

Herausforderungen der COVID-19 Pandemie und ihre rechtliche Bewältigung in Korea, Japan und Deutschland

VORTRÄGE DES 9. TRILATERALEN DEUTSCH-JAPANISCH-KOREANISCHEN SEMINARS

3. BIS 4. AUGUST 2021 IN SEOUL

HERAUSGEGEBEN VON SEUNG-JU BANG UND ANDREAS POPP

HANYANG UNIVERSITY, SCHOOL OF LAW, SEOUL

KANSAI UNIVERSITY, SCHOOL OF LAW, OSAKA

UNIVERSITÄT KONSTANZ, FACHBEREICH RECHTSWISSENSCHAFT, KONSTANZ

Vorwort

Mehr als zwanzig Jahre schon verbindet den Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Konstanz mit der School of Law der Hanyang Universität Seoul eine enge Beziehung, die in zahlreichen persönlichen Begegnungen, nicht zuletzt aber auch durch gemeinsame rechtswissenschaftliche Seminare gefestigt und gepflegt worden ist. Seit über sechzehn Jahren sind es trilaterale Seminare, die uns zugleich mit der School of Law der Kansai Universität in Osaka verbinden. Auch diese Beziehung haben wir im Laufe der Zeit stärken und immer wieder erneuern dürfen, und so konnte das 9. Trilaterale Seminar – nach den Seminaren in Osaka (2016) und Konstanz (2018) – im Jahr 2021 wieder an der Hanyang Universität Seoul stattfinden. Der wechselvolle Verlauf der COVID-19-Pandemie, die uns leider auch in diesen Tagen noch fest im Griff hält, hat die Planung und Durchführung dieses Seminars nicht leicht gemacht – schließlich war es uns dank moderner Kommunikationstechnik aber möglich, uns vom 3. bis zum 4. August 2021 zumindest virtuell zu begegnen und auszutauschen.

Wenig überraschend hat die Pandemie nicht nur den äußeren Rahmen, sondern auch den Gegenstand unseres Seminars bestimmt: Mancherlei „Herausforderungen durch die COVID-19 Pandemie und ihre rechtliche Bewältigung in Korea, Japan und Deutschland“ haben zu einem breiten Spektrum von Beiträgen aus verschiedenen Teilbereichen angeregt. Wir freuen uns, viele von ihnen auch im vorliegenden Tagungsband präsentieren zu dürfen. Sie stammen aus dem Öffentlichen Recht (SEUNG-JU BANG, MARTEN BREUER, MARTIN IBLER, HYUN-JUNG PARK), dem Zivilrecht (MICHAEL STÜRNER), dem Wirtschaftsrecht (HIROAKI HARA) und dem Strafrecht (DOMINIK HOTZ, RIKIZO KUZUHARA, ANDREAS POPP, YURI YAMANAKA, HIROKI YAMASHITA, KYU-WON JUNG).

Unser Dank gilt allen Kolleginnen und Kollegen, die auf verschiedene Weise zum Gelingen dieses Seminars beigetragen haben. Zunächst gilt unser Dank insbesondere Herrn Kollegen KIM, YOUNG-WHAN, der die erfolgreiche Durchführung unseres Seminars 2021 mit einem großzügigen finanziellen Beitrag unterstützt hat und – mit den Herren Kollegen WOLFGANG HEINZ und KEIICHI YAMANAKA bekanntlich einer der Begründer unseres trilateralen Seminars ist. Darüber hinaus gilt unser Dank dem Direktor des Instituts für Rechtswissenschaft an der Hanyang Universität, Herrn Kollegen Dr. YUN, SUNHEE, dem Dekan der School of Law der Hanyang Universität, Herrn Kollegen Dr. KANG, SEONG TAE, und dem Rektor der Hanyang Universität, Herrn Kollegen KIM, WOO-SEUNG, die nicht gezögert haben, durch ihre ideelle wie auch organisatorische Hilfe zum Gelingen unseres Seminars beizutragen. Wir bedanken uns auch für die vielfältigen Bemühungen von Herrn Priv.-Doz. Dr. LEE, DO-KOOK und Frau Wiss. Mitarbeiterin KANG, TAE YUNG im Institut für Rechtswissenschaft sowie den Dolmetscherinnen, die die reibungslose Durchführung unseres virtuellen Seminars ermöglicht haben.

Nicht zuletzt gilt unser besonderer Dank aber auch Herrn Wiss. Mitarbeiter MARK SCHOCH für die Erstellung und Gestaltung dieses Sammelbandes, sowie den stud. Hilfskräften LENNART GREINER, TASCHINA HUMMEL, BRITTA KLAILE, VINCENT KREBEL, ALISA SAUR und CHRISTIAN TARACA für vielfältige Korrekturen!

Prof. Dr. Andreas Popp

Prof. Dr. Seung-Ju Bang

Konstanz und Seoul, Februar 2022

Inhaltsverzeichnis

Abschnitt I: Öffentliches Recht / Völkerrecht

Ibler: Die äußersten Grenzen für Grundrechtseinschränkungen beim Kampf gegen Covid-19	1
Bang: Corona-Pandemie und Einschränkungen der Grundrechte in Korea	10
Breuer: Corona-Pandemie und Staatshaftungsrecht	36
Park: COVID-19 Pandemic and the State Liability and Compensation Regimes in South Korea	44
Abschnitt II: Privatrecht	58
Stürmer: Die Corona-Pandemie als Störung der Geschäftsgrundlage.....	60
Hara: Current Status of Discussions on Virtual-Only Shareholder Meetings under Japanese Companies Act	76
Abschnitt III: Strafrecht	86
Hotz: Nochmals - Die Strafbarkeit des Verbreitens von Krankheitserregern am Beispiel der Corona-Krise	88
Popp: Fragmentarische Perspektiven der deutschen Strafrechtswissenschaft.....	96
Kuzuhara: Strafrechtliche Probleme der Triage	104
Jung: Hyper - and/or Hypo- Uncertain Knowledge and Inappropriate Means.....	118
Yamashita: Die soziale Distanz durch automatisierte Vorgänge: Der Verantwortliche beim Unfall des automatisch gesteuerten Autos.....	146
Yamanaka: Geschäftsstörung durch Machtausübung - Covid-19 und §234 jStGB	154

Abschnitt I
Öffentliches Recht

Die äußersten Grenzen für Grundrechtseinschränkungen beim Kampf gegen Covid-19*

MARTIN IBLER**

Inhaltsverzeichnis

1. Dynamik der Pandemie-Schutzmaßnahmen
2. Dynamik der juristischen Beurteilung von Pandemie-Schutzmaßnahmen
3. Zur Verfassungsmäßigkeit von Grundrechtseingriffen, die dem Schutz vor Covid-19 dienen
 - a. Grundrechtsdogmatik: „Schutzbereich des Grundrechts“ – „Eingriff“ – „verfassungsrechtliche Eingriffserfertigung“
 - b. Die sogenannten „Schranken-Schranken der Grundrechte“ als äußerste Grenzen für Grundrechtseinschränkungen; Beispiele: Zitiergebot, Bestimmtheitsgrundsatz, Wesensgehaltsgarantie, Verhältnismäßigkeitsprinzip, Kompetenzverteilung im Bundesstaat
4. Genügte § 5 Abs. 2 Nr. 3 Infektionsschutzgesetz den „Schranken-Schranken“ für (Rechts-) Verordnungsermächtigungen zugunsten des Bundesgesundheitsministers oder war er ein „Sündenfall“ des deutschen Gesetzgebers?
 - a. § 5 Abs. 2 Nr. 3 Infektionsschutzgesetz in der Fassung vom 27. 3. 2020
 - b. Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz?
 - aa. Anforderungen des Rechtsstaats- und des Demokratieprinzips (Art. 20 Abs. 1 bis 3, Art. 80 GG)
 - Gewaltenteilung; Parlamentsvorbehalt; Funktionsfähigkeit der (Gesundheits-)Verwaltung; Normsetzungsbefugnisse der Exekutive
 - Historischer Hintergrund: Ermächtigungsgesetze in der Weimarer Republik
 - bb. Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG als Grenze der Rechtsverordnungsbefugnis der Exekutive
 - c. Ergebnis

* Vortrag, gehalten im Rahmen des 9. Trilateralen (koreanisch-japanisch-deutschen) Seminars (3./4. August 2021). Der Vortragsstil wurde im Wesentlichen beibehalten.

** Prof. Dr. h.c., Dr. jur. Martin Ibler, Universität Konstanz

1. Dynamik der Pandemie-Schutzmaßnahmen

Die staatlichen Schutzauflagen, die in Deutschland seit März 2020 den Anstieg der Infektionen mit Covid-19 verhindern oder wenigstens verlangsamen sollten, muss ich den deutschen Teilnehmern unseres Seminars nicht ausführlich vorstellen. Für die koreanischen und japanischen Teilnehmer nur so viel: Im März und April 2020 haben die Maßnahmen unser alltägliches Leben fast lahmgelegt, landesweit, in allen deutschen Bundesländern. Die meisten Läden und alle Restaurants, Hotels, Bars, Theater, Museen, Kinos, Schwimmbäder und sonstige Sportanlagen, Kindergärten, Schulen und Universitäten mussten schließen. Verboten wurden nicht nur große Veranstaltungen wie z.B. die Spiele der Fußball-Bundesliga, Demonstrationen, wissenschaftliche (Präsenz-) Tagungen und Gottesdienste, sondern auch Familien- und Trauerfeiern. Daraufhin sanken die Infektionen erst einmal, und viele Einschränkungen wurden durch weniger gravierende ersetzt, etwa durch die Pflicht, in Räumen mit Publikumsverkehr eine Mund und Nase bedeckende Maske zu tragen und einen Abstand von 1,5 m von anderen Menschen einzuhalten, und Gäste in Restaurants mussten ihre Namen und Kontaktdaten angeben. Als dann zu Beginn der zweiten Welle der Pandemie, ab Oktober 2020, an verschiedenen Orten die Infektionszahlen wieder anstiegen, reagierte der Staat zunächst zwar zurückhaltender, etwa nur mit örtlich beschränkten Ge- und Verboten, dann aber wurden Schulen, Sportstadien, Geschäfte und Restaurants usw. wieder geschlossen. Die Versorgung der Bevölkerung mit Impfstoff kam viel zu langsam in Schwung und konnte einen erneuten Lock down nicht verhindern. Immerhin dürfen seit Juni 2021 Schulen, Restaurants und Geschäfte wieder öffnen, aber nur in kleinen Schritten – verzögert auch durch die Sorge vor einer weiteren „Coronawelle“ durch Mutationen des Virus. Für die Abschwächung der staatlichen Eingriffe nach dem ersten und nach dem zweiten Lock down gibt es mehrere Gründe. Beispielhaft nenne ich drei: Erstens die für kurze Zeit geringeren Infektionszahlen, zweitens die Angst vor einem Zusammenbrechen der Wirtschaft und drittens Gerichtsentscheidungen, die klagenden Bürgern Recht gaben.

Je länger es aber überhaupt Freiheitsbeschränkungen zum Schutz vor Covid-19 gibt, desto mehr Demonstrationen finden dagegen statt; einige davon haben mehrere tausend Teilnehmer. Manch einer sieht sogar den freiheitlich demokratischen Rechtsstaat in Gefahr. Es demonstrieren dabei nicht nur sogenannte Corona-Leugner, die Covid-19 für eine Erfindung und Verschwörung von Bill Gates oder Hillary Clinton halten, sondern viele politisch interessierte, um ihre Freiheit besorgte Bürger. Auf der anderen Seite versuchen Rechtsextremisten, die Demonstrationen für ihre Ziele zu nutzen.

2. Dynamik der juristischen Beurteilung von Pandemie-Schutzmaßnahmen

In meinem Vortrag interessiert mich die rechtliche, vor allem die verfassungsrechtliche Bewertung der staatlichen Schutzmaßnahmen. Auch diese Bewertung hat eine Historie. Zu Beginn der Pandemie waren die juristischen Stellungnahmen noch sehr allgemein. Sie zählten auf, welche Grundrechte von den Ge- und Verboten überhaupt betroffen und eingeschränkt wurden. Tatsächlich konnte dies für die meisten der vom Grundgesetz geschützten Grundrechte gezeigt

werden.¹ Dabei bezeichneten selbst namhafte Rechtswissenschaftler die staatlichen Schutzmaßnahmen zunächst noch recht pauschal als die stärksten Eingriffe in Grundrechte überhaupt seit Bestehen der Bundesrepublik. Schnell kamen erste Gerichtsentscheidungen hinzu. Nur vereinzelt, doch immerhin manchmal, gaben sie dem Kläger gegen eine staatliche Schutzmaßnahme teilweise recht. Drei mehr oder weniger typische Merkmale prägen diese Gerichtsbeschlüsse: Erstens ergehen sie in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes. Sie fußen also nur auf einer summarischen, d.h. einer ziemlich grobmaschigen Prüfung, weil keine Beweise erhoben und keine Gutachten eingeholt werden. Zweitens gestehen die Richter, unter Berufung auf die Gewaltenteilung, dem Gesetzgeber und den Verwaltungsbehörden eine sogenannte Einschätzungsprärogative, d.h. Beurteilungs- und Ermessensspielräume zu. Sie überprüfen deshalb die Annahme einer großen Gesundheitsgefahr nicht mit größter Genauigkeit, sondern nur spartanisch, nämlich ob diese Annahme Verfahrensfehler oder Willkür erkennen lässt. Ihre weitere Prüfung konzentrieren die Richter – drittens – meist auf die Verhältnismäßigkeit der bekämpften Pandemie-Schutzmaßnahme. Je länger aber die Pandemie und die Ge- und Verbote andauern, desto gründlicher hinterfragen nicht nur Juristen (sondern z.B. auch die Medien), welchen weiteren verfassungsrechtlichen Anforderungen solche Schutzmaßnahmen genügen müssen.

Ich will Ihnen dazu in aller Kürze die Grundrechtsdogmatik in Erinnerung rufen, mit deren Hilfe die deutschen Verfassungsrechtslehrer und –innen argumentieren. Aufbauend darauf spüre ich einer Frage nach, die am Beginn der Corona-Krise belastende Erinnerungen aus der deutschen Verfassungsgeschichte weckte: Durfte unser Parlament im März 2020 durch eine Änderung des Infektionsschutzgesetzes² zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite ein Ministerium zum Erlass grundrechtseinschränkender Verordnungen ermächtigen, und zwar zu solchen, die sogar vom Gesetz sollen abweichen dürfen?

3. Zur Verfassungsmäßigkeit von Grundrechtseingriffen, die dem Schutz vor Covid-19 dienen

a. Grundrechtsdogmatik: „Schutzbereich des Grundrechts“ – „Eingriff“ – „verfassungsrechtliche Eingriffsrechtfertigung“

Ob eine staatliche Maßnahme – sei es ein Gesetz, eine Verordnung oder ein Verwaltungsakt – ein Grundrecht verletzt, wird im deutschen Verfassungsrecht nach einem erprobten Schema geprüft. Es besteht im Wesentlichen aus drei Gedankenschritten. In einem ersten wird geprüft, ob eine staatliche Maßnahme den Schutzbereich eines der im Grundgesetz aufgezählten Grundrechte berührt, so dass dieses Grundrecht als verfassungsrechtlicher Prüfmaßstab herangezogen werden darf. Es wird also ermittelt, ob es um den Schutz der Menschenwürde, des Lebens, des Glaubens, der Familie, der Wohnung, des Eigentums, der allgemeinen Handlungsfreiheit usw. geht. Ein zweiter Gedankenschritt untersucht, ob die staatliche Maßnahme den Schutz schmälert, den das betroffene Grundrecht gewähren soll. Wir sprechen dann von einem „Eingriff“ in dieses Grundrecht. Bejahendenfalls prüft ein dritter Schritt, ob der Staat sich für diesen Grundrechtseingriff auf einen Rechtfertigungsgrund von Verfassungsrang stützen kann. Dieser dritte Prüfungsschritt ist der komplizierteste. Er setzt voraus, dass ein Grundrecht überhaupt beschränkt werden darf. Für die Menschenwürde ist dies zu verneinen, sie ist gemäß Art. 1 Abs.

¹ Überblick z.B. bei *Thorsten Kingreen*, Das Studium des Verfassungsrechts in der Pandemie, Jura 2020, 1019 (1022 ff.)

² Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite v.27.3.2020, BGBl. I. S. 587.

1 GG „unantastbar“. Für die anderen Grundrechte des Grundgesetzes ist zu unterscheiden, ob ihr Wortlaut ausdrücklich eine Einschränkung zulässt; dies ist bei vielen Grundrechten der Fall, etwa beim Recht auf Leben, bei der Versammlungsfreiheit und bei der allgemeinen Handlungsfreiheit. Dann müssen die Voraussetzungen dieser ausdrücklichen Einschränkungsmöglichkeit erfüllt sein. Aber auch Grundrechte ohne ausdrückliche Einschränkungsmöglichkeit, z.B. die Glaubensfreiheit, die Kunstfreiheit und die Wissenschaftsfreiheit, können – im Wege systematischer Auslegung – durch andere Schutzgüter der Verfassung „immanent“ begrenzt werden, durch Grundrechte anderer, durch andere Grundrechte oder durch weitere Verfassungsnormen, die Deutschland als demokratischen Rechtsstaat und als Sozialstaat konstituieren, der u.a. ein funktionsfähiges Gesundheitssystem gewährleisten soll. Dass - mit Ausnahme der Menschenwürde - alle Grundrechte zum Schutz dieser anderen Verfassungsgüter einschränkbar sind, heißt aber nicht, dass sie beliebig einschränkbar wären.

b. Die sogenannten Schranken-Schranken der Grundrechte als äußerste Grenzen für Grundrechtseinschränkungen

Vielmehr hat die Einschränkung jedes Grundrechts ihrerseits weitere verfassungsrechtliche Grenzen. In der Grundrechtsdogmatik ist dann von den sogenannten Schranken-Schranken der Grundrechte die Rede. Sie folgen aus Verfassungsnormen, die eingehalten werden müssen, selbst wenn die Einschränkung eines Grundrechts wegen der ausdrücklichen oder immanenten Schranken dieses Grundrechts prinzipiell zulässig sein kann.

Ein Beispiel für solche eine Schranke-Schranke ist das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG. Es verlangt, dass ein grundrechtseinschränkendes Gesetz das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen muss. Ein weiteres Beispiel ist Art. 19 Abs. 2 GG, der besagt, dass in keinem Fall ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden darf. Eine andere Schranken-Schranke ist der Bestimmtheitsgrundsatz. Er wird aus dem Rechtsstaatsgebot des Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitet und verlangt, dass eine staatliche Maßnahme so präzise wie möglich gefasst sein muss. Die wohl wichtigste Schranken-Schranke ist der ebenfalls im Rechtsstaatsprinzip wurzelnde Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Nach ihm muss jede Grundrechtseinschränkung ein legitimes Ziel verfolgen und dafür geeignet, erforderlich und angemessen sein. Ein weiteres Beispiel von Schranken-Schranken folgt aus der Kompetenzverteilung im Bundesstaat. Die Einschränkung eines Grundrechts darf danach nur durch oder aufgrund eines Gesetzes erfolgen, das vom dafür zuständigen Gesetzgeber, also entweder vom Bundes- oder vom Landesgesetzgeber, erlassen wurde.

Auf diese und andere Schranken-Schranken komme ich in der Diskussion gerne zurück. Im Folgenden befasse ich mich nur mit der schon angedeuteten Frage: Überschritt die Einschränkung von Grundrechten eine äußerste verfassungsrechtliche Grenze (Schranken-Schranke), als im März 2020 der Gesetzgeber zur Bekämpfung der Corona-Pandemie den Bundesgesundheitsminister zu Rechtsverordnungen ermächtigte, die von Gesetzen des Parlaments abweichen dürfen? Es geht mit anderen Worten darum, ob das Gewaltenteilungsprinzip einer Grundrechtseinschränkung hier Schranken setzt.

4. Genügte § 5 Abs. 2 Nr. 3 Infektionsschutzgesetz den „Schranken-Schranken“ für (Rechts-) Verordnungsermächtigungen zugunsten des Bundesgesundheitsministers oder war er ein „Sündenfall“ des deutschen Gesetzgebers?

a. § 5 Abs. 2 Nr. 3 IfSG in der Fassung vom 27. 3. 2020

Als im März 2020 immer mehr Covid-19-Fälle auftraten, wollte die Regierungskoalition im Bundestag mit einem „Bevölkerungsschutzgesetz“ das geltende Infektionsschutzgesetz ändern. Die Exekutive sollte mehr Befugnisse zur Pandemiebekämpfung erhalten. Für den Entwurf dieses „Bevölkerungsschutzgesetzes“ leistete das Bundesgesundheitsministerium wichtige Vorarbeit. Unter dem bescheiden klingenden Namen „Formulierungshilfe für die Koalitionsfraktionen“ entstand ein vollständig ausformulierter Gesetzesentwurf³. Darin schlug das Ministerium außerordentliche Befugnisse für die Bundesregierung und für sich selbst vor. Der dann von den Koalitionsfraktionen, also aus der Mitte des Bundestages, eingebrachte Gesetzesentwurf übernahm zwar nicht jede dieser „Formulierungshilfen“ des Ministeriums. Vor allem sollte jetzt das Parlament selbst und nicht die Regierung zuständig sein, den „Startschuss“ für neue Rechtsverordnungen, Anordnungen, Verwaltungsakte des Gesundheitsministeriums zu geben, nämlich die Feststellung zu treffen, dass eine epidemische Lage von nationaler Tragweite bestehe. Aber es wurde aus den Vorschlägen des Ministeriums unverändert eine andere, nicht näher begründete Regelung übernommen, deren politischen Zündstoff die Parlamentarier nur im Ansatz erkannten,⁴ vor allem unterschätzten sie die verfassungsrechtliche Brisanz.

Sie fügten diesen Vorschlag vielmehr arglos als neuen § 5 Abs. 2 Nr. 3 in das Infektionsschutzgesetz ein:

„Das Bundesministerium für Gesundheit wird im Rahmen der epidemischen Lage von nationaler Tragweite unbeschadet der Befugnisse der Länder ermächtigt,

...

....

durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates Ausnahmen von den Vorschriften dieses Gesetzes sowie der auf seiner Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen in Bezug auf die Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten, den Infektionsschutz bei bestimmten Einrichtungen, Unternehmen und Personen und gesundheitliche Anforderungen an das Personal beim Umgang mit Lebensmitteln zuzulassen, um die Abläufe im Gesundheitswesen und die Versorgung der Bevölkerung aufrecht zu erhalten;

...

– 10. ...“

³ Abrufbar unter: https://wmp-ag.de/wp-content/uploads/2020/03/Eilmaßnahmen_Epidemie.pdf.

⁴ Von der Abgeordneten Dr. Rottmann (Bündnis90/Die Grünen) in der 154. Sitzung v. 25.3.2020 Plenarprotokoll 19/154, S. 44; besonders deutlich ferner die Erklärung der Abgeordneten Bayram (Bündnis 90/Die Grünen), a.a.O., S. 76; vgl. auch Abgeordnete Maag (CDU/CSU), a.a.O., S. 57.

Diese bemerkenswerte Vorschrift ermächtigte das Bundesgesundheitsministerium dazu, durch Rechtsverordnung Ausnahmen vom Infektionsschutzgesetz zuzulassen. Ergänzt wird diese Regelung übrigens durch weitere in den Nrn. 4, 7, und 8, nach denen das Ministerium durch Rechtsverordnung auch von anderen Gesetzen abweichen darf.⁵

b. Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz?

aa. Anforderungen des Rechtsstaats- und des Demokratieprinzips (Art. 20 Abs. 1-3, Art. 80 GG)

Verfassungsrechtlich brisant an der Vorschrift war, dass nach ihr das Ministerium Rechtsverordnungen soll erlassen dürfen, die sich nicht an das Parlamentsgesetz halten müssen. Solche Verordnungen treten an die Stelle des Parlamentsgesetzes. Dadurch zeichnet sich ein Konflikt mit dem Verfassungsgebot der Gewaltenteilung ab. Jedoch trennt das Grundgesetz Legislative und Exekutive nicht parzellenscharf voneinander. Es ermöglicht, wie Art. 80 zeigt, auch der Exekutive die Setzung von Recht durch Verordnungen. Dürfte nur der Gesetzgeber Recht setzen, wäre das Parlament sehr bald überlastet; auf viele neue Herausforderungen könnte es auch nicht schnell genug mit einem Gesetz reagieren. Allerdings soll Art. 80 die Gewaltenteilung nicht aushöhlen. Die Verantwortung des Parlaments als Gesetzgeber muss gewahrt bleiben.⁶ Sie ist dort besonders groß, wo Regelungen in Grundrechte eingreifen können. Deshalb setzt Art. 80 einer Rechtsetzung der Exekutive enge Grenzen. Ob diese aber auch dann noch gewahrt sind, wenn ein Gesetz dem Ministerium erlaubt, durch Verordnung vom Gesetz abzuweichen? Rechtsstaats- wie Demokratiegebot und speziell Art. 80 könnten dadurch verletzt sein.

Noch weiteren Zündstoff birgt die Verfassungsgeschichte, weil an einer Befugnis der Regierung, anstelle des Parlaments Recht zu setzen, schon der erste demokratische Rechtsstaat in

⁵ „4. durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates Maßnahmen zur Sicherstellung der Versorgung mit Arzneimitteln einschließlich Betäubungsmitteln, der Wirk-, Ausgangs- und Hilfsstoffe dafür, mit Medizinprodukten, Labordiagnostik, Hilfsmitteln, sowie mit Gegenständen der persönlichen Schutzausrüstung und Produkten zur Desinfektion zu treffen und insbesondere

- a) Ausnahmen von den Vorschriften des Arzneimittelgesetzes, des Betäubungsmittelgesetzes, des Apothekengesetzes, des Fünften Buches Sozialgesetzbuch, des Transfusionsgesetzes sowie der auf ihrer Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen, der medizinproduktrechtlichen Vorschriften und der die persönliche Schutzausrüstung betreffenden Vorschriften zum Arbeitsschutz, die die Herstellung, Kennzeichnung, Zulassung, klinische Prüfung, Anwendung, Verschreibung und Abgabe, Ein- und Ausfuhr, das Verbringen und die Haftung, sowie den Betrieb von Apotheken einschließlich Leitung und Personaleinsatz regeln, zuzulassen,
- b) die zuständigen Behörden zu ermächtigen, im Einzelfall Ausnahmen von den in Buchstabe a genannten Vorschriften zu gestatten, ...

7. durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der Gesundheitsversorgung in ambulanten Praxen, Apotheken, Krankenhäusern, Laboren, Vorsorge- und Rehabilitationseinrichtungen und in sonstigen Gesundheitseinrichtungen in Abweichung von bestehenden gesetzlichen Vorgaben vorzusehen ...

8. durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der pflegerischen Versorgung in ambulanten und stationären Pflegeeinrichtungen in Abweichung von bestehenden gesetzlichen Vorgaben vorzusehen und insbesondere

- a) bundesgesetzliche oder vertragliche Anforderungen an Pflegeeinrichtungen auszusetzen oder zu ändern
- ...

⁶ Vgl. BVerfGE 78, 249 (272).

Deutschland zerbrach. Die Weimarer Republik hatte die großen Notlagen ihrer Zeit von Beginn an auch dadurch zu lösen versucht, dass das Parlament der Regierung erlaubte, anstelle des Gesetzgebers Recht zu setzen: während der Wirtschaftskrise durch den verlorenen 1. Weltkrieg⁷, der folgenden Hyperinflation⁸ und der Besetzung von Elsass-Lothringen⁹. Aufgrund solcher Gesetze mit dem amtlichen Namen „Notgesetz“ oder „Ermächtigungsgesetz“ ergingen allein in den Anfangsjahren der Republik (zwischen 1919 und 1925) etwa 450 gesetzvertretende Verordnungen (gegenüber ca. 700 Parlamentsgesetzen in dieser Zeit).¹⁰ Offenbar hat sich in Weimar kein Gespür dafür entwickelt, welche Gefahr dies entfesseln kann – oder Bedenken wurden angesichts der Krisen zurückgestellt. Die Republik nutzte in ihrer Not das Instrument Ermächtigungsgesetz sozusagen routinemäßig. Aber 1933 wurde aus der Routine Missbrauch. Vom 24. März 1933 an erlaubte das „Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich“¹¹ (umgangssprachlich bis heute „das Ermächtigungsgesetz“ genannt) der Reichsregierung unter Adolf Hitler grenzenlos, „Reichsgesetze“ zu erlassen. Das Parlament, der Reichstag, hatte sich selbst entmachtet.

Mit der Erinnerung an diesen „Sündenfall“ schrieben 1949 die Väter und Mütter des Grundgesetzes für alle Zeiten in Art. 20 und 79 Abs. 3 Gewaltenteilung und Demokratie fest. In Art. 80 präzisierten sie, dass im Bund ein Parlamentsgesetz die Exekutive nur dann zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigen darf, wenn Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz bestimmt werden.

Was bedeutet dies für das Bevölkerungsschutzgesetz, das im März 2020 den § 5 Abs. 2 in das Infektionsschutzgesetz einfügte? Erste juristische Aufsätze sprachen wieder von einer „Selbstentmachtung“ des Parlaments, von einer künftigen „Gesundheitsdiktatur“, erinnerten an das Ermächtigungsgesetz von 1933.¹² Manche Demonstranten gegen die staatlichen Verbote zur Pandemiebekämpfung haben dies aufgegriffen, aber sie haben dabei entweder verschwiegen oder nicht gemerkt, dass die Rechtswissenschaftler einen solchen Vergleich mit dem Ermächtigungsgesetz von 1933 am Ende als übertrieben bezeichnet haben. Das Gesetz von 1933 ermächtigte die Reichsregierung nämlich bedingungslos; die einzige Schranke, eine Befristung bis zum 1. 4. 1937, wurde durch dreimalige Verlängerung obsolet.¹³ Die auf das Gesetz vom März 2020 gestützten Einschränkungen sollten dagegen spätestens am 31. 3. 2021 außer Kraft

⁷ „Gesetz über eine vereinfachte Form der Gesetzgebung für die Zwecke der Übergangswirtschaft“ v. 17.4.1919 (RGBl. S. 394); „Gesetz über die vereinfachte Form der Gesetzgebung für die Zwecke der Übergangswirtschaft“ vom 3. August 1920 (RGBl. S. 1493); „Gesetz über den Erlaß von Verordnungen für die Zwecke der Übergangswirtschaft“ vom 6. Februar 1921 (RGBl. S. 139).

⁸ „Notgesetz“ vom 24. Februar 1923 (RGBl. I S. 147-151); „Ermächtigungsgesetz“ vom 13. 10. 1923 (RGBl. I S. 943); „Ermächtigungsgesetz“ vom 8. 12. 1923 (RGBl. I S. 1179).

⁹ Notgesetz für elsaß-lothringische Angelegenheiten“ vom 1. 3. 1919 (RGBl. S. 257).

¹⁰ *Poetzsch*, Vom Staatsleben unter der Weimarer Verfassung (vom 1. Januar 1920 bis 31. Dezember 1924), JöR 13 (1925), S. 1 (206 ff.). Ähnliches lässt sich für die Bundesstaaten des Deutschen Reichs v. 1919 feststellen, vgl. z.B. *Hans Peters*, Das Notverordnungsrecht nach Art. 55 der Preussischen Verfassung, VerwArch 1926, 375 (420 ff.).

¹¹ RGBl. I, S. 141.

¹² Z.B. *Michael Fuchs*, Corona, Gesundheitsdiktatur und Legiszid, DÖV 2020, 653 (654).

¹³ Es wurde deshalb am 30. 1. 1937 und 30. 1. 1939 durch den Reichstag, am 10. 5. 1943 durch einfachen Führerbefehl verlängert, dazu z.B. *Elmar Wadle*, Das Ermächtigungsgesetz, JuS 1983, 170 (174).

treten.¹⁴ Das Ermächtigungsgesetz von 1933 war inhaltlich unbeschränkt, die Regierung durfte selbst Grundrechte außer Kraft setzen. Das Gesetz vom März 2020 wurde auf Maßnahmen zur Bekämpfung von Pandemien beschränkt, es sollte dazu zwar Grundrechte einschränken dürfen, vorausgesetzt, die Schranken und die Schranken-Schranken der Grundrechte blieben gewahrt. Aber es durfte diese Rechte nicht außer Kraft setzen. Man sieht also schon auf den ersten Blick durchaus Unterschiede. Vor allem aber wird niemand dem Bundestag oder der Bundesregierung eine Missbrauchsabsicht unterstellen, wie sie 1933 bei der nationalsozialistischen Reichsregierung zweifelsohne bestand. Deshalb ist heute auch die fortbestehende Befugnis des Bundestags, eine grundrechtseinschränkende Rechtsverordnung aufzuheben, nicht nur eine theoretische Möglichkeit, ganz anders als es dies 1933 für den Reichstag war.¹⁵

bb. Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG als Grenze der Rechtsverordnungsbefugnis der Exekutive

Aber ein Verstoß gegen das Grundgesetz ist damit noch nicht widerlegt. Gerade wegen der historischen Erfahrung stellt Art. 80 seit 1949 extrem strenge Bedingungen für die Ermächtigung zu Rechtsverordnungen – für einen stärkeren Schutz von Rechtsstaat und Demokratie und der Grundrechte. Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung müssen vom parlamentarischen Gesetzgeber selbst bestimmt werden. Immerhin, der Zweck des § 5 Abs. 2 Nr. 3, nämlich „Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten“, erscheint mir bestimmt genug. Ob sich der zulässige Inhalt einer Verordnung noch durch Auslegung des Gesetzes verfassungskonform präzisieren lässt, z.B. auf bestimmte Ge- und Verbote begrenzen lässt, dürfte aber schon zweifelhaft sein. Jedenfalls aber kann das Ausmaß der erteilten Ermächtigung nicht mehr ermittelt werden. Eine Kompetenz des Ministeriums zur Abweichung vom ganzen Infektionsschutzgesetz, und in den weiter genannten Ermächtigungen der Nrn. 4, 7 und 8 auch von unüberschaubar vielen anderen Gesetzen, verwischt jede Vorhersehbarkeit.¹⁶ Eine Rechtsverordnung nach dieser Norm verletzt Art. 80 GG und kann deshalb auch keinen Eingriff in Grundrechte der Bürger rechtfertigen.

c. Ergebnis

Ja, § 5 Abs. 2 (Nr. 3) Infektionsschutzgesetz war ein „Sündenfall“ eines kurzzeitig überforderten Parlaments. Der Bundestag hatte sich zu sehr auf die Vorarbeit des an der Materie interessierten Ministeriums verlassen. Er hätte früher seine eigenen Wissenschaftlichen Dienste einschalten sollen. Diese haben nach Erlass des Gesetzes verfassungsrechtliche Einwände erhoben.¹⁷ Erst allmählich schien unseren Parlamentariern klar zu werden, dass diese Vorschrift ein

Fehler war. Ausdrücklich eingeräumt hat das Parlament diesen Fehler nicht.¹⁸ Aber als es acht Monate später andere Vorschriften des Infektionsschutzgesetzes erneut änderte, strich es ohne Begründung auch den unrühmlichen § 5 Abs. 2 Nr. 3.¹⁹ Es hätte aber auch die weiteren Verordnungsermächtigungen des § 5 Abs. 2 ändern müssen, soweit sie die Änderung von Gesetzen durch Rechtsverordnung zulassen.²⁰

¹⁴ § 5 Abs. 4 IfSG: „Eine auf Grund des Absatzes 2 oder § 5a Absatz 2 erlassene Rechtsverordnung tritt mit Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite außer Kraft, ansonsten spätestens mit Ablauf des 31. März 2021. ...“.

¹⁵ Gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 IfSG darf der Bundestag die Feststellung der epidemischen Lage aufheben mit der Folge, dass mit dieser Aufhebung eine nach § 5 Abs. 2 IfSG erlassene Rechtsverordnung gemäß § 5 Abs. 4 Satz 1 IfSG außer Kraft tritt. Diese Regelung dürfte – verfassungskonform ausgelegt – die weitere Möglichkeit des parlamentarischen Gesetzgebers nicht ausschließen, einzelne auf § 5 Abs. 2 IfSG fußende Rechtsverordnungen auch dann aufzuheben, wenn es bei der Feststellung der epidemischen Lage bleibt.

¹⁶ Ebenso *Thorsten Kingreen*, Das Studium des Verfassungsrechts in der Pandemie, Jura 2020, 1019 (1033 f.); *Horst Dreier*, Rechtsstaat, Föderalismus und Demokratie in der Corona-Pandemie, DÖV 2021, 229 (237).

¹⁷ *Wissenschaftliche Dienste BT*, Staatsorganisation und § 5 Infektionsschutzgesetz, v.2.4.2020, WD 3 - 080.20.

¹⁸ Soweit ersichtlich, wurde auf § 5 Abs. 2 Nr. 3 InfSchG a.F. keine gesetzesändernde Verordnung gestützt, vgl. <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/service/gesetze-und-verordnungen.html>.

¹⁹ Am 18. November 2020 aufgehoben durch Art. 1 Nr. 4 Buchst. b Buchst. aa, G v. 18.11.2020 I 2397 mit Wirkung v. 19.11.2020.

²⁰ Ebenso *Thorsten Kingreen*, Das Studium des Verfassungsrechts in der Pandemie, Jura 2020, 1019 (1033 f.); *Horst Dreier*, Rechtsstaat, Föderalismus und Demokratie in der Corona-Pandemie, DÖV 2021, 229 (237).

Corona-Pandemie und Einschränkungen der Grundrechte in Korea

SEUNG-JU BANG*

I. Einführung

Nachdem am 20. Januar 2020 die erste COVID-19-Infektion in Korea festgestellt worden war, kam es anschließend zu Ausbrüchen in der Stadt Daegu und der Provinz Kyongbuk. Daraufhin konzentrierte sich nicht nur die Zentral-, sondern auch die Kommunalregierung auf die Bewältigung der Coronakrise in dieser Region. Sie haben dieses Gebiet nicht abgeriegelt, sondern sich darum bemüht, durch Untersuchung der Infektionsverläufe, eine offene Informationspolitik, Corona-Tests und Quarantänemaßnahmen sowie medizinische Versorgung der Infizierten das Problem in den Griff zu bekommen. Aus allen Provinzen und Regionen des Landes meldeten sich spontan viele Ärztinnen und Ärzte, Krankenschwestern sowie Rettungswagenfahrer zum freiwilligen Einsatz in Daegu. Dank dieses großen Engagements wurde diese erste Coronawelle in Südkorea glücklicherweise relativ gut überstanden. Aber im Mai letzten Jahres brach in Itaewon in Seoul die zweite und im letzten Herbst im ganzen Land die dritte Corona-Welle aus. Seit dem 8. Juli diesen Jahres steckt Südkorea in der vierten Welle mit ungefähr 1,500 Infizierten pro Tag. Am 10. Juli hat die Regierung die 4. Stufe der Kontaktbeschränkungen zur Bekämpfung der Pandemie, für vorerst zwei Wochen, verkündet. Nach diesen Regeln sind Versammlung von mehr als 5 Personen und 3 Personen in Restaurants oder in einer Konferenz, alle Gottesdienste sowie der Präsenzunterricht in der Schule und das Abhalten von Vorlesungen an der Universität nicht gestattet, sondern nur in Form von Videokonferenz erlaubt.

Nicht nur Südkorea, sondern fast alle Länder der Welt haben sich bemüht, die COVID-19-Krise durch Schließung von Einrichtungen, der Isolierung von Infizierten und deren Kontaktpersonen sowie neuerdings Impfungen zu bewältigen. Trotz der Impfkampagnen verbreiten sich jedoch verschiedene Virusvarianten aus England, Südafrika oder Indien sehr rasch in der ganzen Welt und gleichfalls in Südkorea.

Wie wir in den vergangenen anderthalb Jahren erfahren haben, scheint es nicht so einfach, diese COVID-19-Pandemie endgültig zu überwinden und zu unserem früheren geordneten Alltagsleben zurückzukehren. Deshalb sollten wir als eine globale Gemeinschaft gemeinsame Bemühungen zur Überwindung der Corona-Pandemie unternehmen und zunächst in diesem trilateralen Seminar versuchen, rechtliche Wege zur Bewältigung der Herausforderungen, die sich durch die Pandemie stellen, zu finden.

Um diese Krise effektiv zu bewältigen, ist es unvermeidlich, Einschränkungen der verschiedenen Grundrechte, die durch die Nachverfolgung der Infektionswege oder Quarantäneanordnungen entstehen, zu erlassen. Deshalb sollten die Regierung bzw. die für die Bekämpfung der Krankheit zuständigen Organe die Maßnahmen zur Bekämpfung im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzips treffen.

In meinem Vortrag möchte ich beschreiben, welche Maßnahmen der Gesetzgeber zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie ergriffen hat (II), welche Grundrechte in diesem Prozess eingeschränkt wurden (III), mit welchen Rechtsmitteln und aus welchen Gründen die Bürger gegen die Maßnahmen der Regierung vorgegangen sind (IV) und wie die Gerichte in den Prozessen entschieden haben oder entscheiden sollten. Zum Schluss will ich mich mit den vor uns liegenden Aufgaben befassen und einen Ausblick geben.

II. Maßnahme des Gesetzgebers und der Exekutive

1. Gesetzgebung

In Korea wurden nach dem Ausbruch von COVID-19 die Gesetzentwürfe zur Reform des Gesetzes zur Bekämpfung von Infektionskrankheiten, des Quarantäne- und des Medizingesetzes im Parlament verabschiedet und verkündet. Mittlerweile ist dieses Gesetz zur Bekämpfung von Infektionskrankheiten geändert worden, um bestehende Unzulänglichkeiten zu korrigieren.

(1) Gesetz zur Prävention und Kontrolle von Infektionskrankheiten (im folgenden: Koreanisches Infektionsschutzgesetz - KIfSG)

A. Inhaltliche Änderungen des KIfSGs vom 4. März 2020

Zunächst wurden die Regelungen zur Eindämmung von Infektionen nach dem ersten Corona-Fall am 20. Januar 2020 in Korea wie folgt verschärft.

Erstens wurde die Regelung zur Offenlegung der Infektionsverläufe eingeführt, um die Ausbreitung der Infektionskrankheiten zu verhindern:

Führt die Ausbreitung einer die Gesundheit der Bürger schädigenden Infektionskrankheit zur Ausrufung eines Krisenalarms nach § 38 Absatz 2 des Rahmengesetzes über den Katastrophenschutz und die Sicherheit, legt der Minister für Gesundheit und Wohlfahrt unverzüglich Informationen offen, die den Bürgern zur Verhütung der Infektionskrankheit bekannt sein müssen, wie zum Beispiel Bewegungswege, Transportmittel, medizinische Behandlungseinrichtungen und Kontakte von Infizierten, indem sie solche Informationen im Informations- und Kommunikationsnetz oder in einer Pressemitteilung veröffentlichen.¹

¹ § 34-2 Abs. 1 KIfSG (Offenlegung von Informationen beim Notfall aufgrund von Infektionskrankheiten). Geändert durch Gesetz Nr. 17067 vom 4. März 2020.

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

Wenn die nach Absatz 1 offengelegten Informationen unter einen der folgenden Unterabsätze fallen, kann die betroffene Person beim Minister für Gesundheit und Wohlfahrt schriftlich, mündlich oder über das Informations- und Kommunikationsnetz Einspruch einlegen:²

1. Wenn sich die offengelegten Informationen von den faktischen Tatsachen unterscheiden.
2. Wenn die betroffene Person eine abweichende Meinung zu den offengelegten Informationen hat.
3. Hält der Minister für Gesundheit und Wohlfahrt den nach Absatz 2 erhobenen Einwand für begründet, so ergreift er die erforderlichen Maßnahmen, wie beispielsweise die Berichtigung der betreffenden offengelegten Informationen.³
4. Die Angelegenheiten, die für Umfang, Weise und Verfahren für die Auskunftserteilung und die Erhebung von Einwänden nach den Absätzen 1 und 2 erforderlich sind, sind durch Verordnung des Ministeriums für Gesundheit und Wohlfahrt zu regeln.⁴

Nach § 35-2 KfSG ist die Tätigkeit falscher Aussagen gegenüber medizinischem Personal in Bezug auf Tatsachen zur Feststellung der Infektion während einer Katastrophe verboten.⁵ Falls man diese Regelung verletzt, wird man nach § 83 Abs. 1 Ziff. 4 KfSG mit einem Bußgeld belegt.

Zweitens wurde die Regelung in Bezug auf die Zwangsmaßnahme verschärft.

Nach § 13 Abs. 1 KfSG können der Minister für Gesundheit und Wohlfahrt sowie der Bürgermeister der jeweiligen kommunalen Körperschaft diejenigen, der als Infizierter der Klasse 1 verdächtigt wird, einem Test auf Infektionserreger unterziehen.⁶ Wer diesen Test verweigert, wird mit einer Geldstrafe von höchstens drei Millionen Won belegt (§ 80 Ziff. 2 KfSG).⁷

Der Minister für Gesundheit und Wohlfahrt kann den Export von medizinischen Produkten vorübergehend verbieten, falls eine Infektionskrankheit der Klasse 1 ausbricht und die öffentliche Gesundheit aufgrund eines plötzlichen Preisanstiegs oder eines Mangels an Lieferungen von solchen Produkten, die durch die Verordnung des Gesundheitsministeriums vorgeschrieben sind, erheblich bedroht ist (§ 40-3 KfSG). Wer dies dennoch tut, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 50 Millionen Won belegt.⁸

Falls eine Infektionskrankheit ausbricht, können der Minister für Gesundheit und Wohlfahrt sowie der Bürgermeister der kommunalen Körperschaft den zuständigen Amtsträger beauftra-

² Neu eingefügt durch Gesetz Nr. 17067 vom 4. März 2020.

³ Neu eingefügt durch Gesetz Nr. 17067 vom 4. März 2020

⁴ Geändert durch Gesetz Nr. 17067 vom 4. März 2020

⁵ Neu eingefügt durch Gesetz Nr. 13392 vom 6. Juli 2015 und geändert durch Gesetz Nr. 15183 vom 12. Dezember 2017

⁶ Neu eingefügt durch Gesetz Nr. 17067 vom 4. März 2020.

⁷ Geändert durch Gesetz Nr. 15534 vom 27. März 2018; Gesetz Nr. 17067 vom 4. März 2020.

⁸ Neu eingefügt durch Gesetz Nr. 17067 vom 4. März 2020.

gen, den womöglich Infizierten zwangsweise zu isolieren oder einer Untersuchung zu unterziehen (§ 42 Abs. 1, 2 KfSG). Wer diese Maßnahmen verweigert, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 10 Millionen Won belegt (§ 79 Abs. 3).⁹

Nach § 76-2 KfSG können der Minister für Gesundheit und Wohlfahrt oder der Kommissar der koreanischen Behörde für Seuchenkontrolle und -prävention die Leiter der zuständigen zentralen Verwaltungsbehörden (einschließlich der angeschlossenen Stellen und deren zuständigen Verwaltungsbehörden), die Bürgermeister der kommunalen Gebietskörperschaften (einschließlich der in § 18 des Gesetzes über die kommunale Bildungsautonomie vorgeschriebenen Schulaufsichtsbehörden), sowie die öffentlichen Einrichtungen gemäß § 4 des Gesetzes über den Betrieb von öffentlichen Einrichtungen, medizinischen Einrichtungen, Apotheken, Unternehmen, Organisationen und Einzelpersonen zur Bereitstellung von Informationen über Patienten mit Infektionskrankheiten und der Infektionsverdächtigen auffordern, falls dies zur Verhütung von Infektionskrankheiten und zur Eindämmung der Ausbreitung von Infektionen erforderlich ist. Die Personen, die eine solche Aufforderung erhalten, müssen folgendem nachkommen:

1. Personenbezogene Daten wie Namen, Einwohnermeldenummern gemäß § 7-2 Abs. 1 des Einwohnermeldegesetzes, Adressen und Telefonnummern (einschließlich Mobiltelefonnummern);
2. Verordnungen nach § 17 des Gesetzes über den ärztlichen Dienst und Krankenakten usw. nach § 22 desselben Gesetzes;
3. Datei über die Ein- oder Ausreisekontrolle während des vom Minister für Gesundheit und Wohlfahrt festgelegten Zeitraums;
4. Andere durch Präsidialverordnung vorgeschriebene Informationen zur Überwachung der Bewegungswege solcher Patienten usw.¹⁰

Darüber hinaus können der Minister für Gesundheit und Wohlfahrt sowie der Bürgermeister einer kommunalen Gebietskörperschaft von dem Leiter der Polizeibehörde die Standortinformationen oder Bewegungsinformationen von Patienten mit einer Infektionskrankheit oder der Infektionsverdächtigen anfordern. In diesem Fall kann der Leiter der zuständigen Polizeibehörde von dem Träger der persönlichen Standortinformationen oder dem Telekommunikationsträger, auf Aufforderung des Ministers für Gesundheit und Wohlfahrt oder des Bürgermeisters ungeachtet des § 15 des Gesetzes zum Schutz und der Nutzung von Standortinformationen und § 3 des Gesetzes zum Schutz von Kommunikationsgeheimnissen die Information über den Standort, der an einer Infektionskrankheit leidenden Person oder des Infektionsverdächtigen, anfordern. Derjenige Träger persönlicher Standortinformationen und der Telekommunikationsträger, der eine solche Aufforderung erhält, muss dieser nachkommen, sofern kein gerechtfertigter Grund vorliegt.¹¹ Wie unten ausführlich am Beispiel Seouls erläutert, hat ein Betroffener gegen diese Klausel und eine Maßnahme des Bürgermeisters und des Ministers für Gesundheit und Wohlfahrt Verfassungsbeschwerde vor dem Verfassungsgericht mit der Begründung

⁹ Dieser Artikel wurde neu eingefügt durch Gesetz Nr. 17067 vom 4. März 2020.

¹⁰ Geändert durch Gesetz Nr. 14286 vom 2. Dezember 2016; Gesetz Nr. 17067 vom 4. März 2020.

¹¹ Geändert durch Gesetz Nr. 13639 vom 29. Dezember 2015; Gesetz Nr. 15608 vom 17. April 2018; Gesetz Nr. 17067 vom 4. März 2020.

erhoben, dass durch diese Vorschrift und die Auswertung seiner Telekommunikationsinformationen durch den Bürgermeister der Stadt Seoul sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung und Schutz des Privatlebens bzw. Freiheit der Telekommunikation verletzt sei.

B. Inhalte der nachfolgenden Änderung des KIFSGs

1) Gesetz Nr. 17475 vom 12. August 2020

Als wegen der Pandemie ein Mangel an medizinischen Einrichtungen und Quarantäne- oder Isolierungseinrichtungen aufzutreten drohte, hat der Gesetzgeber das KIFSG-Gesetz am 12. August 2020 geändert, um die gesetzliche Grundlage für folgende Maßnahmen zu schaffen: den Transfer der Patienten in ein anderes Krankenhaus angesichts der Erheblichkeit der Krankheit¹², die Mobilisierung der medizinischen Einrichtungen zur Bereitstellung von Krankenbetten¹³, die Pflicht, Atemschutzmasken zu tragen¹⁴ und die Möglichkeit von Sanktionierungen, die Kostenbelastung gemäß dem Prinzip der Gegenseitigkeit bei der ärztlichen Untersuchung, Behandlung, sowie eine Diagnose für diejenigen Ausländer, die mit einer Infektion aus dem Ausland nach Korea eingereist sind.¹⁵ Die hauptsächlichen Inhalte sind folgende:

- Der Kommissar der koreanischen Behörde für Seuchenkontrolle und -prävention und der Bürgermeister der kommunalen Gebietskörperschaft können anordnen, dass diejenigen, die nicht nach den Absätzen 1 und 2 stationär behandelt werden, oder diejenigen, bei denen das Risiko einer Infektion oder Übertragung einer Infektionskrankheit durch Kontakt mit einem infizierten Patienten besteht, sich zu Hause oder in einer Einrichtung zur Infektionsbekämpfung behandeln lassen müssen (§ 41 Abs. 3 KIFSG).¹⁶ Angelegenheiten, die für Methoden und Verfahren zur Durchführung der Selbstversorgung und der stationären Behandlung erforderlich sind, und andere relevante Angelegenheiten werden durch Präsidialverordnung vorgeschrieben (§ 41 Abs. 4 KIFSG). Eine Person, die sich weigert, der in § 41 (3) KIFSG vorgeschriebenen Überstellung nachzukommen, wird mit einer Geldbuße bis zu einer Million Won belegt (§ 83 Abs. 3 Ziff. 2-2 KIFSG).

- Der Kommissar der koreanischen Behörde für Seuchenkontrolle und -prävention oder der Bürgermeister der kommunalen Gebietskörperschaft können den Verwalter des Orts oder der Einrichtungen, Manager sowie Betreiber, Benutzer der Einrichtungen und der Verkehrsmittel, wo die Verbreitung der Infektion hochwahrscheinlich ist, auffordern, die Präventionsrichtlinien zur Krankheitsbekämpfung wie etwa das Tragen von Masken einzuhalten.

¹² § 41 Abs. 3 und 4 KIFSG.

¹³ § 49 Abs. 1 Ziff. 12-2 KIFSG.

¹⁴ § 49 Abs. 1 Ziff. 2-2 bis Ziff. 2-4 und § 83 Abs. 2 und Abs. 4 KIFSG.

¹⁵ § 69-2 KIFSG.

¹⁶ Geändert am 18. Januar 2010; am 11. August 2020.

Bei dem Verstoß gegen diese Anordnung wird eine Geldbuße verhängt (§ 49 Abs. 1 Ziff. 2-2 bzw 2-4 KIFSG¹⁷, § 83 Abs. 2 und 4 KIFSG).

¹⁷ Artikel 49 (Präventionsmaßnahmen gegen Infektionskrankheiten) (1) Um Infektionskrankheiten zu verhindern, ergreifen der Kommissar der koreanischen Behörde für Seuchenkontrolle und -prävention, der Bürgermeister der kommunalen Gebietskörperschaft alle oder folgende Maßnahmen; und der Minister für Gesundheit und Wohlfahrt kann Maßnahmen gemäß Unterabsatz 2 ergreifen, um Infektionskrankheiten zu verhindern:

1. Vollständiges oder teilweises Anhalten des Verkehrs im zuständigen Gebiet
2. Einschränkung oder Verbot von Aufführungen, Versammlungen, religiösen Zeremonien oder anderen großen Menschenansammlungen;
- 2-2. Anordnung, dass der Manager, Betreiber, Benutzer usw. von Orten oder Einrichtungen, bei denen das Risiko der Verbreitung einer Infektionskrankheit besteht, die Präventionsrichtlinien zur Krankheitsbekämpfung wie z. B. die Erstellung einer Besucherliste und das Tragen einer Maske einhält.
- 2-3. Anordnung, dass Benutzer von Verkehrsmitteln wie Busse, Züge, Schiffe und Flugzeuge, die wahrscheinlich Infektionskrankheiten übertragen, die Präventionsrichtlinien zur Krankheitsbekämpfung wie das Tragen einer Maske einhalten.
- 2-4. Anordnung der Einhaltung von Präventionsrichtlinien zur Krankheitsbekämpfung wie das Tragen einer Maske in einer bestimmten Region während eines bestimmten Zeitraums, da sich Infektionskrankheiten wahrscheinlich ausbreiten werden.
3. Durchführung ärztlicher Untersuchungen oder Durchführung von Autopsien oder Sektionen von Leichen
4. Untersagung des Verkaufs oder der Entgegennahme von Lebensmitteln, die die Gefahr der Übertragung von Infektionskrankheiten mit sich bringen, Entsorgung dieser Lebensmittel oder andere notwendige Maßnahmen
5. Erlass einer Anordnung zur Ergreifung von Vorsorgemaßnahmen für Personen, die an einer Schlachtung zur Verhinderung von Zoonosen beteiligt waren, oder für Personen, die Zoonosen ausgesetzt waren
6. Anordnung, den Besitz und die Weitergabe von Sachen, die ansteckende Krankheiten übertragen können, einzuschränken oder Gebot, solche Sachen zu vernichten oder zu verbrennen oder sonstige notwendige Entschuldigungen vorzunehmen;
7. Anordnung, zu allen Verkehrsmitteln, wie Schiffe, Flugzeuge und Züge, Geschäftsräume oder an anderen öffentlichen Orten Ärzte zu entsenden oder an solchen Orten zur Verhütung von Infektionskrankheiten erforderliche Einrichtungen zu installieren;
8. Anordnung zur Desinfektion oder Ergreifung sonstiger notwendiger Maßnahmen für Einrichtungen oder Plätze im Zusammenhang mit der öffentlichen Sanitärversorgung oder das Verbot der Installation, Umgestaltung, Änderung, Stilllegung oder Nutzung von Wasserwerken, Abwasserkanälen, Brunnen, Mülldeponien und Toiletten;
9. Anordnung zur Ausrottung von Nagetieren, Ungeziefer oder anderen Tieren, die ansteckende Krankheiten übertragen, oder die Einrichtung von Einrichtungen zu deren Ausrottung;
10. das Angeln oder Schwimmen an bestimmten Gewässern oder die Nutzung bestimmter Brunnen einzuschränken oder zu verbieten;
11. Verbot des Fangens von Tieren, die Zwischenwirte sind, die Infektionskrankheiten übertragen, oder das Verbot des Verzehrs solcher Tiere im rohen Zustand;
12. Mobilisierung von medizinischem Personal, Ärzten und anderem notwendigen medizinischen Personal während einer epidemischen Periode;
- 12-2. Mobilisierung von Krankenbetten von medizinischen Einrichtungen, Ausbildungsinstituten und Unterkünften während der Pandemie;

- Der Kommissar der koreanischen Behörde für die Seuchenkontrolle und -prävention von Krankheiten und der Bürgermeister kann die Mobilisierung von Einrichtungen wie Krankbetten medizinischer Einrichtungen, Ausbildungsinstituten und Unterkünften während der Pandemie anordnen (§ 49 Abs. 1 Ziff. 122 KIfSG).

- Der Kommissar der koreanischen Behörde für Seuchenkontrolle und -prävention kann von ausländischen Patienten oder Infektionsverdächtigen verlangen, die Kosten für die Behandlung usw. gemäß dem Prinzip der Gegenseitigkeit zu erstatten (§ 69-2 KIfSG).¹⁸

2) Gesetz Nr. 17491 vom 29. September 2020

Um die Fähigkeit der Gebietskörperschaft für kommunale Selbstverwaltung in der Wirklichkeit zu unterstützen, wurde für den Bürgermeister der kommunalen Gebietskörperschaft die Pflicht eingeführt, folgende Informationen offenzulegen: Bewegungsverläufe, die Kompetenz, die vorübergehende Dienstanordnung gegenüber dem Seuchenkontrollbeauftragten zu treffen, und die Kompetenz, dem betreffenden Institut die erforderlichen Informationen bezüglich der Patienten mit Infektionskrankheiten oder der Infektionsverdächtigen mitzuteilen.

Um das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu schützen, wurde die gesetzliche Grundlage für die Löschung der nicht mehr notwendigen Information, sowie das Verbot der zweckwidrigen Nutzung der erhobenen Informationen geschaffen.

Dies sind die Hauptinhalte der Gesetzesänderung:

- In die Krisenkontrollmaßnahmen gegen Infektionskrankheiten nach § 34 Abs. 2 KIfSG¹⁹ wurden die Präventionsrichtlinien zur Ergreifung von Gegenmaßnahmen für die jeweiligen Typen

13. Anordnung zur Desinfektion oder Ergreifung sonstiger erforderlicher Maßnahmen von der Infektion befallenen Gebäude

14. Hospitalisierung oder Quarantäne von Personen, bei denen der Verdacht besteht, dass sie sich eine Infektionskrankheit zugezogen haben, an einem geeigneten Ort für einen bestimmten Zeitraum.

(2) Beabsichtigt ein Bürgermeister der kommunalen Gebietskörperschaft, die Verwendung von Trinkwasser gemäß Absatz 1 Ziff. 8 und 10 zu verbieten, hat er während dieses Zeitraums gesondert Trinkwasser bereitzustellen, und wenn ein Bürgermeister der kommunalen Gebietskörperschaft die Maßnahmen nach Absatz 1 Ziff. 1, 2, 6, 8, 10 und 11 zu ergreifen beabsichtigt, muss er die betreffenden Einwohner vorab davon in Kenntnis setzen.

¹⁸ § 69-2 (Kosten zu Lasten von Ausländern) Der Kommissar der koreanischen Behörde für Seuchenkontrolle und -prävention kann verlangen, dass ein ausländischer Patient mit einer ansteckenden Krankheit oder eine Person, die im Verdacht steht, an einer ansteckenden Krankheit zu leiden, ganz oder teilweise die folgenden Kosten unter Berücksichtigung der internationalen Ausübung des Grundsatzes der Gegenseitigkeit usw. übernimmt. Das Vorstehende gilt nicht für Ausländer, die sich in Korea mit einer ansteckenden Krankheit infiziert haben:

1. Behandlungskosten nach § 41;

2. Aufwendungen für Untersuchung, Diagnose, Behandlung, Krankenhausaufenthalt und Quarantäne nach § 42. (Dieser Artikel wurde am 12. August 2020 neu eingefügt.)

¹⁹ § 34 (Etablierung und Durchführung von Krisenkontrollmaßnahmen gegen Infektionskrankheiten) (1) Der Kommissar der koreanischen Behörde für Seuchenkontrolle und -prävention formuliert und führt Krisenkontrollmaßnahmen gegen Infektionskrankheiten (im Folgenden als "Krisenkontrollmaßnahmen gegen Infektions-

von höchstwahrscheinlich ansteckbaren Personengruppen und sozialen Einrichtungen gemäß der jeweiligen Situation bei Ausbruch und Ausbreitung von Infektionskrankheiten neu eingefügt (§ 34 Abs. 2 Ziff. 5-2 KIfSG).

- Zur Offenlegung von Informationen während des Notfalls bei Infektionskrankheiten ist auch der Bürgermeister der kommunalen Gebietskörperschaft verpflichtet. Nicht nur wurden weniger notwendige Informationen wie Geschlecht oder Alter aus der Offenlegungspflicht ausgeschlossen, sondern die offengelegten Informationen sollten auch unverzüglich gelöscht werden, sobald die Offenlegung der Informationen nicht mehr erforderlich ist.

- Um die Wirksamkeit der verschiedenen Präventionsrichtlinien für die Bekämpfung der Pandemie zu gewährleisten, wurde die gesetzliche Grundlage für die Quarantäne der potentiell Infizierten zu Hause oder in einer Einrichtung, sowie die Überprüfung des Vorhandenseins oder Fehlens von Symptomen einer Infektionskrankheit auf der Grundlage der drahtgebundenen oder drahtlosen Kommunikation oder der Verwendung von Geräten auf der Grundlage der Informations- und Kommunikationstechnologie (§ 42 Abs. 2 KIfSG) geschaffen.

- Nicht nur dem Kommissar der koreanischen Behörde für Seuchenkontrolle und -prävention, sondern auch dem Bürgermeister der kommunalen Gebietskörperschaft wurde die Kompetenz verliehen, jede Person, die unter § 60-2 Abs. 3 Ziff. 2 (Arzt) oder 3 (Apotheker) KIfSG fällt,

krankheiten" bezeichnet) nach Beratung durch den Ausschuss durch, um auf einen Notfall infolge der Ausbreitung von Infektionskrankheiten oder der Übertragung neuer überseeischer Infektionskrankheiten in der Republik Korea zu reagieren. (Geändert am 18. Januar 2010; 6. Juli 2015; 11. August 2020)

(2) Die Maßnahmen zur Krisenbekämpfung bei Infektionskrankheiten umfassen Folgendes: (Geändert am 18. Januar 2010; 6. Juli 2015; 11. August 2020)

1. Systeme für die Reaktion auf das Eintreten einer Katastrophe und die Übertragung von im Ausland neu auftretenden Infektionskrankheiten und die Rolle der Agenturen darin;

2. Beurteilung einer Katastrophe oder eines Notfalls, Entscheidung über Notfallwarnungen und Katastrophen- und Notfallmanagementsysteme;

3. Erstellung der Listen von Experten, wie medizinischem Personal, Einrichtungen und medizinischen Einrichtungen, die während eines Infektionsnotfalls mobilisiert werden sollen;

4. Pläne zur Bevorratung und Sicherung von medizinischem Material

5. Training für tatsächliche Situationen, wie Verhaltenskodizes und Bildung für Bürger und Kartenübungen für das Personal, die Einrichtungen und Institutionen, die bei einer Katastrophe oder einem Notfall mobilisiert werden sollen;

6. Andere Angelegenheiten, die der Kommissar der koreanischen Behörde für Seuchenkontrolle und -prävention für notwendig erachtet, um bei Katastrophen oder Notfällen zu kopieren.

(3) Der Kommissar der koreanischen Behörde für Seuchenkontrolle und -prävention führt regelmäßig Schulungen durch, die auf Maßnahmen zur Krisenkontrolle bei Infektionskrankheiten basieren. (Neu eingefügt am 6. Juli 2015; 11. August 2020)

(4) Angelegenheiten, die für die Etablierung, Durchführung usw. von Krisenkontrollmaßnahmen gegen Infektionskrankheiten erforderlich sind, werden durch Präsidialverordnung vorgeschrieben. (Geändert am 6. Juli 2015)

als Seuchenkontrollbeauftragten für vorübergehende Dienststanordnungen zu bestimmen (§ 60-3 Abs. 2 KIfSG²⁰).

- Die Kompetenz, von Unternehmen die Standort- oder Telekommunikationsinformationen zu verlangen, wird nicht nur dem Kommissar der koreanischen Behörde für Seuchenkontrolle und -prävention, sondern auch dem Bürgermeister der kommunalen Gebietskörperschaft übertragen (§ 76-2 und § 79-2 KIfSG).

3) Gesetz Nr. 17642 vom 15. Dezember 2020

Um die Reaktionsfähigkeit des medizinischen Personals zur Prävention von Infektionen und den Schutz der medizinischen Einrichtungen zu verstärken, wurde die Pflicht des Staates und der kommunalen Gebietskörperschaft zum Schutz der Experten für die Prävention und Kontrolle der Infektionskrankheiten geregelt²¹ und der Umfang der Risikogruppen, wie beispiels-

²⁰ § 60-3 (Vorübergehende Dienststanordnungen) (1) Wenn eine Infektionskrankheit in die Republik Korea übertragen wird oder dort eine Epidemie ausbricht oder bereits ausgebrochen ist, kann der Kommissar der koreanischen Behörde für Seuchenkontrolle und -prävention oder ein Bürgermeister der kommunalen Gebietskörperschaft dem ganzen in § 2 Absatz 1 des medizinischen Dienstgesetzes vorgeschriebenen medizinischen Personal anordnen, dass es in einer medizinischen Einrichtung, die gemäß § 36 oder § 37 als Infektionskrankheitsbekämpfungseinrichtung bezeichnet wird, einem Spezialkrankenhaus für Infektionskrankheiten oder einem nach § 8-2 eingerichteten oder benannten Forschungs Krankenhaus für Infektionskrankheiten für einen bestimmten Zeitraum Seuchenbekämpfungsaufgaben wahrnimmt. (Geändert am 11. August 2020)

(2) In Notsituationen, in denen eine ansteckende Krankheit in die Republik Korea übertragen wird oder dort eine Epidemie ausbricht, können der Kommissar der koreanischen Behörde für Seuchenkontrolle und -prävention und der Bürgermeister der kommunalen Gebietskörperschaft jede Person, die unter § 60-2 Abs. 3 Ziff. 2 oder 3 fällt, als Kontrollbeamten ernennen, der für einen bestimmten Zeitraum Seuchenkontrollaufgaben wahrnimmt. (Geändert am 4. März 2020; 11. August 2020; 29. September 2020)

(3) Wenn das Personal für epidemiologische Untersuchungen aufgrund einer von Infektionen unterbesetzt ist, können der Kommissar der koreanischen Behörde für Seuchenkontrolle und -prävention und der Bürgermeister der kommunalen Gebietskörperschaft jede Person, die unter § 60-2 Abs. 3 Nr. 2 oder 3 fällt, als Beauftragten zur Wahrnehmung von Aufgaben im Zusammenhang mit epidemiologischen Untersuchungen für einen bestimmten Zeitraum ernennen (Geändert am 4. März 2020; 11. August 2020)

(4) Ein Seuchenkontrollbeamter oder epidemiologischer Untersuchungsbeamter, der vom Kommissar der koreanischen Behörde für Seuchenkontrolle und -prävention oder von einem Bürgermeister der kommunalen Gebietskörperschaft gemäß Absatz 2 oder 3 ernannt wird, ist als Beamter in einer befristeten Position im Sinne von § 26-5 des Staatsbeamtengesetzes anzusehen. (Geändert am 4. März 2020; 11. August 2020)

(5) Angelegenheiten, für die nach Absatz 1 erteilten vorübergehenden Dienststanordnungen erforderlich sind, sowie die Frist, Verfahren usw. für die Ernennung nach den Absätzen 2 und 3 werden durch Präsidialverordnung vorgeschrieben. (Dieser Artikel wurde am 29. Dezember 2015 neu eingefügt).

²¹ § 4 Abs. 2 Ziff. 8-2 KIfSG.

weise Geringverdiener, Kinder, Alte und Behinderte, die soziale Einrichtungen nutzen, erweitert.²² Daneben wurde die vorübergehende gesetzliche Grundlage für die ärztliche Untersuchung durch Telekommunikation²³ sowie die gesetzliche Grundlage der finanziellen Unterstützung für diejenigen Apotheker, die bei der Prävention und Kontrolle der Infektionskrankheiten mitgewirkt haben²⁴, geschaffen.

4) Gesetz Nr. 17920 vom 9. März 2021

Der Zweck dieser Gesetzesänderung besteht darin, die gesetzliche Grundlage für die Bestrafung von organisierten und systematisch rechtswidrigen Handlungen²⁵ und den Abschluss der Kaufverträge über sich in Entwicklung befindlicher Impfstoffe oder Medikamente zu schaffen. Die Hauptinhalte der Gesetzesänderung sind wie folgt:

- Das Verbot der Impfung auf rechtswidrige Weise und die Verhängung einer Geldstrafe bis zu 2 Millionen Won bei Verletzung dieser Regelung wurde neu eingeführt (§ 32 Abs. 2 und § 81 KIfSG).

- Die Politik zum Schutz der Risikogruppen sollte in den Krisenkontrollmaßnahmen enthalten sein (§ 34 KIfSG).

- Bei der Verletzung der Präventionsrichtlinien zur Krankheitsbekämpfung wurde der Bürgermeister der kommunalen Gebietskörperschaft als einer der zum Anhalten oder zur Schließung des Betriebs Berechtigten neu eingefügt und die diesbezügliche Verfahrensregelung ergänzt (§ 49 Abs. 3~5 KIfSG):

- Die gesetzliche Grundlage des Anspruchs auf Schadensersatz für die angefallenen Kosten gegenüber demjenigen, der die Infektionskrankheiten durch rechtswidrige Handlung verbreitet oder das Risiko der Ausbreitung der Infektionskrankheiten geschaffen hat, wurde neu eingefügt (§ 72-2 KIfSG).

(2) Quarantänegesetz

Am 4. März 2020 wurde das Quarantänegesetz mit Gesetz Nr. 17068 geändert, damit der Gesetzgeber den Umfang des Personenkreises, für den die Ein- bzw. Ausreise ausgesetzt oder verboten wird, erweitern und die Effektivität der Quarantäne unter Berücksichtigung der veränderten Quarantänesituation erhöhen kann. Die wesentlichen Inhalte der Gesetzesänderung, die sich auf Grundrechte beziehen können, lauten wie folgt:

- Das Recht der Bürger auf Information über Ausbrüche, Verhütung und Bekämpfung von quarantänefähigen Infektionskrankheiten, das Recht auf Entschädigung für Schaden aufgrund der

²² § 49-2 KIfSG.

²³ § 49-3 KIfSG.

²⁴ § 70-3 Abs. 1 KIfSG.

²⁵ § 81-2 KIfSG

Isolierung oder Quarantäne sowie die Pflicht, bei Gegenmaßnahmen zur Verhütung der Ausbreitung der quarantänebegründenden Infektionskrankheiten mitzuwirken, ist ausdrücklich vorgesehen (§ 3-2 Quarantänegesetz²⁶).

- Den Personenkreis, bei dem der Minister für Gesundheit und Wohlfahrt den Justizminister zum Verbot oder der Aussetzung der Ein- oder Ausreise auffordern kann, sind diejenigen Personen, bei denen das Risiko einer quarantänebegründenden Infektionskrankheit besteht oder die aus einem oder über einen für eine Quarantäneinspektion erforderlichen Bereich oder einen ähnlichen Bereich in die Republik Korea einreisen, neu hinzugefügt worden (§ 24 Quarantänegesetz²⁷).

(3) Gesetz zum Medizinischen Dienst (im folgenden: Koreanisches Medizinischer Dienst - Gesetz – KMDG)

Am 4. März 2020 wurde auch das KMDG mit Gesetz Nr. 17069 geändert, damit der Gesetzgeber die Coronakrise bewältigen kann. Die Hauptinhalte lauten folgendermaßen:

Nach § 47 Abs. 8 KMDG können Personen wie der Leiter einer medizinischen Einrichtung, medizinisches Personal, eine Person, die für eine medizinische Einrichtung tätig ist, oder ein Patient, die oder der vom Ausbruch einer versorgungsbedingten Infektion erfahren, dies an den Minister für Gesundheit und Wohlfahrt²⁸ melden, wie in der Verordnung des Ministeriums für Gesundheit und Wohlfahrt vorgeschrieben (im Folgenden: „freiwilliger Bericht“ genannt). In

²⁶ § 3-2 (Rechte und Pflichten der Bürger) (1) Die Bürger haben das Recht, Informationen über Ausbrüche, Verhütung und Bekämpfung von quarantänefähigen Infektionskrankheiten und den Umgang mit quarantänefähigen Infektionskrankheiten zu erhalten.

(2) Bürgerinnen und Bürger, die wegen quarantänefähiger Infektionskrankheiten in Quarantäne oder Isolation geraten sind, können für den durch eine solche Quarantäne oder Isolation verursachten Schaden entschädigt werden.

(3) Die Bürger kooperieren vollumfänglich mit dem Staat oder einer lokalen Regierung bei deren Politik zur Verhinderung der Ausbreitung von unter Quarantäne stehenden Infektionskrankheiten in der Republik Korea und im Ausland.

(Dieser Artikel wurde neu eingefügt durch Gesetz Nr. 17068 vom 4. März 2020) (Durchführungsdatum: 5. März 2021)

²⁷ § 24 (Antrag auf Verbot oder Aussetzung der Ein- und Ausreise) Wenn der Minister für Gesundheit und Wohlfahrt der Ansicht ist, dass die folgenden Personen voraussichtlich ein erhebliches Risiko für die öffentliche Gesundheit darstellen, kann der Minister für Gesundheit und Wohlfahrt den Minister für Justiz um Untersagung oder Aussetzung der Ein- und Ausreise dieser Personen ersuchen, vorausgesetzt, dass ein Antrag auf Einreiseverbot oder Aussetzung der Einreise nur für Ausländer gilt: <Geändert durch Gesetz Nr. 9932 vom 18. Januar 2010; Gesetz Nr. 13980 vom 3. Februar 2016; Gesetz Nr. 17068 vom 4. März 2020>

1. Ein Patient mit einer unter Quarantäne stehenden Infektionskrankheit usw.;

2. Ein Kontakt eines Patienten mit einer unter Quarantäne stehenden Infektionskrankheit usw.;

3. Eine Person, die dem Risiko einer quarantänefähigen Infektionskrankheit ausgesetzt ist;

4. Eine Person, die aus einem oder über einen für eine Quarantäneinspektion erforderlichen Bereich oder einen ähnlichen Bereich in die Republik Korea einreist.

²⁸ Nach jetziger Fassung: Kommissar der koreanischen Behörde für Seuchenkontrolle und -prävention.

solchen Fällen darf der Minister für Gesundheit und Wohlfahrt die Identität einer Person gegen ihren Willen nicht offenlegen.²⁹

Gemäß § 47 Abs. 9 können die gegen sie verhängten verwaltungsrechtlichen Sanktionen gemildert oder von ihnen ganz abgesehen werden, falls eine Person, die eine freiwillige Anzeige erstattet, im Zusammenhang mit der betreffenden versorgungsbedingten Infektion gegen die einschlägigen Gesetze und Vorschriften verstoßen hat.³⁰

Nach § 47 Abs. 12 darf der Leiter einer medizinischen Einrichtung keine Benachteiligung dieser Personen, die eine freiwillige Anzeige erstatten und der betreffenden medizinischen Einrichtung angehören, in Bezug auf ihren Status oder ihr Gehalt bewirken.³¹

2. Maßnahmen der Exekutive

Wie oben dargestellt, etabliert hauptsächlich der Kommissar der koreanischen Behörde für Seuchenkontrolle und -prävention die Präventionsrichtlinien zur Verhütung und Bekämpfung der COVID-19-Pandemie gemäß dem KIfSG auf der Ebene der zentralen Regierung, sowie der Bürgermeister der jeweiligen kommunalen Gebietskörperschaft, wie etwa der Stadt Seoul und Kyongki-do oder die Gemeinden führen die jeweilig notwendigen Zwangsmaßnahmen und Sanktionen für die Quarantäne und Prävention der Ausbreitung der COVID-19-Viren durch.

Während ich dieses Referat vorbereite, ist die Situation der Pandemie in Korea seit 2 Wochen viel schlimmer geworden. In den letzten 14 Tagen sind täglich ungefähr 1,500 positive Corona-Fälle aufgetreten. So hat die Regierung den Grad der sozialen Distanz auf die (oberste) Stufe 4 im Großraum Seoul und die 3. Stufe in den anderen Gebieten erhöht. In dieser 4. Stufe dürfen tagsüber nicht mehr als 4 Personen und nach 18 Uhr nur 2 Personen in Massennutzungseinrichtungen wie Restaurants zusammenkommen, und alle Gottesdienste in der Kirche sind nur online über das Internet gestattet.

Am 15. Juli haben die kleineren Handel- und Gewerbetreibenden mit ihren Autos in Seoul sehr heftig gegen diese Maßnahmen der 4. Stufe der sozialen Distanz demonstriert und haben gleichzeitig eine wirksame Entschädigung für den während dieser Zeit entstehenden Schaden gefordert.

Der Gesetzgeber hat das Gesetz zur Entschädigung für die kleineren Handel- und Gewerbetreibenden im Juli 2021 verabschiedet. Aber man weiß nicht, wie diese Entschädigung durchgeführt werden kann, wenn man die Situation des jetzigen Konflikts zwischen Regierungspartei und Opposition im Parlament in Bezug auf die finanzielle Unterstützung (Krisen-Zuschüsse) aufgrund der Corona-Pandemie bedenkt. (Diesbezüglich wird Frau Kollegin Park, Hyun Jung ausführlicher referieren).

²⁹ Neu eingefügt durch Gesetz Nr. 17069 vom 4. März 2020.

³⁰ Neu eingefügt durch Gesetz Nr. 17069 vom 4. März 2020.

³¹ Neu eingefügt durch Gesetz Nr. 17069 vom 4. März 2020.

3. Bewertung

Nach meiner Ansicht hat der Gesetzgeber so schnell wie möglich auf den Ausbruch der Corona-Pandemie reagiert, indem er durch die notwendigen Gesetzesänderungen die gesetzliche Grundlage für die Zwangsmaßnahmen zur Bekämpfung der Infektionskrankheiten geschaffen hat. Er hat das mittlerweile kritisierte Problem der Grundrechtseinschränkung vor allem in Bezug auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung berücksichtigt und die notwendigen Ergänzungen vorgenommen.

Trotzdem wurden mittlerweile viele Rechtsmittel vor Gericht oder dem Verfassungsgericht eingelegt und gegen die Maßnahmen der Regierung oder des Bürgermeisters der kommunalen Selbstverwaltung oder die betreffenden Regelungen Beschwerde erhoben.

III. Die im Rahmen der Bekämpfung der Corona-Pandemie einzuschränkenden Grundrechte

Es kommt drauf an, wen die öffentliche Gewalt als Adressat ihrer Anordnung oder Verpflichtung aufnimmt.

Wenn der Minister für Gesundheit und Wohlfahrt, der Kommissar der koreanischen Behörde für Seuchenkontrolle und –prävention oder der Bürgermeister der kommunalen Selbstverwaltungskörperschaft dem medizinischen Personal oder medizinischen Einrichtungen eine bestimmte Aufgabe, Verpflichtung oder die Anordnung erteilt, Auskunft über die Infizierten oder potentiell Infizierten zu geben, sie zu untersuchen und zu behandeln, kann dies eine Einschränkung der Berufs- oder der Betriebsfreiheit dieser medizinischen Einrichtungen oder Personen bedeuten.

Die Zwangsmaßnahme der frühen Schließungszeiten oder der Beschränkung der Kundenzahl gegenüber den kleineren Handel- und Gewerbetreibenden, je nach der angeordneten Stufe der sozialen Distanz, kann den Betroffenen in seiner Berufsfreiheit verletzen, und das Verbot der Versammlung oder die Beschränkung der Teilnehmerzahl beim Gottesdienst in der christlichen Kirche oder der religiösen Zeremonie im buddhistischen Tempel kann in die Religionsfreiheit der Betroffenen eingreifen.

Das Verbot der Versammlung auf dem weiten Platz vor dem Rathaus, dem Präsidentensitz „Blaues Haus“, oder neben dem Parlamentsgebäude kann eine Einschränkung der Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit, darüber hinaus der freien Meinungsäußerung bedeuten.

Wenn der Unterricht in der Schule oder die Vorlesung an der Universität wegen der Pandemie beschränkt wird und nur in Form einer Videokonferenz stattfinden kann, können die Freiheit der Wissenschaft und im Fall der Schule die Schul- oder Lehrfreiheit eingeschränkt werden.

Wenn die Regierung oder der Bürgermeister der kommunalen Gebietskörperschaft Besucherlisten führen und persönliche Informationen verlangen und wenn gegebenenfalls die Seuchenkontrollbeauftragte die Bewegungsverläufe oder Informationen über die Telekommunikation der betroffenen Infizierten oder der potentiell Infizierten untersuchen und sie offenlegen lassen,

dann könnten die Rechte auf informationelle Selbstbestimmung und die Freiheit und Geheimhaltung des Privatlebens der Betroffenen eingeschränkt werden, wie ich unten ausführlicher erörtern werde.

IV. Fälle von Rechtsstreitigkeiten

1. Verfassungsbeschwerde des Besuchers von Itaewon – Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung

(1) Hintergrund der Erhebung der Verfassungsbeschwerde

Der Beschwerdeführer B hat mit gemeinsam mit drei Freunden ein Restaurant in Itaewon in Seoul besucht, wo die 2. Welle Corona-Pandemie in Korea ausgebrochen ist, aber ohne den betroffenen Klub, d.h. die Quelle der 2. Coronawelle selbst besucht zu haben. Er und einer seiner Freunde haben eine Mitteilung (Text-Message) vom Bürgermeister der Stadt Seoul oder der Behörde für die Bekämpfung der Infektionskrankheiten bekommen, in der sie aufgefordert wurden, in der nächsten Teststation einen Coronatest machen zu lassen. Er ist dieser Aufforderung gefolgt, hat sich testen lassen und das Ergebnis „negativ“ bekommen. Aber er fragte sich, warum und wie die Behörde ihm eine solche Nachricht gesendet hat. Danach hat er festgestellt, dass der Bürgermeister der Stadt Seoul von der Telekommunikationsfirma die Informationen über den ganzen Telekommunikationsverkehr mit der sog. Basisstation in diesem Bereich von Itaewon und für den bestimmten Zeitraum verlangt und sie von ihm bekommen hat. Davon waren 10,905 Personen betroffen. Daraufhin hat B Verfassungsbeschwerde gegen den Bürgermeister und den Minister für Gesundheit und Wohlfahrt sowie die gesetzliche Grundlage mit der Begründung erhoben, dass die Handlung des Bürgermeisters und die gesetzliche Grundlage sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung sowie sein Recht auf Freiheit und Geheimhaltung des Privatlebens und die Freiheit der Telekommunikation übermäßig verletzt habe.³²

(2) Gegenstand der Beschwerde

Der Gegenstand dieser Verfassungsbeschwerde ist i) die Handlung der Beschaffung der Information hinsichtlich der Telekommunikationsverbindungen mit der Basisstation am 12. Mai 2020 durch den Beschwerdegegner, den Bürgermeister usw., ii) § 76-2 Abs. 1 KIfSG, iii) § 76-2 Abs. 2 KIfSG, iv) § 2 Ziff. 15-2 KIfSG als gesetzliche Grundlage.³³

(3) Behauptung des Beschwerdeführers

Der Beschwerdeführer behauptet, der Bürgermeister der Stadt Seoul habe direkt von dem Telekommunikationsunternehmer die Informationen über die Verbindungen mit der Basisstation verlangt, ohne den Kommissar der Polizeibehörde ersucht zu haben. Diese Handlung habe keine gesetzliche Grundlage in § 76-2 Abs. 2 KIfSG, deshalb widerspreche sie zunächst dem Gesetzesvorbehalt, und die Handlung der Beschaffung der Information über die Telekommunikationsverbindung mit der Basisstation in dieser Gegend, habe sein Recht auf informationelle

³² Verfassungsbeschwerde von C, vertreten vom Rechtsanwalt D am 29. Juli 2020.

³³ Verfassungsbeschwerdeschrift von C, S. 7-8.

Selbstbestimmung und Freiheit der Telekommunikation, Freiheit und Geheimhaltung des Privatlebens sowie die allgemeine Handlungsfreiheit übermäßig verletzt. Darüber hinaus hätten diese gesetzlichen Regelungen dieselben Grundrechte von ihm selbst verletzt.

(4) Behauptung eines der Beschwerdegegner, des Kommissars der Polizeibehörde Seoul

Einer der Beschwerdegegner, der Kommissar der Polizeibehörde der Stadt Seoul, hat behauptet, dass er solche Informationen nicht verlangt und beschafft habe, so dass diese Verfassungsbeschwerde aufgrund des Fehlens einer Handlung der öffentlichen Gewalt als unzulässig verworfen werden müsse.³⁴

(5) Anschließende Vorgänge

Nachdem diese Verfassungsbeschwerde erhoben worden ist, ist der Bürgermeister der kommunalen Gebietskörperschaft als zur Forderung der Informationen in Bezug auf die Infektionskrankheiten Berechtigter gemäß § 76-2 Abs. 1 mit Gesetz Nr. 17491 vom 29. September 2020 ausdrücklich eingefügt worden.

Dieser Fall der Verfassungsbeschwerde ist nach der Vorprüfung über die Zulässigkeit durch die Kammer mit drei Verfassungsrichtern am 25. August 2020 an das Plenum des Verfassungsgerichts überwiesen worden. Die endgültige Entscheidung dieses Plenums scheint sehr beachtlich.

2. Der Fall der Verfassungsbeschwerde der Segyero Kirche in Busan - Religionsfreiheit

(1) Hintergrund der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerdeführer sind eine Kirche und der Pfarrer in dieser Kirche. Die Großstadt Busan hat per Verwaltungsanordnung verfügt, dass verschiedene Gottesdienste einschließlich des Sonntagsgottesdienstes sowie Veranstaltungen und Konferenzen in der Kirche zu verbieten sind und die Teilnahme am Gottesdienst nur durch Online-Kommunikation über das Internet für eine bestimmte Zahl an Personen, genauer gesagt weniger als 20 Personen, zu erlauben ist. Gegen diese Verwaltungsanordnung haben die Kirche und der Pfarrer eine Verfassungsbeschwerde erhoben.³⁵

(2) Gegenstand der Verfassungsbeschwerde

Der Gegenstand der Verfassungsbeschwerde ist die Verfassungsmäßigkeit der Verwaltungsanordnung(-verlautbarung) Nr. 2041-4, Verlängerung und Ergänzung der sozialen Distanz bezüglich der Beschränkung religiöser Tätigkeiten, und zwar der Grundsatz des Fern-Gottesdienstes durch elektronische Medien, das Verbot jeder Veranstaltung, Konferenz oder des Essens in der religiösen Einrichtung.

³⁴ Stellungnahme vom Kommissar der regionalen Polizeibehörde der Stadt Seoul zu der Verfassungsbeschwerde gegen § 2 Ziff. 15 usw. AZ: 2020hunma1028.

³⁵ Verfassungsbeschwerde gegen Verlautbarung Nr. 2021-4 der Großstadt Busan von der Kirche Segyero usw., vertreten von Rechtsanwalt A (AZ: 2021hunma63).

(3) Behauptung des Beschwerdeführers

A. Verletzung der Religionsfreiheit

Nach der Behauptung des Beschwerdeführers habe der Beschwerdegegner, der Bürgermeister der Stadt Busan eine starke Verwaltungsanordnung getroffen, die verschiedene Gottesdienste, Zeremonien und gemeinsames Essen, d.h. das Management der Kirche praktisch verbietet.³⁶

Einerseits widerspreche diese Maßnahme der Erforderlichkeit der Mittel zur Erreichung des Zwecks für die Bekämpfung der Corona-Pandemie, weil sie sehr ähnlich stark wie die Verwaltungsanordnung des Beschwerdegegners gegenüber hochgefährlichen Einrichtungen wie Vergnügungseinrichtungen oder Trinklokalen sei.

Das einheitliche Verbot des Gottesdienstes durch den Beschwerdegegner gegenüber dem Beschwerdeführer, ohne festzustellen, durch welche Tätigkeit in der Kirche das Corona-Virus in der Region Busan verbreitet worden ist, verletze die Freiheit der Bekenntnisausübung.³⁷

Wenn die Nichteinhaltung der Präventionsrichtlinien der sozialen Distanz durch eine bestimmte Kirche der Grund für die Ausbreitung der Corona-Infektionen wäre, dann hätte die Maßnahme sich nur auf die betroffene Kirche beschränken sollen. Ansonsten bedeute die einheitliche Zwangsmaßnahme für alle Kirchen einschließlich denjenigen, die die Präventionsrichtlinien treu beachtet haben, einen Widerspruch gegen den Verfassungsgrundsatz der Selbstverantwortung.³⁸

Andererseits widerspreche das einheitliche Verbot des Präsenzgottesdienstes in der Kirche ausschließlich der für die Vorbereitung des Internetgottesdienstes notwendigen Anzahl an Personen der Erforderlichkeit der Mittel, ohne Gottesdienst unter Einhaltung der Präventionsrichtlinie der sozialen Distanz wie im Fall der Massennutzungseinrichtungen wie Restaurants zu erlauben.³⁹

Während der Effekt zur Verwirklichung des öffentlichen Wohls durch diese Verwaltungsanordnung nicht eindeutig sei, wögen die Werte der Religionsfreiheit, die durch diese Maßnahme in dieser Verwaltungsanordnung verletzt werden können, deutlich schwerer, sodass diese Maßnahme des Beschwerdegegners der Angemessenheit oder Verhältnismäßigkeit der Beziehung zwischen Zweck und Mittel widerspreche.

Im Ergebnis verletze diese Verwaltungsanordnung die Religionsfreiheit übermäßig, weil die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Mittel nicht erfüllt sei, auch wenn die Zwecktauglichkeit und die Geeignetheit der Mittel anerkannt werden könnten.

B. Verletzung des Gleichheitssatzes

Diese Verwaltungsanordnung des Beschwerdegegners behandle wesentlich Gleiches ungleich und wesentlich Ungleiches gleich, womit sie dem Gleichheitssatz gemäß Art. 11 Verfassung der Republik Korea widerspreche.

³⁶ Verfassungsbeschwerdeschrift, S. 16.

³⁷ Verfassungsbeschwerdeschrift, S. 24.

³⁸ Verfassungsbeschwerdeschrift, S. 25.

³⁹ Verfassungsbeschwerdeschrift, S. 27.

(4) Nachfolgende Vorgänge

Diese Verfassungsbeschwerde ist an der Vorprüfung von der Kammer mit drei Verfassungsrichtern am 27. Januar 2021 als zulässig beurteilt und an das Plenum des Verfassungsgerichts überwiesen worden.

3. Fall der einstweiligen Anordnung vor dem Verfassungsgericht⁴⁰

(1) Hintergrund des Antrags der einstweiligen Anordnung

Der Minister für Justiz, der Antragsgegner in diesem Verfahren, hat die Ankündigung unter dem Titel 'Ankündigung über den Plan der Ausführung der 10. Staatsprüfung für die Zulassung als Rechtsanwalt im Jahr 2021' (Ankündigung des Justizministeriums Nr. 2020-269) am 18. September 2020 dahingehend bekanntgemacht, dass die 10. Staatsprüfung für die Zulassung als Rechtsanwalt an vier Tagen (ausschließlich der Pause am 7. Januar) vom 5. bis zum 9. Januar stattfindet. Die Antragsteller waren diejenigen, die vorhatten, an dieser Prüfung teilzunehmen.

Der Antragsgegner hat eine diesbezügliche zusätzliche Ankündigung unter dem Titel 'Ankündigung über den Termin und Ort sowie den Hinweis für die Prüflinge (Ankündigung des Justizministeriums Nr. 2020-360) am 20. November 2020 bekanntgemacht (unter IV). B ist daraufhin mitgeteilt worden, dass "diejenigen, die von dem betreffenden Gesundheitsamt die Mitteilung zur Isolierung zu Hause bekommen haben und in Quarantäne gewesen sind, nach der Vereinbarung mit dem zuständigen öffentlichen Gesundheitsamt die Prüfung an einem besonderen Ort machen können; Antragsfrist: vom 22. Dezember 2020 bis zum 3. Januar 2021, 18:00 Uhr; ※ Bitte beachten Sie, dass wir für das sichere und reibungslose Management der Prüfungsorte die Antragsfrist für jene Personen, die in Quarantäne waren, auf die Zeit bis zum 3. Januar 2021 um 18:00 Uhr beschränken; wir bitten die Prüflinge um Kooperation."

Der Antragsgegner hat eine zusätzliche Ankündigung unter dem Titel 'Bekanntmachung über die Hinweise in Bezug auf COVID-19 für die Teilnehmer an der 10. Staatsprüfung für die Zulassung als Rechtsanwalt' am 23. November 2020 bekanntgemacht. In dieser Ankündigung stand unter dem Titel 'Hinweise für Prüflinge mit COVID-19'(Anhang 1), dass die mit Corona Infizierten die Prüfung nicht machen dürfen und dass diejenigen unter den Infektionsverdächtigen, die von dem betreffenden Gesundheitsamt die Mitteilung bekommen haben, sich zu Hause zu isolieren, und in Quarantäne gewesen sind, nach der Vereinbarung mit dem zuständigen öffentlichen Gesundheitsamt die Prüfung an einem besonderen Ort machen können; Antragsfrist: vom 22. Dezember 2020 bis zum 3. Januar 2021, 18:00 Uhr; ... Bitte beachten Sie, dass wir für das sichere und reibungslose Management der Prüfungsorte die Antragsfrist derjenigen, die in Quarantäne gewesen sind, auf die Zeit bis zum 3. Januar 2021 um 18:00 Uhr beschränken; wir bitten um Ihr Verständnis. Unter dem Titel 'Verhaltensregeln für die Prüfungsteilnehmer in Bezug auf COVID-19'(Anhang 2) wird daraufhin angemerkt, dass diejenigen, die zur Quarantäne verpflichtet sind, die Prüfung nicht an den allgemeinen Prüfungsorten machen dürfen. Unter der Bezeichnung 'Testverfahren bei Fieberanfall am Prüfungsort' (Anhang 3) wird dieses Testverfahren bildhaft beschrieben, das impliziert, dass jemand, der als Hochrisikoperson beurteilt wird, zu medizinischen Einrichtungen zu transportieren ist.

⁴⁰ Einstweilige Anordnung, AZ: 2020huns1304 am 4. Januar 2021.

Die Antragsteller haben beim Verfassungsgericht den Antrag für die einstweilige Anordnung eingereicht, die Geltung der Maßnahme des Antragsgegners bis zur endgültigen Sachentscheidung des Verfassungsgerichts über ihre Verfassungsbeschwerde am 29. Dezember 2020 auszusetzen.

(2) Entscheidung des Verfassungsgerichts

Am 4. Januar 2021 hat das Verfassungsgericht den Antragstellern nach der Abwägung zwischen den entgegenstehenden Nachteilen bei der Abweisung dieses Antrags und der folgenden endgültigen Stattgebung und umgekehrt bei Stattgebung dieses Antrags und anschließender endgültiger Abweisung der Verfassungsbeschwerde stattgegeben.

4. Fälle der einstweiligen Anordnung durch das Verwaltungsgericht in Bezug auf das Verbot der Versammlung aufgrund der Corona-Pandemie

Im Zuge eines Eingriffs in die Versammlungsfreiheit wurden mehrere Versammlungen, geplante Veranstaltungen, sowie Demonstrationen von Bürgerinitiativen am Tag der Unabhängigkeit, Tag der Staatsgründung (Gaecheonjeol) und am Tag des Koreanischen Alphabets (Hangeulnal) von der Stadt Seoul und dem Polizeiamt verboten. Daraufhin haben die betroffenen Bürgerinitiativen beim Verwaltungsgericht eine einstweilige Anordnung gegen die Versammlungsverbote beantragt. Zwar wurde in Bezug auf die Demonstration am Tag der Unabhängigkeit den Antragstellern teilweise stattgegeben⁴¹, aber unter Berücksichtigung der Gefahr einer erneuten Corona-Ausbreitungswelle wurden die meisten derartigen Anträge abgewiesen.⁴² Es wurde diesbezüglich auch eine Verfassungsbeschwerde eingereicht, die als unzulässig verworfen wurde.⁴³

Am 20. September 2020 wurde der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen das Versammlungsverbot, der von einem christlichen Verband beim Bezirksgericht Incheon eingereicht wurde, durch das Gericht anerkannt. Die Stadt Bucheon hatte ein Versammlungsverbot erlassen, als dieser kirchliche Verband eine Anmeldung zur Durchführung einer Protestgebetsveranstaltung gegen die Menschenrechtssatzung dieser Stadt vornahm.⁴⁴

Neuerdings hat das Verwaltungsgericht Seoul am 16. Juli 2021⁴⁵ und am 17. Juli 2021 das Bezirksgericht Suwon⁴⁶ den jeweiligen Antragstellen für die einstweilige Anordnung zur Aussetzung der Verwaltungsanordnung durch den Bürgermeister der Stadt Seoul und der Provinz

⁴¹ Z.B.: Die 11. Kammer des Verwaltungsgerichts Seoul, AZ: 2020a12441 vom 14. August 2020; Die 3. Kammer des Verwaltungsgerichts Seoul, AZ: 2020a12845 vom 02. Oktober 2020.

⁴² Z.B.: Die 5. Kammer des Verwaltungsgerichts Seoul, AZ: 2020a12828 vom 29. September 2020; Die 1. Kammer des Verwaltungsgerichts Seoul, AZ: 2020a878 vom 8. Oktober 2020; Die 1. Kammer des Verwaltungsgerichts Seoul, AZ: 2020a879 vom 8. Oktober 2020; Die 13. Kammer des Verwaltungsgerichts Seoul, AZ: 2020a849 vom 29. September 2020.

⁴³ AZ: 2020hunma514 vom 21. April 2020(Kammer). Aufhebung der Anweisung rechtlicher Maßnahmen.

⁴⁴ Incheon Bezirksgericht Beschluss, AZ: 2020a5319 vom 20. September 2020.

⁴⁵ Verwaltungsgericht Seoul, AZ: 2021a11821 einstweilige Anordnung vom 16. Juli 2021.

⁴⁶ Bezirksgericht Suwon, AZ: 2021a3720 einstweilige Anordnung vom 17. Juli 2021.

Kyonggi-do, Gottesdienste und religiöse Zeremonien nach der Verkündung der Präventionsrichtlinie 4. Klasse zu verbieten und nur in Form von Ferngottesdienst durch das Internet zu erlauben, stattgegeben.

5. Sonstige Möglichkeiten der Erhebung der Verfassungsbeschwerde gemäß § 68 Abs. 2 Verfassungsgerichtsgesetz (im folgenden: VerfGG)

Auch gegen Verwaltungsanordnungen wie Versammlungsverbote angesichts der Veranstaltungen auf dem Gwanghwamun-Platz, Gottesdienstverbote oder verschiedene Betriebsverbote wurden mehrere Verfassungsbeschwerden eingereicht.⁴⁷ Allerdings wurden nicht nur die staatlichen Maßnahmen zur Corona-Prävention verstärkt, sondern es wurde bei Nichteinhaltung der Präventionsrichtlinien durch die Änderung des KIfSGs möglich, Strafen oder Geldbußen zu verhängen. Nach dem geänderten Gesetz werden nun die Personen, die bei einer epidemiologischen Untersuchung lügen, wegen Verstoßes gegen das KIfSG angeklagt. Es gibt bereits Fälle, in denen Personen zu einer Geldstrafe, Freiheitsstrafe⁴⁸ oder Freiheitsstrafe auf Bewährung⁴⁹ verurteilt wurden. Wenn die Betroffenen die zugrundeliegenden Gesetze mit einem Antrag auf Normenkontrolle als verfassungswidrig anfechten und dieser Antrag vom Gericht angenommen wird, kann nach dem § 41 Abs. 1 VerfGG eine Normenkontrolle, andernfalls auch eine Verfassungsbeschwerde gemäß § 68 Abs. 2 VerfGG durchaus durchgeführt werden. Daher wird voraussichtlich eine Vielzahl von Normenkontrollen § 41 Abs. 1 VerfGG und Verfassungsbeschwerden gemäß § 68 Abs. 2 VerfGG erhoben werden.

V. Wie soll man die Verletzung der Grundrechte in der Corona 19 Pandemie überprüfen?

Die Coronakrise in Korea dauert seit dem Ausbruch am 20. Januar 2020 nun schon anderthalb Jahre. Inzwischen wurden verschiedene Einschränkungen der Grundrechte zur Verhütung und Bekämpfung der Ausbreitung von Corona-Infektionskrankheiten vorgenommen. Im Folgenden möchte ich gerne einige Thesen formulieren, indem ich meine Perspektive darauf darlege, ob die Grundrechte hauptsächlich in den oben genannten Fällen der Verfassungsbeschwerde verletzt worden sind.

⁴⁷ Fälle, die durch die Kammer als unzulässig verworfen wurden, sind z.B. AZ: 2020hunma195 vom 18. Februar 2020 - Verfassungsmäßigkeit der Nichtempfehlung zum Maskentragen (undeutlich); AZ: 2020hunma779 - Der Verfassungsbeschwerde wegen der Beeinträchtigung des Wahlrechts aufgrund der Nichtbeteiligung an den Wahlen wegen der Selbstquarantäne; AZ: 2020hunma690 vom 23. Juni 2020 - Verfassungsmäßigkeit der Nichtzustellung des Krisen-Zuschusses für die Strafgefangene; AZ: 2020hunma1142 vom 1. September 2020 - Verfassungsmäßigkeit der Verwaltungsanordnung zum Maskentragen; AZ: 2020hunma1121 vom 22. September 2020 - Aufhebung der Verwaltungsanordnung der Provinz Kyonggi-do; AZ: 2020hunma1266 vom 13. Oktober 2020 - Verfassungsmäßigkeit des Krisen-Zuschusses für die kleineren Handel- und Gewerbetreibenden usw.

⁴⁸ Z.B.: Suwon Bezirksgericht, Urteil vom 4. Juni 2020. AZ: 2020godan1335, 2020godan1602 (Zusammenführung). Außerdem: Fall des Tutors in einer privaten Lehranstalt in Incheon: https://www.ytn.co.kr/_ln/0103_202010081602012354 (zuletzt abgerufen am 18. Juli 2021).

⁴⁹ Seoul Nord Bezirksgericht, Urteil vom 22. Juli 2020, AZ: 2020godan2072 (Verstoß gegen das KIfSG) – Verstoß gegen die Isolierungspflicht, Bußgeld 500.000 Won und Freiheitsstrafe auf Bewährung; Seoul Nord Bezirksgericht Urteil vom 18. Juni 2020, AZ: 2020godan1347 (Beeinträchtigung der dienstlichen Tätigkeit).

1. Fall der Verfassungsbeschwerde des Itaewon-Besuchers, AZ: 2020hunma1028

(1) Verfassungsmäßigkeit der Auswertung der Informationen von Telekommunikationsverbindungen durch den Bürgermeister der Stadt Seoul

A. Verletzung des Gesetzesvorbehaltes?

Der Verfassungsbeschwerdeführer hat behauptet, dass der Handlung der Auswertung der Telekommunikationsverbindung mit der Basisstation die gesetzliche Grundlage fehle, so dass sie dem Grundsatz des Gesetzesvorbehaltes widerspreche.

Erstens fehle nach dem Beschwerdeführer die gesetzliche Grundlage in dem KIfSG, weil unter den Personen, die vom 24. April bis zum 5. Mai 2020 mit der Telekommunikationsbasisstation in der Gegend des betreffenden Clubs verbunden waren und die sich den Informationen zufolge über 30 Minuten in Itaewon aufgehalten haben, keine Personen seien, bei denen der Verdacht auf eine Coronainfektion bestand und somit keine gesetzliche Grundlage für eine solche Aufforderung in dem KIfSG gegeben sei.⁵⁰

Zweitens hätte der Bürgermeister den Kommissar der Polizeibehörde und dann der Kommissar der Polizeibehörde seinerseits den Telekommunikationsbetreiber zur Herausgabe solcher Informationen auffordern sollen, aber der Bürgermeister habe den Betreiber direkt aufgefordert und so die Informationen bekommen und habe sie danach ausgewertet. Diese Handlung verletze eindeutig den Gesetzesvorbehalt, weil sie nicht auf dem § 76-2 Abs. 2 KIfSG beruhe.⁵¹

Zunächst bezeichnet der Begriff „Infektionsverdächtige“ nach § 2 Ziff. 15-2 eine der folgenden Personen: (a) eine Person, die mit einem tatsächlich oder einem wahrscheinlich an einer Infektionskrankheit leidenden Patienten oder einem Krankheitserregerträger (im Folgenden „an einer Infektionskrankheit leidender Patient“ genannt) in Kontakt kommt oder deren Kontakt mit ihm vermutet wird (im Folgenden „Kontakter“ genannt); (b) eine Person, die sich in einem in § 2 Ziff. 7 oder 8 des Quarantänegesetzes definierten Bereich mit vorgeschriebener Quarantänekontrolle oder strenger Quarantänekontrolle aufgehalten oder diesen durchquert hat und sich möglicherweise mit einer Infektionskrankheit angesteckt hat; (c) eine Person, die Risikofaktoren wie infektiösen Krankheitserregern ausgesetzt war und sich möglicherweise mit einer Infektionskrankheit angesteckt hat.

Damals brach die 2. COVID-19-Welle in einem Klub in Itaewon aus, deshalb empfahl der Bürgermeister der Stadt Seoul in einer dringlichen Mitteilung denjenigen, die sich während einer bestimmten Zeit vor und nach dem Ausbruch der Infektionen in diesem Klub neben der Telekommunikations-Basisstation in dieser Gegend aufgehalten haben, sicherheitshalber einen Coronatest zu machen. Meines Erachtens gibt es keine sachlichen Gründe für die Behauptung, dass diese Handlung der Auswertung der Telekommunikationsinformationen nicht auf der gesetzlichen Grundlage basiert.

In Bezug auf die zweite Behauptung, dass die direkte Aufforderung keine gesetzliche Grundlage im Gesetz hätte, stellt sich eine etwas schwerere Frage.

⁵⁰ Verfassungsbeschwerdeschrift, S. 15.

⁵¹ Verfassungsbeschwerdeschrift, S. 16.

Aber nach § 76-2 KIfSG kann der Kommissar der Polizeibehörde von dem Betreiber des Standortbetriebs oder der Telekommunikation die Standortinformation über den Infektionsverdächtigen verlangen und dann soll der Unternehmer der Aufforderung nachkommen, falls keine gerechtfertigten Gründe dagegen vorliegen.

Obwohl hier § 76-2 KIfSG die Handlung des Kommissars der Polizeibehörde als Ermessen regelt, reduziert sich dieses Ermessen bei einem Notfall wie dem Ausbruch der 2. COVID-19-Welle auf null, so dass dieses Ermessen sich zur gebundenen Entscheidung wandelt. Dann ist der Unternehmer sowieso verpflichtet, der Aufforderung der Polizeibehörde nachzukommen. Hierzu ist er auch dann verpflichtet, wenn der Bürgermeister ihn direkt dazu auffordert, unter der Voraussetzung, dass die Gefahr der Ausbreitung unmittelbar bevorsteht und es der Umweg über die Polizeibehörde zeitlich nicht möglich ist. Aber auch in diesem Fall müsste der Bürgermeister die Aufforderung an die Polizeibehörde nachholen. Jedenfalls kann man nicht jede direkte Aufforderung des Bürgermeisters in einem Notfall ablehnen.

Im Ergebnis muss man meines Erachtens in einem Notfall wie der Corona-Krise auch den Maßstab der Überprüfung in Bezug auf den Gesetzesvorbehalt großzügiger als in der Regel interpretieren.

B. Verletzung des Übermaßverbots?

Beim Notfall wie der Corona-Pandemie stellt sich die Frage, wie man die Überprüfung des Übermaßverbots bei der Grundrechtseinschränkung zum Zweck der Bewältigung der Krise wahrnimmt.

Natürlich würde die für die Prävention von Infektionskrankheiten zuständige Verwaltungsbehörde die erforderlichen Maßnahmen zur Bekämpfung der Pandemie am entschiedensten und am effektivsten ergreifen, weil beim Ausbruch einer Pandemie eine große Anzahl von Menschen ums Leben kommen kann und man inzwischen durch mittelbare oder unmittelbare Erfahrung ausreichend weiß, welche Gefahr von einer Pandemie für das Leben der Menschen ausgehen kann. Trotzdem sollte der Staat zu den mildesten Mitteln greifen, um die Grundrechte wie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, die Freiheit des Berufs, der Religion, Versammlung usw. so wenig wie möglich einzuschränken, auch wenn man die möglichen Mittel zum Zweck der Prävention der Pandemie und des Schutzes von Menschenleben einsetzt. Der Inhalt der Mitteilung (Textnachricht), die der Bürgermeister der Stadt Seoul gesendet hat, lautet, dass es denjenigen, die zwischen dem 24. April und 5. Mai in der Nähe von Itaewon waren, zu empfehlen ist, unverzüglich ein Corona-Testzentrum zu besuchen und sich testen zu lassen. In dieser Textnachricht gab es aber weder eine Androhung von noch eine Warnung vor Sanktionen, auch falls man sich nicht testen lassen würde. Diese Empfehlung der Stadt Seoul enthält somit gar keine Zwangsmaßnahme. Deshalb stellt sie keine Handlung der öffentlichen Gewalt im Sinne von § 68 Abs. 1 VerfGG dar, die als Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde dienen kann. Deshalb ist der Beschwerdeführer gegen diese Handlung der Stadt Seoul gar nicht vorgegangen.

Jedoch hat der Beschwerdeführer gegen die Handlung der Auswertung der über die Basisstellenverbindung gewonnenen Informationen durch den Beschwerdegegner gestritten. Hier stellt sich die Frage, ob die Handlung der Auswertung, d.h. zunächst der Aufforderung, Erhebung

der Informationen und Senden der Textnachricht als Reaktion auf die gesammelten Informationen in das Recht des Beschwerdeführers auf informationelle Selbstbestimmung, Geheimhaltung und Freiheit der Privatsphäre und der Telekommunikation übermäßig eingegriffen hat.

Meiner Meinung nach widerspricht diese Handlung dem Grundsatz des Übermaßverbots nicht. Die Auswertung der Standortinformation wurde nicht nur für den Zweck der Verhütung der Ausbreitung von Corona durchgeführt, was gemäß Art. 37 Abs. 2 Verfassung der RK zu rechtfertigen ist, sondern dieses Mittel ist auch für das Erreichen des Zwecks geeignet, weil die mit der Textnachricht ausgesprochene Empfehlung, einen Coronatest zu machen, zur Prävention von Infektionen und nachfolgenden medizinischen Behandlungen der Infizierten oder Personen, bei denen der Verdacht auf eine Infektion besteht, beitragen kann.

In Bezug auf die Erforderlichkeit kann man andere Mittel wie die Vermittlung der Test-Empfehlung durch den Rundfunk oder die Presse bedenken, was aber im Notfall als unsicher und unzulänglich zu beurteilen ist, weil es länger als eine Textnachricht dauert. Es scheint auch unzumutbar oder unzuverlässig, die Beurteilung der Notwendigkeit eines Tests der Autonomie des einzelnen Besuchers zu überlassen. Deshalb gibt es keine milderen und gleichzeitig effektiveren Mittel als die Handlung des Beschwerdegegners. Damit ist die Erforderlichkeit erfüllt.

Auch die Angemessenheit oder Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne zwischen Zweck und Mittel scheint erfüllt zu sein, weil der Zweck zum Schutz der Gesundheit und des Lebens der Menschen wertvoll und von größter Bedeutung ist, während die Intensität der Einschränkung der Grundrechte, wie des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, der Freiheit des Privatlebens oder der Telekommunikation, die durch die Handlung des Beschwerdegegners herbeigeführt worden ist, nicht so erheblich scheint.

(2) Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage

A. Verletzung des Bestimmtheitsgebots?

Der Beschwerdeführer behauptet, dass die Definition "Infektionsverdächtiger" gemäß § 2 Ziff. 15-2 dem Bestimmtheitsgebot widerspreche.

Wir haben schon ausreichend im In- und Ausland gelernt, dass bei diesem Notfall des Ausbruchs einer Infektionskrankheit, deren Ausbreitbarkeit und Ansteckbarkeit so hoch sind, wie heutzutage die der Corona-Varianten Delta oder Lambda, bei welchen es innerhalb kurzer Zeit zur einer sehr großen Zahl von Infizierten kommen kann, so dass epidemiologische Untersuchungen nicht mehr durchführbar und zumutbar sind, es sei denn, man findet präventiv diejenigen heraus, die mit einem infizierten Patienten einen individuellen Kontakt hatten oder bei denen der Verdacht eines solchen Kontakts besteht, und testet sie.

In dieser Situation sollte man anerkennen, dass die für die Bekämpfung der Pandemie zuständige Behörde jedes erforderliche Mittel ergreifen darf, auch wenn der Gesetzgeber solch einen sehr unbestimmten Begriff wie "Infektionsverdächtiger" oder "derjenige, der im Verdacht des Kontakts mit einem an einer Infektionskrankheit leidenden Patienten steht" benutzt hätte oder sogar die zuständige Behörde im einzelnen konkreten Fall mit einer allgemeinen Klausel zu einer erforderlichen Tätigkeit bevollmächtigt hätte. In diesem Sinne hat jemand mit Recht gesagt, dass die Zeit der Ausnahme diejenige der Verwaltung sei. Beim letzten Fall sollte jede Tätigkeit der Behörde bei einer Beschwerde natürlich von einem ordentlichen Gericht oder dem Verfassungsgericht nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nachgeprüft werden.

Von diesem Gesichtspunkt betrachtet, halte ich es für erforderlich, die Überprüfung des Bestimmtheitsgebotes gemäß der Erheblichkeit eines Notfalls wie die Corona-Pandemie mit einem gemäßigeren Maßstab durchzuführen. In dieser Hinsicht meint der Begriff "Infektionsverdächtiger" diejenige Person, die mit einem infizierten oder wahrscheinlich infizierten Patienten in Kontakt stand oder mit dem Infektionserreger direkt in Berührung gekommen ist. Somit ist der Begriff als ausreichend vorhersehbar für die Adressaten zu beurteilen.

B. Verletzung des Übermaßverbots?

Der Beschwerdeführer hält den gesetzgeberischen Zweck des § 76-2 Abs. 1 und 2 KIfSG, der in seine Grundrechte eingreift, für legitim, aber die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit für nicht erfüllt.

Zunächst kann die Legitimität des gesetzgeberischen Zwecks mit dem Beschwerdeführer ohne Weiteres anerkannt werden, weil er in der Feststellung und Untersuchung der Bewegungsverläufe der Infektionsverdächtigen durch die Standortinformation zur Verhütung und Prävention der Ausbreitung der Infektionskrankheiten liegt. Der Beschwerdeführer behauptet, dass dieser Beschwerdegegenstand, § 76-2 KIfSG nicht als ein effektives und geeignetes Mittel anzusehen sei, da insoweit nicht bewiesen sei, dass die Erhebung von Informationen über den Standort der Besucher an einem bestimmten Ort, an dem die Gefahr einer Infektion besteht, durch die Basisstellenverbindung ein effektives Mittel zur Prävention und Verhütung von Infektionskrankheiten ist.

Aber wenn wir bedenken, dass die Nicht-Offenlegung von Bewegungsverläufen wie Besuchsorten oder des Arbeitsplatzes oder sogar das Lügen darüber zu einer ununterbrochenen Ausbreitung von COVID-19 führen kann, wie der Fall eines Tutors in einer privaten Lehranstalt in Incheon im letzten Jahr, der den Itaewon Klub damals besucht, aber seinen Beruf verborgen hat, beispielhaft gezeigt hat, sollten die gesetzgeberischen Mittel nicht als ungeeignet, sondern effektiver als in den anderen Ländern zum Erreichen des Zwecks bewertet werden.

In Bezug auf die Erforderlichkeit behauptet der Beschwerdeführer, dass beispielsweise die ausdrückliche Regelung über das Subsidiaritätsprinzip als ein milderes Mittel, d.h. den Fall, in dem die Ausbreitung mit anderen Mitteln wirksam verhütet werden kann, als eine Voraussetzung für die Aufforderung zur Standortinformation in das Gesetz eingefügt werden könne.

Aber § 76-2 Abs. 1 und Abs. 2 KIfSG enthalten gemeinsam den Wortlaut "falls es zur Verhütung der Ausbreitung der Infektion notwendig ist", so dass man die Informationen über den Namen, personale Daten, das Protokoll der medizinischen Behandlung und der Ein- und Ausreise sowie die Standorte oder die Telekommunikationsverbindung zur Aufgreifung der Bewegungsverläufe nur unter dieser Voraussetzung anfordern darf. Deshalb bedeutet diese Voraussetzung gewissermaßen einen Ausdruck der Verhältnismäßigkeit, so dass man diese Grenze und den Zweck der Verhütung der Ausbreitung der Infektionskrankheiten auch bei der Aufforderung zur Bereitstellung von Informationen nicht überschreiten und erhobene Beweise oder Informationen nicht zweckwidrig benutzen darf.

Hinsichtlich der Mittel, beispielsweise der Vorprüfung oder Beratung im Rahmen des Ausschusses oder der Erlaubnis der Richter, die der Beschwerdeführer als mildere Mittel aufgezeigt hat, scheinen diese unzulänglich, weil sie länger dauern und zum Hindernis für die Aufgabe der

sofortigen und wirksamen Prävention durch die betreffende Behörde würden, wenn die Vorprüfung oder Beratung des Ausschusses bzw. der Kommission oder die Erlaubnis der Richter auch bei der so unmittelbar bevorstehenden Gefahr der Ausbreitung der Infektion übergehen zu müssen. Deshalb ist die Behauptung der fehlenden Erforderlichkeit für unplausibel zu halten und abzulehnen.

Schließlich ist auch die Angemessenheit, d.h. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, erfüllt, weil die Erheblichkeit der Einschränkung der Grundrechte, wie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, der Schutz der Geheimhaltung und Freiheit des Privatlebens und die Freiheit der Telekommunikation als nicht so erheblich zu bewerten ist, während der Wert bzw. die Bedeutung des gesetzgeberischen Zwecks zur Prävention und Verhütung der Ausbreitung der Infektion, damit der Schutz der Gesundheit und des Menschenlebens viel schwerer wiegt.

C. Gleichheitswidrigkeit?

Der Beschwerdeführer behauptet, dass die Handlung der Auswertung der Information und ihre gesetzliche Grundlage dem Gleichheitssatz widerspreche, aber er liefert keine Begründung für diese angebliche Gleichheitswidrigkeit des Gesetzes, sondern nur für das Auswerten der Informationen an sich.

Er behauptet, dass der Bürgermeister der Stadt Seoul ihn mit Infektionsverdächtigen gleichgestellt habe, obwohl er nicht den Klub, eine Quelle der Infektion in Itaewon, sondern nur ein Restaurant nebenan in Itaewon besucht habe, weshalb er kein Infektionsverdächtiger gewesen sei. Diese Behandlung des Beschwerdegegners habe sein Recht auf Gleichheit gemäß Art. 11 der Verfassung der RK verletzt, unabhängig davon, welchen Maßstab man zur Überprüfung der Gleichheitsmäßigkeit, entweder die Willkürformel oder den intensivierten Verhältnismäßigkeitsmaßstab, wähle.

Aber das Vorgehen war meines Erachtens eigentlich nicht Zweck einer absichtlichen und teleologischen Ungleichbehandlung des Beschwerdegegners gegenüber den Besuchern in dieser Region, sondern nur das Ergebnis der Selektion und Sonderung der erhobenen Verbindungsinformation gemäß einem bestimmten Maßstab des Aufenthalts und der Ortsnähe zur Verhütung der Ausbreitung der Infektionskrankheiten, dass jemand unter den Freunden des Beschwerdeführers eine Textnachricht von der Stadt Seoul bzw. von der betreffenden Behörde bekam, während ein anderer keine Textnachricht von ihr erhielt. Das Vorgehen ist somit nur als Schutzmaßnahme im Rahmen der grundrechtlichen Schutzpflicht gemäß Art. 10 und Art. 34 Abs. 6 Verfassung der RK in dieser Phase der Corona-Pandemie zu verstehen.

Deshalb scheint die Behauptung der Gleichheitswidrigkeit abzulehnen zu sein. In Bezug auf die Gleichheitswidrigkeit des § 76-2 KIfSG hat der Beschwerdeführer nichts ausgeführt. Diese Klausel sieht nur die Kompetenz der betreffenden Behörde oder der öffentlichen Gewalt vor, den Telekommunikationsbetreiber zur Herausgabe der Standortinformationen der Besucher aufzufordern. Deshalb gibt es keinen Raum für die Möglichkeit in dieser Klausel, die Personengruppe der Bürger zu differenzieren oder Gleiches ungleich zu behandeln.

2. Der Fall der Verfassungsbeschwerde der Segyero Kirche in Busan, AZ: 2021hunma63

(1) Über die Behauptung der Verletzung der Religionsfreiheit

Meines Erachtens klingt es im Prinzip zutreffend, dass es zum Kern der Bekenntnis- und Religionsfreiheit gehöre, Gebet und Gottesdienst als Ansammlung der christlichen Gemeinde in der Kirche abzuhalten. Aber bei einem Notfall wie der Corona-Krise verletzt es keinen wesentlichen Inhalt der Religionsfreiheit, den Gottesdienst nur durch das Internet zu veranstalten, um die Verbreitung der Infektion durch direkten körperlichen Kontakt in der Kirche zu vermeiden.

Demgegenüber ist es fast unmöglich, den Zweck bei Massennutzungseinrichtungen wie Restaurants, Sportszentren, Internetcafés usw., also Essen, Trinken, Sporttreiben und die Computernutzung und das Internet oder auf andere Weise zu erreichen. Deshalb ist die Kirche im Vergleich mit diesen Massennutzungseinrichtungen ungleich, so dass es keinen Gleichheitssatz verletzt, dass der Bürgermeister (Beschwerdegegner) Ungleiches ungleich behandelt hat, indem er den Gottesdienst in der Kirche durch die umstrittene Verwaltungsanordnung verboten und nur über das Internet erlaubt hat, während er den Massennutzungseinrichtungen die Nutzung der Einrichtung durch die Gäste bzw. Kunden unter der strikten Einhaltung der Präventionsrichtlinien wie Beschränkung der Gäste- bzw. Kundenzahl oder Beschränkung der Aufenthaltszeit mit Maskentragen erlaubt hat.

Von diesem Gesichtspunkt scheint es meines Erachtens keine wesentliche Verletzung der Religionsfreiheit oder Verletzung des Übermaßverbotes zu sein, den Gottesdienst in der Kirche, ausgenommen von den zuständigen Personen für Vorbereitung des Ferngottesdienstes, zu verbieten.

(2) Über die Behauptung der Verletzung des Gleichheitssatzes

Wie oben angedeutet, verletzt der Beschwerdegegner den Gleichheitssatz nicht, obwohl der Beschwerdeführer daraufhin behauptet hat, dass i) diese Verwaltungsanordnung im Vergleich mit einer anderen Verwaltungsanordnung des Beschwerdegegners bezüglich allgemeinen privaten Veranstaltungen wie Hochzeitszeremonien wesentlich Gleiches ungleich behandelt habe⁵², ii) sie im Vergleich mit einer anderen Verwaltungsanordnung des Beschwerdegegners bezüglich Massennutzungseinrichtungen den Gewerbebetrieb in diesen Massennutzungseinrichtungen unter Einhaltung der Präventionsrichtlinien der Behörde erlaubt habe, während sie jeden Gottesdienst in der Kirche und jede religiöse Zeremonie einer anderen Glaubensgemeinschaft trotz der Einhaltung der Präventionsrichtlinie faktisch verboten habe⁵³, iii) sie im Vergleich mit einer anderen Verwaltungsanordnung bezüglich dem Verbot von hochgefährlichen Einrichtungen, Tätigkeiten und Versammlungen wesentlich Ungleiches gleich behandelt habe.⁵⁴

Meines Erachtens ist die Präventionsrichtlinie, die der Beschwerdegegner oder die zuständige Behörde durch die Verwaltungsanordnung verkündet hat, als ein Ergebnis der Typisierung der Handlungsrichtlinie je nach der Gefährlichkeit der Einrichtung, Versammlung und Tätigkeit zu

⁵² Verfassungsbeschwerdeschrift, S. 35.

⁵³ Verfassungsbeschwerdeschrift, S. 38-39.

⁵⁴ Verfassungsbeschwerdeschrift, S. 41.

beurteilen. In dieser Typisierung hat man bestimmt die schnelle Ausbreitbarkeit und Ansteckbarkeit des Corona-Virus einerseits, die wirtschaftlichen Schwierigkeiten, Bedrohung der Existenz oder Behinderung des notwendigen Alltagslebens der Bürger andererseits, die durch die Präventionsrichtlinien wie die Einschränkung des Gewerbebetriebs oder der Ansammlung herbeigeführt werden können, gleichzeitig berücksichtigt. Wenn die zuständige Behörde diese Handlungsrichtlinien für die Bekämpfung der Infektionskrankheiten typisiert und sie je nach Intensität der Gefährlichkeit der Einrichtung, Versammlung und Tätigkeit anders anwendet, dürfte eine solche Maßnahme nicht schlicht als gleichheitswidrig beurteilt werden, es sei denn, sie ist eindeutig Willkür. Im Prozess der Typisierung oder Generalisierung der Präventionsrichtlinien können unvermeidlich Härtefälle oder Ungleichgewichte auftreten, die der Betroffene einigermaßen ertragen muss, um den gesetzgeberischen Zweck zum Schutz der Gesundheit und des Lebens der Menschen zu erreichen, wenn sie nicht eindeutig willkürlich sind.

Wenn wir diesen Maßstab in diesem Fall anwenden, kann man nicht verneinen, dass eine ganze Menge Infektionsfälle mit Corona nicht völlig auszuschließen sind, wenn eine Anzahl von tausend Christen sich in einer großen Kirche wie der der Beschwerdeführerin versammeln und Gottesdienst abhalten würden, trotz der Einhaltung der Präventionsrichtlinien. Deshalb kann die Behauptung des Beschwerdeführers in Bezug auf Gleichheitswidrigkeit nicht akzeptiert werden, da die Verwaltungsanordnung des Beschwerdegegners nicht eindeutig willkürlich ist.

3. Bewertung der einstweiligen Anordnung des Verfassungsgerichts, AZ: 2020hunsal304 am 4. Januar 2021

Zunächst müssen wir bedenken, dass der Minister für Justiz in ausreichender Zahl isolierte Räume oder Einrichtungen vorbereiten hätte müssen, damit die wahrscheinlich infizierten oder infektionsverdächtigen Prüflinge, die sich nicht innerhalb der Meldungsfrist vorher anmelden konnten, nicht an der Prüfung hätten teilnehmen können. Wenn jemand während der Prüfung als ein Infizierter oder Infektionsverdächtiger beurteilt würde, könnte er die Prüfung nicht mehr ablegen. Das würde einen irreparablen Schaden bedeuten. Deshalb kann der Fall auftreten, dass ein wahrscheinlich infizierter Prüfling seine Corona-Symptome zu verbergen und die Prüfung weiterzumachen versucht. Dieser Fall wäre natürlich viel gefährlicher für die anderen Prüflinge. So hat das Verfassungsgericht nach der Abwägung der Nachteile den Antrag des Antragstellers auf einstweilige Anordnung anerkannt.

Ich finde, dass das Verfassungsgericht zutreffend entschieden hat.

VI. Schluss

Meines Erachtens sollte der Maßstab für die Überprüfung der Handlung der öffentlichen Gewalt beim Notfall wie der Corona-Krise je nach der Gefährlichkeit der Infektionskrankheiten, Geschwindigkeit der Ausbreitung und Ansteckbarkeit der Infektion, Kontrollierbarkeit der Pandemie durch Impfung, mögliches Auftreten von Virusvarianten, Geschwindigkeit der Ausbreitung und ihre Gefährlichkeit usw. sehr flexibel angewendet werden.

In diesem Sinne klingt der Spruch, dass die Zeit der Ausnahme die Zeit der Verwaltung ist, gewissermaßen treffend. Bei der Überprüfung sollte das Gericht oder das Verfassungsgericht einen „judicial self-restraint“, aber nur ausnahmsweise in dem eindeutig willkürlichen Fall ein „judicial activism“ in diesem Notfall wie der Corona-Pandemie Krise ausüben.

Ich bedanke mich für Ihre Aufmerksamkeit!

Corona-Pandemie und Staatshaftungsrecht

MARTEN BREUER*

I. Einleitung

Das letzte Trilaterale Seminar, das im Jahr 2018 in Konstanz stattfand, stand unter dem Thema „Die Antworten des Rechts auf Krisen in Deutschland, Japan und Korea aus rechtsvergleichender Sicht“. Keiner von uns hätte sich damals auch nur träumen lassen, dass wir nur kurze Zeit später mit einer Krise derart globalen Ausmaßes konfrontiert werden würden, wie sie die Corona-Pandemie darstellt. Die Pandemie hat unser aller Leben grundlegend verändert, sie hat Grundrechtseinschränkungen in bislang nie gekanntem Ausmaß zur Folge gehabt – hierzu haben wir bereits in den Vorträgen von Herrn Ibler und Herrn Bang Grundlegendes gehört.

Dass ich das Staatshaftungsrecht als Thema für meinen Vortrag ausgewählt habe, hat einen einfachen Grund. Die Corona-Krise hat die systematischen Defizite des deutschen Staatshaftungsrechts gleichsam wie unter einem Brennglas hervortreten lassen. Die Klagen über die Unübersichtlichkeit und Verworrenheit dieses Rechtsgebiets sind annähernd so alt wie das Rechtsgebiet selbst. Seine Reformbedürftigkeit steht außer Frage, allerdings hat der deutsche Gesetzgeber nach dem gescheiterten Versuch des Staatshaftungsgesetzes von 1981 keinen weiteren Anlauf unternommen und wird wohl in absehbarer Zeit auch keinen Anlauf unternemen, zu groß sind die Befürchtungen und Sorgen vor unkalkulierbaren Haftungsrisiken. An den Antworten, die die deutschen Gerichte auf die Corona-Krise unter staatshaftungsrechtlichen Vorzeichen gegeben haben, lässt sich nun aber sehr schön demonstrieren, wie zufallsabhängig das jeweilige Ergebnis ist. Der „dogmatische Wildwuchs“ des deutschen Staatshaftungsrechts in seiner gegenwärtigen Form hat so eine Beschäftigung mit den tiefer liegenden Problemen eher erschwert als erleichtert. Das möchte ich in den folgenden Minuten anhand der bislang ergangenen Rechtsprechung zu der Thematik verdeutlichen.

II. Tatsächliche und rechtliche Ausgangslage

Im Ausgangspunkt muss ich dafür einige Grundparameter der deutschen Reaktion auf die Corona-Krise ins Gedächtnis rufen. Zunächst: Die exponentielle Ausbreitung des Corona-Virus zu Beginn der ersten und zweiten Welle im Frühjahr bzw. Herbst 2020 hatte weitreichende Lockdown-Maßnahmen zur Folge. Das Ziel dieser Maßnahmen bestand darin, eine unkontrollierte (und unkontrollierbare) Ausbreitung des Virus zu verhindern, weil ansonsten die Gefahr

bestanden hätte, dass das deutsche Gesundheitssystem an seine Kapazitätsgrenzen gelangt wäre – das Stichwort der Triage stand hier immerfort drohend im Raum. Für den vorliegenden Kontext wichtig ist, dass die genannten Lockdown-Maßnahmen jeweils auf Landesebene getroffen wurden, und zwar in der Gestalt von Rechtsverordnungen. Obwohl wir auf Bundesebene ein Gesetz zur Seuchenbekämpfung haben – das sog. Infektionsschutzgesetz –, sah dieses Gesetz keine Ermächtigungsgrundlage für den Bund zum Erlass von Eindämmungsmaßnahmen vor, sondern ermächtigt wurden die Landesregierungen (§ 32 IfSG). Das führte in der Praxis dann zu dem (staatsorganisationsrechtlich ungewöhnlichen, wenn nicht gar bedenklichen) Phänomen, dass weitreichende Entscheidungen für Deutschland als Ganzes von einem Gremium beschlossen wurden, welches im Grundgesetz so überhaupt nicht vorgesehen ist, nämlich in der Runde der Bundeskanzlerin mit den 16 Länder-Regierungschefs.

Da die genannten Lockdown-Maßnahmen in Gestalt von Rechtsverordnungen erlassen wurden, hatten die hiervon Betroffenen – also Gaststättenbesitzer, Friseure, Betreiber von Fitnessstudios usw. – die Möglichkeit, direkt gegen diese Rechtsverordnungen vor den Oberverwaltungsgerichten zu klagen (sog. Normenkontrolle gem. § 47 VwGO). Von dieser Möglichkeit ist in großem Umfang Gebrauch gemacht worden, allerdings haben die Oberverwaltungsgerichte die Rechtmäßigkeit der Maßnahmen ganz überwiegend bestätigt. Hieraus folgt für die vorliegende Thematik zweierlei: Erstens werde ich mich im Folgenden ausschließlich mit den Fällen beschäftigen, in denen die jeweilige Lockdown-Maßnahme für rechtmäßig befunden wurde. Es geht also nicht um die Frage der Haftung für staatliches Unrecht, sondern um die Haftung für rechtmäßiges staatliches Handeln. Zweitens wird uns im Folgenden die Frage der Haftung für Normativakte beschäftigen, und zwar für Normativakte auf untergesetzlicher Ebene. Bekanntlich geht das deutsche Staatshaftungsrecht von dem Grundsatz aus, dass für Legislativakte – also für Gesetze im formellen Sinne – grds. nicht gehaftet wird. Hier wird sich die Frage stellen, inwiefern dieser sehr weitreichende Ausschluss der Haftung für Legislativakte auf untergesetzliche Normen übertragen werden kann.

III. Haftung gemäß Infektionsschutzgesetz

Damit ist die Ausgangslage hinreichend konkretisiert. In einem ersten Schritt liegt es nahe, das Infektionsschutzgesetz als *sedes materiae* daraufhin zu befragen, ob die von Lockdown-Maßnahmen Betroffenen eine Entschädigung für rechtmäßige Betriebsschließungen verlangen können. Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Die deutschen Gerichte gehen einhellig und sehr eindeutig davon aus, dass sich aus dem Infektionsschutzgesetz keine Entschädigungsansprüche dieser Art herleiten lassen. Ich will die damit aufgeworfenen Rechtsfragen daher relativ knapp behandeln, um mich im Anschluss den grundlegenden Fragestellungen widmen zu können.

1. Das Infektionsschutzgesetz bietet im Hinblick auf Entschädigungsansprüche zwei Anhaltspunkte. § 56 Abs. 1 IfSG begründet eine Anspruchsgrundlage für „Ausscheider, Ansteckungsverdächtige, Krankheitsverdächtige oder sonstige Träger von Krankheitserregern“, die in der Ausübung ihrer bisherigen Erwerbstätigkeit Verboten unterliegen und dadurch einen Verdienstaufschlag erleiden. Diese Anspruchsgrundlage kommt bei den allgemeinen Lockdown-Maßnahmen deshalb nicht zu Zuge, weil die betroffenen Gastwirte, Friseure usw. nicht *als* – tatsächliche oder mutmaßliche – Träger von SARS-CoV-2 in Anspruch genommen wurden. Letztlich zielten die Maßnahmen überhaupt nicht darauf ab, eine von einem Gastwirt usw. ausgehende Gesundheitsgefahr abzuwehren. Die Gefahr ergab sich vielmehr aus der Eigenschaft von SARS-CoV-2, sich überwiegend durch Aerosole und vor allem in Innenräumen zu verbreiten, so dass allein schon die Anwesenheit einer Vielzahl von Gästen in einem Lokal das Risiko der Krankheitsübertragung begründete. Diese Fallkonstellation hat § 56 Abs. 1 IfSG ersichtlich nicht vor Augen.

Vereinzelt ist in der Literatur allerdings gefordert worden, § 56 Abs. 1 IfSG in der uns interessierenden Fallkonstellation analog anzuwenden. Die deutschen Gerichte sind dem unisono nicht

* Prof. Dr. Marten Breuer, Universität Konstanz

gefolgt, sondern haben bereits das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke verneint. Diese Position hat im Laufe der Pandemie noch zusätzliche Unterstützung erfahren. Mit Gesetz vom 27. März 2020 hat der Bundesgesetzgeber nämlich den § 56 IfSG um einen Absatz la erweitert, in dem er berufstätigen Eltern, die von Schließungsmaßnahmen der Schulen oder Kindergärten betroffen waren, einen Anspruch auf Ersatz des Verdienstausfalls einräumte. Dieser Sonderregelung hätte es nicht bedurft, wenn § 56 Abs. 1 IfSG analogiefähig gewesen wäre. Indem nun der Gesetzgeber nur den einen Sonderfall berufstätiger Eltern von Kindergartenkindern und Schülern regelte, brachte er damit zugleich zum Ausdruck, dass er in sonstigen Situationen von Verdienstausfällen oder -einbußen keinen Entschädigungsanspruch gewähren wollte.

2. Als zweite Anspruchsgrundlage kommt § 65 Abs. 1 IfSG in Betracht. Dieser gewährt einen Entschädigungsanspruch, soweit „Gegenstände vernichtet, beschädigt oder in sonstiger Weise in ihrem Wert gemindert werden oder ein anderer nicht nur unwesentlicher Vermögensnachteil verursacht wird“, allerdings nur bei Maßnahmen nach den §§ 16, 17 IfSG. Die Maßnahmen, auf die sich das Gesetz hier bezieht, müssen zum Ziel haben, den Ausbruch übertragbarer Krankheiten zu *verhüten*. Das ergibt sich aus der systematischen Stellung der §§ 16, 17 IfSG im Kapitel über die „Verhütung übertragbarer Krankheiten“, während die Rechtsverordnungen gegen SARS-CoV-2 auf das Kapitel über die „Bekämpfung übertragbarer Krankheiten“ gestützt wurden. Eben deshalb – die Corona-Pandemie war ja bereits ausgebrochen, d.h. ihr Ausbruch sollte durch die Lockdown-Maßnahmen nicht verhindert, sondern ihre weitere Ausweitung bekämpft werden – kamen die §§ 16, 17 IfSG nicht zu Tragen und damit auch nicht die Anspruchsgrundlage des § 65 IfSG – so jedenfalls die eindeutige Sichtweise der deutschen Gerichte. Vereinzelt ist dem wiederum in der Literatur entgegengehalten worden, dass die trennscharfe Unterscheidung zwischen „Verhütung“ und „Bekämpfung“ im Falle der Corona-Pandemie nicht möglich sei, so dass jede Bekämpfungsmaßnahme zugleich auch der Verhütung einer weiteren Ausbreitung diene. Die Gerichte sind dem jedoch nicht gefolgt, sondern haben sich mit dem Hinweis begnügt, die Unterscheidung zwischen „Verhütung“ und „Bekämpfung“ sei eben im Infektionsschutzgesetz so angelegt und könne deshalb nicht im Wege der Auslegung überspielt werden.

IV. Ansprüche nach den Polizeigesetzen der Länder

Nachdem sich aus dem Infektionsschutzgesetz keine Entschädigungsansprüche für den uns interessierenden Personenkreis ergeben haben, könnten als nächstes Ansprüche nach den Polizeigesetzen der Länder in Betracht gezogen werden. Dies vor allem deshalb, weil die Polizeigesetze regelmäßig Entschädigungsansprüche bei rechtmäßigen polizeilichen Maßnahmen gegenüber Nichtstörern gewähren. Wenn nun ein Gastwirt, ohne selbst Infizierter zu sein, seine Gaststätte schließen muss, um die Ausbreitung des Corona-Virus zu verhindern – liegt dann nicht gerade die Fallkonstellation eines Nichtstörers vor, in der die Polizeigesetze Entschädigungsansprüche zulassen?

Die Antworten, die die Gerichte auf diese Frage gegeben haben, lassen gewisse Unsicherheit im Umgang mit der Materie erkennen. Zugleich zeigt sich hier die bereits oben erwähnte Zufallsabhängigkeit der Argumentation. Insgesamt vier Argumentationslinien lassen sich unterscheiden:

1. Relativ weit verbreitet ist das Argument, dass die Regeln des Infektionsschutzgesetzes als *leges speciales* den allgemeinen Polizeigesetzen vorgehen. Dafür spricht, dass es sich beim Infektionsschutzgesetz um (besonderes) Gefahrenabwehrrecht handelt. Zudem findet sich das Argument, dass eine Sperrwirkung des Infektionsschutzgesetzes gegenüber den Polizeigesetzen nicht voraussetze, dass es eine „vollkommen umfassende, jeden denkbaren Entschädigungsanspruch betreffende Regelung“ enthalte.

2. Ein anderer Ansatz knüpft an den Begriff der polizeilichen „Maßnahme“ an, welche einen Entschädigungsanspruch auslöst. Hier ist zumindest die Frage aufgeworfen worden, ob allgemeine Betriebsschließungen auf der Grundlage einer Rechtsverordnung unter den Begriff der (individuellen) polizeilichen Maßnahme zu subsumieren seien.

3. Andere Gerichte haben die Versagung des polizeirechtlichen Entschädigungsanspruchs an die Erlassbehörde angeknüpft, allerdings mit unterschiedlichen Nuancen. In die eine Richtung deutet ein Urteil des Landgerichts Düsseldorf, das auf den Begriff der Ordnungsbehörde (§ 39 Abs. 1 OBG NRW) abgestellt hat. Zu den Ordnungsbehörden, so das Landgericht, gehörten nicht die „Ministerien, da der staatsleitende, steuernde und kontrollierende Aufgabenzuschnitt der Ministerien [...] sich von der operativen Vollzugstätigkeit der genannten Ordnungsbehörden“ abhebe. Da die betreffende Corona-Verordnung vom Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales erlassen worden war, lag diese Voraussetzung nicht vor. Man könnte nun aus dieser Entscheidung den Schluss ziehen, dass ministerielles Handeln aufgrund seiner besonderen Qualität als Akte der Gubernative von vornherein der Haftung nach Polizei- und Ordnungsrecht entzogen sei. Dem widerspricht allerdings die Rechtslage in Bayern. So verweist das Landgericht München in einem Urteil darauf, dass zu den Sicherheitsbehörden neben den Gemeinden, Landratsämtern und Regierungen „das Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration“ gehöre. Vorliegend hatte allerdings das Staatsministerium für Gesundheit und Pflege, nicht das Staatsministerium des Innern gehandelt. Von einem generellen Ausschluss gubernativen Handelns kann hier also keine Rede sein, der Haftungsausschluss ergab sich vielmehr eher zufallsgesteuert aus der Zuständigkeitsverteilung zwischen den Ministerien.

4. Eine vierte und letzte Argumentationslinie unterscheidet zwischen der Inanspruchnahme eines Nichtstörers und einer sog. „Jedermann-Maßnahme“. Als „Jedermann“ werde eine Person bezeichnet, die weder als Störer, noch als Nichtstörer oder unbeteiligter Dritter in Anspruch genommen werde. Eine „Jedermann-Maßnahme“ liege insbesondere vor, wenn eine polizeiliche Maßnahme einen so großen Personenkreis betreffe, „dass die einzelnen Betroffenen kaum anders als die Allgemeinheit durch die Maßnahme berührt werden“. Dahinter steht also letztlich der Gedanke, dass die Lockdown-Maßnahmen derart weite Bereiche der Gesellschaft betroffen haben, dass von einem individualisierbaren „Sonderopfer“ nicht mehr die Rede sein kann. Ich werde später auf diese Argumentationsfigur noch einmal zurückkommen.

Insgesamt können wir feststellen, dass die polizeirechtlichen Entschädigungsansprüche zwar im Ergebnis durchweg verneint wurden, dass aber im Einzelnen gewisse Begründungsunsicherheiten deutlich geworden sind.

V. Anspruch aus enteignendem Eingriff

Damit kommen wir schließlich zur letzten Anspruchsgrundlage, dem Anspruch aus enteignendem Eingriff. Lassen Sie mich zunächst einige Worte zur dogmatischen Einordnung dieses Anspruchs sagen.

1. Das deutsche Staatshaftungsrecht wird aus historischen Gründen vom Amtshaftungsanspruch (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG) dominiert. Dass ich vorliegend auf den Amtshaftungsanspruch nicht weiter eingehe, hängt mit der thematischen Eingrenzung zusammen: Da wir uns auf Fälle *rechtmäßiger* Lockdown-Maßnahmen beschränken, kommt dem Amtshaftungsanspruch, welcher ja die Verletzung einer Amtspflicht voraussetzt, keine Bedeutung zu. Neben der Amtspflichtverletzung verlangt der Amtshaftungsanspruch noch das Vorliegen von Verschulden, und hieran scheitern viele Amtshaftungsklagen. Die Rechtsprechung hat jedoch den Amtshaftungsanspruch um drei verschuldensunabhängige Anspruchsgrundlagen ergänzt: den Anspruch aus enteignungsähnlichem Eingriff, den Anspruch aus enteignendem Eingriff und den sog. Aufopferungsanspruch. Allen drei Ansprüchen ist wesenseigen, dass sie richterrechtlich entwickelte Institute sind, es existieren also keine geschriebenen Anspruchsgrundlagen. Zudem

sind sie unabhängig vom Verschulden – hierin unterscheiden sie sich maßgeblich vom Amtshaftungsanspruch.

Darüber hinaus haben sie jeweils unterschiedliche Anwendungsbereiche: Der Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff setzt rechtswidrige Eingriffe in das Eigentum i.S.v. Art. 14 GG voraus. Da wir uns vorliegend auf rechtmäßige Lockdown-Maßnahmen beschränken, scheidet er als Anspruchsgrundlage von vornherein aus. Der Aufopferungsanspruch kommt sowohl bei rechtswidrigen als auch bei rechtmäßigen Maßnahmen zum Tragen, ist allerdings beschränkt auf die Schutzgüter aus Art. 2 Abs. 2 GG (Freiheit, Leben, körperliche Unversehrtheit). Nun dienen die hier interessierenden Lockdown-Maßnahmen zwar dem Schutz des Lebens und der Gesundheit. Dennoch ist der Aufopferungsanspruch hier eindeutig nicht einschlägig, denn er greift nur bei einer Verletzung der genannten Schutzgüter. Die von den Lockdown-Maßnahmen Betroffenen haben jedoch nicht eine Verletzung von Leben oder Gesundheit gerügt, sondern die Schließung ihrer Betriebe. Der Bundesgerichtshof lehnt allerdings in ständiger Rechtsprechung ab, Aufopferungsansprüche im Zusammenhang mit der Berufsfreiheit anzuerkennen.

2. Somit bleibt als letztes der Anspruch aus enteignendem Eingriff. Dieser Anspruch ist, ebenso wie der Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff, thematisch an das Eigentum i.S.v. Art. 14 GG geknüpft. Im Unterschied zu jenem greift er aber bei rechtmäßigen Maßnahmen und kommt demgemäß vorliegend als Anspruchsgrundlage in Betracht. Die Rechtsprechung der deutschen Gerichte lässt wiederum eine große Argumentationsvielfalt bei der Behandlung des Anspruchs aus enteignendem Eingriff erkennen:

a) Ebenso wie bei den polizeirechtlichen Entschädigungsansprüchen findet sich relativ häufig das Argument, die Regeln des Infektionsschutzgesetzes gingen als *leges speciales* dem Anspruch aus enteignendem Eingriff vor. Gestützt wird dieses Argument z.T. auf die Entstehungsgeschichte des Infektionsschutzgesetzes. Allerdings ist dieses Argument hier weit weniger überzeugend als bei den polizeirechtlichen Entschädigungsklauseln.

Vorgänger des Infektionsschutzgesetzes war das Bundesseuchengesetz vom 18. Juli 1961. Dieses Gesetz enthielt vergleichbare Entschädigungsansprüche wie heute das Infektionsschutzgesetz. Aus der Gesetzesbegründung zum Bundesseuchengesetz ergab sich jedoch, dass diese Entschädigungsklauseln keine ausschließliche Regelung darstellen sollten. Im Bundesseuchengesetz seien „nur die wichtigsten der nach dem Gesetz in Betracht kommenden Entschädigungsfälle geregelt, ohne daß damit die Entschädigungspflicht in anderen Fällen, soweit eine solche auf Grund anderweitiger Rechtsvorschriften oder auf Grund Gewohnheitsrechts besteht, ausgeschlossen sein soll[ten]“. Das Bundesseuchengesetz ließ also einen Rückgriff auf richterrechtliche Institute wie den enteignenden Eingriff explizit zu.

Zum 1. Januar 2001 wurde das Bundesseuchengesetz durch das heutige Infektionsschutzgesetz abgelöst. In der Begründung dieses Gesetzes heißt es nun folgendermaßen: „Die im 12. Abschnitt getroffenen Entschädigungsregelungen ersetzen umfassend den von der Rechtsprechung entwickelten allgemeinen Aufopferungsanspruch, dem damit insoweit keine lückenschließende Funktion mehr zukommt. Weitergehende Ansprüche aus Amtshaftung bleiben unberührt.“ Diese Gesetzesbegründung wird regelmäßig als Beleg dafür angeführt, dass ein Rückgriff auf den enteignenden Eingriff nunmehr wegen der abschließenden Regelung des Infektionsschutzgesetzes ausgeschlossen sei. Doch ist dies tatsächlich der Fall?

In der bisherigen Diskussion ist ein Aspekt m.E. noch nicht ausreichend berücksichtigt worden: So ist in der Gesetzesbegründung nur die Rede von einer umfassenden Ersetzung des von der Rechtsprechung entwickelten „allgemeinen Aufopferungsanspruchs“. Wie zuvor erläutert, betrifft der allgemeine Aufopferungsanspruch die Entschädigung insbesondere bei Schäden an Leib und Leben. Ausgangspunkt war die sog. Impfschädenrechtsprechung des Bundesgerichtshofs in einem Fall, in dem eine gesetzlich angeordnete Impfpflicht gegen Pocken zu einer unvorhergesehenen Nebenfolge geführt hatte. Dieser allgemeine Aufopferungsanspruch ist allerdings, wie erwähnt, beschränkt auf die Rechtsgüter aus Art. 2 Abs. 2 GG. Von daher ließe sich argumentieren, dass der Gesetzgeber zwar die Impfschädenrechtsprechung umfassend durch

die Regeln des Infektionsschutzgesetzes habe ersetzen wollen, dass aber keine abschließende Regelung hinsichtlich eigentumsrelevanter Maßnahmen beabsichtigt gewesen sei.

Insoweit bestehen also durchaus Zweifel, ob das Infektionsschutzgesetz den Rückgriff auf den enteignenden Eingriff tatsächlich sperrt. Etliche Gerichtsentscheidungen haben diese Frage denn auch dahinstehen lassen und eine hypothetische Prüfung des Anspruchs in der Sache durchgeführt. Auch hier lassen sich wiederum verschiedene Argumentationsmuster unterscheiden:

b) So wurde der Anspruch aus enteignendem Eingriff teilweise mit der Begründung verneint, es liege kein Eingriff in die Eigentumsfreiheit aus Art. 14 GG, sondern „nur“ ein Eingriff in die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG vor. Wie bereits angedeutet, hält der Bundesgerichtshof bis heute an der vielfach kritisierten Inkonsistenz fest, dass zwar bei Eigentumseingriffen verschuldens-unabhängig Entschädigung gewährt wird, bei Eingriffen in die Berufsfreiheit aber keine vergleichbare Anspruchsgrundlage existiert. Einige Landgerichte sahen nun im Fall von Betriebs-schließungen eher die Berufs- denn die Eigentumsfreiheit als betroffen an und verneinten dementsprechend den Anspruch aus enteignendem Eingriff. So meinte etwa das Landgericht Düsseldorf, die zwingende Betriebsschließung habe letztlich nur fünf Wochen gedauert; dieser Zeitraum greife zwar empfindlich in die Berufsausübungsfreiheit gem. Art. 12 GG ein; die Qualität einer Beeinträchtigung des Gewerbebetriebs in seiner Substanz (und damit des Art. 14 GG) sei damit jedoch nicht erreicht. Auch das Landgericht Heilbronn meinte, im Kern reklamiere die Klägerin entgangene Erwerbs- und Betriebsaussichten in ihrem Handwerk, das stelle gerade noch keine verfestigte Eigentumsposition dar. Demgegenüber sah das Oberlandesgericht Brandenburg den Schutzbereich der Eigentumsfreiheit aus Art. 14 GG als betroffen an. Insoweit stellte es darauf ab, die nahezu umfassende – wenn auch zeitlich beschränkte – Anordnung der Betriebsschließung sei als Eingriff in die Substanz des Betriebes zu verstehen. Dessen ungestörtes Funktionieren werde – auf gewisse Zeit – unterbunden oder wenigstens beeinträchtigt, und sein „Eigentümer“ gehindert, von dem Gewerbebetrieb den bestimmungsgemäßen Gebrauch zu machen. Ihm würden nicht lediglich Erwerbchancen genommen.

c) Ein weiterer Ansatzpunkt, den Anspruch scheitern zu lassen, besteht im Rückgriff auf den Grundsatz im deutschen Staatshaftungsrecht „keine Haftung für legislatives Unrecht“. Das mag auf den ersten Blick überraschen, denn in unserem Fall handelt es sich ja weder um Legislativmaßnahmen – der Lockdown war mittels Rechtsverordnung und nicht via Parlamentsgesetz verhängt worden –, noch handelte es sich um Unrecht – die Maßnahmen wurden ja ganz überwiegend als rechtmäßig beurteilt. Der Rückgriff auf den Grundsatz „keine Haftung für legislatives Unrecht“ erfolgt denn auch nur punktuell, indem ein Begründungselement der BGH-Rechtsprechung isoliert und auf die vorliegende Fallkonstellation übertragen wird.

Der Ausschluss des enteignungsgleichen Eingriffs bei Legislativakten war vom Bundesgerichtshof ursprünglich in den 1980er Jahren im Zusammenhang mit dem Waldsterben entwickelt worden. Hier hatten einige Waldbesitzer geklagt mit dem Argument, dass die gesetzlichen Regelungen nicht ausreichten, um ihre Waldbestände vor schädlichen Immissionen zu schützen. Der Bundesgerichtshof verneinte die Anwendbarkeit des enteignungsgleichen Eingriffs mit dem Argument, dass dieses richterrechtliche Institut nicht für Fälle von legislativem Unrecht – also für verfassungswidrige formelle Gesetze – entwickelt worden sei. Im Hintergrund stehen offenbar Überlegungen der Gewaltenteilung in dem Sinne, dass die Dritte Gewalt nicht durch ein richterrechtlich geschaffenes Institut eine Haftung für Maßnahmen der Ersten Gewalt einführen dürfe. Ein zusätzliches Argument bildete dabei die Haushaltsprerogative des Gesetzgebers. Wörtlich heißt es in der Entscheidung: „Die Zubilligung von Entschädigungsansprüchen für legislatives Unrecht in Gestalt eines mit dem Grundgesetz nicht zu vereinbarenden formellen Gesetzes kann für die Staatsfinanzen weitreichende Folgen haben. Schon das spricht dafür, die Haushaltsprerogative des Parlaments [...] in möglichst weitgehendem Umfang zu wahren und die Gewährung von Entschädigung für legislatives Unrecht der Entscheidung des Parlamentsgesetzgebers zu überantworten.“ Der Bundesgerichtshof stellte jedoch klar, dass

sich seine Ausführungen „nur auf die Haftung für verfassungswidrige formelle Gesetze und darauf gestützte Maßnahmen beziehen, nicht aber auf die Haftung für untergesetzliche Normen, die aufgrund rechtswirksamer Gesetze ergangen sind“. D.h. der Bundesgerichtshof unterschied klar und kategorial nach dem Auslöser der Haftung – bei formellen Gesetzen gilt der Grundsatz „keine Haftung für legislatives Unrecht“, bei untergesetzlichen Rechtsnormen wie etwa Rechtsverordnungen gilt dieser Grundsatz hingegen nicht.

In der neueren Rechtsprechung, die im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie ergangen ist, wird nun z.T. das Zusatzargument der nachteiligen Auswirkungen auf die Staatsfinanzen isoliert und auf die Corona-Lage übertragen. Daran ist so viel richtig, dass die massenhafte Zubilgung von Entschädigungsansprüchen auf der Grundlage des enteignenden Eingriffs sicherlich erhebliche Auswirkungen auf die Staatsfinanzen haben würde. Mit diesem Argument freilich setzen sich die betreffenden Gerichte über die Klarstellung des Bundesgerichtshofs, dass eine Haftung für untergesetzliche Normen sehr wohl in Betracht komme, eindeutig hinweg. Demgegenüber erkennt das Oberlandesgericht Brandenburg zutreffend, dass der Ausschluss für legislatives Unrecht für „untergesetzliches Recht auch in Form von Rechtsverordnungen [...] nicht uneingeschränkt [gilt], jedenfalls dann nicht, wenn die einschlägigen Normen an eigenen, nicht auf ein Parlamentsgesetz zurückgehenden Nichtigkeitsgründen leiden, mag sich dies auch auf eine Vielzahl an Betroffenen auswirken“.

d) Damit komme ich noch einmal auf das schon zuvor erwähnte Argument der Jedermann-Maßnahme zurück. Im Kontext des enteignenden Eingriffs geht es insoweit um die Frage, ob dem Einzelnen eine einseitige Belastung auferlegt worden ist, die als unzumutbares Sonderopfer zugunsten der Allgemeinheit anzusehen ist. Dies ist von der Rechtsprechung üblicherweise mit dem Argument verneint worden, dass durch die Lockdown-Maßnahmen nicht nur der jeweilige Kläger oder seine Branche, sondern weite Teile der Gesellschaft betroffen worden seien. Ein individuelles Sonderopfer liege insoweit nicht vor. Teilweise überlegen die Gerichte noch, ob ein Sonderopfer möglicherweise dann vorliege, wenn die Schließungsmaßnahmen für den einzelnen Betroffenen eine existenzgefährdende oder existenzvernichtende Wirkung hätten. Diese Frage wird dann jedoch typischerweise mit dem Hinweis auf die staatlichen Unterstützungsmaßnahmen, die der Einzelne erhalten habe, verneint.

Dies, meine Damen und Herren, ist ein bemerkenswertes Ergebnis. Denn der deutsche Staat hat die Unterstützungsmaßnahmen als *freiwillige* Hilfsleistung gewährt. Ein Anspruch auf derartige Hilfe besteht insoweit nicht. Wenn nun aber die Zahlung derartiger Hilfsleistungen überhaupt erst dazu führt, die wirtschaftlichen Härten der Lockdown-Maßnahmen abzumildern und aus einem möglicherweise entschädigungspflichtigen Sonderopfer eine entschädigungslos hinzunehmende Maßnahme zu machen, dann entsteht letzten Endes eine Art Entschädigungspflicht „durch die Hintertür“. Der Staat kann dann eben nicht gänzlich frei über Art und Höhe der Hilfsmaßnahmen entscheiden, sondern er *muss* gewisse Unterstützungen leisten, will er nicht Gefahr laufen, haftungsrechtlich über den enteignenden Eingriff in Anspruch genommen zu werden. Meinem Eindruck nach ist diese Konsequenz von den Gerichten durchaus nicht beabsichtigt, sondern es handelt sich um eine Art „Zusatzargument“. Wenn diesem Argument jedoch eine eigenständige Bedeutung zukommen soll, dann führt an dem e contrario-Schluss aus meiner Sicht kein Weg vorbei.

VI. Schlussbetrachtung

Wenn die vorangegangenen Ausführungen eines gezeigt haben, dann wie schwer sich die deutschen Gerichte mit der staatshaftungsrechtlichen Bewältigung der Corona-Krise tun. Eine Vielzahl von Rechtsfragen sind deutlich worden, die bisher nicht zufriedenstellend gelöst worden sind: Kommt eine Haftung für Maßnahmen von Ministerien in Betracht oder sind diese als Akte der Gubernative generell haftungsfrei gestellt? Ist zwischen Jedermann-Maßnahmen und der Inanspruchnahme als Nichtstörer zu unterscheiden oder greift bei jeder Maßnahme, die nicht

an den Handlungs- oder Zustandsstörer gerichtet ist, automatisch die Nichtstörerhaftung? Greift die vorübergehende vollständige Stilllegung eines Betriebs lediglich in die Berufsausübungsfreiheit des Gewerbetreibenden ein oder ist die Eigentumssubstanz des Betriebs betroffen? Und schließlich: Gilt der Grundsatz „keine Haftung für legislatives Unrecht“ tatsächlich nur für Akte der Legislative oder sind Rechtsverordnungen aufgrund der weitreichenden Auswirkungen für die Staatsfinanzen hier mit einzuschließen?

All diese Fragen, so berechtigt sie auch sein mögen, verstellen jedoch eher den Blick auf das tiefer liegende Problem. Denn eines muss man sich klar machen: Ließe man die Haftung für rechtmäßige Lockdown-Maßnahmen zu, so liefe das letztendlich auf eine Art Versicherung qua Staatshaftungsrecht hinaus. Bei der Corona-Krise, so gravierend und katastrophal die Auswirkungen für die einzelnen Betroffenen auch immer sein mögen, handelt es sich letztlich um ein schicksalhaftes Ereignis, für das niemand etwas kann – der betroffene Einzelne nicht, der Staat aber auch nicht. Im Grundsatz greift hier deshalb die alte *Maxime* „*casum sentit dominus*“ – zufällige Schäden gehen auf Kosten des Eigentümers. Wenn der Staat hier mit Hilfsmaßnahmen dem Einzelnen zur Seite steht, so tut er dies nicht aufgrund staatshaftungsrechtlicher Imperative, sondern als Ausdruck des Sozialstaatsprinzips. Im Ergebnis ist die zurückhaltende Herangehensweise der deutschen Gerichte also durchaus gerechtfertigt – die Begründungen vermögen jedoch über weite Strecken nicht zu überzeugen.

vaccines and actually carrying out the vaccination are the other of the two, but this seems to be more of a policy issue than legal.

State liability seems to play a considerable role in Covid-19 related lawsuits. This is probably because the government measures have already caused irreparable damages regarding issues like data protection and these losses have become no longer bearable as the pandemic is prolonged. There are state liability cases for each of the three measures mentioned above. The outlines of some leading cases will be briefed(III). Some legal obstacles predict a bleak future for the plaintiffs, which is why the call for state compensation is suggested as the most viable outcome. Amid the discussions on the subject, the National Assembly passed a bill that provides a legal basis for compensating small businesses. After a short account of the new legislation, the remaining legal issues will be sorted out(IV).

COVID-19 Pandemic and the State Liability and Compensation Regimes in South Korea

HYUN JUNG PARK*

I. Introduction¹

It was MERS in 2015 that brought home to Koreans the fear of pandemics. The South Korean government was put to the test and failed immensely. South Korea had 186 confirmed cases and 38 deaths, which was the second largest outbreak after Saudi Arabia. The government identified the disease ten days after the first patient had developed symptoms, during which time he had moved from hospital to hospital and infected many others. The government faced tremendous criticism for its inaptitude and lack of transparency, which led to a series of amendments to the governing law, the Infectious Disease Control and Prevention Act(hereinafter “IDCPA”). Thanks to the lessons learned from MERS, the South Korean government was better able to cope with Covid-19.² South Korea took further steps to respond to the pandemic; the Legislature went through 5 more amendments to the IDCPA. However, the development of this once-in-a-century pandemic raised new legal issues, or rather, revealed old ones with renewed interests.

Instead of going into the details of those amendments and updates, this paper will focus on the three keywords relating to the Korean government’s responses to the pandemic: CONTACT TRACING, INFORMATION DISCLOSURE, and the measures for SOCIAL DISTANCING(II). The first two received quite a few criticisms both at home and abroad; the third is one of the two most debated issues during the second year of the pandemic. Securing Covid-19

II. The Government’s Responses to the Pandemic

The South Korean government has taken various steps to deter the spread of COVID-19 and accomplished significant results. However, some of these measures were met with many criticisms: These measures often infringe on fundamental rights such as the right to privacy and the protection of personal data, the freedom to protest, and the freedom to conduct business. Both Contact Tracing and Information Disclosure raise data protection issues. Contact Tracing involves collecting personal data, and some of the data are made public by the government’s daily briefings. Social Distancing measures such as bans and restrictions on social gatherings cause much discontent, especially among protesters and small business owners. In the next session, this paper will discuss the governing laws and related legal issues regarding Contact Tracing and Information Disclosure.

1. Contact Tracing and Data Collection

From the very early stages of Covid-19 pandemic, the government’s core strategy in response to the pandemic has focused on the 3Ts: robust Testing, Tracing, and Treatment. Among testing, tracing, and treatment, the main issue related to the right to privacy is Close Contact Tracing. Close Contract Tracing is a government measure made possible by Articles 18 and 76-2 of the IDCPA, which provide State and local governments the authority to perform epidemiological investigation by collecting personal data to trace everyone who may have been in contact with a confirmed patient. Article 76-2 states that, if necessary for preventing and blocking the spread of infection, the Commissioner of Korea Disease Control and Prevention Agency(hereinafter “KDCA”) or a mayor or a governor of a local government may request administrative agencies, public and private entities, and individuals to provide personal data. It also states that those in receipt shall comply with such request. The information subject to the request are (i) names, resident registration numbers, addresses, and telephone numbers; (ii) prescriptions and records of medical treatments; (iii) records of immigration control; and (iv) other information necessary for monitoring the travel history of the patients listed in the Presidential Decree, among which are credit card transactions records and CCTV footages(para 1). The data subjects are not limited to the confirmed patients but extended to persons suspected of contracting an infectious disease(*i.e.* suspected carriers). The governments may also request, through a police

* Prof. Dr. Hyun Jung Park, School of Law, Hanyang University Seoul

¹ This is a modified version of the presentation given at the Korean-German-Japanese Trilateral Seminar on August 3, 2021, with minor changes and updates on the situations in South Korea.

² As of 12 am on October 3, 2021, South Korea has 318,105 confirmed cases and 2,507 deaths. 278,847 cases have recovered and 36,751 are still in isolation. Number of daily new cases average over 2,000, the highest since the outbreak of COVID-19 but the fatality rate is 0.76% for male patients and 0.82% for female patients. http://ncov.mohw.go.kr/bdBoard-List_Real.do?brdId=1&brdGubun=11&ncvContSeq=&contSeq=&board_id=&gubun= (last visited on October 3, 2021)

agency, the location information providers and telecommunications service providers to provide location data of patients and suspected carriers(para 2).

The term “suspected carriers” was newly added to the IDCPA by the amendment on March 4, 2020, to facilitate a more preventative and thorough epidemiological investigation, but is criticized as too vague and expansive. Also, the Act does not limit the scope of information collected in terms of time and place. These conditions lead to concerns about arbitrary execution of the administrative authority and excessive information gathering.³ The Act provides no procedural protection for data subjects other than *ex-post* notification, another factor for doubting the constitutionality of the said clause.⁴ On the other hand, the unpredictability of infectious diseases should be taken into consideration in this discussion, as each infectious disease is unique. It is difficult or impossible to predict the characteristics of any future pandemic in advance. So it is wise to have a broad definition of the term ‘suspected carrier’, allowing the government to respond quickly and protect public health. Also, it is both practically and technically difficult to provide concrete criteria in the statute for what data need to be collected.

In May 2020, a mass outbreak in the Itaewon area, a long-time haven for the LGBT community, caused controversy over the need to restrict the government authority regarding data collection. The Seoul Metropolitan Government received cellphone location data of more than 10,000 people. The government collected data for anyone who stayed over 30 minutes at the 17 base stations near 5 Itaewon nightclubs that the confirmed patients had visited during the 14 days period before the first patient was tested. The government authorities then sent text messages to over 5,000 visitors to recommend getting tested voluntarily. The authorities made a huge effort to encourage people to get tested and they succeeded, but this still drew much criticism for the excessive use of personal data. One of the visitors of Itaewon who had received the text message filed a constitutional complaint to the Constitutional Court. The complainant argued that the government’s data collection was based on the false assumption that all the people present at the area during the designated period were the suspected carriers, and therefore disproportionately and excessively restricted the complainant’s right to informational self-determination.⁵ The complainant also asserted that Article 76-2 of the IDCPA is unconstitutional because it lacks clarity and violates the warrant requirement guaranteed by the Constitution.

Some jurisdictional issues also need to be addressed. A data request is an administrative disposition over which the Constitutional Court has no jurisdiction.⁶ Moreover, the constitutional

³ Tae-Ho Kim, ‘Protective Measures against COVID-19 and the Rule of Law on Trial’ (2021) 49(4) Public Law 204-206 [Korean literature]; Sung-Gi Hwang, ‘The Constitutional Problems of the Request System for Provision of Information of Person Suspected of Contracting an Infectious Disease under the IDCPA’ (2021) 38(1) Hanyang Law Review 25 [Korean literature]

⁴ Sung-Gi Hwang, 26-29

⁵ According to People’s Solidarity for Participatory Democracy(PSPD), one of the groups in support of the complainant, the Seoul Metropolitan Government had, before the request, already procured a list of 5,517 visitors to the clubs and bars at issue using other data such as credit card transactions records etc.

⁶ The constitutional complaint can only be used after all the other judicial remedies are exhausted. As anyone who has a legal interest in an administrative disposition may file for a judicial review called a “revocation litigation” to the administrative court, it escapes the jurisdiction of the Constitutional Court. The Constitutional Court has dismissed a constitutional complaint against an order to mandate mask-wearing as inadmissible because it is an administrative disposition, which can be reviewed by an administrative court(Constitutional Court Decision 2020Hun-Ma1142, September 1, 2020).

complaint is allowed only when there is an act of a public authority that ‘directly’ affects the complainant’s right. As Article 76-2 of the IDCPA affects the complainant’s right to informational self-determination or privacy indirectly through the government’s data request, this provides another ground for refusal to hear the complaint by the Constitutional Court. But as data collection for Contact Tracing poses important constitutional questions, hopefully, the Constitutional Court will answer the questions in other cases.

2. Information Disclosure and Data Protection

Article 6(2) of the IDCPA states that the public shall have the right to know the outbreak of an infectious disease, information on control and preventive measures, and recommended countermeasures. Furthermore, the Act also requires that the State and local governments promptly disclose the relevant information to the public. According to Article 34-2, when a Crisis Alert Level of the Caution⁷ or above is issued against the outbreak, the Commissioner of the KDCA and the mayors and governors of local governments shall promptly release the information the public need to know to prevent the spread of the disease; they shall discard the disclosed information without delay if the information is no longer needed(paras 1 and 2).

The second part of Article 6(2) and Article 34-2 were added to the IDCPA on July 6, 2015, during the MERS outbreak. This shows that Koreans had been dissatisfied with regards to the nondisclosure of information and infringement on their right to know. The majority of confirmed cases of MERS in 2015 were in-hospital patients, their families, and medical staff of hospitals and clinics that accepted them. At the early stage of the outbreak, the government refused to disclose information about the hospitals and clinics where the confirmed cases occurred, and the anxiety and the distrust among people increased. The government later decided to disclose such information in addition to revising the IDCPA.⁸ Article 34-2 specifies the travel history of the confirmed patients as one of the information to disclose. Disclosing of such information sounds excessive when the number of new confirmed cases is over 1,000, but it was what Koreans wanted in 2015.

The situation was somewhat different in 2020. Amidst confusion and anxiety in the early stage of the outbreak, the authorities disclosed too detailed information on confirmed cases. Moreover, the central and local governments used different criteria. Data concerning individual patients were consolidated and began to spread through social media. During the outbreak in the Shincheonji religious sect, which originated from patient No. 31 on February 18, 2020, the religious group became the main target for blame. Provocative media reports, coupled with the non-cooperative attitude of the religious group, caused secondary victimization of the patients exposing them to blame and hatred. On March 9, 2020, the National Human Rights Commission of Korea expressed concerns about the information disclosure practices and the infringements on the right to privacy that ensued. The Commission recommended not to disclose information that can lead to the identification of individual patients such as age, gender, nationality; instead to only disclose the time and place of the visits by the patients that are necessary in urging relevant persons to voluntarily get tested. The Commission also proposed announcing once

⁷ It is the second of the four stages in the South Korean Crisis Alert system.

⁸ Ministry of Health and Welfare, *The 2015 MERS outbreak in the Republic of Korea: Learning from MERS* (2015) 298 [Korean literature]

these locations had been disinfected, in an effort to reduce public fears while protecting the businesses.⁹ Itaewon nightclub outbreak also revealed many privacy issues. Disclosing of excessive and unnecessary information resulted in false accusations and hatred against clubbers and LGBT community, which raised concerns among general public.

Accepting the recommendations from the Commission, the Commissioner of the KCDA composed a guideline for information disclosure in March 2020, which was revised three times until October 2020. The IDCPA was also amended in September 2020 to include a new provision in Article 34-2, which states that information unrelated to the disease such as sex, age, and other information prescribed by Presidential Decree shall be excluded. Currently, the KCDA (in the case of cluster infections) and the local governments disclose the information relating to the confirmed cases on their websites, which does not contain any information identifying an individual, such as age, sex, nationality, residence, name of employer, and individual routes taken by the confirmed patient. Places of visit and transportation means are made public, along with the information regarding the disinfection of the places. All published information is removed from the websites after 14 days from the last contact exposure by confirmed patients. Accordingly, it appears that many of the privacy issues caused by information disclosure are resolved.

3. Measures for Social Distancing

Article 49(1) of the IDCPA authorizes the Minister of Health and Welfare, the Commissioner of the KCDA, and the mayors and governors to implement preventive measures to halt the spread of infectious diseases. To those who fail to follow these orders, government authorities may order temporary closing of business for not less than three months or even permanent shut-down (para 2). Among the 18 preventive measures listed in the article, the two used most frequently during the COVID-19 pandemic are 2. Restriction or ban on gatherings; 2-2. Mandate to managers, administrators, or customers of places or facilities to comply with infection prevention and control guidelines. According to the article, the authorities may impose measures “to prevent infectious diseases,” the only requirement stated in the Act. Critics argue that this leaves too many aspects of the preventive measures at the discretion to the disease control authorities. Thus, it would be prudent for the Act to provide a summary of requirements for each type of measure, and detailed criteria, such as those in the guidelines, should be included in the statutory orders.¹⁰

Currently, the Minister of Health and Welfare has divided the social distancing schemes into 4 levels and set out the guidelines for each level.¹¹ The mayors and governors can order and change specific compliance for the residents, visitors, and business owners, etc. according to the guidelines set by the ministry. The orders include a ban or restriction on protests or private gatherings, mandatory mask-wearing, and restriction on business hours. Such a government order is for an unspecified majority, but as it imposes specific obligations on the individuals, it

⁹ NHRCK Chairperson’s Statement on the Excessive Disclosure of Private Information of the COVID-19 Confirmed Cases, March 9, 2020. [Korean literature]

¹⁰ Tae-Ho Kim, 213; Jung-Kwon Kim, *Der verwaltungsrechtliche Krisenmodus in Zeiten der Corona-Pandemierisiken*, (2021) 70(2) Korean Lawyers Association Journal 230 [Korean literature]

¹¹ The social distancing scheme began as 3-level guidelines on June 28, 2020, then redistributed into five levels on November 11, 2020, and again into four levels on July 4, 2021.

is an administrative disposition. Anyone who has a legal interest in the order can file a suit to an administrative court and appeal for revocation of the order or affirmation of its nullity.

Introduced below are the orders made by the Mayor of the Seoul Metropolitan Government City, including (i) ban on protests, (ii) ban and restrictions on gatherings in business facilities, and other preventive measures.¹²

(1) Ban on Protests

Orders to ban protests are based on Article 49(1)2. On February 26, 2020, the Seoul Metropolitan Government ordered a ban on protests in certain downtown areas, such as Seoul Station Square and Gwangwhamun Square. It also banned protests by more than nine people anywhere in Seoul starting from August 21, 2020. The ban in the designated areas continues to this day, and the ban in the other areas has gone through a few changes to adjust to the need to intensify or ease the preventive measures.

The ban faced much opposition and protests from the beginning. South Korea was expecting two elections in 2020, and Seoul is where all the big protests take place. Various political, labor, religious organizations sought to protect their freedom of assembly guaranteed by the Constitution. Legal challenges were not made directly to the banning orders but was directed to the notice of prohibition issued by the police authorities.¹³ Various organizers of protests filed suits for revocation of the notices and requested the Seoul Administrative Court for an interim order to suspend its execution. The court granted the suspension of execution unconditionally or with specific conditions according to the situations of each case. So far, the Seoul Administrative Court seems to deal with the requests on a case-by-case basis, taking into account the number of estimated protesters, demonstration methods, the organizers’ ability to guide the participants to comply with guidelines, and other circumstances.

One issue remains. Both the banning orders and the notice of prohibition are administrative dispositions. The latter is based on the validity of the former. Can the claimants seek to revoke the latter without first invalidating the banning order by a court decision?

On June 29, 2021, the Korean Confederation of Trade Union, one of two major labor unions in Korea, lodged a constitutional complaint challenging the bans on protests ordered by the Mayor of the Seoul Metropolitan Government. It argued that the bans violated the equality clause of the Constitution by discriminating protesters against the theater, department store, and mega-market businesses and their users, those who hold or attend sports, etc. The Union also challenged the constitutionality of Article 49(1)2 of the IDCPA, the governing provision of the

¹² From July 7, 2021, the Seoul metropolitan area is under Level 4, the highest level of social distancing, as the delta variant gains strength and the fourth wave of mass outbreaks began.

¹³ According to the Assembly and Demonstration Act, the organizer of an outdoor protest is obliged to notify the police authority of the time and place, estimated number of participants, etc. not less than 48 hours before the protest. The authority may prohibit the protest if it is deemed to violate restrictions specified in the above Act. This is called a notice of prohibition.

bans. It asserted that by enacting a discriminatory and disproportionate provision, the Legislature had directly infringed on the complainant's freedom of assembly.¹⁴

(2) Bans and Restrictions on Gatherings in Business Facilities and Other Restrictions

The guidelines announced by the Minister of Health and Welfare divide the facilities and businesses into 4 groups considering the risk of spreading the disease¹⁵ and prescribe the codes of conduct for each group and each Social Distancing Level. The latest guidelines limits private gatherings to up to four people, and up to two from 6 p.m. to 5 a.m.¹⁶ Mayors and governors order social distancing measures according to the guidelines. They may also issue orders necessary for the particular situations in the locality. As for Seoul Metropolitan City, the City Mayor has ordered a series of bans and restrictions, based on Articles 49(1)2 and 2-2, to meet the guidelines for the Social Distancing Level. The Mayor ordered a ban on gathering in indoor facilities and places thought to be conducive to spreading of the disease, such as indoor gyms, Zumba classes, nightclubs, bars, etc.¹⁷ The Mayor also ordered restrictions on gatherings at other facilities such as restaurants and cafés. The mandates include allowing take-outs and deliveries only from 10 p.m. to 5 a.m., and limiting customers to stay no more than an hour in cafés. The ban has been lifted and re-imposed according to the changing situation. Other restrictions have been renewed several times with various changes to the scope.

The title of Article 49(1)2 of the IDCPA is "Banning or restricting gatherings of people." But when the authorities specify facilities and businesses where bans are applied, it means ordering business owners to shut down their businesses for a designated period or indefinitely until further notice. Accordingly, many have criticized the vague nature of the statute asserting that the statute should provide a separate, clear basis for the business prohibition. The Act should provide another clause explicitly directed to business owners and that specify the requirements for issuing such orders.¹⁸ Business owners have lodged claims for state liabilities and constitutional complaints against the order to ban or restrict gatherings in business facilities. This will be further examined in detail below.

Recently, the Mayor of Seoul elevated the Social Distancing to Level 4 and banned all gatherings in the religious facilities from July 7 to 25, 2021. Some churches and clerics filed suits for the revocation of the banning orders, along with a request for an interim injunction against its execution. The Seoul Administrative Court decided on July 16 and to grant a conditional suspension of the execution. The court admitted that it is against the principle of equality to ban

¹⁴ The Trade Union in this case also faces the same jurisdictional issue as the Itaewon visitor does as explained above.

¹⁵ Group 1 includes night clubs and dance halls, Group 2 includes restaurants, cafés, and indoor sports facilities, Group 3 includes cinemas, theaters, wedding halls, funeral halls and department stores, Group 4 is for sports events, museums, etc.

¹⁶ From September 6, 2021, up to six are allowed to gather if the number of the person not fully vaccinated does not exceed the limit, which is four until 6 p.m. and two from 6 p.m.

¹⁷ The banning order for indoor gyms and Zumba classes lasted for 41 days, while the banning order for nightclubs and bars will continue to be effective at least until October 17, 2021. The South Korean government expects the share of population fully vaccinated to be over 70% in October and is preparing for a gradual return to normal life from November, but it has not yet introduced a concrete plan.

¹⁸ Tae-Ho Kim, 223

all on-site religious services when department stores have no limitations to the number of visitors and wedding ceremonies or funerals are allowed to have up to 49 attendees. Additionally, the court expressed that such measures may be excessively severe for religious groups that cannot afford online services. The court concluded that the banning order is likely to infringe on the constitutionally protected freedom of religion. Therefore, the court suspended the order until the decision on the principal suit. The suspension of execution is on the condition that religious services are limited to up to 19 people or up to 10% capacity of the facilities and that the religious groups with records of violating social distancing measures are not allowed to provide off-line services.¹⁹ The state government announced on July 20 that the state and local authorities concerned have agreed to accept the court decision. The Mayor also changed the order according to the court decision.

III. Covid-19 Pandemic and State Liability

1. The State Liability Act

Article 2(1) of the State Liability Act of Korea stipulates that where public officials inflict damage on anyone knowingly or negligently in performing their official duties, in violation of a statute, the State or a local government shall be liable for such damage. A successful claim for a state liability, therefore, has to overcome two major obstacles. The illegality of the administrative action or inaction is one. The intention or negligence of public officials is the other. The state and local governments are also liable for damages caused by defects in the installation or management of public goods and facilities. Regarding the COVID-19 outbreak, however, the majority will be Article 2 liability cases.

2. Case Studies

Some of the state liability cases filed against the authorities' response to the pandemic drew media attention, but the cases are still pending in the courts of the first instance. Other cases may have escaped media attention, but so far, no data is available on the number of filings or outcomes of any of these cases. Following are some of the media-reported lawsuits categorized by three responses: contact tracing, information disclosure, and social distancing.²⁰

(1) State Liability concerning Data Collection

From June 10, 2020, the Ministry of Health and Welfare adopted a QR code-based entry log system called KI-Pass (Korea Internet Pass). KI-Pass system keeps records of visitors to certain facilities that are deemed high risk for mass infection, such as entertainment facilities, private

¹⁹ Seoul Administrative Court 2021Ah11821, on July 16, 2021

²⁰ The first 3 cases below are also introduced in a prior study by Rhee(2021), overviewing various lawsuits filed against or by the state and local governments.

Eun-Sang Rhee, 'A Review on Several Legal Issues in the State Litigation Related to COVID-19 Quarantine Violations: from the Viewpoint of Public Law' (2021) 35 EUCJ 41 [Korean literature]

academies, restaurants, cafés, etc. Upon entry into these high-risk facilities, the visitor receives a one-time encrypted QR code, which they must present to the facility manager. The manager scans the QR code through a separate application, which automatically transfers the visitor's information to a public institution called Korea Social Security Information Service (KSSIS). The QR code issuers such as Naver and Kakao²¹ manage the personal information and the QR codes, while KSSIS maintains location data and the QR codes. All collected data is deleted automatically after four weeks. If a confirmed case occurs, the KDCA requests the KSSIS for location data (times of the visits to the facility and QR codes) and asks the QR code issuers for visitors' names, mobile phone numbers, QR codes, respectively. The data are then combined and used to track anyone who has had close contacts with the confirmed patient and urge them to get tested.²²

Although the KI-Pass reduces the need for extensive data collection, it does not eliminate the risk. Some facilities and events, such as mass protests²³ and sports games are not obliged to use the KI-Pass, which means that there remains a risk that another case of aggressive data collection occurs. In one case, protesters who had participated in a big scale protest on August 15, 2020, filed a claim for state liability against the State, along with a claim for civil liability against the Commissioner of the KCDA and three telecommunications service providers. They argued that the government illegally collected their mobile phone location data and provided it to the local governments, who then used it to persuade the claimants to get tested even though it was not mandatory.

The plaintiffs need to persuade the court that the administrative action in question is illegal. It is not easy unless the government authorities overtly breached the legal boundaries set out by the IDCPA. What matters here is the provision of the IDCPA itself, which will eventually mean challenging its constitutionality. Proving the negligence of public officials is even more difficult. As public agents are not obliged to challenge the constitutionality of the given legislation, they are seldom held negligent for applying unconstitutional legislation. Thus, the likelihood of the plaintiffs winning the case is not very high.

(2) State Liability concerning Information Disclosure

The second case concerns information disclosure. One of the visitors to Jeju Island filed a suit against the Governor of the Jeju Province, claiming that the Governor is liable for emotional damages caused by illegal disclosure of personal data.²⁴ It was a fightback against the first suit brought by the Jeju Provincial Government. According to the Jeju Government the visitor had gone on a four-day trip to Jeju Island in June 2020, suffered the typical Covid-19 symptoms from the first day, took pills to reduce the fever, received a text message from a healthcare authority that the visitor might have contacted a confirmed patient in a restaurant in Seoul, but went on visiting various tourist attractions and local restaurants, returned home and was confirmed as a Covid-19 patient, eventually setting off more than 50 people to self-isolate. The Jeju Provincial Government filed a civil suit against this patient arguing that the defendant had

²¹ These are the Korean equivalents of Google or Yahoo.

²² KCDA, *A guide to the KI-Pass* (Brochure, 2021) 3 [Korean literature]

²³ In 2020 and 2021, mass demonstrations have taken place without prior notice to the police authorities.

²⁴ Seoul Administrative Court Decision 2021Guhab52174 decided on February 26, 2021

triggered the spread of Covid-19 in the Jeju island and is liable for the expenses the government had to pay to support people in self-quarantine and to implement disease control measures. Then the patient filed an administrative litigation in response arguing that the governor had illegally distributed defendants' personal data through the media, causing emotional sufferings from having her identity exposed to the public. Although the claim was dismissed for a jurisdictional reason, there remains a possibility of other state liability claims against such data disclosure.

Perhaps what is more interesting is the civil claims by the Jeju government. Covid-19 pandemic has triggered the local governments to file or consider to file civil actions against those who do not comply with the government orders or obstruct the government's work. This is actually a matter of cost-bearing by those who caused an administrative intervention. Since there was no law allowing the government to file a claim against citizens for administrative cost reimbursement, the local governments resorted to a civil action claiming for damages. However this raises a series of legal questions: can we equate the government expenses with damages? Did the non-compliers cause damages to the government? Did they cause damages to other infected persons? Are they obliged to reimburse the expenses paid by the government? Should the government discipline its citizens by civil liability when they can impose administrative sanctions? Article 72-2, newly inserted to the IDCPA on March 9, 2021, now states that the state or local authorities have the right to claim damages to those who have caused or increased risk of the spread of an infectious disease in violation of the Act. Despite the new legislation, questions remain as to the nature, the coverage, and the legitimacy of such claims.

(3) State liability and Social Distancing Measures

As the ban on gatherings and other measures for social distancing continues, small business owners are suffering from financial losses that are worsening every day. The owners of indoor gyms and cafés have filed several state liability suits against the social distancing measures. They claim that they have been deprived of their rights to conduct business against the principles of equality and proportionality, and that the government is liable for their financial losses. In such cases, the claimants have three options. The first is to argue that the government has illegally exercised its discretionary powers by ordering bans and other restrictions and setting out guidelines. This will require weighing each type of business and each type of restriction against each other. Then, of course, there is also the difficult task of proving the negligence of the public officials, as mentioned earlier. The second option is to argue that the governing law, Article 49(1) is unconstitutional, which is not easy either. The third option is to argue that it is illegal or unconstitutional to restrict private property for public needs without providing compensation. This will be later discussed in more detail.

The last case is about quarantine measures for the confirmed patients and suspected carriers. In November 2020, about two months before the 2021 National Bar Exam, the Minister of Justice had pronounced that the confirmed patients and those subjected to self-quarantine on the examination days would not be allowed to take the bar exam.²⁵ A constitutional complaint was filed,

²⁵ Constitutional Court Decision 2015Hun-Sa1304, January 4, 2021. The Court stated that the decision of the minister could be an excessive restriction on the freedom to choose occupations, as it is possible to provide isolated places for those in question.

accompanied by a request for an interim injunction. The Constitutional Court issued the injunction the day before the examination that suspended the pronouncement at issue. The Ministry decided to abide by the Court's decision and hurried to prepare more isolated places for potential patients and self-quarantines. Then, students who had been banned from taking the Teacher Certification Exam due to their contraction of COVID-19 filed a state liability suit against the State. They argued, among others, that the prohibition of the Minister of Education discriminated plaintiffs against others who took the bar exam. The complainants in this case also face two sets of hurdles: illegality and negligence of the administration in exercising its discretionary power.²⁶

IV. Covid-19 Pandemic and State Compensation

The COVID-19 pandemic has rekindled the decades-old debate over the restriction of private property for public needs without compensation. The IDCPA provides no compensation clause for losses incurred from social distancing measures. Is the state constitutionally obliged to provide compensation for those suffering losses? If so, what are the means to get the state to pay for the compensation?

1. Constitutional Obligation for Compensation?

Article 23(3) of the Constitution of the Republic of Korea stipulates that expropriation, use, or restriction of private property for public needs and compensation therefor shall be governed by statute: Provided that in such a case, just compensation shall be paid. Article 23(1), on the other hand, states that the contents and limitations of the rights of property shall be determined by statute. If an administrative action is a restriction of property for public needs, it requires just compensation. If it is an act of determining the contents and limitations of the property rights, there is no need for just compensation.

German theories on the restriction of property and the state compensation have been introduced to South Korea, and they have been influential in the interpretation of Article 23(1) and (3) of the Constitution. If a restriction on business falls under the restriction for public needs stipulated in Article 23(3), it is an extraordinary sacrifice in itself; the state shall provide a statutory ground for just compensation. If it is considered a limitation inherent in the property right as specified in Article 23(1), the owner does not have a claim for compensation. However, there are exceptional cases where, for some owners, the limitation goes beyond socially acceptable limits and

²⁶ The outline of the case is based on a news article.

https://www.chosun.com/national/court_law/2021/01/19/O3GC4XZAJJEOPAGZW5EB7HJRIM/ (last visited on October 3, 2021)

causes extraordinary sacrifices. Then, the result is equivalent to the restriction on private property for public needs. It becomes unconstitutional to go without some kind of compensation, although the contents and methods are to be determined by statute.²⁷

The question is whether the bans and other measures are “restrictions for public needs” or “limitation of property right” causing “extraordinary sacrifices.” Do the bans and restrictions count as restrictions? If they do, the state has a constitutional obligation to provide “just compensation.” If not, only in exceptional circumstances where severe burden occurs beyond the extent of social restrictions, the state is obligated to fulfill the so-called “compensation as an adjustment” with discretion to determine the contents and methods.

In 2020, most of the legal studies on the COVID-19 outbreak covered the state compensation for small businesses only as a part of the issues concerning the larger topic of “the Pandemic”. It was only in 2021 that the academic community began producing researches solely focusing on the state compensation. Some view that suspending businesses means slowing down the spread of the disease at the expense of small business owners and charging them with burdens that society as a whole should bear; this is a restriction for public needs and should be eligible for the state compensation.²⁸ For others, it is a matter of compensation as an adjustment.²⁹ The bans and restrictions have the effect of closing businesses or limiting opening hours for extended periods, causing great suffering to those businesses while others have been enjoying relatively normal lives. The sacrifices are such that one cannot deny that compensation of one form or another is necessary.

2. Amendment for State Compensation

From January 2021, many bills for compensating or supporting small businesses were submitted to the National Assembly. After much revisions and compilation by the government, the final bill was passed through the National Assembly on July 1, 2021, and was promulgated on July 7, 2021. This is not an amendment to the IDCPA, but an addition of a new set of provisions to the Act on the Protection of and Support for Small Businesses (hereinafter “Small Business Act”). The amendment will become effective October 8, 2021, after a 3-month grace period granted to prepare the subordinate regulations. Article 12-2 of the Small Business Act states that when measures taken under Article 49(1)2 of the IDCPA and listed by the Presidential Decree have incurred severe business losses to small businesses, the Minister of SMEs and Startups shall compensate to lessen their burdens. The Minister shall receive applications from business owners, go through a reviewing process by the Compensation Committee newly established for this purpose, and decide on the eligibility of the applications and the amount of the compensation. The Act leaves details of compensation to be set up and announced by the Minister. Major issues regarding the new compensation system are as follows.

²⁷ The Constitutional Court thus declared the so-called green belt zone provision unconstitutional. The Court allowed the provision to remain in effect until the unconstitutional element was removed through the legislature's amendment. Constitutional Court Decision 89Hum-Ma214, Dec 24, 1998

²⁸ Tae-Ho Kim, 227-228; Se-Hun Park, ‘A study on the Compensation for Administrative Losses of Small Business Restrictions’ (2021) 94 Public Land Law Review 203 [Korean literature]

²⁹ Jung-Kwan Kim, 218-221

First, the Act is not limited to the COVID-19 inflicted losses. It also addresses future crises that are sure to come. The government has also made it clear in its proposed bill that the amendment aims to establish an organized compensation system that works in the present and future epidemics. Second, the terminology of the Act reveals the nature of the compensation as an adjustment. The compensation is for “severe business losses” and the coverage of the compensation is limited to the extent that it “lessens the burdens.” Also, other than specifying that the compensation will be monetary, the Act allows the government considerable discretion to set specific standards. It is clear, thus, the Legislature intended to rule out Article 23(3) compensation. Third, although the main goal of the amendment is to compensate and support the small businesses, it also aims to encourage cooperation and reduce resistance of the businesses in the government’s response to the pandemic. The Act gives the Minister discretion to refuse or reduce compensation if the small businesses do not comply with the measures taken under Article 49(1)2 of the IDCPA. Furthermore, if the businesses violate those measures after receiving payment, the Minister may request a reimbursement of the payment in full or in part. Fourth, the compensation covers only the loss from the date of promulgation, that is, July 7, 2021. For the loss incurred before July 7, the Act plans another support scheme. Schedule 2 of the Act states that the government “provides support sufficient to recover the losses” considering the intensity of the measures, the scale of losses, and other existing support for the businesses. The Act also uses the expression “provides” instead of “may provide.” It reads as binding the government to provide the support, but much else is left to the government’s discretion. The term “support” was used deliberately to differentiate it from the compensation under Article 12-2. It is unclear, though, as to what extent of support is “sufficient to recover the losses” or what is the difference between the “support sufficient to recover the losses” and the compensation “to ease the burdens”. Thus, the Act leaves much room for controversy.

Indoor Gym owners and other small businesses had filed several constitutional complaints, arguing that the bans and restrictions without state compensation are unconstitutional.³⁰ At the time of filing, the complainants had emphasized that the compensation scheme should cover the whole period, but the amendment turned out to be disappointing. Thus, regardless of the new provisions, they still need an answer from the Constitutional Court.

Meanwhile, the government had estimated 3.3 trillion Won (2.4 billion Euro or 0.3 trillion Yen) for the entire compensation budget and allocated 0.6 trillion in the 33 trillion Won for the 2nd supplemental budget bill. The government had expected that a total of 3.9 trillion Won could cover the compensation for the July-September period and the extra support under Schedule 2 called HOPE RECOVERY FUND.³¹ However, with the enhanced social distancing measures over a surge in delta variant, the plan quickly became unrealistic. The National Assembly increased the allocation to 1.0 trillion Won for the compensation and 4.3 trillion Won for the Hope Recovery Fund. The Legislature passed the amended bill on July 24.³²

³⁰ The press release by PSPD, an NGO in support of the complaint, February 4, 2021. [Korean literature] <https://www.peoplepower21.org/StableLife/1763360> (last visited on October 2, 2021)

³¹ The Fund targets small businesses under bans and restrictions and other small businesses hit by the pandemic. It will be distributed among 1.13 million small businesses, up to 20 million Won (approximately 15 thousand Euro or 1.9 million Yen) for each individual.

³² Special Committee on the Budget and Accounts, Report on the 2nd Complemental Budget Bill 2021, July 24, 2021 [Korean literature]

V. Conclusions

The South Korean government responded to the COVID-19 pandemic with robust disease control and preventive measures. The IDCPA was put to the test in full scale for the first time, and was amended several times where it was proven inadequate. However, there still remain some legal issues concerning data protection and social distancing measures. The Small Business Act was amended to provide a statutory basis to compensate small businesses who have suffered from losses due to preventive measures with regards to the spread of COVID-19. However, the legal nature and coverage of the compensation, as well as the constitutionality of its governing provisions, will continue to be at the center of controversy.

This paper has addressed three topics that played crucial roles in responding to the pandemic, provided an overview of some state liability cases concerning each of the three, and introduced the newly established compensation provisions and the current and potential issues on the state compensation. There has been significant progress in studies on data protection issues related to contact tracing and information disclosure. South Korea will do better once more studies are conducted on the social distancing measures and the compensation and supports programs. These issues are sure to interest researchers for years, even long after this pandemic has ended.

Abschnitt II: Privatrecht

Die Corona-Pandemie als Störung der Geschäftsgrundlage

MICHAEL STÜRNER*

I. Problemstellung

Das Postulat der Vertragsfreiheit gehört zu den Grundpfeilern vieler Privatrechtsordnungen. Seine Kehrseite bildet der Grundsatz der Vertragsbindung, der sich in der römisch-rechtlichen Parömie *pacta sunt servanda* ausdrückt: Was die Parteien vereinbart haben, wird von der Rechtsordnung mit Geltungsbefehl ausgestattet und ist vor staatlichen Gerichten einklagbar.

Das deutsche BGB sieht eine doppelte Entlastungsmöglichkeit für den Schuldner vor: Den Ausschluss der Leistungspflicht nach § 275 BGB wegen Unmöglichkeit, erheblichen Leistungser schwerungen oder Unzumutbarkeit einerseits und die Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB andererseits. Letztere schützt die Parteien vor der Verwirklichung solcher Risiken, die bei Vertragsschluss nicht vorhersehbar waren, sofern ihnen diese nicht nach der Struktur des Vertrags zugewiesen sind. Auf diese Weise wird ein Ausgleich geschaffen zwischen den legitimen Interessen des einen Teils am Bestand des Vertrags und dessen Erfüllung, und denen des anderen Teils an der Reduzierung oder Aufhebung der unzumutbar gewordenen Belastung, die die weitere Durchführung des Vertrags für ihn darstellen würde.

Die Corona-Pandemie und die durch sie bedingten staatlichen Maßnahmen im Rahmen von sog. Lockdowns, die viele Staaten zur Eindämmung des Virus verhängten,¹ führten für viele Marktteilnehmer zu solchen Belastungen, weil etwa ein Betrieb des Restaurants nicht mehr möglich war oder der Umsatz sich wegen ausbleibender Kundschaft reduzierte. Die Dimension der Krise zeigt sich deutlich in der Fernsehansprache von Bundeskanzlerin Merkel am 18. März 2020, wo sie wörtlich sagte:

* Prof. Dr. Michael Stürner, Universität Konstanz

¹ Für einen rechtsvergleichenden Überblick siehe *Gössl*, ZVglRWiss 120 (2021), 23.

„Es ist ernst. Seit der Deutschen Einheit, nein, seit dem Zweiten Weltkrieg gab es keine Herausforderung an unser Land mehr, bei der es so sehr auf unser gemeinsames solidarisches Handeln ankommt.“

Ein Beharren auf der Vertragsbindung erschiene vor diesem Hintergrund prima facie wenig sinnvoll: Schließlich handelt es sich bei der Corona-Pandemie um eine Art externen Schock, für den keine der Vertragsparteien Verantwortung trägt. Für solche von außen auf das Vertragsverhältnis einwirkende Umstände bietet sich ein Rückgriff auf die Lehre von der Störung der Geschäftsgrundlage an. Gleichzeitig gilt es aber auch, die bestehende Risikoverteilung zu beachten, die sich aus Vertrag oder auch aus Gesetz ergeben kann. Gerade während der Pandemie wurden einschlägige Regelungen erlassen, um die Folgen von pandemiebedingten Störungen abzumildern.

Im Folgenden möchte ich zunächst die Lehre von der Störung der Geschäftsgrundlage in ihren Grundzügen darstellen, um dann ihre Bedeutung für die Bewältigung der Pandemiefolgen zu analysieren. Ein besonderes Augenmerk wird dabei auf den praktisch bedeutsamen Gewerbetreib- und Pachtverträgen liegen.

II. Die Lehre von der Störung der Geschäftsgrundlage

1. Entwicklung

Nach dem ursprünglichen Konzept des BGB war die Kategorie der Unmöglichkeit der Zentralbegriff zur Regelung der Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten.² Der Anspruch auf Erfüllung erlosch dann, und nur dann, wenn die Leistung für den Schuldner oder für jedermann unmöglich war. Insbesondere unter dem Eindruck der kriegs- und später inflationsbedingten Verwerfungen zog das Reichsgericht zunächst das Rechtsinstitut der Unmöglichkeit heran, um als unangemessen angesehene vertragliche Bindungen zu lösen und prägte dafür den Begriff der wirtschaftlichen Unmöglichkeit.³ Das Institut der Unmöglichkeit wurde damit über die eigentlichen Fälle der physischen Unmöglichkeit hinaus normativ verstanden als jeder Umstand, der die Leistungserbringung unzumutbar erschwerte. Rasch bediente sich das Reichsgericht dann aber mittels des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) der von *Oertmann* entwickelten Geschäftsgrundlage, die wiederum auf *Windscheids* Lehre von der Voraussetzung beruhte.⁴

Die Redaktoren des BGB hatten noch davon abgesehen, eine allgemeine Bestimmung für das Schicksal von Verträgen bei veränderten Umständen aufzunehmen, weil „diese Lehre die Sicherheit des Verkehrs gefährde und deshalb als Grundlage für das Gesetzbuch sich nicht eigne“. *Windscheid* hatte mit seinem bekannten Wort also letztlich doch Recht behalten, wenn er sagte:

² Siehe dazu bereits *Stürner*, Europäisches Vertragsrecht, 2021, § 18.

³ Vgl. etwa RGZ 102, 272, 273 (Überschreiten des „Opfergrenze“); dazu näher *Kegel/Rupp/Zweigert*, Die Einwirkung des Krieges auf Verträge, 1941, S. 51 f., 71 ff.; zusammenfassend *Kegel*, Gutachten für den 40. Deutschen Juristentag, 1953, S. 150 ff.

⁴ *Oertmann*, Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff, 1921. Siehe dazu etwa *Larenz*, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 3. Aufl. 1963, S. 5 ff.

„Es ist meine feste Überzeugung, daß die stillschweigend erklärte Voraussetzung [...] sich immer wieder geltend machen wird. Zur Thüre hinausgeworfen, kommt sie zum Fenster wieder herein.“⁵

Durch die Schuldrechtsmodernisierung 2001 wurde dann in § 275 BGB eine Trias der beachtlichen Leistungerschwerungen normiert: Unmöglichkeit, unverhältnismäßiger Leistungsaufwand und Unzumutbarkeit der persönlichen Leistungserbringung. Der Tatbestand der Geschäftsgrundlagenstörung wurde in § 313 BGB kodifiziert. Eine sachliche Neuerung war durch § 313 BGB nicht beabsichtigt. Die Berücksichtigung von Grundlagenstörungen wird häufig als Aufweichung der Vertragstreue (also der Regel *pacta sunt servanda*) verstanden.⁶ Doch ist das weithin zweifelhaft.⁷ Wenn die Parteien einen Umstand nicht oder nicht richtig bedacht haben, kann die Auslegung ergeben, dass dieser Umstand nur vom Wortlaut und nicht auch vom Willen erfasst wird. Dann durchbrechen die Regeln über die Geschäftsgrundlage den Vertrag nicht wirklich, sondern beschränken ihn nur sinngerecht.

2. Der Begriff der Geschäftsgrundlage⁸

Geschäftsgrundlage sind nach einer immer wieder verwendeten Formulierung die bei Vertragsschluss bestehenden gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien oder die dem Geschäftspartner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf dieser Vorstellung aufbaut.⁹ Die Umstände, die sich verändert haben, müssen nach § 313 Abs. 1 BGB zur Grundlage des Vertrages geworden sein. Gleiches gilt nach § 313 Abs. 2 BGB für die „wesentlichen Vorstellungen“, die sich als falsch herausstellen.¹⁰

Negativ bedeutet das, dass die wesentlichen Umstände *nicht Vertragsinhalt* geworden sein dürfen (etwa als Bedingung nach § 158 BGB). Denn dann enthält der Vertrag selbst die maßgebliche Regelung, und ein Rückgriff auf § 313 BGB ist unnötig.¹¹ So ist die Preisgebundenheit einer Wohnung nicht Vertragsinhalt, da sie nicht der Parteidisposition unterliegt, wohl aber möglicherweise Geschäftsgrundlage.¹² Das gilt auch, wenn eine solche Regelung erst durch ergänzende Vertragsauslegung gewonnen werden kann.¹³ Allerdings sind die Grenzen fließend, wenn die Vertragsauslegung nur zu einem hypothetischen Parteiwillen führt.¹⁴ Zurückhaltend bleibt der BGH beim Scheitern einer Ehe:¹⁵ Hierfür werde bei der Heirat in der Regel kein

⁵ Windscheid, AcP 78 (1892), 161, 197.

⁶ Etwa BGH NJW 1976, 565, 566; BGH NJW 1977, 2262, 2263; BeckOK-BGB/Lorenz, 58. Edition, Stand: 1.5.2021, § 313 Rn. 2.

⁷ Medicus, in: FS Flume I, 1978, S. 629; MüKo-BGB/Finkenauer, 8. Aufl. 2019, § 313 Rn. 3 ff.

⁸ Die folgenden Ausführungen gehen zurück auf PWW/Stürner, BGB, 16. Aufl. 2021, § 313 Rn. 8 ff.

⁹ BGH NJW 2017, 2191 Rn. 18; BGH NJW 2015, 1523 Rn. 32; BGH NJW 2010, 1663 Rn. 17; BGHZ 182, 218 Rn. 24.

¹⁰ Zu Unterschieden in der Auslegung von § 313 Abs. 1 und 2 BGB Teichmann, in: GS M. Wolf, 2011, S. 169.

¹¹ BGH ZIP 1991, 1599, 1600; BGH NJW-RR 2011, 886, 887.

¹² BGH NJW 2010, 1663, 1664; BGH NZM 2007, 283.

¹³ BGHZ 81, 135, 143 „Roggenklausel“.

¹⁴ BGHZ 90, 69, 74 ff. „Tagespreisklausel“.

¹⁵ BGHZ 84, 361, 368; BGH NJW 1991, 2553, 2555 (Ehe als Geschäftsgrundlage).

Wille gebildet, so dass statt einer Auslegung nur ein Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht komme.

Positiv muss ein Umstand für die Parteien so wichtig gewesen sein, dass sie bei Kenntnis oder Voraussicht des Wegfalls oder des Fehlens den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten. Zur Geschäftsgrundlage gehören also nur solche Umstände, die nach den Vorstellungen der Parteien für Abschluss oder Inhalt des Vertrages *kausal geworden* sind. Allerdings begünstigt der in seiner Grundlage gestörte Vertrag oft eine Partei (z.B. eine Geldentwertung den Kreditnehmer oder den Mieter). Daher mag diese den ihr günstigen oder günstig gewordenen Vertrag durchaus wie geschehen haben schließen wollen. Ein solcher *einseitiger Wille* nur einer Partei bleibt dabei *unbeachtlich*. Das ergibt sich entweder schon daraus, dass für den Vertragsschluss die Übereinstimmung beider Parteien nötig ist. Vielfach wird aber auch darauf abgestellt, wie die begünstigte Partei sich *redlicherweise* verhalten hätte. Das hängt insbesondere davon ab, wie stark der unveränderte Vertrag die Gegenpartei benachteiligt.

3. Störungen der Vertragsgrundlage

Eine solche Störung besteht bei § 313 Abs. 1 BGB in einer „schwerwiegenden Veränderung“ nach Vertragsschluss.¹⁶ Es genügt also *nicht jede Veränderung*. Vielmehr muss diese dazu führen, dass der benachteiligten Partei „das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann“. Die Rechtserheblichkeit der Störung wird also nach *der Zumutbarkeit ihrer Folgen beurteilt*. Die Änderung muss derart einschneidend sein, dass „ein Festhalten an der ursprünglichen Regelung zu einem untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbarenden Ergebnis führen würde“. Eine drohende Existenzvernichtung ist dafür im Ausgangspunkt weder nötig noch allemal ausreichend.¹⁸

Für die Zumutbarkeit spielt die *Vorhersehbarkeit der Störung* eine Rolle: Je eher diese zu bejahen ist, umso weniger lässt sich Unzumutbarkeit annehmen. Das gilt insbesondere für erkennbar riskante Geschäfte. So ist die Erwartung des Bürgen, nicht in Anspruch genommen zu werden, durch § 313 BGB nicht geschützt.¹⁹ Das gilt selbst dann, wenn der Grund für die Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners unvorhersehbar war.²⁰

So ist die Geschäftsgrundlage in der Regel nicht gestört, wenn beim Kauf einer erst zum Patent angemeldeten Erfindung das Patent später nicht erteilt wird oder nachträglich wegfällt.²¹ Der Käufer von Bauerwartungsland muss in der Regel²² hinnehmen, dass die Bebauung nicht erlaubt wird.²³ Die Erhöhung der zulässigen Nutzung eines Erbbaugrundstücks führt nur dann zu

¹⁶ S. bereits PWW/Stürner, BGB, 16. Aufl. 2021, § 313 Rn. 13 f.

¹⁷ St. Rspr., vgl. BGHZ 121, 378, 393; BGH NJW 2010, 1874, 1877 m.w.N.

¹⁸ Medicus/Petersen, BGB AT, 11. Aufl. 2016, Rn. 871; Häublein/Müller, NZM 2020, 481, 488.

¹⁹ MüKo-BGB/Finkenauer, 8. Aufl. 2019, § 313 Rn. 227; BGHZ 104, 240, 242.

²⁰ BGH a.a.O.

²¹ BGHZ 83, 283, 288.

²² Doch vgl. BGHZ 74, 370.

²³ MüKo-BGB/Finkenauer, 8. Aufl. 2019, § 313 Rn. 254; BeckOK-BGB/Lorenz, 58. Edition, Stand: 1.5.2021, § 313 Rn. 63; BGHZ 101, 143, 152.

einer Störung des Äquivalenzverhältnisses in einem Erbbaurechtsvertrag, wenn sich die Erweitungsmöglichkeit in einem von den Parteien nicht vorhersehbaren Umfang erhöht.²⁴

Wegen der bekannten Unbeständigkeit der Steuergesetzgebung kommt eine steuerliche Änderung nur dann als Grundlagenstörung in Betracht, wenn sich die beiderseitige Erwartung des Fortbestandes aus den Verhandlungen ergibt.²⁵ Die Geschäftsgrundlage kann gestört sein, wenn die Vertragsdurchführung aufgrund behördlicher Verbote unmöglich geworden ist. Dies hat die Rechtsprechung etwa für das Verbot von Faschingsumzügen während des Irakkrieges 1990/91 angenommen.²⁶

4. Insbesondere: Äquivalenzstörungen

Besondere Bedeutung kommt die Störung der Geschäftsgrundlage bei sog. Äquivalenzstörungen zu.²⁷ Diese sind bei gegenseitigen Verträgen in den Grenzen des Zumutbaren unbeachtlich. Das gilt sowohl für eine Wertminderung des Entgelts, insbesondere durch *Geldwertschwund*,²⁸ wie auch für Kostensteigerungen bei der Leistungserbringung. Diskutiert wurde das etwa im Hinblick auf Verträge, die von einem möglichen Euro-Austritt betroffen sind;²⁹ Gleiches gilt für den Austritt Großbritanniens aus der EU („Brexit“).³⁰

Ausnahmsweise beachtlich sind dagegen Äquivalenzstörungen, bei denen das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung so stark gestört ist, dass die Grenze des übernommenen Risikos überschritten und das Interesse der benachteiligten Partei auch nicht mehr annähernd gewahrt ist.³¹ Eine Anwendung von § 313 BGB kommt auch dann in Betracht, wenn der Vertrag zwar eine Wertsicherungsklausel aufweist, diese aber ihren Zweck nicht mehr erfüllt.³²

Umgekehrt kann die Äquivalenz aber auch dadurch gestört sein, dass die Leistung nur mit einem *unvorhergesehenen Mehraufwand* oder großen Schwierigkeiten erbracht werden kann. Solche Fälle sind früher oft über das Institut *der wirtschaftlichen Unmöglichkeit* gelöst worden. Dorthin passen sie aber nicht ohne weiteres, weil § 275 Abs. 2 und Abs. 3 BGB eine Abwägung mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers fordert. Bejaht worden ist eine Grundlagenstörung etwa bei einer Steigerung der Herstellungskosten auf das 15-fache³³ oder bei Eingriffen durch die staatliche Wirtschaftslenkung.³⁴

²⁴ BGH NJW 2014, 3439.

²⁵ MüKo-BGB/*Finkenauer*, 8. Aufl. 2019, § 313 Rn. 234; BGH NJW 1967, 1081.

²⁶ Vgl. etwa OLG Karlsruhe NJW 1992, 3176.

²⁷ S. bereits PWW/*Stürner*, BGB, 16. Aufl. 2021, § 313 Rn. 30 ff.

²⁸ Etwa BGHZ 86, 167, 186 f.

²⁹ *Albrecht*, ZIP 2012, 1059; *Kindler*, NJW 2012, 1617.

³⁰ *Paulus*, in: Kramme e.a. (Hrsg.), *Brexit – Privat und wirtschaftsrechtliche Folgen*, 2. Aufl. 2020, S. 234; *Schmidt-Kessel*, ZIP 2018, 2199; *Rüscher*, EuZW 2018, 937; *Weller/Schlürmann*, in: FS Hopt, 2020, S. 1449.

³¹ So etwa BGHZ 77, 194, 198 f.

³² MüKo-BGB/*Finkenauer*, 8. Aufl. 2019, § 313 Rn. 200; BGH WM 2012, 1080, Rn. 19.

³³ RGZ 101, 79, 81.

³⁴ *P. Ulmer*, AcP 175 (1975), 167 ff.

5. Die Berücksichtigung einer vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung

§ 313 BGB ist subsidiär.³⁵ Enthalten Vorschriften ausdrückliche Risikoverteilungen,³⁶ so können diese grundsätzlich nicht durch die Anwendung von § 313 BGB modifiziert werden.³⁷ Die Berücksichtigung einer vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung wird in § 313 Abs. 1 BGB ausdrücklich als „insbesondere“ zu berücksichtigender Umstand erwähnt: Für § 313 BGB ist kein Raum, wenn sich ein Risiko verwirklicht hat, das nach gesetzlicher Risikozuweisung oder vertraglicher Regelung in den Risikobereich einer Partei fällt.³⁸ Teilweise besteht eine Überschneidung mit dem Kriterium der Vorhersehbarkeit. So kann man in dem Verkauf als bloßes „Bauerwartungsland“ eine vertragliche Zuweisung des Risikos, die Erwartung werde sich nicht erfüllen, an den Käufer sehen. Eine Leistungsschwerung durch Verschärfung der Bankkonditionen für eine Sicherheitsleistung in Folge der Finanzmarktkrise 2008 fällt in den Risikobereich des Schuldners.³⁹ In Unternehmenskaufverträgen werden häufig sog. MAC-Klauseln (material adverse change) verwendet; auch sie haben Auswirkung auf mögliche Störungen der Geschäftsgrundlage.⁴⁰

III. Die COVID-19-Pandemie und ihre Implikationen für das Vertragsrecht

Damit komme ich zur COVID-19-Pandemie. Am 22. März 2020 einigten sich Bund und Länder in der informellen „Bund-Länder-Konferenz“ auf einen bundesweiten sog. Lockdown, in dessen Rahmen u.a. umfassende Kontakt- und Ausgangsbeschränkungen, Veranstaltungsabsagen und Betriebsschließungen beschlossen wurden. Bereits zuvor hatten einige Bundesländer entsprechende Maßnahmen verhängt.

1. Die gesetzlichen Regelungen

Der Gesetzgeber führte eine Reihe von Regelungen zur Abmilderung der Folgen dieses Lockdowns ein. Diese gelten allesamt nur vorübergehend, weshalb sie nicht im BGB, sondern in Artikel 240 EGBGB unter dem Titel „Vertragsrechtliche Regelungen aus Anlass der COVID-19-Pandemie“ erlassen wurden.⁴¹

a) Moratorium

Dort enthält § 1 zunächst ein sog. Moratorium. Danach hat ein Verbraucher – unabhängig – das Recht, Leistungen zur Erfüllung eines Anspruchs, der im Zusammenhang mit einem Verbrauchervertrag steht, der ein Dauerschuldverhältnis ist und vor dem 8. März 2020 geschlossen wurde, bis zum 30. Juni 2020 zu verweigern, wenn dem Verbraucher infolge von Umständen,

³⁵ S. bereits PWW/*Stürner*, BGB, 16. Aufl. 2021, § 313 Rn. 15 ff.

³⁶ Etwa die §§ 321, 437, 519, 527, 528, 530, 574c I, 593, 650, 775, 779, 1301, 2077, 2079 BGB sowie die §§ 36 UrhG; 29 UStG schließen § 313 BGB aus.

³⁷ Siehe für das Gewährleistungsrecht BGH NZM 2008, 462; für das Mietrecht BGHZ 208, 18 Rn. 24 zu § 558 Abs. 3 BGB unter Aufgabe von BGH NJW 2007, 2626 Rn. 19.

³⁸ MüKo-BGB/*Finkenauer*, 8. Aufl. 2019, § 313 Rn. 59 ff.; BGHZ 74, 370, 373; BGH WM 2017, 1937 Rn. 8.

³⁹ KG NJW 2013, 478.

⁴⁰ Vgl. MüKo-BGB/*Finkenauer*, 8. Aufl. 2019, § 313 Rn. 62; *Hasselbach/Wirtz*, BB 2005, 842; *Karampatzou*, in: *Wilhelmi/Stürner* (Hrsg.), *Post-M&A-Schiedsverfahren*, 2019, S. 261; *Zeyher*, in: *Wilhelmi/Stürner* (Hrsg.), *Post-M&A-Schiedsverfahren*, 2019, S. 279.

⁴¹ Durch das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht vom 27.3.2020, BGBl I, S. 569.

die auf die Ausbreitung der COVID-19-Pandemie zurückzuführen sind, die Erbringung der Leistung ohne Gefährdung seines angemessenen Lebensunterhalts oder des angemessenen Lebensunterhalts seiner unterhaltsberechtigten Angehörigen nicht möglich wäre. Das Leistungsverweigerungsrecht besteht in Bezug auf alle wesentlichen Dauerschuldverhältnisse, also solche, die zur Eindeckung mit Leistungen der angemessenen Daseinsvorsorge erforderlich sind.

Dieses Zurückbehaltungsrecht stellt keinen wichtigen Grund für eine Kündigung des Gläubigers dar, anderenfalls würde der vom Gesetzgeber intendierte Zweck verfehlt.⁴²

Für Kleinstunternehmen⁴³ besteht eine ähnliche Regelung: Diese haben das Recht, Leistungen zur Erfüllung eines Anspruchs, der im Zusammenhang mit einem Vertrag steht, der ein Dauerschuldverhältnis ist und vor dem 8. März 2020 geschlossen wurde, bis zum 30. Juni 2020 zu verweigern, wenn infolge von Umständen, die auf die COVID-19-Pandemie zurückzuführen sind, das Unternehmen die Leistung nicht erbringen kann oder dem Unternehmen die Erbringung der Leistung ohne Gefährdung der wirtschaftlichen Grundlagen seines Erwerbsbetriebs nicht möglich wäre. Auch dieses Leistungsverweigerungsrecht besteht in Bezug auf alle wesentlichen Dauerschuldverhältnisse, also solche, die zur Eindeckung mit Leistungen zur angemessenen Fortsetzung seines Erwerbsbetriebs erforderlich sind. Ausgenommen sind hiervon Miet- und Pachtverträge, Darlehensverträge sowie arbeitsrechtliche Ansprüche.

Beide Leistungsverweigerungsrechte stehen gem. Art. 240 § 1 Abs. 3 EGBGB ihrerseits unter dem Vorbehalt, dass ihre Ausübung nicht für den Gläubiger unzumutbar ist, weil die Nichterbringung der Leistung die wirtschaftliche Grundlage seines Erwerbsbetriebs gefährden würde bzw. zu einer Gefährdung seines angemessenen Lebensunterhalts oder des angemessenen Lebensunterhalts seiner unterhaltsberechtigten Angehörigen oder der wirtschaftlichen Grundlagen seines Erwerbsbetriebs führen würde. In solchen Fällen steht wiederum dem Schuldner das Recht zur Kündigung zu.

b) Miet- und Pachtverhältnisse

Für Miet- und Pachtverhältnisse sieht § 2 eine Beschränkung der Kündigung allein aus dem Grund vor, dass der Mieter im Zeitraum vom 1. April 2020 bis 30. Juni 2020 trotz Fälligkeit die Miete nicht leistet, sofern die Nichtleistung auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht. Der Zusammenhang zwischen COVID-19-Pandemie und Nichtleistung ist glaubhaft zu machen.

c) Verbraucherdarlehensverträge

Für Verbraucherdarlehensverträge, die vor dem 15. März 2020 abgeschlossen wurden, gilt nach § 3, dass Ansprüche des Darlehensgebers auf Rückzahlung, Zins- oder Tilgungsleistungen, die zwischen dem 1. April 2020 und dem 30. Juni 2020 fällig werden, mit Eintritt der Fälligkeit für die Dauer von drei Monaten gestundet werden, wenn der Verbraucher aufgrund der durch Ausbreitung der COVID-19-Pandemie hervorgerufenen außergewöhnlichen Verhältnisse Einnahmeausfälle hat, die dazu führen, dass ihm die Erbringung der geschuldeten Leistung nicht zumutbar ist. Von einer Unzumutbarkeit wird ausgegangen, wenn sein angemessener Lebensunterhalt oder der angemessene Lebensunterhalt seiner Unterhaltsberechtigten gefährdet ist. Der Verbraucher ist berechtigt, seine vertraglichen Zahlungen zu den ursprünglich vereinbarten

⁴² BT-Drucks. 19/18110, 33 ff.

⁴³ Im Sinne der Empfehlung 2003/361/EG der Kommission vom 6.5.2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen, ABl. L 124 vom 20.5.2003, S. 36.

Leistungsterminen weiter zu erbringen. Soweit er die Zahlungen vertragsgemäß weiter leistet, gilt die Stundung als nicht erfolgt.

Kündigungen des Darlehensgebers wegen Zahlungsverzugs, wegen wesentlicher Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Verbrauchers oder der Werthaltigkeit einer für das Darlehen gestellten Sicherheit sind bis zum Ablauf der Stundung ausgeschlossen.

Der Darlehensgeber soll dem Verbraucher ein Gespräch über die Möglichkeit einer einverständlichen Regelung und über mögliche Unterstützungsmaßnahmen anbieten. Kommt eine einverständliche Regelung für den Zeitraum nach dem 30. Juni 2020 nicht zustande, verlängert sich die Vertragslaufzeit um drei Monate; Fälligkeitstermine werden um diese Frist hinausgeschoben.

Auch hier gilt wiederum eine Gegen Ausnahme, wenn dem Darlehensgeber die Stundung oder der Ausschluss der Kündigung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls einschließlich der durch die COVID-19-Pandemie verursachten Veränderungen der allgemeinen Lebensumstände unzumutbar ist.

d) Gutscheinelösung

In der Folge zahlreicher Absagen von Sportereignissen, Konzerten oder Theater erwies sich die Lage für zahlreiche Veranstalter und Betreiber von Freizeitparks etc. zunehmend als existenzbedrohend. Der Gesetzgeber führte daher zum 20. Mai 2020⁴⁴ für Freizeitveranstaltungen und Freizeiteinrichtungen für die Zeit der COVID-19-Pandemie nach § 5 eine Ausnahme vom Grundprinzip „keine Leistung ohne Gegenleistung“ ein, das § 326 BGB verkörpert. Die nunmehr normierte „Gutscheinelösung“ soll die für den Freizeitsektor gravierenden Folgen der Pandemie abmildern und massenhafte Insolvenzen vermeiden, indem sie statt des aus §§ 275 Abs. 1, 4, 326 Abs. 1 S. 1, 4, 346 Abs. 1 BGB gegen den jeweiligen Veranstalter folgenden Anspruchs auf Rückgewähr des Eintrittspreises bzw. Entgelts die Übergabe eines entsprechenden Gutscheins ermöglichen.⁴⁵ Doch kann der Inhaber des Gutscheins die Auszahlung dessen Wertes verlangen, wenn die Annahme eines Gutscheins für ihn aufgrund seiner persönlichen Lebensverhältnisse unzumutbar ist; Gleiches gilt für die Zeit nach dem 31. Dezember 2021.

Eine vergleichbare Regelung enthält § 6 für Reiseverträge: Auch hier wurde eine Gutscheinelösung eingeführt, um Reiseveranstalter vor drohenden Insolvenzen zu bewahren.⁴⁶

2. Der Anwendungsbereich für die Störung der Geschäftsgrundlage

Es fragt sich angesichts dieser Spezialregelungen, ob für das Institut der Störung der Geschäftsgrundlage noch ein Anwendungsbereich bleibt. Zunächst stellt sich die Frage, ob die Pandemie als Störung der Geschäftsgrundlage anzusehen ist. Das wird allgemein bejaht.⁴⁷ Zu betonen ist

⁴⁴ Durch das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Veranstaltungsvertragsrecht und im Recht der Europäischen Gesellschaft (SE) und der Europäischen Genossenschaft (SCE) vom 15.5.2020, BGBl I, S. 948.

⁴⁵ Näher *Spanner/Estner*, BB 2020, 852 (Absage von Veranstaltungen); *Weller/Schwemmer*, NJW 2020, 2985.

⁴⁶ Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Pauschalreisevertragsrecht und zur Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Kammern im Bereich der Bundesrechtsanwaltsordnung, der Bundesnotarordnung, der Wirtschaftsprüferordnung und des Steuerberatungsgesetzes während der COVID-19-Pandemie vom 10.7.2020, BGBl I, S. 1643; näher *Tonner*, MDR 2020, 519.

⁴⁷ Etwa von *Jung*, JZ 2020, 715; *Schall*, JZ 2020, 388; OLG München, 17.2.2021, 32 U 6358/20 (Mietschulden); OLG Karlsruhe, 24.2.2021, 7 U 109/20 – juris (Mietschulden wegen Schließungsanordnung); OLG Frankfurt

hierbei, dass nicht bereits die individuelle Betroffenheit der entscheidende Punkt ist, sondern vielmehr die flächendeckenden Beeinträchtigungen durch den Lockdown. Die beschriebenen Regelungen in Art. 240 EGBGB nehmen denn auch in erster Linie das persönliche Schicksal einer Vertragspartei in den Blick und gewähren einen Nachteilsausgleich, ohne dabei die Interessen der Gegenseite aus dem Blick zu verlieren. Wird eine Gesellschaft insgesamt betroffen, wie das im Falle eines Krieges, bei Wirtschaftskrisen oder eben auch bei Pandemien der Fall sein kann, zählen solche Entwicklungen grundsätzlich zur Geschäftsgrundlage.⁴⁸

Die Auswirkungen der COVID-19-Pandemie können für zahlreiche Verträge eine Grundlagenstörung bewirken;⁴⁹ so im Vertriebsrecht,⁵⁰ bei Lieferverträgen⁵¹ oder bei der Gewerberaummierte.⁵² Bei solchen Verträgen gehen die Parteien grundsätzlich davon aus, dass die vereinbarten Leistungen überhaupt erbracht werden können. Mit dem Lockdown entfällt dann mithin die Geschäftsgrundlage.

So können Preissteigerungen, die durch die COVID-19-Pandemie ausgelöst wurden, etwa hinsichtlich FFP2-Masken, Desinfektionsmittel oder bestimmter Pharmaprodukte, beachtliche Äquivalenzstörungen nach sich ziehen.⁵³

Doch setzt § 313 BGB weiteres voraus: Zum einen muss das Festhalten am Vertrag für die betroffene Partei unzumutbar sein. Das Zumutbarkeitskriterium setzt eine Einzelfallbetrachtung voraus. Es kann einer Partei zumutbar sein, am unveränderten Vertrag festzuhalten, wenn sie einen öffentlich-rechtlichen Entschädigungsanspruchs aufgrund der COVID-19-Pandemie hat.⁵⁴ In zeitlicher Hinsicht kann die Zumutbarkeit gegeben sein, wenn mögliche Vertragshindernisse vorhersehbar waren. Diesbezüglich kann auf den in Art. 240 § 1 EGBGB genannten Stichtag abgestellt werden:⁵⁵ Wurde ein Vertrag nach dem 8. März 2020 abgeschlossen, war

die weitere Entwicklung möglicherweise bereits vorhersehbar.⁵⁶ Spätestens am 22. März 2020, der Tag, an dem der bundesweite Lockdown verhängt wurde, ist die Vorhersehbarkeit allerdings generell gegeben.⁵⁷

Zum anderen gilt der Vorrang von vertraglichen oder gesetzlichen Risikozuweisungen selbstverständlich auch für die COVID-19-Pandemie.⁵⁸ Die beschriebenen staatlichen Änderungen des vertraglichen Pflichtenprogramms in Art. 240 EGBGB stellen solche Risikozuweisungen dar, die Auswirkungen auf die Anwendung des § 313 BGB haben. Hierbei ist zu beachten, dass der Gesetzgeber den Betroffenen durch diese Regelungen einen zusätzlichen Schutz gewähren wollte, so dass § 313 BGB nicht etwa generell ausgeschlossen ist.⁵⁹ Doch muss die Verbesserung der Rechtsposition, die Art. 240 EGBGB der betroffenen Seite gewährt, wiederum im Rahmen der Zumutbarkeit Berücksichtigung finden.

3. Insbesondere: Miet- und Pachverträge

Von besonderer Bedeutung sind Miet- und Pachtverträge: Für Mieter und Pächter bedeuten die monatlichen Zahlungen in wirtschaftlich schwierigen Zeiten erhebliche Belastungen. Doch enthält das Gesetz eine klare Risikozuweisung: Nach § 537 Abs. 1 S. 1 BGB trägt der Mieter das Risiko, die (mangelfreie) Mietsache aus einem in seiner Person liegenden Grund nicht verwenden zu können oder mit dem Mietobjekt Gewinne erzielen zu können.⁶⁰ Sind also aufgrund der Corona-Regelungen bestimmte gewerbliche Aktivitäten untersagt, oder führen jene indirekt aufgrund ausbleibenden Kundenströme zu einem Umsatzrückgang, so wäre dies als solches kein Grund, auf § 313 BGB zurückzugreifen.

Anders wurde das vielfach hinsichtlich der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie auf gewerbliche Mietverhältnisse beurteilt.⁶¹ Die Rechtsprechung argumentiert hier sehr differenziert und am Einzelfall orientiert. Eine große Rolle spielt der Begriff der Unzumutbarkeit. So hatte das LG Heidelberg in einer der ersten Entscheidungen nach dem Lockdown im Fall der behördlichen Anordnung der Schließung eines Geschäfts und dem Ausbleiben von Mietzahlungen erhebliche Zweifel, ob § 313 BGB neben dem Mietrecht überhaupt Anwendung finde. Das Gericht ließ dies aber dahin stehen, da eine nachteilige Veränderung der Marktlage durch die Corona-Pandemie keine Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag bedeute. Wesentlich war

a.M., 19.3.2021, 2 U 143/20 – juris (Störung der Geschäftsgrundlage kann im Urkundsprozess nicht geltend gemacht werden); OLG Dresden, 24.2.2021, 5 U 1782/20 – juris (staatliche Schließungsanordnung, Mietvertrag); kritisch LG Heidelberg, 30.7.2020, 5 O 66/20 – juris, Rn. 33. Abl. auch LG Osnabrück, 9.7.2021, 2 S 35/21 – juris (Fitnessstudiovertrag; Rückzahlungspflicht der monatlichen Beiträge während der Lockdown-bedingten Schließung).

⁴⁸ Teils wird hier von der „großen“ Geschäftsgrundlage gesprochen, so von *Jung*, JZ 2020, 715; OLG Dresden, 24.2.2021, 5 U 1782/20 – juris.

⁴⁹ *Bacher*, MDR 2020, 514; *Behme*, ZfPW 2020, 257; *Jung*, JZ 2020, 715, 722; *Liebscher/Zeyher/Steinbrück*, ZIP 2020, 852; *Scholz*, NJW 2020, 2209; *Weller/Lieberknecht/Habrigh*, NJW 2020, 1017; *Zehelein*, NZM 2020, 390; zu den COVID-19-Prinzipien des European Law Institute *Wagner*, ZEuP 2020, 531.

⁵⁰ *Emde*, ZVertriebsR 2020, 138; *Thume*, BB 2020, 1419; *Thume*, IHR 2020, 163.

⁵¹ *Otte-Gräbener*, GWR 2020, 147; *Wagner/Holtz/Dötsch*, BB 2020, 845.

⁵² *Anzinger/Strahl*, ZIP 2020, 1833; *Brinkmann/Thüsing*, NZM 2021, 5; *Ekkenga/Schirmmacher*, NZM 2020, 410; *Eusani*, MDR 2020, 889; *Häublein/Müller*, NZM 2020, 481; *Keil*, DZWIR 2021, 387; *Klein*, BB 2021, 962; *Krepold*, WM 2020, 726; *Kumkar/Voß*, ZIP 2020, 893; *Leo*, NZM 2021, 249; *Leo/Götz*, NZM 2020, 402; *Lützenkirchen*, MietRB 2020, 111; *Metzler*, MietRB 2021, 57; *Metzler*, MietRB 2021, 88; *Schall*, JZ 2020, 388; *Streyl*, NZM 2020, 817; *Volkman/Semmelmayr*, DB 2021, 499; *Warmuth*, COVuR 2020, 16; *Weller/Thomale*, BB 2020, 962.

⁵³ *Weller/Lieberknecht/Habrigh*, NJW 2020, 1017, 1021 f.

⁵⁴ *Scholz*, NJW 2020, 2209.

⁵⁵ *Bacher*, MDR 2020, 514, 518; a.A. BeckOK-BGB/Lorenz, 58. Edition, Stand: 1.5.2021, § 313 Rn. 240.

⁵⁶ Art. 240 § 3 EGBGB nennt allerdings den 15.3.2020. Zur Kritik an diesen Zeitpunkten BeckOGK/Martens, Stand: 1.4.2021, § 313 Rn. 240 ff.

⁵⁷ BeckOGK/Martens, Stand: 1.4.2021, § 313 Rn. 241.

⁵⁸ Zum Verhältnis zum Mietmangel *Anzinger/Strahl*, ZIP 2020, 1833; *Kumkar/Voß*, ZIP 2020, 893; OLG Dresden, 24.2.2021, 5 U 1782/20 – juris (Schließungsanordnung kein Mietmangel, § 313 anwendbar); OLG München, 17.2.2021, 32 U 6358/20 – juris (Betriebsuntersagung kein Mietmangel, § 313 anwendbar); OLG Karlsruhe, 24.2.2021, 7 U 109/20 – juris (Schließungsanordnung kein Mietmangel); zum Verhältnis zur Kündigung im Pauschalreiserecht *Tonner*, MDR 2020, 519, 521.

⁵⁹ BeckOGK/Martens, Stand: 1.4.2021, § 313 Rn. 238.

⁶⁰ BGH NJW 2006, 899, 901; BGH NJW-RR 2010, 1016, 1017.

⁶¹ *Ekkenga/Schirmmacher*, NZM 2020, 410; *Eusani*, MDR 2020, 889, *Häublein/Müller*, NZM 2020, 481; *Krepold*, WM 2020, 726; *Schall*, JZ 2020, 388; *Zehelein*, NZM 2020, 390; a.A. *Leo/Götz*, NZM 2020, 402, 405 f.; *Lützenkirchen*, MietRB 2020, 111, 113 Verwendungsrisiko liegt allein beim Mieter; *Selk*, NZM 2021, 369 für Vorrang des Mietmängelrechts; restriktiv *Sittner*, NJW 2020, 1169, 1172.

hier auch die Feststellung, dass die Mieterin grundsätzlich das Verwendungsrisiko trage. Eine Unzumutbarkeit sei erst bei Existenzgefährdung gegeben.⁶²

Das OLG Karlsruhe bestätigte dies nachfolgend.⁶³ Die Annahme der Unzumutbarkeit der Mietzahlung im Rahmen von § 313 BGB setzt danach eine Würdigung der Umstände des Einzelfalls voraus, bei der der Rückgang der Umsätze, mögliche Kompensation durch Online-Handel, öffentliche Leistungen, ersparte Aufwendungen, z.B. durch Kurzarbeit oder Vermögenswerte durch nicht verkaufte und noch verkaufbare Ware zu berücksichtigen sind.⁶⁴

Großzügiger hat etwa das OLG Dresden judiziert:⁶⁵ Auf die Existenzgefährdung komme es für die Frage der Unzumutbarkeit nicht an.⁶⁶ Eine anderweitige oder teilweise Nutzung des Mietobjekts (etwa ein Verkauf von Waren außer Haus oder die Einrichtung eines entsprechenden Liefer- und Abholservices) war hier offenbar nicht möglich. Da die Störung der Geschäftsgrundlage von keiner Seite zu verantworten sei und auch nicht vorherzusehen war, sei es demzufolge angemessen, die damit verbundene Belastung gleichmäßig auf beide Parteien zu verteilen.⁶⁷

Zum 31. Dezember 2020 hat der Gesetzgeber auch insoweit reagiert. Art. 240 § 7 EGBGB⁶⁸ stellt nun eine Vermutung für das Vorliegen einer schwerwiegenden Veränderung der Vertragsgrundlage auf, wenn vermietete oder verpachtete Grundstücke oder Räume, die keine Wohnräume sind, infolge staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie für den Betrieb des Mieters nicht oder nur mit erheblicher Einschränkung verwendbar sind.^{69,70}

Die Vermutung für das Vorliegen einer schwerwiegenden Veränderung der Vertragsgrundlage kann selbstverständlich entkräftet werden. Hierzu ist vom Vermieter oder Verpächter der Nachweis zu führen, dass die Räumlichkeiten trotz des Lockdowns noch verwendbar war.

⁶² LG Heidelberg, 30.7.2020, 5 O 66/20 – juris.

⁶³ OLG Karlsruhe NJW 2021, 945.

⁶⁴ Ebenso etwa OLG München NJW 2021, 948.

⁶⁵ OLG Dresden ZMR 2021, 476.

⁶⁶ Ebenso KG ZMR 2021, 579.

⁶⁷ OLG Dresden ZMR 2021, 476 mit Hinweisen zu ähnlichen Entscheidungen in Rn. 44; Revision zum BGH eingelegt.

⁶⁸ Eingefügt durch das Gesetz zur weiteren Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Anpassung pandemiebedingter Vorschriften im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht sowie im Miet- und Pachtrecht vom 22.12.2020, BGBl I, S. 3328.

⁶⁹ *Brinkmann/Thüsing*, NZM 2021, 5; *Deutgen/Frohn*, jM 2021, 193; *Drasdo*, NJW-Spezial 2021, 97; *Klein*, BB 2021, 962; *Jung*, BB 2021, 329; Römermann, NJW 2021, 265; zur rückwirkenden Geltung LG München I BeckRS 2021, 453; LG München I BeckRS 2021, 1762; AG Dortmund, 27.4.2021, 425 C 7880/20 – juris.

⁷⁰ Flankiert wird dies durch ein prozessuales Beschleunigungsgebot nach § 44 EGZPO: Danach sind Verfahren über die Anpassung der Miete oder Pacht für Grundstücke oder Räume, die keine Wohnräume sind, wegen staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie vorrangig und beschleunigt zu behandeln; ein früher erster Termin soll spätestens einen Monat nach Zustellung der Klageschrift stattfinden.

IV. Rechtsfolgen bei Störungen der Geschäftsgrundlage

1. Anpassung des Vertrages

Liegt eine beachtliche Störung der Geschäftsgrundlage vor, erfolgt in der Regel eine Anpassung des Vertrages.⁷¹ Es liegt also in der Hand der benachteiligten Partei, ob sie die Folgen der Grundlagenstörung geltend machen will (ebenso wie bei Rücktritt oder Kündigung nach § 313 Abs. 3 BGB).⁷² Das passt auch zu § 275 Abs. 2 und 3 BGB, der im gleichen Sinn mit einer Einrede arbeitet. Zugleich ermöglicht die Vertragsanpassung im Einzelfall sachgerechte Lösungen.

Der *Anspruch auf Vertragsanpassung* braucht aber nicht zuvor geltend gemacht zu werden, etwa durch eine Klage auf Zustimmung zu einer geforderten Vertragsänderung. Vielmehr soll unmittelbar auf die angepasste Leistung geklagt werden können.⁷³ Das ist der *Anspruch aus der Anpassung*. Ob daneben der *Anspruch auf Anpassung* eigens eingeklagt werden kann, ist zweifelhaft. Es wird wohl zu differenzieren sein:

Wird lediglich die Anpassung des Vertrags zum Gegenstand der Klage gemacht, so kann hierfür ein schützenswertes rechtliches Interesse bestehen, etwa bei längerfristigen Verträgen. Entspricht der Antrag nicht den Voraussetzungen des § 313 Abs. 1 BGB, so ergibt sich daraus wegen eines möglicherweise unbestimmten Klageantrags ein Kostenrisiko.⁷⁴ Wird dessens die Mitwirkung des anderen Teils an der Anpassung des Vertrags begehrt, so dürfte in aller Regel das Rechtsschutzbedürfnis zu verneinen sein.⁷⁵ Der BGH geht von einer eigenständigen Mitwirkungspflicht der anderen Vertragspartei aus, deren Durchsetzung allerdings durch die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs auf Anpassung erfolgen soll.⁷⁶ § 313 BGB gibt folglich *keinen einklagbaren Anspruch auf Neuverhandlungen*.⁷⁷ Der BGH⁷⁸ misst jedoch der fehlenden Mitwirkung der anderen Vertragspartei den „objektiven Erklärungswert“ bei, „mit dem Vorschlag der Gegenseite (Rückabwicklung) einverstanden zu sein“, mithin geht er in der Sache vom (konkludenten) Abschluss eines Aufhebungsvertrags aus. Die Annahme eines solchen Erklärungswertes ist jedoch zweifelhaft.⁷⁹

⁷¹ S. bereits *PWW/Stürner*, BGB, 16. Aufl. 2021, § 313 Rn. 20 ff.

⁷² BeckOK-BGB/*Lorenz*, 58. Edition, Stand: 1.5.2021, § 313 Rn. 92; MüKo-BGB/*Finkenauer*, 8. Aufl. 2019, § 313 Rn. 125.

⁷³ BT-Drucks. 14/6040, 176 und die ganz h.M.; auch *Heinrichs*, in: FS Heldrich, 2005, S. 182, 198; zum Ganzen *Loyal*, AcP 214 (2014), 746; BGHZ 191, 139 (Leistung direkt einklagbar); *Zehelein*, NZM 2020, 390, 400.

⁷⁴ Dazu *juris-PraxisKommentar/Pfeiffer*, 9. Aufl. 2020, § 313 Rn. 82 f.; MüKo-BGB/*Finkenauer*, 8. Aufl. 2019, § 313 Rn. 128; eingehend auch *Lüttringhaus*, AcP 213 (2013), 266, 285 ff.

⁷⁵ A.A. MüKo-BGB/*Finkenauer*, 8. Aufl. 2019, § 313 Rn. 122; auch *Heinrichs*, in: FS Heldrich, 2005, S. 182, 198, nach dem sich der Kläger zunächst um eine Einigung mit dem Beklagten bemüht haben soll; ebenso *Riesenhuber*, BB 2004, 2697, 2699.

⁷⁶ BGHZ 191, 139; s. dazu *Stürner*, LMK 2012, 334935.

⁷⁷ Näher *Stürner*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, 2010, S. 264 ff.; *Thole*, JZ 2014, 443; i.E. ebenso MüKo-BGB/*Finkenauer*, 8. Aufl. 2019, § 313 Rn. 122 m.w.N.; anders mit beachtlichen Argumenten *Lüttringhaus*, AcP 213 (2013), 266, 281 ff.

⁷⁸ A.a.O.

⁷⁹ Kritisch auch *Teichmann*, JZ 2012, 421, 422; *Looschelders*, JA 2012, 704, 705.

Nach der Konzeption der BGH⁸⁰ ist die Verletzung der Mitwirkungspflichten des anderen Teils an der begehrten Vertragsanpassung Pflichtverletzung im Sinne des § 280 Abs. 1 BGB, die i.V.m. § 286 BGB *Schadensersatzansprüche* insbesondere hinsichtlich vorprozessualer Anwaltskosten auszulösen geeignet ist.⁸¹ Dies erscheint zumindest zweifelhaft.⁸² Faktisch zwingen sie den anderen Teil auch zur Mitwirkung an Verhandlungen, deren Erfolg von vornherein unsicher ist. Unklar ist weiter, welche Mindestanforderungen an eine solche Mitwirkung zu stellen sind. Zudem geht der BGH selbst davon aus, dass die Mitwirkungspflicht unmittelbar durch die Geltendmachung des Anspruchs auf Anpassung zu verwirklichen ist, mithin nicht selbstständig einklagbar und unabhängig von der Mitwirkung der anderen Partei sein soll. Das prozessuale Kostenrisiko bei einem sofortigen gerichtlichen Anpassungsverlangen mag genügen, um die intendierte Verhandlungslösung zu erreichen.⁸³

Entsprechend wie der Kläger muss auch der durch die Grundlagenstörung benachteiligte Beklagte behandelt werden: Er muss sich durch *Einrede* wehren können, wenn von ihm etwas verlangt wird, was er nach der Anpassung nicht zu leisten bräuchte.⁸⁴

2. Möglichkeiten der Anpassung

Of ist die Anpassung auf mehreren Wegen denkbar. So kann bei der Äquivalenzstörung entweder die Leistung vermindert oder die (entwertete) Gegenleistung erhöht werden; zudem kommen noch vermittelnde Lösungen in Betracht. Richtschnur hierfür wird in der Regel der hypothetische Parteiwille sein: Ziel der Anpassung ist das, was die Parteien in Kenntnis der Wirklichkeit vereinbart haben würden. So kann eine Erhöhung der Gegenleistung ausscheiden, wenn der Käufer sie nicht aufbringen kann und daher auch nicht vereinbart hätte. Doch gehen gesetzliche Vorgaben vor.⁸⁵

Für die Gewerberaummiete während des Lockdowns haben sich Gerichte teilweise für eine salomonische Lösung entschieden und das Risiko gleichmäßig auf die Parteien verteilt. Dies führt zu einer Reduktion der Miete auf die Hälfte.⁸⁶ Abweichend davon wird wiederum eine Einzelfalllösung befürwortet, die sich am Umsatzrückgang während des Lockdowns orientiert. Das überzeugt: Wären die Parteien bei Vertragsschluss von den pandemiebedingt verminderten Umsätzen ausgegangen, hätten sie eine entsprechend verminderte Miete vereinbart. Wenn die reguläre Miete im Grundsatz an den beiderseitigen Umsatzerwartungen orientiert ist, so reduziert sie sich während des Lockdowns entsprechend um die Hälfte dieses Rückgangs.⁸⁷ Beträgt also der reguläre Umsatz 10.000 Euro, und ging er während des Lockdowns auf 5000 Euro,

⁸⁰ BGHZ 191, 139.

⁸¹ Ebenso etwa *Riesenhuber*, BB 2004, 2697, 2699.

⁸² S.a. *juris-PraxisKommentar/Pfeiffer*, 9. Aufl. 2020, § 313 Rn. 79; *Thole*, JZ 2014, 443, 448 f.; an die Verletzung der Zustimmungspflicht anknüpfend *MüKo-BGB/Finkenauer*, 8. Aufl. 2019, § 313 Rn. 123; *Dauner-Lieb/Dötsch*, NJW 2003, 921, 925.

⁸³ S.a. *Teichmann*, JZ 2012, 421, 422 f.

⁸⁴ Näher *MüKo-BGB/Finkenauer*, 8. Aufl. 2019, § 313 Rn. 125; *BeckOK-BGB/Lorenz*, 58. Edition, Stand: 1.5.2021, § 313 Rn. 92; *Wieser*, JZ 2004, 654, 655 f.

⁸⁵ BGHZ 163, 42, 50.

⁸⁶ OLG Dresden ZMR 2021, 476 mit Hinweisen zu ähnlichen Entscheidungen in Rn. 44; Revision zum BGH eingelegt; ebenso KG ZMR 2021, 579 Rn. 120.

⁸⁷ AG Dortmund, 27.4.2021, 425 C 7880/20 – juris, Rn. 39 ff.

also 50% davon, zurück, so teilen sich Mieter und Vermieter die Folgen hälftig, was dazu führt, dass die Miete um 25% reduziert wird.

3. Der Klageantrag

Angesichts der denkbaren Mannigfaltigkeit der Möglichkeiten einer Anpassung kann das Erfordernis eines bestimmten Klageantrags (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) zu Schwierigkeiten führen. Diese mögen sich (auch wie schon bisher) häufig mit Hilfe von § 139 ZPO überwinden lassen.⁸⁸ In Ausnahmefällen mag man aber an ähnliche Lockerungen des Bestimmtheiterfordernisses denken wie beim Schmerzensgeld.⁸⁹ Der BGH⁹⁰ lehnt sich an die Rechtsprechung zur Abwicklung eines Vorvertrages an,⁹¹ wo ebenfalls ein konkreter Klageantrag gefordert wird.

4. Rücktritt oder Kündigung

Rücktritt (oder nach § 314 BGB die Kündigung) ist in § 313 Abs. 3 BGB nachrangig vorgesehen, wenn eine Vertragsanpassung nicht möglich oder für einen Teil unzumutbar ist. Die *Nachrangigkeit* beruht darauf, dass die Auflösung des Vertrags gegenüber seiner Anpassung tiefer in die Privatautonomie eingreift. An eine Auflösung ist insbesondere dann zu denken, wenn der Vertrag bei Voraussicht oder Kenntnis der Grundlagenstörung überhaupt nicht und insbesondere auch nicht mit anderem Inhalt abgeschlossen worden wäre. Hier entspricht die Auflösung sogar der Maßgeblichkeit des hypothetischen Parteiwillens.⁹²

Wirkt der andere Teil an dem Anpassungsverlangen nicht mit, und wird daraufhin der Rücktritt erklärt, so kommt dem nach dem BGH⁹³ „der objektive Erklärungswert zu, mit dem Vorschlag der Gegenseite (Rückabwicklung) einverstanden zu sein“. Dies dürfte nicht schlechthin verallgemeinerungsfähig sein, mag es doch Situationen geben, in denen der Vorschlag der benachteiligten Partei zur Vertragsanpassung schlechthin inakzeptabel ist. Aus dem Schweigen der Gegenpartei auf ein solches Anpassungsverlangen kann nicht ohne weiteres geschlossen werden, dass sie mit der Rückabwicklung einverstanden ist.⁹⁴

5. Sonderproblem: Wegfall der Vertragsstörung

Die Anpassung reagiert auf die Störung oder den Wegfall der Geschäftsgrundlage. Fällt dieser externe Umstand aber seinerseits weg, stellt sich die Frage, welche Konsequenzen dies für den angepassten Vertrag hat. Besonders deutlich zeigt sich das bei staatlichen Eingriffen in das Wirtschaftsleben im Rahmen der Bekämpfung der COVID-19-Pandemie: Nach dem bereits erwähnten Art. 240 § 7 EGBGB wird für bestimmte Miet- und Pachtverträge insoweit eine Ver-

⁸⁸ Vgl. *Heinrichs*, in: FS Heldrich, 2005, S. 182, 200 f.; *BeckOK-BGB/Lorenz*, 58. Edition, Stand: 1.5.2021, § 313 Rn. 92; *MüKo-BGB/Finkenauer*, 8. Aufl. 2019, § 313 Rn. 131.

⁸⁹ § 253 Abs. 2 BGB; *Schmidt-Kessel/Baldus*, NJW 2002, 2076 wollen geringere Anforderungen an die Bestimmtheit des Klageantrags stellen; a.A. *Erman/Böttcher*, BGB, 16. Aufl. 2020, § 313 Rn.45; *MüKo-BGB/Finkenauer*, 8. Aufl. 2019, § 313 Rn. 131 f. m.w.N.; in diesem Sinne auch *Zöller/Greger*, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 253 Rn. 13c.

⁹⁰ BGHZ 191, 139 Rn. 27 f., 34.

⁹¹ S. BGH NJW 2006, 2843 Rn. 26.

⁹² *MüKo-BGB/Finkenauer*, 8. Aufl. 2019, § 313 Rn. 105; *Erman/Böttcher*, BGB, 16. Aufl. 2020, § 313 Rn. 44.

⁹³ BGHZ 191, 139 Rn. 27.

⁹⁴ *BeckOK-BGB/Lorenz*, 58. Edition, Stand: 1.5.2021, § 313 Rn. 89; nur bei hartnäckiger Weigerung ein Rücktrittsrecht bejahend *MüKo-BGB/Finkenauer*, 8. Aufl. 2019, § 313 Rn. 119.

mutung für eine Vertragsstörung ausgesprochen. Rechtsfolge kann eine Verminderung der geschuldeten Miete oder Pacht sein. Werden diese Eingriffe aufgehoben, erscheint diese Reduzierung nicht mehr gerechtfertigt – man könnte von einem Wegfall des Wegfalls bzw. der Störung der Geschäftsgrundlage sprechen. Regelmäßig werden solche Entwicklungen bereits im Rahmen der Anpassung berücksichtigt, so dass die Reduzierung von Miete oder Pacht von vornherein auf die Dauer des staatlichen Eingriffs zu beschränken ist.⁹⁵ Ist dies indessen nicht vorherzusehen, kommt eine automatische Rückanpassung nicht in Betracht. Wohl aber kann für den angepassten Vertrag erneut die Geschäftsgrundlage gestört oder weggefallen sein. Doch dürfte es vielfach an der Unzumutbarkeit des Festhaltens am (angepassten) Vertrag fehlen, denn der Wegfall des die Störung begründenden Umstandes ist jedenfalls in den COVID-19-Fällen durchaus vorhersehbar.

V. Ausblick

Das Institut der Störung der Geschäftsgrundlage bietet eine flexible Handhabe für fundamentale und unvorhersehbare Eingriffe in das Vertragsgefüge. Hier gilt nach wie vor die Formulierung von *Helmut Köhler*:⁹⁶ „Die Stärke der Lehre von der Geschäftsgrundlage liegt in ihrer Schwäche, nämlich in ihrer Unbestimmtheit sowohl hinsichtlich des Tatbestandes als auch hinsichtlich der Rechtsfolgen.“ Für massenhafte Vertragsstörungen wie sie durch die Corona-Pandemie hervorgerufen wurden, ist es nur bedingt geeignet. Klare gesetzliche Regelungen sind hier allemal vorzugswürdig. Doch auch hier hat die Pandemie gezeigt, dass die staatlichen Eingriffe in das Vertragsgefüge letztlich nie eine gerechte Lösung herbeiführen können: Die Bewältigung der Folgen der Pandemie ist eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe, die nicht allein mit den Mitteln des Privatrechts gelingen kann.

⁹⁵ *Häublein/Müller*, NZM 2020, 481, 491; *Streyll*, NZM 2020, 817, 825; ebenso der Rechtsausschuss des Bundestags im Hinblick auf Art. 240 § 7 EGBGB, BT-Drucks. 19/25322, S. 21; weitergehend *Schall*, JZ 2020, 388, 393; auch coronabedingt ausbleibende Kundschaft.

⁹⁶ *H. Köhler*, in: Festgabe 50 Jahre BGH, Band I, 2000, S. 295, 296.

Current Status of Discussions on Virtual - Only Shareholder Meetings under Japanese Companies Act

HIROAKI HARA*

- 0. Introduction
- 1. Japanese Stock Companies and Shareholders' Meetings
- 2. Form of implementation of shareholders meeting: before COVID-19
- 3. Problems with real shareholder meetings
- 4. Facilitating legislation through COVID-19 and not limited to legislative content
- 5. Legalization of virtual-only shareholder meetings under the Industrial Competitiveness Enhancement Act
- 6. Legal issues in implementing virtual-only shareholder meetings
 - 6-1 Positioning of virtual-only shareholder meetings
 - 6-2 Exercise of voting rights by shareholders
 - 6-3 Right to Ask Questions and Shareholder's Right to Submit Motions
 - 6-4 The Digital Divide Problem
- Conclusion: What is a shareholder meeting after all?

0. Introduction

In Japan, where COVID-19 is rampant and vaccination has been slow in coming, there have been new developments in the holding of shareholder meetings, the main meeting body under the Companies Act. In this article, I would like to give an overview of how shareholder meetings have been conducted in Japan to date and the issues that have arisen, as well as the current legislation and the remaining issues, with a focus on the virtual-only type of shareholder meetings that have been permitted under the Industrial Competitiveness Enhancement Law enacted in June 2021.

1. Japanese Stock Companies and Shareholders' Meetings

As many of you may know, there are more than 2.5 million stock companies in Japan. However, most of them are very small and closed companies. Only about 4,000 of these companies are listed on the Tokyo Stock Exchange. Japan's stock company legislation has adopted a difficult method of comprehensively regulating these two extremes of stock companies.

In a small and closed joint-stock company, it is difficult to imagine that there are many shareholders holding a small number of shares, and it is cheaper from the standpoint of cost to have all the shareholders meet together and exercise the authority granted to the general meeting of shareholders, which is a reasonable option. Although there is a statutory procedure for convening a general meeting of shareholders, there is a case law that allows a general meeting of shareholders to be held without going through the convocation procedure if all the shareholders are present at the meeting. However, there have been cases where the validity of more than one shareholders' meeting has been disputed in cases where the company is in a state of internal conflict.

On the other hand, in the case of listed companies, shareholders are dispersed in large numbers and are not naturally suited to meeting together to exercise their authority. In addition to exercising voting rights by proxy, such companies have traditionally been allowed to exercise their voting rights before the general meeting of shareholders using voting documents (known as voting by proxy), a world first in 1981. In 2001, voting through websites (called electronic voting) was also allowed. In particular, the fiscal year ends at the end of March for the overwhelming majority of listed companies in Japan, and the annual general meetings of shareholders for those fiscal years are often held in late June, making written and electronic voting important for investors who hold shares in multiple listed companies. As for the exercise of voting rights by proxy, the fact that the provision in the articles of incorporation limiting proxies to shareholders of the stock company in question has been deemed effective under court precedent in order to avoid disturbance of general shareholders meetings by persons other than shareholders may have contributed to increasing the need for voting by proxy.

It should be noted, however, that the 1981 amendment to the Commercial Code was also intended to revitalize the general meeting of shareholders, and therefore the amendment was ambivalent in that it included provisions on the right of shareholders to make proposals.

2. Form of implementation of shareholders meeting: before COVID-19

In the past, the Companies Act required that shareholder meetings be held at a specific location (for the purpose of contrast with virtual shareholder meetings, which will be discussed later, we

* Prof. Dr. Hiroaki Hara, Kansai Universität, Osaka, Japan.

will refer to them as real shareholder meetings). If online participation by shareholders is allowed in addition to the real shareholders' meeting (this will be referred to as a hybrid shareholders' meeting), it is necessary to ensure that they have the same rights as those who attend the real shareholders' meeting, i.e., the right to ask questions and submit shareholder proposals. In addition, there are many technical hurdles to overcome, such as how to handle cases where communication is disrupted, and how to handle cases where shareholders who have voted in writing or electronically in advance attend the meeting online on the day of the meeting (although this is also an issue for virtual-only shareholder meetings, which will be discussed later). While some stock companies have actively introduced hybrid shareholder meetings, most have used only real shareholder meetings due to legal uncertainty and technical difficulties.

In Japan, the Ministry of Economy, Trade and Industry (METI) published guidelines for hybrid shareholder meetings in 2020, which distinguishes between hybrid attendance-type shareholder meetings, in which shareholders who attend online are treated as if they had also attended the company law shareholder meeting, and hybrid participation-type shareholder meetings, in which shareholders who attend online are not treated as if they had attended the company law shareholder meeting. There is a distinction between hybrid attendance-type shareholder meetings and hybrid participation-type shareholder meetings. In the case of the hybrid participation type, shareholders who attend the meeting online are in principle entitled to the same rights as those who attended the real meeting, but in the case of the hybrid participation type, it is assumed that voting rights are exercised in writing or by electronic voting in advance, so that shareholders can understand the content of the real meeting even though they are absent from the meeting. In this case, the shareholders are not present at the meeting, but are only positioned to grasp the contents of the real meeting. In addition to this, some companies broadcast their general meetings of shareholders to non-shareholders via the Internet, and some companies provide video of their general meetings of shareholders to both shareholders and non-shareholders after the fact, so that the format of conducting general meetings of shareholders is like drawing a gradient.

In addition, at the March 2021 general shareholders' meeting, seven stock companies held virtual attendance-type shareholder meetings and 67 stock companies held virtual participation-type shareholder meetings.

3. Problems with real shareholder meetings

It has been pointed out that the system of general meetings of shareholders in listed companies mainly has the problem of incurring high costs for minority shareholders. Under Japanese corporate law, the system of providing shareholder meeting materials electronically was not fully developed, and with a few exceptions allowed by the 2001 amendment to the Commercial Code, paper-based materials were required to be sent to individual shareholders. However, this problem has been addressed by the 2019 amendment to the Companies Act. In other words, in the case of listed companies, it is now sufficient to provide information on the website for shareholders other than those who requested paper-based information. This has reduced the cost and time burden on the company.

On the other hand, it is inconvenient for shareholders to have only real shareholders' meetings as an option. Even for individual investors in Japan, shareholders of listed companies live all over the country, and it is not easy for them to visit the head office of the listed company or a nearby conference center where the general shareholders meeting is held. With the introduction

of the Corporate Governance Code and the Stewardship Code, the importance of dialogue between corporate management and shareholders/investors has been emphasized in Japan. Under these circumstances, the need to provide a means for shareholders to attend or participate in shareholder meetings (whether in real or online form) has become increasingly important. While hybrid shareholder meetings should be applauded as a voluntary initiative of each company, they have not yet spread widely, and legislation for virtual-only shareholder meetings has been an urgent issue.

4. Facilitating legislation through COVID-19 and not limited to legislative content

The legislative response to virtual-only shareholder meetings has been slow, but the onslaught of COVID-19 has changed the game. Especially in the case of large listed companies, there were concerns that the risk of infection would increase dramatically when a large number of shareholders gathered in one place. Therefore, the introduction of virtual-only shareholder meetings without an actual venue was considered under a special law that is not the Companies Act.

In recent years, the Ministry of Economy, Trade and Industry (METI), which is in charge of economic and industrial policies, as well as the Ministry of Justice (MOJ), which is in charge of laws in general, has been playing a major role in revising the Companies Act in Japan. One of the most popular routes to revise the Companies Act in recent years has been to promulgate and enforce the law and then incorporate its contents into the main body of the Companies Act (whether only for listed companies or for other joint-stock companies depends on the contents). While there is some debate on the pros and cons of this approach, there is probably some rationale for such an approach as a pilot program for the Companies Act.

5. Legalization of virtual-only shareholder meetings under the Industrial Competitiveness Enhancement Act

The Industrial Competitiveness Enhancement Act of 2021 contains a wide range of amendments, but one of the main points was to allow for the implementation of virtual-only shareholder meetings. MOJ and METI will check whether the company is ready to implement the system, and then allow the company to amend its articles of incorporation to allow virtual-only shareholder meetings. However, in light of the popularity of COVID-19, transitional measures have been established to the effect that such amendments to the articles of incorporation will be deemed to have been made even if such amendment procedures are not carried out for two years. In the above confirmation, it is required to appoint a person in charge of the affairs related to the method of communication, to have a policy on measures against obstacles related to the method of communication, to have a policy on securing the interests of shareholders who have difficulties in using the Internet as a method of communication, and to have 100 or more shareholders listed or recorded in the shareholder registry. The number of shareholders listed and recorded in the shareholder registry must be 100 or more.

During the Diet deliberations on the Industrial Competitiveness Enhancement Law, the Committee on Economy, Trade and Industry of the House of Representatives and the House of Councillors discussed the issue, but only a few of them had questions or opinions on virtual-only shareholder meetings, and most of them were positive.

6. Legal issues in implementing virtual-only shareholder meetings

6-1 Positioning of virtual-only shareholder meetings

METI has provided a detailed webpage on the implementation of virtual-only shareholder meetings as part of the revision of the Industrial Competitiveness Enhancement Law. It includes a Q&A section on the implementation. According to METI, the position of virtual-only shareholder meetings is no different from that of real shareholder meetings. In other words, shareholder rights that are recognized in real shareholder meetings need to be recognized in virtual-only shareholder meetings as well. In this respect, it becomes clear that a new type of shareholder meeting with a different legal status has not been established.

It is also unique in that, while the aforementioned legal fiction of amendments to the articles of incorporation is a time-limited measure, virtual-only shareholder meetings are recognized as a permanent institution if they otherwise meet the requirements of the law. The virtual-only shareholders' meeting is not positioned as a time-limited measure for COVID-19.

6-2 Exercise of voting rights by shareholders

In a hybrid shareholders' meeting (we will discuss this below with a hybrid attendance shareholders' meeting in mind), it was important that shareholders who went to the venue of the real shareholders' meeting and those who attended online via the Internet could exercise their shareholder rights equally. The most important issue is the handling of voting rights.

In general shareholders' meetings of listed companies in Japan, since many companies have a high shareholding ratio of institutional investors, the approval or disapproval of corporate and shareholder proposals is often known before the formal vote is taken, based on the counting of written and electronic votes in advance. In addition, since the quorum for ordinary resolutions at general shareholders' meetings can be eliminated by the articles of incorporation, many listed companies have a system whereby the approval or disapproval can be decided only by the actual voting rights of the shareholders present, including those of written and electronic ballots. Based on this premise, if there is no tie between the for and against votes, it is legal to treat a proposal as approved when the chairman of the meeting votes on it at the shareholders' meeting venue and there is a large number of applause or the voice of "no objection" is heard. Of course, if there is a tie between those in favor and those opposed, the number of voting rights will be carefully counted by a specialized company.

Whether it is a hybrid-attendance or virtual-only shareholders' meeting, if there are shareholders who attend online, the first step is to ensure that they exercise their voting rights. It is also difficult to determine when the deadline for exercising voting rights should be set. Another issue is how to handle cases where a shareholder attends a meeting online despite having already voted in writing or electronically in advance. Let's examine these issues step by step.

With regard to the timing of voting, it is important to set when to count the votes of online attending shareholders. In the case of shareholders present in person, it is possible to respond by asking them to clap or speak as described above when the chairman calls for a vote on the floor, or by collecting their ballots at that time. On the other hand, for shareholders attending the meeting online, the voting will be closed at a point that is not exactly the same as that (e.g., at some point before the ballots are collected). The problem is how to deal with shareholders who are present online but do not respond to the chairman's vote and do not exercise their voting rights. If the votes of such shareholders are treated as abstentions, they will be included in the

total number of voting rights, and thus the result will be essentially the same as voting against. In order to call the attention of shareholders attending the meeting online, some believe that shareholders should be asked to take action at this point, such as pressing a button on the screen or logging in to a different webpage to exercise their voting rights, and that shareholders who do not comply should be treated as absent from the vote. In the case of virtual-only shareholder meetings, there are no real attending shareholders, but the need to ascertain the total number of voting rights is no different from that of hybrid-attendance shareholder meetings.

Another method would be to treat shareholders who have already voted in writing or electronically in advance as validly exercising their voting rights if they attend and vote online, but shareholders who have not yet voted online would be treated as validly exercising their voting rights as if they were absent. However, shareholders who have not exercised their voting rights online may be treated as validly voting on the results of written or electronic voting, just like absent shareholders. In a case related to a real shareholders' meeting, there was a case in the Tokyo High Court where an employee of a corporation who was not authorized to exercise voting rights by proxy attended the shareholders' meeting as an observer. The employee returned the ballot to the company representative without filling in any information on the shareholder proposal submitted on the day of the meeting. The Tokyo District Court ruled that the prior written and electronic ballots were invalid in this case, but the Tokyo High Court, the appellate court, overturned the decision and ruled that the prior written and electronic ballots were valid. Conventional case law had held that, from the perspective of respecting the latest shareholders' intentions, if the same shareholder or the shareholder's proxy exercised voting rights more than once, the latest vote would take precedence. The Tokyo High Court followed this precedent and treated the proxy who attended the meeting as having done nothing. The Tokyo High Court followed this precedent and treated the proxy who attended the meeting as having done nothing. The attitude of treating the exercise of voting rights as valid as possible should be evaluated positively.

Although the system of voting by mail and electronic voting is designed for shareholders who are unable to attend the general meeting of shareholders, based on the judgment of the Tokyo High Court, we believe that it is appropriate to maintain the content of the system for shareholders who did not exercise their voting rights on the day of the meeting.

6-3 Right to Ask Questions and Shareholder's Right to Submit Motions

The Japanese Companies Act stipulates that directors must explain matters related to the purpose of the general meeting of shareholders (usually called the agenda), and this provision is interpreted as a provision that allows shareholders the right to ask questions. In addition, the shareholders present at the meeting may submit specific proposals on the agenda on the day of the meeting. This is called a motion. So how would these be handled in a virtual-only shareholders' meeting? Since the Industrial Competitiveness Law is not supposed to change the status of real shareholder meetings in the Companies Act, both need to be recognized by shareholders attending online.

In the U.S., it is common practice to accept questions by phone or text-based (e-mail or written form) on the Internet, and the CEO or other person will explain the situation on the spot.

Such an approach has both merits and demerits. On the one hand, there is the possibility that the hurdle for shareholders to ask questions may be much lower than in the case of real attendance, but on the other hand, there is the concern that this may lead to abusive questions and

shareholder proposals. In fact, in the 2000s and 2010s, there were cases of apparent abuse of the right to make shareholder proposals at real shareholder meetings of prominent Japanese listed companies (Nomura Securities and HOYA, a manufacturer of optical lens equipment). As a result, abuse of the right to make shareholder proposals has become an important topic for consideration in the 2019 amendments to the Companies Act, and substantial restrictions have been placed on the number of proposals that shareholders can make. Thus, one issue is whether it is possible to properly control the right to ask questions and submit motions.

One problem that might be caused by the company is the possibility of being able to control the content of the questions. In the case of a real shareholders' meeting, considerable tension exists because it is not known in advance what kind of questions the nominated shareholders will ask. On the other hand, the aforementioned method of accepting questions from shareholders attending the meeting online raises the concern that questions that reach the meeting will be screened out by management (except in the case of telephone) and only questions that are easy to answer will be selected.

If it is within the scope of the chairman of the general shareholders meeting's exercise of the right to organize the proceedings at his reasonable discretion, such treatment would not immediately be grounds for rescinding the resolution of the general shareholders meeting. In the past, it has been common practice to discontinue questioning for reasons such as the passage of the scheduled time for questioning. From this point of view, it would be better if questions received within a certain period of time (it is also stipulated in the existing Companies Act that questions that are detrimental to the interests of shareholders as a whole or that bring to light intellectual property rights are exempted from the obligation to explain) were asked by nominating them in turn, and the time for answering questions, including the time for answering, was kept comparable to that of a real shareholders' meeting. If the meeting is held in a time comparable to that of a real shareholders' meeting, including the time for answering questions, then that should be sufficient, don't you think? A more rigorous approach could be to randomly select and answer questions submitted within a certain time frame. However, it may be possible to allow flexibility by clearly stating that questions that are exceptions to the Companies Act, such as those mentioned above, will not be taken up, and that questions that take time to answer on a discretionary basis will be answered on the web page at a later date. Although it is highly unlikely that shareholders attending the meeting online would know that a question that should have been taken up was not taken up, in an extreme case, the resolution of the meeting should be considered to have grounds for rescission as it constitutes a grossly unfair method of resolving a shareholders meeting.

Since the right of virtual shareholders to submit motions is also recognized as a principle of the Companies Act, it may be necessary to have a mechanism to ask virtual shareholders to approve or disapprove motions if they are expected to vote for or against them. In such a case, it will be particularly important to deal with shareholders who are online but have not responded to the exercise of their voting rights as mentioned above.

6-4 The Digital Divide Problem

The Ordinance of METI and the Ordinance of the MOJ in relation to the Industrial Competitiveness Enhancement Law stipulates that "a policy shall be established to give consideration to securing the interests of shareholders who are impeded by the use of the Internet as a communication method for sending and receiving information in the proceedings of a general meeting of shareholders without a fixed location" is a requirement to obtain confirmation from METI

and the MOJ. In addition to voting in writing or electronically, it may be possible to set up a certain venue (but not set as the venue for a real shareholders meeting) as a viewing venue, so to speak, to create an environment that facilitates the exercise of the right to ask questions and submit motions. In this case, the right to ask questions and submit motions would be handled in the same way as for shareholders attending a real meeting, but it would be necessary to create a system that does not give preferential treatment to shareholders who attend purely online.

As a concrete proposal for the operation of a virtual-only shareholders' meeting, there was a suggestion to lend terminals to shareholders who do not have a widespread Internet connection, but it is predicted that supporting the operation of such terminals would be a rather difficult task in practice. It remains to be seen what specific methods will be desirable to counter the digital divide and to what extent shareholders will be responsible for their own actions.

Conclusion: What is a shareholder meeting after all?

In the first place, is it appropriate to position the general meeting of shareholders as the highest body where shareholders gather to discuss the management of a stock company? Unlike U.S. law, under Japanese law it is theoretically possible for a listed company to amend its articles of incorporation to make all management-related matters subject to resolution at a shareholders meeting. However, under the story of the so-called separation of ownership and management, there is a limit to the ability of shareholders to make decisions regarding management.

In Japan, the 1981 amendment to the Commercial Code was intended to revitalize general shareholders meetings, while at the same time creating a written ballot system for shareholders who could not attend general shareholders meetings, thereby creating multiple methods of exercising voting rights. The 2001 amendment to the Commercial Code to create electronic voting is positioned in a similar direction. As a result, coupled with changes in the shareholder composition of listed companies, the approval or rejection of corporate and shareholder proposals is generally decided in advance on the day of the general meeting of shareholders, and the element of ritual is becoming stronger. While the right to make shareholder proposals is a meaningful system, there is also a risk of abuse, and there is no denying that it has become a performance venue for some shareholders.

It is not difficult to imagine that a virtual-only shareholders' meeting would result in a loss of authenticity and tension, as it is a method that does not bring together management and shareholders, and the audio delivery method is common in the U.S. (although real-time video is expected to be provided in Japan). In light of the current situation described above, should a general shareholders' meeting be interpreted as a clerical venue where the necessary materials for voting are provided in advance and corporate and shareholder proposals are handled appropriately? (Since the positioning of real shareholders' meetings and virtual-only shareholders' meetings is said not to be particularly different), it seems that the future debate will depend on whether to actively approve the difference between these and hybrid attendance-type shareholders' meetings in particular.

* After the seminar report, on August 26, 2021, Euglena Co., Ltd. held Japan's first virtual-only shareholders meeting. The company did not amend its articles of incorporation, but used the deemed amendment provision to hold the above meeting.

* This work was supported by JSPS Grant-in-Aid for Early-Career Scientists Grant Number JP18K12690. I would also like to thank Professor Kun Young Chang and Professor Hyeong-Kyu Lee for their useful questions and comments during the panel discussion.

References

- Iida [2020] Hidefusa Iida, "Shareholders' Meetings in the Era of New Coronaviruses," *Jurist* 1548, p. 42.
- Ishii [2021] Yusuke Ishii, "Review of General Assembly Practice in March 2021," *Shoji Homu*, No. 2261, p. 15
- Inoue and Tsuburaya [2021] Taku Inoue and Shoichi Tsuburaya, "Special Talk: Virtual Shareholders' Meetings in the DX Era," *Journal of Corporate Accounting*, Vol. 73, No. 4, p. 63
- Yo Ohta [2021a] "Outline of the Bill for Partial Amendment of the Industrial Strength Law to Lift the Ban on Virtual Only Shareholders' Meetings and Practical Responses [1]" *Shojihomu* No. 2259, p. 16
- Yo Ohta [2021b], "Outline of the Bill for Partial Amendment of the Industrial Strength Law to Lift the Ban on Virtual Only Shareholders' Meetings and Practical Responses [Part 2]", *Shojihomu* No. 2260, p. 40
- Kansaku [2002] Hiroyuki Kansaku, "ITization of Shareholder Meetings," *Journal of Civil and Commercial Law*, Vol. 126, No. 6, p. 778.
- Kitamura, Masashi, "Virtual Shareholders' Meetings and Shareholders' Right to Participate in Proceedings," in Daisaku Kubo et al.
- Kozuka [2002] Soichiro Kozuka, "Computerization and IT of Joint Stock Company Management," *Hōgaku Kyōshitsu* No. 264, p. 41
- Sawaguchi et al. [2021] Minoru Sawaguchi and Ryo Chikazawa (eds.), *Virtual General Meeting of Shareholders in Practice* (2nd ed.), *Shojihomu* Co.
- Takei et al. [2021] Kazuhiro Takei et al. (eds.), *Practicalities of Digitalizing Shareholders' Meetings*, *Chuokezai-sha, Inc.*
- Hamaguchi and Yamamoto [2020] Kosuke Hamaguchi and Yuri Yamamoto, "Issues and Prospects of Virtual Shareholders Meeting Practice," *Shojihomu* No. 2241, p. 16
- Matsui [2020] Hideyuki Matsui, "Virtual-Only Shareholder Meetings," *Jurist* 1548, p. 22.

Abschnitt III Strafrecht

Nochmals: Die Strafbarkeit des Verbreitens von Krankheitserregern am Beispiel der Corona-Krise

DOMINIK HOTZ*

I. Einleitung

SARS-CoV-2 hält die Welt weiterhin in Atem. Hierzu gehört auch, dass wer sich in der Öffentlichkeit trotz Infektion gegenüber Dritten unvorsichtig verhält mit einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren rechnen muss. Zwar steht eine Stellungnahme der Rechtsprechung weiterhin aus, trotzdem ist es lohnenswert, mögliche strafrechtliche Konsequenzen der Verbreitung von SARS-CoV-2 im Lichte der Aktivitäten des Gesetzgebers und der fortgeschrittenen strafrechtswissenschaftlichen Diskussion (erneut)¹ in den Blick zu nehmen.

II. Die Strafbarkeit des Verbreitens von SARS-CoV-2

Aus dem Strafgesetzbuch (StGB) verdienen zunächst die Körperverletzungs- sowie die Tötungsdelikte erhöhte Aufmerksamkeit; aber auch die Gifttatbestände der §§ 314, 330a StGB sollen nicht unerwähnt bleiben. Schließlich ist das reformierte Infektionsschutzgesetz (IfSG) nunmehr von erhöhter Relevanz.

1. Das Verbreiten von SARS-CoV-2 als Körperverletzungsdelikt

Den Körperverletzungsdelikten kam schon im Zusammenhang mit der strafrechtlichen Aufarbeitung des HI-Virus eine entscheidende Bedeutung zu.² Es überrascht also kaum, dass die §§

223 ff. StGB auch im Zusammenhang mit SARS-CoV-2 die meiste Aufmerksamkeit der Strafrechtswissenschaft erfahren haben.³

a) Der Körperverletzungserfolg

Ein Körperverletzungserfolg ist jedenfalls dann gegeben, wenn nach der Ansteckung beim Opfer erste Symptome wie Fieber auftreten. Freilich ist es eine Besonderheit von SARS-CoV-2, dass ein großer Anteil der Infizierten keine Krankheitssymptome entwickelt. Entscheidend ist damit, ob bereits die bloße Infektion mit SARS-CoV-2 eine vollendete Körperverletzung in Form einer Gesundheitsschädigung darstellt.⁴

Nach herrschender Meinung soll dies der Fall sein, da bereits die bloße Infektion mit einem Krankheitserreger den körperlichen Normalzustand verändere.⁵ Richtigerweise verkennt diese Position jedoch, dass kein normatives Kriterium existiert, um die bloße Infektion mit einem Krankheitserreger für die körperliche Integrität des Betroffenen als negativ zu bewerten.⁶ Zudem mag ein Infizierter bei einem vollständigen Ausbleiben von Symptomen zwar eine Gefahr für Dritte darstellen, er ist aber nicht in einem pathologischen Sinne krank.⁷ Eine abweichende Ansicht verwandelte die Körperverletzungsdelikte im Zusammenhang mit Krankheitserregern in die Volksgesundheit schützende Gefährdungsdelikte.⁸

Es soll aber nicht verschwiegen werden, dass eine Strafbarkeit wegen (fahrlässiger) Körperverletzung regelmäßig mangels nachweisbarer Kausalität ausscheidet, da man die jeweiligen Krankheitserreger gegenwärtig nicht durch Tests auf bestimmte Personen zurückführen kann.⁹ Ausnahmen erscheinen aber denkbar, wenn schon nur bestimmte Personen einen Risikobereich – etwa ein Pflegeheim – betreten dürfen, in dem sich das Virus daraufhin verbreitet.¹⁰

³ Vgl. *Außem*, JSE 2020, 10 (11 ff.); *Fahl*, JURA 2020, 1058 (1059 ff.); *Rau* in Schmidt (Hrsg.), COVID-19, 3. Aufl. 2021, § 23 Rn. 46 ff.; *Pörner*, JuS 2020, 498 (499 f.); *Wenglarczyk*, BRJ 2020, 95 (96 ff.); *Zitzelsberger* in Esser/Tsambikakis (Hrsg.), Pandemiestrafrecht, 2020, § 2 Rn. 4 ff.

⁴ Dafür *Rengier*, BT II, 22. Aufl. 2021, § 13 Rn. 17b mwN.

⁵ Exemplarisch *Kindhäuser/Schramm*, Strafrecht BT I, 10. Aufl. 2022, § 7 Rn. 9; für die Rechtsprechung grundlegend BGHSt 36, 1 (6), zuletzt BGH NStZ 2009, 34 f. Ein gewisses Unwohlsein mit dieser Ansicht zeigt sich in der Rechtsprechung allerdings schon daran, dass sie hilfsweise auf die grippeähnlichen Symptome unmittelbar nach der Infektion mit dem HI-Virus oder auf die psychische Situation für das Opfer als tatbestandlichen Erfolg abgestellt hat, vgl. BGHSt 36, 1 (7) einerseits und BGHSt 36, 262 (265) andererseits.

⁶ *Zitzelsberger* in Pandemiestrafrecht (o. Fn. 3), § 2 Rn. 19 weist ergänzend darauf hin, dass im Gegensatz zum HI-Virus die Infektion nicht lebenslang bestehen bleibt.

⁷ So schon *Hotz*, NStZ 2020, 320 (322); zustimmend *Zitzelsberger* in Pandemiestrafrecht (o. Fn. 3), § 2 Rn. 19.

⁸ *Prützwitz*, StV 1989, 123 (126 f.). Vgl. aber *Hotz*, NStZ 2020, 320 (322) zu einer möglichen Tatbegehung in mittelbarer Täterschaft, wenn die Infektion unentdeckt bleibt und die Krankheitserreger auf weitere Personen übertragen werden, die ihrerseits Krankheitssymptome entwickeln.

⁹ Näher *Rau* in COVID-19 (o. Fn. 3), § 23 Rn. 17, 46.

¹⁰ *Hotz*, NStZ 2020, 320 (322).

* Ass. iur. Dominik Hotz, B.A., LL.M. (Cantab.)

¹ Teile der nachfolgenden Darstellung finden sich bereits bei *Hotz*, NStZ 2020, 320.

² Überblick bei *Schünemann*, FS Eser, 2005, 1141.

b) Die Verbreitung von Krankheitserregern als rechtlich missbilligten Handelns

Abseits von den Fragen des tatbestandlichen Erfolgs darf man im Zusammenhang mit der Verbreitung von Krankheitserregern regelmäßig nicht aus dem Blick verlieren, dass das Handeln des Infizierten rechtlich missbilligt sein muss.¹¹

Ein Handeln ist eindeutig rechtlich missbilligt, wenn es aufgrund staatlicher Rechtssetzung untersagt ist.¹² Daher kommt dem Maßstab der Sozialadäquanz eine wesentliche Bedeutung, wonach Gefährdungen, die das sozialadäquate Maß nicht überschreiten, von der Strafrechtsordnung zu respektieren sind.¹³ Jedenfalls im Zusammenhang mit SARS-CoV-2 war diese Frage jedoch nur anfangs problematisch,¹⁴ da inzwischen eindeutige Verhaltensregeln existieren, die weiterhin regelmäßig an die aktuellen Entwicklungen der Pandemie angepasst werden. Für die normunterworfenen Bürger bringt dies mangels einer andauernden Übung allerdings mit sich, den jeweils aktuellen Stand stets im Blick behalten zu müssen.

c) Voraussetzungen einer versuchten Körperverletzung

In den zahlreichen Fällen, in denen man einem Täter keine spezifische Ansteckung nachweisen kann, sondern nur ein gesundheitsgefährdendes Verhalten, verbleibt stets die Möglichkeit eines strafbaren Versuchs. Über eine mögliche Strafbarkeit entscheidet also die Abgrenzung von *dolus eventualis* und bewusster Fahrlässigkeit.¹⁵

Die herrschende Ansicht verweist bekanntlich auf ein neben dem kognitiven Element notwendiges voluntatives Element. So verlangt die Rechtsprechung die Billigung des tatbestandlichen Erfolges,¹⁶ während man nach der Literatur den Erfolg ernst nehmen oder aus Gleichgültigkeit in Kauf nehmen muss.¹⁷

Für die Möglichkeit eines Körperverletzungsversuchs durch die Verbreitung von Krankheitserregern bedeutet das, dass der präsumtive Täter auf Grundlage einer umfassenden Gesamtwürdigung der Tatumstände ein Verhalten an den Tag legen muss, aufgrund dessen man regelmäßig von einer Billigung der Infektion von Dritten ausgehen darf. Hier lassen sich zahlreiche Handlungen denken. Im Zusammenhang mit SARS-CoV-2 dürfte aber jedenfalls ein unvorsichtiges Niesen in der Nähe von Dritten einen typischen Fall darstellen. Aufgrund der gegenwärtigen Sensibilität für das Thema wird man strengere Maßstäbe als gewöhnlich anlegen dürfen, da Infizierte sich den von ihnen ausgehenden Gefahren typischerweise bewusst sein werden.

¹¹ Diese normative Frage ist in der Sache für Fahrlässigkeitsdelikte sowohl von der Literatur als auch der Rechtsprechung anerkannt, vgl. BGHSt 26, 226 (228); BeckOK-StGB/*Eschelbach*, 50. Ed. 2021, § 223 Rn. 29. Vgl. auch *Cerny/Makepeace*, KriPoZ 2020, 148 ff.

¹² *Roxin/Greco*, AT I, 5. Aufl. 2020, § 24 Rn. 14 ff.

¹³ Wobei das Handeln richtigerweise schon nicht tatbestandsmäßig ist, vgl. LK-StGB/*Walter*, 13. Aufl. 2020, vor § 13 Rn. 91 mwN.

¹⁴ Näher *Hotz*, NStZ 2020, 320 (322 f.).

¹⁵ Vgl. auch *Pörner*, JuS 2020, 498 (501).

¹⁶ BGHSt 36, 1 (9).

¹⁷ Vgl. einerseits *Roxin/Greco*, AT I, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 21 ff. und andererseits *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 15 Rn. 82, 84.

Daneben wird man insbesondere berücksichtigen müssen, dass bei SARS-CoV-2 nach gegenwärtigem Stand sowohl die Infektionswege als auch die Wahrscheinlichkeiten eines Krankheitsausbruchs nicht vollständig klar sind und sogar von der jeweiligen Virusvariante abhängen können. Aus diesem Grund muss man sich trotz des umfangreichen Katalogs an verbotenen Verhaltensweisen stets auch fragen, ob der konkrete Verhaltensverstoß überhaupt zu einer Infektion führen konnte und welche Vorstellung der Infizierte während seines Handelns hatte.¹⁸

d) Die Infektion mit SARS-CoV-2 als Beibringung eines anderen gesundheitsschädlichen Stoffes

Nach nahezu einhelliger Ansicht sind Krankheitserreger und damit auch Viren ein taugliches Tatmittel der Qualifikation der gefährlichen Körperverletzung.¹⁹ Unklar ist dabei mit Blick auf den historischen Sprachgebrauch der Medizin alleine, ob es sich um Gift oder nur um einen anderen gesundheitsschädlichen Stoff handelt.²⁰ So wird die Anwendbarkeit des Tatbestands der gefährlichen Körperverletzung auf Krankheitserreger teilweise bestritten, weil man der Begriff des Stoffs lediglich leblose Substanzen subsumieren könne und keine Lebewesen.²¹ Überzeugend ist das nicht, treten Krankheitserreger – selbst wenn man sie im Einzelfall als Lebewesen qualifiziert – immerhin stets als eine Menge von Stoffen in Erscheinung.²² Es sind zudem keine teleologischen Gründe ersichtlich, weshalb man Lebewesen pauschal als Tatmittel der Nr. 1 ausnehmen sollte. Immerhin hat die herrschende Meinung auch keine Schwierigkeiten, selbst höherentwickelte Lebewesen – wie Hunde – dem Begriff des gefährlichen Werkzeugs zu subsumieren.²³

Da die gefährliche Körperverletzung im Gegensatz zu einer einfachen Körperverletzung an eine über den bloßen Körperverletzungserfolg hinausgehende Gefährdung des Opfers anknüpft, muss aus der Anwendung des Tatmittels im Einzelfall die konkrete Gefahr einer erheblichen Körperverletzung resultieren.²⁴ Insofern ist SARS-CoV-2 jedoch eindeutig ein taugliches Tatmittel, da eine Infektion nach gegenwärtigem Stand stets sogar zu einem schweren bis tödlichen Verlauf führen kann.

Nach wohl einhelliger Ansicht soll ein Stoff beigebracht sein, wenn er mit dem Körper derart in Kontakt gerät, dass er seine gesundheitsschädliche Wirkung selbständig entfalten kann.²⁵ Hierbei ist zwar umstritten, ob eine Wirkung im Körperinneren notwendig ist, allerdings kann SARS-CoV-2 seine schädigende Wirkung typischerweise nur im Körperinneren entfalten.²⁶

¹⁸ Vgl. schon *Hotz*, NStZ 2020, 320 (323).

¹⁹ *Jäger*, JuS 2000, 31 (36).

²⁰ Für Gift schon *Hotz*, NStZ 2020, 320 (324); aA *Fahl*, JURA 2020, 1058 (1059).

²¹ *Kraatz*, Arztstrafrecht, 2. Aufl. 2018, Rn. 87.

²² *Botke* in *Szwarc* (Hrsg.), AIDS und Strafrecht, 277 (303).

²³ Vgl. BeckOK-StGB/*Eschelbach* (o. Fn. 11), § 224 Rn. 30; BGHSt 14, 152 (153); aA noch RGSt 8, 315.

²⁴ BGHSt 51, 18 (22 f.); *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben* (o. Fn. 17), § 224 Rn. 2a; vgl. aber auch *AnwK-StGB/Zöller*, 3. Aufl. 2020, § 224 Rn. 5.

²⁵ BGHSt 15, 113 (114 f.); *Matt/Renzikowski/Engländer*, 2. Aufl. 2020, § 224 Rn. 4.

²⁶ Zum Streitstand *Rengier*, BT II (o. Fn. 4), § 14 Rn. 19 ff. mwN.

e) Das Verbreiten von SARS-CoV-2 als eine das Leben gefährdende Behandlung

Schließlich stellt die Infektion mit SARS-CoV-2 auch eine lebensgefährdende Behandlung dar.²⁷ Dabei ist irrelevant, wie schwerwiegend der tatsächlich eingetretene Körperverletzungserfolg ist, solange eine Handlungsgefährlichkeit für das Leben des Opfers bestand. Das gilt unabhängig davon, ob man mit der Rechtsprechung schon eine abstrakte Gefahr oder mit der überwiegenden Literatur eine konkrete Gefahr fordert, weil die Infektion mit SARS-CoV-2 nach gegenwärtigem Kenntnisstand unabhängig von der Konstitution des Opfers stets zum Tode führen kann.²⁸

2. Das Verbreiten von SARS-CoV-2 als Tötungsdelikt

Im gegebenen Zusammenhang kann ein Blick auf die Tötungsdelikte nicht völlig ausbleiben. Sofern sich ausnahmsweise nachweisen lässt, dass die tödliche Infektion durch einen bestimmten Täter hervorgerufen wurde, ist für den Tatbestand des Totschlags erneut entscheidend, ob sich ein Handeln mit wenigstens *dolus eventualis* nachweisen lässt.

Da eine Infektion mit SARS-CoV-2 nur selten tödlich endet, wird sich ein entsprechender Tötungsvorsatz selbst bei einem Körperverletzungsvorsatz nur bei sehr gewichtigen Anhaltspunkten – wie etwa einem sehr alten oder gesundheitlich vorbelastetem Opfer – annehmen lassen. Deshalb sei nur am Rande angemerkt, dass zusätzlich die Mordmerkmale der Heimtücke sowie Gemeingefährlichkeit, vgl. § 211 Abs. 1, 2 StGB, häufig naheliegend sein werden.

Sofern auf dieser Grundlage kein Vorsatz nachweisbar ist, verbleibt es bei einer möglichen Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung nach § 222 StGB, wobei dem Nachweis der Kausalität eine besondere Bedeutung zukommt.

3. Das Verbreiten von SARS-CoV-2 als Giftdelikt

Weiter sanktionieren die §§ 314, 330a StGB speziell Gefährdungsunrecht bei der Verbreitung von Giften und damit auch von Krankheitserregern durch einen Infizierten.²⁹

Der Tatbestand der schweren Gefährdung durch das Freisetzen von Giften ist ein dem Schutz von Leib und Leben dienendes konkretes Gefährdungsdelikt.³⁰ Nach § 330a StGB macht sich strafbar, wer wenigstens die Gefahr des Todes oder einer schwere Gesundheitsgefährdung eines anderen Menschen oder einer Gesundheitsschädigung einer großen Zahl von Menschen durch Freisetzen von Gift verursacht. Nach gegenwärtigem Stand kann aus einer Infektion mit SARS-CoV-2 unabhängig von den konkreten Umständen stets ein tödlicher Verlauf eintreten, weshalb durch die Infektion mit dem Erreger stets eine Todesgefahr hervorgerufen wird.³¹ Mangels einer Nachweisbarkeit der Kausalität werden diese Fragen allerdings erneut nur im Rahmen eines Versuchs relevant werden und damit von der Vorstellung des Täters abhängig sein.

²⁷ So auch *Rengier*, BT II (o. Fn. 4), § 14 Rn. 51a; enger *Zitzelsberger* in *Pandemiestrafrecht* (o. Fn. 3), § 2 Rn. 32, nach der die Qualifikation bei Personen außerhalb von Risikogruppen regelmäßig zu verneinen sei.

²⁸ AA *Berger*, JA 2020, 748 (751); siehe ferner *Makepeace*, ZJS 2020, 189 (193) mit probabilistisch nicht überzeugenden Überlegungen.

²⁹ *Fischer*, StGB, 68. Aufl. 2021, § 314 Rn. 3, § 330a Rn. 2; *Wisuschil*, ZRP 1998, 61 (93); gegen die Einordnung von Krankheitserregern als Gift *Rau* in COVID-19 (o. Fn. 3), § 23 Rn. 56; HK-StGB/*Weiler*, 4. Aufl. 2017, § 314 Rn. 3, da die Wortlautgrenze überschritten sei.

³⁰ *Satzger/Schmitt/Widmaier/Saliger*, StGB, 5. Aufl. 2021, § 330a Rn. 1.

³¹ So schon *Hotz*, NStZ 2020, 320 (326).

Abseits davon ist im Einzelfall auch eine Strafbarkeit wegen gemeingefährlicher Vergiftung nach § 314 StGB denkbar, wonach das Vergiften von Wasser oder sonstigen Gegenständen, die zum öffentlichen Verkauf oder Verbrauch bestimmt sind, unter Strafe gestellt ist. Dabei genügt jede Handlung, die einen Gegenstand hervorbringt, der der aufgrund einer Vergiftung geeignet ist, eine Gesundheitsschädigung herbeizuführen.³² Ausreichend ist also beispielsweise das Hervorbringen von infektiösem Obst durch ungeschütztes Niesen in einem Supermarkt.³³

4. Die Strafbarkeit des Verbreitens von SARS-CoV-2 nach dem IfSG

Schließlich sieht neben dem StGB auch das IfSG Straf- und Bußgeldvorschriften vor, die speziell Verstöße gegen Pflichten nach dem IfSG sanktionieren.³⁴

§ 74 IfSG ist nach der Änderung des IfSG im Mai 2020³⁵ die einzige Strafvorschrift des IfSG, die im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie noch einen Anwendungsbereich aufweist.³⁶ Zwar wurde der Wortlaut der Vorschrift nicht geändert, aber nunmehr die „Coronavirus-Krankheit-2019“ auch formal-gesetzlich in den Katalog meldepflichtiger Krankheiten aufgenommen. Zugleich wurden bloße Zuwiderhandlungen gegen Rechtsakte der Behörden im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie aus dem Anwendungsbereich der ehemals maßgeblichen Strafvorschrift des § 75 IfSG ausgenommen und stellen lediglich noch Ordnungswidrigkeiten dar.³⁷

Zu einer Strafbarkeit nach dem IfSG kann es daher nur dann noch kommen, wenn neben den Pflichtenverstoß gegen das IfSG die Verbreitung einer Krankheit oder eines entsprechenden Krankheitserregers tritt. Eine Verbreitung ist nach gegenwärtig verbreiteter Ansicht in der Literatur nur dann gegeben, wenn es zu einer Übertragung der Krankheit bzw. des Krankheitserregers auf einen anderen Menschen kommt.³⁸

Es erscheint aber schon im Ausgangspunkt zweifelhaft, ob das Verbreiten eines Krankheitserregers überhaupt eine Übertragung auf einen Menschen voraussetzt.³⁹ Hierfür lässt sich lediglich die insoweit nicht eindeutige Gesetzesbegründung der Vorgängernorm des Bundesseuchengesetzes anführen.⁴⁰ Demgegenüber deutet der Wortlaut des reformierten IfSG gerade auf

³² *Schönke/Schröder/Heine/Schittenhelm* (o. Fn. 17), § 330a Rn. 7 iVm § 330 Rn. 9a.

³³ Zustimmung *BeckOK-StGB/Bange* (o. Fn. 11), § 314 Rn. 10.

³⁴ Vgl. den Überblick bei *Tsambikakis* in *Pandemiestrafrecht* (o. Fn. 3), § 1; zur Rechtslage zu Beginn der Corona-Pandemie, s. *Ruppert*, medstra 2020, 148; ferner *Weißberger*, HRRS 2020, 166.

³⁵ BGBl. I 2020, S. 1018 (Zweites Gesetz zum Schutz der Bevölkerung vor einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 19. Mai 2020).

³⁶ *Wenglarczyk*, BRJ 2020, 95 (100).

³⁷ *Wenglarczyk*, BRJ 2020, 95 (101).

³⁸ *Eckart/Winkelmüller/Neuhöfer/Kindhäuser*, IfSG, 2020, § 74 Rn. 26 f.; ferner *Kießling/Lorenz/Oğlakcioğlu*, IfSG, 2. Aufl. 2021, § 74 Rn. 4; *Lutz*, IfSG, 2. Aufl. 2020, § 74 Rn. 4, die zusätzlich das Risiko einer „unkontrollierte Ansteckung einer unbestimmten Zahl von Personen“ fordern.

³⁹ Demgegenüber kann eine Krankheit wohl nur durch Übertragung auf einen anderen Menschen verbreitet werden.

⁴⁰ Darauf berufen sich *Kießling/Lorenz/Oğlakcioğlu* (o. Fn. 38), § 74 Rn. 2, da nach BT-Drs. 3/1888, S. 30, war unter „Verbreiten“ „das Übertragen der Krankheit auf einen anderen mit dem Vorsatz der Ansteckung einer unbestimmten Zahl von Menschen zu verstehen“ war.

keine derartige Einschränkung hin.⁴¹ Vielmehr kann man diesem auch das bloße Freisetzen von Krankheitserregern subsumieren, die sodann mittels Schmier- oder Tröpfcheninfektion eine Gefahr darstellen können. Dies entspricht auch dem Verständnis des Verbreitens im Rahmen des Tatbestands der schweren Gefährdung durch das Freisetzen von Giften.⁴² Wie für § 330a StGB ist sodann für eine Ausbreitung zu fordern, dass der Krankheitserreger für den präsumtiven Täter unkontrollierbar ist.⁴³

Auch mit Blick auf die Straferwartung, die etwa derjenigen der einfachen Körperverletzung entspricht, erscheint eine strafrechtliche Ahnung des bloßen Freisetzens von Krankheitserregern nicht unverhältnismäßig, da stets ein Verstoß gegen ein verwaltungsrechtliches Gebot zur Eindämmung von Krankheitserregern hinzutreten muss. Aus Sicht der Praxis mag man zudem einen Vorteil in den geringen Beweisschwierigkeiten hinsichtlich der Kausalität einer konkreten Übertragung erblicken. Nicht zuletzt gelingt hierdurch erst eine harmonische Abgrenzung zu den §§ 314, 330a StGB, die nicht nur weitergehende Erfolge fordern, sondern im Vergleich erhöhte Strafraumen aufweisen.

IV. Schluss

Die vorstehenden Überlegungen sollten gezeigt haben, dass bei der ungewollten Verbreitung von SARS-CoV-2 nicht nur dem IfSG, sondern auch dem StGB eine Rolle zukommen kann. Typischerweise wird dabei der Vorwurf der versuchten gefährlichen Körperverletzung im Raume stehen, aber auch der Vorwurf eines Tötungsdelikts ist im Einzelfall nicht ausgeschlossen. Schließlich können mitunter auch die Giftdelikte anwendbar sein. Deren Anwendungsbereich entspricht freilich nicht demjenigen eines allgemeinen Gefährdungstatbestandes für die Verbreitung von Krankheitserregern. Einen solchen Gefährdungstatbestand stellt richtigerweise jedoch § 74 IfSG dar.

⁴¹ Auch Eckart/Winkelmüller/*Neuhöfer/Kindhäuser* (o. Fn. 38), § 74 Rn. 26 halten den Wortlaut insoweit für offen, sprechen sich jedoch für weitergehende Erfordernisse wegen des Strafraumens von bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe aus.

⁴² Vgl. nur MüKo-StGB/*Alt*, 3. Aufl. 2019, § 330a Rn. 8.

⁴³ Zur Diskussion SK-StGB/*Schall*, 9. Aufl. 2016, § 330a Rn. 7 mwN.

Fragmentarische Perspektiven der deutschen Strafrechtswissenschaft

ANDREAS POPP*

I. Einleitung

Den wechselvollen Verlauf der Corona-Krise haben zumindest Teile der deutschen Strafrechtswissenschaft sozusagen kommentierend begleitet. Ging es in der allgemeinen öffentlichen Diskussion zunächst um den Umgang mit dem Risiko einer Infektion, die Durchsetzung bestimmter behördlicher Verhaltensvorgaben und um die mögliche Überlastung des deutschen Gesundheitssystems mit tödlichen Folgen für viele Patienten, so wird man sich wohl bald auch den Urkundsdelikten zuwenden, wenn es um die Fälschung von Impfbestätigungen oder die fehlerhafte Dokumentation von Schutzimpfungen¹ geht. In den Medien wurden natürlich auch noch

* Prof. Dr. Andreas Popp, M.A., Universität Konstanz

¹ In das Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz - IfSG) ist bereits eine neue Strafvorschrift über die unrichtige Dokumentation von Schutzimpfungen gegen das Corona-Virus aufgenommen worden (§ 74 Abs. 2 IfSG). Im StGB selbst war die „Fälschung von Gesundheitszeugnissen“ (§ 277) bislang nur unzureichend geregelt (und gegenüber den allgemeinen Urkundsdelikten teilweise sogar privilegiert). Mittlerweile ist der Bundesgesetzgeber aber nun doch noch tätig geworden (zur Reform etwa *Zieschang*, ZIS 9/2021, 481); seit 24.11.2021 lautet § 277 StGB nun wie folgt:

(1) Wer zur Täuschung im Rechtsverkehr unter der ihm nicht zustehenden Bezeichnung als Arzt oder als eine andere approbierte Medizinalperson ein Zeugnis über seinen oder eines anderen Gesundheitszustand ausstellt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften dieses Abschnitts mit schwererer Strafe bedroht ist.

(2) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von unbefugtem Ausstellen von Gesundheitszeugnissen verbunden hat, Impfnachweise oder Testzertifikate betreffend übertragbare Krankheiten unbefugt ausstellt.

weitere Themen angesprochen, wenn es aktuelle Anlässe dafür gab: Staatliche finanzielle Unterstützungsleistungen wurden teilweise betrügerisch erlangt, gelegentlich haben einzelne Personen Impfungen erhalten, obwohl sie nach den offiziellen Regeln noch nicht an der Reihe waren usw. Und eine weitere kleine, aber gar nicht uninteressante Überlegung am Rande möchte ich Ihnen auch nicht vorenthalten: Man könnte sich durchaus auch die Frage stellen, was es eigentlich für das „corona-konforme“ Verhalten von uns allen bedeutet, wenn die Strafvorschrift über unterlassene Hilfeleistung (§ 323c Abs. 1 StGB) bei näherem Hinsehen jedem Menschen mit Strafe droht, der „bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not nicht Hilfe leistet, obwohl dies erforderlich und ihm den Umständen nach zuzumuten“ ist.²

Besonders intensiv diskutiert worden sind nun allerdings Auswahlentscheidungen, die zu treffen wären, falls es in medizinischen Einrichtungen mehr behandlungsbedürftige Personen als tatsächliche Behandlungsmöglichkeiten geben sollte. Die Sorge vor einer solchen „Triage“, die dann für nicht wenige schwerstkranke Menschen den sicheren Tod bedeuten könnte, hat die Öffentlichkeit ganz besonders beschäftigt. Medizinische Fachverbände und Ethikräte haben dazu Stellung genommen, und auch in der Strafrechtswissenschaft hat sich eine Diskussion über diese Fragen entwickelt. Über diese Diskussion möchte ich Ihnen hier etwas ausführlicher berichten.

II. Das Problem der Auswahlentscheidung

1. Zum gesellschaftlichen Hintergrund

Den gesellschaftlichen und damit auch politischen Kontext dieser Diskussion darf man wohl in der allgemeinen normativen Erwartung sehen, dass alle Menschen auf deutschem Boden prinzipiell in gleicher Weise Zugang zum deutschen Gesundheitssystem haben. Dieser Zugang soll in jeder Hinsicht diskriminierungsfrei und im Grunde *bedingungslos* bestehen; einzig entscheidend ist danach die medizinische Indikation. Insbesondere soll keine Rolle spielen, ob die behandlungsbedürftige Person für ihre Lage selbst in irgendeiner Weise mitverantwortlich ist (beispielsweise besonders große Risiken eingegangen ist oder auf zumutbaren Selbstschutz verzichtet hat). Sollten diese Erwartungen nun aber – anders, als bisher gewohnt – an objektive Grenzen stoßen, weil etwa die Intensivstationen der Krankenhäuser hoffnungslos mit Corona-Patienten ausgelastet sind, werden Auswahlentscheidungen unausweichlich.

Erwartet werden könnte dann nur noch, dass es bei diesem Auswahlverfahren zumindest fair zugeht (wenn man sich nicht auf den Standpunkt zurückziehen will, dass auch in diesem Fall alle *gleich wenig* bekommen sollen, hier also: nichts³). Vollkommene Verfahrensgerechtigkeit könnte wohl ein Losentscheid bieten⁴ – aber daran denken wohl nur die wenigsten. Verbreiteter

² *J. Krüger*, medstra 2020, 212.

³ Ein solcher Standpunkt scheint im vorliegenden Zusammenhang sehr fern zu liegen (warum sollte man nicht so vielen Menschen helfen wie möglich?). In anderen Kontexten entspricht er aber durchaus einer gerade in Deutschland geläufigen Intuition von „Gerechtigkeit“: Wer an eine Schule mehrere hochwertige Lüftungsgeräte verschenkt, um das SARS-CoV-2-Infektionsrisiko zumindest in einigen Klassenzimmern effektiv zu senken, muss damit rechnen, dass *kein einziges* dieser Geräte in Betrieb genommen wird, um eine „Ungleichbehandlung“ der Schüler zu vermeiden.

⁴ Zu diesem Verständnis von *procedural justice* mittlerweile klassisch: *Rawls*, A Theory of Justice (1971), deutsche Ausgabe: Eine Theorie der Gerechtigkeit (1979), S. 105 ff.

dürfte die Vorstellung sein, dass es sachlich begründete, für alle nachvollziehbare Auswahlkriterien geben sollte, auf die man bisher eben verzichten konnte: etwa die konkreten Erfolgsaussichten der Behandlung, das bereits erreichte Lebensalter oder auch überindividuelle Nützlichkeitsabwägungen („rettet die Retter (zuerst)!“). Freilich wäre es nicht damit getan, solche Kriterien zu diskutieren und zueinander ins Verhältnis zu setzen; man müsste sie schließlich (innerhalb des verfassungsrechtlich Zulässigen) auch verbindlich festlegen (was freilich bis heute nicht geschehen ist und vermutlich auch künftig nicht geschehen wird). Das gesellschaftliche Orientierungsbedürfnis spiegelt sich nicht zuletzt in der konkreten Entscheidungssituation wider, in der sich das verantwortliche medizinische Personal dann gegebenenfalls wiederfindet. Welche Patienten sollten den Vorzug erhalten, und aus welchen Gründen?

2. Die Fragestellung im Strafrecht

Ich habe diesen Hintergrund deshalb so ausführlich behandelt, weil der Ausgangspunkt der strafrechtlichen Diskussion zunächst ein ganz anderer ist. Sie beginnt nämlich nicht bei gesamtgesellschaftlichen Verteilungsfragen, sondern beim einzelnen Patienten, der infolge einer Triage-Entscheidung unversorgt bleibt und deshalb vielleicht sogar verstirbt – also beim individuellen „Rechtsgut“ eines einzelnen Menschenlebens und denjenigen Straftatbeständen, die die Bewahrung eines solchen Menschenlebens zum Gegenstand haben. Und sie erschließt sich ihren Gegenstand gerade aus diesen Tatbeständen heraus, insbesondere also durch die in Frage stehende Pflichtverletzung derjenigen, um deren Strafbarkeit es geht: Macht sich die Ärztin, die einem konkreten Patienten die nötige medizinische Behandlung versagt und damit seinen Tod in Kauf nimmt, eines Unterlassungsdelikts schuldig – eines (versuchten) Totschlags durch Unterlassen (§§ 212, 13) oder zumindest der unterlassenen Hilfeleistung (§ 323c Abs. 1 StGB)?

2.1. Keine „präventive Triage“ zu Lasten eines behandlungsbedürftigen Patienten

Diese Frage ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn medizinische Ressourcen – etwa bestimmte Apparate – tatsächlich noch verfügbar sind. Solche Ressourcen dürfen nicht etwa *vorsorglich* aufgespart werden für den Fall, dass in absehbarer Zeit noch weitere Patienten eintreffen werden, die auf den fraglichen Apparat vielleicht noch dringender angewiesen sind. Das steht, soweit ich sehe, bislang nicht im Streit.⁵

2.2. Der Grundfall: zeitgleich konkurrierende Rettungsinteressen („ex-ante-Triage“)

Sind die Ressourcen hingegen zu knapp, um sämtliche Patienten angemessen versorgen zu können, ist eine Triage (Auswahl) unausweichlich. Strafrechtsdogmatisch beschränkt sich dieses Problem jedoch, wie gesagt, auf die Frage, ob bei einem bestimmten Patienten eine möglicherweise lebensrettende Maßnahme straflos unterlassen werden darf oder nicht – mit anderen Worten: Es geht zuallererst um die *individuellen Rechtspflichten* derjenigen, die diesem Patienten möglicherweise helfen könnten, und (nur) insoweit auch um dessen Rechtsgüter.

Nicht eingegangen werden kann in diesem Vortrag dagegen auf die Konstellation der sog. „ex-post-Triage“: Ein Patient „A“ wird bereits medizinisch versorgt. Nun trifft ein weiterer Patient ein, der mindestens ebenso dringend medizinische Hilfe benötigt. Darf nun noch einmal umverteilt werden – mit der möglichen Folge, dass „A“ ohne den Beatmungsapparat an seiner Erkrankung verstirbt? Man kommt

⁵ Die hier aufgegriffene Unterscheidung von drei Grundkonstellationen findet man beispielsweise bei Rönnau/Wegner, JuS 2020, 403 (404 ff.); Merkel/Augsberg, JZ 2020, 704 (706); Jansen, ZIS 3/2021, 155.

meines Erachtens gar nicht umhin, den Abbruch der Beatnungsmaßnahme als (aktive) Tötungshandlung einzuordnen, wenn dieser Abbruch letztlich zum Tode des Patienten führt. Sie könnte deshalb allenfalls nach Notstandsregeln gerechtfertigt sein (§ 34 StGB).⁶

Traditionell wird das Dilemma, nicht allen hilfsbedürftigen Personen gleichzeitig helfen zu können, in der deutschen Strafrechtswissenschaft als ein Problem der *Pflichtenkollision* behandelt: Jemand scheint *prima facie* mehreren Personen gegenüber zur Hilfe verpflichtet zu sein, doch unter den gegebenen Umständen könnte nicht jeder dieser Personen auch *tatsächlich* geholfen werden – entsprechende Hilfspflichten wären deshalb praktisch miteinander nicht zu vereinbaren. Wird beispielsweise der Person „A“ geholfen, fehlen genau deshalb die Ressourcen dafür, der Person „B“ zu helfen – und umgekehrt. Deshalb wäre es sinnlos, von den zuständigen Ärzten zu verlangen, der Person „A“ zu helfen, und sie *zugleich* dazu zu verpflichten, der Person „B“ zu helfen. Üblicherweise verweist man deshalb auf den alten Grundsatz „*impossibulum nulla est obligatio*“ – es könne keine rechtliche Verpflichtung geben, Unmögliches zu leisten.⁷ Das bedeutet: Unterlässt eine Ärztin die medizinische Versorgung von „A“, weil das einzige noch verfügbare Beatmungsgerät der Person „B“ zur Verfügung stellt, dann verhält sie sich rechtlich nicht falsch: sie tut, was sie kann, und mehr wird von ihr nicht verlangt. Nichts anderes gilt, wenn sich die Ärztin umgekehrt entscheidet und nicht „B“, sondern „A“ an das Beatmungsgerät anschließt – auch in diesem Fall tut sie ihr Möglichstes und verhält sich nicht falsch, wenn sie das Leben von „B“ nicht rettet. Die beiden Handlungsoptionen sind also austauschbar, keine von ihnen hat rechtlichen Vorrang. Die Ärztin muss sich lediglich für *eine* von ihnen entscheiden. Die Unterlassung der jeweils anderen Handlung ist dann nicht pflichtwidrig.

Ob es richtig ist, hier von einem „Rechtfertigungsgrund“ zu sprechen, wie man das in Deutschland heute ganz überwiegend tut,⁸ ist eine andere Frage. Denn die Rede von „Rechtfertigung“ impliziert eine ansonsten gegebene Rechtspflicht, die im konkreten Fall ausnahmsweise suspendiert wird – unter Berufung auf etwas, das in diesem Fall eben noch wichtiger ist als die Befolgung jener Pflicht. So verhält es sich hier aber gerade nicht: Mit dem Umstand, dass das Leben eines Menschen A auf dem Spiel steht, lässt sich ganz offensichtlich nicht begründen, weshalb auf die Rettung eines anderen Menschen B verzichtet werden darf (die Rettung von A ist *nicht* wichtiger als die Rettung von B – das „Kollisionsproblem“ stellt sich ja überhaupt nur, weil keine dieser beiden Handlungen rechtlich vorrangig ist). Wenn die Rettung des einen von

⁶ Im Ergebnis übereinstimmend Merkel/Augsberg, JZ 2020, 704 (711 f.); Engländer/Zimmermann, NJW 2020, 1398 (1401); Rengier, Strafrecht AT, 13. Aufl. 2021, § 49 Rn. 46c; Jansen, ZIS 3/2021, 155 (164 ff. m.w.N.); anders aber z.B. Ast, ZIS 2020, 268 (272 ff.). – Mit der zum „Behandlungsabbruch“ in *Übereinstimmung mit dem (mutmaßlichen) Patientenwillen* vertretenen Gleichbehandlung von Tun- und Unterlassenskonstellationen (vgl. BGHSt 55, 191) hat das Problem der „ex-post-Triage“ jedenfalls nichts zu tun (so mit Recht Rengier a.a.O. Rdnr. 46d; Engländer/Zimmermann a.a.O. S. 1401).

⁷ Statt vieler: Erb in: Münchener Kommentar Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2020, § 34 Rn. 47; Engländer in: Hörnle/Huster/Poscher (Hrsg.), Triage in der Pandemie (2021), 111 (117). Nichts anderes meint die von anderen Autoren angeführte Formel „*ultra posse nemo obligatur*“ (z.B. Merkel/Augsberg, JZ 2020, 704, 706).

⁸ S. hier nur Rengier, Strafrecht AT, 13. Aufl. 2021, § 49 Rn. 39 ff.; Roxin/Greco, Strafrecht AT I, 5. Aufl. 2020, § 16 Rn. 115 ff.; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 32 ff. Rn. 71/72; im vorliegenden Zusammenhang auch Engländer/Zimmermann, NJW 2020, 1398 (1400); Jansen, ZIS 3/2021, 155 (158). Kaum mehr vertreten wird heute die Einordnung als bloßes Schuldproblem (in diesem Sinne etwa noch Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 367 f.). – Instruktiv zu dieser Frage aus japanischer Sicht K. Yamana, Geschichte und Gegenwart der japanischen Strafrechtswissenschaft (2012), S. 105 ff.

der Rettung des jeweils anderen entlastet, so beruht das im Grunde nur auf der Kapitulation vor einer faktischen Mangellage, nicht aber auf einer materialen rechtlichen Wertung.⁹ Diese Mangellage gestattet es aber auch schon von vornherein nicht, die Ärztin *sowohl* zur Rettung von A *als auch* zur Rettung von B verpflichtet zu sehen (mit der Folge, dass es einer „Rechtfertigung“ bedürfte, wenn eine dieser Rettungspflichten unerfüllt bleiben sollte). Der Umstand, dass A sich in Lebensgefahr befindet und auf Seiten der Ärztin sämtliche Voraussetzungen gegeben sein mögen, die sie i.S.d. § 13 StGB zur Garantin für sein Überleben qualifizieren können, darf mit einer *Rechtspflicht* „zur Rettung des A“ nicht etwa schon gleichgesetzt werden¹⁰ – vielmehr sind damit lediglich *Gründe* für eine solche Rechtspflicht benannt.¹¹ Ebenso verhält es sich in Hinsicht auf den anderen Patienten B. Nach Lage der Dinge kann das Recht nun aber nicht mehr verlangen als die *Rettung von „A oder B“*, und genau dies ist deshalb auch der Inhalt der Rechtspflicht, die die Ärztin als „Garantin“ hier überhaupt nur trifft.¹² Erfüllt sie diese Pflicht, indem sie irgendeinen der beiden medizinisch versorgt, gibt es schlechterdings nichts, was noch rechtfertigungsbedürftig wäre.

Doch handelt es sich bei „Pflichtenkollisionen“ in diesem Sinne erst einmal nur um ein formales Problem. Es setzt bereits voraus, dass beide Handlungsoptionen rechtlich gleichrangig und deshalb austauschbar sind. Aber wann genau – und weshalb – sind sie denn wirklich von gleichem Rang? Viele verweisen hier auf die jeweils betroffenen Güter bzw. *Interessen*: Hinter (scheinbaren) „Pflichten-Kollisionen“ sehen sie letztlich „Interessen-Kollisionen“, die sich allerdings in vielen Fällen durch eine rechtliche *Abwägung* auflösen lassen. Aus dieser Abwägung ergebe sich dann nämlich, welche „Pflicht“ die wichtigere ist und deshalb *vorrangig* erfüllt werden muss. In der hier diskutierten „Triage“-Situation funktioniert das aber offenbar nicht so einfach. Denn die deutsche Strafrechtswissenschaft bewertet das schlichte *Lebensinteresse* eines Menschen herkömmlich – aus guten Gründen – strikt egalitär: keines Menschen Leben wiege weniger schwer als das Leben eines anderen; es gebe kein einziges empirisches Merkmal, auf das sich eine graduelle Abstufung von Lebensinteressen gründen ließe. Insbesondere könne es nicht auf das Lebensalter oder die verbleibende Lebenserwartung ankommen;¹³ differenziert werden dürfe lediglich nach der Dringlichkeit der lebensrettenden Maßnahme (aber schon nicht mehr

⁹ Sehr klar in diesem Sinne etwa *Jakobs* in: Eser/Nishihara (Hrsg.), *Ostasiatisch-deutsches Strafrechtsskolloquium* 1993, Bd. 4 (1995), S. 143 (146, 169 ff.).

¹⁰ Gegen einen solchen „begriffsjuristischen Fehlschluss“ auch *Freund* in: *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch*, 4. Aufl. 2020, § 13 Rn. 198.

¹¹ Begrifflich angeknüpft wird damit an *Immanuel Kants* „Gründe der Verbindlichkeit“ (*rationes obligandi*), die von den Pflichten (*obligationes*) selbst eben scharf zu scheiden sind (Metaphysik der Sitten, AA VI, S. 224; dies aufgreifend jüngst *Joerden*, *RPhZ* 2020, 399 [402]). Dem entspricht die neuerdings von *Coca Vila* angebotene Deutung der Pflichtenkollision als „Konflikt zwischen Verpflichtungsgründen“ (*ZStW* 130 [2018] 959, 968 ff.).

¹² So mit Recht *Freund* in: *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch*, 4. Aufl. 2020, § 13 Rn. 197 („alternativ gefasste Gefahrenabwendungspflicht“); *Schlehofer* ebd. vor § 32 Rdnr. 260; *Joerden*, *Logik im Recht*, 3. Aufl. 2018, S. 55 ff. („alternative Pflichtenstellung“); *Coca Vila*, *ZStW* 130 (2018), 959 (971 f., 999) und bereits *Küper*, *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht* (1979), S. 23 ff.; ansatzweise auch *Gropp*, *Strafrecht AT*, 4. Aufl. 2015, § 5 Rn. 327 (freilich mit dem wenig konsequenten Zusatz, die so verstandene Rechtspflicht „rechtfertigt“ das Unterlassen im Übrigen). – Dem entspricht es, dass nach h.A. hier nur *einmal* aus dem Unterlassungstatbestand zu bestrafen wäre, wer gänzlich untätig bleibt.

¹³ Anders insoweit wohl nur *Hoven*, *JZ* 2020, 449 (451).

nach ihren Erfolgsaussichten – das ist allerdings streitig¹⁴). Gerade erst dieses Postulat der Gleichwertigkeit allen menschlichen Lebens führt die Ärztin in unserem Beispiel überhaupt in das Dilemma: Sie hat mehrere Optionen, die aber normativ gleichrangig sind (stets geht es um Menschenleben!). Deshalb ist es auch ganz gleichgültig, für welche Option – und *wessen* Lebensinteresse – sie sich letztlich entscheidet.

Nur schwer zu ertragen ist offenbar für viele, dass sich das *Recht* an dieser Stelle zurückziehen scheint und die Entscheidung, welchem Menschen nun tatsächlich geholfen werden soll, offenbar ausschließlich den Helfenden selbst überlässt. In der Tat handeln diese nun *insoweit (!)* gleichsam im „rechtsfreien Raum“, das heißt: in eigener ethischer Verantwortung und damit nach Gesichtspunkten, die ihnen selbst angemessen erscheinen¹⁵ (sofern sie nicht geradewegs das Los entscheiden lassen wollen¹⁶). Unbehagen weckt dieser Befund wohl spätestens dann, wenn die Auswahl im Einzelfall auf ethisch nicht mehr einsichtigen Kriterien beruhen sollte, beispielsweise Patienten nach ihrer ethnischen Zugehörigkeit, ihrem Geschlecht oder ihrer sexuellen Orientierung diskriminiert. Auf dem Boden der herrschenden Lehre ist das jedoch irrelevant: Wenn allein gleichrangige Lebensrettungsinteressen miteinander konkurrieren, ist im Ergebnis *jede* Auswahl gleichermaßen erwünscht – und nur auf das Ergebnis kommt es hier an.¹⁷ Anders gewendet: Soweit es die §§ 211 ff. StGB betrifft, schuldet die Ärztin eben nur *Lebensschutz* im Rahmen des Möglichen, nicht aber auch noch alles andere, was die Bevölkerung vom Staat – vielleicht sogar zu Recht – erwarten mag.

Im Kontext der Unterlassungsdelikte, die auf Lebensrettung abzielen, lässt sich das Problem *ethisch* möglicherweise nicht zu rechtfertigender Auswahlentscheidungen also gar nicht abschließend lösen.¹⁸ Überhaupt lässt sich aus der Dogmatik der sog. Pflichtenkollision kein Kriterienkatalog für Triage-Entscheidungen ableiten. Möglicherweise findet man dort aber immerhin eine Antwort auf die – in der deutschen Literatur bemerkenswerterweise kaum diskutierte – Frage, ob nicht auch das eigene Mitverschulden eines Patienten von Bedeutung sein kann.¹⁹

¹⁴ Gegen die Berücksichtigung dieses – von medizinischen Fachgesellschaften allerdings befürworteten – Kriteriums etwa *Engländer/Zimmermann*, *NJW* 2020, 1398 (1402); dafür jedoch *Gaede/Kubicel/Saliger/Tsambikakis*, *medstra* 2020, 129 (133 f.). In der Sache sind die Differenzen aber möglicherweise gar nicht so groß (die Erfolgsaussichten bestimmen auch schon die medizinische Indikation einzelner Behandlungsformen).

¹⁵ Zu einem solchen Verständnis „rechtsfreier“ Räume s. *Arthur Kaufmann* in: *Festschrift für Reinhart Maurach* (1972), S. 327. (Überzogene) Kritik an der Verwendung dieses Begriffs im vorliegenden Zusammenhang bei *Merkel/Augsberg*, *JZ* 2020, 704 (707).

¹⁶ Ausführlich zu dieser Option nun *Engländer* in: *Hörnle/Huster/Poscher* (Hrsg.), *Triage in der Pandemie* (2021), 111 (139 ff.).

¹⁷ Vgl. nur (bezogen auf Corona-Triage-Probleme) *Ast*, *ZIS* 2020, 268 (270 f.); *Engländer/Zimmermann*, *NJW* 2020, 1398 (1400); *Merkel/Augsberg*, *JZ* 2020, 704 (707); *Sowada*, *NStZ* 2020, 452 (456); *Rengier*, *Strafrecht AT*, 13. Aufl. 2021, § 49 Rn. 46b. Anders *Lindner*, *MedR* 2020, 723 (726 f.): Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) auch hier zu berücksichtigen.

¹⁸ Vorgeschlagen worden ist deshalb im Schrifttum, die sachwidrige Auswahlentscheidung als solche durch einen eigenen Tatbestand zu erfassen, soweit dafür ein kriminalpolitisches Bedürfnis besteht (*Merkel/Augsberg*, *JZ* 2020, 704, 714: strafbewehrtes Verbot diskriminierender oder auf Korruption beruhender Entscheidungen).

¹⁹ In den soeben behandelten „echten“ Kollisionsfällen stünde es der Ärztin *von Rechts wegen* selbstverständlich auch offen, ihre Entscheidung zwischen A und B daran zu orientieren, ob nicht einer von ihnen durch den Verzicht auf mögliche Schutzimpfungen selbst mitverantwortlich geworden ist für seinen aktuell schlechten Gesundheitszustand (vgl. oben im Text bei Fn. 18). Eine andere Frage ist, ob das „Vorverschulden“ eines Beteiligten nicht etwa schon bei der Bewertung der jeweiligen Rettungsinteressen in Ansatz zu bringen ist, und

Dies bedarf selbstverständlich noch gründlicher weiterer Untersuchungen. Vielleicht führt uns aber auch unsere gemeinsame Diskussion in dieser Frage noch einen Schritt weiter!

zwar mit der Folge, dass die „Kollision“ ggf. zu seinen Lasten aufzulösen ist (!). In der strafrechtswissenschaftlichen Corona-Triage-Debatte ist auch diese Frage bislang nicht gestellt, vielleicht sogar bewusst vermieden worden – obwohl das Problem aus der allgemeinen Dogmatik der „Pflichtenkollisionen“ durchaus vertraut sein könnte: Wird die für eine echte „Kollisionslage“ konstitutive Gleichrangigkeit (hypothetischer) Rettungspflichten mit gleichrangigen Rettungsinteressen begründet, liegt es jedenfalls nicht fern, über die jeweils betroffenen „Rechtsgüter“ hinaus auch die individuelle Schutzwürdigkeit ihres Inhabers zu berücksichtigen (in diesem Sinne denn z.B. auch *Roxin*, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 16 Rn. 123; *Engländer* in: *Matt/Renzikowski*, StGB-Kommentar, 2. Aufl. 2020, Vor § 32 Rn. 31; *Sternberg-Lieben* in: *Schönke/Schröder*, StGB-Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 32 ff. Rn. 74; anders freilich *NK-StGB/Neumann*, 5. Aufl. 2017, § 34 Rn. 131). Jenseits der „Pflichtenkollisions“-Fälle wird übrigens etwas klarer gesehen, dass das Vorverhalten einer in Not geratenen Person das Ausmaß mitbestimmen kann, in dem andere zu ihren Gunsten in die Pflicht genommen werden: Inwieweit jemandem bei Unglücksfällen die Hilfeleistung i.S.v. § 323c Abs. 1 StGB „zuzumuten“ ist, hängt u.a. auch vom Vorverhalten des Hilfsbedürftigen ab (und im Extremfall kann man vielleicht schon gar nicht mehr von einem „Unglück“ sprechen; vgl. *LK/Popp*, 12. Aufl. 2020, § 323c Rn. 61, 100); Garantienpflichten entstehen richtiger Ansicht nach gleichfalls nur in den Grenzen des Zumutbaren. Die strafrechtlichen Rechtspflichten entsprechen also keineswegs notwendig der bedingungslosen sozialstaatlichen Versorgungsgarantie.

Strafrechtliche Probleme der Triage

RIKIZO KUZUHARA*

I. Einleitung

Der Begriff der Triage ist in Japan seit der Bahnkatastrophe in Amagasaki 2005 und dem wahllosen Messer-Anschlag in Akihabara 2008 nicht nur Rettungsdiensten und Juristen, sondern auch der breiten Öffentlichkeit bekannt geworden. In beiden Fällen waren die eingesetzte Sanitäter und Ärzte wegen der vor Ort fehlenden Behandlungs-Ressourcen gezwungen, die Schwerverletzten für die Erste-Hilfe-Behandlung und die Nottransporte auszuwählen. Aufgrund des Ausmaßes der Vorfälle gab es eine umfangreiche Medienberichterstattung, einschließlich des Einsatzes von Triage.

In den 10 Präfekturen, die 2021 von der „vierten Welle“ der Infektionsverbreitung betroffen waren, starben in April und Mai mindestens 51 Menschen zu Hause oder in Pflege-Quarantäneeinrichtungen, d.h. ohne die Möglichkeit, in Krankenhäusern intensiv betreut zu werden. In der Präfektur Osaka stieg die Zahl der infizierten Personen im April dramatisch an. Die Zahl der behandelten Personen überstieg Anfang Mai 20.000. Die Krankenhausbetten wurden so knapp, dass die Hospitalisierungsrate, die den Prozentsatz der ins Krankenhaus eingelieferten Infizierten mit Symptomen angibt, Berichten in der Presse zufolge zeitweise unter 10 Prozent fiel. Es gibt auch Berichte über viele Fälle, in denen sich Personen nicht einmal einem PCR-Test unterziehen konnten, nachdem sie medizinische Einrichtungen, Krankenhäuser oder öffentliche Gesundheitszentren über ihre vermutete Infektion informiert hatten.

Unter diesen Umständen lässt sich schließen, dass eine große Anzahl von Triage-Fällen de facto durchgeführt wird. Auch heute, also in der 5. Welle, lehnen mehrere Krankenhäuser es ab, neue Patienten aufzunehmen bzw. zugeliefert zu bekommen, ohne den konkreten Gesundheitszustand der jeweiligen Patienten zu kennen, weil die Krankenhäuser für neue Patienten überhaupt keine Betten mehr haben.

In den Fällen in Amagasaki und Akihabara wurde zwar die Priorität der Einleitung lebensrettender Sofortmaßnahmen am Unfall- oder Tatort zum Thema. Im Zusammenhang mit der Covid-19 Pandemie stellt auf der anderen Seite die Zuteilung medizinischer Ressourcen, insbesondere für die Intensivpflege eine Herausforderung dar. Eine ganz entsprechende Situation besteht jedoch im Sinne, dass die Behandlung eines von mehreren Patienten, die unter den gegebenen Bedingungen nicht gleichzeitig gerettet werden können, abgebrochen oder darauf verzichtet werden muss.

Trotz der geschilderten praktischen Lage um die Triage steht die Auseinandersetzung mit dem Problem seitens der Rechtswissenschaft, zumindest im Bereich von Strafrecht noch ganz am Anfang. Nur vereinzelte rechtsvergleichende Arbeiten befinden sich in der strafrechtlichen Literatur. Hiermit möchte ich daher als eine der Pionierarbeiten in Japan etwas, insbesondere über Voraussetzungen der Straffreiheit der Triage überlegen.

Die wichtigste und schwierigste Frage in der rechtlichen Problematik um die Triage liegt in der Erstellung von fairen Kriterien für die Patientenauswahl. Momentan sind einzelne Ärzte gezwungen, Entscheidungen ohne offiziell anerkannte und gerechte rechtliche Richtlinien zu treffen. Das ist unter vielen verschiedenen Gesichtspunkten sehr problematisch. Es ist jedoch nicht die Aufgabe der Strafrechtswissenschaft, diese Probleme zu lösen. Die Strafrechtswissenschaft kann nur überlegen, welche strafrechtlichen Reaktionen möglich sind, wenn die Patientenauswahl gegen solche Standards verstößt, und welche Erklärungen gegeben werden können, um eine Bestrafung derjenigen zu vermeiden, die die Triage „richtig“ ausgeführt hat.

Zurzeit gibt es keine offiziell-rechtlichen Kriterien der Triage. Deshalb ist es wenig sinnvoll, heute über Sanktionen gegen Zuwiderhandlung in Bezug auf bestimmte Richtlinien zu diskutieren. Für den Moment konzentrieren wir uns darauf, wie die grundsätzliche Straffreiheit von Triage zu erklären ist. Die Frage, ob auch die Verursachung des Patiententodes als Folge einer – irgendeinem gerechten Kriterium gemäß ausgeführten – Triage unter Strafe gestellt werden sollte, beantwortet man ganz einfach und klar. Es sollte keine strafrechtliche Haftung geben. Die personelle Grundlage der Notfallversorgung kann sonst nicht bestehen. Wenn Rettungskräfte oder Ärzte das Risiko einer Bestrafung wegen der Folge einer Triage tragen müsste,

* Prof. Dr. Rikizo Kuzuhara, Kansai Universität, Osaka, Japan.

obwohl sie medizinisch als auch ethisch sehr schwierige Entscheidung darstellt, möchte niemand mehr eine solche Rolle übernehmen. Die Frage hier ist also, wie man die Straffreiheit der gerechten Triage begründen kann.

In der japanischen Strafprozessordnung gilt das Opportunitätsprinzip. Das bedeutet, dass Strafbarkeit einer Triage in erster Linie vom Ermessen der Staatsanwaltschaft abhängt. Und die japanische Staatsanwaltschaft ist, allgemein gesagt, bei Eingriffen in die medizinische Praxis äußerst vorsichtig. Dies kann im Zusammenhang mit der Pandemie noch mehr der Fall sein. Es ist daher anzumerken, dass die strafrechtliche Erklärung der Strafflosigkeit von Triage in Japan nur eine beschränkte praktische Relevanz hat.

II. Straftatbestandsmäßiges Verhalten und Rechtfertigungsgrund

Die Triage kann vorerst in einer abstrakten Form wie folgt definiert werden: eine selektive Maßnahme einer Institution des Gesundheitswesens (einer bestimmten Organisationseinheit, der einzelnen Ärzte oder anderer Zuständiger) zur Zuweisung von nicht ausreichend verfügbaren medizinischen Ressourcen an nach bestimmten Kriterien ausgewählte Patienten. Im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie geht es hauptsächlich um Mangel an Ressourcen wie Beatmungsgeräten, ECMO (extrakorporale Membranoxygenierung) -Ausrüstung, Intensivbetten und/oder Intensivpflegepersonal. Die Entscheidung, einer Gruppe von Patienten, die etwa zur gleichen Zeit aufgenommen werden, begrenzte Ressourcen zuzuweisen, wird als Ex-ante-Triage bezeichnet und die Entscheidung, auf der anderen Seite, diese Ressourcen den Patienten, die sich bereits auf der Intensivstation befinden, nicht mehr zuzuweisen und sie den Patienten, die später aufgenommen oder verlegt werden, neu zuzuweisen, wird als Ex-post-Triage bezeichnet. Im Folgenden wird von zwei Patienten ausgegangen, um die Fallkonstellation möglichst einfach zu beschreiben.

In beiden Fällen ist der Patient, der die Intensivpflege-Ressourcen nicht erhält, in tödlicher Gefahr und kann sogar sterben. In vielen Fällen kann argumentiert werden, dass der Patient nicht oder zumindest später gestorben wäre, wenn er auf der Intensivstation aufgenommen worden wäre, und dass es einen kausalen Zusammenhang zwischen der fehlenden Intensivpflege und dem Tod gibt. Darüber hinaus sind diejenigen, die die Entscheidung treffen, einem Patienten keine Ressourcen zukommen zu lassen, normalerweise über die genaue Art und Weise des Problems informiert. Wenn also ein Arzt verpflichtet ist, einen verstorbenen Patienten (auch) intensivmedizinisch zu versorgen, stellt die Nichtaufnahme oder Unterbrechung der Intensivtherapie mit Todesfolge eine vollendete vorsätzliche Tötung dar. Es ist belanglos, ob die Nicht-

aufnahme oder die Unterbrechung der Behandlung ein aktives Tun oder eine Unterlassung darstellt. Selbst wenn der Patient nicht stirbt, ist der Tatbestand der versuchten vorsätzlichen Tötung erfüllt.

Geht der Entscheidungsträger davon aus, dass die Nichtbereitstellung von medizinischen Ressourcen für den Patienten nicht zu seinem unmittelbaren Tod führen wird, so fehlt es zwar am Vorsatz der Tötung. Doch ist dies im Rahmen der Intensivpflege, bei der immer die Indikation der unmittelbaren Lebensgefahr besteht, wahrscheinlich nicht der Fall. Handlungen, die den Straftatbestand der Körperverletzung oder der Körperverletzung mit Todesfolge erfüllen, müssen in diesem Zusammenhang nicht berücksichtigt werden.

Die Situation, in der nur ein lebensrettendes Bett zur Verfügung steht und zwei Patienten in unmittelbarer Todesgefahr sind, und in der die Herbeiführung des Todes eines von ihnen eine vorsätzliche Tötung darstellt, muss aus medizinpolitischer und ethischer Sicht vermieden werden. Es gibt zwei mögliche Rechtsinstitute, die eine Person, die eine den Tatbestand der vorsätzlichen Tötung erfüllende Tat begangen hat, von der strafrechtlichen Verantwortung befreien können: Rechtfertigung und Entschuldigung. Von der Entschuldigung kann nur in beschränktem Umfang erwartet werden, dass sie als Grundlage für die Straffreiheit im Zusammenhang mit einer Pandemie uneingeschränkt funktioniert, da sie in hohem Maße vom subjektiven und psychologischen Zustand des Täters abhängt. Um einen Entscheider der Triage einer Bestrafung entkommen zu lassen gibt es nur zwei Möglichkeiten: rechtfertigende Pflichtenkollision und rechtfertigender Notstand, vorausgesetzt, dass keine besondere Rechtfertigung gesetzlich neu vorgeschrieben werden kann.

III. Rechtfertigender Notstand

Unter der Annahme, dass sich die Diskussion über die Straffreiheit von Triage in der japanischen Strafrechtswissenschaft in näherer Zukunft entwickeln würde (was vielleicht nicht der Fall sein wird), würde die Erklärung über den (rechtfertigenden) Notstand in §37 jStGB wahrscheinlich dominieren.

In Deutschland ließe sich hingegen die Rechtfertigung der Triage durch einen rechtfertigenden Notstand nicht oder zumindest nur schwerlich annehmen, weil der rechtfertigende Notstand in § 34 dStGB ein wesentliches Überwiegen des geschützten Interesses gegenüber dem geopfertem

Interesse verlangt¹. Im Fall der Covid-19-Triage handele es sich bei den widerstreitenden Interessen auf beiden Seiten um menschliches Leben. Ein Leben könne buchstäblich ein anderes Leben nicht wesentlich überwiegen. Darüber hinaus sei eine Abwägung zwischen Menschenleben überhaupt vom deutschen Grundgesetz verboten.

Die Notstandsvorschrift in jStGB sieht ziemlich anders als die deutsche aus. §37 jStGB lautet: „Eine Handlung, die unentbehrlich ist, um eine gegenwärtige Gefahr für das Leben, den Körper, die Freiheit oder das Eigentum von sich selbst oder einem anderen abzuwenden, wird nicht bestraft, sofern der durch die Handlung verursachte Schaden den zu vermeidenden Schaden nicht überschreitet“. Diesem Wortlaut gemäß ist es möglich, §37 jStGB formell auf Fälle von Konflikten zwischen Leben und Leben anzuwenden, da kein wesentliches Überwiegen des geretteten Interesses erforderlich ist.

In Japan herrscht die Ansicht vor, die Rechtfertigung durch den Notstand auf einem sozusagen einfachen Utilitarismus begründet². Das stützt ebenfalls die obige Vermutung. In einer Situation, in der zwei oder mehrere Interessen miteinander in Konflikt stehen und eines von ihnen verloren gehen muss, ist das Bestehenbleiben eines der kollidierenden gleichwertigen Interessen zumindest nicht schlecht für die Gesellschaft, da der Verlust gleich Null ist. Um diesen Punkt zu vertiefen, wurde auch argumentiert, dass im so genannten Karneades-Brett-Fall, bei dem zwei Menschenleben hätten verloren gehen können, der Verlust von nur einem noch besser als der Verlust von allen beiden sei³. In einem Weichenstellung-Fall müsse dabei natürlich die Weiche umgestellt werden, in die Richtung, wo mehrere Leben gerettet werden können.

Einem solchen Verständnis des Notstands muss das Prinzip der Lebenswertindifferenz entgegengestellt werden, bevor seine Anwendbarkeit auf das Triage-Problem beurteilt werden kann. Auch in der japanischen Verfassung gibt es einen Artikel, der besagt, dass jeder Mensch als

¹ Zumindest bei der Ex-ante-Triage ist die Lösung durch Pflichtenkollision fast einhellig befürwortet. Auch bei der Ex-post-Triage bestreitet man teilweise den rechtfertigenden Notstand. Zum deutschen Meinungsstand darum zunächst *Garson* in: *Esser/Tsambikakis* (Hrsg.), *Pandemiestrafrecht*, 2020, S.52 ff.; *Engländer* in: *Hörnle/Huster/Poscher* (Hrsg.), *Triage in der Pandemie*, 2020, S.118ff.; *Hörnle*, ebd. S. 154 ff.

² *Dando*, Keiho Koyo Soron (Grundriss des Strafrechts AT) ,3. Aufl. 1990, S. 246; *Hirano*, Keiho Soron I (Strafrecht AT I), 1975, S.228; *Nishida*, Keiho Soron (Strafrecht AT), 2. Aufl. S.140f.; *Maeda*, Keiho Soron Kogi (Lektüre des Strafrechts AT), 5. Aufl. 2015, S.284; *Yamaguchi*, Keiho Soron (Strafrecht AT), 2. Aufl., 2007, S.138; Zur Begründung beruht man sich normalerweise darauf, dass sich das Gesetzeswortlaut in seiner zweiten Hälfte als eine *Abwägung* zwischen den zu vermeidenden und verursachten Schaden verstehen lässt.

³ *Nishida*, (Fußn.2), S.143

Individuum respektiert werden muss. Auch quantitativ darf das Menschenleben abgewogen werden. Jene Auffassung ist grundsätzlich auch zu kritisieren, da ihr die Perspektive der gesellschaftlichen Solidarität mangelt und sie lediglich den Interessen der Mehrheit Vorrang einräumt.

Auch wenn man zugestehen wollte, dass ein rechtfertigender Notstand auch im Falle eines Konflikts zwischen Leben und Leben gegeben sein kann, wirft die japanische Interessenabwägungsklausel noch ein Problem auf: einen möglichen Verstoß gegen das Verbot der qualitativen Abwägung des Lebens. Der §37 jStGB verlangt einen Vergleich zwischen dem „verursachten Schaden“ und dem Schaden, der vermieden werden soll. Da es um „Schaden“ geht, sollte dies so verstanden werden, dass es sich um eine konkrete Interessen-Bilanz handelt, nicht um eine abstrakte Rechtsgut-Bilanz. Die Abwägung zwischen der „verursachte Schaden“ und der „zu vermeidende Schaden“ können nicht einfach als die Abwägung der zwei abstrakten Leben konstruiert werden. Anderenfalls ist die Rechtfertigung immer zu bejahen, weil eins das andere nie „überschreitet“. Im Fall der Triage müsste ein Arzt, um eine legale Triage durchführen zu können, für jeden Patienten zumindest die Heilungswahrscheinlichkeit, die Überlebenschancen, die Überlebensdauer oder auch das Vorhandensein von Komorbiditäten, die körperliche Kraft, den Allgemeinzustand, das Alter usw. untersuchen, vergleichen und bewerten. Eine solche Entscheidung, wenn sie eine Voraussetzung der strafrechtlichen Rechtfertigung wäre, läuft auf nichts anderes als eine rechtliche Abwägung der Lebensqualität hinaus.

Und obwohl in der medizinischen Praxis davon ausgegangen wird, dass diese Entscheidung de facto getroffen wird und getroffen werden müsste, sollte sie nicht zur Voraussetzung gemacht werden, um eine strafrechtliche Haftung zu vermeiden. Denn erstens ist eine Situation, in der eine medizinische Diagnose gleichzeitig mit einer Entscheidung über die Übernahme der strafrechtlichen Verantwortung verbunden ist, nicht wünschenswert, weil sie den Arzt bei seiner Entscheidung unnötig unter Druck setzt und sogar störende Faktoren in die medizinische Beurteilung bringen könnte. Zweitens entfällt, wenn dem Arzt bei dieser Entscheidung ein Fehler unterläuft, zwar aufgrund eines Erlaubnistatbestandsirrtums der Vorsatz (bzw. das Vorsatzunrecht, die Vorsatzschuld oder jedenfalls die Rechtsfolge des Vorsatzdelikts), doch haftet der Arzt weiterhin wegen fahrlässige Tötung.

Vieles spricht dafür, §37 jStGB so auszulegen, dass er in Fällen von Konflikt des Lebens gegen Leben lediglich als entschuldigender Notstand gilt⁴. Doch selbst wenn man sich auf diesen

⁴ Sog. dualistische Theorie. *Asada*, Keiho Soron (Strafrecht AT), 2. Aufl.2019, S.252; *Ida*, Kogi Keihogaku Soron (Lektüre der Strafrechtswissenschaft AT), 2008, S. 301f.; *Naito*, Keiho Kogi Soron (Lektüre des

Standpunkt stützt, ist die japanische Bestimmung des Notstands nicht sehr gut mit dem rechtspolitischen Ziel vereinbar, Ärzte von der doppelten Belastung durch das Risiko einer strafrechtlichen Haftung und den psychologischen Druck ethisch schwieriger Entscheidungen zu befreien. Das Hindernis ist die Interessenabwägungsklausel in §37 jStGB. Da dies nicht als Voraussetzung für die Entschuldigung angesehen werden kann, kann sich der entschuldigende Notstand in Fällen, in denen es um einen Konflikt zwischen Leben und Leben geht, nicht auf §37 jStGB stützen. Dazu kommt, dass das japanische Strafgesetzbuch keine gesonderte Bestimmung über den entschuldigenden Notstand enthält. Deswegen ist der entschuldigende Notstand nur als außergesetzlichen anzusehen. In diesem Fall sind die Voraussetzungen für die Entschuldigung nicht eindeutig, und das Bestehen eines Entschuldigungsgrunds hängt im Allgemeinen von dem Grad des psychischen Drucks ab, dem der Täter ausgesetzt ist, so dass der Arzt die Triage nicht in der festen Erwartung der Entschuldigung ausführen kann.

IV. Pflichtenkollision

Die Pflichtenkollision ist einer der strafrechtlich anerkannten Rechtfertigungsgründen, der Nichterfüllung einer Rechtspflicht dann rechtfertigt, wenn eine Person mehrere Pflichten gleichzeitig zu erfüllen hat, die Erfüllung einer Pflicht jedoch die Erfüllung der anderen ausschließt. Wenn beispielsweise zwei Kleinkinder in einem Teich ertrinken bedrohen und einer ihrer Elternteile nur einen von ihnen rechtzeitig erreichen und retten kann, gilt der Tod des nicht geretteten Kindes nicht als vollendete vorsätzliche Tötung. Diese Rechtfertigung kann auch auf die Triage bei der Covid-19-Pandemie angewandt werden: Wenn zwei gleichermaßen intensivmedizinisch indizierte Patienten in eine Intensivstation aufgenommen werden müssen, die nur Platz für einen Patienten bietet, ist es nicht möglich, dass der Arzt, der eine Intensivbehandlung für einen der Patienten beginnt, gleichzeitig seine Behandlungspflicht für den anderen Patienten erfüllt. Wenn die Unmöglichkeit der gleichzeitigen Ausführung von Pflichten den Nichtbeginn der Behandlung rechtfertigt, der den Tatbestand der vorsätzlichen Tötung erfüllt, kann man anhand dieser Rechtsfigur zum Ergebnis kommen, dass die Triage im Prinzip straffrei ist. Darüber hinaus bietet das Rechtssprichwort *impossibile nulla est obligatio*, das als Grundlage für die Rechtfertigung durch eine Pflichtenkollision herangezogen wird, ein schlichtes, aber hinreichend überzeugendes Argument dafür.

Diese Rechtsfigur ist in der japanischen Strafrechtswissenschaft schon seit Jahrzehnten bekannt⁵ und wird in einigen Lehrbüchern in groben Zügen erläutert⁶. Nicht selten wird das Beispiel von zwei Patienten, die gleichzeitig zwei Beatmungsgeräte benötigen, von denen es aber nur eines gibt, zur Erklärung herangezogen⁷. Die Diskussion in der Literatur beschäftigt sich nur mit der Einordnung der Institution im System der Rechtfertigungsgründen im jStGB, d.h. als übergesetzlicher Rechtfertigungsgrund⁸, eine Spielart des Notstandes⁹, oder als ein Beispiel der allgemeinen gesetzlich erlaubten Handlungen in §35 jStGB¹⁰. Weder eine detaillierte Analyse der Gründe dieser rechtfertigenden Wirkung noch die Festlegung einzelner Voraussetzungen der Rechtfertigung ist bis heute, soweit ersichtlich, erfolgt.

Einer der Gründe für diesen Stand der wissenschaftlichen Analyse in Japan ist, dass die Voraussetzungen für einen (rechtfertigenden) Notstands in §37 jStGB, wie oben erwähnt, locker, lockerer im Vergleich zu deutschem Recht, definiert sind und einige Fälle von Pflichtenkollision erfassen können, wie aus der Tatsache hervorgeht, dass einige Autoren die Pflichtenkollision als Sonderfall des Notstands ansehen.

Auch die starke naturalistische und faktische Tendenz der Theorie der unechten Unterlassungsdelikte in der japanischen Strafrechtsdogmatik kann als ein Grund für die mangelnde Entwicklung der Theorie der Pflichtenkollision angeführt werden. Nach der in Japan vorherrschenden Auffassung reduziert sich die Handlungspflicht auf einen Zustand, der das Bestehen von Rechtsgütern physisch und/oder faktisch unterstützt, vermittelt durch den gleichfalls sozial und faktisch klingenden Begriff der Garantenstellung, nicht aber der Garantenpflicht. Obwohl von einer Pflicht zum Handeln die Rede ist, werden die wichtigsten tatsächlichen Faktoren wie die zeitliche und örtliche Nähe zu dem geschützten Objekt oder der Gefahrenquelle, die faktische Aufnahme des Schutzes oder die Tatsache, dass sich das geschützte Objekt im ausschließlichen

⁵ Dando, (Fußn.2), S. 203f.; Kimura/Abe, Keiho Soron (Strafrecht AT), 1978, S.275; Shoji, Keiho Soron (Strafrecht AT), 1969, S.415ff. usw.

⁶ Relativ ausführliche Darstellung findet man z.B. in: Asada, (Fußn.4), S.270; Yamanaka, (Fußn.4), S.582f.

⁷ Z.B. Asada, (Fußn.4), S.268; Ida, (Fußn.4), S.315; Yamanaka, (Fußn.4), S.580

⁸ Otsuka, Keiho Gaisetsu Soron (Überblick des Strafrechts AT), 4. Aufl. 2008, S.431; Yamanaka, (Fußn.4), S.583

⁹ Maeda, (Fußn.2), S.399

¹⁰ Dando, (Fußn. 5), S.203ff.; Fukuda, Keiho Soron (Strafrecht AT), 4. Aufl., 2004, S.169ff.; Shoji, (Fußn. 5), S.417

Strafrechts AT), Bd.2.,1986, S.416; Nakayama, Keiho Soron (Strafrecht AT), 1984, S.269ff.; Yamanaka, Keiho Soron (Strafrecht AT), 3.Aufl.2015, S.555.

Machtbereich des Handelnden befindet, als ausreichenden Entstehungsgrund der Handlungspflicht angeführt¹¹. Der Mechanismus, mit dem diese Tatsachen die Verpflichtung begründen, wird nicht näher erörtert, und daher werden die normativen Faktoren, unter denen die Verpflichtung nicht begründet oder nicht erfüllt werden kann, nicht im Einzelnen untersucht. Bei diesem Ansatz wird das Gegeneinanderstehen mehrerer Pflichten als Frage ihrer jeweiligen Erfüllbarkeit *de facto* behandelt, also gewissermaßen ersetzt durch tatsächliche Handlungsmöglichkeiten, physische Fähigkeiten des Retters und die die Verfügbarkeit von Rettungsmitteln. Damit bleibt weniger Raum, Pflichtenkollision als eigenständige Rechtfertigung zu betrachten. Noch schwieriger ist es für diese tatsachenorientierte Betrachtungsweise, den Fall der Triage als eine Frage des gleichzeitigen Bestehens von abstrakten Verpflichtungen zu sehen, die abstrakt getrennt voneinander bestehen, aber konkret nicht gleichzeitig erfüllt werden (können).

Die begriffliche Konstruktion als Pflichtenkollision scheint jedoch, für mich persönlich, mehrere Vorteile gegenüber einer Notstandslösung zu haben, um die Triage aus der strafrechtlichen Verantwortung herauszunehmen. Erstens impliziert die Rechtfertigung durch Pflichtenkollision nicht, dass eines der um Rettung konkurrierenden Menschenleben verloren gehen darf; die Beurteilung, dass eine Triage durch die Pflichtenkollision gerechtfertigt ist, beruht auf zwei verschiedenen Feststellungen: zum einen auf der medizinischen Einschätzung, dass es zwei Patienten gibt, deren Leben durch Intensivpflege gerettet werden kann und muss, und dass die beiden Patienten gleichzeitig behandelt werden müssen; zum andere auf der wertfreien oder faktisch-realistischen Feststellung, dass die medizinische Einrichtung, der die beiden Patienten zugewiesen wurden, nur über die Mittel verfügt, um einen der beiden Patienten intensivmedizinisch zu behandeln. Auf der Grundlage dieser Tatsachenwürdigung verzichtet das Gesetz lediglich darauf, die an sich ethisch nicht erwünschte Tatsache, dass einer der Patienten gestorben ist, der medizinischen Einrichtung und dem einzelnen Arzt zuzurechnen. Es handelt sich um eine rechtliche, technische und pragmatische Ablehnung, die nicht auf die schwierige ethische Frage eingeht, welcher Patient gerettet werden sollte. Daher eignet sich der Beurteilungsgang der rechtfertigenden Pflichtenkollision für ein Verfahren, bei dem die Entscheidung zunächst von der medizinischen Einrichtung getroffen und später von den Strafverfolgungsbehörden bestätigt wird, sehr gut.

¹¹ Typischerweise ausschließlich faktische Faktoren in Erwägung ziehen *Horiuchi*, Fusakuhanron (Theorie der Unterlassungsdelikte), 1978, S.60; *Asada*, (Fußn.4), S.159; zum Meinungsstand über unechte Unterlassungsdelikte siehe zunächst *Yamanaka* (Fußn.4), 240ff. mwn.

Zweitens liegt es grundsätzlich im Ermessen des Pflichtigen zu entscheiden, welche der beiden Verpflichtungen er erfüllen will, da das Entgegenstehen gleichartiger Pflichten die Nichterfüllung der einen rechtfertigt. In einer Triage-Situation sind die Voraussetzungen der Pflichtenkollision erfüllt, und die Entscheidung, welchem Patienten die medizinischen Ressourcen für eine intensivmedizinische Behandlung zugewiesen werden sollen, wird dem Arzt überlassen, so dass die Auswahl des zu behandelnden Patienten ausschließlich auf medizinischen Erwägungen beruhen kann. Dass Ärzte und andere für die Triage zuständige Personen nicht zu Entscheidungen außermedizinischer Art gezwungen werden, würde auch zur Effizienz des Behandlungsprozesses selbst beitragen.

Wo es um die Pflichten geht, kann die Rechtfertigung in einer sozusagen digitalen Form beurteilt werden, d. h. eine Pflicht kann entweder hundertprozentig besteht oder gar nicht – eine Zwischenform gibt es nicht. Das ermöglicht relativ klare und gerechte Entscheidungen. Dasselbe gilt für die Feststellung, ob beide Pflichten gleichzeitig erfüllt werden können – das ist entweder möglich oder nicht möglich. Der Wahrscheinlichkeitsgrad ist eine Frage der Beweisführung. Ergebnisse der Art, dass in gewissem Umfang eine Pflicht besteht oder dass dies in gewissem Umfang möglich ist, können ausgeschlossen werden. Insbesondere bei der Zuweisung von Ressourcen für intensivmedizinische Maßnahmen geht es um die Kollision der beiden Lebensschutzpflichten. Dabei erübrigt sich eine qualitative Bewertung der jeweiligen kollidierenden Pflichten nahezu, da keine der kollidierenden Pflichten aufgrund des Grundsatzes der Lebenswertindifferenz anders als in der abstrakten Form einer Lebensschutzpflicht definierbar ist. Es ist naturgemäß nicht erforderlich, dass der Täter ein Urteil über das Erfordernis der gleichrangigen Pflichten fällt.

Dennoch gibt es, selbst wenn man sich auf die medizinischen Kenntnisse beschränkt, eine Reihe von quantitativ gradierbaren Faktoren, die bei der Auswahl des Patienten zu berücksichtigen sind, wie z. B. die medizinische Dringlichkeit der intensivmedizinischen Behandlung, die Aussichten auf Lebensrettung, und die Wirksamkeit der Rettungsmaßnahmen usw. Wenn möglich, sollte diese Entscheidung nicht mit dem Erfordernis der strafrechtlichen Verantwortlichkeit verknüpft werden. Dies ist derselbe Fall wie bei der Nichtbestrafung durch den rechtfertigenden Notstand, wenngleich die Anwendung der Pflichtenkollision den Vorteil hat, dass sie nicht unmittelbar zu einer Abwägung von Qualität und Wert des individuellen Lebens führt.

Die medizinische Indikation für eine intensivmedizinische Behandlung und die Dringlichkeit der Behandlung sind aber schon Voraussetzungen für den Konflikt zwischen mehreren Pflichten und dem ihnen zugrundeliegenden Rettungsbedürfnis. Sie muss man berücksichtigen. Auch dann ist das jedoch keine Abwägung der Lebensqualität, sondern lediglich eine Beschreibung

der Notlage. Berücksichtigt man hingegen die Heilungschancen und die Wirksamkeit von Rettungsmaßnahmen andererseits, so werden ältere Menschen und Menschen mit Grunderkrankungen erheblich benachteiligt, was im Grunde auf eine Lebenswertabwägung hinausläuft. In Deutschland befürworten manche, dass die Auswahl der Patienten für die Ex-ante-Triage nach der zeitlichen Priorität oder nach dem Losverfahren erfolgen sollte¹². In Anbetracht der größtmöglichen Zufälligkeit der Wahl, also der größten Möglichkeit der wertungsfreien Ressourcenzuteilung verdient diese Denkweise Zustimmung.

Das gleiche gilt für die Ex-post-Triage. Ein Punkt ist aber ein bisschen anders. Im Fall der Ex-post-Triage kollidieren die Pflicht, die bereits für den Patienten A geleistete Intensivpflege nicht zu unterbrechen, und die Pflicht, die Intensivpflege für den neu aufgenommenen Patienten B zu beginnen. Davon ausgehend wird es in Deutschland teilweise abgelehnt, dem Fall der Ex-post-Triage die Rechtfertigung durch Pflichtenkollision anzuwenden¹³. Bei der Ex-ante-Triage handele es sich um eine Kollision zwischen der Handlungspflicht, aber hier um eine Kollision von Unterlassungspflicht für Patient A gegen Handlungspflicht für Patient B. Die Beschreibung der phänomenologischen Form der Erfüllung einer Pflicht ist jedoch von vornherein relativ, und die Unterlassungspflicht für Patient A, also die Behandlung nicht zu unterbrechen, kann auch als die Pflicht zur Fortsetzung der Intensivbehandlung von Patient A beschrieben werden¹⁴. Selbst wenn der Zustand von Patient A z. B. durch den Einsatz der ECMO einmal stabilisiert worden ist, d. h. die Gefahr neutralisiert ist, und ein Eingriff in diesen Zustand durch eine positive Handlung wie die Entfernung der ECMO eine Erhöhung der Gefahr darstellt, ändert dies nichts an der Tatsache, dass der Arzt sowohl für Patient A als auch für Patient B verpflichtet ist, ihr Leben zu retten.

V. Schlussbemerkung

Zum Abschluss dieses Vortrags möchte ich eine Möglichkeit einer weiteren Lösung andeuten.

Die Rechtfertigung der Triage durch eine Pflichtenkollision setzt voraus, dass der Arzt *prima facie* verpflichtet ist, jeden Patienten zu behandeln. Ist es aber nicht zulässig, diese Grundannahme zu hinterfragen? In der Regel wird davon ausgegangen, dass die Behandlungspflicht des

¹² T. Walter, GA 2020, 656, 667; Engländer (Fußn.1), S.140

¹³ Küper, Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht, 1979, S. 29ff.; Neumann, FS f. Roxin, 2001, S.421ff.; Gropp, FS für Hirsch, 1999, S. 214 usw.

¹⁴ So Hörnle (Fußn.1)

Arztes mit der Aufnahme eines Patienten begründet wird. Bedeutet dies, dass ein Arzt verpflichtet ist, zwei intensivpflegebedürftige Patienten zu behandeln, sobald sie gleichzeitig vor einer medizinischen Einrichtung erscheinen, d.h. sobald die Einrichtung von ihrer Existenz zur Kenntnis nimmt?

Die Triage ist die Entscheidung über die Zuweisung medizinischer Ressourcen für einen vom Gesundheitswesen identifizierten Patienten, der intensive Behandlung benötigt. Mit anderen Worten: Die Triage ist eine Entscheidung einer medizinischen Einrichtung oder eines Arztes über die Aufnahme eines Patienten. Zu diesem Zeitpunkt liegt (noch) keine Aufnahme vor, die die Grundlage für die Behandlungspflicht bildet. Erst nachdem für einen Patienten die Aufnahme als Ergebnis der Triage beschlossen worden ist, entsteht die Behandlungspflicht. Die Sachgerechtigkeit dieser Lösung kann sich auch auf die vielleicht für Japan spezifische Situation stützen, dass die Triage in der Covid-19-Pandemie normalerweise, oder zumindest oft¹⁵ von Gesundheitszentren der jeweiligen Kommunalverwaltungen in Form einer zentralen Koordination von Lieferung der Patienten zu einzelnen Krankenhäusern durchgeführt wird.

Diese Betrachtungsweise würde eine einseitige, aber eindeutige Lösung auch für den Ex-post-Triage-Fall darstellen. Für die Patienten, die sich bereits auf der Intensivstation befinden und deren Betten belegt sind, ist der Arzt verpflichtet, die Behandlung fortzusetzen, aber für den neu zugelieferten Patienten ist der Arzt oder die medizinische Einrichtung nicht verpflichtet, zu behandeln. Daher besteht auch hier keine Pflichtenkollision.

Allerdings besagt §19 des japanischen Ärztegesetzes: „Ein Arzt, der eine medizinische Behandlung durchführt, darf einen Antrag auf medizinische Untersuchung und Behandlung ohne berechtigten Gründen nicht ablehnen.“ Die Nichteinhaltung dieser als „Dienstpflicht“ bezeichneten Pflicht ist jedoch nicht unter Strafe gestellt. Es gibt nicht einmal ein Beispiel dafür, dass ein Verstoß gegen diese Pflicht verwaltungsrechtlich sanktioniert wurde. Der Klausel hat fast nur symbolische Bedeutung. Darüber hinaus hat das betreffende Krankenhaus in einer Situation, in der eine Triage erforderlich ist, keine genügende Kapazität, alle Patienten medizinisch zu versorgen, und hat daher einen „berechtigten“ Grund, die medizinische Behandlung abzulehnen. Daher kann letztlich auch §19 des Ärztegesetzes keinen Grund für die Behandlungspflicht in der Phase der Triage liefern.

Um die Ärzte, Krankenhäuser und andere Gesundheitswesen, die die Triage durchführen, von der strafrechtlichen Verantwortung zu befreien, könnte man daher auch den Weg einschlagen,

¹⁵ Wie oft genau kann man zurzeit (noch) nicht wissen.

eine Behandlungspflicht im Zeitpunkt der Triage (noch) zu verneinen. Dies ist aber nur eine vorläufige Schlussfolgerung auf der Grundlage meiner bisherigen Überlegungen.

Hyper- and/or Hypo-: Uncertain Knowledge and Inappropriate Means¹

KYU WON JUNG*

“All societies that are dependent on communication and information technologies for administrative and control processes are surveillance societies.”²

I. A House of Cards

Normative judgments must be made based on facts. Norms and facts are logically independent. However, normative judgment is a right/wrong judgment on a particular object. If we agree that legal judgement is a type of normative judgement, it means applying the legal standard (provisions of Acts) to a particular object (the facts) to produce the results. In this sense, one can think of facts as gatekeepers to enter the House of Normative Judgment. Normative judgments not

¹ I did a rough sketch of COVID-19's legal issues in this article. Thank you to those who gave me lots of good opinions in the discussion.

* Prof. Dr. Kyu Won Jung, School of Law, Hanyang University Seoul. Kontakt: dike1@hanyang.ac.kr

² Lyon David, *Surveillance Society: Monitoring Everyday Life (Issues in Society) 1st ed.*, Open University Press, 2001, p. 1.

based on facts are houses of cards. Norms (Ought to) cannot be drawn straight from the facts (Be).³ Nor can norms change the facts.⁴ However, normative consideration is possible only when the gate of facts is crossed.

Ethical and legal debates on scientific issues sometimes overlook this aspect. For example, ethical or legal debates on nanotechnology, some have discussed on the self-assembly of nanoparticle. However, according to the Second Law of Thermodynamics, the self-assembly of nanoparticles is impossible in this Universe (Earth).⁵ Therefore, this issue is not the subject to legal debate as long as we live in this universe. This type of impossibility is the absolute impossible one. Another example is the possibility of cloning individuals through the nuclear transfer method. When I wrote a paper about stem cell research through nuclear transfer in 2006,⁶ I excluded the discussion of the possibility of human individual cloning. The reason was cells produced by nuclear transfer could not progress more than a certain developmental stage due to the instability of the human ovarian cell membrane according to the scientific knowledge known at the time. We had no idea of the mechanism by which the membrane of cloned cells collapsed in the early stages of development. However, we think that the cloning of individuals may be possible. This type of impossibility is the relative impossible one.⁷

Our response to COVID-19, which occurred in December 2019.⁸ It still has a significant impact on human activity, has many implications in terms of scientific facts, normative assessments, and policies. However, we do not yet have sufficient knowledge of COVID-19, and some scientific knowledge that we had has been changing continuously. The imperfection of scientific knowledge is an essential part of science. Because of this, when we do a legal discussion, we have to do based on the accepted scientific knowledge at that time. The question is, by what criteria legal debate or policy should be conducted if scientific knowledge is not sufficient. Generally speaking, it should not be based on false information, and if there is not sufficient

³ Naturalistic fallacy.

⁴ Moralistic fallacy.

⁵ In another universe, it may be possible. However, I cannot define the types of universe where the Second law of Thermodynamics is not applied.

⁶ Insoo Hyun-Kyu Won Jung, *Human Research Cloning, Embryos, and Embryo-Like Artifacts*, The Hastings Center Report Vol. 36, No. 5, Sep. - Oct., 2006, pp. 34-41.

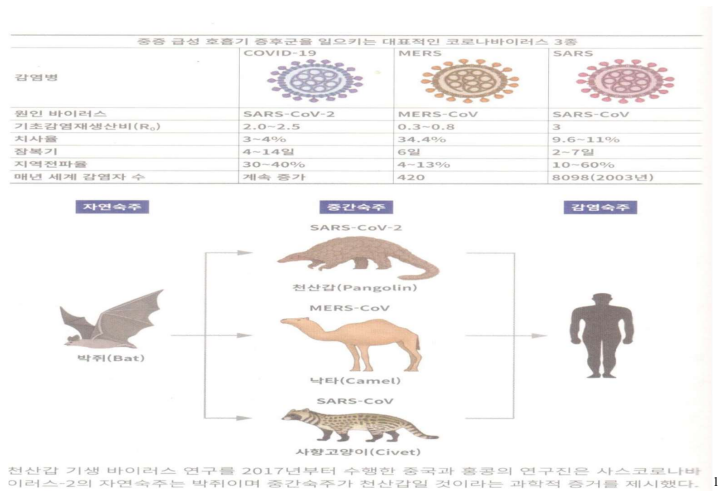
⁷ The relative impossibility that I use means that we do not have enough information about the objects or that we cannot enough technique for doing some acts until the time we decide. Kaku divides impossibility into three types in his book (see Kaku Michio, *Physics of the Impossible*, Doubleday, 2008.) There are many controversies over whether his classification is accurate, but at least there are certain things that are absolutely impossible or relatively impossible in our universe. Sometimes things that were considered relatively impossible turn out to be possible over time and in some cases absolutely impossible. Scientific knowledge is such a thing.

⁸ I am questioning that the starting date of COVID-19 is December 2019. However, most think that the starting point of Covid-19 is that time. For example, see IBS, *COVID-19 Science*, Eat Asia Publish, 2020, p.17 (This book is published in Korea). “On December 2019, the Program for Monitoring Emerging Disease notified the world about a pneumonia of unknown cause in Wuhan, China.” (Sills Jennifer, *Investigate the origins of COVID-19*, Science Vol 372, 14. May 2021, p. 694). In this letter, the word “notified” were used.

information, it should be judged as conservatively as possible in cases where individual freedom is violated by policy or legal discipline, and a balance of interests should be considered.⁹

II. COVID-19 is a type of zoonosis and a type of gene fusion

Although there may be controversial, it seems to be recognized to some extent that COVID-19 is a kind of zoonosis.¹⁰

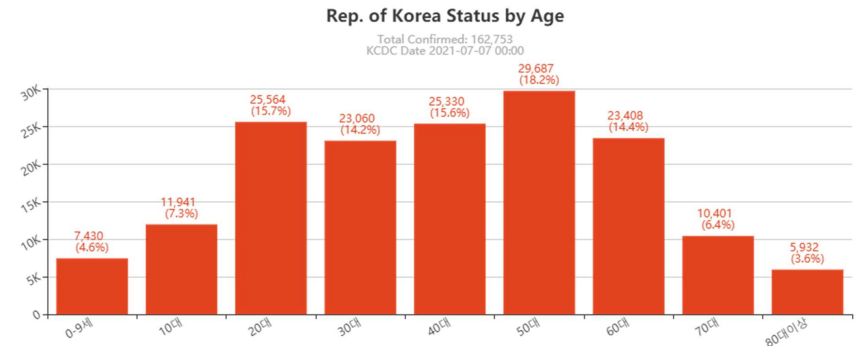


⁹ We should consider the precautionary principle of precaution when an issue that we do not have enough knowledge and it may have significant risk. In the case of COVID-19, we did not have sufficient information on the infectivity and severity, including infection or mortality, at the beginning. However, I think we have sufficient information necessary for making policy decisions now. We usually consider the principle of precaution when we expect a serious risk may occur. In the case of COVID-19, I think the severity has the meaning of whether to consider this principle. Therefore, I think the stage of considering the principle of precaution has already passed.

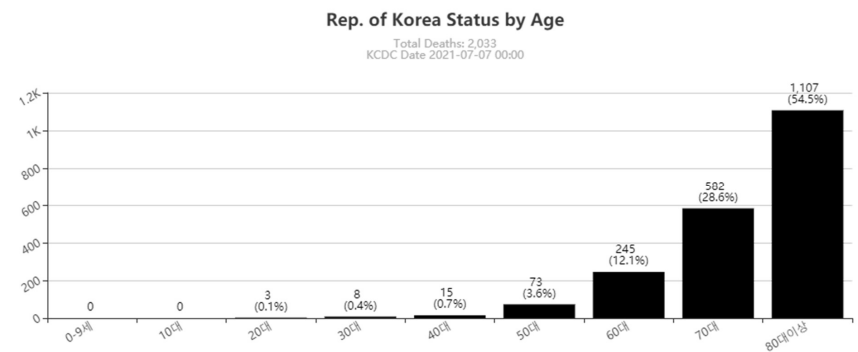
¹⁰ The WHO has attempted to investigate the cause of COVID-19, but the credibility of the results is highly questioned for many reasons, including the lack of raw data from China. “The information, data, and samples for the study’s first phase were collected and summarized by the Chinese half of the team; the rest of the team built on this analysis. Although there were no findings in clear support of either a natural spillover or a lab accident, the team assessed a zoonotic spillover from an intermediate host as “likely to very likely,” and a laboratory incident as “extremely unlikely. Furthermore, the two theories were not given balanced consideration. Only 4 of the 313 pages of the report and its annexes addressed the possibility” of a laboratory accident. Notably, WHO Director-General Tedros Ghebreyesus commented that the report’s consideration of evidence supporting a laboratory accident was insufficient and offered to provide additional resources to fully evaluate the possibility” (Sills Jennifer, Ibid., p. 694).

¹¹ From IBS, *COVID-19 Science*, p. 106.

When we consider the zoonosis, we should examine three aspects separately.¹² The first dimension is whether the substance will cause disease in the human body (disease-causing). The second question is how much the disease will spread if the substance infected to human bodies (infectivity, transmission rate). The third dimension is how severe the disease is if a substance can cause disease (severity, mortality). Several statistical data on the COVID-19 are presented below.



<Status of confirmed cases by age in Korea>¹³



<Statuses of death cases by age in Korea>¹⁴

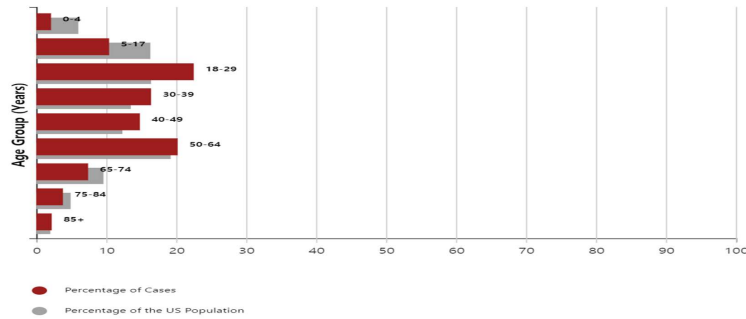
¹² Kyu Won Jung, *Xenotransplantation, Zoonosis*, Hanyang Law Review Vol. 24, March 2007, pp. 37-39.

¹³ [COVID-19 Dashboard \(coronaboard.kr\)](https://coronaboard.kr), visited on July 7. 2021.

¹⁴ [COVID-19 Dashboard \(coronaboard.kr\)](https://coronaboard.kr), visited on July 7. 2021.

Cases by Age Group:

Data from 27,364,179 cases. Age group was available for 27,176,579 (99%) cases.

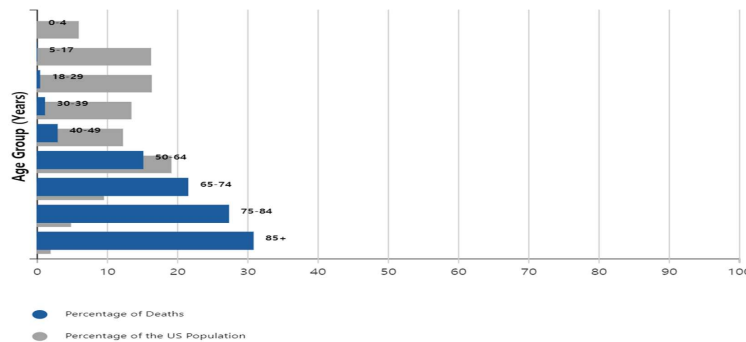


Show Percentage of the US Population that is in this demographic category

15

Deaths by Age Group:

Data from 493,018 deaths. Age group was available for 492,982 (99%) deaths.



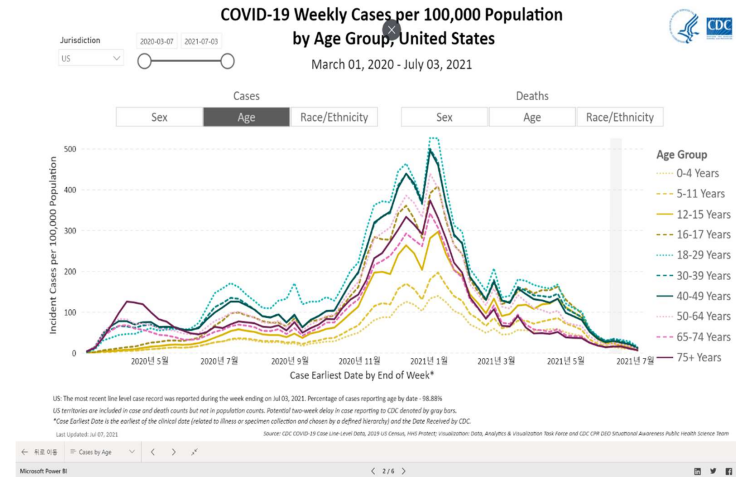
Show Percentage of the US Population that is in this demographic category

16

¹⁵ [CDC COVID Data Tracker](#), visited on July 7, 2021.

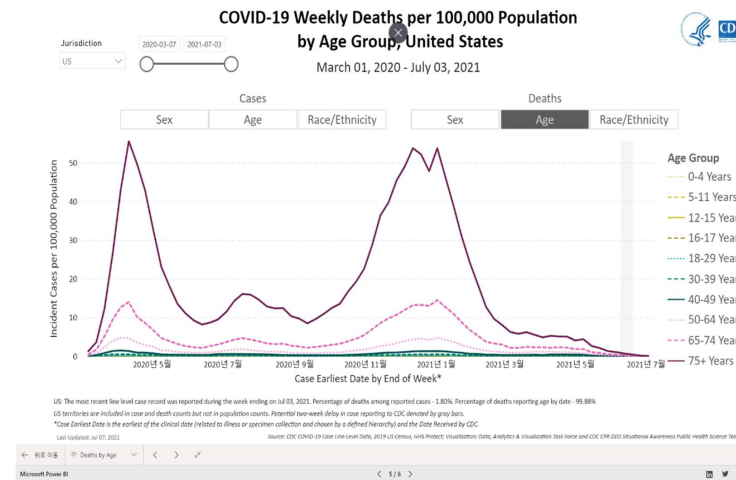
¹⁶ [CDC COVID Data Tracker](#), visited on July 7, 2021.

COVID-19 Weekly Cases per 100,000 Population by Age Group, United States



Microsoft PowerPoint 17

COVID-19 Weekly Deaths per 100,000 Population by Age Group, United States



Microsoft PowerPoint 18

¹⁷ [CDC COVID Data Tracker](#), visited on July 7, 2021.

¹⁸ [CDC COVID Data Tracker](#), visited on July 7, 2021.

COVID-19 vs. MERS vs. SARS

SARS 통계 출처: WHO
MERS-CoV 통계 출처: WHO

병명	코로나19	MERS	SARS
발생연도	2019	2012 (한국 2015)	2003
Confirmed	185,499,215	2,494	8,096
(한국확진자)	(162,753)	(186)	(3)
Deaths	4,011,506	858	774
(한국사망자)	(2,033)	(38)	(0)
치사율	2.16%	34.4%	9.6%
영향국가	221	27	26

19

Examining standards I explained above are crucial to establishing policy. This is because policies on infectious diseases inevitably involve restrictions on individual freedom, and restriction on individual freedom should be based on valid scientific knowledge. In principle, we should treat infectious disease through medical knowledge and means. However, unlike an individual's illness, it is essential to establish policies because infectious disease can be spread to other members of society. I think the policy in this case should consider at least two factors: scientific knowledge on that infectious disease and the balance of interests. If we do not make normative decisions based on scientific knowledge, it will be a deception or bullshit. If we make normative decision based on the confusing scientific information or knowledge, it also would be a deception or bullshit.²⁰

In general, the pathogens responsible for infectious diseases have the species specificity.²¹ Therefore, other than the species that the infectious agent originally has the species specificity, they do not cause infection, show symptoms, or cause disease. This phenomenon has been achieved over a long period of evolution. However, if pathogens mutate for any reason - natural or artificial - they can infect other species that they cannot originally infect and cause disease in that species. The pathogens that did not cause diseases in humans can cause diseases in humans through these processes. Since humans have never adapted to those pathogens before, they also show significant symptoms and high mortality rates in the early stages. However, as time goes by, pathogens evolve to survive in the human body, generally increase their infectious power but decrease their severity or mortality. Considering this fact, at early stage of zoonosis, we should focus on the prevention of the spread. The main factor for policy is infectivity or transmission rate. Therefore, in the case of COVID-19, it is very important to control people's traffic, isolate suspected persons, and identify them through screening tests to prevent infection from spreading in the early stages. That means, in the early stage, quarantine is paramount. In

¹⁹ [CDC COVID Data Tracker](#), visited on July 7, 2021.

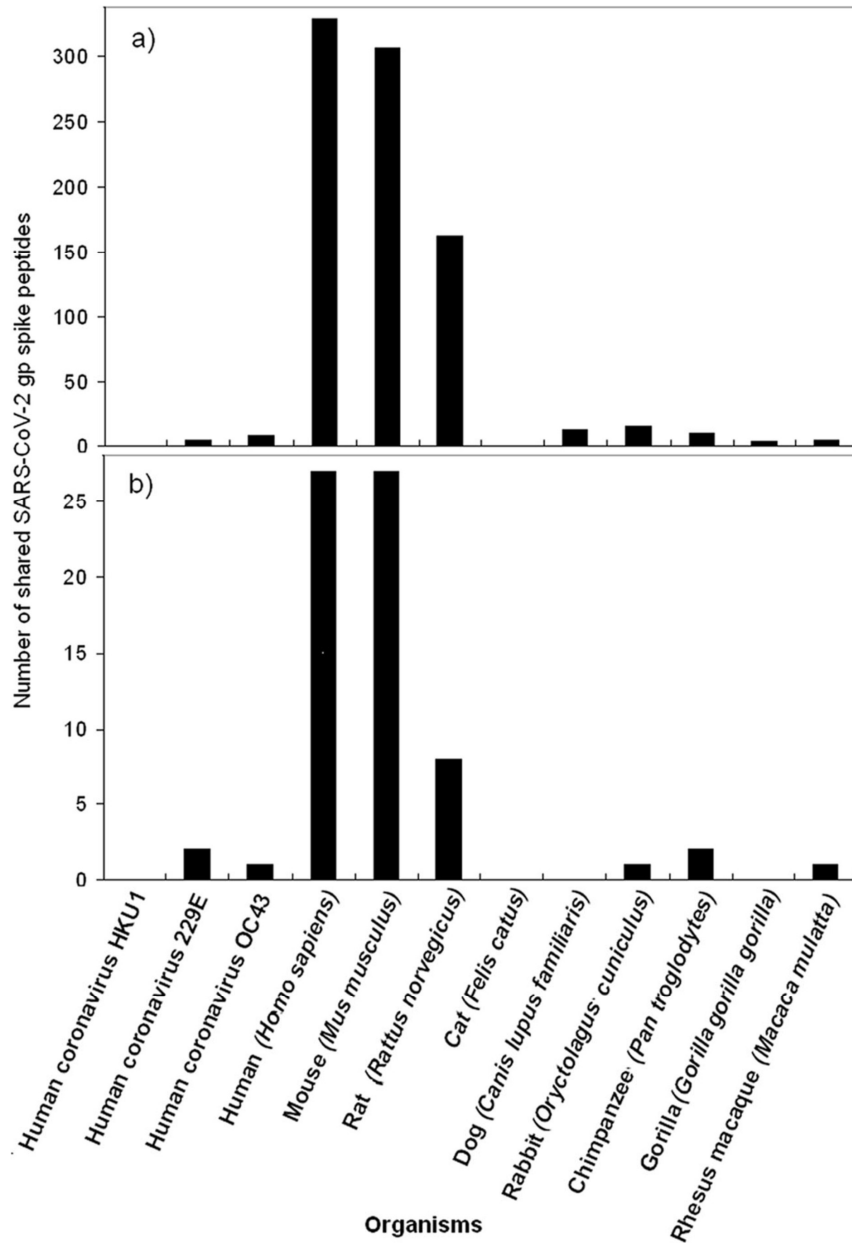
²⁰ About the Bullshit, see Frankfurt Harry G., *On Bullshit*, Princeton University Press, 2005. Some popular books were published after this book. For example, Ball James, *Post-Truth: How Bullshit Conquered the World*, Biteback Publishing, 2018; McIntyre Lee, *Post-Truth*, The MIT Press, 2018; Kohler Peter, *Leonardos Fahrрад*, Verlag C. H. Beck, 2018. These books are translated and published in Korean.

²¹ COVID-19 is also showing species specificity. Regarding the development of the vaccine, on which species protein are similar to the spike glycoprotein of COVID-19 virus, see Darja Kanduc-Yehuda Shoenfeld, *Molecular mimicry between SARS-CoV-2 spike glycoprotein and mammalian proteomes: Implications for vaccine*, Immunological Research, Sep 2020, <https://doi.org/10.1007/s12026-020-09152-6>.

the early stages of the outbreak, it was not known through which channels COVID-19 was transmitted between humans. However, we were somewhat aware of the infection through the respiratory tract because it causes pneumonia.²² In response, policies that require people to wear masks and thoroughly manage personal hygiene, such as washing hands, are very useful policies.²³

²² "Modes of SARS-CoV-2 transmission are now categorized as inhalation of virus, deposition of virus on exposed mucous membranes, and touching mucous membranes with soiled hands contaminated with virus"(Scientific Brief: SARS-CoV-2 Transmission | CDC, visited on July 7, 2021).

²³ It is recognized that Korea's quarantine is relatively excellent. However, there is a number of discussions about whether the initial quarantine was appropriate in Korea. I will not discuss it in detail in this article.



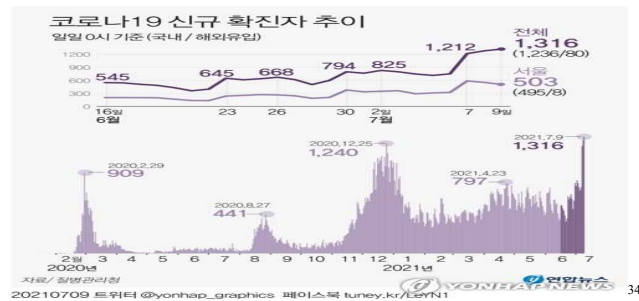
Because pathogens adapt to the human body over time, the severity or mortality usually decreases although the infection power increases. It is not clear whether COVID-19 is on this

path,²⁴ but at least it is believed to be on a similar path to other coronavirus diseases so far. In addition, coronavirus, like other viruses, is highly variable. New variations usually tend to be similar to the above.²⁵ We cannot stop new mutations from coming out and it is a natural phenomenon. What factors should be considered to manage the disease when pathogens become more contagious while their severity decreases and new mutations continue to emerge? I think the most important element of judgement in legal discipline in this situation is severity. Unlike in the early stage of outbreak, infectivity is a relatively less important consideration. For example, we cannot eradicate the flu, but we live with it. We do not try to eradicate virus that causes common colds (upper respiratory infections)²⁶ and do not practice precautionary measures at the national level. To prevent an individual from catching a common cold, he/she only cares about personal hygiene and treats its symptoms when he/she catches a common cold.²⁷ Another consideration in this situation is the balance of interests.

Now, Korea is facing the fourth pandemic, and as of midnight on July 8, 2021, the number of new confirmed cases stood at 1,275 for the second consecutive day following the previous day (1,212).²⁸ The 1,275 new cases are the highest since the first confirmed case occurred in Korea on January 20, 2020.²⁹ Regarding the current pandemic, director of Korean CDC said, "The growth rate of confirmed cases has increased 53% in the past week compared to the previous three weeks," and added, "we judge the current situation as the stage of entry into the fourth pandemic." While non-capital areas increased by 7 percent during the period, the average increase was 68 percent in Seoul, 58 percent in Gyeonggi Province and 47 percent in Incheon.³⁰ It is now known that asymptomatic infections are increasing significantly and that young people are increasingly infected.³¹ Not only is the infection spreading in all directions, but also 3 out of 10 confirmed cases have not been identified, raising concerns about further spread.³² On July

²⁴ Recent data shows that COVID-19 seems to be proceeding on the same path.
²⁵ There are many reports of delta variant at the time of writing this article. However, delta variant appears to be following a similar path. There will probably be a number of variants in the future. Should we have fear every time as we do now?
²⁶ It is usually caused by the rhinovirus. Other causes include coronavirus, human parainfluenza virus, respiratory syncytial virus (RSV), adenovirus, intestinal virus, and metanumovirus.
²⁷ This does not mean that the COVID-19 virus has evolved to the same level as a common cold. However, current situation is very different from the initial situation and the severity has dropped significantly. In particular, the reasons why the mortality is not high recently are (1) mutation of virus, (2) vaccination, and (3) quarantine. Meanwhile, the death rate of older people was high, and many old people died. I think it contributed to decrease of current mortality.
²⁸ The number of new confirmed patients exceeded 3,000 after Sept. 2021.
²⁹ This number was the one at the time when this paper was written for presentation. Currently, the highest number of new confirmed cases is 327 on September 25, 2021.
³⁰ 정은경 "현 수준 유지시 이달말 1천400명, 약화시 2천140명 예상" : 네이버 뉴스 (naver.com), visited on July 8, 2021. On September 25, 2021, by region, there are 1,222 in Seoul, 51 in Busan, 118 in Daegu, 201 in Incheon, 30 in Gwangju, 80 in Daejeon, 26 in Ulsan, 10 in Sejong, 1,102 in Gyeonggi, 57 in Gangwon, 60 in Chungbuk, 93 in Chungnam, 67 in Jeollabuk-do, 28 in Jeollanam-do, 58 in Gyeongbuk, 47 in Gyeongsangnam-do, and 15 in Jeju. By type, regional outbreaks are 3,245 and foreign inflows are 28.
³¹ The Korean news reports like this, but the authenticity is unknown.
³² 수도권 중심 전방위 확산...감염경로 '조사중' 비율 30.0% 최고치 : 네이버 뉴스 (naver.com) visited on July 8, 2021.

9. 2021, the number of new daily confirmed cases of COVID-19 infection in Korea surpassed 1,316, breaking the record again.³³



The government has decided to upgrade the social distancing stage in the Seoul metropolitan area to level 4 for two weeks from July 12.³⁵

새 거리두기 4단계 주요 내용

단계 명칭	대유행, 외출 금지
개념	전국적 방역·의료 체계 한계 도달
모임	4명 까지 (오후 6시 이후 2명까지 모임 가능)
행사	행사 금지 (결혼·장례식은 친족만 허용)
집회	1인 시위 외 금지
다중이용시설	이용인원 제한 (시설면적 8㎡당 1명, 좌석 30% 또는 50%) 오후 10시부터 제한 클럽 (나이트), 헌팅포차, 감성주점은 집합금지
사업장	제조업 제외한 사업장 시차 출퇴근제, 점심시간 시차제, 30% 재택근무 권고
종교시설	비대면만 가능. 모임·식사·숙박 금지
요양 병원·시설	방문 면회 금지

자료/ 중앙재난안전대책본부

There may be many arguments why the fourth wave begins: people's tiredness about long-term quarantine, a loophole in quarantine in certain areas. However, I think it is worth noting that

³³ [신규확진 1천316명, 이틀연속 최다기록 경신...수도권 4단계 격상\(종합\) : 네이버 뉴스 \(naver.com\)](#), visited on July 9. 2021.

³⁴ [신규확진 1천316명, 이틀연속 최다기록 경신...수도권 4단계 격상\(종합\) : 네이버 뉴스 \(naver.com\)](#), visited on July 9. 2021.

³⁵ ["방역 최대위기"...수도권 거리두기, 12일부터 2주간 4단계로\(종합\) : 네이버 뉴스 \(naver.com\)](#), visited on July 9. 2021.

³⁶ ["방역 최대위기"...수도권 거리두기, 12일부터 2주간 4단계로\(종합\) : 네이버 뉴스 \(naver.com\)](#), visited on July 9. 2021.

these pandemics appear periodically. I think these cyclical pandemics have something to do with the natural course of COVID-19. This periodicity is showing a similar cycle not only in Korea but also around the world. It may be related to the mutation of the virus and the activities of hidden infections.³⁷

If we agree the cyclic pandemic is related to the natural course natural of COVID-19, it is necessary to change the policy of responding to COVID-19. I think we should focus on the severity of COVID-19. Collective screening should be reduced and more focused on the treatment of patients with severe symptoms. Emphasizing personal hygiene and encouraging the use of facial masks and vaccination should continue, but measures such as legally enforcing social distancing now find it difficult to demonstrate their effectiveness compared to social costs. I think what happens in the metropolitan area (Seoul, Gyeonggi, Incheon) is related to the use of public transportation. Restricting the business of restaurants and legally preventing people's gatherings is helpful for quarantine, but the resulting social costs and violations of individual freedom are now unlikely to fit the balance of interests. Anyone who has ridden a bus or subway in Seoul would doubt the effectiveness of the social distancing we are doing now compared to its cost. On buses and subways, many people spend a long time keeping their bodies close together, not two meters apart. In particular, in subways, it is no exaggeration to say that the air circulation is almost an internal circulation. Are we willing to ban or restrict the use of public transportation for social distancing?³⁸

Another problem is the credibility of the Government's policy. Regarding facial mask, the government changed its words several times in the early days. These announcements were not based on the scientific effect of wearing facial masks, rather supply and demand of facial masks. At the early time, the government, which said only KF-94 masks worked and KF-80 mask did not work. However, just only a few months later, governmental officer said KF-80 also worked, and later even dental masks work. Furthermore, the governmental officer even said we did not need to wear facial masks. If these changes in position were based on changes in scientific facts, it might be agreeable as a matter of limitation of scientific knowledge we had. However, these changes were not based on scientific knowledge, but the short sully of masks.³⁹ The same is true of several changes in government guidelines on the stage of social distancing. They even continued to implement social distancing levels, which were different from those of government's previous guidelines, and sometimes changed the standards themselves. Of course, we should consider the livelihood of self-employed people and individual freedom when we implement the social distance. If so, it should acknowledge that the setting of criteria in the social distancing standard is wrong and we create a new standard, or there should be a fundamental change in policy. In relation to vaccines, contradictory remarks or policies from the government

³⁷ There is a short article on whether there will be another Pandemic in the future, Christopher J. L. Murray-Peter Piot, *The Potential Future of the COVID-19 Pandemic: Will SARS-CoV-2 Become a Recurrent Seasonal Infection?* JAMA Vol 325 Num. 13, April 2021, pp. 1249-1250.

³⁸ This argument does not mean that social distancing is ineffective. This means that strict social distancing at this stage is not suitable for the balance of interests. Personal experience has shown that social distancing has been implemented in Santa Clara and San Jose, California, limiting people's use by making public transportation intervals longer and reducing seats by half or 1/3. Will such policies be implemented in large cities such as Seoul, where people are highly dependent on public transportation?

³⁹ I think only KF-94 and above have significant effects on COVID-19. Of course, it is better to wear any facial mask than no mask.

for the reason of supply and demand of vaccines rather than based on scientific facts, or for the purpose of encouraging vaccination, make the public lose credibility.⁴⁰

Another consideration is the gene fusion between human genes and animal pathogens' one. If the virus that causes COVID-19 is a mixture of genes, such as bats, as is now known, it is a kind of gene fusion. Gene fusion takes place in a variety of forms. Generally, the term "chimera" is used, but in fact, gene fusion occurs more frequently in micro level than in macro level.⁴¹ The problem is that if gene fusion is done artificially for a certain purpose, there may be a big trouble that we do not expect. More scrutiny is needed of what kind of gene fusion occurs in COVID-19.⁴²

I think it is time to consider the change of policy. Although the spread of COVID-19 is increasing, current reports and statistics suggest that severity has decreased. Therefore, I think it is more reasonable to focus on treatment and reduce the number of health workers or medical resources invested in relatively inefficient quarantine. Of course, quarantine is very important medically, but policy should take into account the impact of society as a whole, not just medical aspect. However, even in this case, it is clear that a balancing of interests should be made based on medical and scientific knowledge.⁴³

III. Screening diagnosis in the absence of a cure for pathogen

To date, there is no cure means for COVID-19. As with common viral diseases, the cure for COVID-19 is the symptomatic treatment. Then, is it meaningful to do a large-scale screening test in the absence of fundamental treatments? This question relates to whether diagnosis should

⁴⁰ The issue of vaccines needs further discussion. I will not discuss this in this paper.

⁴¹ Insoo, Hyun-Taylor, Patrick-Testa, Giuseppe-Dickens, Bernard-Jung, Kyu Won-McNab, Angela-Robertson, John-Skene, Loane-Zoloth, Laurie, *Ethical Standards for Human-to-Animal Chimera Experiments in Stem Cell Research*, Cell stem cell Vol.1 no.2, 2007, pp.159-163.

⁴² Genetic modification plays an important role in various research to produce human stem cells. There are some examples such as non-human genes that are in the culture media affect human embryonic stem cells, or genes that are originated in the vector viruses affect stem cells. There are attempts to apply human and non-human chimera in stem cell research (Levine Sonya and Laura Gabel, *The contribution of human/non-human animal chimeras to stem cell research*, Stem Cell Research Vol. 24, 2017, pp. 128-134), to apply stem cell therapy through chimera research in neurological diseases (Baylis Françoise and Andrew Fenton, *Chimera Research and Stem Cell Therapies for Human Neurodegenerative Disorders*, Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics Vol 16, 2007, pp. 195-208), and to conduct research using double sperm in mammals (Zhang Zhi-ping et al., *Double sperm cloning (DSC) is a promising strategy in mammalian genetic engineering and stem cell research*, Stem Cell Research & Therapy (2020) 11:388 <https://doi.org/10.1186/s13287-020-01907-0>). I think the last research is very risky and should not be performed.

⁴³ Chung Eun-kyung, head of the Central Quarantine Countermeasures Headquarters, said, "It is difficult to manage Covid-19 like seasonal influenza, which has been going through for decades and maintaining immunity"(정부 '코로나, 치명률 불확실성에 '계절독감'처럼 관리하긴 어렵다' - 세계일보 (segye.com), visited on July 9, 2021). I think this view may be medically valid but invalid in terms of policy-wise. Was there a global quarantine like this at the time when the flu was prevalent? Unlike the flu case, the vaccine currently used in COVID-19 has not undergone normal clinical trials, so it is not yet known exactly about its long-term effects and side effects. In addition, in the case of the flu, is the social cost high like COVID-19 case?

be made for genetic diseases that do not yet have a cure. Some people want to know if they have a gene that causes a genetic disease if they are at risk for a particular disease.⁴⁴

The ongoing screening tests for COVID-19 are valid for epidemiological investigations of COVID-19, and are somewhat effective in individual diagnosis and preventing spread, but being diagnosed does not always link to treatment.⁴⁵ Eventually, when symptoms are expressed, they are treated for symptoms.

In Korea, medical services for patients who are currently being treated at hospitals are likely to decrease as so many medical personnel and resources are being used to screening test and prevent COVID-19.⁴⁶

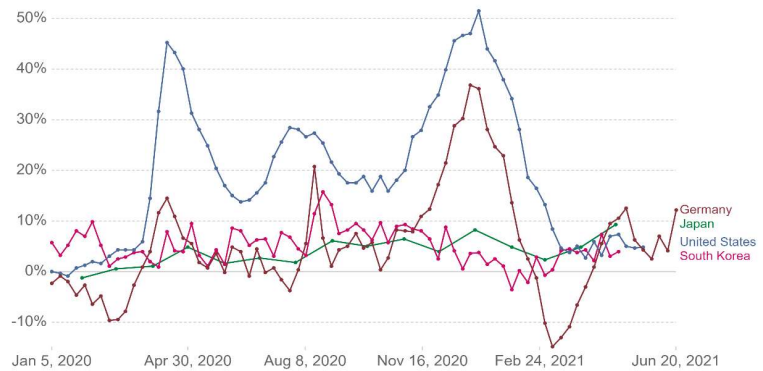
⁴⁴ This does not mean that certain genes and certain genetic diseases are matched one-on-one. Most genetic characteristics and genetic diseases are complex gene action. See, Kyu Won Jung, *Legal Issues in Genetic Testing*, Korean Journal of Law & Society 24, 2003, pp. 277-312.

⁴⁵ I have had 14 PCR tests so far. One of them was done because I received a text message for visiting a certain mart. It was because there were confirmed cases at the mart I visited. I had 11 tests in Korea and 2 in the United States. I intentionally visited different test sites in Korea and United States as far as I could. The reason was that I personally wondered how these tests were conducted and what the problems were. In my experience, Korean testing is very superior to that of the US. In the case of tests in the United States, I was very doubtful about the appropriateness of sampling. In Korea, there were some differences between test sites, but samplings were reliable. However, in the case of the U.S., the possibility of infection is low during the test process because it is a drive-through. In Korea, the possibility of infection by other people during the test process was very worrisome. In particular, in the case of test received due to visiting the mart, many people lined up on the road for nearly over a kilometer and did not maintain sufficient distance. The possibility of infection cannot be ruled out because they were suspected subjects. Personally, I was very concerned about infection during the screening process.

⁴⁶ I strongly worry this matter. To confirm this issue, I looked up the data on the cause of death by Statistics of Korea, but there is no detailed data on the cause of death in Korea in 2020. I had to infer it from the latest announcement by the National Statistical Office.

Excess mortality during COVID-19: Deaths from all causes compared to previous years, all ages

Shown is how the number of weekly or monthly deaths in 2020–2021 differs as a percentage from the average number of deaths in the same period over the years 2015–2019. This metric is called the P-score. The reported number of deaths might not count all deaths that occurred due to incomplete coverage and delays in death reporting.



Source: Human Mortality Database (2021), World Mortality Dataset (2021) OurWorldInData.org/coronavirus • CC BY
Note: Comparisons across countries are affected by differences in the completeness of death reporting. Details can be found at our Excess Mortality page.

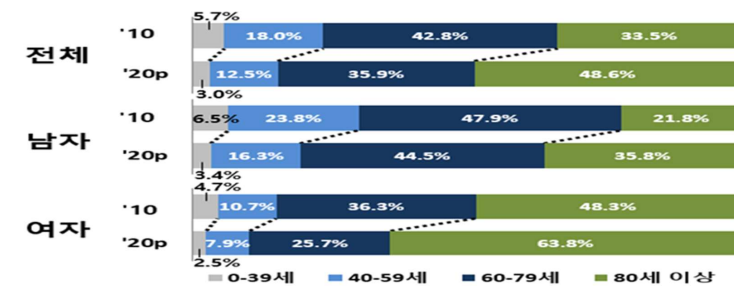
47



KOSIS (통계청, 인구동향조사)

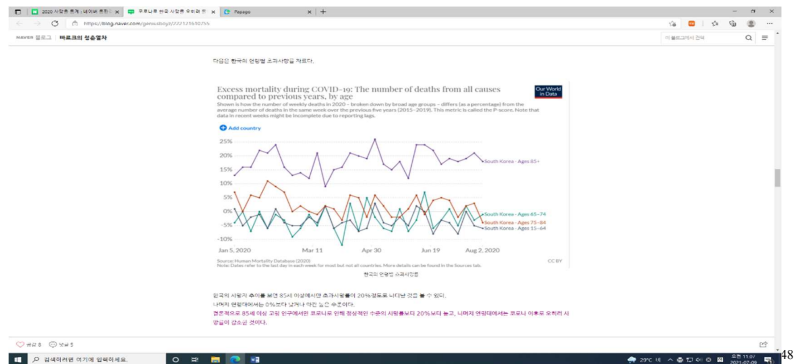
통계청 KOSIS 지표 더보기

Provisional data released by the National Statistical Office showed that the death toll in 2020 was 305,100, up 10,000 (3.4%) from the previous year's 295,100.⁴⁹



In addition, Both men and women had the highest death toll in their 80s. The number of deaths by age increased significantly from the previous year to over 90 (8.9 percent), in their 80s (6.4 percent) and in their 20s (5.7 percent). The proportion of deaths in medical institutions decreased by 1.5% from the previous year, and the proportion of deaths in homes increased by 1.8% from the previous year. There can be a number of reasons for the increase in mortality. Since Korea is already an ultra-aged society, the death rate of older people is increasing, and the increase in the death rate of young people is attributable to social factors. What I give attention to is the increase in the number of deaths at home compared to the previous year. A long time ago, Koreans preferred to die at home. However, from some point on, many people are dying in hospitals and medical facilities. However, in 2020, the death rate at home increased.

⁴⁹ Statistics Korea, Provisional data of born and death in 2020.



According to above data, in 2020, Korea's overall mortality rate dropped, but those aged 85 and older had an excess mortality rate of about 20 percent.

⁴⁷ [Excess mortality during the Coronavirus pandemic \(COVID-19\) - Statistics and Research - Our World in Data](#), visited on July 9, 2021. I think this data is reliable. I made the graph with only data of Korea, Germany, Japan, and the United States, because this conference is held by scholars from Korea, Germany, and Japan. You can think of the United States as the control data. You can visit this site and make graphs of countries you want.

⁴⁸ [코로나로 한국 사망률 오히려 줄었다? 통계로 ... 네이버블로그 \(naver.com\)](#), visited on July 9, 2021. This data is not official. I was just referring.

Is there any room for interpretation that this phenomenon is due to the lack of medical facilities due to the coronavirus quarantine?⁵⁰

This issue is also related to the distributional justice, which requires more in-depth analysis of statistical data and policy consideration.

IV. Criminal response based on uncertain knowledge

“Israel’s Supreme Court on Monday ordered an end to a controversial surveillance program to track COVID-19 infections through cellular phone location data, citing concerns about the country spying on its own citizens.”⁵¹

How much personal information is allowed to be used for the prevention of COVID-19 is a very important issue. In Korea, personal information was used indiscriminately for quarantine in the early days.⁵² Mobile phone GPS records, base station access records, credit/check card usage records, cash receipt records, transportation card usage records, hospital visits (medical records), prescription records, airline tickets, bus tickets, traffic card records, QR code-based electronic entry records, CCTV records were used for used for this purpose.⁵³ In addition, in 2020, the Minister of Justice made a public statement, saying, "In principle, arrest investigation is conducted for malicious acts that hinder quarantine activities and the maximum legal sentence is demanded."⁵⁴ In 2020, Gyeonggi Province issued an administrative order requiring residents and visitors to wear personal masks, and announced that violations could result in fines of up to 3 million won or up to 100,000 won in accordance with the Infectious Disease Control and Prevention Act.⁵⁵ Currently, this Act is the main Act to regulate COVID-19 in Korea.

⁵⁰ To clarify this, statistics on the exact cause of death are needed. In particular, it is necessary to analyze statistics on senile diseases such as diabetes, cardiovascular disease. I strongly suspect that the lack of medical staff and medical facilities has prevented existing patients from using them.

⁵¹ [Israel's Supreme Court Ends Spy Agency Cellphone Tracking Of COVID-19 Infections : Coronavirus Updates : NPR](#), visited on July 9, 2021. I read this article in March 2021.

⁵² I wonder how much this situation has improved now. In fact, I thought Korea was the most democratic country in East Asia. However, I was quite ashamed when this issue emerged and asked about this issue from some foreign scholars. A recent survey of privacy issues in the United States is Baobao Zhang-Sarah Kreps-Nina McMurry-R. Miles McCain, *Americans’ perceptions of privacy and Surveillance in the COVID-19 pandemic*, PLOS ONE | <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0242652> December 23, 2020. Please just to refer it.

⁵³ Some of these are still being used to track movement. On August 15, 2020, a rally was held in downtown Seoul. One of my friend - he is a professor of engineering at Seoul National University. I write this with his permission – was passing that area because of his work. A few days later, he received a message asking for COVID-19 test. He wondered at the time and asked me if he should be tested. According to the message he received, the government knew how long he stayed in that area through tracking the location of his cell phone.

⁵⁴ Reciting from, Jung Min Lee, *Criminal Law Reaction for COVID-19 Pandemic*, Dankook Law Review Vol.44 No.3 (2020. 9), p. 35. I search this mention but the governmental site already erased it.

⁵⁵ [공정경기 | 경기도는 오늘 | 뉴스 | 경기도청 경기도 전 지역 개인 마스크 착용 의무화 \(gg.go.kr\)](#), visited on July 9, 2021.

There are many criminal means in the Infectious Disease Control and Prevention Act.⁵⁶

1. Quarantine Violations

Penalty	Related Provision	Act	Statutory Punishment
Article 79-3 4.	Article 42 ① ⁵⁷	Compulsory Action	imprisonment with labor for not more than one year or by a fine not exceeding 10 million won
	Article 42 ② ¹⁵⁸		
		A person who refuses self-care, facility treatment or inpatient treatment at medical institutions, in violation of Article 42 ①	
		A person who refuses hospitalization, quarantine, or	

⁵⁶ Jung Min Lee’s paper summarizes this well. I just translated into English and modified little bit. I cited the full contents of Articles and reflects the amendments using Korea Legislation Research Institute’s translation of Act.

⁵⁷ Article 42 (Compulsory Dispositions with respect to Infectious Diseases)

① The Commissioner of the Korea Disease Control and Prevention Agency, a Mayor/Do Governor, or the head of a Si/Gun/Gu may assign the relevant public official to conduct a necessary investigation or medical diagnosis by entering the residence, means of transportation, such as a ship, aircraft, or train, or any other place where a patient of any of the following infectious diseases, etc. is deemed present, and where such medical diagnosis deems that the relevant person is a patient of an infectious disease, etc., the relevant public official may escort and compel such person to undergo medical treatment or be hospitalized: <Amended on Jan. 18, 2010; Mar. 27, 2018; Aug. 11, 2020>

1. Class 1 infectious diseases;
2. Tuberculosis, measles, cholera, typhoid, paratyphoid, shigellosis, colon bacillus infection with enterorrhagia, hepatitis A, meningococcal meningitis, poliomyelitis, scarlet fever, and other infectious diseases determined by the Commissioner of the Korea Disease Control and Prevention Agency, among Class 2 infectious diseases;
3. Deleted; <Mar. 27, 2018>
4. Infectious diseases determined by the Commissioner of the Korea Disease Control and Prevention Agency, among Class 3 infectious diseases;
5. Infectious diseases under surveillance by the World Health Organization;
6. Deleted. <Mar. 27, 2018>

⁵⁸ ② Where any Class 1 infectious disease breaks out, the Commissioner of the Korea Disease Control and Prevention Agency, a Mayor/Do Governor, or the head of a Si/Gun/Gu may have the relevant public official take any of the following measures for persons suspected of contracting the infectious disease. In such cases, the relevant public official may conduct a necessary investigation or medical diagnosis to confirm the presence or absence of infectious disease symptoms: <Newly Inserted on Mar. 4, 2020; Aug. 11, 2020>

1. Quarantine at home or in a facility

	Compulsory tion	Ac- isolation prescribed in Article 42 ② 1
	Article 42 ③ ⁵⁹	A person who re- fuses hospitaliza- tion, quarantine, or isolation prescribed in Article 42 ③
	Compulsory tion	Ac- isolation prescribed in Article 42 ③
	Article 42 ⑦ ⁶⁰	A person who re- fuses hospitaliza- tion, quarantine, or isolation prescribed in Article 42 ⑦
Article 79-3 5	Article 47 3 ⁶¹ prevention and con- trol measures	A person who vio- lates any measure for hospitalization, quarantine, or isola- tion prescribed in subparagraph 3 of Article 47
	Article 49 ① 14 ⁶²	A person who vio- lates any measure for

⁵⁹ ③ With respect to persons deemed patients of an infectious disease, etc. as a result of investigations or medical diagnosis referred to in paragraph ②, the Commissioner of the Korea Disease Control and Prevention Agency, a Mayor/Do Governor, or the head of a Si/Gun/Gu may assign the relevant public official to escort and compel such persons to undergo medical treatment or be hospitalized. <Newly Inserted on Mar. 4, 2020; Aug. 11, 2020>

⁶⁰ ⑦ The Commissioner of the Korea Disease Control and Prevention Agency, a Mayor/Do Governor, or the head of a Si/Gun/Gu may quarantine or isolate any investigation refuser at such refuser's home or in an infectious disease control facility; and if the investigation refuser is deemed a patient of an infectious disease, etc. according to the results of an investigation or medical diagnosis conducted under paragraph ④, he/she shall compel such patient to undergo medical treatment or to be hospitalized in an infectious disease control facility. <Newly Inserted on Dec. 29, 2015; Mar. 4, 2020; Aug. 11, 2020>

⁶¹ Article 47 (Control Measures against Epidemic of Infectious Diseases)
In order to prevent the further spread of an infectious disease upon the epidemic of the infectious disease, the Commissioner of the Korea Disease Control and Prevention Agency, Mayors/Do Governors, or heads of Sis/Guns/Gus shall take all or some of the following measures: <Amended on Jul. 6, 2015; Mar. 4, 2020; Aug. 11, 2020>

3. Hospitalizing or quarantining persons suspected of contracting an infectious disease at an appropriate place for a certain period..

⁶² Article 49 (Preventive Measures against Infectious Diseases)

	Prevention and con- trol measures	hospitalization, quarantine, or isola- tion prescribed in Article 49 ① 14	
2. Refusal to hospitalization			
Penalty	Related Provision	Act	Statutory Punishment
Article 79-3 1	Article 41 ① ⁶³	A person who fails to receive inpatient treatment, in viola- tion of Article 41 ①;	Imprisonment with labor for not more than one year or by a fine not exceeding 10 million won
Article 79-3 2	Article 41 ② ⁶⁴	A person who refuses hospitalization or treatment, in viola- tion of Article 41 ②	
Article 79-3 4	Article 42 ① Compulsory action	A person who refuses hospitalization, quar- antine, or isolation prescribed in Article 42 ①	
	Article 42 ③ Compulsory action	A person who refuses hospitalization, quar- antine, or isolation prescribed in Article 42 ③	

① In order to prevent infectious diseases, the Commissioner of the Korea Disease Control and Prevention Agency, Mayors/Do Governors, or heads of Sis/Guns/Gus shall take all or some of the following measures; and the Minister of Health and Welfare may take measures under subparagraph 2 to prevent infectious diseases: <Amended on Jul. 6, 2015; Dec. 29, 2015; Mar. 4, 2020; Aug. 11, 2020; Aug. 12, 2020>

14. Hospitalizing or quarantining persons suspected of contracting an infectious disease at an appropriate place for a certain period.

⁶³ Article 41 (Management of Patients of Infectious Disease)

① Patients of an infectious disease, etc. with a particularly high risk of transmission, which falls under Class 1 infectious diseases or is an infectious disease publicly notified by the Commissioner of the Korea Disease Control and Prevention Agency, shall receive inpatient treatment at an infectious disease control institution. <Amended on Jan. 18, 2010; Mar. 27, 2018; Aug. 11, 2020>

⁶⁴ ② Where sickbeds at an infectious disease control institution are fully occupied, and thus the infectious disease control institution is unable to accommodate patients of an infectious disease, etc., the Commissioner of the Korea Disease Control and Prevention Agency, a Mayor/Do Governor, or the head of a Si/Gun/Gu may permit such patients, etc. to receive inpatient treatment at medical institutions, other than infectious disease control institutions. <Amended on Jan. 18, 2010; Aug. 11, 2020>

	Article 42 ⑦ Compulsory action	A person who refuses hospitalization, quarantine, or isolation prescribed in Article 42 ⑦				taken under Article 47 (excluding subparagraph 3 of the same Article)	exceeding three million won
Article 79-3 5	Article 47 3 Prevention and control measures	A person who violates any measure for hospitalization, quarantine, or isolation prescribed in subparagraph 3 of Article 47					
	Article 49 ① 14 Prevention and control measures	A person who violates any measure for hospitalization, quarantine, or isolation prescribed in Article 49 ① 14					
3. Violation of prevention and control measures							
Penalty	Related Provision	Act	Statutory	Punish-			
			ment				
Article 80 7	Article 47 ⁶⁵	A person who violates any measure	a fine not				

⁶⁵ Article 47 (Control Measures against Epidemic of Infectious Diseases)

In order to prevent the further spread of an infectious disease upon the epidemic of the infectious disease, the Commissioner of the Korea Disease Control and Prevention Agency, Mayors/Do Governors, or heads of Sis/Guns/Gus shall take all or some of the following measures: <Amended on Jul. 6, 2015; Mar. 4, 2020; Aug. 11, 2020>

1. The following measures for places where patients of an infectious disease, etc. are present or places deemed contaminated with the infectious pathogens:
 - (a) Temporary closure;
 - (b) Prohibition of entry of the general public;
 - (c) Restriction on movement into the relevant places;
 - (d) Other measures for passage blocking;
2. Suspending the business of a medical institution;
3. Hospitalizing or quarantining persons suspected of contracting an infectious disease at an appropriate place for a certain period;
4. Prohibiting the acts of using, receiving, moving, discarding, or cleaning things infected or suspected of being infected by the infectious pathogens, or burning up or disposing of such things;
5. Issuing an order to disinfect or take other necessary measures for, places infected by the infectious pathogens;

4. Interference or rejection of epidemiological investigation

Penalty	Related Provision	Act	Statutory	Punish-
			ment	
Article 79 1	Article 18 ③ ⁶⁶	A person who violates Article 18 ③;	imprisonment with	
			labor for not more than two years or by a fine not exceeding 20 million won	
Article 81 8	Article 29 ⁶⁷	A person who refuses, obstructs, or evades an epidemiological investigation, in violation of Article	a fine not	
			exceeding two million won	
				29

6. Issuing an order to prevent laundering at a specified place or to dispose of wastes at a specified place.

⁶⁶ Article 18 (Epidemiological Investigations)

③ No one shall commit any of the following acts in the course of an epidemiological investigation conducted by the Commissioner of the Korea Disease Control and Prevention Agency, a Mayor/Do Governor, or the head of a Si/Gun/Gu: <Amended on Jul. 6, 2015; Aug. 11, 2020>

1. Refusing, obstructing, or evading the epidemiological investigation without good cause;
2. Making a false statement or presenting false materials;
3. Intentionally omitting or concealing any fact.

⁶⁷ Article 29 (Epidemiological Investigations on Vaccination)

The Commissioner of the Korea Disease Control and Prevention Agency, a Mayor/Do Governor or the head of a Si/Gun/Gu shall conduct an investigation, based on the following classifications, and if any case of an adverse reaction to vaccinations occurs, he/she shall conduct an epidemiological investigation pursuant to Article 18 to establish its cause: <Amended on Aug. 11, 2020>

1. The Commissioner of the Korea Disease Control and Prevention Agency: An investigation into the effects of vaccinations, and adverse reactions to vaccinations;
2. A Mayor/Do Governor or the head of a Si/Gun/Gu: An investigation into adverse reactions to vaccinations.

5. Violation of ban of rally and gathering (collection)

Penalty	Related Provision	Act	Statutory Punishment
Article 80 7	Article 49 ① ⁶⁸	A person who violates any measure taken under 49 ① (excluding matters concerning medical examinations referred to in subparagraphs 2-2 through 2-4 and 3 of the same paragraph and subparagraph 14 of the same paragraph)	a fine not exceeding three million won

As you can see from the above tables, Korea has a significant number of criminal penalties for COVID-19. There are many examples of criminal punishment based on these provisions. “The National Police Agency has investigated 434 people who violated the collective ban since Dec. 8. 2020 and 22 of them have been indicted and 411 are being investigated (one non-prosecution).”⁶⁹ “The National Police Agency investigated 2,482 people on charges of violating the prevention of infectious diseases, including violations of quarantine measures, and indicted 1,250 (arrest :13) people and is investigating 1,045 people. Looking at 1,250 indicted people, the largest number of violations of the collective ban (611 people), followed by violations of quarantine measures (580 people), obstruction of epidemiological investigations (43 people) and others (16 people).”⁷⁰

⁶⁸ Article 49 (Preventive Measures against Infectious Diseases)

① In order to prevent infectious diseases, the Commissioner of the Korea Disease Control and Prevention Agency, Mayors/Do Governors, or heads of Sis/Guns/Gus shall take all or some of the following measures; and the Minister of Health and Welfare may take measures under subparagraph 2 to prevent infectious diseases: <Amended on Jul. 6, 2015; Dec. 29, 2015; Mar. 4, 2020; Aug. 11, 2020; Aug. 12, 2020>

2. Restricting or prohibiting performances, assemblies, religious ceremonies, or any other large gathering of people

⁶⁹ Department of Health press release, Jan 13. 2021. According to this report, the target duration is from Dec. 8 2021 to Jan 13. 2021.

⁷⁰ Department of Health press release, Oct. 7, 2020.

구분	Total	violations of quarantine measures	Violations of the collective ban	Violation of rally ban	obstruction of epidemiological investigations	violations of prevention and control	Refusal to hospitalization, etc.
Sum	1,071	478	425	109	44	13	2
decision	Indict (Arrest 10)	299 (Arrest 7)	111	54	18 (Arrest 3)	10	
	Not indict	50	31	5	6	4	3
Investigating	529	148	309	49	22		1

< July 4. 2020>⁷¹

Considering that COVID-19 is a very contagious and new disease, I do not deny the need for legal discipline. However, is criminal discipline appropriate? Even if we acknowledge the need for criminal discipline, isn't the current phenomenon too much? As we have seen earlier, we do not have enough knowledge about COVID-19. Abusing criminal discipline without sufficient knowledge runs counter to the principle that criminal law should be the last means. Can we say that not wearing a facial mask or violating self-isolation for a while is punishable? Of course, such behavior is wrong and should be subject to legal discipline. However, disciplining such behavior would be sufficient by administrative punishment or civil means.⁷²

The rule of law does not mean that you can do everything if you make a law.⁷³ Discussing on Rule of Law, Rawls suggests four percepts to prevent uncertainty about individual freedom. First, “ought implies can.”⁷⁴ Second, “similar cases be treated similarly.”⁷⁵ Third, “no offense without law (Nulleum crimen sine lege).”⁷⁶ Forth, “percepts defining the notion of natural justice.”⁷⁷ Rawls presupposes that liberty should be secured in order to achieve justice. Rawls

⁷¹ Department of Health press release, July 4. 2020.

⁷² As mentioned earlier, even the Government have changed their words about wearing facial masks several times.

⁷³ Interestingly, both the mayor who tried to forcibly investigate cellphone stations and the governor who tried to investigate private land without warrants, claiming that it was for COVID-19 quarantine, are lawyers.

⁷⁴ Rawls John, *A Theory on Justice revised edition*, Harvard University Press, 2003, p. 208.

⁷⁵ Rawls John, *Ibid.*, p. 208.

⁷⁶ Rawls John, *Ibid.*, p. 209.

⁷⁷ Rawls John, *Ibid.*, p. 209.

defines liberty as “a complex of rights and duties defined by institutions”⁷⁸ Rawls' argument has important implications for the current situation. First percept of Rawls could be interpreted as ‘not requiring the impossible’ in criminal law. The liberty of an actor cannot be guaranteed if the law demands what is not possible for him/her and punishes him/her for failing to comply with the request. These requirements are criminally examined at the step of responsibility, which is the requirements of criminal responsibility (Zurechnungsfehgigkeit) and possibility of expectation (Zumutbarkeit). Second percept may fit the principle of equality, but it is very cautious in terms of criminal justice. It can be conflict with principle of prohibition of analogical interpretation of criminal law. In order to guarantee the liberty of actors in criminal law, similar provisions shall not be applied to punishment if there is no provision in criminal law. It is not fair in criminal justice that some criminals are punished and some are not punished who did the similar crimes. Third percept is the classic definition of Grundsatz nulla poena sine lege, which means that without provision, there is no crime and without provision, there is no punishment. However, this principle should be negative meaning. The forth percept which Rawls suggests is not clear. It is more like general description of justice of criminal procedure, or similar to principle of appropriateness, if we interpret this subprinciple as criminal law should be consistent with justice.

The principle that criminal punishment should not be excessive and be the last means should be also applied to response to COVID-19. “What is Surveillance? --- it is any collection and processing of personal data, whether identifiable or not, for the purposes of influencing or managing those whose data have been garnered. – it seeks out factual fragments abstracted from individuals.”⁷⁹

V. Conclusion

Since, COVID-19 is a new infectious disease that we have never experienced before and continues to mutate, we should be very careful for managing this disease. However, in response to a new infectious disease, the determinants of policy decisions should vary depending on the stage: infectivity in the early stages and severity in the advanced stage. If we judge only from a medical perspective, block, Quarantine, lock down, etc. would be a useful means. However, social policies cannot only take into account medical perspectives. Policy-wise, we should consider more factors: balance of interests (including risk-benefit analysis) based on scientific knowledge, medical interests v. freedom of individual, justice (allocation of scarce medical resource), consideration of values. The government should disclose as accurate information as possible and maintain policy consistency. Only then will the citizens not be confused and trust and follow the government's policies. Criminal discipline should be more cautious when there is not enough knowledge. Criminal means should be the last one to choose. COVID-19 is a new serious disease, but policy confusion caused by excessive fear is not appropriate. As historically proven so far, humans have eventually solved the problem. The same will be true of COVID-19.

⁷⁸ Rawls John, *Ibid.*, p. 201. Rawls's definition of liberty can also be interpreted as liberty being defined within the institutions. In addition, in his view of the institutions as a public system, there is room for liberty to be construed by the laws of the state.

⁷⁹ David Lyon, *Ibid.*, p. 2

“Fear always springs from ignorance.”⁸⁰

References

Ball James, *Post-Truth: How Bullshit Conquered the World*, Biteback Publishing, 2018

Baobao Zhang·Sarah Kreps·Nina McMurry·R. Miles McCain, Americans’ perceptions of privacy and Surveillance in the COVID-19 pandemic, *PLOS ONE* | <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0242652> December 23, 2020.

Baylis Françoise and Andrew Fenton, *Chimera Research and Stem Cell Therapies for Human Neurodegenerative Disorders*, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics* Vol 16, 2007, pp. 195–208.

Christopher J. L. Murray·Peter Piot, The Potential Future of the COVID-19 Pandemic: Will SARS-CoV-2 Become a Recurrent Seasonal Infection? *JAMA* Vol 325 Num. 13, April 2021, pp. 1249-1250.

Darja Kanduc·Yehuda Shoenfeld, Molecular mimicry between SARS-CoV-2 spike glycoprotein and mammalian proteomes: Implications for vaccine, *Immunological Research*, Sep 2020, <https://doi.org/10.1007/s12026-020-09152-6>.

Frankfurt Harry Gt, *On Bullshit*, Princeton University Press, 2005.

IBS, *COVID-19 Science*, Eat Asia Publish, 2020.

Insoo Hyun·Kyu Won Jung, Human Research Cloning, Embryos, and Embryo-Like Artifacts, *The Hastings Center Report* Vol. 36, No. 5, Sep. - Oct., 2006, pp. 34-41.

Insoo, Huyn·Taylor, Patrick·Testa, Giuseppe·Dickens, Bernard·Jung, Kyu Won·McNab, Angela·Robertson, John·Skene, Loane·Zoloth, Laurie, *Ethical Standards for Human-to-Animal Chimera Experiments in Stem Cell Research*, *Cell stem cell* Vol.1 no.2 , 2007, pp.159-163.

Jung Min Lee, Criminal Law Reaction for COVID-19 Pandemic, *Dankook Law Review* Vol.44 No.3 2020. 9. pp. 33-70.

Kaku Michio, *Physics of the Impossible*, Doubleday, 2008.

Kohler Peter, *Leonardos Fahrhad*, Verlag C. H. Beck, 2018.

Kyu Won Jung, *Legal Issues in Genetic Testing*, *Korean Journal of Law & Society* 24, 2003, pp. 277-312.

, *Xenotransplantation, Zoonosis*, *Hanyang Law Review* Vol. 24, March 2007, pp. 31-45.

Lyon David, *Surveillance Society: Monitoring Everyday Life (Issues in Society)* 1st ed., Open University Press, 2001.

McIntyre Lee, *Post-Truth*, The MIT Press, 2018.

Rawls John, *A Theory on Justice* revised edition, Harvard University Press, 2003.

Sills Jennifer, Investigate the origins of COVID-19, *Science* Vol 372, 14. May 2021, p. 694.

Sonya Levine and Laura Grabel, The contribution of human/non-human animal chimeras to stem cell research, *Stem Cell Research* Vol. 24, 2017, pp. 128-134.

Zhang Zhi-ping et al., Double sperm cloning (DSC) is a promising strategy in mammalian genetic engineering and stem cell research, *Stem Cell Research & Therapy* (2020) 11:388 <https://doi.org/10.1186/s13287-020-01907-0>.

⁸⁰ Ralph Waldo Emerson.

[공정경기 | 경기도는 오늘 | 뉴스 | 경기도청 경기도 전 지역 개인 마스크 착용 의무화 \(gg.go.kr\)](#), visited on July 9, 2021.

[Israel's Supreme Court Ends Spy Agency Cellphone Tracking Of COVID-19 Infections : Coronavirus Updates : NPR](#), visited on July 9, 2021.

[코로나로 한국 사망률 오히려 줄었다? 통계로 .. : 네이버블로그 \(naver.com\)](#), visited on July 9, 2021.

[Excess mortality during the Coronavirus pandemic \(COVID-19\) - Statistics and Research - Our World in Data](#), visited on July 9, 2021.

[정부 "코로나, 치명률·불확실성에 '계절독감'처럼 관리하긴 어렵다" - 세계일보 \(segye.com\)](#), visited on July 9, 2021.

[CDC COVID Data Tracker](#), visited on July 7, 2021.

[COVID-19 Dashboard \(coronaboard.kr\)](#), visited on July 7, 2021.

[Scientific Brief: SARS-CoV-2 Transmission | CDC](#), visited on July 7, 2021.

[정은경 "현 수준 유지시 이달말 1천400명, 악화시 2천140명 예상" : 네이버 뉴스 \(naver.com\)](#), visited on July 8, 2021.

[수도권 중심 전방위 확산...감염경로 '조사중' 비율 30.0% 최고치 : 네이버 뉴스 \(naver.com\)](#) visited on July 8, 2021.

[신규확진 1천316명, 이틀연속 최다기록 경신...수도권 4단계 격상\(종합\) : 네이버 뉴스 \(naver.com\)](#), visited on July 9, 2021.

["방역 최대위기"...수도권 거리두기, 12일부터 2주간 4단계로\(종합\) : 네이버 뉴스 \(naver.com\)](#), visited on July 9, 2021.

[정부 "코로나, 치명률·불확실성에 '계절독감'처럼 관리하긴 어렵다" - 세계일보 \(segye.com\)](#), visited on July 9, 2021.

[Excess mortality during the Coronavirus pandemic \(COVID-19\) - Statistics and Research - Our World in Data](#), visited on July 9, 2021.

Die soziale Distanz durch automatisierte Vorgänge – Der Verantwortliche beim Unfall des automatisch gesteuerten Autos

HIROKI YAMASHITA*

I. Einleitung

Wie wir alle wissen, hat das Coronavirus (Covid-19) unseren Lebensstil dramatisch verändert. Das Ausgehen ist eingeschränkt, der Unterricht an der Universität findet online statt, und wir müssen sogar Essen und Trinken mit Kollegen meiden. Eine wichtige Ursache der Verbreitung des Virus sehen wir in unmittelbaren Kontakten und Gesprächen mit anderen Menschen, deswegen müssen wir den Abstand zu anderen Menschen (zumindest von einem Meter) halten. Wir müssen also die sog. soziale Distanz einhalten, um die Infektion effektiv zu vermeiden.

Die automatisierten oder autonomen Fahrzeuge können uns die soziale Distanz bringen, weil kein Fahrer (also keine natürliche Person) das Fahrzeug steuern muss und damit die Insassen im Fahrzeug nicht in die unmittelbare Berührung mit anderen Menschen zu kommen brauchen, wenn die automatisierte oder autonome Fahrzeuge selbstständig fahren. Wenn man die sog. fahrerlosen Fahrzeuge benutzt, kann man also die soziale Distanz einhalten. Zudem, oft gesagt, reduzieren die automatisierten oder autonomen Fahrzeuge die Anzahl von Verkehrsunfällen, die von menschlichen Fehlern verursacht werden, und sind für älteren oder behinderten Leute, die ein Fahrzeug wie Auto nicht mehr steuern können, von großem Vorteil.¹ Die automatisierten oder autonomen Fahrzeuge zeigen eine solche Nützlichkeit, sodass es wünschenswert ist, die Fahrzeuge schnellstens auf öffentlichen Straßen fahren zu lassen.

Angesichts der schnellen Entwicklungen von Künstliche Intelligenz und der Ausrüstungen der Fahrzeuge können die automatisierten oder autonomen Fahrzeuge rein technisch auf öffentlichen Straßen fahren, und zwar die fahrerlosen Fahrzeuge. Solche Fahrzeuge darf man aber eigenmächtig auf öffentlichen Straßen nicht einsetzen, weil der Einsatz von diesen auf öffentlichen Straßen sich der Konvention (oder dem Übereinkommen) über den Straßenverkehr, die

* Priv.-Doz. Dr. Hiroki Yamashita, Kobe Gakuin Universität, Kobe Japan.

¹ Vgl. BT-Drucksache 19/27439, S. 15.

der jeweilige Staat ratifiziert, anpassen müsste.² Darüber hinaus kommt eine neue Frage auf, ob der Fahrer von einem automatisierten oder autonomen Fahrzeug für den Verkehrsunfall verantwortlich gemacht werden muss, der während des selbständigen Fahrens dieses Fahrzeuges passiert.³ Diese Frage behandelt konkret, ob das Handeln des Fahrers als Fahrlässigkeitsdelikt bestraft werden kann und somit das Straßenverkehrsgesetz die Grundlage der Sorgfaltspflicht der Fahrer bestimmt.

Im Folgenden skizziere ich zunächst, welche Typen von den automatisierten Fahrzeugen gemäß der Genfer Konvention über den Straßenverkehr, die Japan ratifiziert, auf öffentlichen Straßen in Japan eingesetzt werden können. Anschließend untersuche ich unter Berücksichtigung der 2019 eingeführten Vorschriften des japanischen Straßenverkehrsgesetz, die die automatisierten Fahrzeuge betreffen, die Verantwortlichkeiten des mit dem automatisierten Fahrzeug auf öffentlichen Straßen fahrenden Fahrers.

II. Die Genfer Konvention und zugelassene automatisierte Fahrzeuge

Anders als Deutschland, die das Wiener Übereinkommen über den Straßenverkehr (WÜ) ratifizieren, ratifiziert Japan die Genfer Konvention über den Straßenverkehr. Das Wiener Übereinkommen hat sich 2016 geändert und in Kraft getreten ist, sodass fahrerlose automatisierte Fahrzeuge auf öffentlichen Straßen eingesetzt werden dürfen.⁴ Art. 8 Abs. 1 WÜ bestimmt, dass ein Fahrzeug einen Fahrer haben muss. Darüber hinaus fordert Art. 8 Abs. 5 und Art. 13 WÜ, dass ein Fahrer ein Fahrzeug andauernd steuern oder beherrschen muss. In den Staaten, die das Wiener Übereinkommen ratifizieren, muss grundsätzlich eine natürliche Person als Fahrer das Fahrzeug steuern oder beherrschen. Doch die im Jahr 2016 eingeführte Vorschrift Art. 8 Abs. 5 bis Satz 2 WÜ, bestimmt, dass selbstfahrende „Fahrzeugsysteme ... mit Abs. 5 dieses Artikels und mit Abs. 1 des Art. 13 als konform“ gelten, „sofern die Fahrzeugsysteme vom Fahrzeugführer übersteuert oder deaktiviert werden können“, und damit kann auch ein selbstfahrendes Fahrzeugsystem ein Fahrzeug steuern und beherrschen. Zudem kann man aus dieser Vorschrift folgern, dass es kein menschlicher Fahrer in einem Fahrzeug mit automatisiertem Fahrzeugsystem sein muss, wenn man das Fahrzeug von außerhalb steuern oder beherrschen kann. Darüber hinaus braucht man eine ständige Überwachung von einem Fahrzeug mit einem autonomen Fahrzeugsystem bei selbstfahrenden Fahrzeugen nicht mehr, denn solche derartigen Fahrzeuge werden insofern nach Art. 8 Abs. 5 bis Satz 2 WÜ „andauernd“ gesteuert oder beherrscht, als eine natürliche Person es übersteuern oder deaktivieren kann.⁵ Nach Änderungen des Wiener Übereinkommens ändert Deutschland 2017 das Straßenverkehrsgesetz (StVG) und damit darf man die hoch- und vollautomatisierten Fahrzeuge (Stufe 36), die im bestimmten Bereich selbstständig fahren können, auf öffentlichen Straßen einsetzen, es sei denn, es handelt sich um einen Notfall.⁷ Ferner führte Deutschland im Juli 2021 neue Vorschriften ein, wonach

² Vgl. nur *Lennart S. Lutz*, NJW 2015, 119 (122).

³ Dazu schon umfassend *H. Yamashita*, Nomos No. 45 (2019), 95 ff.

⁴ Vgl. *Rüdiger Balke*, SVR 2018, 5 (6); *Liane Wörner*, ZIS 2019, 41 f.

⁵ Vgl. dazu *Lutz*, NJW 2015, 119 (123). Vgl. auch BT-Drucksache 19/27439, S. 25.

⁶ Zu der Klassifizierung des automatisierten Fahrens vgl. *Hans Steege*, SVR 2021, 128 (129). Japan folgt der Kategorisierung der SAE (siehe dazu: https://www.sae.org/standards/content/j3016_202104/)

⁷ Achstes Gesetz zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes vom 16. Juni 2017 (BGBl. I S. 1648).

autonome Fahrzeuge (Stufe 4) im festgelegten Bereich auch in einem Notfall selbstständig fahren können, also bedarf es in den festgelegten Bereichen keine Eingriffe durch natürliche Personen mehr.⁸

Bei der Genfer Konvention, die Japan ratifiziert, nimmt man zwar den Änderungsvorschlag an,⁹ aber die Änderungen treten nicht in Kraft. Hier gibt es deswegen noch die Schwierigkeiten, die das Wiener Übereinkommen schon bewältigt hat, nämlich, dass eine natürliche Person als Fahrer ein Fahrzeug steuern oder beherrschen muss. Deshalb dürfen automatisierte Fahrzeuge auf öffentlichen Straßen nicht selbstständig fahren, weil Art. 8 Abs. 1 Genfer Konvention bestimmt, dass ein Fahrzeug einen Fahrer haben muss. Zudem fordern Art. 8 Abs. 5 und Art. 10, dass der Fahrer das Fahrzeug steuert oder beherrscht. Dementsprechend denkt man, dass diese Vorschriften nicht davon ausgehen, dass automatisierte Fahrzeugsysteme ein Fahrzeug selbst steuern oder beherrschen können. Deshalb sollen selbstfahrende Fahrzeuge in Japan nicht auf öffentlichen Straßen eingesetzt werden.

Es wird jedoch inzwischen angenommen, dass man eine solche strenge Auslegung nicht machen muss. Mit anderen Worten: Ein Fahrer muss nicht mit dem Lenkrad und dem Bremspedal ein Fahrzeug lenken. Auch wenn ein Fahrzeug selbstständig auf öffentlichen Straßen fährt, so „steuert“ ein Fahrer dieses Fahrzeug, indem er es überwacht und nötigenfalls zur Sicherheit für die anderen Verkehrsteilnehmer selbst beherrscht. Nach dieser Auslegung darf ein Fahrzeug mit automatisiertem Fahrsystem auch auf öffentlichen Straßen in Japan fahren. Darüber hinaus kann man die Auslegung auch dahingehend machen, dass ein Fahrer ein Fahrzeug nicht von innen steuern muss,¹⁰ sondern auch von außen lenken darf, denn Art. 8 Abs. 1 schreibt lediglich vor, dass ein Fahrzeug einen Fahrer haben muss. Des Weiteren fordert Art. 8 Abs. 5 sowie Art. 10 bloß, dass ein Fahrer das Fahrzeug auf angemessene Weise beherrschen und die Geschwindigkeit kontrollieren muss. Nach dieser Auslegung dürfen die automatisierten Fahrzeuge, in denen kein menschlicher Fahrer sitzt, insofern auf öffentlichen Straßen in Staaten, die wie Japan die Genfer Konvention ratifiziert haben, fahren, falls eine natürliche Person solche Fahrzeuge von außen kontrollieren kann.¹¹ Allerdings muss eine natürliche Person immer über die Fahrzeuge Aufsicht führen, da Art. 8 Abs. 5 und Art. 10 fordern, dass „ein Fahrer immer ein Fahrzeug“ kontrolliert.

Die Genfer Konvention hat keine Vorschrift wie Art. 8 Abs. 5 bis WÜ, sodass eine natürliche Person ein Fahrzeug dauernd beherrschen muss, auch wenn der Fahrer über Übersteuerung oder Desaktivierung des Fahrzeugs seinerseits verfügt. Deshalb sind die Änderungen der Genfer Konvention unvermeidbar, um die fahrerlosen Fahrzeuge, für die keine menschliche Überwachung erforderlich ist, auf öffentlichen Straßen in Japan wie in Deutschland zu einsetzen.

⁸ Gesetz zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes und des Pflichtversicherungsgesetzes – Gesetz zum autonomen Fahren vom 12. Juli 2021 (BGBl. I S. 3108). Zu diesem neuen Gesetz vgl. *Tino Haupt*, NZV 2021, 172 ff.; *Eric Hilgendorf*, JZ 2021, 444 ff.; *Steege*, SVR 2021, 128 ff.

⁹ ECE/TRAMS/WP.1/149/Add.1: <https://unece.org/DAM/trans/doc/2015/wp1/ECE-TRANS-WP1-149-Aadd-1e.pdf> (19. 9. 2021).

¹⁰ Vgl. ECE/TRAMS/WP.1/153: <https://www.unece.org/fileadmin/DAM/trans/doc/2016/wp1/ECE-TRANS-WP.1-153e.pdf> (19. 9. 2021).

¹¹ *C. Sato*, AOYAMA HOGAKU RONSHU (The Aoyama law review) Vol. 57 No. 3 (2015), 27 (31).

III. Die Verantwortlichkeit des Fahrers (der natürlichen Person) nach dem japanischen Straßenverkehrsgesetz

Wie oben ausgeführt, müssen in Japan Fahrzeuge mit automatisiertem Fahrsystem unter menschliche Aufsicht gestellt werden. Eine natürliche Person muss also immer dafür sorgen, dass derartige Fahrzeuge einen Unfall nicht verursachen und damit im Notfall in den Betrieb durch die automatisierten Fahrsysteme eingreifen. In Japan darf man deshalb den automatisierten Fahrzeugsystemen die Fahrführung nicht ganz überlassen. Dies bedeutet, dass Fahrzeuge mit den autonomen Fahrsystemen (Stufe 4), für die die menschliche dauernde Aufsicht nicht notwendig ist, in Japan (und auch in den die Genfer Konvention ratifizierende Staaten) auf öffentlichen Straßen nicht fahren dürfen. In Japan wird das Straßenverkehrsgesetz 2019 geändert, welches ermöglicht, dass auf öffentlichen Straßen die hoch automatisierten Fahrzeuge (Stufe 3) fahren dürfen,¹² die aber von einer natürlichen Person immer überwacht werden und damit im Notfall auch den Betrieb vom Fahrzeug übernehmen muss.

1. Inhalt der Neufassung des japanischen Straßenverkehrsgesetzes

(1) Bedeutung von „Fahren“ und „Fahrer“

Bei hoch automatisierten Fahrzeugen (Stufe 3), die von der andauernden Aufsicht durch eine natürliche Person ausgeht, bleibt diese Person weiterhin „Fahrer“. Dies gilt selbst dann, wenn das Führen des Fahrzeugs durch ein automatisiertes Fahrsystem beeinflusst wird und dieses das Fahrzeug insofern beherrscht. Die natürliche Person „fährt“ das Fahrzeug auf öffentlichen Straßen, trotz dieses automatisierten Fahrvorgangs.¹³

§ 2 Nr. 17 japanisches StVG (jStVG), das 2019 geändert wird, bestimmt dies ausdrücklich. Bemerkenswert ist hier, dass diese Vorschrift keinen Ort bestimmt, in dem eine natürliche Person ein Fahrzeug steuern soll. Eine natürliche Person kann ein Fahrzeug überall, also auch außerhalb des Fahrzeugs steuern.

Aus der anderen Vorschrift des jStVGs folgt auch, dass ein Fahrer der natürlichen Person außer Fahrzeug ein Fahrzeug steuern kann. Denn § 70 jStVG, der die Pflichten des Fahrers bestimmt, schreibt lediglich vor, dass ein Fahrer die Ausrüstungen vom Fahrzeug sicher handhaben und mit angemessener Geschwindigkeit sowie auf adäquate Weise fahren muss, um damit andere Menschen nicht in Gefahr zu bringen. Dementsprechend sagt es nicht ausdrücklich, dass ein Fahrer unbedingt in einem Fahrzeug (mit hoch automatisiertem Fahrzeugsystem) dieses steuern muss.¹⁴ Daraus folgt, dass ein fahrerloses Fahrzeug mit hoch automatisiertem Führungssystem nach dem japanischen Straßenverkehrsgesetz auf öffentlichen Straßen fahren darf.

¹² Zur Neufassung des japanischen Straßenverkehrsgesetzes vgl. nur *T. Sunada*, KEISATSUGAKU RONSHU (The journal of police science) Vol. 72 No. 2 (2019), 24 ff.

¹³ Dagegen zur Möglichkeit, dass auch bei hoch automatisierten Fahrzeugen das automatisierte Fahrsystem „Fahrer“ ist, *T. Imai*, KENSYU Vol. 840 (2018), 3 ff.

¹⁴ Vgl. *H. Yamashita*, HOGAKU RONSHU (Chiba journal of law and politics) Vol. 31 No. 1=2 (2017), 112 (128 ff.).

(2) Die Sorgfaltspflicht des Fahrers bei den Fahrzeugen mit automatisierten Fahrzeugsysteme

Wie oben bereits erwähnt, ist in Japan eine natürliche Person „Fahrer“, selbst wenn ein automatisiertes Fahrzeugsystem ein Fahrzeug lenkt, so trägt sie dennoch die Sorgfaltspflicht von der Steuerung des Fahrzeugs. In Japan basiert in der Regel diese Sorgfaltspflicht auf § 70 jStVG, welches die Pflicht zum sicheren Fahren fordert. Ferner trägt der Fahrer auch zusätzliche Pflichten, z.B. Verwendungsverbot von Mobiltelefonen oder Smartphones während des Betriebs des Fahrzeugs (§ 71 Nr. 5-5 jStVG), um die Pflicht zum sicheren Fahren sicher zu erfüllen. Nach dieser neu eingeführten Vorschrift verschwindet, wie später erwähnt, ein Teil der Pflicht zum sicheren Fahren.

In Bezug auf den Betrieb des Fahrzeugs durch ein automatisiertes Führungssystem legt § 71-4-2 Abs. 1 jStGB fest, dass die Benutzung eines automatisierten Führungssystems nur zulässig ist, wenn die Nutzungsbedingungen erfüllt sind. Diese Nutzungsbedingungen werden vom Verkehrsministerium aufgestellt (§ 41 Abs. 2 Gesetz über die Fahrzeugs-Zulassung) und sind von Ort, Wetter und der konkreten Situation im Straßenverkehr abhängig (§ 31-2-2 Abs. 1 Nr. 3 die Regelung für Inkraftsetzung vom Gesetz über die Fahrzeugs-Zulassung).

Die Sorgfaltspflicht des Fahrers, der mit einem Fahrzeug mit automatisiertem Führungssystem auf öffentlichen Straßen fährt, wird nach § 71-4-2 Abs. 2 jStGB zum Teil reduziert, der Fahrer darf also sein Handy oder Smartphone verwenden, wenn die Bedingungen zur Nutzung automatisierter Führungssysteme erfüllt sind: Das Fahrzeug mit automatisiertem Führungssystem hat keinen Fehler (Nr. 1), alle Nutzungsbedingungen sind erfüllt (Nr. 2) und der Fahrer ist in der Lage, sofort erkennen zu können, dass Fehler des Fahrzeugs auftreten oder die Nutzungsbedingungen nicht mehr erfüllt sind, und dabei auf angemessene Weise das Fahrzeug zu steuern (Nr. 3).

Es ist jedoch fraglich, ob der Sorgfaltsmaßstab von Fahrern, die ein automatisiertes Führungssystem nutzen, tatsächlich reduziert ist, d.h. ob der Fahrer sein Handy oder Smartphone während der Fahrt verwenden darf.¹⁵ Dagegen spricht, dass, wie bereits erläutert, aufgrund der Abhängigkeit der Nutzungsbedingungen von den konkreten Umständen des Straßenverkehrs der Fahrer während der Nutzung automatisierter Führungssysteme die Verkehrsumstände stets beobachten und ggfs. zur Wahrung der Verkehrssicherheit steuernd eingreifen muss. Ansonsten wäre der Fahrer nicht in der Lage, sofort zu erkennen, dass die Nutzungsbedingungen nicht mehr vorliegen. Schließlich gelte die Sorgfaltspflicht des mit automatisiertem Führungssystem fahrenden Fahrers durchgängig, insofern verliere § 71-4-2 Abs. 2 seine Bedeutung.

Für einen reduzierten Sorgfaltsmaßstab spricht die Auffassung, der Fahrer sei schon dann in der Lage, sofort zu erkennen, dass die Nutzungsbedingungen nicht mehr vorliegen, wenn er auf entsprechende Warnungen des automatisierten Führungssystems hin reagieren kann.¹⁶ Nach dieser Interpretation muss der Fahrer die Straßenverkehrssituation nicht durchgängig beobachten und darf folglich im Rahmen einer verminderten Sorgfaltspflicht während des Betriebs des Fahrzeugs durch ein automatisiertes Führungssystem auch sein Mobiltelefon benutzen. Aufgrund des naturgemäß beschränkten Reaktionsvermögens des Menschen kann der Fahrer aller-

¹⁵ Vgl. *N. Furukawa*, KEIHO ZASSHI (Journal of criminal law) Vol. 59 No. 2 (2020), 170 (177 ff.).

¹⁶ *Y. Nakagawa*, CHUKYO LAWYER Vol. 32 (2020), 13 (19 ff.) Vgl. Der Bericht von National Police Agency (2018): <https://www.npa.go.jp/bureau/traffic/council/jidouten/2018houkokusyo.pdf> (21. 9. 2021).

dings nicht stets sofort, d.h. ohne jegliche Verzögerung, auf die Warnungen des Führungssystems reagieren.¹⁷ Es kann daher zu Verkehrsunfällen kommen, wenn der Fahrer gerade erst im Begriff ist, die Kontrolle über die Fahrzeugsteuerung zu übernehmen.¹⁸ Mit anderen Worten: Es handelt sich um Situationen, in denen dem Fahrer die Erfolgsabwendungsmöglichkeit fehlt, woran sich die Frage anschließt, wer für den Schädigungserfolg des Unfalls strafrechtlich verantwortlich gemacht werden soll. Ist der Fahrer mangels Erfolgsabwendungsmöglichkeit für den Unfall nicht verantwortlich,¹⁹ ist es denkbar, dass der Hersteller des automatisierten Führungssystems die Verantwortung für den Verkehrsunfall zu tragen hat. Dieses Ergebnis ist dann problematisch, wenn ein Fahrzeug mit automatisiertem Führungssystem (staatlich) zugelassen wird, weil dann Herstellung und Verkauf dieses Systems an sich erlaubt sind. Schließlich stellen sich Probleme in Fällen, in denen keiner der Beteiligten für den Verkehrsunfall durch ein Fahrzeug mit automatisiertem Führungssystem verantwortlich gemacht werden kann.

2. Die Hilfeleistungspflicht des Fahrers gemäß § 72 Abs. 1 japanisches StVG

Hier untersuche ich die Hilfeleistungspflicht des Fahrers für den Verletzten des Verkehrsunfalls. Nach § 72 Abs. 1 jStVG hat ein Fahrer die Hilfeleistungspflicht, wenn das Fahrzeug des Fahrers einen Unfall verursacht oder sich in einen Unfall verwickelt.²⁰ Problematisch wird es insbesondere in derartigen Fällen, in denen sich ein Verkehrsunfall durch ein fahrerloses Fahrzeug mit automatisiertem Führungssystem ereignet. Da der Fahrer in der Ferne das Fahrzeug von außen steuert, dieses zwar beobachten aber nicht unmittelbare Hilfe leisten kann.

Zwar ergibt sich aus der Auslegung, dass ein Fahrer, der ein fahrerloses Fahrzeug mit automatisiertem Führungssystem von außen steuert, die Hilfeleistungspflicht auch dann erfüllt, wenn er z.B. den Rettungswagen ruft und der Verletzte mit diesem ins Krankenhaus gebracht werden kann.²¹ Dennoch bleibt unklar, ob das bloße Anrufen des Rettungswagens auch bei einem Fahrzeug ohne automatisierten Führungssystems für die Erfüllung der Hilfeleistungspflicht ausreichend ist. Nach der Rechtsprechung, die über die Hilfeleistungspflicht des Fahrers bei einem Fahrzeug ohne automatisiertes Fahrzeugsystem entschieden hat, muss der den Unfall betreffende Fahrer dem Opfer unmittelbare Hilfe leisten, also ist das bloße Anrufen des Rettungswagens nicht ausreichend.²² Überlegt man die heutige Straßenverkehrssituation, in der die Fahrzeuge ohne automatisiertes Führungssystem den Fahrzeugen mit automatisiertem Führungssystem zahlenmäßig überlegen sind und gemischt auf öffentlichen Straßen fahren, muss der Fahrer dem Verletzten unmittelbar Hilfe leisten. Sonst genießt der Fahrer eines automatisierten Fahrzeugs eine unbillige Privilegierung.

¹⁷ Vgl. *T. Kawamoto*, DOSHISHA HOGAKU (The Doshisha law review) Vol. 69 No. 2 (2017), 31 (39 ff.); *K. Imai*, Trends and Issues of Autonomous Driving Technology (Research Materials 2017-4), 2018, 93 (97 ff.).

¹⁸ Vgl. *Y. Nakagawa*, CHUKYO LAWYER Vol. 30 (2019), 11 (15).

¹⁹ *O. Sakuma*, Criminal law journal Vol. 57 (2018), 11 (15).

²⁰ Zur Hilfeleistungspflicht gemäß § 72 Abs. 1 jStGB vgl. *M. Matsuo*, HO TO SEIJI (The Journal of Law and Politics) Vol. 66 No. 2 (2015), 227 ff.

²¹ *T. Imai* (Fn. 13), 10 ff.

²² Vgl. z. B. Obergericht Osaka Urt. v. 8. 8. 1972, HANREI TIMES Vol. 288, 291 = LEX/DB 27941058; Präferkturgericht Hiroshima, Urt. v. 15. 2. 1978, KEIJI SAIBAN GEPPU Vol. 10 No. 1=2, 51 = LEX/DB 27915834; Obergericht Tokyo Urt. v. 9. 11. 1982, HANREI TIMES Vol. 489, 128 = LEX/DB 27682491.

Allerdings ist es überhaupt unmöglich, dass ein in der Ferne steuernder Fahrer den Verletzten des Unfalls unmittelbar Hilfe leisten kann. Daher hat er keine unmittelbare Hilfeleistungspflicht mehr (*ultra posse nemo obligatur*). Diese Konsequenz führt aber zu der bereits oben genannten unbilligen Privilegierung. Wenn eine solche Konsequenz unzumutbar ist, hat das zwangsläufig die Folge, dass „ein Fahrer“ sich nicht in der Ferne befinden und von außen ein Fahrzeug steuern darf.²³ So dürfen die fahrerlosen Fahrzeuge nicht auf öffentlichen Straßen fahren. Alternativ müsste man die Vorschrift zu den Hilfeleistungspflichten ändern.

IV. Fazit

Wie oben bereits erwähnt, ratifiziert Japan die Genfer Konvention über den Straßenverkehr. Somit ist es in Japan, anders als in Deutschland nicht zulässig, dass die autonomen Fahrzeuge, die die Aufsicht durch eine natürliche Person nicht immer brauchen, auf öffentlichen Straßen fahren. Trotzdem dürfen die fahrerlosen Fahrzeuge auf öffentlichen Straßen in Japan fahren. Freilich ist das nur möglich, wenn eine natürliche Person das Fahrzeug immer beobachtet.

Schließlich muss eine natürliche Person ein hoch automatisiertes Fahrzeug (Stufe 3) auf öffentlichen Straßen in Japan immer überwachen und steuern, weiterhin wird diese Person (nämlich der Fahrer) für den Verkehrsunfall, der vom automatisierten Führungssystem verursacht wird, verantwortlich gemacht. Unklar ist aber, ob eine natürliche Person als Fahrer, die während des Fahrens durch ein automatisiertes Führungssystem die Warnung aus diesem System erkennt und den Betrieb des Fahrzeugs von diesem System übernimmt, in einem Unfall als Fahrlässigkeitsdelikt bestraft wird, weil sie mangels der Reaktionsfähigkeit keine Erfolgsabwendungsmöglichkeit hatte. Dabei stellt sich auch die Frage, ob der Hersteller dieses Systems für den Unfall verantwortlich gemacht werden kann.²⁴ Darüber hinaus ist es auch zweifelhaft, ob und inwieweit ein Fahrer, der mit einem fahrerlosen Fahrzeug mit automatisiertem Führungssystem fährt, die unmittelbare Hilfeleistungspflicht nach § 72 Abs. 1 jStVG hat.

Die Änderungen des Straßenverkehrsgesetzes in Japan, nach denen die Fahrzeuge mit hoch automatisiertem Führungssystem auf öffentlichen Straßen fahren dürfen, schaffen ein neues Problem: Wer ist der Verantwortliche beim Unfall des automatisch gesteuerten Autos?

²³ Dazu schon *H. Yamashita* (Fn. 14), 130 ff.

²⁴ Die Strafbarkeit des Herstellers wegen der Rückrufpflicht ist allerdings denkbar. Vgl. dazu *H. Yamashita* (Fn. 3), 100 ff.

Geschäftsstörung durch Machtausübung – Covid-19 und §234 jStGB

YURI YAMANAKA*

1. Einführung

Das Gesetz spiegelt den Volkscharakter und die Kultur wider. Obwohl die Covid-Pandemie weltweit Probleme für Menschen darstellt, reagiert der Gesetzgeber von Land zu Land unterschiedlich. Seitdem die Covid-Pandemie in die ganze Welt verbreitet wurde, führten viele Länder neue Regelungen zur Vorbeugung der weiteren Verbreitung (wie das Maskentragen beim Ausgang, Ausgangsverbot ohne Genehmigung, Mitwirkung der Isolierung bzw. stationäre Behandlung usw.) im Alltagsleben ein. Nicht wenige Länder wiederholten bis heute mehrmalige Lockdowns, womit die Pandemie beseitigt oder zumindest gemildert werden sollte. Die Bedrohung mit einer Strafverhängung bei Verstößen gegen das Gesetz oder die Regelung sollten für die Überwindung der Epidemie positiv wirken. Somit führten viele Länder neue Bestrafungen in das jeweilige Infektionsschutzgesetz (IfSG) ein. Zum Beispiel wird in Korea¹ bei Verstößen gegen das IfSG, beispielsweise bei Verweigerung der ambulanten oder stationären Behandlung (§42 Abs. 2 Nr. 1 k. IfSG), mit Zuchthausstrafe oder Geldstrafe bestraft (§ 79c Nr. 4 k. IfSG). Das deutsche IfSG ist dreistufig aufgebaut²: es verhängt zunächst gegen leichtere Verstöße ein Bußgeld wegen Ordnungswidrigkeit (§ 73 d. IfSG). Bei den Fällen, in denen zusätzlich die Krankheitserreger verbreitet wurden, wird dem Täter eine Strafe verhängt (§ 74 d. IfSG). Für die sonstigen Verstöße gelten laut §75 d. IfSG weitere Strafvorschriften. Dagegen ist die Gesetzesänderung in Japan etwas anderes gelaufen. Japan erfährt bis jetzt keinen Lockdown und die Regierung forderte bis jetzt nur gezielt von bestimmten Berufsleuten, vor allem Restaurants, Gasthaus, Bars, große Kaufhäuser, Kinos, eine Stilllegung, während der von der Regierung ausgegebenen „Notlage“. Die Bevölkerung wurde bis jetzt nur darum gebeten, möglichst von zu Hause auszuarbeiten (sog. Telerwork, Zoomkonferenz) und nicht auszugehen. Da auch mit

* Prof. Dr. Yuri Yamanaka, Kansai Universität, Osaka, Japan.

¹ Lee, J. Criminal Law Journal Nr. 66 (2020), S. 39 ff.

² Amada, Y. Criminal Law Journal Nr. 66 (2020), S. 19 ff.

solchen mildereren Maßnahmen die Anzahl der neuerdings Angesteckten bzw. schwer Erkrankten relativ in wenigen Zahlenwert beschränkt werden konnten, wurde in Japan bis jetzt keine Strafbedrohung gegen Verstöße der Regelung benötigt. Die freiwillige Mitwirkung der Bevölkerung trug bis jetzt zur Verhütung der Epidemie bei. Der japanische Gesetzgeber verzichtete deswegen, anders als in Korea oder Deutschland, auf die Bestrafung gegen solche Verstöße und reagierte mit dem verwaltungsrechtlichen Bußgeld³ (§§ 80, 81 j. IfSG). Laut Gesetzgeber wirkt die Bestrafung eher negativ, da die Abschreckung so intensiv wirkt, dass die Angesteckten wegen der Angst vor der Strafe, die Meldepflicht vernachlässigen und der Zweck der Verhütung somit nicht geschafft werden kann⁴. Wie ich bis jetzt im Kurzen dargestellt habe, spielt das Strafrecht in Japan bei den Covid-Problemen fast keine Rolle. In meinem Beitrag möchte ich deswegen nicht das neue japanische IfSG, sondern die Straftaten darstellen, die bezüglich der Covid-Probleme aufgetaucht sind.

2. Straftaten bezüglich der Covid-Probleme

(1) Körperverletzung mit immaterieller Gewaltanwendung (§ 204 j. StGB)

Zunächst dargestellt wird die Straftat, Körperverletzung wegen der Ansteckung der Covid-Viren. Bis jetzt gibt es in Japan keine solche Beurteilung. Jedoch gab es einen Fall im März 2020 in Aichi-Präfektur⁵. Ein 57-jähriger Mann, dessen Ergebnis des PCR-Tests positiv war, besuchte mit Absicht seiner Ansteckung zwei Kneipen und hatte sich dort jeweils ca. 15 Minuten und 45 Minuten aufgehalten. Dadurch wurde eine andere Person angesteckt. Da in diesem Fall der Täter einige Tagen nach der Tatbegehung im Krankenhaus wegen der Covid-Infektion (auch wegen des Einflusses seiner eigenen Krankheit, Krebs) starb, ist der Fall fast in die Vergessenheit geraten, aber es wäre möglich gewesen, dass er wegen Körperverletzung (§ 204 j. StGB) bestraft worden wäre. Die Begehung von Körperverletzung ist auch mit immaterieller Gewaltanwendung möglich. Zum Beispiel wird der Täter in Japan wegen Körperverletzung bestraft, wenn er mit mehrmaligen wortlosen Anrufen das Opfer seelisch verletzt⁶. Ein bloßer unangenehmer Anruf genügt jedoch nicht. Der Täter benötigt Vorsatz zur Körperverletzung. Er muss Kenntnis haben, dass er die psychische Krankheit vom Opfer verursacht hat. In einem anderen Urteil⁷ wurde ein Mann wegen Körperverletzung bestraft, da er auch mit dem Wissen der Gefahr zur Ansteckung von sexuellen Krankheiten, die sexuelle Handlung durchführte und dadurch das Opfer tatsächlich ansteckte. Das OGH ist der Meinung, dass die Methode eigentlich egal ist, solange dadurch die körperlichen physiologischen Funktionen einer anderen Person beeinträchtigt wurden. Auch bei der Ansteckung der Krankheit ohne immaterielle Gewaltanwendung ist der Tatbestand der Körperverletzung erfüllt. Bei dem dargestellten Covid-Fall in Aichi-Präfektur könnte auch die Bestrafung wegen Körperverletzung durch immateriellen

³ Der Vorschlag von Opposition wurde zuletzt angenommen. Siehe https://cdp-japan.jp/news/20210128_0612

⁴ The Japanese Medical Science Federation zeigte die gleiche Bedenken. Siehe <https://www3.nhk.or.jp/news/html/20210115/k10012815201000.html>

⁵ Tokai TV News One am 18. März 2020. Siehe https://www.tokai-tv.com/tokainews/article_20200318_119755

⁶ Rechtsprechung LG Tokio 16. 4. 2008, Hanrei-Jihou1877.154; LG Toyama 19. 4. 2001, Hanrei-Times 1081.291.

⁷ Vom 6. Juni 1952, Keiji-Hanreishuu 6. 6. 795, LEX/DB Nr. 24001549.

Gewaltanwendung möglich sein. In der Wirklichkeit ist der Täter jedoch nicht wegen Körperverletzung, sondern wegen der noch später genauer dargestellten Geschäftsstörung verfolgt worden. Der weitere Verlauf ist leider unklar, da der Täter bereits gestorben ist.

(2) Betrug (§ 246 j. StGB)

Die andere Straftat bezüglich der Covid-Probleme ist die Reihe von Betrugstatbeständen. Es gibt viele Betrüger, die die Subvention vom Staat oder von der Stadt als Schadensersatz wegen Stilllegung während der „Notlage“ ohne Kompetenz empfangen haben. Solche Täter werden gemäß § 246 j. StGB bestraft.

(3) Ehrverletzung (§ 230 j. StGB)

Ferner gibt es die Fälle, bei denen die Gruppeninfektionen verleumdet bzw. heftig kritisiert werden. Zum Beispiel wurde Ende März 2020 berichtet, dass in einer Universität in Kyoto eine Gruppeninfektionen von Covid festgestellt wurde. Danach gab es laut Nachrichten⁸ nicht wenige Verleumdungen⁹ oder Diffamierungen gegen die Universität. Sie erhielt bis 1. Apr. 2020 täglich ca. 100 bis 150 Anrufe oder E-Mails, deren Inhalte sich fast nur um Beschwerden gegen die Covid-Verbreitung handelte. Solche Tathandlung könnten ggf. als Ehrverletzung (§ 230 j. StGB) bestraft werden. In einem anderen Fall schrieb der Angeklagte auf Twitter oder auf der Internetseite eine unwahre Tatsache, dass im Supermarkt oder im Laden das Personal mit Corona infiziert sei¹⁰. Heutzutage ist die Verleumdung per SNS in Japan ein großes Problem, das manchmal mit dem tragischen Selbstmord vom Beschwerten (Opfer) beendet wird. Die Ehrverletzung bestraft sowohl den wahren als auch den gefälschten Inhalt. Ferner könnte das heutige Thema, die Geschäftsstörung auch in Frage kommen, wenn die Arbeitsleistung an der Universität oder Geschäft dadurch gestört wurde.

3. Geschäftsstörung

Nun komme ich endlich zum heutigen Thema: Geschäftsstörung. Diesen Tatbestand gibt es in Deutschland nicht. Im koreanischen StGB gibt es eine ähnliche Vorschrift (§ 314 k. StGB) und sie regelt sowohl Geschäftsstörung durch List als auch Machtausübung. Zunächst werden die Paragraphen und danach drei Beispiele gezeigt, die tatsächlich in Japan passierten.

⁸ Zeitung *Kyoto* vom 20. Juni 2020. Siehe <https://www.kyoto-np.co.jp/articles/-/276873>

⁹ Verleumdung ist hier eher Beleidigung in Deutschland gleichgestellt. Anderes als § 187 d. StGB hat hier mit wirtschaftliche Kreditsgefährdung nicht zu tun.

¹⁰ ZB Zeitung *Sankei* am 24. 5. 2021: <https://www.sankei.com/affairs/news/210524/af2105240012-n1.html?214165>; Zeitung *Asahi* Digital am 4. 10. 2020: <https://www.asahi.com/articles/ASN4B6CTYN4BUZHB00Z.html>

(1) Paragraphen¹¹

§ 233 j. StGB

Kreditschädigung und Geschäftsstörung

Wer ein unwahres Gerücht verwendet oder List anwendet und dadurch den Kredit eines anderen schädigt oder ihn in der Ausübung seiner Geschäfte stört, wird mit Zuchthaus bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu fünfhunderttausend Yen bestraft.

§ 234 j. StGB

Geschäftsstörung durch Machtausübung

Die Regel des vorangehenden Paragraphens gilt auch für denjenigen, der mittels einer Machtausübung die Ausübung der Geschäfte eines anderen stört.

(2) Beispiele

a.) 1. Beispiel: Sog. Selbstkontrolle-Zivilpolizei (Maskenpolizei)

Anlässlich der Covid-Pandemie ist es in Japan kaum möglich, ohne Maske zu leben. Zwar gibt es keine gesetzliche Regelung, die uns anordnet, an öffentlichen Orten eine Maske zu tragen. Es besteht aber die Stimmung, dass man ohne Maske nirgendwo auftreten darf. Beim Eintreten in Supermärkte, Geschäfte usw. sieht man einen Zettel oder Schild, das darum bittet, dass alle Gäste eine Maske tragen und sich die Hände mit Alkohol desinfizieren sollen. Seit dieser Veränderung in unserem Alltag sind in Japan einige Selbstkontrollen, nämlich die Überwachung von Zivilbevölkerung entstanden. Diese Leute werden mit Ironie „Selbstkontrolle-Zivilpolizei“ genannt. Sie warnen die Leute, die keine Maske tragen oder bei denen die Gefahr besteht, die Covid-Viren zu verbreiten. Manchmal führt eine solche extreme Kontrolle von Zivilpolizei zu Streitigkeiten unter der Bevölkerung. Es gibt bis jetzt einige Fälle, beispielsweise im öffentlichen Verkehr, bei dem jemand jemanden warnt eine Maske zu tragen und dieser sich weigert. Es wurde z.B. berichtet, dass die S-Bahn in Osaka wegen solcher Streitigkeiten sich um 25 Minuten verzögerte¹². In schlimmerem Fall führt es zum Gewaltdelikt (§ 208 j. StGB) oder Körperverletzung (§ 204 j. StGB), bei letzterem, wenn eine Verletzung als Taterfolg erscheint.

Das Problem hier liegt darin, dass es kein Gesetz gibt, das uns befiehlt, eine Maske zu tragen und bei Verstoß mit einer Strafe droht. Es ist eigentlich in Japan jeder Person selbst überlassen, ob sie der Aufforderung nachfolgt oder nicht. Deswegen gibt es einige Leute, die sich aus unterschiedlichen Gründen z.B. wegen Atemkrankheit, Allergie oder Ideologie weigern, eine Maske zu tragen. Die Selbstkontrolle-Polizei sieht jedoch diese Leute nicht nach. So kam es im Flugzeug Peach (ein LCC - Low-cost carrier - Flugzeug) zu Streitigkeiten zwischen Passagieren. Ein Mann weigerte sich, seine Maske zu tragen und reagierte auf das Anliegen der Stewardess nicht, dass er die Maske tragen oder den Platz wechseln solle, wo keine anderen Passagiere daneben sitzen würden. Er weigerte sich heftig mit Gewalt gegen die Stewardess. Wegen dieser

¹¹ Yamanaka, K. (Hrsg.) „Das japanische StGB“ Nomos 2021, S. 221.

¹² Yahoo Japan News am 22. Apr. 2021. Siehe

<https://news.yahoo.co.jp/articles/58461f0815781b4771fca64b9d616a53130f1a9>

Streitigkeit sollte das Flugzeug in Niigata einen Zwischenstopp machen und der Verweigerer sollte dort wegen Verstoß gegen §150 Fluggesetz, genauer gesagt, wegen Verstoß gegen Sicherheitsstörung, das Flugzeug verlassen. Die Tathandlung liegt hier darin, dass der Täter den Dienst der Stewardess behindert und dadurch die Sicherheitshaltung gefährdet. Der Flug kam im Ergebnis mit Verspätung in Osaka an. Gegen den Täter wurde danach wegen Geschäftsstörung durch Machtausübung (§ 234 j. StGB), Körperverletzung (§ 204 j. StGB) und § 150 Fluggesetz am 22. Jan. 2021 eine Klage bei LG Osaka eingereicht¹³.

b.) 2. Beispiel: Ankündigung der Sprengung

Im zweiten Beispiel geht es um die Ankündigung einer Sprengung. Gegen Kansai Universität gab es bis jetzt einige Ankündigungen bezüglich der Covid-Probleme. Es wurde von der Polizei in Stadt Suita, wo Kansai Universität sich befindet, angemeldet, dass es einen Hinweis auf der Website gibt, dass es jemanden die Uni-Campus um 19:19 Uhr am 11. Aug. 2020 sprengen will¹⁴. Der Täter behauptete, dass die Studierenden sanktioniert werden sollten, die die Covid-Viren verbreiten. In einem anderen Fall¹⁵ machte der Täter per E-Mail eine Ankündigung mehrerer Sprengungen öffentlicher Einrichtungen und Unigebäude innerhalb der Präfektur Osaka, die um 16:33 Uhr am 25. Aug. 2020 stattfinden sollten. An diesen beiden Tagen passierte zwar Gott sei Dank nichts, aber der Zutritt zum Unigelände wurde gesperrt und dadurch die Geschäftsführung der Uni sowie gegebenenfalls von Polizei und Feuerwehr beeinträchtigt. In Japan gab es seit der Covid-Pandemie einige Bombendrohungen via Internet oder Post, die allerdings bis jetzt keine Strafverfolgung oder Rechtsprechung wegen Geschäftsstörung oder ggf. Störung der Amtsausübung¹⁶ (§ 95 Abs. 1 j. StGB), wenn Polizei oder Feuerwehr im Einsatz waren, nach sich zog.

c) 3. Beispiel: Besuch eines öffentlichen Ortes mit der Aussage bzw. der Lüge „Ich bin mit Corona infiziert!“

Drittens nenne ich das typische und häufigste Beispiel von Geschäftsstörung in Bezug auf Covid-Probleme. Der Täter, der zwar gar nicht mit Covid infiziert war, besuchte ein Lokal oder einen Laden und sagte „Ich bin mit Corona infiziert!“. Danach sollten die Angestellten das Geschäft schließen, den Ort desinfizieren und schließlich sollten sie sich bei der Dienststelle wie dem Gesundheitsamt anmelden. Diese eigentlich unnötigen Leistungen, wie die Desinfektion sowie die erstandenen Kosten gehören zur Geschäftsstörung gemäß § 234 j. StGB.

¹³ *Kyodo Tsuushin* vom 22. Jan. 2021. Siehe <https://kumanichi.com/articles/79938>

¹⁴ https://www.kansai-u.ac.jp/ja/about/pr/news/2020/08/englishkorean_1.html

¹⁵ <https://www.kansai-u.ac.jp/ja/about/pr/news/2020/08/englishkorean.html>

¹⁶ Der Paragraph lautet: Wer gegen einen Beamten bei der Amtsausübung Gewalt gebraucht oder eine Drohung anwendet, wird mit Zuchthaus oder Gefängnis bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu fünfhunderttausend Yen bestraft, *Yamanaka, K. (Hrsg.)* a.a.O. S. 109. Es gibt eine Reihe von Verurteilungen, in denen der öffentliche Dienst umsonst durchgeführt wurde und die die Geschäftsstörung durch List zum Gegenstand hatten. Die ausführliche Darstellung darüber siehe *Otsuka, H. et al.* „Der Große Kommentar StGB“, *Seirin-Shoin* 2019, § 234 Rn. 138 ff.

(3) Straftat: Geschäftsstörung

Wie dargestellt, haben alle drei Beispiele mit dem Delikt Geschäftsstörung zu tun. Im Folgenden wird die Straftat genauer erklärt. Das japanische Strafrecht regelt vier Arten von Geschäftsstörung. Geschäft (Geschäftstätigkeit) bedeutet hier die Arbeitsleistung, die man wiederholt und dauerhaft zur Erhaltung des Soziallebens erbringt. Die vier Arten der Geschäftsstörung unterscheiden sich je nach Methode, mit der die Geschäftstätigkeit gestört wird. Durch 1. Verbreitung eines unwahren Gerüchts (§ 233 j. StGB), 2. List (Intrige) (§ 233 j. StGB), 3. Machtausübung (§ 234 j. StGB) und 4. Beschädigung von Datenverarbeitungsgeräten (Computer) (§ 234a Abs. 1 j. StGB). List gemäß § 233 j. StGB bedeutet Täuschung, Verführung oder eine sonstige rechtswidrige Tat, die den Irrtum oder sonstiges Nicht-Wissen einer anderen Person missbraucht¹⁷. Die oben dargestellten Fälle gehören entweder zur 2. Alternative oder zur 3. Alternative. In folgenden wird hauptsächlich der § 234 j. StGB dargestellt.

(4) Tatbestand

a.) Rechtsgut

Alle oben genannten Delikte gehören zum Kapitel 35 des japanisches Strafgesetzes, den „Straftaten gegen Kredit und Geschäfte“. Das Rechtsgut dieses Kapitel ist der ökonomische Kredit, der zwischen Ehre und Eigentum gestellt werden kann (§ 233 j. StGB), sowie Dienstleistungen¹⁸. Geschützt werden sollen nicht nur die wirtschaftlichen Tätigkeiten, sondern auch die Freiheit der sozialen Tätigkeiten bzw. die Willensfreiheit.

b.) Objektiver Tatbestand

Macht bedeutet laut Rechtsprechung die Anwendung der Kräfte, die für die Zurückhaltung der Willensfreiheit eines anreden erforderlich sind¹⁹. Das heißt, nicht nur Gewaltanwendung oder Erpressung, sondern auch die Ausnutzung einer Stellung oder Machtposition gehören zur Macht. Laut Literatur²⁰ ist die Macht ein Begriff, der breiter und lockere als Gewalttat und Erpressung ist und beinhaltet selbstverständlich diese Taten. Ferner gehört dazu diejenige Tathandlung, deren Intensität nicht den Grad von Gewalttat und Erpressung erreicht.

Dieses Delikt ist laut Rechtsprechung²¹ und Großteil der Literatur²² ein Gefährdungsdelikt. Also ist ein Taterfolg nicht erforderlich und genügen schon Taten, die die Geschäftsführung stören könnten²³.

¹⁷ *Maeda, M.* „Vorlesung des Strafrecht BT, 7. Aufl.“ Universität Tokio Verlag 2020, S. 141.

¹⁸ *Maeda M.* a.a.O. S. 140.

¹⁹ OGH vom 30. Jan. 1953, *Keiji-Hanreishuu* 7. 1. 128.

²⁰ *Otsuka, H. et al.* „Grundkurs Strafrecht II BT 2. Aufl.“, *Nippon-Hyoron-Sha* 2021, S. 112.

²¹ *Otsuka, H. et al.*, § 234 Rn. 299.

²² *Otsuka, H. et al.* a.a.O.

²³ OGH vom 30. Jan. 1953 a.a.O..

c.) Subjektiver Tatbestand

Als subjektiver Tatbestand ist der Vorsatz nötig. Der Täter soll die Erkenntnis haben, dass bei der Tathandlung die Gefahr besteht, seine Machtausübung könnte die Willensfreiheit einer anderen Person beeinträchtigen und somit die Geschäftsführung stören. Das Wollen, dass er Geschäftsführung einer anderen Person stören will, ist dagegen nicht notwendig²⁴.

(5) Unterschied zwischen List und Machtausübung

Der Unterschied zwischen List und Machtausübung liegt darin, ob es um eine Tat geht, die einen Irrtum des Opfers verursacht, oder die Willensfreiheit des Opfers überwindet²⁵. Die erste ist List und die letztere ist Machtausübung. Als Beispiel nennt *Maeda*²⁶, dass Machtausübung vorliege, wenn der Täter durch den Sitz in einem Zug eine Nadel sticht und die Fahrgäste diese Nadel optisch erkennen können. Dies stört die Geschäftsführung, nämlich den Transport. Wenn dagegen die Fahrgäste die Nadel nicht erkennen können, liegt Geschäftsstörung durch List vor. Ferner liegt laut *Maeda* ein weiteres Beispiel in Bombendrohungen. Wenn der Täter mit der Sprengung einer Bombe droht und der Veranstalter die Veranstaltung ausfallen lässt, ist der Täter wegen Geschäftsstörung durch Machtausübung gegenüber dem Veranstalter zu bestrafen. In dem Fall dagegen, in dem die Bombendrohung auf einer Täuschung basiert, ist der Täter wegen Geschäftsstörung mittels List zu bestrafen, wenn die Polizei eingesetzt wurde.

Als ein Beispiel der Geschäftsstörung durch List wird noch ein weiterer Fall²⁷ genannt. Der Angeklagte stellte mit seinen Mittätern heimlich eine Videokamera in der Nähe eines Geldautomaten auf und versteckte die Empfänger in einer Papiertüte auf dem Boden. Die Täter bezweckten, heimlich die Geheimzahlen der Bankkunden aufzunehmen, die am Automaten Geld abhoben. Die Täter agierten an zwei verschiedenen Orten jeweils über eineinhalb Stunden und ca. 1 Stunde 50 Minuten und verhielten sich wie normale Kunden. Sie besetzten den jeweils nicht präparierten Automat, um die Opfer zu dem Geldautomat zu leiten, an dem die Videokamera versteckt aufgestellt war. Der Angeklagte wurde wegen Eindringens in eine Wohnung usw. (§ 130 j. StGB) und Geschäftsstörung durch List (§ 233 j. StGB) bestraft. Laut LG Tokio stellt die Tathandlung, die Besetzung der nicht präparierten Automaten, offensichtlich eine Tathandlung dar, bei der die Gefahr bestand, dass das normale Geschäftsangebot mit dem Geldautomat gegenüber der allgemeinen Kundschaft gestört würde.

Bei der Machtausübung wird dagegen die Existenz des Hindernisses (wie die oben genannte Nadel) öffentlich und deutlich dem potenziellen Opfer aufgezeigt, da in diesem Delikt die Störung der Willensfreiheit als die Verletzung des Rechtsgut betrachtet wird. Da bei der Interpretation von List sowie Macht eine erweiterte Auslegung etabliert ist²⁸, ist es oft schwer möglich, die beiden Tathandlungen zu unterscheiden.

²⁴ OLG Tokio vom 29. 5. 2008 *Hanrei-Jihou* 2010. 47.

²⁵ Über den Unterschied, siehe auch *Otsuka, H. et al.* Rn. 283-295.

²⁶ *Maeda, M.* a.a.O. S. 146.

²⁷ Urteil vom 28. Juli 2006 im LG Tokio; LEX/DB Nr. 28145119 (1. Instanz), 28145120 (2. Instanz) und 28135340 (letzte Instanz).

²⁸ *Ida, M.* „Unterricht strafrechtlicher Wissenschaft, BT 2. Aufl.“ Yuhikaku 2020, S. 201 f.

(6) Das Verhältnis zum anderen Sonderstrafrecht

§ 1 Nr. 31 des Gesetzes gegen Bagatelldelikte regelt Haftstrafe oder Geldbuße gegen den Täter, der durch einen Streich die Geschäftsführung einer anderen Person gestört hat. Ein Streich bedeutet hier die vorübergehende Spielerei, die von keinem böswilligen Willen getragen ist. Dieser Paragraph ergänzt die strafrechtlichen Paragraphen, soweit die Tat nicht als Geschäftsstörung (§233, 234 j. StGB) oder Störung der Amtsausübung (§ 95 Abs. 1 j. StGB) zu bestrafen ist. Das OLG Tokio²⁹ interpretiert diese Vorschrift als Ergänzung und betrachtet den Fall, dass der Täter auf einer Pinnwand im Internet einen Eintrag hinterlässt, der als die Ankündigung einer schweren Straftat, wie einem Amoklauf interpretiert werden kann, nicht mehr als bloßen Streich, sondern als Geschäftsstörung durch List³⁰ (§ 233 j. StGB). Die oben dargestellte Bombendrohung bezüglich der Covid-Probleme könnte gemäß § 233 j. StGB beurteilt werden, wenn der Täter angezeigt wird.

(7) Verurteilungen gemäß § 234 j. StGB bezüglich der Covid-Probleme

Fünf Fälle (siehe Tabelle) konnten bis jetzt festgestellt werden.

Tabelle:

Gericht, Datum	Tathandlung	Tatort	Urteil
1. LG Nagoya 26. 6. 2020 ³¹	Äußerung: „Ich bin mit Corona infiziert“	Laden	10M Zuchthausstrafe ohne Bewährung
2. LG Utsunomiya 2. 7. 2020 ³²	Äußerung: „Ich bin mit Corona infiziert“	Elektromarkt	1J6M Zuchthausstrafe mit 3J auf Bewährung
3. LG Nagoya 11. 8. 2020 ³³	Äußerung: „Ich bin mit Corona infiziert“, „Mein Testergebnis war positiv“	Amt	1J6M Zuchthausstrafe mit 3J auf Bewährung
4. LG Nagoya 12. 8. 2020 ³⁴	Äußert, „ich bin Corona“, „Mein Testergebnis war positiv“ und Husten	Laden	1J4M Zuchthausstrafe mit 3J auf Bewährung

²⁹ Vom 21. März 2009, *Kou-Kei-Shuu* 62. 1. 21.

³⁰ *Otsuka, H. et al.*, § 234 Rn. 296.

³¹ LEX/DB Nr. 25566508. In der zweiten Instanz am 17. Sep. 2020 im OLG Nagoya wurde seine Berufung zurückgewiesen, LEX/DB Nr. 25566984.

³² D1-Law Nr. 28282090.

³³ D1-Law Nr. 28282781.

³⁴ LEX/DB Nr. 25571209.

	in Richtung des Ladenpersonals		
5. LG Hakodate 15. 1. 2021 ³⁵	Äußerung: „Ich bin mit Corona infiziert. Ich verbreite die Viren“ sowie Husten in Richtung des Personals	Gewerkschaft	1J6M Zuchthausstrafe mit 3J auf Bewährung

ist. Egal, ob es sich für den Täter um einen Scherz handelt oder dieser die Äußerung zur Stressbewältigung tätigt, ist er wegen Geschäftsstörung in unterschiedlichen Formen (List oder Machtausübung) strafbar. Die Geschäftsstörung ist ein einzigartiges Delikt in Japan. Ich freue mich sehr, wenn das Thema Ihr Interesse geweckt hat! Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

In allen Fällen waren die Verurteilten in Wahrheit nicht mit Covid infiziert. Jedoch führte schon die Äußerung der Täter, sie seien mit Covid infiziert, zur Überwältigung der Willensfreiheit anderer Personen, da zur Tatzeit niemand die Wahrheit (hinsichtlich der fehlenden Infektion) feststellen konnte und dadurch die Äußerungen Angst beim Ladenpersonal hervorrufen konnte. Diese waren gezwungen, das Geschäft vorübergehend zu schließen und den Raum bzw. das Gebäude zu desinfizieren und sich zusätzlich beim Gesundheitsamt zu melden. Somit ist die Machtausübung positiv festgestellt und im Ergebnis ist die Geschäftsführung gestört. Bemerkenswert ist, dass die Strafhöhe auch unter Berücksichtigung der Aussetzung zur Bewährung relativ hoch ist.

(8) Fazit

Wegen der neuen Pandemie ist unser Alltagsleben völlig verändert. Der Großteil der Bevölkerung trägt an öffentlichen Orten Masken. Viele verzichten auf Treffen mit Freunden und Kollegen oder auf Urlaubsreisen. Das Leben ist geprägt von Angst vor dem Coronavirus. Die Lage hat sich bis jetzt leider auch mit der Einführung des Impfprogramms nicht geändert. Diese Angst vor einer Pandemie ungeklärten Ausmaßes befördert die Erfüllung des Tatbestands der Paragraphen 233 und 234 j. StGB. Die Bevölkerung ist gehalten, nicht in der Öffentlichkeit die Lüge zu äußern, das Ergebnis eines PCR-Tests sei positiv. Der Tatbestand des § 234 j. StGB ist fast immer erfüllt, da unter der Bevölkerung die Angst vor Coronaviren herrscht und durch die oben genannte Lüge die Geschäftsführung gestört wird, da Geschäfte einstweilig geschlossen werden, um weitere Infektionen zu vermeiden und auch die zusätzlichen Arbeitsschritte wie Desinfektion, Anmeldung beim Gesundheitsamt usw. unentbehrlich wird. Da zur Tatzeit nicht festgestellt werden kann, ob die Äußerung wahr oder bloß eine Lüge ist, wird der objektive Tatbestand der Machtausübung relativ einfach erfüllt. Die Äußerung, „Ich bin mit Corona infiziert!“, stellt eine Machtausübung dar, die die freie Willensentscheidung des Opfers wegen Angst vor Viren überwältigt bzw. beeinträchtigt. Der Taterfolg ist ebenfalls leicht festzustellen, da die anschließend durchgeführte Handlung oder Entscheidung wie die einstweilige Geschäftsschließung während der Reinigung und Desinfektion des Ortes usw. als konkrete Geschäftsstörung betrachtet werden kann. Wie schon dargestellt wurde, reicht schon die bloße Gefährdung aus, um die Strafe zu verhängen. Bei Tathandlungen wie Verleumdung per SMS³⁶ oder Bombendrohungen gegen Einrichtungen, in denen sich viele Leute aufhalten, wird der objektive Tatbestand der List (§ 233 j. StGB) erfüllt, wenn der Inhalt der Äußerung eine Lüge

³⁵ D1-Law Nr. 28290460.

³⁶ Ggf. auch der Tatbestand der Ehrverletzung (§ 230 j. StGB).