf der anderen Seite von Flusses wie das Gouverneursgebäude lag.

[16] *Eisendecher* war damals Ministerresident und Generalkonsul in Tokyo. Erst im April 1880 wurde er der erste Gesandte in Japan. Erst nach dem Russisch-Japanischen Krieg wurde die Gesandtschaft zur Botschaft umwandelt.

heit, Eurer Exzellenz die Versicherung meiner vorzüglichsten Hochachtung zu erneuern."[17]

6. Besprechung zwischen Gouverneur Osaka und dem deutschen Konsul usw.

Am 8. Februar besuchte der Konsularagent, Knobloch, das Gouverneursgebäude, um ebenfalls gegen die beleidigende Behandlung zu protestieren.[18] Am frühen Morgen des 9. Februar besuchte der Gouverneur von Osaka, Nobori Watanabe (1838-1913)[19], das Konsulat in Kobe, um eine Entschuldigung für die unhöflichen Verhaltensweisen der Beamten vorzubringen. Er konnte den Gouverneur aber erst gegen Mittag sehen. Zufällig waren gleichzeitig auch Hofmarschall Seckendorff und Kapitän Mac Lean im Konsulat. Der Konsul hat Watanabe gefragt, ob sie auch anwesend sein dürften. Watanebe antwortete darauf: „Gerne". Dann begann die Besprechung zu viert.

Zuerst hat der Kapitän Mac Lean von Watanbe eine Erklärung über den Hergang des Konflikts in Suita verlangt. Watanbe antwortete darauf folgendermaßen: „Im Fall in Suita wird gerade ermittelt. Deswegen kann ich noch nicht mit Sicherheit sagen, was geschehen ist, aber inhaltlich kann ich schon einiges beantworten". Freiherr von Seckendorff hat dann aus seiner Akte die Beschwerde vorgelesen. Der Gouverneur erklärte, dass die Beamten den Fall mangels der sprachlichen Verständigung und wegen der Unkenntnis der vornehmen Personalität der Deutschen infolge ihres Schweigens als „normale Streitigkeit mit Ausländern" verstanden hatten. Er hat auch erklärt, dass die Gesellschaft nicht im Verwaltungsgebäude der Präfektur war, als er in aller Eile von zuhause wieder zum Amt zurück kam, nachdem er den Bericht der Beamten über die durch Herrn Heidkämper mitgebrachten Informationen zur Identität des Prinzen erhalten hatte. Er hat durch den Besuch des Konsulats am Vortag erst bestätigt, dass die Person wirklich der Prinz war. Watanabe ersuchte um Entschuldigung für „die Verursachung dieser großen Unehrerbietigkeit". Dann fragte Seckendorff, ob er mit der Veranstaltung einer Entschuldigungszeremonie einverstanden ist. Der Gouverneur sagte, dass er für die tausendmalige Entschuldigung mit allen Mitteln zustimme, nachdem er um die Wahrheit wusste, da er große Reue und tiefstes Bedauern habe. „Auch das Volk kann nicht umhin, dasselbe Gefühl wie ich zu haben, nämlich um ihre tiefste Verzeihung in aller Herzen zu bitten". Er sagte aber dann wie folgt: „Aber es scheint nicht sicher zu sein, dass die Untertanen der Zeremonie friedlich bewohnen. Wenn die Teilnehmer mit dem Galaanzug plötzlich mit der Rikscha in das Dorf Suita fahren und die Entschuldigungszeremonie veranstalten würde, so kann ich nicht versichern, dass das Volk dem Befehl gehorchen würde, obwohl gerade die Deutschen die verbotene Jagd durchge-

---

[17] Nippon Gaiko Bunsho Bd. 13 (1880), Nr. 109, S. 351 f.

[18] Nippon Gaiko Bunsho Bd. 13, Nr. 120, Appendix 2, S. 358 ff.

[19] *Watanabe* war nach dem Gouverneuramt in Osaka im Mai 1880 zum Senator ernannt. Zudem hat er als Abgeordneter des Oberhauses gedient. Er war der Meister des Kendo (Meister der japanischen Fechtkunst).

führt und dazu noch die Körperverletzung gegen einen Dorfbewohner begangen haben."

Zu diesem Zeitpunkt verließ der Kapitän mit dem Hofmarschall den Raum.[20] Er sagte dabei, „Den Ausgang mit Galaanzug nach Suita wünscht unser Prinz nicht. Darüber besprechen Sie sich mit dem Konsul noch." Der Gouverneur und der Konsul verhandelten noch weiter.

Der Konsul schlug vor, dass die Dorfbewohner in Suita ein Bittgesuch bezüglich der Anwesenheit des Prinzen bei der Zeremonie stellen sollten. Darauf antwortete Watanabe: „Es besteht die hohe Gefahr, dass es äußerlich schwer sein wird, dass alle Dorfbewohner gemeinsam bei der Zeremonie mitmachen." Der Konsul hat dann vorgeschlagen, ob es gehen würden, dass der Schultheiß als ein Repräsentant sie allein veranstalten würde. Der Gouverneur verweigerte auch diesen Vorschlag. „Wenn der Prinz nach Suita kommen würde, würden sich die Bewohner mit Freude versammeln. Wenn aber der Schultheiß um Entschuldigung bitten würde, so wäre es unvermeidlich, dass die verbohrten, ungebildeten kleinen Untertanen sich beklagen würden, dass er sich entschuldiget. Der Konsul verlangt den Grund. Watanabe begründete sein Argument wie folgt: „In Japan gibt es eine Sitte, dass man den, bei dem man sich entschuldigen will, besucht, wenn man sich überhaupt wirklich entschuldigen wollte". „Wenn man den Adressat der Abbitte zur Zeremonie kommen lassen würde, würde es zu einer Unehrerbietigkeit nur noch eine weitere hinzufügen". Der Konsul erwiderte darauf mit folgender Argumentation: „Es gibt eine völkerrechtliche Gewohnheit und das Recht bei der Diplomatie, eine Entschuldigung am Ort der Streitigkeiten zu äußern". Watanabe stimmt dem, was der Konsul gesagt hat, zu. „Aber es gibt bei den diplomatischen Angelegenheiten auch eine andere Schwierigkeit: Und zwar muss die Genehmigung der Regierung ersucht werden, wenn die Präfektur diese wichtige und vornehmliche Veranstaltung durchführen wollen würde". Der Konsul verließ sodann den Raum. Nach seinem Zurückkommen sagte er: „Ich werde die Angelegenheit später noch reiflich erwägen. Ihre Behauptung betreffend Schwierigkeiten hat auch einen Grund. Ich nehme alle Vorschläge zurück und zeige erneut einen anderen Vorschlag auf." Er zeigte eine Notiz, in der die wichtigen Punkte paragraphiert wurden. Kurz gesagt lief es darauf hinaus, dass die Herstellung einer Urkunde für Entschuldigung vom Gouverneur an den Prinz begonnen und diese dann vom Konsul öffentlich verlesen werden solle. Der Gouverneur schlug die Herstellung einer Urkunde auf Japanisch vor. Der Konsul stimmte zu. Danach wurde ein „Dankbrief" mit Datum vom 10. Februar an den Konsul abgegeben.[21]

7. Plötzliche Wendung des Verlaufs und Gespräch zwischen Seckendorff und Watanabe

Der Konsul hatte noch am selben Tag dem Gouverneur berichtet, dass der Außenminister, Kaoru Inoue (1836- 1915), telegraphiert hat, dass er ei-

---

[20] Nippon Gaiko Busho Bd. 13 (1880), Nr. 120, S. 361 ff.

[21] Nippon Gaiko Bunsho Bd. 13, Nr. 120, Appendix 2, S. 363.

nen ersten Staatssekretär am 13. Februar nach Osaka schicken wird, weswegen die Sache bis dahin eingestellt wird.[22] Am Nachmittag des 13. Februar besuchte der abgesandte Staatssekretär, Koichi Miyamoto, Watanabe im Gouverneursgebäude. Er teilte dem Gouverneur mit, dass er sich mit Freiherr von Seckendorff besprochen habe und Seckendorff sich (laut Miyamoto) extrem hitzig verhalten und sich scheinbar nicht beherrschen könne. Der Staatssekretär berichtete, dass Seckendorff die Veranstaltung der Zeremonie vom 14. Februar beharrlich behauptet habe. Watanabe sagte: „Solange Sie eine schlüssige Antwort gegeben haben, lässt es sich nicht mehr ablehnen."

Gegen 4 Uhr nachmittags kamen Seckendorff und Knobloch zum Gouverneursgebäude: Seckendorff fragte Watanabe, ob er das Ergebnis der Besprechung mit Miyamoto in Kobe verstanden habe. Nachdem er dies bejahte, verlangte Seckendorff dann noch, dass alle Maßnahmen schon am folgenden Tag durchgeführt werden sollten. Watanabe erwiderte, unter den Maßnahmen gäbe es einige, die nicht innerhalb seiner Zuständigkeit, sondern in der eines Richters lägen. Seckendorff verlangte dazu noch, Maßnahmen gegen Berichte von Zeitungen ebenfalls direkt am nächsten Tag zu ergreifen. Watanabe verweigerte auch dies, da ihm dazu ebenfalls die Befugnis fehlte. Seckendorff hat dann die Frage gestellt, ob der Verdacht vorhanden ist, dass die deutsche Jagdgesellschaft eine Straftat nach dem japanischen Gesetz begangen habe. Darauf antwortete Watanabe: „Das Schießen am Ort des Jagdverbotes ist gesetzwidrig in Japan, aber das Schießen ohne das Wissen um das Verbot kann wohl nur als fahrlässig angesehen werden". Dann sagte Seckendorff: „Ich habe am Ort des Schießverbotes nicht geschossen. Könnten Sie denjenigen nennen, der das Schießen meinerseits beweisen kann?" Watanabe erwiderte darauf: „Solange wir keine Befugnis haben, Sie und anderen zu untersuchen, kann es nicht festgestellt werden. Jedoch entstanden die Streitigkeiten wegen des Abgebens der Schüsse. Wenn Sie versichern, dass Sie und die anderen nicht geschossen haben, muss man vermuten, dass ein anderer Dritter der Täter sei. Dann muss man so denken, als ob Sie kein Gesetz verletzen hätten."

8. Entschuldigungszeremonie und Sanktionen

Nachdem die deutsch-japanische Verhandlung über die Disziplinarmaßnahmen bezüglich der Polizisten und der Maßnahmen des Herausgabeverbotes gegen Redakteure der Zeitungen, die über die Vorkommnisse und ihre Behandlung durch das japanische Außenministerium kritisch berichtetet hatten, abgeschlossen waren, hat der Gouverneur von Osaka am 14. Februar die zweimaligen Entschuldigungszeremonien zuerst vor dem Kishibe-Schrein neben dem Ort der Vorkommnisse in Suita und dann vor dem Gouverneursgebäude in Osaka veranstaltet. Prinz Heinrich hat dabei vor vielen Zuschauer die vereinbarte Rede gehalten.[23] An den Zeremo-

---

[22] Nippon Gaiko Bunsho Bd. 13, Appendix 2, S. 363.

[23] „Ich erachte den Vorgang vom 7ten dieses Monats für vollständig erledigt; danke Ihnen Herrn Miyamoto im Besondern für Ihre erfolgreichen Bemühungen und bitte Sie den Aus-

nien bekrittelten die Zeitungen die Nachgiebigkeit der japanischen Diplomatie. Die Redaktionen der Zeitungen, die dies der japanischen Diplomatie vorgeworfen haben, wurden auf Grund der „Verordnung gegen Verleumdung“ (Zanboritsu), die die Ehrenverletzung und Beleidigung im heutigen Sinne regelt, bestraft. § 3 der Verordnung lautet wie folgt: „Wer gegen die kaiserliche Familie diese Tat ausführt, wird zum Gefängnis von mehr als 15 Tage bis zu 2 Jahren und einem halben Jahr und/oder zur Geldstrafe mehr von als 15 einschließlich bis zu 700 Yen bestraft.“ Manche Redaktionen wurden durch das Landgericht Osaka wegen Verleumdung verurteilt. Die Strafe war z.B. Gefängnis von 5 Monaten und Geldstrafe von 150 Yen gegen den Redakteur der Osaka-Nippo-Zeitung.[24] Weiterhin wurden die Redakteure der Osaka-Shinpo-Zeitung, der Kyoto-Nichinichi-Zeitung und der Tokyo-Akebono-Zeitung ebenso bestraft.

III . Darstellungen des Vorkommnisses in der deutschen Literatur

1. Darstellungen des Falles in den im 19. Jahrhundert geschriebenen Büchern

In einem in 19. Jahrhundert für Jugendliche als eine abenteuerliche Geschichte des „Matratzenprinzen“ geschriebenen Buch[25] wurde die Streitigkeiten zwischen der Jagdgesellschaft von Prinz Heinrich und den japanischen Dorfbewohnern wie ein Kampf zwischen der preußischen Armee und den sich zusammen gerotteten und bewaffneten japanischen Landsleuten beschrieben: „Die deutsche Kriegskunst bewährte sich aber auch auf den Blachfeldern Japans.“

2. Darstellung von Mirbach

Mirbach schreibt über den Zwischenfall der Jagdgesellschaft von Prinz Heinrich wie folgt:[26] „Hier erlegten sie einige Hühner und passierten dabei ein Wildgehenge, wo nicht geschossen werden durfte, was sie auch respektierten. Plötzlich tauchte der Besitzer auf und beschuldigte sie unrichtigerweise des Jagdfrevels, es entwickelte sich ein Handgemenge und fast wäre es durch die herbeigerufene Polizei noch zur Verhaftung der Dolmetscher gekommen,

---

druck Meines verbindlichen Dankens auch an die Regierung Sr Majestät des Tenno zu vermitteln, für die schnelle und sachgemäße Erledigung des tiefbeklagenswerthen Vorfalle. Auch Sr Majestät dem Kaiser bitte ich meinen ehrerbietigsten Dank für die Beweise der Teilnahme nochmals auszusprechen und Allerhöchst ihm zu versichern, dass die Erinnerung an die Zeit ungetrübt ist, während welcher Ich die Ehre hatte, der Gast Sr Majestät in Japan zu sein, während welcher Ich auch bisher nur Beweise der größten Aufmerksamkeit und außerordentlichen deutlichen Entgegenkommens von Seiten der Behörden empfing“. (Nippon Gaiko Bunsho Bd. 13, 1880, Nr. 120, Appendix 5, S. 365 f.)

[24] Vgl. Asahi-Zeitung vom 21. Februar 1880 (Nr. 318) und Yomiuri-Zeitung vom 26. Februar 1880.erten

[25] *Carl v. der Derboeck*, Prinz Heinrich’s Weltumsegelung, 1882, S. 162 ff.

[26] *Mirbach*, a.a.O., S. 89 f.

wenn nicht der Prinz und die Offiziere sie verteidigt hätten. Ärgerlich war, dass auf sofortige behördliche Anordnung hin, allen Rikschafahrern verboten wurde, die Fremden zu fahren, sodass die Jagdgesellschaft gezwungen war, mehrere Stunden weit zu Fuß nach Kobe zurückzuwandern." In diesem Zitat befinden sich nicht wenige Missverständnisse des Autors. Es lässt sich erstens zwar nicht mehr bestätigen, ob sie Hühner erlegt hat,[27] aber der Zweck der Niederwildjagd lag bestimmt nicht in der Hühnerjagd. Die Hühner sind meistens nicht Wild, sondern aufgezüchtet. Es war auch ungewöhnlich, dass sie nur als Erfolg des „error in objecto" gefangen wurden, da Hühner normalerweise zum privaten Besitz gehören. Zweitens entstand das Handgemenge nicht aus der „unrichtigerweise verlangten Beschuldigung zur Gesellschaft durch Dorfbewohnern wegen des Jagdfrevels". Ob die Beschuldigung des Jagdfrevels richtig war, lässt sich später noch ausführlich prüfen. Drittens handelt es sich um die Rechtmäßigkeit der Verhaftung der „Dolmetscher" (Jagdhelfer). Der „Vertrag zwischen Japan und dem Norddeutschen Bund" von 1869 regelte in seinem § 9 ungefähr so: Die japanische Regierung wird es nicht verhindern, dass Deutsche Japaner zu: allen Beschäftigungen verwenden, „doch bleiben solche Japaner selbstverständlich, im Falle sie ein Verbrechen begehen sollten, den Japanischen Gesetzen unterworfen." Wenn Jagdhelfer als Japaner also Jagdfrevel oder Gewalttätigkeiten gegen andere Japaner (Dorfbewohner) begangen hatten, sollten sie dem japanischen Gesetz folgen. Viertens widerspricht die Darstellung „mehrere Stunden weit zu Fuß nach Kobe zurückzuwandern" tatsächlich der historischen Tat, da diese Anordnung nur in den dafür bestimmten Häfen und einem entsprechenden Umkreis galt, wobei auf Antrag fast immer großzügig Ausnahmen gemacht wurden. Unterwegs konnte die Gesellschaft noch die Rikschas benutzen, um das Verwaltungsgebäude zu erreichen, obwohl die Polizisten sie immer verfolgt haben.

3. Darstellung von Panzer

Panzer schreibt den Fall wie folgt[28]: „In den geöffneten Häfen siedelten Ausländer exterritorial, waren sowohl zivil- wie strafrechtlichen vollkommen autonom und in keiner Weise japanischen Rechtsvorschriften unterworfen. Die einzige Einschränkung war, dass dies nur in den dafür bestimmten Häfen und einem entsprechenden Umkreis galt, wobei auf Antrag immer großzügige Ausnahmen genehmigt wurden"…. „Genau, wie japanische Behörden nun einmal sind, wurde die Jagdgruppe wegen verweigerter Legitimation festgenommen und zur nächsthöheren Dienststelle verfrachtet." Fraglich ist erstens, ob die Ausländer in den bestimmten Gebieten in Japan in keiner Weise japanischen Rechtsvorschriften unterworfen waren. Ob die Exterritorialität überhaupt die japanischen Rechtsvorschriften ausgenommen hat, muss noch

---

[27] Schon *Langguth* stellte dar: Die Gesellschaft habe „jagend einige Hühner erlegt" (*Adolf Langguth*, Prinz Heinrich von Preußen, 1829, S. 177).

[28] *Peter Panzer*, Prinz Heinrich und der Ferne Osten, in: Prinz Heinrich von Preußen, (Hrsg. v. Rainer Hering/Christina Schmidt), 2013, S. 91 ff.

überprüft werden. Zweitens ist die Frage zu erklären, ob die Polizisten die wenigen deutschen Mitglieder der Jagdgruppe festnehmen und zum Gouverneursgebäude verfrachten wollten. Nach dem japanischen Dokument haben die Polizisten die Deutschen keineswegs festzunehmen und zu verfrachten versucht. Sie haben bloß die Gesellschaft verfolgt, um die Namen und Adressen der einen Jagdfrevel begehenden Gesellschaft gemäß der geltenden Verfahrensvorschriften bezüglich des Jagdfrevels durch Ausländer herauszubekommen.

4. Darstellung von Wippich

In dem vom Wippich verfassten Aufsatz[29] über den Fall ist die Darstellung meistens, wenn ihn man mit den anderen vergleicht, präziser und korrekter. Problematisch scheint für mich nur die Interpretation der Rechtslage und der Exterritorialität im damaligen Japan gewesen zu sein.

Wippich schreibt wie folgt: „Auf dem Bahnhof Suita erfolgte der zweite Akt des sich zur Affäre entwickelnden Dramas. Gemäß ihrer Marschroute, einer direkten Konfrontation mit den Ausländern auszuweichen, bemühten sich die Polizisten darum, diese an der Benutzung des Zuges zu hindern, indem dem Bahnhofvorsteher aufgetragen wurde, keine Fahrkarten zu verkaufen. Sowohl dieses Vorgehens wie auch der Versuch, über den Halternamen des Jagdhundes an die Personalien der Fremden heranzukommen, scheiterten, wenn auch der Zug in Richtung Osaka abgefahren war“. „Daraufhin machten sich die erbosten Deutschen zu Fuß auf den Weg“. „Die Deutschen mussten wegen der Hinderung durch Polizisten, eine Rikscha zu benutzen, zu Fuß nach Osaka“. „Ihnen folgte bis Osaka einer der Polizisten, der nachdrücklich zu verhindern suchte, dass die vier eine Rikscha zu mieteten. Gegen die polizeiliche Beschattung der inzwischen Abgefahrenen protestierte man deutscherseits, da dies „mit der Würde einer fürstlichen Person unvereinbar“ schien.“ Er zitiert weiter Seckendorff[30]: Der Prinz wurde „in der brutalsten Weise aufgehalten, gezwungen die Jinriksha zu verlassen und die Fortsetzung der Fahrt inhibiert.“ Unter Polizeibewachung wurden die Deutschen anschließend trotz ihres Protestes in einem „Gewaltakt“ zum Sitz des Gouverneurs von Osaka gebracht, wodurch sich die Rückkehr nach Kobe erneut verzögert.“[31] Die Hinderung, die Rikscha zu benutzen, und die beharrliche Beschattung der Polizisten waren objektiv betrachtet für den Prinzen bestimmt eine unwürdige Behandlung. Wenn man aber die Verhaltensweise der Polizisten von ihrem Standpunkt aus, von dem aus sie nur den ausländischen Täter des Jagdfrevels vor sich sahen, beachtet, mussten sie die Deutschen gemäß ihrer Marschroute behandeln, weil sie keineswegs bemerken konnten, dass sie die Jagdgesellschaft des preußischen Prinzen waren. Die Ursache der

---

[29] *Rolf-Harald Wippich*, a.a.O., in: Überseegeschichte, S. 271 ff. In diesem Aufsatz wurde auch die auf Japanische geschriebenen Literatur nachgeschlagen. Nur der Familienname des Opfers der Gewalttätigkeiten war nicht „Iida“, sondern „Ida“.

[30] *Seckendorff* an den Kronprinz, 8. 2. 1880; BA-MA RM 2/397.

[31] *Wippich*, a.a.O., S. 273.

Beschattung der Polizisten lag in Nicht-Nennung der Namen und der Adressen durch die Gesellschaft.

Später muss noch die Gesetzmäßigkeit der Maßnahme der Polizisten überprüft werden.

IV . Normative Situation unter der Konsulargerichtsbarkeit Japans von damals

1. Norm bei der Konsulargerichtsbarkeit

Es ist klar, dass unter der Konsulargerichtsbarkeit das Gesetz des Heimatlandes des Täters angewandt werden sollte, um ihn zu bestrafen. Die „Sanktionsnorm" der Strafvorschrift muss also kein Gesetz am Tatort, sondern nur ein Gesetz im Heimatland sein. Die Frage liegt jedoch darin, welche „Verhaltensnorm" für das Verhalten des Ausländers, der im ansässigen Land die Straftat begangen hat, angewandt werden sollte. Solange die Strafvorschrift als Verhaltensnorm in Heimatland und in dem ansässigen Land inhaltlich keinen großen Unterschied hat, verursacht es kein großes Problem. Es scheint so etwa beim Kernstrafrecht zu sein, da die Tötung, die Körperverletzung, der Diebstahl, der Raub, die Brandstiftung oder Geldfälschungen sowohl in den entwickelnden als auch in weniger weit entwickelten Ländern ohnehin stets verboten sind. Weitaus fraglicher ist dies allerdings bei der Verletzung eines Nebenstrafgesetzes oder einer Verwaltungsverordnung. Das Jagdverbot gehört zu dieser letzteren Kategorie.

2. Meinungsunterschied: Funktion der Norm

Wenn die Frage gestellt wurde, welches Gesetz, entweder das Gesetz des Heimatlandes oder das Gesetz des Tatortes, angewandt werden soll, wurde bisher zwischen Sanktionsnorm und Verhaltensnorm nicht klar unterschieden. Kisaburo Yokota (1896 - 1993), der schon seit der Zeit vor dem Zweiten Weltkrieg der Erste unter den japanischen Völkerrechtlern war, hat ohne Unterscheidung der beiden Funktionen die Frage gestellt, welches Gesetz angewandt werden sollte. Er stellte die Meinung von Kazuo Hatoyama[32] (1856 - 1911) vor, der vertrat, dass das japanische Gesetz auf die Tat der Ausländer angewandt werden sollte, weil das Verbrechen gegen Japaner wegen der Verletzung des Rechts von Japanern begründet werden sollte. Yokota begründet die Gegenmeinung wie folgt:[33] „Die bestimmte Strafe sollte immer auf die bestimmte Straftat auferlegt werden". „Die Strafe ist mit einer bestimmten Tat untrennbar verbunden." Deswegen sei es selbstverständlich, dass auch die Straftat, wegen der die Strafe auferlegt werden sollte, ebenso durch das ausländische Gesetz bestimmt werden sollte. Er schreibt als Er-

---

[32] *Kazuo Hatoyama*, Theorie der Exterritorialität, Hogku Kyokai Zasshi Bd. 45, S. 22 ff. *Hatoyama* diente in Außenministerium und nachher Professor an der Kaiserlichen Universität Tokyo.

[33] *Yokota*, a.a.O., S. 295.

gebnis: „Es ist nicht möglich, dass eine Meinung absolut richtig ist.“[34] Wenn man jedoch diese Frage von der heutigen Sicht aus bedenkt, so wäre es zweckmäßiger, wenn man die Funktion der Norm in die Verhaltens- und Sanktionsnorm unterscheidet. Die Anwendung der Sanktionsnorm muss freilich mit dem ausländischen Gesetz durchgeführt werden, aber die japanische Verhaltensnorm gilt in Japan. Sonst lässt sich durch die Norm in Japan für Ausländer keineswegs das Unrecht ihrer Taten bewerten.

3. Vertrag zwischen Deutschland und Japan

Die Konsulargerichtsbarkeit entstand aus dem Vertrag zwischen beiden Ländern, der 1871 von dem Norddeutschen Bund auf das Deutsche Kaiserreich ausgeweitet worden war. Es ist außer Frage, noch zu überlegen, welche Verhaltensnorm angewandt werden soll, wenn eine Vorschrift des Vertrages dies explizit geregelt hat. Der Vertrag zwischen Niederland und Japan von 30. Januar 1856 schieb vor (§ 2): „Wann er door een Nederlander eenige Japansche wet wordt overtreden, zal daarvan kennis worden gegeven aan den hoogsten Nederlandschen ambtenaar, die op Desima geplaatst is, en zal hij door zijne tusschenkomst door de Nederlandsche Regering, volgens de Nederlandsche wetten, worden gestraft.“[35] Hierbei regelte der Vertrag offensichtlich die Anwendung des japanischen Gesetzes als Verhaltensnorm. Aber im § 6 des Vertrages zwischen Deutschland (dem Norddeutschen Bund) und Japan am 20. Februar 1869 gab es keinen solchen Abschnitt: „Deutsche Untertanen, welche ein Verbrechen gegen Japanische Untertanen oder gegen Angehörige einer anderen Nation begehen sollten, sollen vor den Deutschen Konsularbeamten geführt und nach Deutschen Gesetzen bestraft werden“. Derselbe Wortlaut wie in Vertrag mit den Niederlanden findet sich nicht. Man kann, nebenbei gesagt, in dieser Vorschrift einsehen, dass es unklar ist, von wem, einem japanischen Polizeibeamten oder dem deutschen Konsulat, der Verdächtige „vor den Deutschen Konsularbeamten geführt“ werden soll. Theoretisch scheint es so zu sein, dass „argumetum a contrario“ möglich wäre: d. h., es sollte die japanische Verhaltensnorm nicht auf die Unrechtstat des Deutschen angewandt werden, da es an einer solchen Sondervorschrift im Vertrag gerade fehlt.[36]

---

[34] *Yokota*, a.a.O., S. 295. In der Praxis sind laut *Yokota* die Meinungen darüber ebenfalls unterschiedlich. Er weist aber darauf hin, dass einige Gesandten die Befugnis hatten, die neuen Gesetzen oder Verordnungen zu regeln, und sich auch dazu zu entscheiden, dass ihre Bürger den japanischen Gesetzen folgen mussten.

[35] If a Netherlander at any time transgress any Japanese law, information thereof shall be given to the highest Netherlands officer stationed at Desima, and through his interposition the transgressor shall be punished by the Nederlands Gouvernment according to the Netherlands law.

[36] Ob die Norm in Japan für Ausländer, für welche die Exterritorialität galt, galt oder nicht, war umstritten. Vgl. *Kisaburo Yokota*, Exterritorialität in Japan – ihre rechtswissenschaftliche Betrachtungen- in: *ders.*, Kokusaiho Ronshu (Aufsätzensammlung vom Völkerrecht) Bd. 1, 1976, S. 291 ff.

4. Verhandlung mit den ausländischen Gesandten zur Jagd-Regelung

Der § 6 des Vertrags zwischen Deutschland und Japan ist natürlich der Ausgangspunkt der Normauslegung. Wippich schreibt wie folgt: „Vertragsverletzungen wie Konflikte mit der japanischen Bevölkerung und den Behörden waren daher an der Tagesordnung. Um Konflikten mit den jagdversessenen Fremden von vornherein aus dem Weg zu gehen, hatte daher viele Orte... Jagdverbote erlassen, die sie durch die Dorfbewohner kontrollieren ließen. Zumindest den Japanischen Behörden musste bewusst sein, dass derartige unter Jagdverbot gestellte Bezirke innerhalb der Vertragsgrenzen den ungleichen Verträgen im Grunde zuwiderliefen und Kollision mit den auf ihre Vertragsprivilegien insistierenden Fremden geradezu präjudizierten."[37] Der Ausgangspunkt von Wippich scheint darin zu liegen, dass das Jagdverbot in bestimmten Bezirken für die Fremden nicht gilt, da es Ausändern generell gestattet war, sich in einem Radius von ca. 25 Meilen um Osaka aufzuhalten.[38] Für Wippich scheint das Problem nur in der Einhaltung dieser Grenze der freien Bewegung zu liegen. Fraglich ist nun, ob das Jagdverbot für die Ausländer, die diese Grenze nicht verletzten, nicht gilt.

Wenn man einen Blick auf die Entwicklungsgeschichte der Verhandlung über Jagdregelungen für Ausländer zwischen der japanischen Regierung und allen Konsulaten wirft, so zeigt sich, dass das Shogunat mit der Verhandlung mit England begonnen hat. Der Konsul, Sir Rutherford Alcock KCB (1809- 1897), hat am 17. Oktober 1861 in einer Regelung (§ 7 "Rules and Regulation for the Peace, Order and Good Gouvernment of British Subjects within the Domination of the Tycoon of Japan") die Befugnis zur Festnahme des Jagdfrevlers vorgeschrieben.[39] Die Regierung Meiji hat sich mehrmals auch um die Regulierung der Jagd bemüht. Am 25. Januar 1873 ist die Verordnung „Regelung zur Federwildjagd " in Japan zustande gekommen. Bemerkenswert ist der § 15 dieser Regelung: „Es ist nicht erforderlich, dass der Täter sofort festgenommen oder das Jagdzeug sofort entzogen wird, auch wenn er entdeckt worden ist". Vielmehr sollten der Name und die Nummer des Jagdscheins von demjenigen ermittelt werden, der einen Jagdschein hat. Von demjenigen, der keinen Schein hat, sollen Namen und seine Adresse erfragt, der Täter zur Adresse begleitet und dort sein Wohnsitz festgestellt werden. Wenn der Täter sein Gesicht verheimlicht oder seinen Namen nicht mitteilt und die Adresse und den Wohnsitz nicht erklärt, sollte er zur nächsten Behörde abgeführt und seine Person dort erfragt werden. Diese Regelung galt jedoch nicht für Ausländer. Das Justizministerium hat zwar am 30. Januar 1873 an das Kabinett (Dajokan) einen Bericht, nach dem diese Regelung auch für die Ausländer gelten sollte, eingebracht. Der deut-

---

[37] *Wippich*, a.a.O., S. 271.

[38] Diese Darstellung beruht auf § 3 des Vertrags. Im Paragraph wurde auf japanische Entfernungseinheit „Ri" aus - den Deutschen Untertanen soll es gestattet sein, sich innerhalb folgender Grenzen frei zu bewegen: Von Hiogo (Kobe) zu der Entfernung von „10 Ri". Sie ist fast identisch mit 25 Meilen.

[39] Vgl. *Morita*, a.a.O., S. 36, Fn. 57, S: 52.

sche Gesandte, Maximilian August Scipio von Brandt (1835- 1920), hat am 12. Juni 1873 allerdings an das Außenministerium mitgeteilt, dass die Bestimmungen betreffend einer Lösung der Probleme rund um Jagdscheine, die Schonzeit und das Jagdgebietes, für welche zwar eine neue Regelung in Japan erforderlich sei, aber „was das dem Entwurf beigefügte Verzeichnis der Strafe für die einzelnen Uebertretungen und Vergehen anbetrifft, so sind die aufgeführten Fälle bereits durch die deutschen Verordnungen und Gesetze vorgesehen."[40]

Am 5. Dezember 1875 kam es allerdings zur sog. Middleton-Affäre[41], bei der ein Amerikaner namens John Middleton mit anderen Ausländern auf drei Polizisten, die diese wegen Jagdfrevels kontrollierten, geschossen und dabei einen verletzt haben. Am 23. Dezember wurde das Konsulargericht eröffnet. Bemerkenswert ist, dass dabei die Ansicht entwickelt worden ist, dass das japanische Gesetz, nach dem die Jagd mit Gewehr ohne Jagdlizenz verboten ist, auch die Amerikaner bindet. Als Begründung wurde aufgezeigt, dass nur die Gesetze, die die Anwendungen der japanischen Gesetze durch den Vertrag ausgeschlossen haben, von der Anwendung befreit sind. Dies ergibt sich aus der Ankündigung des amerikanischen Gesandten (Envoy Extraordinary and Minister Plenipotentiary), Charles DeLong (1832- 1876), im Jahr 1873. Middleton wurde allerdings wegen mangelnden Unrechtsbewußtseins freigesprochen. Das Ergebnis des Prozesses wurde am 12. Januar 1876 dem Außenminister und dem Innenminister berichtet. Am 15. Januar hat der Premierminister dem Außenminister befohlen, dass das Außenministerium den Gesandten aller Länder mitteilen sollte, dass die Jagd mit Schießgewehr verhindert werden muss und, wenn die Ausländer nicht aufhörten, sie zum Konsul abgeführt werden sollen.[42] Dadurch ist eine Tendenz hin zur Ermöglichung der Anwendung des japanischen Gesetzes für ausländische Jagdfrevler in Gang gesetzt. Die japanische Regierung bemühte sich eben gerade auch um die Jagdregelung für Ausländer.

Am 10. Oktober 1876 haben die Gesandten der USA, von Russland, der Niederlande, des Deutschen Reiches, von Frankreich und von Spanien gemeinsam eine schriftliche Vereinbarung unterschrieben. In ihr wurde folgendes festgelegt: „The Undersigned agree to take measures to secure that none of their countrymen shall shoot without first taking out of a license from the Japanese Government, and paying to the said Government a fee of ten dollars for a license for the whole season…" In einer zugehörigen Urkunde wurden „Formulare von Jagdlizenz und Vereinbarung" festgelegt. Dort bestimmte die Nr. 2: a Foreigner „shall not at any time shoot in any of the following places", und im Satz 4: "In any place where a notice prohibiting shooting is posted up, such notice showing two flowing pieces crossing each other, and over them four Japanese characters signifying "Shooting prohibit-

---

[40] Nippon Gaiko Bunsho Bd. 6, 1873, Nr. 266, S. 633.

[41] Vgl. *Morita*, a.a.O., S: 111 ff.

[42] Nippon Gaiko Bunsho Bd. 9, 1876, Nr. 197, S. 589. In Nr. 208, Anhang 2, S. 610 ff. der Dokumente wird die Entwicklung der Vorschläge der Gesetze für die Jagdregelungen erklärt.

ed here."[43] Der Gesandte des Deutschen Reiches, von Eisendecher, hat an den Außenminister, Munenori Terashima (1832- 1893), am 27. Oktober 1876 folgenden Brief geschrieben:[44] „Eurer Excellenz beehre ich mich unter Bezugnahme auf die gefällge Note vom 24. v. M(onat)., betreffend die Jagd-Angelegenheit, zunächst meine ungetheilte Befriedigung darüber auszusprechen, dass diese Frage nunmehr in Folge beiderseitigen bereitwilligen Entgegenkommens zu einem für alle Theile gleich befriedigenden Abschluss gelangt zu sein scheint". „In dem Euerer Excellenz ich, ... in der Anlage diejenigen Strafbestimmungen zu unterbereiten mich beehren, welche bei Jagd-Vergehen und bei Uebertretungen der jagd-polizeilichen Vorschriften in Deutschland hauptsächlich zur Anwendung kommen und für die deutsche Consulate in Japan maßgebend sein werden, benutze ich auch diese Gelegenheit, um Eurer Excellenz die Versicherung meiner vorzüglichsten Hochachtung zu erneuern". Eisendecher hat also der Jagd-Regelung in Japan zugestimmt und ist nur für die Anwendung der strengeren Sanktionsnorm in Deutschland eingetreten. Am 18. November 1876 hat die japanische Regierung die Jagd-Regelung, die zwar nur für diesjährige Jagdzeit galt, - auf die Anwendung der Sanktionsnorm jedes Auslandes Zuversicht setzend - in Kraft gesetzt.[45]

5. Interpretation des § 6 des Vertrags zwischen Japan und dem Deutschen Reich

Die Auslegung des Gesetzestextes wird nicht im Zeitpunkt der Gesetzgebung, sondern zum Zeitpunkt seiner Anwendung, also zur Suche nach seinem gegenwärtigen Sinn, durchgeführt werden. Durch die Verhandlungen der japanischen Regierung mit den verschiedenen Konsulaten ist der normative Sinn des Vertragswortlautes geändert worden. Die tatsächliche und praktische Gewohnheit der Auslegung der einschlägigen Paragrafen wird seinen normativen Sinn bestimmen. Die strafrechtliche Konsulargerichtsbarkeit, die in § 6 des Vertrages vorgeschrieben ist, ändert sich zwar nicht. Die Auslegung, nach der am Anfang aber sowohl Sanktionsnorm als auch Verhaltensnorm des Vertrages in der geltenden Norm beinhaltet sei, ist mit der neuen Vereinbarung der beiden Länder geändert worden. Wenn man den praktischen Nachteil der Exterritorialität, die von der Verletzung durch Ausländer keine Rechte der Bürger und die gesellschaftliche Ordnung schützen kann, für das Tatortsland berücksichtigt, ist die Geltung der Verhaltensnorm, aber nicht der Sanktionsnorm, für die Ausländer in Tatortsland eine Kompromisslösung. Deswegen waren die Vorwürfe des Jagdfrevels gegen die Deutschen in diesem Fall „rechtswidrig". Die Behauptung, dass die Deutschen kein Unrechtsbewusstsein hatten, lässt sich zurückweisen, da nur das unvermeidbar fehlende Unrechtsbewusstsein die Schuld des Täters beeinflussen kann.

---

[43] Nippon Gaiko Bunsho Bd. 9, 1876, Nr. 212, S. 630 ff., 633.

[44] Nippon Gaiko Bunsho Bd. 9, 1876, Nr. 219, S. 646 f.

[45] Vgl. *Morita*, a.a.O., S. 119 f.

Ob die Polizisten die Befugnis zur Festnahme hatten, war schon seit dem Abschluss des ungleichen Vertrages umstritten. Seit dem Inkrafttreten der Verordnung „Regelung zur Federwildjagd " von 1873 aber ist die Befugnis zur Festnahme zwar zu verneinen, der § 15 schrieb allerdings vor: „Wenn der Täter sein Gesicht verheimlicht oder seinen Namen nicht mitteilt und die Adresse und Wohnsitz nicht erklärt, sollte er zur nächsten Behörde abgeführt und seine Person erfragt werden." Die Polizisten haben beim Jagdzwischenfall in Suita nur dieses Verfahren eingehalten. Die deutsche Jagdgesellschaft hat jedenfalls zu Beginn des Geschehens keine Jagdlizenz gezeigt und auch keinen Namen oder Wohnsitz bekannt gegeben. Die Polizisten dürften sie „zur nächsten Behörde abführen." In diesem Fall aber wollten die Deutschen ohnehin und freiwillig zum Gouverneursgebäude in Osaka gehen.

Die Disziplinarstrafe gegen die Polizisten wegen der Unehrerbietigkeit gegen den Prinzen erfolgte nicht auf Grund der verfahrenswidrigen Festnahme oder der Verfolgung durch die Polizisten, sondern wegen ihrer unvermeidbaren Irrtümer über die Identität des Prinzen.

6. Körperverletzung

Die Körperverletzungstat der Japaner gegen den Dorfbewohner, Motokichi Ida, sollte nach der japanischen Strafverordnung (Kaitei Ritsurei = Revidierte Strafverordnung), die seit 1873 gegolten hatte, bestraft werden. § 208 dieser Strafverordnung regelte die Körperverletzung. Die Körperverletzungstat des deutschen Kaufmanns, Kleinwerth, gegen den Japaner, Motokichi, sollte dagegen nach dem deutschen StGB bestraft werden. Wenn die Tat von Deutschen in Japan nach dem deutschen StGB strafbar ist, so sollte sie so auch bei der Konsulargerichtsbarkeit bestraft werden. Als Verhaltensnorm galt auch die „Revidierte Strafverordnung" als einzuhaltenden Norm. Ob die Polizisten eine Festnahmebefugnis gehabt hätten, war fraglich. Die Verfolgung, um den Namen und die Adresse herauszubekommen, war jedenfalls nicht rechtswidrig.

7. Bestrafung der Redakteure der Zeitungen

Nebenbei war auch fraglich, ob die Bestrafung der Redakteure der Zeitungen, die den Jagdfrevel und das Verlangen der Entschuldigungszeremonie seitens der Deutschen kritisiert haben, rechtmäßig war. Die Ehrenverletzung oder die Beleidigung wurden durch das Zanboritts[46] (Verordnung zur Verleumdung) bestraft. Das Zanboritsu war eine Sonderverordnung für Ehrenverletzung, die aus 8 Paragrafen bestand. Inhaltlich wurden die Ehrenverletzung, die die Ehre zu verletzenden Begebenheiten angibt, und die Bemäkelung, die ohne Angabe der Begebenheiten nur einen schlechten Ruf verbreitet, bestraft. Es gab keinen Rechtfertigungsgrund für die Verleumdung, nach welchem diese nicht strafbar wäre, wenn nur die wahren Begebenheiten wiedergegeben wurden. Deswegen war die Bestrafung der Redakteure wegen der Verletzung dieser Verordnung damals rechtmäßig.

---

[46] Verordnung vom 28. Juni 1875.Dekret von Dajokan Nr. 110.

V. Fazit

Der Jagdzwischenfall in Suita ist aus der Sicht der Exterritorialität als ein diplomatisch entehrendes Ereignis seitens der japanischen Regierung in die Geschichte der Vertragsrevidierung eingeordnet worden. Die Regierung hat mit der Bestrafung aufgrund der Verleumdung durch die Redakteure und das Herausgabeverbot der Zeitungen die Unzufriedenheit der Bürger unterdrückt. Der bekannte Schriftsteller in der Meiji-Zeit, Yukichi Fukuzawa (1835 - 1901), hat in seinem Brief vom 22. Februar 1880 an den Außenminister, Inoue, dessen Aufarbeitung des Falles durch die Regierung scharf kritisiert:[47] „Der diesmalige Fall in Suita tatsächlich abscheulich. Es ist sicher, dass der Prinz klar unser Recht verletzt. Dass man ein Mitglied der Kaiserlichen Familien, das in cognito ausgegangen ist, nicht als solche Person erkennt, kann passieren. Es gibt keinen Grund, dass die Polizisten bestraft werden sollten." „Die Bürger in Suita sind Untertanen unseres Kaisers. Dass die Untertanen des Kaiserlichen Reiches Japan vor den Kaiserlichen Familie einen Kotau machen, lässt sich gerade als Schreckensbild unseres untergegangenen Landes verstehen."

Dieser Jagdzwischenfall hat auch Anlass zu verstärkten nationalistischen Tendenzen in der damaligen Politik Japans gegeben. Die Bevölkerung kritisierte die einen Kotau machende und entehrende Verhaltensweise seitens der japanischen Regierung und lobte das Abweisen des Reichsgerichts auch gegen den Druck durch die Regierung und die Verteidigung der Unabhängigkeit der Justiz. Es ist nicht bewiesen, dass der Fall sich auf das Attentat auf den russischen Prinzen, späterer Nikolai II (1868- 1918), durch den diesen bewachenden Polizisten oder die Hintergrundschaffung der geschlossenen Haltung des Präsidenten des RG, Iken Kosima (1837- 1908) bei der Entscheidung zur Otsu-Affäre im Jahr 1891,[48] ausgewirkt hat.[49] Allerdings hat der Zwischenfall mit dem deutschen Prinzen in Japan den Reichskanzler Otto von Bismarck (1815- 1898) dazu bewegt, eine stärkere Bewachung der Kaiserlichen Familie „inmitten einer so reizbaren und so leicht zu mörderischen Gewaltakten geneigten Bevölkerung, wie die Japaner" zu veranlassen. Es dürfte nicht gestattet werden, dass der Prinz sich aus dem geschützten Bereich entferne. Denn die „hülflose und gefährliche Lage", in die der Prinz „inmitten einer bäuerlichen Bevölkerung von Halbwilden" geraten konnte, könne man sich leicht ausmalen.[50]

Dieser Beitrag gibt der geübten Kritik nur teilweise rechtlichen Grund. Die Verfolgung durch die Polizisten war nicht rechtswidrig. Die Anwendung der japanischen strafrechtlichen Verordnung als Verhaltensnorm auf den

---

[47] Sämtliche Werke von *Fukuzawa Yukichi*, Bd. 17 (1961), S. 374 ff.

[48] Zur Otsu- Affäre vgl. *Yamanaka*, Staatsraison versus Rechtsstaat – Zur verfassungshistorischen Bedeutung der Otsu- Affäre, in: *Yamanaka*, Strafrechtsdogmatik in der japanischen Risikogesellschaft, 2008, Nomos-Dike, S. 12 ff.

[49] Vgl. *Uchiyama*, a.a.O., Hogaku Kenkyu Bd. 51, H. 5, S. 47 f.

[50] RK Bismarck an Wilhelm I, 31. 3. 1880; PAAAR 18603. Vgl. *Wippich,* a.a.O., S: 275.

deutschen Täter war zulässig; dies begründet sich aus § 6 des Vertrages, da die Auslegung des Vertrages durch weitere Vereinbarungen mit dem Vertragspartner oder durch praktische Gewohnheit im Nachhinein geändert werden kann. Im Revidierungsprozess der praktischen Gewohnheit ändert sich die Auslegung: spätestens als die USA die Verhaltensnorm der japanischen Verordnung in dem sog. Middleton-Fall in 1875 als geltend anerkannt hat, ist die Geltung der Verhaltensnorm bei der Exterritorialität theoretisch anerkannt worden.

Die Aufhebung der Konsulargerichtsbarkeit endete mit dem Vertrag vom 16. Juli 1894 mit England (Anglo-Japanese Treaty of Commerce and Navigation). Die Aufhebung sämtlicher ungleicher Verträge von Japan, die ein Hauptziel der Meiji-Regierung war, geschah erst 1911.