

Die Transformation des Rechts in der Post-Covid-Gesellschaft

The Transformation of Law in the Post-Covid Society

Vorträge des 10. Trilateralen deutsch-japanisch-koreanischen Seminars

3. bis 6. November 2023 in Osaka

herausgegeben von Prof. Dr. Rikizo Kuzuhara und Prof. Dr. Andreas Popp, M.A.

Hanyang University, College of Law, Seoul

Kansai University, School of Law, Osaka

Universität Konstanz, Fachbereich Rechtswissenschaft, Konstanz

VORWORT

Der vorliegende Band dokumentiert (nahezu vollständig) die Beiträge zum trilateralen – nämlich deutsch-japanisch-koreanischen – Seminar, das im November vergangenen Jahres wieder an der Kansai-Universität in Osaka veranstaltet werden konnte. Es ist nun bereits das zehnte seiner Art, und dieses kleine Jubiläum erfüllt uns mit nicht nur mit besonderer Freude, sondern auch ein wenig mit Stolz – belegt es doch, wie nachhaltig sich unsere trilaterale rechtswissenschaftliche Kooperation über die vergangenen Jahrzehnte hinweg entwickelt und verdichtet hat.

Großen Dank schulden wir der Kansai-Universität und ihrem Rektor, Herrn Professor Dr. *Yutaka Maeda*, für die großzügige Unterstützung unserer Tagung in Osaka, ebenso allen Kolleginnen und Kollegen, die mit eigenen Referaten, Diskussionsbeiträgen oder in anderer Weise zum Gelingen dieses Seminars beigetragen haben, und schließlich den studentischen Hilfskräften in Konstanz für die wertvolle Unterstützung bei der Schlussredaktion.

Osaka und Konstanz, im Frühjahr 2024

Rikizo Kuzuhara Andreas Popp

Inhalt

I. Öffentliches Recht – Public Law

Takayuki Harashima

Das Zusammenwirken der gesetzgebenden und der rechtsprechenden Gewalt 11

Seon, Jiweon

Die Wandlung der Mediennutzung in der Post-Covid-Gesellschaft – Gedanken zu TV 4.0 23

Judith Froese

Recht in Zeiten der Krise(n): Resilienz – Adaptation – prospektiver Freiheitsschutz 36

Bang, Seung-Ju

Klimawandel und Schutz der Grundrechte 51

II. Privat- und Wirtschaftsrecht – Private and Commercial Law

Chung, Somin

Electronic Wills in a Post-Pandemic World 63

Jochen Glöckner

Die mündliche Verhandlung in Zivilsachen nach Corona 73

Kim, Cha-Dong

A Study on the Violation of Restrictions placed on a Director's (of juristic persons) or a Corporate President's Representation Power 94

Yo Terakawa

Aktuelle Herausforderungen für das Recht des bargeldlosen Zahlungsverkehrs in Japan aus der Perspektive des Verbraucherschutzes 108

III. Strafrecht – Criminal Law

Hiroki Yamashita

Verkehrsstrafrechtliche Probleme automatisch gesteuerter fahrerloser Fahrzeuge 123

Andreas Popp

Solidarische Körper? 128

Mitsuru Iijima

Die Gnade in der japanischen Rechtsordnung 137

Teil I
Öffentliches Recht

Part I
Public Law

Das Zusammenwirken der gesetzgebenden und der rechtsprechenden Gewalt

Eine Studie über Entscheidungen des japanischen Obersten Gerichtshofs und des deutschen Bundesverfassungsgerichts zum verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot

TAKAYUKI HARASHIMA *

I. Einleitung

In der sog. Corona-Pandemie wurde unsere Handlungsfreiheit im Alltag vielgestaltig beschränkt. Man sieht ein Charakteristikum der Corona-Zeit in Japan darin, dass viele Maßnahmen ohne *rechtliche* Verpflichtung oder Zwang getroffen und trotzdem von vielen befolgt wurden. Viele Menschen haben freiwillig Maske getragen oder es unterlassen, einen Ausflug oder eine Reise zu machen oder gemeinsam mit anderen Menschen auswärts zu essen. Dies mag an der höheren Überzeugungskraft der Regierung oder der Experten liegen, wird aber manchmal auch aus einem gesellschaftlichen Gruppenzwang heraus erklärt. Wegen einer solchen gesellschaftlichen „abschreckenden Wirkung“ sei es auch den Menschen, die eigentlich gegen die Corona-Maßnahmen waren, schwer gefallen, sich entgegen der vorherrschenden „sozialen Atmosphäre“ zu verhalten.

Aber die abschreckende Wirkung stammt selbstverständlich auch aus rechtlichen Regelungen, die von der öffentlichen Gewalt zwangsweise umgesetzt werden. Bei Rechtsnormen mit Zwangskraft bilden die möglichst niedrige abschreckende Wirkung und möglichst hohe Voraussehbarkeit der staatlichen Sanktionen die unerlässliche Voraussetzung für die Handlungsfreiheit der einzelnen Menschen. Erst dadurch kann man sein Verhalten auf die Rechtslage einrichten und muss keine willkürlichen staatlichen Reaktionen befürchten.

* Ass.-Prof. Dr. *Takayuki Harashima*, Kansai Universität Osaka.

Dies ist ein klassisches Thema, hat aber angesichts der Erfahrungen in der Corona-Zeit auch in der Post-Covid-Gesellschaft noch nicht an Bedeutung verloren.

In meinem Beitrag möchte ich mich dem Bestimmtheitsgebot der Strafnormen als einem typischen Themenbereich der abschreckenden Wirkung beschäftigen. Aus verfassungsrechtlicher Perspektive geht es darum, was das Bestimmtheitsgebot den öffentlichen Gewalten gebieten und verbieten, welche Aufgaben es diesen zuweisen und wie es dadurch die notwendige Vorhersehbarkeit sicherstellen sollte. Zunächst soll die Diskussionslage in der japanischen Verfassungsrechtswissenschaft vorgestellt werden (II). Sodann wird der Blick kurz auf die deutschen Entwicklungen gerichtet (III), bevor die aus dieser Untersuchung gewonnenen Erkenntnisse zusammengefasst werden (IV).

II. Bestimmtheitsgebot in der Rechtsprechung des japanischen Obersten Gerichtshofs

1. Bestimmtheitsgebot und Art. 31 der Japanischen Verfassung

In Japan leitet man das Bestimmtheitsgebot von Strafnormen aus Art. 31 der Japanischen Verfassung ab. Nach diesem Gebot ist strafwürdige Tat und Strafe vorher gesetzlich so konkret zu umschreiben, dass die Normadressaten voraussehen können, ob ein Verhalten strafbar ist. Eine vage und unbestimmte Strafnorm würde gegen diesen Artikel verstoßen und nichtig sein.

Das Bestimmtheitsgebot beruht vor allem auf zwei verfassungsrechtlichen Grundlagen. Die erste stammt aus der Perspektive der Bürger. Eine klare Abgrenzung zwischen den verbotenen, mit Strafe bedrohten Taten und den anderen bildet die unerlässliche Voraussetzung für die freie Handlung. Eine unscharfe Grenzziehung würde eine „abschreckende Wirkung“ („*chilling effect*“) auf die Bürger entfalten und dazu führen, dass sie aus Furcht vor staatlichen Sanktionen auch unverbote, eigentlich verfassungsrechtlich geschützte Handlungen unterlassen. Die zweite Grundlage des Bestimmtheitsgebots nimmt die öffentlichen Gewalten in den Blick. Eine Recht und Freiheit der Bürger einschränkende Rechtsnorm stellt auch eine Rechtsnorm dar, die die rechtsvollziehenden und rechtsprechenden Organen zum Eingriff in Recht und Freiheit ermächtigt. Eine unbestimmte Rechtsnorm ermangelt der notwendigen Eingrenzung der Ermächtigung und könnte zur missbräuchlichen Ausübung staatlicher Gewalt verleiten¹.

¹ Über diese zwei Grundlagen, also die freiheitsgewährleistende und gewaltenteilende Funktion, hat auch der OGH z. B. in seinem *Tokushima-Urteil* vom 10.9.1975 folgende allgemeine Ausführungen gemacht: Ein vager und unbestimmter Straftatbestand sei wegen Verletzung des Art. 31 der Verfassung verfassungswidrig und nichtig, wenn die Vorschrift der normalen Bevölkerung keine Vorgaben liefert, wie verbotenes und nicht verbotenes Tun zu unterscheiden sei, und damit für die Normadressaten die Strafbarkeit unvorhersehbar und die Ausführung der Strafnormen durch die rechtsanwendenden Organe willkürlich wird (vgl. Urteil des OGH vom 10. 9. 1975, *Keishu* (OGHSt) 29 (8), 489).

Wie oben kurz zusammengefasst, betonen die Lehre und Rechtsprechung die Problematik der unbestimmten Strafnormen und stufen das Bestimmtheitsgebot in einen der Gewährleistungsgehalte des Art. 31 der Verfassung ein. Vor allem die Verfassungsrechtswissenschaft zieht hier sog. *void for vagueness doctrine* heran. Aufgrund dieser Doktrin verlangt sie von der Rechtsprechung, bei einer vagen und unbestimmten Norm unabhängig von konkreten Umständen des Einzelfalls – auch wenn also die Vorschrift mindestens im Verhältnis zum betroffenen Angeklagten hinreichend bestimmt wäre – diese Norm für verfassungswidrig zu erklären. Um die abschreckende Wirkung auf die freien Handlungen, insbesondere auf die Ausübung der sog. geistigen Freiheiten (Meinungsäußerungsfreiheit, Versammlungsfreiheit u.s.w.) so früh wie möglich zu beseitigen, sollten Gerichte ihre Gültigkeit verneinen.

Trotzdem finden sich bisher in der Praxis des japanischen Obersten Gerichtshofs (OGH) keine Entscheidungen, in denen eine Strafnorm wegen der fehlenden Bestimmtheit für nichtig erklärt wurde². Denn der OGH hat zur Vermeidung der Verfassungswidrigkeitserklärung immer wieder den Versuch unternommen, die Bedeutung oder Reichweite der unbestimmten Normen unter dem Namen der „Auslegung“ einzuschränken. Dieses gerichtliche Instrument bezeichnet man als eine *verfassungskonforme einschränkende Auslegung*. Das Bestimmtheitsgebot wird so in der verfassungsrechtswissenschaftlichen Diskussion mit der verfassungskonformen einschränkenden Auslegung in Verbindung gebracht.

2. Bestimmtheitsgebot und die verfassungskonforme einschränkende Auslegung

(1) Der Grundsatz der verfassungskonformen einschränkenden Auslegung

Die verfassungskonforme einschränkende Auslegung ist in der Praxis des OGH eine wohlvertraute Operation. So hat das Gericht zum Beispiel in seinem Urteil vom 12. 12. 1984 ausgeführt, auch beim Verdacht der Verfassungswidrigkeit „solle das Gesetz gemäß der Verfassung ausgelegt und damit seine Gültigkeit aufrechterhalten werden, sofern dies im Rahmen einer rationalen Gesetzesauslegung bleibe“³. Der OGH greift nicht selten auf die-

² Das dürfte auch an der allgemeinen Tendenz des OGH zur Zurückhaltung bei der inzidenten Normenkontrolle liegen. Der OGH ist das oberste Revisionsgericht der einheitlichen Gerichtsbarkeit. Das Gericht hat bisher seine Kompetenz, ein Gesetz auf seine Verfassungsmäßigkeit hin zu überprüfen und ein verfassungswidriges Gesetz zu verwerfen, nur sehr zurückhaltend ausgeübt. Es gibt seit Beginn seiner Tätigkeit nur ungefähr 12 Entscheidungen, in denen ein Gesetz für verfassungswidrig erklärt wurde. Vor diesem Hintergrund wird der OGH von der Verfassungsrechtswissenschaft als zu passiv angesehen. Diese Praxis könnte dazu führen, dass die gerichtliche Normenkontrolle leerläuft – so kritisiert die Lehre das Gericht heftig. Seine Passivität bleibt aber allgemein unverändert.

³ Vgl. Urteil des OGH vom 12. 12. 1984, *Minshu* (OGHZ) 38 (12), 1308. Auch in einem anderen Urteil wurde der Grundsatz der verfassungskonformen einschränkenden Auslegung folgendermaßen formuliert: Gesetzliche Bestimmungen seien soweit wie möglich „gemäß dem Geist der Verfassung rational auszulegen“. Die Behauptung der Parteien, die die betreffende Vorschrift nur wegen ihres verfassungsrechtlich fragwürdigen Wortlauts für verfassungswidrig und nichtig hielten, könne nicht akzeptiert werden (vgl. Urteil des OGH vom 2. 4. 1969, *Keishu* (OGHSt) 23 (5), 305 – *Tokyoso-Urteil*).

ses Instrument zurück, um den Zweifel an der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes auszuräumen und dadurch die Verfassungswidrigkeitserklärung zu vermeiden⁴. Einen der typischsten Anwendungsfälle bilden dabei diejenigen Fälle, in denen ein Straftatbestand im Hinblick auf seine mangelnde Bestimmtheit beanstandet wird.

(2) Erscheinungsformen der verfassungskonformen einschränkenden Auslegung

Ich möchte ein Beispiel anführen: Bei dem *Tokushima-Urteil*⁵ vom 10. 9. 1975 ging es um die Unbestimmtheit der die Versammlungsfreiheit einschränkenden Vorschrift. Die Kommunalatzung der Stadt Tokushima schreibt mit Strafandrohung vor, dass wer die Demonstrationen auf der Straße durchführt, „verkehrliche Ordnung aufrechterhalten“ muss. Gefragt war, ob das Tatbestandsmerkmal „verkehrliche Ordnung aufrechtzuerhalten“ wegen der fehlenden Bestimmtheit nicht verfassungswidrig ist.

Der OGH hat einerseits dieses Tatbestandsmerkmal als „erheblich unangemessen“ bewertet, da dieses „nicht konkret klarstelle, welche Handlung oder Unterlassung verpflichtet sei“. Andererseits hat das Gericht aber die unvermeidbare Abstraktheit von Strafnormen in den Blick genommen und ausgeführt, „ob eine Strafnorm wegen ihrer Vagheit und Unbestimmtheit gegen Art. 31 der Verfassung verstößt und nichtig ist, solle danach entschieden werden, ob die normale Bevölkerung aus der Vorschrift diejenige Vorgabe herauslesen könnte, die erkennen lasse, ob ihr eigenes Verhalten unter konkreten Umständen strafbar sei“. Nach diesen Maßstäben ist der OGH zum Ergebnis der Verfassungsmäßigkeit gelangt, indem er die Vorschrift verfassungskonform einschränkend ausgelegt hat. Die Vorschrift sei also dahin auszulegen, dass sie nur „eine so grobe Beeinträchtigung der Verkehrsordnung verbiete, dass sie über eine mit einer ordnungsmäßigen und friedlichen Demonstration einhergehende Beeinträchtigung weit hinausgehe“, und sei bei dieser Auslegung weder unbestimmt noch verfassungswidrig. Denn es sei für „die normale Bevölkerung“ nicht schwer, unter konkreten Umständen zu beurteilen, ob die obige Vorgabe auf ihr eigenes Verhalten zutreffe.

In diesem Fall stand der OGH vor der Alternative, entweder die Vorschrift wegen ihrer Unbestimmtheit zu verwerfen oder die Verfassungswidrigkeitserklärung im Wege der verfassungskonformen einschränkenden Auslegung zu vermeiden. Die Verfassungsmäßigkeit

⁴ Rechtsprechung und Lehre sehen die Begründung für die verfassungskonforme einschränkende Auslegung in den verschiedenen kompetenzrechtlichen und verfahrensrechtlichen Gründen dafür, weshalb Gerichte die Nichtig- und Verfassungswidrigkeitserklärung vermeiden sollen: (i) Nach dem Grundsatz der Gewaltenteilung solle das Gericht seinen Eingriff in die Kompetenz des Gesetzgebers soweit wie möglich zurückhalten. (ii) Nach dem Demokratieprinzip solle das Gericht die Entscheidung des von der Bevölkerung gewählten und demokratisch legitimierten Gesetzgebers größtmöglich respektieren. (iii) Auch die der Rechtsprechung immanenten, funktionellen Grenzen werden herangezogen. Die Rechtsprechung könne im Hinblick auf ihre Organisation und ihr Verfahren nur begrenzt die Materialien erreichen, die die zutreffende Abwägung und den Ausgleich der unterschiedlichen Interessen in der Gesellschaft ermöglichen, die aber zur zuverlässigen Verfassungsbeurteilung unerlässlich sind. Aus diesen Gründen solle sich das Gericht bei der Normenkontrolle selbstbeschränkend verhalten. Um diese Selbstbeschränkung zu erreichen, sei es geboten, auf die verfassungskonforme einschränkende Auslegung zurückzugreifen.

⁵ Vgl. Urteil des OGH vom 10. 9. 1975, *Keishu* (OGHSt) 29 (8), 489.

der Norm hängt also von der Möglichkeit der einschränkenden Auslegung ab.⁶ Die Lehre und Rechtsprechung setzt so das Bestimmtheitsgebot an die gesetzliche Vorschrift und die Bestimmtheit der Auslegungsergebnisse als Grenze verfassungskonformer einschränkender Auslegung gleich⁷. Auf diese Weise hat sich der Brennpunkt der Diskussion auf die Möglichkeit und Grenzen der verfassungskonformen einschränkenden Auslegung verschoben.

(3) Bestimmtheitsgebot als Grenze der verfassungskonformen einschränkenden Auslegung?

Nach der ständigen Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts endet die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung dort, wo sie mit dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch träte⁸. Dagegen spielt in Japan der Widerspruch zum gesetzgeberischen Willen als Grenze kaum eine Rolle. Zum anderen wurde die Wortlautgrenze im *Sapporo-Zeikan-Urteil* vom 12.12.1984 in ein Bestimmtheitsgebot umgestaltet⁹. Nach dem Urteil muss die verfassungskonforme einschränkende Auslegung zwei Bedingungen erfüllen: (i) dass durch die Auslegung der Regelungsgegenstand der Norm klar abgegrenzt und nur das verfassungsmäßig Beschränkbare hervorgehoben wird, (ii) Und dass die normale Bevölkerung aus der Vorschrift herauslesen kann, ob die betreffenden Tätigkeiten unter konkreten Umständen untersagt sind¹⁰.

Mit der Bestimmtheit und Herauslesbarkeit wird in der Praxis des OGH aber sehr großzügig umgegangen. Nur ein Beispiel¹¹: Eine Kommunalsatzung der Präfektur *Fukuoka* zum Schutz der Jugendlichen schreibt mit Strafandrohung vor, „Niemand darf gegenüber dem Jugendlichen *lüsterne* oder *obszöne Handlungen* begehen“. Der OGH hat ausgeführt, wenn man die Bestimmung buchstäblich auslege, so wäre sie nicht frei vom Verdacht der Verfassungswidrigkeit. Er hat aber gesagt, nach ihrem Sinn und Wortlaut bedeute das Wort

⁶ Dass die klare Begrenzung des Straftatbestands im Rahmen einer Auslegung erreicht werden kann (Bestimmtheit der Auslegungsergebnisse), bedeutet hier also gleichzeitig die Bejahung der Bestimmtheit der Strafnorm (Bestimmtheit der gesetzlichen Vorschrift).

⁷ Das führt dazu, dass die Voraussetzungen der Verfassungswidrigkeitserklärung und die der Zulässigkeit der einschränkenden Auslegung überschneiden.

⁸ Vgl. BVerfGE 138, 64 (94). Vgl. auch BVerfGE 54, 277 (299); 78, 20 (24); 118, 212 (234); 124, 25 (39); 130, 372 (398); 138, 296 (350).

⁹ Vgl. Urteil des OGH vom 12. 12. 1984, *Minshu* (OGHZ) 38 (12), 1308.

¹⁰ Bei diesen Maßstäben stellt das erste Kriterium darauf ab, ob durch die Auslegung der verfassungsmäßige Teil der Vorschrift von ihrem verfassungswidrigen Teil klar abgegrenzt werden kann. Zum anderen stellt das zweite Kriterium darauf ab, ob die normalen Bürger aus der Vorschrift selbst die Tatbestandsmerkmale des so abgegrenzten Teils herauslesen kann. Diese Maßstäbe zielen zum einen auf die Beseitigung des verfassungswidrigen Inhalts ab und sollen zum anderen dafür sorgen, dass weder die Vorschrift noch die Auslegung so unklar und unscharf gemacht werden, dass sie die abschreckende Wirkung auf die Bürger entfalten.

¹¹ Man findet auch noch andere Beispiele. So handelte es sich beim Urteil des OGH vom 12. 12. 1984 um die Frage, ob § 21 Abs. 1 Nr. 3 des Zolltarifgesetzes (Einfuhrverbot von „Bücher, Bilder usw., die die guten Sitten beschädigen“) wegen der fehlenden Bestimmtheit nicht verfassungswidrig ist. Der OGH hat dabei „gute Sitten“ als sexuelle Sitten ausgelegt und Bücher und Bilder, deren Einfuhr gesperrt werden, auf „obszöne Bücher und Bilder“ eingeschränkt. Bei dieser restriktiven Auslegung erfülle sich das Bestimmtheitsgebot und finde sich keine Gefahr, dass diejenige abgeschreckt werden könnten, die eine durch die Meinungsfreiheit garantierte Tätigkeit ausüben wollen. Deswegen fehle es der Vorschrift an der notwendigen Bestimmtheit gar nicht und sie verstoße nicht gegen die Verfassung.

„üstern“ nicht Geschlechtsverkehr schlechthin, sondern nur Geschlechtsverkehr und ähnliche Handlungen, die die körperliche und geistige Unreife des Jugendlichen ausnutze oder ihn als bloßes Objekt zur Befriedigung des eigenen sexuellen Verlangens behandle. Dieses Normverständnis entspreche „dem Verständnis der normalen Bevölkerung“, und deswegen sei die Bestimmung bei dieser Auslegung weder unbestimmt noch verfassungswidrig¹².

Dem haben mehrere Richter eine abweichende Meinung entgegengesetzt. Die einschränkende Auslegung, die die Senatsmeinung vorgenommen hat, überschreite die Grenzen der verfassungskonformen Auslegung. Das Urteil sah sich auch von Seiten der Lehre heftiger Kritik ausgesetzt. Diese Kritik richtete sich vor allem gegen die fehlende Vorhersehbarkeit der Auslegungsergebnisse. Obwohl der Gesetzeswortlaut als Straftatbestand nur das Wort „lüstern“ verwende, habe die Definition der Senatsmeinung auch noch eine bestimmte missbilligte Zweckrichtung der sexuellen Handlung als Tatbestandsmerkmal hineingelesen. Eine solche Auslegung gehe weit über das Verständnis der normalen Bevölkerung hinaus.

3. Zusammenfassung

Die japanische Diskussionslage soll kurz zusammengefasst werden. Der OGH setzt auch in vielen anderen Fällen bei der Beanstandung gegen einen Straftatbestand wegen seiner Unbestimmtheit wohlwollend die verfassungskonforme einschränkende Auslegung an, um die Verwerfung des Gesetzes zu vermeiden und im Einzelfall den Angeklagten zu verurteilen. Dieser Auslegung werfen die nicht seltenen abweichenden Meinungen und die Verfassungsrechtswissenschaft die Überschreitung der Grenzen vor. Seine Auslegung vertritt oft ein Normverständnis, das im Gesetzeswortlaut kaum einen Anhaltspunkt findet und ist so unscharf, dass die Maßstäbe für die Auslegung und Anwendung der Norm noch komplizierter und unklarer würden. Das führt zur Rechtsunsicherheit und der erhöhten abschreckenden Wirkung auf die Bürger, die gerade das Bestimmtheitsgebot verhindern wollte.

Trotz dieser Kritik tendiert der OGH stark dazu, die Bestimmtheit von Strafnormen leichter anzunehmen. Entgegen dieser Praxis fordert die Verfassungsrechtswissenschaft das Gericht angesichts der fehlenden Heraussehbarkeit der Auslegungsergebnisse aus Sicht der Bevölkerung dazu auf, die betroffene Vorschrift für verfassungswidrig zu erklären. Das Bestimmtheitsgebot richte sich an den Gesetzgeber und die gesetzliche Vorschrift als solche und zwingt ihn zu einer klaren Normierung. Doch diene die einschränkende Auslegung des OGH eher als „Rettung“ der vagen und unbestimmten Vorschriften und entziehe damit dem Bestimmtheitsgebot die praktische Wirksamkeit – so übt die Lehre die Kritik an der Praxis des OGH.

Auf der anderen Seite scheint es mir aber auch der Verfassungsrechtswissenschaft nicht zu gelingen aufzuzeigen, wie man die gerichtliche Auslegung und Anwendung anhand des Bestimmtheitsgebots kontrollieren oder Vorhersehbarkeit als Grenze praktizieren könnte. Wenn man ferner die unvermeidbare Abstraktheit einer gesetzlichen Vorschrift und die

¹² Vgl. Urteil des OGH vom 23. 10. 1985, *Keishu* (OGHSt) 39 (6), 413 – *Fukuoka-Urteil*.

Schwierigkeit zur Verwirklichung des Bestimmtheitsgebots nur durch die Gesetzgebung ernst nimmt, sollte man auch über die möglichen Leistungen der Judikative nachdenken und diese Überlegung in die Theorie und Dogmatik einbeziehen. Aber die Diskussion geht fast in den Maßstäben für die Auswahl zwischen der Verfassungswidrigkeitserklärung und der verfassungskonformen einschränkenden Auslegung auf. Dies führt dazu, dass es in der Verfassungsrechtswissenschaft außer der nur abstrakt formulierten und nur schwer zu operationalisierenden Herausforderbarkeit ungeklärt bliebe, welche Aufgaben das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot der rechtsprechenden Gewalt zuweist und welche Verpflichtungen ihrer Auslegung und Anwendung auferlegt. Vor diesem Hintergrund scheinen mir in Bezug auf das Bestimmtheitsgebot sowohl die Rechtsprechung als auch die Verfassungsrechtswissenschaft zu stagnieren und die Theorie und Dogmatik nicht weiterentwickeln zu können.

III. Das Bestimmtheitsgebot in der Rechtsprechung des deutschen BVerfG

Nun richte ich den Blick kurz auf Deutschland, um nach dem Ansatz zur Reflexion über die japanische Diskussionslage zu suchen. Wenn ich richtig sehe, ist die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dadurch charakterisiert, die Adressanten des Bestimmtheitsgebots zu differenzieren und seine Gewährleistungsgehalte an den Gesetzgeber und an die Rechtsprechung jeweils zu entwickeln.

1. Bestimmtheitsgebot an den Gesetzgeber

In Deutschland gewährleistet Art. 103 Abs. 2 GG das Bestimmtheitsgebot von Strafnormen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verpflichtet er den Gesetzgeber, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen¹³. Das Gericht betont aber zugleich, dass das Bestimmtheitsgebot angesichts der Notwendigkeit zur Berücksichtigung des Wandels der Verhältnisse oder der Besonderheit des Einzelfalls und wegen der Allgemeinheit und Abstraktheit von Strafnormen die Verwendung unbestimmter auslegungs- und konkretisierungsbedürftiger Begriffe nicht von vornherein ausschließe¹⁴. Vor diesem Hintergrund werden die Bedingungen für die verfassungsmäßig bestimmten Strafnormen formuliert: zum einen müsse „im Regelfall“ der Normadressat die Strafbarkeit eines Verhaltens bereits anhand des Wortlauts der gesetzlichen Vorschrift voraussehen können¹⁵; zum anderen müsse „in Grenzfällen“ zumindest das Risiko einer Bestrafung für die Normadressaten erkennbar sein¹⁶.

¹³ Vgl. BVerfGE 71, 108 (114); 73, 206 (234 f.); 85, 69 (72 f.); 92, 1 (12); 126, 170 (195); 143, 38 (53); 150, 310 (340); 160, 284 (318).

¹⁴ Vgl. BVerfGE 73, 206 (235); 75, 329 (342 f.); 85, 69 (73); 92, 1 (12); 126, 170 (196); 143, 38 (54 f.); 150, 310 (341); 160, 284 (319).

¹⁵ Vgl. BVerfGE 71, 108 (115); 73, 206 (235); 92, 1 (12); 126, 170 (195); 160, 284 (318).

¹⁶ Weil es wegen der Allgemeinheit und Abstraktheit von Strafnormen unvermeidlich sei, dass in Grenzfällen zweifelhaft sein kann, ob ein Verhalten noch unter den gesetzlichen Tatbestand fällt oder nicht (vgl. BVerfGE 71, 108 [115];

Diesen Ausführungen könnte man die enge Verbindung der Bestimmtheit von Strafnormen mit der Zugänglichkeit einer Strafbarkeit ermittelnden gerichtlichen Auslegung entnehmen. Das Bundesverfassungsgericht hebt hervor, dass keine Bedenken gegen die Verwendung unbestimmter Begriffe oder von Generalklauseln dann bestehe, wenn sich mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden oder aufgrund einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung eine zuverlässige Grundlage für eine Auslegung und Anwendung der Norm gewinnen lasse oder wenn eine restriktive, präzisierende Auslegung möglich sei¹⁷. Auf diese Weise wird die Bestimmtheit von Strafnormen als solchen mit der Erkennbarkeit der Strafbarkeit bzw. des Risikos einer Bestrafung erst durch die gerichtliche Auslegung, vor allem durch die gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung in Verbindung gebracht. Verfassungsrechtliche Bedenken, welche die Weite eines Tatbestandsmerkmals bei isolierter Betrachtung auslösen müsste, können durch eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung entkräftet werden¹⁸. In diesem Punkt könnte man einen ähnlichen Ansatz wie den des japanischen OGH beobachten.

2. Bestimmtheitsgebot an die Rechtsprechung

Darüber hinaus erscheint es für die japanische Verfassungsrechtswissenschaft bemerkenswert, dass in den deutschen Entscheidungen die Gewährleistungsgehalte des Bestimmtheitsgebots auch an die Judikative statuiert werden. Das Bestimmtheitsgebot richtet sich nicht mehr nur an den Gesetzgeber. Es erlegt auch dem Richter die Verpflichtungen auf, die über das traditionelle Analogieverbot hinausgehen. Aus zeitlichen Grenzen könnte ich hier nur zwei Verpflichtungen – das Verschleifungsverbot und Präzisierungsgesetz – kurz erwähnen, die der Untreue-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2010 ausdrücklich eingeführt haben soll¹⁹.

(1) Verschleifungsverbot

Das Gericht hat im Anschluss an die allgemeinen Ausführungen zum Analogieverbot die speziellen Ausführungen zum Verschleifungsverbot gemacht: „Dementsprechend darf die Auslegung der Begriffe, mit denen der Gesetzgeber das unter Strafe gestellte Verhalten

92, 1 [12]). Es soll daher nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Grenzfällen ausnahmsweise genügen, wenn lediglich das Risiko einer Bestrafung erkennbar sei (vgl. BVerfGE 126, 170 [196]; 160, 284 [318 f.]). Nach Ansicht von *Rudolf Mehl* hat das Bundesverfassungsgericht seine frühere Rechtsprechung dahingehend relativiert, dass die obige Aussage nur der Unvermeidbarkeit von Randunschärfen Rechnung trage (ders., *Das Verschleifungsverbot: Bestimmung und Verortung einer verfassungsrechtlichen Auslegungsgrenze*, 2020, S. 195).

¹⁷ Vgl. BVerfGE 73, 206 (243); 86, 288 (311); 92, 1 (18); 96, 68 (98); 126, 170 (196 f.); 160, 284 (319 f.).

¹⁸ Vgl. *Frank Zieschang*, Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB, JR 2022, S. 286.

¹⁹ BVerfGE 126, 170. *Frank Saliger*, Das Untreuestrafrecht auf dem Prüfstand der Verfassung, NJW 2010, S. 3195 f. stuft den Beschluss als eine „Grundsatzentscheidung“ ein, die dem Gesetzlichkeitsprinzip drei zusätzliche neue Vorgaben für die Handhabung weit gefasster Tatbestände und Tatbestandsmerkmale entnommen habe. Dagegen handelt es sich dabei für *Matthias Krüger*, Neues aus Karlsruhe zu Art. 103 II GG und §266 StGB, NSTZ 2011, S. 372 um keine neue Vorgaben.

bezeichnet hat, nicht dazu führen, dass die dadurch bewirkte Eingrenzung der Strafbarkeit im Ergebnis wieder aufgehoben wird. Einzelne Tatbestandsmerkmale dürfen also auch innerhalb ihres möglichen Wortsinns nicht so weit ausgelegt werden, dass sie vollständig in anderen Tatbestandsmerkmalen aufgehen, also zwangsläufig mit diesen mitverwirklicht werden (Verschleifung oder Entgrenzung von Tatbestandsmerkmalen)²⁰.

Wenn ich es richtig verstehe, beruht das Verschleifungsverbot auf dem Grundgedanken, dass die Gerichte die Entscheidung des Gesetzgebers nicht dadurch unterlaufen dürfen, dass sie ein strafbeschränkendes Tatbestandsmerkmal mit einem anderen Merkmal so verschleift, dass eines der beiden Merkmale tatsächlich inhaltslos und ihm damit seine strafbegrenzende Wirkung entzogen wird²¹. Das Verschleifungsverbot hat folglich seine zentrale Begründung im Grundsatz der Gewaltenteilung und Demokratieprinzip²². Es gehört zu den Aufgaben des Gesetzgebers, wesentliche Fragen der Strafwürdigkeit oder Straffreiheit im demokratisch-parlamentarischen Willensbildungsprozess zu klären und das strafwürdige Verhalten festzulegen. Hat der Gesetzgeber danach ein Tatbestandsmerkmal in einen Straftabestand aufgenommen, so ist es den Gerichten geboten, diese Grundentscheidung des Gesetzgebers zu respektieren und die vom Tatbestandsmerkmal bewirkte Eingrenzung der Strafbarkeit nicht leerlaufen zu lassen²³. Das Bestimmtheitsgebot setzt so der gerichtlichen Auslegung Grenzen. Das Bundesverfassungsgericht kontrolliert ihre Überschreitung am Maßstab des Verschleifungsverbots²⁴.

(2) Präzisierungsgebot

Nach dem Untreue-Beschluss enthält Art. 103 Abs. 2 GG auch Vorgaben für die Handhabung weit gefasster Tatbestände und Tatbestandselemente. Es ist die Gerichten verpflichtet, nicht nur eine bestehende Unsicherheiten erhöhende Auslegung zu unterlassen, sondern auch die Unklarheiten möglichst zu beseitigen. Es sei nämlich die Aufgabe der Gerichte, „verbleibende Unklarheiten über den Anwendungsbereich einer Norm durch Präzisierung

²⁰ BVerfGE 126, 170 (198).

²¹ Vgl. *Jens Bülte/Paul Krell*, § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB vor dem Bundesverfassungsgericht, GA 2022, S. 617.

²² Zur Begründung des Verschleifungsverbots näher *Lothar Kuhlen*, Zum Verschleifungsverbot, in: Frank Saliger (Hrsg.), Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, S. 947 ff.; *Frank Saliger*, Zum Verbot der Verschleifung von Tatbestandsmerkmalen, in: Stephan Barton u.a. (Hrsg.), Festschrift für Thomas Fischer, 2018, S. 530 ff.

²³ Demnach ist der Adressant des Verschleifungsverbots der Rechtsanwender, nicht aber der Gesetzgeber. Dies hat neuerdings ein Beschluss des Bundesverfassungsgerichts hervorgehoben: Danach bestehe angesichts seines aus dem Demokratieprinzip folgenden Einschätzungs- und Ermessensspielraums keine Pflicht des Gesetzgebers, Tatbestandsmerkmale so zu formulieren, dass keines in einem anderen aufgeht. Denn „auf der Ebene der Rechtsanwendung kann das Verschleifungsverbot sein Ziel, zu verhindern, dass die vom Gesetzgeber durch die im Tatbestand verwendeten Begriffe bewirkte Eingrenzung der Strafbarkeit aufgrund einer weiten Auslegung durch die Gerichte konterkariert wird, nicht erreichen“ (vgl. BVerfGE 160, 284 [322 f.]).

²⁴ Vgl. BVerfGE 126, 170 (221 ff., 230 ff.). Aber schon vor dem Untreue-Beschluss findet sich der Ansatz zum Verschleifungsverbot auch in BVerfGE 87, 209 oder 92, 1. Dazu näher *Timo Fischer*, Das verfassungsrechtliche Verschleifungsverbot, 2023, S. 30 ff.

und Konkretisierung im Wege der Auslegung nach Möglichkeit auszuräumen (Präzisierungsgebot)²⁵.

Wenn ich richtig sehe, steht das Präzisierungsgebot in engem Zusammenhang mit dem niedrigeren Niveau der gebotenen Bestimmtheit von Strafnormen im Grenzfällen²⁶. Wie oben gesagt, genügt es in Grenzfällen, wenn lediglich das Risiko einer Bestrafung für die Normadressaten erkennbar ist. Wenn auf diese Weise die Bestimmtheit auch unscharfer Strafnormen bejaht wird, dürfen die Gerichte weit und unscharf gefasste Straftatbestände nicht mehr einfach so belassen. Vielmehr sind sie nach dem Präzisierungsgebot verfassungsrechtlich verpflichtet, eine präzisierende Auslegung vorzunehmen, die die verbleibenden Unklarheiten ausräumt²⁷, um im arbeitsteiligen Zusammenwirken von Gesetzgebung und Rechtsprechung die notwendige Bestimmtheit sicherzustellen²⁸. Wenn es schwierig ist, hinreichende Vorhersehbarkeit allein durch die gesetzliche Formulierung der Straftatbestände zu gewährleisten²⁹, dürfte es sinnvoll sein, dass auch die Gerichte zur Verwirklichung des Bestimmtheitsgebots beitragen. Da die Unbestimmtheit des dem Regelfall entsprechenden Kernbereichs eines Straftatbestands grundsätzlich unvorstellbar ist und der Zweifel an seiner Verfassungswidrigkeit in der Regel auf seinen den Grenzfällen entsprechenden Randbereich zutrifft, ist die verfassungsrechtliche Verpflichtung zu einer präzisierenden Auslegung nicht zu unterschätzen.

IV. Fazit

Es soll das Fazit gezogen werden. Die japanische Verfassungsrechtswissenschaft wirft der Praxis des OGH vor, dass dieser im Wege der zu weitgehenden, schwer nachvollziehbaren verfassungskonformen einschränkenden Auslegung vage und unbestimmte Vorschriften gerettet und dem Bestimmtheitsgebot die praktische Bedeutung und Wirksamkeit entzogen habe. Sie konzentriert sich folglich auf den Versuch, die Maßstäbe für die richtige Auswahl zwischen der Verfassungswidrigkeitserklärung und der verfassungskonformen einschränkenden Auslegung aufzustellen. Dementsprechend spielt die Frage kaum eine Rolle, welche Aufgaben das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot der rechtsprechenden Gewalt zuweist und welche Verpflichtungen sie auf Anwendungs- und Auslegungsebene treffen.

²⁵ BVerfGE 126, 170 (198 f.).

²⁶ Das Bundesverfassungsgericht hat hervorgehoben, dass die Verpflichtung der Gerichte, an der Erkennbarkeit der Voraussetzungen der Strafbarkeit mitzuwirken, besonders bei solchen Straftatbeständen an Bedeutung gewinne, die etwa infolge der Verwendung von Generalklauseln verhältnismäßig weit und unscharf gefasst sind, wodurch der Normadressat unter Umständen nur noch die Möglichkeit der Strafbarkeit erkennen könne (s. BVerfGE 126, 170 [198 f.]; 160, 284 [321 f.]).

²⁷ Vgl. *Martin Böse*, Das Bundesverfassungsgericht »bestimmt« den Inhalt des Untreuetatbestandes, JURA 2011, S. 620.

²⁸ Vgl. *Lothar Kuhlen*, Zum Verhältnis vom Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot, in: Gerhard Dannecker u.a. (Hrsg.), FS für Harro Otto, 2007, S. 103; *Lorenz Schulz*, Neues zum Bestimmtheitsgrundsatz, in: Manfred Heinrich u.a. (Hrsg.), FS für Claus Roxin, 2011, S. 312.

²⁹ Vgl. *Christian Becker*, Das Bundesverfassungsgericht und die Untreue, HRRS 2010, S. 386.

Dagegen darf man den deutschen Entwicklungen einen Ansatz zum Zusammenwirken zwischen der gesetzgebenden und rechtsprechenden Gewalt bei der Erfüllung des Bestimmtheitsgebotes entnehmen. Dieser Ansatz nimmt die Schwierigkeiten bei der Gewährleistung hinreichender Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit der Straftatbestände allein durch die gesetzliche Formulierung ernst und weist auch der Judikative die verfassungsrechtlich wichtige Aufgabe zu, eine Unklarheiten von Strafnormen ausräumende, präzisierende Auslegung vorzunehmen. Zugleich muss aber die gerichtliche Auslegung wiederum der verfassungsgerichtlichen Kontrolle am Maßstab von Art. 103 Abs. 2 GG, etwa unter dem Gesichtspunkt des Verschleifungsverbots unterliegen. Auf diese Weise wird die verfassungsrechtliche Aufgabe und Verantwortung des Gesetzgebers für die Bestimmtheit tatsächlich zum Teil auf die Judikative übertragen. Nach dieser Konzeption müssen die Gerichte nicht mehr nur als Kontrolleur einer unbestimmten Strafnorm fungieren, sondern auch der verfassungsrechtlichen Verpflichtung nachkommen, auf der Ebene der Rechtsanwendung anhand der konkreten Einzelfälle an der Erkennbarkeit der Voraussetzungen der Strafbarkeit mitzuwirken.

Diese Konzeption könnte für die japanische Verfassungsrechtswissenschaft anregend sein, um die eigene Fragestellung zu reflektieren und über das arbeitsteilige Zusammenwirken zwischen der gesetzgebenden und rechtsprechenden Gewalt zur Sicherstellung der verfassungsrechtlich gebotenen Bestimmtheit von Strafnormen nachzudenken. Aus dieser Perspektive könnte etwa die bisher heftig kritisierte verfassungskonforme einschränkende Auslegung nicht nur als bloßes Instrument zur Vermeidung der Verfassungswidrigkeitserklärung negativ angesehen, sondern auch als Instrument zur Leistung für die strafrechtliche Bestimmtheit positiv bewertet werden. In diesem Sinne scheint es sich mir zu lohnen, unter Vergleich mit der Entwicklung in Deutschland zu untersuchen, ob die an die Judikative gerichteten Verpflichtungen wie „Präzisierungsgebot“ und „Verschleifungsverbot“ aus der Verfassung abgeleitet und aus welchen verfassungsrechtlichen und theoretischen Grundlagen sie begründet werden könnten.

Ich sollte dieser Einschätzung aber einen Vorbehalt hinzufügen: die deutschen Entwicklungen des auf die Justiz gerichteten Bestimmtheitsgebots dürfte die Existenz des Bundesverfassungsgerichts voraussetzen. Das Bundesverfassungsgericht kontrolliert im Rahmen der Urteilsverfassungsbeschwerde die höchstrichterliche Auslegung und Anwendung des Strafgesetzes, wobei es grundsätzlich nur auf die verfassungsrechtlichen Argumente zurückgreifen kann. Das Gericht dürfte deshalb die Vorgaben für die Fachgerichte wie Verschleifungsverbot oder Präzisierungsgebot entwickelt haben, um zur Kontrolle am Maßstab des Verfassungsrechts erst zu ermöglichen. Dagegen gibt es in Japan kein besonderes Verfassungsgericht, das grundsätzlich nur das Verfassungsrecht als Kontrollmaßstab einsetzen darf. Der OGH nimmt die Doppelrolle wahr, die nicht nur der Hüter der Verfassung, sondern auch die Revisionsinstanz im Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozess ist, und entscheidet als letzte Instanz. In diesem Sinne stellt sich der OGH als ein „unkontrollierter

Kontrolleur“ dar³⁰. Dies bildet den unübersehbaren Unterschied in der Verfassungsordnung der beiden Länder. Es scheint mir sich den noch zu lohnen, die jüngeren deutschen Entwicklungen systematisch zu analysieren und als lehrreiche Materialien zum Rechtsvergleich und zur Reflexion über die eigene Theorie und Praxis die sich weiterentwickelnde Dogmatik über das Bestimmtheitsgebot weiter zu untersuchen, um die stagnierende Praxis und Diskussion anzuregen.

³⁰ *Schulz*, a.a.O. (Anm. 29), S. 313 hebt hervor, dass sich die weitgehende Delegation der Definitionsmacht an die Judikative nur vertreten lasse, wenn die Rechtsprechung der Kontrolle unterliege.

Die Wandlung der Mediennutzung in der Post-Covid-Gesellschaft – Gedanken zu TV 4.0

SEON, JIWEON*

I. Einleitung

Die COVID-19-Pandemie hat die Lebensweise der Menschen stark verändert. Während der Pandemie hat man weder Outdoor-Aktivitäten unternommen noch physisch mit anderen Menschen kommuniziert (Es handelt sich nicht um direkte Kommunikation. Direkte Kommunikation ist auch über nicht-physische Mittel möglich.), sondern hauptsächlich in Online-Bereichen aktiviert. Daher hat die Bedeutung des Cyberspace einschließlich des Metaverses zugenommen, das ein fortschrittlicherer Raum als bestehendes Internetraum ist. Auch der Medienkonsum ist im Internetbereich aktiver geworden. Neue Videodienste, die auf dem Internetmodell basieren, sind entstanden und alltäglich geworden, und das Mediennutzungsverhalten hat sich bei diesen neuen Diensten verändert. Ich möchte dieses Phänomen „TV 4.0“ nennen.

Die Verbreitung neuer Arten der Dienste bedeutet eine Veränderung im Medienumfeld, so dass es notwendig ist, eine regulatorische Steuerung entsprechend dem neuen Medienumgebung zu etablieren. In diesem Zusammenhang ist es erforderlich, eine neue Diskussion zu führen. Diese Frage muss nicht auf der Ebene der bestehenden Regelungen des Rundfunkgesetzes, sondern in Bezug auf der gesamten IKT-Gesetzgebung und -behandlung werden. Die Verbreitung globaler Internet-Videodienstplattformen hat zur Folge, dass Grenzbarrieren beim Konsum der Medieninhalten beseitigt werden, sodass die internationale Medienlandschaft zu berücksichtigen ist. Es besteht auch eine Notwendigkeit, neue Normen zu etablieren, die dem neuen Medienkonsumverhalten der Nutzer entsprechen. Es geht nicht um die Frage: „Wie können wir neue Arten von Dienstleistungen in bestehende

* Professor Dr. *Seon, Jiweon*, Hanyang Universität Seoul.

Gesetze integrieren und regulieren?“, sondern „wie können wir die Regulierung verbessern, um die neue Medienlandschaft so zu entwickeln, dass sie dem Gemeinwohl dient?“. Denn die IKT-bezogenen Gesetze, etwa das Rundfunkgesetz und das Telekommunikationsgeschäftsgesetz, zielen auf die „Förderung des Gemeinwohls“ ab.

In diesem Vortrag werde ich die Veränderungen im Medienkonsum, insbesondere im Konsum von Videomedien, untersuchen. Im Anschluss werden die rechtlichen Fragen kurz angeschnitten, die beim neuen TV 4.0 zu beachten sind.

II. Entwicklung in der Medienlandschaft

Landschaft des Fernsehens	Zeitraum	Charakterzug	Medienumgebung	Mediengattung	Rechtliche Rahmenbedingungen
TV 1.0	Mitte 1950er ~ Anfang 1980er	Kanalknappheit	Ära der Netzwerke (Antenne, Fernsehen im Wohnzimmer)	Bodenwellen-Netzwerk	Rundfunkgesetz
TV 2.0	Anfang 1980er ~ Ende 1990er	Expansion des Kanals und Netzwerks	Ära des Multi-Kanals (Kabel, Fernsehsatellit, VHS, DVD)	Kabel-/Satelliten-Netzwerk, Bodenwellen-Netzwerk	Rundfunkgesetz, Kabelfernsehgesetz
TV 3.0	Ende 1990er ~ Anfang 2010er	Verbreitung digitaler Geräte, Multi-Platforming	Ära der Pluralität (Homepage, TiVo, Webhard)	IPTV-Netzwerk, Kabel-/Satelliten-Netzwerk, Bodenwellen-Netzwerk	Rundfunkgesetz, IPTV-Gesetz
TV 4.0	Anfang 2010er ~	Neue Medien, OTT	Ära des Streaming (VOD, Files), Verhalten statt Übertragungsmittel	Internet, IPTV-Netzwerk, Kabel-/Satelliten-Netzwerk, Bodenwellen-Netzwerk	?

1. Ära von TV 1.0

Die frühen Stunden des Fernsehens können „*Radio mit bewegten Bildern*“ dargestellt werden.¹ Das Fernsehen 1.0 (TV 1.0) war eine Ära der monopolistischen terrestrischen Sender, deren Inhalte mit einem etablierten fordistischen Produktionsprozess produziert wurden. In den Anfängen gab es viele Programme, die von bestimmten kommerziellen Marken gesponsert wurden, aber es wurden immer mehr Anzeigen und Programme unterschieden. Der Rundfunk lieferte eine „Konsens Erzählung (consensus narrative)“,² die nicht zu sehr von den Moralvorstellungen und Normen der Zeit abwich, sondern auch der typischen klassischen Erzählung folgte. Zuschauer sind keine Menschen, die sich nach einem bestimmten Willen versammeln, sondern ein Massenpublikum, das sich jedes Mal zufällig versammelt, verschwindet und sich zufällig wieder versammelt. Da Signale nur einseitig in die Luft sendet wurden und nicht zurückempfängt, ist die Netz (frequenz)-Regulierung entscheidend. Wenn es um den Rundfunk ging, war ein Programm, das für die größte Bevölkerungsgruppe geeignet war, wichtiger als die Schaffung einzigartiger Werke.

Seit TV 1.0 basieren die rechtlichen Regelungen für Rundfunkmedien auf dem geschlossenen Begriff des „Rundfunks“ und regeln diese aus der Perspektive des öffentlichen Interesses. In der Medienlandschaft von TV 1.0 monopolisierte der terrestrische Rundfunk das Netz und nutzte Frequenzen, die ein öffentliches Gut sind, um einem weitgehend passiven Publikum Videoinhalte zur Verfügung zu stellen. Daher sind die Regelungen dieser Zeit gekennzeichnet durch die Errichtung starker Eintrittsbarrieren unter Berücksichtigung des starken Einflusses des Organisationsrechts und des Übertragungsrechts sowie der starken Kontrolle der Organisation und des Inhalts von Programmen zur Wahrung des öffentlichen Interesses. Selbstverständlich bleibt diese Idee aus Gründen des öffentlichen Interesses bestehenden Kontrollelemente auch heute noch in der Rundfunkgesetzgebung erhalten und gelten auch in den traditionellen Rundfunkmedien.

Das Rundfunkgesetz von 1963, das erste Rundfunkgesetz der Republik Korea, definiert Rundfunk als „die Übertragung von Radiokommunikation zum Zweck der Berichterstattung und Kommentierung politischer, wirtschaftlicher, sozialer, kultureller und anderer Phänomene zum Zwecke der öffentlichen Rezeption und der Verbreitung von Kultur, Musik und Unterhaltung“. Es gab starke Einreisebeschränkungen in dem Sinne, dass Rundfunksender als Radiosender nach dem Funkkontrollgesetz lizenziert werden mussten. Darüber hinaus legte sie mit der Verpflichtung zur monatlichen Berichterstattung an den Minister für öffentliche Information (Art. 19) und der Verpflichtung zur Übermittlung von Daten (Art. 20) die Grundlage für eine staatliche Kontrolle. Obwohl es inhaltliche Änderungen dieser Regulierungen gegeben hat, scheint die Grundlage dieses vertikalen Regelungsrahmens seit den 2000er Jahren im Rahmen des Rundfunkgesetzes beibehalten worden zu sein.

¹ Dong-A Ilbo (koreanische Zeitung), 14.5.1956.

² David Thorburn, Television as an aesthetic medium, Critical Studies in Mass Communication 4 (1987), 161 (167).

Die USA verfügten auch auf der Basis des öffentlichen Interesses über ein vertikales Regulierungssystem für terrestrische Sendungen. Mit dem Radio Act von 1912 der Gesetzgeber einen Rechtsrahmen für den terrestrischen Rundfunk schuf. Mit dem Radio Act von 1927 wurden zwei wichtige Standards für den Rundfunk im öffentlichen Interesse festgelegt. Zum einen verbietet der Gesetzgeber den Rundfunkveranstaltern die unmittelbare Kontrolle der Frequenzen (Verbot der „common carriage“) und führt ein System der Kurzzeitlizenzierung ein, bei dem Rundfunkkanäle bestimmten Frequenzen zugewiesen werden, die unter staatlicher Kontrolle stehen. Es verlangt auch, dass Rundfunkveranstalter als Treuhänder von Frequenzen in Übereinstimmung mit „öffentlichem Interesse, Bequemlichkeit und Notwendigkeit“ betreiben,³ und legt fest, dass Entscheidungen über Sendelizenzen in mit denselben Anforderungen getroffen werden müssen. Bestimmungen des Rundfunkgesetzes wurden in das Kommunikationsgesetz von 1934 überführt, und obwohl sich die Regelungen des Kommunikationsgesetzes inhaltlich änderten, blieb das für den Rundfunk spezifische Regulierungsmodell auf der Grundlage des öffentlichen Interesses bestehen.

2. TV 2.0 – Regelung des Multi-Kanals (Kabelfernsehen etc.)

Das Fernsehen 2.0 (TV 2.0) war eine Zeit, in der sich das Monopol des terrestrischen Fernsehens entfernte und in eine Multikanal-Ära überging, die später mit dem sog. „Qualitätsfernsehen“ endete. Das Kabelfernsehen, der ursprünglich als Möglichkeit gegründet wurde, die Lücken im Rundfunksignal zu schließen, ist zu einer neuen Grenze für die Fernsehindustrie geworden. Der Dienst war von der Regierung relativ unreguliert, da er im Gegensatz zu luftgestützten Signalen ein separates Abonnement erforderte. Vor allem wird das Wahlrecht des Zuschauers respektiert. Die Rezipienten wandeln sich in kleine, homogene Gruppen auf. In der Anfangsphase verfolgte es eine Nischenstrategie, um Netzwerkfernsehen zu vermeiden, aber in der zweiten Phase wurde es mit dem traditionellen Netzwerkfernsehen wettbewerbsfähig und übertraf es manchmal sogar. Das Massenpublikum zeigt ein Bild von aktiven Zielgruppen, die eine bestimmte Sehästhetik genießen, wenn es um qualitativ hochwertiges Fernsehen geht. Dies liegt vor allem daran, dass es sich nicht um einen einfachen Kabelkanal handelt, sondern um ein Phänomen, das im Pay-TV wie AMC und HBO zu sehen ist. Mit dem eigenen Abonnementmarkt müssen Senderbetreiber auf Werbetreibende und Regulierungsbehörden nicht mehr achten. Infolgedessen ist es wichtig geworden, jeden Kanal mit seinen eigenen Inhalten und Erstellern kenntlich zu machen.⁴

TV 2.0 ist eine Medienlandschaft, die durch die Differenzierung verschiedener Netzwerke wie Kabel als Mittel zur Bereitstellung von Inhalten entsteht. Daher lässt sich die Regulierungspolitik für TV 2.0 erkennen, wenn man sich ansieht, wie Mehrkanalnetze einschließlich Kabelfernsehen reguliert werden.

³ *Stuart N. Brotman*, Revisiting the broadcast public interest standard in communications law and regulation, Brookings Report 2017.3.23. <<https://www.brookings.edu/research/revisiting-the-broadcast-public-interest-standard-in-communications-law-and-regulation>> (13. 3. 2024).

⁴ *Jason Mittel*, Narrative Complexity in Contemporary American Television, *The Velvet Light Trap* 58, 2006, 29 (30).

Das Kabelfernsehen wurde in Korea 1992 mit der Verabschiedung des „Comprehensive Cable Broadcasting Act“ ernsthaft reguliert. Der Grund für die Gesetzgebung ist, dass „in Übereinstimmung mit den neuen Situationsveränderungen der fortgeschrittenen Informationsgesellschaft ein umfassendes Kabelfernsehen eingeführt wird, das die verschiedenen Informationsbedürfnisse der Menschen befriedigt, dum as Wohlergehen der Öffentlichkeit und die Bequemlichkeit für die Nutzer zu fördern.“ Also soll ein Blick auf den Versuch geworfen werden, das Mehrkanalnetz im Medienumfeld von TV 2.0 aus Gründen des öffentlichen Interesses bis zu einem gewissen Grad zu steuern und zu regulieren. Neben den Vorschriften über die Einreiseregulierung (Art. 7 des früheren Kabelrundfunkgesetzes) wurde eine Befugnis des Ministers für öffentliche Information zur Gewährung regionaler Geschäftsrechte ausgestattet (Art. 8). Die Vorschriften über die Voraussetzungen für die Lizenzierung des Programmangebotsgeschäfts (Artikel 13) und über die Genehmigungsanforderungen des Ministers für die Einfuhr ausländischer Rundfunkprogramme (Artikel 16) stellen die Regulierung im Namen des öffentlichen Interesses für das Kabelfernsehgeschäft dar. Grundsätzlich wird die Freiheit in Bezug auf die Programmgestaltung gewährt, jedoch werden bestimmte Programmstandards festgelegt und bestimmte Einschränkungen in Bezug auf ausländische Rundfunkprogramme, kommerzielle Rundfunk und technische Standards für Sendeeinrichtungen auferlegt. Außerdem wurde die General Cable Broadcasting Kommission als Regulierungsbehörde für das Kabelfernsehen eingerichtet.

Mit der Gesetzgebung des Unified Broadcasting Act im Jahr 2000 wurden die Vorschriften für den Satellitenrundfunk gesetzlich verankert. Da das Satellitenrundfunkgeschäft bestimmte Frequenzen als Satellitenmedium nutzt, gab es eine Zugangsbeschränkung, die eine „Genehmigung des Ministers für Information und Kommunikation gemäß dem Rundfunkgesetz“ erforderte, um in das Rundfunkgeschäft einzusteigen, wie dies bei terrestrischen Rundfunkbetreibern der Fall war (derzeit erfordert es eine Genehmigung des Ministers für Wissenschaft und IKT). Darüber hinaus liegt es im Interesse des Schutzes der Zuschauer. Die Rundfunkkommission besorgte die Regulierung des Programms.

Die gesetzliche Regulierung des Kabelfernsehens in den Vereinigten Staaten begann ernsthaft mit dem Cable Communication Policy Act von 1984. Nach dem Gesetz funktionierte eine Gewerbeerlaubnis (Franchise) als Zugangsbeschränkung.⁵ Darüber hinaus gibt es Vorschriften im Zusammenhang mit dem Betrieb des Kabelgeschäfts, wie z. B. Tarifregulierung, Programmzugangsstandards und Weiterverbreitungspflichten. Im Gegensatz zu einer Lizenz für den terrestrischen Rundfunk, bei der es sich um ein Konzept handelt, das von der Öffentlichkeit verwaltete Frequenzen innerhalb eines bestimmten Bereichs zuweist (ein Patent im Sinne unseres Gesetzes), ist eine Lizenz für Kabelfernsehen eine Erlaubnis nach dem Polizeiverwaltungsrecht, die das relative Verbot des Kabelgeschäfts in einem bestimmten Gebiet aufhebt. Also ist zu erkennen, dass das US-Gesetz immer noch das

⁵ U.S.C. § 541(b)(1) a cable operator may not provide cable service without a franchise.

Konzept der TV 1.0-Regulierung für terrestrische Netze hat, aber es nähert sich dem Kabelfernsehen mit einer anderen Konzeption angesichts der Änderungen bei den Übertragungsmitteln.

Das Lizenzierungssystem für Kabel- und Satellitensender wird im Rahmen des geltenden Rundfunkgesetzes heute beibehalten. Es gab einige Änderungen im Rundfunkgesetz in Bezug auf die Details der Verwaltung und Regulierung, wie z. B. eine gewisse Lockerung der Eigentumsbestimmungen für Kabelfernsehen und eine eingeschränkte Ermöglichung der Koexistenz zwischen Rundfunkanstalten. Trotz der Schwächung des öffentlichen Eigentums und der Knappheit von Funkwellen, die für den terrestrischen Rundfunk hätten genutzt werden können, besteht das Regulierungssystem für das öffentliche Interesse bis heute für Mehrkanalnetze fort.

3. TV 3.0 - Rechtliche Reaktion auf die Digitalisierung des Rundfunks

TV 3.0 ist eine Zeit, in der verschiedene digitale Speichermedien mit dem Fernsehen kombiniert werden, und der Status des Fernsehens als Medium des Flusses steht vor einer grundlegenden Herausforderung. Es wurde als die „erste Ära des digitalen Fernsehens“ bezeichnet.⁶ Durch die Kombination verschiedener digitaler Geräte mit Fernsehgeräten hat sich nicht nur das Format des Fernsehens, sondern auch die Art und Weise der sozialen Existenz und Rezeption verändert. Time-Shift-Geräte läuteten eine Ära der Vielfalt auf dem Fernsehmarkt ein und veränderten letztendlich die Art und Weise, wie das Fernsehen und sein Publikum existierten.

Die Digitalisierung der Inhaltsproduktion und -distribution – wie von *Walter Benjamin* prognostiziert – hat eine Ära der „technischen Reproduzierbarkeit“ ohne Aura eingeläutet. Im Gegensatz zu dem Kanal, der Inhalte einseitig bereitstellte, wurde es daher notwendig, Inhalte zu haben, die auf das aktive Sehverhalten der Nutzer reagieren. Das Branding der Inhalte wird weiter intensiviert und der TV-Sender selbst gebrandet. Seit 1996 hat HBO eine Kampagne mit dem Titel „It's Not TV, It's HBO“ gestartet, in der betont wird, dass es nicht das Fernsehen ist, für das es bekannt ist, sondern seine eigenen Qualitätsmedien.⁷ Im Zeitalter von TV 3.0 ist der Markenwert von Inhalten und Schöpfer für jeden Kanal am wichtigsten.

Im Zuge der Entwicklung der Medienlandschaft hin zum TV 3.0 besteht eine Notwendigkeit, den Rundfunk mit digitalen Mitteln zu regulieren. Dementsprechend wurde im Jahr 2004 die Revision des Rundfunkgesetzes, das sog. „Digitalrundfunkgesetz“, durchgeführt⁸ und auch im Medienumfeld nach TV 3.0 werden die Diskussionen über den ordnungspolitischen Rahmen für die Konvergenz von Rundfunk und Telekommunikation aktiv fortgesetzt. Mit dem überarbeiteten Rundfunkgesetz von 2004 wurde das Klassifizie-

⁶ *Catherine Johnson*, Tele-branding in TVIII: The network as brand and the program as brand, *New Review of Film and Television Studies* 5, 2007, 5 (6).

⁷ *Toby Miller*, Foreword: It's television. It's HBO, in: *Leverette, Marc/Ott, Brian L. /Buckley, Cara Louise* (Ed.), *It's not TV: Watching HBO in the post-television*, New York and London: Routledge, 2008, ix.

⁸ *Kweon, Osang* et al., eine Studie des Rundfunksrechts [Bandsongbubyeongu], 2019, S. 21.

run gssystem des Rundfun ks von terrestrischem Rundfunk, allgemeinem Kabelrundfunk und Satellitenrundfunk. Folglich konnte es bewertet werden, dass digitale neue Medien wie Data Broadcasting und DMB in den Umfang des Rundfun ks aufgenommen wurden. Darüber hinaus wurde im Jahr 2007 Internet Multimedia Broadcasting (IPTV) als Mittel zur Übertragung über das Internet gesetzlich verankert (Internet Multimedia Broadcasting Business Act – IPTV-Gesetz). Im Gegensatz zum bestehenden Rundfunkbegriff basiert das Übertragungsnetz selbst auf dem Internet, so dass es durch ein vom Rundfunkgesetz getrenntes Gesetz geregelt werden musste.

In der Ära von TV 3.0, in der es um die Digitalisierung des Rundfun ks geht, stellen sich neue Fragen in Bezug auf die Rundfunkregulierung. Zunächst ist eine Frage zu prüfen, ob der Rundfunkbegriff neu definiert werden muss, einschließlich des Problems, ob es zweckmäßig ist, den digitalen Rundfunk in den Rundfunkbegriff einzubeziehen. Im Falle des Fernsehens, der das Internetnetz als Übertragungsmittel nutzt, sind verschiedene Formen der Kommunikation möglich, die sich vom herkömmlichen Rundfunk in Bezug auf die Zugänglichkeit zu den Diensten und die Popularität unterscheiden.⁹ Die Tatsache, dass bei der Verabschiedung des Internet Multimedia Broadcasting Business Act ein Konflikt zwischen Ministerien und Interessengruppen eskaliert wurde, ob es dem Bereich Rundfunk oder Telekommunikation zuzuordnen ist.¹⁰ Die Anforderung der Verbesserung der Zugangs- und Eigentumsregelungen wird auch aufgeworfen. Das bestehende Rundfunkgesetz enthielt Marktzutrittsschranken für Rundfunkveranstalter, wie Patente (Frequenzzuteilung) und Lizenzen. Angesichts der Tatsache, dass durch die Digitalisierung die Rundfunkmittel und die Rundfunkformen weiter diversifiziert werden können und ein geringerer Kontrollbedarf im öffentlichen Interesse über neue Zustellwege bestehen dürfte, erscheint es jedoch möglich, dass einige der bestehenden Einreisebestimmungen gelockert werden. Auch die regulatorische Governance muss sich ändern. Insbesondere im Fall von IPTV ist es notwendig, die Geschäftsklasse zu klassifizieren, die sich vom bestehenden Rundfunkgeschäft unterscheidet, und es wurde auch die Notwendigkeit einer regulatorischen Governance angesprochen, die dies überwachen kann. In Korea verfügt es durch die Einrichtung der Korea Communications Commission im Jahr 2008 über ein System, das organisatorisch auf konvergente Dienste reagieren kann. Aber inhaltlich immer noch behielt ein vertikales Klassifizierungssystem für Dienste bei.¹¹ Auch wenn dieselbe Organisation Rundfunk und Telekommunikation reguliert, gilt ein separates Regulierungssystem, das auf separaten Gesetzen und Vorschriften basiert, gemäß dem Klassifizierungssystem des Unternehmens.

⁹ Kim, Daeho, Legislation of Digital Broadcasting - In Comparison with Legal Approaches proposed by Foreign Countries, Korean Journal of Broadcasting & Telecommunications Research 52, 2001, 129 (143).

¹⁰ Choi, Seung Won/Son, Hyun, A Legal Study on IPTV based on the Convergence of Broadcasting and Telecommunication, Administrative Law Journal 25, 2009, 247 (248).

¹¹ Son, Kum-Ju, Regulatory System of Digital Convergence, Journal of Law & Economic Regulation 6 (2), 2013, 126 (129).

Unter dem Gesichtspunkt des Rechtsrahmens lohnt es sich, auf die Rundfunk- und Telekommunikationsgesetzgebung der Europäischen Union zu verweisen. Im Jahr 2002 verabschiedete die Europäische Union einen sog. „horizontalen Rechtsrahmen“, der das Rundfunk- und Telekommunikationsregulierungssystem in eine Übertragungs- und eine Inhaltsschicht unterteilt. Früher wurde das Konzept nach dem Geschäft des Rundfunks und der Telekommunikation kategorisiert, und entsprechende Vorschriften wurden auf das Geschäft angewendet. Das vertikale Modell der Regulierung geht jedoch davon aus, dass es klare Grenzen zwischen den einzelnen Diensten gibt, aber mit der Digitalisierung des Rundfunks verschwinden diese Grenzen praktisch. Darüber hinaus besteht das Problem, dass Dienste im selben Netzwerk zu mehr als einem Unternehmen gehören, was die Anwendung einheitlicher Vorschriften erschwert. Im Jahr 2002 führte die Europäische Union einen technologieneutralen Rechtsrahmen ein, der die Grenzen zwischen dem Rundfunk und dem Telekommunikationsgeschäft in Bezug auf die Rolle der Übertragung von Inhalten aufhob.¹² In Bezug auf die Inhaltsebene wurden die „Richtlinien für audiovisuelle Mediendienste“¹³ erlassen, um einen Rahmen für die Regulierung von Inhalten einzuführen, der für verschiedene Arten von Medienbereitstellungssystemen gilt.¹⁴

4. Regulierungssystem im Zeitalter von TV 4.0

TV 4.0 ist eine Zeit, in der die kulturellen Technologien des Streamings und der Cloud das bestehende Fernsehen und die damit verbundenen verschiedenen Speichergeräte verdrängt und sich in einer Plattform namens OTT (Over The Top : Ohne Set-Top-Box) differenziert haben. Es hat das Konzept des Qualitätsfernsehens von TV 2.0 und den Markenwert von TV 3.0 geerbt, aber seine Technologie, sein Medienformat, seine Art und sein Akzeptanzbereich sind von Natur aus digital. Da es jederzeit und überall aus der Cloud gestreamt werden kann, hat es einen Weg der freien Kreation aus dem „Hier und Jetzt“ eröffnet, den das traditionelle Fernsehen bisher getan hat. „Bingeability (Binge-Watching)“ befeuert dies noch mehr. Auf der anderen Seite führen Cloud und Streaming ein Transportkonzept ein, das sich von herkömmlichen unidirektionalen Hochfrequenznetzen (RF) unterscheidet. Dadurch ist es möglich geworden, die Station zu demontieren, anstatt den zuvor begrenzten Dienst zusammenzubrechen, d.h. einen Kommunikationsdienst auf der Grundlage des für das Internet einzigartigen Client-Server-Modells bereitzustellen. In TV 4.0 wird ein Plattform-Medium etabliert, in dem Dienste als direkte Beziehung zwischen dem Publikum

¹² Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Framework Directive), L 108 , 24.04.2002.

¹³ Directive 2007/65/EC of the European Parliament and of the Council of 11 December 2007 amending Council Directive 89/552/EEC on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities, L 332/27, 18.12.2007.

¹⁴ Die Richtlinien wurden 2010 überarbeitet und bleiben aktuell. Directive 2010/13/EU of the European Parliament and of the Council of 10 March 2010 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services (Audiovisual Media Services Directive), L 95/1, 15.4.2010.

(Client) und der Plattform (Server) realisiert werden, was sich vom digitalisierten Senderformat von TV 1.0 bis TV 3.0 unterscheidet. Die Covid-Pandemie hat dieses Phänomen beschleunigt.

Die bestehenden Rundfunkregelungen sehen nach wie vor ein vertikales und abgeschottetes Regelungssystem vor, das eine aufgezählte Klassifizierung der Sendungen bedingt. Es ist schwierig, die internetbasierten Medien, die die Medienlandschaft des Fernsehens 4.0 geschaffen haben, in das Rechtssystem einzubeziehen. Obwohl der höchste Wert der Rundfunkregulierung immer noch auf dem öffentlichen Interesse beruht, kann bewertet werden, dass die Medien im Zeitalter von TV 4.0 ein Phänomen sind, das nicht allein durch einen einzigen Wert reguliert werden kann. Das Konzept des Rundfunks selbst wurde in konvergente und vielfältige Konzepte differenziert, und mit der zunehmenden Verbreitung des Internetmodells ist auch das Wesen des Rundfunks verschwommen. Also kann gesagt werden, dass das System der Disziplin, in dem eine bestimmte Disziplin auf ein bestimmtes Konzept angewendet wird, nicht mehr gültig ist. Auch die Art des Publikums hat sich dramatisch verändert, und auch die verschiedenen Formen der interaktiven Kommunikation, die durch das Internetmodell gekennzeichnet sind, sind gezwungen, als Landschaft der Medienumgebung akzeptiert zu werden.

Um ein für das Medienlandschaft von TV 4.0 geeignetes Regulierungsmodell zu finden, ist es erforderlich, zunächst die Hintergründe und Charakteristika internetbasierter Plattformmedien zu betrachten. Im Zuge der digitalen Transformation ist die Plattform in den Rundfunkmedien, wie auch andere Internetmodelle in anderen Bereichen, zum Mainstream geworden, so ist die Diskussion über die Regulierung von Plattformmedien im Zusammenhang mit der Regulierung des allgemeinen digitalen Plattformumfelds zu untersuchen.

III. Probleme mit dem Medienrecht im Zeitalter von TV 4.0

1. Begriff des Dienstes - Ist das ein Broadcast?

Als Gründe für eine besondere Regulierung des Rundfunks sind 1) die Nutzung einer endlichen Ressource von Frequenzen, 2) die Auswirkungen auf die Öffentlichkeit und 3) die Rolle der Gemeinschaft als Informationslieferant bei der Beeinflussung der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen. Nach dem Rundfunkgesetz unterliegt der Rundfunk wie oben beschrieben einer strengen Regulierung, so dass die Definition aus rechtsdogmatischer Sicht möglichst klar und restriktiv auszulegen ist. Werden Internet-Videodienste in die Kategorie des Broadcast aufgenommen, ist es möglich, Inhalte zu überprüfen, Zuschauer und Nutzer stark zu schützen und (in einigen Fällen) den bezahlten Rundfunk zu regulieren. Internet-Videodienste fallen weder unter den konstitutiven Begriff des Broadcast noch weisen sie die oberen Merkmale auf, die einen Grund für eine Regulierung des Rundfunks darstellen.

In den USA ist eine Bemühung, Internet-Videodienste in die Kategorie der Multi-Channel-Sender aufzunehmen, vergesagt worden. Im Jahr 2014 versuchte die U.S. Federal Com-

munications Commission (FCC), die Kategorie der Online-Video-Betreiber (OVDs) zu ändern, um Multi-Channel-Broadcaster (MVPDs) einzubeziehen. Internet-Videodienstanbieter in den USA bleiben in der Kategorie der allgemeinen Informationsdiensteanbieter gemäß dem Telekommunikationsgesetz („Information Service“ in Titel I.) und unterliegen keiner anderen Regulierung als der normalen Kontrollen des Marktwettbewerbs.

Die Richtung der Regulierung von Internet-Videodiensten durch die Europäische Union kann eher aus der Perspektive des Vorhandenseins oder Nichtvorhandenseins von sozialem Einfluss als von Faktoren wie redaktionellen Rechten verstanden werden. Durch die Überarbeitung der Richtlinien für audiovisuelle Mediendienste (2018) wurde das Konzept der "Video-Sharing-Plattform (VSP)" neu etabliert und der Plattform verschiedene Pflichten auferlegt. Es ist ein Versuch, den Internet-Videodiensteanbieter als Plattform selbst zu verstehen und in der Kategorie der Plattformregulierung zu kontrollieren.

Es gibt keine etablierte rechtsdogmatische Definition des Internet-Videodienstes, und er sollte als zusätzlicher Kommunikationsdienst (Information Service i.S.d. US-Telekommunikationsgesetz) im Sinne des Telekommunikationsgeschäftsgesetzes ausgelegt werden. Es gibt kein anderes Konzept, das Internet-Videodienstplattformen einen rechtlichen Status verleihen könnte, als den Begriff der „zusätzlichen Kommunikationsdienste“. Einige Regierungsstellen in Korea wollten eine neue normative Struktur unter Berücksichtigung der Merkmale von Internet-Videodiensten schaffen. Dafür sollten jedoch Folgende beachtet werden: während Multi-Plattforming immer häufiger wird, diversifiziert sich der Nutzungsraum und sich auch die Grenzen der Zeit lösen auf. Mit einer Mischung aus Lean Forward und Lean Back können Benutzer sowohl passive als auch aktive Einstellungen einnehmen, und personalisierte Empfehlungsdienste können durch automatisierte Algorithmen angewendet werden. Es ist nicht sachgerecht, sie unter den Begriff des Broadcast zu subsumieren. Angesichts dieser Merkmale ist der eigenständige Begriff des Mediums auf der Grundlage des Internet-Modells zu etablieren, anstatt Internet-Videodienste in das bestehende Konzept einzugliedern.

2. Herausforderungen in der Wettbewerbsregulierung

In jüngster Zeit hat ein wettbewerbsrechtlicher Diskurs in Hinblick auf die Ähnlichkeit zwischen Internet-Videodiensten in Echtzeitkanälen und bezahltem Rundfunk entwickelt. Wenn Internet-Videodienste den bezahlten Rundfunk wesentlich ersetzen können (wenn sie demselben Markt wie der bezahlte Rundfunk angehören), ist eine Marktsteuerung unter dem Gesichtspunkt eines fairen Wettbewerbs erforderlich. Auf der anderen Seite gibt es auch das Problem, dass die Substituierbarkeit des bezahlten Rundfunks für verschiedene Arten von Internet-Videodiensten hoch ist (die größte Ähnlichkeit besteht bei Echtzeit-Internet-Videodiensten). Wenn Internet-Videodienste in den Bereich des Rundfunks einbezogen werden oder die Regulierung des Rundfunks mit Schwerpunkt auf Medien-Videodiensten neu organisiert wird, ist es möglich, dass auch Internet-Videodienste in die Regulierung des Wettbewerbs auf dem Rundfunkmarkt einbezogen werden. Sie fließt in die Bewertung der Wettbewerbssituation ein und ist Gegenstand verbotener Handlungen.

Wenn Internet-Videodienste tatsächlich in Konkurrenz zum kostenpflichtigen Rundfunk stehen, ist zu prüfen, welche Art von Regelungen notwendig sind, um eine faire Handelsordnung auf dem Medienmarkt zu etablieren.

Seit 1997 hat die deutsche Bundesregierung die „Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich“ (KEK) eingerichtet, um den Zuschaueranteil zu regeln (Art. 59 – 68 MStV). Neben dem Fernsehen unterliegt auch der medienrelevantenverwandte Markt einer Berechnung des Zuschaueranteils. Wie das deutsche Beispiel zeigt, ist der Umfang der Medien, die die politische Entscheidungsfindung beeinflussen, nicht auf die traditionellen Medien beschränkt. Letztendlich sollte das System der Zuschaueranteile als ein Thema betrachtet werden, das aus der Perspektive der medialen/ideologischen Vielfalt angegangen werden sollte, nicht aus der Perspektive der Regulierung des Wettbewerbs in der Wirtschaft.

3. Fragen des Benutzerschutzes

Auf verschiedenen Ebenen gibt es unterschiedliche Vorschriften, um die Nutzer zu schützen, die letztendlich Internet-Videodienstplattformen nutzen. Die Frage des Nutzerschutzes wirft vielfältige Dimensionen des Problems auf und unterliegt einer Regulierung, je nachdem, 1) ob es sich bei dem Internet-Videodienst um eine Art elektronische Transaktion handelt, 2) ob der Internet-Videodienst auf einem Kommunikationsdienst beruht und 3) ob der Internet-Videodienst einen Dienst für Bereitstellung der Inhalte darstellt.

Für Fragen im Zusammenhang mit elektronischen Transaktionen gilt das Gesetz über den Verbraucherschutz im elektronischen Geschäftsverkehr. Es handelt sich um eine Art elektronische Transaktion, bei der der Nutzer über das Internet eine Geschäftsbeziehung mit einem Internet-Videodiensteanbieter eingeht. Daher bedarf es einer Regel, den Abschluss und die Aufrechterhaltung fairer Verträge zu gewährleisten. In Korea gibt es dazu die „Guidelines for Consumer Protection in Electronic Commerce“ der Fair-Trade Commission. Indem sich Unternehmer bestimmte Verpflichtungen verpflichten, können die Nutzer vor den Verfahren des Widerrufs von Abonnements, der Umwandlung und Erneuerung von Gebühren sowie der Verfahren zur Erhöhung der Abonnementgebühren geschützt werden.

In Bezug auf Telekommunikationsdienste besteht die Regulierung nach dem Telekommunikationsgeschäftsgesetz und dem Informations- und Kommunikationsnetzgesetz unterliegen. Der allgemeine Schutz der Nutzer von Telekommunikationsdiensten wird in Übereinstimmung mit der Anwendung der Bestimmungen über verbotene Handlungen in Art. 50 über das Telekommunikationsgeschäft gewährleistet. Insbesondere kommt die „Handlung eines Telekommunikationsdiensteanbieters, der die Nutzer nicht über wichtige Sachverhalte wie Nutzungsentgelte, Vertragsbedingungen und Gebührenrabatte aufklärt oder informiert oder die Nutzer falsch erklärt oder benachrichtigt“, in Abs. 1 Nr. 5-2 zur Anwendung. Nach dem Gesetz über die Informations- und Kommunikationsnetze sind auch Regelungen (Vorschriften zum Jugendschutz, Untersagungspflicht zur Verbreitung

rechtswidriger Informationen) zum Schutz der Nutzer in Informations- und Kommunikationsnetzen (Art. 41 ff.) möglich. Als Regulierung auf der Ebene der Algorithmenregulierung stellt sich auch die Frage des Nutzerschutzes für automatische Empfehlungsdienste. Als Antwort auf diese algorithmischen Probleme sind die „Grundprinzipien für den Schutz von Nutzern von auf künstlicher Intelligenz basierenden Medien-Empfehlungsdiensten (Basic Principles for the Protection of Users of Artificial Intelligence-Based Media Recommendation Services)“ von Korea Communications Commission bekanntgegeben worden.

Hinsichtlich des Nutzerschutzes im Inhalt-Business werden als weitere Fachregelungen die §§ 26 ff. des Content Industry Promotion Act Vorrang haben. Das Ministerium für Kultur, Sport und Tourismus ist dafür zuständig. Die „Richtlinien zum Schutz der Nutzer von Inhalten“ des Ministeriums für Kultur, Sport und Tourismus regeln Empfehlungen zu den Geschäftsbedingungen von Anbietern von Online-Inhalten, wie z. B. Kündigung, Rückerstattung, Streitbeilegung, Schadenersatz und Nutzerschutz, basierend auf § 28 Abs. 1 des Gesetzes zur Förderung der Inhalte-Industrie.

4. Das Problem mit dem Inhalt-Management

Abgesehen von der Inhaltstransaktion werden die Inhalte selbst, die vom Internet-Video-dienst bereitgestellt werden, in Form einer Klassifizierung reguliert. Nach dem Gesetz über die Förderung von Film- und Videowerken muss der Inhalt vom ständigen Klassifikationsausschuss eingestuft werden, bevor er vertrieben wird. Durch die kürzlich erfolgte Novellierung des Film- und Videogesetzes werden „Online-Videoinhalte“ definiert, die über das Internet-Modell bereitgestellt werden. Die genannten Selbstklassifizierungsunternehmen dürfen ihre eigene Einstufung vornehmen (Art. 50 Abs. 2 ff.). Nach dem derzeitigen Klassifikationssystem besteht das Problem eines Regelungsvakuums bei Internet-Videodiensten. Derzeit sind Videos, die von Nutzern (YouTube, TikTok usw.) hochgeladen wurden, nicht klassifiziert. Der Klassifikationsausschuss ist nicht an den von den Nutzern hochgeladenen Inhalten beteiligt. Solche Inhalte unterliegen der Kommunikationsberatung auf der Grundlage des Informations- und Kommunikationsnetzgesetzes (vorbehaltlich der Beratung durch die Korea Communications Standards Commission). Was das Problem der Verbreitung von Inhalten (nach der Regulierung) betrifft, ist es sich mit dem Problem der jugendgefährdenden Inhalte und dem der illegalen Informationen nach dem Gesetz über Informations- und Kommunikationsnetze verbunden.

Die Einführung eines Selbstklassifizierungssystems im autonomen Internetmodell kann als Fortschritt in Bezug auf die Entwicklung des Inhaltsmarktes und der Meinungsfreiheit gewertet werden. Das derzeitige System der Selbstklassifizierung weist jedoch Probleme auf. Zunächst einmal fehlt es an Autonomiegarantien. Für die Selbsteinstufung ist es notwendig, nach einer bestimmten Zeit (einschließlich der Neueinstufung) die Bezeichnung als Selbstklassifizierungsunternehmen zu erhalten, und in bestimmten Fällen ist es möglich, die Einstufung eines Selbstklassifizierungsunternehmens aufzuheben. Der Umstand, dass die Verwaltungsbehörde die Berechtigung eines Selbstklassifizierungsbetriebs durch den

Verwaltungsakt anerkennen und widerrufen kann, lässt der öffentlichen Stelle einen weiten Spielraum, die von Wirtschaftsteilnehmern durchgeführten Klassifizierungsarbeiten autonom zu beeinflussen. Art. 50-3 Abs. 5 des Film- und Videogesetzes überträgt dem Präsidialdekret detaillierte Kriterien für die Benennung und Neubenennung von Gesellschaften, die sich selbst klassifizieren, und Art. 23-4 Abs. 2 der Vollstreckungsverordnung desselben Gesetzes verlangt, dass die spezifischen Angelegenheiten als Ständige Klassifikationsvorschriften neu definiert werden. Es gibt einen großen Spielraum für das Klassifikationsausschuss, um in verwandte Angelegenheiten einzugreifen. Ein Inhalt-Management-System, das die Vorteile des Internetmodells beibehält und den Markt für Videomedien auf verschiedene Weise weiterentwickeln kann, basiert auf Autonomie. In einem Marktbereich, in dem der Wettbewerb zwischen den Plattformen hart ist und die Reaktionsfähigkeit der Nutzer hoch ist, kann die Ausweitung der Autonomie die Qualität des Inhalt-Managements verbessern.

IV. Fazit

Als Reaktion auf die Veränderungen im Medien- und Branchenumfeld in der Ära von TV 4.0, die durch die Corona-Pandemie weiter dynamisiert wurden, bedarf es der fortsetzenden Diskussionen und der Beteiligung der Medienbezogenen Politik. Bei der Regulierung von Internet-Videodiensten sollte beide Aspekte berücksichtigt werden: 1) Internet-Videodienste sollten reguliert werden, weil sie eine ähnliche soziale Wirkung wie der traditionelle Rundfunk haben können, und 2) sie müssen als neue Branche der neuen Medien gefördert werden so ist ein Gleichgewichtspunkt in den Rechtsnormen zu finden, indem die sich ständig ändernde Wettbewerbssituation der Plattformen, das Umfeld der Inhalte(Contents)-Industrie und die Konsumtrends der inländischen Nutzer erfassen werden. Es ist auch notwendig, ein angemessenes Verhältnis zwischen den Produzenten von Inhalten und Internet-Videodienstplattformen sowie zwischen den Nutzern von Inhalten und den Plattformen für Internet-Videodienste zu finden. Daher besteht ein Bedarf an der kontinuierlichen Zusammenarbeit und Diskussion zwischen den Akteuren, und die politischen Entscheidungsträger müssen diese Diskussionstendenzen aufgreifen, ein umweltgerechtes normatives System formulieren und Anstrengungen zu dessen kontinuierlicher Verbesserung unternehmen. Um die derzeitigen Schwierigkeiten mehrdimensionaler Regulierungen zu lösen und ein Gleichgewicht zwischen Branchenförderung und Regulierung zu wahren, ist es auch wichtig, eine Governance zwischen den beteiligten Behörden zu verbessern.

Recht in Zeiten der Krise(n): Resilienz – Adaptation – prospektiver Freiheitsschutz

JUDITH FROESE*

I. Einführende Bemerkungen

Dem Generalthema unseres Seminars, der Transformation des Rechts in der Post-Covid-Gesellschaft, will ich mich mit einem Fokus auf die Funktionen des Rechts in Zeiten der Krise(n) zuwenden.

1. Transformation des Rechts in Zeiten in der Krise(n)

Beginnen will ich mit ein paar kurzen Bemerkungen zu der Frage, ob und ggfs. auf welche Art und Weise das Recht in der Post-Covid-Gesellschaft eine Transformation erfahren hat bzw. erfährt. Mit dem Begriff der Transformation (abgeleitet vom Lateinischen „transformare“) wird ein Umformen, ein Prozess der Veränderung oder gar eines grundlegenden Wandels adressiert. Bezogen auf das Recht in Krisenzeiten schlage ich eine zweifache Begriffsdeutung vor: Einerseits lässt sich hiermit ein Veränderungsprozess adressieren, der sich auf das positive Recht und seine krisenbedingten Änderungen in Form von Gesetzesänderungen bezieht. Von einer Transformation des Rechts kann unter Zugrundelegung einer solchen Deutung hinsichtlich der Covid-Pandemie maßgeblich in Bezug auf das exekutive Recht gesprochen werden: Unzählige Vorschriften – zur Absonderung, zur Quarantäne, zur Maskentragungspflicht, zu Abstandsgeboten etc. pp. – wurden aus Anlass

* Professorin Dr. *Judith Froese*, Universität Konstanz.

Teilweise folge ich hier meinen Überlegungen in: *Judith Froese*, DÖV 2022, S. 389 ff. sowie *Judith Froese*, Menschenwürdige Zukunft und Schutzpflichten zugunsten künftiger Freiheit, in: Kirchhof/Wolff (Hrsg.), *Zukunftssicherung des Verfassungsrecht*, 2024, S. 229 ff.

der Covid-Pandemie erlassen, geändert und ersetzt.¹ Das Recht erfuhr auf diese Weise technische Veränderungen.

Soll dem Begriff der Transformation aber neben demjenigen der Gesetzesänderung ein eigenständiger Bedeutungsgehalt zukommen, so bedarf es eines qualitativen Elements. Dies lenkt den Blick auf ein zweites Begriffsverständnis, das nicht lediglich die formalen Gesetzesänderungen fokussiert, sondern damit verbundene dauerhafte und mitunter fundamentale Veränderungen in den Blick nimmt.² Hier setzen meine Überlegungen an: Der Begriff der Transformation drückt, meine ich, etwas qualitativ anderes als bloße Gesetzesänderungen aus. Dass den verborgenen Prozessen ein bedeutendes transformatives Potential innewohnt, erschließt sich durch Vergewisserung darüber, auf welche Art und Weise das Recht Krisen bewältigt.

2. Krisenbewältigung unter Normalitätsbedingungen

Die deutsche Verfassungsordnung kennt zwar einzelne Bestimmungen, die auf besondere Krisensituationen zugeschnitten sind, namentlich den Verteidigungsfall (Art. 115a GG), den Spannungsfall (Art. 80a GG), den inneren Notstand (Art. 91 GG) und den Katastrophenfall (Art. 87a Abs. 4 GG). Ein allgemeiner Ausnahmezustand ist ihr indes fremd. Die normative Verarbeitung von Krisen erfolgt im Verfassungsstaat der Bundesrepublik Deutschland nicht durch Ausrufung eines (als solchem verfassungsrechtlich nicht existierenden) Ausnahmezustands (wie ihn etwa Art. 15 EMRK [Notstand] kennt), sondern innerhalb und mit den Mitteln der normativen „Normallage“: Die Gesetzesbindung ist nicht suspendiert, Einschränkungen erfolgen auf der Grundlage der regulären Gesetze (während der Covid-Pandemie: insbes. auf Grundlage des Infektionsschutzgesetzes), und nicht als Recht der Ausnahme.³

Ausgehend von diesem Befund stellt sich die Frage, was das Recht in Zeiten der Krise zu leisten hat und welcher Mittel es sich hierzu bedient. Dazu soll ein Schlaglicht auf drei

¹ Vgl. BT-Drs. 20/15; Siehe die Chronik aller Entwicklungen im Kampf gegen COVID-19 (Coronavirus SARS-CoV-2) und der dazugehörigen Maßnahmen des Bundesgesundheitsministeriums, abrufbar: <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/coronavirus/chronik-coronavirus> (Zugriff: 08.04.2024). Sämtliche staatliche Corona-Schutzmaßnahmen sind zum 07.04.2023 ausgelaufen.

² Vgl. zum Begriff der digitalen Transformation: *Wolfgang Hoffmann-Riem*, JuS 2023, S. 617; zur sozial-ökologischen Transformation siehe die Studie „Wie sozial-ökologische Transformation gelingen kann“ der Sachverständigengruppe „Weltwirtschaft und Sozialethik“ der Kommission Weltkirche der Deutschen Bischofskonferenz, die am 15.03.2023 vor dem Parlamentarischen Beirat für nachhaltige Entwicklung vorgestellt wurde, abrufbar:

<https://www.dbk-shop.de/de/publikationen/publikationen-wissenschaftlichen-arbeitsgruppe-weltkirchliche-aufgaben/studien-sachverstaendigengruppe-weltwirtschaft-sozialethik/wie-sozial-oekologische-transformation-gelingen.html#files> (Zugriff: 10.10.2023).

³ Siehe auch *Jens Kersten/Stephan Rixen*, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2021, S. 39 ff.; von einem „gefühlten Ausnahmezustand“ geht hingegen *Uwe Volkmann*, Der Ausnahmezustand, *VerfBlog*, 2020/3/20, <https://verfassungsblog.de/der-ausnahmezustand/>, DOI: [10.17176/20200320-122803-0](https://doi.org/10.17176/20200320-122803-0) (Zugriff: 10.10.2023); zum hieraus resultierenden Problem einer möglichen Vermischung von Normallage und Ausnahmezustand: *Tristan Barczak*, Der nervöse Staat, 2. Aufl. 2021, passim.

spezifische – aber natürlich nicht abschließende – Anforderungen an das Recht geworfen werden: Resilienz, Adaptation und prospektiver Freiheitsschutz.

Diese drei Anforderungen adressieren unterschiedliche Funktionen des Rechts, die in Zeiten der Krise besonders virulent werden. Unter dem Begriff der Resilienz will ich im Folgenden die Anforderung, dass das Recht der Macht – auch in Krisenzeiten – nicht untergeordnet werden darf, erörtern. Mit der Adaptation werde ich sodann eine gegensätzliche Anforderung in den Blick nehmen: Das Recht muss bei aller Resilienz gegenüber politischen Machtansprüchen Antworten auf (krisenbedingte) Herausforderungen liefern. Zu diesem Zweck hat es trotz seiner Statik anpassungsfähig zu sein. Darüberhinausgehend muss das Recht bei der Bewältigung gegenwärtiger Krisen möglicherweise zugleich eine prospektive Perspektive einnehmen.

II. Resilienz

1. Geltungsanspruch des Rechts

„Resilienz“ – abgeleitet vom lateinischen Verb „resilire“, das „abprallen“, „zusammenziehen“, „zurückspringen“ bedeutet⁴ – ist an sich kein Rechtsbegriff, sondern wird in der Psychologie, der Biologie und in den Ingenieurwissenschaften verwendet. Resilienz bezeichnet einerseits die Widerstandskraft eines Menschen gegen psychische Beeinträchtigungen und andererseits die Fähigkeit von Systemen, Störungen oder Teilausfälle so zu kompensieren, dass die Grundfunktionen weiterhin erfüllt werden können. Die Soziologie bezieht den Begriff auf das Potential der Gesellschaft, Belastungen zu bewältigen oder zu vermeiden.⁵

In jüngerer Zeit hat der Begriff Einzug gefunden in die Rechtswissenschaften: So bildet er ganz grundlegend eine Analysefolie als „Resilienz des Rechts“⁶, als „Resilienz der Verfassung“⁷ mit einer besonderen Bezugnahme auf Notstandslagen⁸ und die wehrhafte Demokratie⁹. Aber auch in spezielleren Bereichen wird der Begriff herangezogen, so etwa für den Arbeitsschutz¹⁰, in Bezug auf kritische Einrichtungen¹¹ oder als „Cyber-Resilienz“¹².

⁴ Josef Isensee, Resilienz des Rechts im Ausnahmefall, in: Depenheuer (Hrsg.), Staat und Verfassung, S. 581.

⁵ Siehe zum Ganzen: Jan Philipp Schaefer, AöR 146 (2021), S. 401 (417) mit Nachweisen.

⁶ Kai von Lewinski (Hrsg.), Resilienz des Rechts, 2016.

⁷ Klaus F. Gärditz, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz, Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 4 Rn. 153 ff.

⁸ Josef Isensee, Resilienz des Rechts im Ausnahmefall, in: Depenheuer (Hrsg.), Staat und Verfassung, S. 581 ff.

⁹ Jan Philipp Schaefer, AöR 146 (2021), S. 401 ff.

¹⁰ Jessica Lang, ARP 2020, S. 37 ff.

¹¹ Richtlinie über die Resilienz kritischer Einrichtungen, RL (EU) 2022/2557.

¹² Siehe den Vorschlag der EU-Kommission zu einer Cyber-Resilienz-Verordnung: Cyber Resilience Act (CRA): Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on horizontal cybersecurity requirements for products with digital elements and amending Regulation (EU) 2019/1020, abrufbar: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52022PC0454> (Zugriff: 10.10.2023).

Die Resilienz will ich im Anschluss an Josef Isensee verstanden wissen als „Fähigkeit des Rechts, seinen Geltungsanspruch gegen reale Widerstände durchzusetzen und zu behaupten, sei es, daß es ihnen unnachgiebig, unbeweglich, unverrückbar standhält, sei es, daß es sich elastisch anpaßt und so überlebt. Resilienz steht für die normative Kraft des Rechts in sperriger Realität.“¹³ Hiernach bezeichnet Resilienz die „Überlebensfähigkeit eines Systems gegenüber systemfremden Kräften“, bezogen auf das Recht bedeutet dies: die Behauptung des Rechts gegenüber der Faktizität. Das Recht beansprucht seine Geltung.¹⁴

Die Resilienz des Rechts wird in Krisenzeiten besonders herausgefordert: Bewährt sich das Recht auch hier? Das Grundgesetz beharrt auch in Ausnahme- und Krisensituationen auf seine unbedingte Geltung. Dies gilt auch für solche Lagen, für die das Grundgesetz besondere Notstandsmaßnahmen vorsieht. Hier greifen zwar Ausnahmen, die Abweichungen von der Normallage vorsehen. Entscheidend ist jedoch, dass es das Recht selbst ist, das diese Ausnahmen normiert und sie damit zu seinen eigenen Vorgaben macht.

2. Wirksamkeit des Rechts in Krisenzeiten?

Aber wie sieht es aus mit der Wirksamkeit des Rechts in Krisenzeiten, namentlich während der Covid-Pandemie? Freilich kann die Geltung einer Norm mit Hans Kelsen nicht von ihrer Wirksamkeit, d. h. ihrer realen Befolgung abhängen. Aber auch er räumt ein, dass die Geltung einer Norm in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis zu ihrer Wirksamkeit steht: „Eine Norm, die nirgends und niemals angewendet und befolgt wird, das heißt eine Norm, die – wie man zu sagen pflegt – nicht bis zu einem gewissen Grade wirksam ist, wird nicht als gültige Rechtsnorm angesehen.“¹⁵

Es lässt sich zwar trefflich darüber streiten, ob einzelne staatliche Infektionsschutzmaßnahmen den verfassungsrechtlichen Vorgaben entsprachen. Staatliche Maßnahmen erfolgten – besonders zu Beginn der Pandemie¹⁶ – auf der Basis exekutiver Rechtssetzung.¹⁷ Die Grundrechtseingriffe waren teils und besonders in ihrer Kumulation massiv. In Erinnerung gerufen seien allein das zu Beginn der Pandemie ergangene Gottesdienstverbot an Karfreitag¹⁸, zahlreiche Versammlungsverbote und die Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen¹⁹ einschließlich Schulschließungen im Zeitraum von April bis Juni 2021. Von einer grundlegend mangelnden Anwendung und Befolgung des Rechts durch die staatlichen Gewalten

¹³ Josef Isensee, Resilienz des Rechts im Ausnahmefall, in: Depenheuer (Hrsg.), Staat und Verfassung, S. 581 (582).

¹⁴ Zur Unterscheidung und zum Verhältnis zwischen Geltung und Wirksamkeit: Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 9 ff.

¹⁵ Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 10.

¹⁶ Der Gesetzgeber steuerte im Verlauf der Pandemie nach, insofern kann man ihm durchaus eine gewisse Lernfähigkeit attestieren; siehe dazu im Einzelnen: Horst Dreier, Der Verfassungsstaat des Grundgesetzes in der Corona-Pandemie, in: Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2022, S. 23 (25 ff.).

¹⁷ Zum Parlamentsvorbehalt in der Corona-Pandemie siehe nur Armin von Weschpfennig, Die Verwaltung 53 (2020), S. 469 ff.

¹⁸ Dazu BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 10.04.2020, 1 BvQ 28/20.

¹⁹ Dazu BVerfGE 159, 223.

wie durch die Bürger wird man indes nicht sprechen können.²⁰ Der Verfassungsstaat hat sich in der Covid-Pandemie durchaus bewährt.²¹ Dass die Behörden schlicht nicht in der Lage waren die Beachtung der zahlreichen Maßnahmen zu überwachen und ggfs. zu sanktionieren, steht dem nur scheinbar entgegen. Denn ein freiheitlich-demokratischer Staat und sein Recht sind immer auch auf Akzeptanz angewiesen.²²

III. Adaptation

Es reicht indes nicht aus, dass das Recht sich als krisenfest in dem Sinne erweist, dass es seinen Geltungsanspruch unbedingt behauptet und es in Zeiten der Krise(n) weiterhin angewandt und befolgt wird. Es muss sich der besonderen Herausforderungen einer Krise darüber hinaus auch annehmen und Antworten liefern – in dem Bewusstsein der Begrenztheit der eigenen Maßstäbe.²³ Das Verfassungsrecht enthält zwar einzelne Maßstäbe für die Bewältigung von Krisen wie der Covid-Pandemie oder des Klimawandels. Der politische Gestaltungsspielraum ist jedoch immens, statt klarer Demarkationslinien herrschen verfassungsrechtliche Graubereiche vor.

Als „living constitution“ ist das Grundgesetz trotz seiner textlichen Starrheit in der Lage, sich diesen und anderen Krisenlagen anzupassen und sich über die – teils dynamische – Auslegung seiner Bestimmungen wandelnden Herausforderungen anzunehmen. Dabei gilt es aber zugleich, das Grundgesetz nicht den Kautelen des Zeitgeists zu unterwerfen, sondern als resiliente Verfassung zu begreifen. Zur Veranschaulichung der Adaptation des Grundgesetzes und der Ambivalenz eben jener Leistung will ich mich im Folgenden auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip beziehen, das in besonderem Maße Flexibilisierungsleistungen erbringt.

Unter dem Grundgesetz gelten die Grundrechte bekanntlich auch in Krisenzeiten wie der Covid-Pandemie; sie werden weder suspendiert noch grundsätzlich anderen Kautelen unterstellt.²⁴ Daher bedarf es andernorts gewisser Flexibilisierungen, damit der Staat angemessen reagieren kann. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip hat sich in der Covid-Pandemie als zentrales Instrument der Flexibilisierung erwiesen. Zum – ungeachtet aller Ungewissheit – erforderlichen Schutz von Leben und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG), verfügten Legislative und (in abgestufter Form) Exekutive über einen weiten Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum. Dieses Spielraums bedurfte es vornehmlich aus drei Gründen, die hier knapp skizziert seien: Erstens, weil die Schutzpflicht für Leben und Gesundheit die

²⁰ Vgl. auch *Daniel Wolff*, RW 2022, S. 319 (325).

²¹ Vgl. auch *Jens Kersten/Stephan Rixen*, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2021, S. 285.

²² Zur Akzeptanz siehe *Judith Froese*, DÖV 2023, S. 334 ff.; *dies.*, Die Politische Meinung Nr. 581, Juli/August 2023, 68. Jahrgang, S. 37 ff.; zur Rechtsbefolgung siehe *Patrick Hilbert/Jochen Rauber* (Hrsg.), Warum befolgen wir Recht? Rechtsverbindlichkeit und Rechtsbefolgung in interdisziplinärer Perspektive, 2019.

²³ In diese Richtung auch *Daniel Wolff*, RW 2022, S. 319 (335).

²⁴ Für die Corona-Pandemie siehe etwa: *Stephan Rixen*, Die epidemische Lage von nationaler Tragweite – einfachrechtliche Regelungen und verfassungsrechtliche Problematik, in: *Kluckert* (Hrsg.), Das neue Infektionsschutzrecht, 2. Aufl. 2021, § 4 Rn. 4 f.

zentrale Grundrechtsdimension darstellte, zweitens aufgrund der Mehrzahl der Maßnahmen und der verfolgten Zwecke und drittens wegen der Dynamik des Infektionsgeschehens und der tatsächlichen Ungewissheiten.

Eben jene Flexibilisierungsleistung des Verhältnismäßigkeitsprinzips weist aber einen ambivalenten Charakter auf: Der hiermit einhergehende weite Spielraum wirft die Frage auf, inwiefern staatliche Entscheidungen überprüfbar sind und ob das Verhältnismäßigkeitsprinzip Grundrechtseingriffe in Krisenzeiten überhaupt noch wirksam zu begrenzen vermag. Konkret bezogen auf die Corona-Krise gilt, dass dem menschlichen Leben zwar „ein Höchstwert“²⁵, aber eben kein absoluter Wert zukommt, hinter dem andere Grundrechte stets zurückzutreten hätten. Sicherlich stellten sowohl Befristungen und Evaluierungen wie auch der Parlamentsvorbehalt gewisse Begrenzungen dar. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip erweist sich aber insbesondere insofern als leistungsfähig, als es – bei richtigem Einsatz – eine rationalisierende Funktion erfüllt.²⁶

Besonders naheliegend erscheint es insofern – und ich beziehe mich hier konkret auf die Covid-Pandemie, die Überlegungen sind dem Grunde nach aber auf andere Bereiche übertragbar – bei den Zwecken²⁷ der Maßnahmen anzusetzen und hier eine stärkere Ausdifferenzierung vorzunehmen. Adressat einer solchen Ausdifferenzierung sind dabei alle drei Gewalten: Legislative und Exekutive müssten die einzelnen Zwecke stärker ausbuchstabieren und der Judikative stünde hierüber die Möglichkeit wie Pflicht zur konkreteren Überprüfung der Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit des jeweils eingesetzten Mittels zur Verfügung.²⁸ Von Verfassungs wegen ist insofern vorgegeben, dass sich der Lebensschutz nicht im Schutz des Gesundheitssystems vor einer Überlastung erschöpfen kann. Das Untermaßverbot im Hinblick auf den individuellen Lebensschutz wäre verletzt, ergriffe der Staat keinerlei Maßnahmen zum Schutz des individuellen Lebens (weil genügend Betten, Personal und Beatmungsgeräte vorhanden sind). Daher dürfen die Konkretisierung und Ausdifferenzierung der Zwecke nicht dazu führen, dass diese gegeneinander ausgespielt werden.

Die einzelnen Maßnahmen können aber durchaus unterschiedliche Nahziele verfolgen bzw. fokussieren. Wird nicht pauschal auf den Lebens- und Gesundheitsschutz abgestellt, sondern differenziert zwischen einzelnen Nahzielen, etwa dem Schutz des Gesundheitssystems vor einer Überlastung, der Ermöglichung der Kontaktrückverfolgung oder dem Schutz besonders vulnerabler Gruppen, so lässt sich auch die Verhältnismäßigkeitsprüfung

²⁵ BVerfGE 39, 1 (42); 46, 160 (164); 115, 25 (45); 153, 182 (Rn. 232).

²⁶ *Matthias Herdegen*, Staat und Rationalität, 2010, S. 59 bezeichnet das Verhältnismäßigkeitsprinzip als „das rationalitätssichernde Instrument für staatliche Eingriffe schlechthin“.

²⁷ Für einen stärkeren Fokus auf den legitimen Zweck auch *Anna Leisner-Egensperger*, JZ 2021, S. 912 ff., die allerdings für die Herausbildung eines einzigen konkreten Zweckes als Bezugspunkt der Verhältnismäßigkeitsprüfung plädiert.

²⁸ Eine Beschränkung auf solche Zwecke, die der Gesetzgeber ausdrücklich benannt hat, besteht freilich nicht (BVerfGE 159, 223 Rn. 169), ein genaueres Ausbuchstabieren der Zwecke durch Gesetz- und Verordnungsgeber ermöglicht aber eine konkretere Überprüfung.

exakter durchführen. Dienlich hierbei ist auch die durch das Dritte Bevölkerungsschutzgesetz in § 28a Abs. 5 IfSG verankerte Begründungspflicht für Rechtsverordnungen. Zwar werden die Zwecke einzelner Maßnahmen deutlicher zu formulieren sein, die Konkretisierung und Spezifizierung unterliegt aber wiederum Grenzen: Denn die Ziele wirken zusammen und sind zudem selbst abhängig von der Dynamik des Infektionsgeschehens.

Eine Ausdifferenzierung der Zwecke nimmt das Bundesverfassungsgericht in seinem ersten Beschluss zur sog. Bundesnotbremse (Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen) vor, wenn es ausdrücklich mehrere Zwecke in den Blick nimmt, deren Verhältnis zueinander erörtert und die Eignung der Maßnahmen hinsichtlich sämtlicher Zwecke prüft: Mit den in § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 IfSG angeordneten Kontaktbeschränkungen habe der Gesetzgeber „mehrere Zwecke erreichen“ wollen, die „nicht unverbunden nebeneinander standen“, sondern vielmehr „inhaltlich aufeinander abgestimmt“²⁹ waren. Der Gesetzgeber habe hiermit den Schutz von Leben und Gesundheit bezweckt sowie die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems und damit der bestmöglichen Krankenversorgung. Erreicht werden sollten diese Ziele durch die Reduzierung zwischenmenschlicher Kontakte. Das Verhältnis der Ziele zueinander beschreibt das Bundesverfassungsgericht dahingehend, dass es „[o]berstes Ziel“ gewesen sei, „die weitere Verbreitung des Virus zu verlangsamen sowie deren exponentielles Wachstum zu durchbrechen, um eine Überlastung des Gesundheitssystems insgesamt zu vermeiden und die medizinische Versorgung bundesweit sicherzustellen“. Die Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG umfasse den Schutz „vor sämtlichen mit einer SARS-CoV-2-Infektion einhergehenden Gesundheits- und Lebensgefahren, insbesondere vor schweren Krankheitsverläufen und Langzeitfolgen (Long Covid)“, erschöpft sich also nicht in einer bloßen Sicherstellung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems. Diese qualifiziert das Bundesverfassungsgericht vielmehr als „Zwischenziel dieses Gesundheits- und Lebensschutzes“³⁰.

Eine exakte Formulierung der Zwecke schafft die Basis für eine differenzierte Prüfung der Eignung der eingesetzten Mittel. Dies impliziert insbesondere eine Unterscheidung zwischen den unmittelbaren Wirkungen einzelner Maßnahmen und ihren bloß mittelbaren Wirkungen. So sieht das Bundesverfassungsgericht die unmittelbare Wirkung von Ausgangsbeschränkungen darin, dass Infektionen bei privaten Zusammenkünften im Freien vermieden würden.³¹ Zwar werde das Risiko einer Infektion über Aerosole im Freien in den Fachwissenschaften als erheblich reduziert angesehen, das Risiko einer direkten Infektion bestehe nach verbreiteter Auffassung aber auch dort. Dem Gesetzgeber ist es zudem nicht verwehrt, dieses Mittel einzusetzen, um mittelbare Wirkungen zu erzielen: Die Reduktion und Verkürzung privater Zusammenkünfte sieht das Bundesverfassungsgericht als legitime mittelbare Zwecke der angeordneten Ausgangsbeschränkung an und auch die ge-

²⁹ BVerfGE 159, 223 Rn. 173.

³⁰ BVerfGE 159, 223 Rn. 175.

³¹ BVerfGE 159, 223 Rn. 209.

gesetzgeberische Prognose, dass allgemeine Kontaktbeschränkungen ohne die Ausgangsbeschränkung nicht effektiv durchzusetzen seien, halte sich innerhalb des gesetzgeberischen Einschätzungsspielraums.³²

Auch die konkrete Ausgestaltung der sog. Bundesnotbremse mit der Anknüpfung an die Sieben-Tage-Inzidenz und die Festsetzung des Schwellenwertes von 100 als das auslösende Merkmal für die Beschränkungen lässt sich hinsichtlich ihrer Eignung präziser prüfen, wenn nicht pauschal auf den Lebens- und Gesundheitsschutz abgestellt wird, sondern – wie im hierzu ergangenen Beschluss des Bundesverfassungsgerichts – auf die Vermeidung einer Überlastung des Gesundheitssystems als Zwischenziel.³³ Dann erweist sich die Anknüpfung an die Sieben-Tage-Inzidenz (und nicht an die Hospitalisierungsrate, die Zahl der intensivmedizinisch Behandelten oder die steigende Zahl von Todesfällen) deshalb als geeigneter Auslöser, weil er ein „sensibles Frühwarnzeichen“ darstellt, „das zu einem frühen Zeitpunkt Reaktionen ermöglicht“³⁴.

Einen zweiten Ansatzpunkt für eine stärkere Determinierung der Verhältnismäßigkeitsprüfung bilden die Unsicherheitsbedingungen, unter denen die Entscheidungen getroffen werden müssen. Die Gerichte verlangen richtigerweise die fortlaufende Evaluierung der Maßnahmen und ihre Anpassung an die aktuellen Erkenntnisse der Fachwissenschaft. Dieser Aspekt kann aber zusätzlich, spezifisch in dem Sinne herangezogen werden, dass insbesondere die Exekutive versuchen muss, die Infektionsherde auszumachen, um dann auf dieser Basis Maßnahmen gegen diejenigen anzuordnen, die Treiber des Infektionsgeschehens sind. Diese Erwägung kann insbesondere für staatliche Priorisierungs- und Auswahlentscheidungen fruchtbar gemacht werden.

Die gesetzgeberische Einschätzung des Vorliegens eines diffusen und ansteigenden Infektionsgeschehens, in dem die Nachverfolgung von Kontaktpersonen – der zur Eindämmung des Infektionsgeschehens eine zentrale Bedeutung zukommt – nicht mehr möglich ist, kann zwar durchaus legitim sein. Der Gesetzgeber muss aber dafür Sorge tragen, dass auf neue wissenschaftliche Erkenntnisse reagiert werden kann.³⁵ Dies kann durch prozeduralisierte bzw. institutionalisierte Absicherungen erfolgen wie die Schaffung einer Rechtsverordnungsermächtigung³⁶ und die Aufgabenzuweisung³⁷ an das Robert Koch-Institut nach § 4 Abs. 1 IfSG. Mittels der genannten Kriterien kann jedenfalls eine Rationalisierung der politischen Entscheidungen erfolgen.

Die Flexibilisierungsleistung des Verhältnismäßigkeitsprinzips betrifft nicht allein die Covid-Pandemie, sondern ihr kommt auch für andere Krisensituationen, namentlich die

³² BVerfGE 159, 223 Rn. 276 ff.

³³ BVerfGE 159, 223 Rn. 197 ff.

³⁴ BVerfGE 159, 223 Rn. 199.

³⁵ BVerfGE 159, 223 Rn. 199 ff.

³⁶ BVerfGE 159, 223 Rn. 201 (konkret zur Möglichkeit der Bundesregierung, durch die Rechtsverordnungsermächtigung in § 28c IfSG zeitnah auf neue wissenschaftliche Erkenntnisse zu den Infektionsgefahren, die von Geimpften und Genesenen ausgehen, reagieren zu können).

³⁷ BVerfGE 159, 223 Rn. 191.

Klimakrise eine bedeutende Rolle zu. Auch hier vermag das Verhältnismäßigkeitsprinzip seine rationalisierende Funktion besser zu erfüllen, wenn die Zwecke einzelner Maßnahmen präzise bestimmt und nicht schlicht auf das übergeordnete, aber diffus bleibende Ziel des Klimaschutzes abgestellt wird. Zudem besagt die Tatsache, dass der Staat zum Schutz des Klimas (Art. 20a GG) und der Freiheitsgrundrechte verpflichtet ist, noch nicht, welche konkreten Maßnahmen der Gesetzgeber zu ergreifen hat. Auch hier besteht ein großer Gestaltungsspielraum, weshalb das Bundesverfassungsgericht kürzlich Verfassungsbeschwerden, mit denen ein generelles Tempo-Limit auf deutschen Autobahnen eingefordert wurde, nicht zur Entscheidung annahm.³⁸ Welche Maßnahmen ergriffen werden müssen, um das Untermaß- wie das Übermaßverbot gleichermaßen zu achten, wird sich jedoch mit fortschreitendem Klimawandel ändern: Die Erforderlichkeit und Angemessenheit freiheitsbeschränkender Klimaschutzmaßnahmen wird mit der zunehmenden Bedeutung des Klimaschutzgebotes steigen; drastischere Eingriffe in die Freiheitsgrundrechte, die gegenwärtig unverhältnismäßig wären, können künftig gerechtfertigt sein.³⁹

Es wäre zu kurz gegriffen, die Adaptation allein für Zeiten der Krise als wesentliche Funktion des Rechts anzusehen. Der Fähigkeit, sich auf veränderte Umstände einzustellen, bedarf es nicht minder bei der Rückkehr zur „Normalität“. Bei veränderter Sachlage gilt es – bezogen auf die Zeit „post Covid“ – die jeder sozialen Interaktion immanenten Gesundheitsgefährdungen wieder als allgemeine Lebensrisiken anzusehen.⁴⁰

Mit Blick auf den Klimawandel bedarf es der Adaptation in vielerlei Hinsicht. Hierzu zählt auch, sich immer wieder neu auf geänderte Umstände und neue technische Möglichkeiten (wie bspw. das Filtern von CO₂ aus der Luft) einzustellen. Dies impliziert, das Infragestellen vermeintlicher Gewissheiten zuzulassen und das Recht einem Lernprozess zu unterziehen.

IV. Prospektiver Freiheitsschutz

Dies leitet zugleich über zu einer denkbaren dritten Anforderung an das Recht in Zeiten der Krise, die ich als prospektiven Freiheitsschutz bezeichnen möchte.

1. Zukunftsorientierung

Der Krisenbewältigung wohnt zunächst ein Blick auf die Gegenwart mit ihren Herausforderungen inne. Zugleich hat sich das Recht auf Zukunft einzustellen. Diese Zukunftsorientierung ist, meine ich, in einem doppelten Sinne zu verstehen: Zum einen soll das Recht vorausschauend sein bzw. entsprechend gestaltet werden,⁴¹ und zwar spezifisch mit Blick

³⁸ BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 15.12.2022, 1 BvR 2146/22.

³⁹ BVerfGE 157, 30 Rn. 117, 120, 192.

⁴⁰ Siehe auch *Tristan Barezak*, Die Handlungsfähigkeit des demokratischen Verfassungsstaates in Krisenzeiten, in: *Bitburger Gespräche*, Jahrbuch 2022, S. 1 (5 f.).

⁴¹ In diese Richtung auch *Jens Kersten/Stephan Rixen*, *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, 2021, S. 283.

auf künftige Krisen, bspw. künftige Pandemien, die Sicherstellung der Energieversorgung angesichts von Erderwärmung und kriegsbedingten Versorgungsunsicherheiten. Hierzu bedarf es konkret mit Blick auf die Covid-Pandemie der Aufarbeitung der wirtschaftlichen, aber ganz besonders der gesellschaftlichen und sozialen Auswirkungen der ergriffenen Maßnahme, um ihnen in der Post-Covid-Gesellschaft und im Rahmen künftiger Krisen begegnen zu können.⁴² Es gilt also, das System Recht einem Lernprozess zu unterziehen.

Eine prospektive Perspektive beinhaltet aber nicht bloß ein zukunftsorientiertes, vorausschauendes Handeln, sondern in einem gewissen Maße auch die Berücksichtigung des Zukünftigen bei der Bewältigung gegenwärtiger Herausforderungen. Damit ist eine spezifische Verschränkung von Gegenwart und Zukunft adressiert sowie die Frage danach, ob und inwiefern die Zukunft den Maßstab gegenwärtigen Handelns bilden kann oder gar muss und wo die Grenzen der Berücksichtigung der Zukunft liegen. Was damit konkret gemeint ist, lässt sich anhand von zwei Referenzbereichen (oder auch zwei Krisen) erläutern:

Während der Covid-Pandemie wurde teils argumentiert, die Politik solle ggfs. stärkere Einschränkungen in der Gegenwart vornehmen, um härtere Maßnahmen in der Zukunft vermeiden zu können.⁴³ Konkret wäre dies vor allem ein sog. harter Lockdown gewesen, der die Ausbreitung des Virus möglicherweise frühzeitig hätte verhindern können und so spätere und langanhaltende Maßnahmen – von Ausgangsbeschränkungen über SchuI- und Geschäftsschließungen – hätte vermeiden können. In dieser Argumentation liegt eine spezifische Zukunftshinwendung, die gegenwärtige Freiheitsbeschränkungen zugunsten einer künftigen Freiheitsschonung legitimieren will. Die Debatte wurde hiervon aber nicht dominiert und auch das Bundesverfassungsgericht erteilte einem Blick auf das Künftige in seiner Entscheidung zu den Kontakt- und Ausgangsbeschränkungen während der Covid-Pandemie (Bundesnotbremse I) tendenziell eine Absage: Es stellte bei der Bewertung der Eingriffsschwere darauf ab, dass der während des Zeitraums der Geltung der Maßnahmen entgangene Freiheitsgebrauch nicht nachholbar sei: „Die unterbundenen Kontakte während der Geltung der Maßnahme sind unwiederbringlich verloren“⁴⁴. Aus dieser Bezugnahme auf das Kriterium der Zeit folgt gerade keine zukunftsbezogene Ausrichtung, sondern umgekehrt eine besondere Hinwendung zur Gegenwart – darauf werde ich zurückkommen.

⁴² Zur Debatte um die Aufarbeitung der Maßnahmen in der Covid-Pandemie siehe <https://www.deutschlandfunk.de/debatte-um-aufarbeitung-der-corona-massnahmen-100.html> (Zugriff: 08.04.2024); Siehe auch die Forderung der Vorsitzenden des Ethikrates, Alena Buyx, abrufbar: <https://www.tagesschau.de/inland/gesellschaft/corona-ethikrat-buyx-100.html> (Zugriff: 08.04.2024).

⁴³ So wurde der sog. „Lockdown Light“ im November 2020 ausgerufen, der das Ziel verfolgte, die Infektionszahlen vor Weihnachten deutlich zu verringern und so zukünftige, schwerwiegendere Maßnahmen während und nach Weihnachten vorzubeugen und zu verhindern, vgl. <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2020-10/corona-massnahmen-bund-laender-kontaktbeschaenkungen-lockdown-light-faq> (Zugriff: 09.04.2024).

⁴⁴ BVerfGE 159, 223 (Rn. 222).

In Bezug auf den Klimaschutz avancierte die Zukunft hingegen zum entscheidenden Hebel für die rechtliche Bewertung gegenwärtiger gesetzgeberischer Maßnahmen bzw. deren Unterlassen. In seinem Klimabeschluss⁴⁵ sah das Bundesverfassungsgericht die künftigen Freiheiten der Beschwerdeführer bereits gegenwärtig dadurch verletzt, dass der Gesetzgeber die Klimaschutzziele für den Zeitraum ab 2030 nicht fortgeschrieben hatte. Hier kommt es über die schillernden Begriffe der „eingriffsähnlichen Vorwirkung“, der „intertemporalen Freiheitssicherung“ und der „Schonung künftiger Freiheit“ zu einer spezifischen Verschränkung von Gegenwart und Zukunft. Der Erste Senat forderte die Sicherung grundrechtsgeschützter Freiheit über die Zeit und eine verhältnismäßige Verteilung von Freiheitschancen über die Generationen durch den Gesetzgeber. Ob sich die im Klimabeschluss formulierte und eingeforderte Zukunftsorientierung verallgemeinern und auf andere Bereiche – insbesondere die Staatsverschuldung, die Sozialversicherungssysteme und die Künstliche Intelligenz – übertragen lässt, ist seither Gegenstand wissenschaftlicher Diskussionen.⁴⁶

2. Dimensionen der Zukunftsbezogenheit

Welche Vorgaben sich dem Grundgesetz jenseits von Zukunftsgestaltung und -orientierung entnehmen lassen und welchen Begrenzungen eine Zukunftsbezogenheit wiederum unterliegt, kann im Folgenden nur mit einigen Schlaglichtern angedeutet werden.⁴⁷ Das Verfassungsrecht enthält durchaus einzelne Anhaltspunkte für verschiedene Dimensionen der Zukunftsbezogenheit, dem Gesetzgeber verbleibt aber ein großer Gestaltungsspielraum.

a) Rechtsstaatliche Dimension

Aus einer rechtsstaatlichen Perspektive erfolgt eine Verschränkung von Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft mittels der Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes; eingefordert wird die Verlässlichkeit der Rechtsordnung.⁴⁸ Die Zukunftsorientierung wird aus dieser Warte nicht gegen die Gegenwart in Stellung gebracht. Vielmehr haben Veränderungen hiernach behutsam zu erfolgen und sind im Vertrauen auf die geltende Rechtslage getroffene Dispositionen zu schützen.⁴⁹

⁴⁵ BVerfGE 157, 30.

⁴⁶ Siehe insbesondere: *Gregor Kirchhof*, Intertemporale Freiheitssicherung, 2022, passim; *Thies Wahnschaffe/Felix Lücke*, DÖV 2021, S. 1099 (1107 ff.).

⁴⁷ Ausführlich hierzu: *Judith Froese*, in: Kirchhof/Wolff (Hrsg.), *Zukunftsicherndes Verfassungsrecht*, 2024, S. 229 (239 ff.).

⁴⁸ *Bernd Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 102. EL August 2023, Art. 20 Rn. 69, 107 f.

⁴⁹ *Judith Froese*, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), HVwR III, § 74 Rn. 12.

b) Soziale bzw. ökonomische Dimension

Daneben lässt sich dem Grundgesetz eine soziale bzw. ökonomische Dimension der Zukunftsbezogenheit entnehmen. Die soziale Dimension ist dogmatisch über das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG in Verbindung mit der Garantie der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG anerkannt. Mit dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums hat die soziale Dimension eine konkrete, subjekt-rechtliche Ausprägung erfahren.⁵⁰ Das Bundesverfassungsgericht setzte Akzente zum Schutz künftiger ökonomischer Spielräume des Staates im Sozialrecht sowie im Bereich der Staatsverschuldung. In beiden Konstellationen geht es um die Sicherung (finanzieller) Spielräume für künftige Generationen.⁵¹ Gerade zur Verwirklichung des sozialen Staatsziels bedarf es der künftigen Gestaltungsmacht des Staates und zu deren Erhaltung mitunter einer Schonung der begrenzten finanziellen Ressourcen des Staates.⁵² Eine übermäßige Staatsverschuldung und die damit verbundene wachsende Zinslast hemmten das langfristige Wachstum der Wirtschaft, verengten die aktuellen Handlungsspielräume des Staates und verlagerten Finanzierungslasten in die Zukunft auf künftige Generationen.⁵³

Eine spezifische ökonomische wie auch demokratische⁵⁴ Zukunftsdimension enthalten die verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Kreditaufnahme des Bundes: Krisensituationen erlauben zwar Ausnahmen vom Grundsatz des Neuverschuldungsverbots des Art. 109 Abs. 3 GG (sog. Schuldenbremse). Bei Naturkatastrophen und in Notsituationen ist eine Neuverschuldung ausnahmsweise zulässig (Art. 109 Abs. 3 S. 2 GG), sie unterliegt aber durchaus strengen Anforderungen. Insbesondere müssen die Kreditmittel zur Krisenbewältigung benötigt und auch hierfür verwendet werden; nicht benötigte Mittel dürfen nicht in nachfolgende Haushaltsjahre übertragen werden.

Die Prinzipien der Jährlichkeit (Art. 110 Abs. 2 S. 1 GG) und der Jährigkeit (§ 27 Abs. 1 S. 1 HGrG, § 45 Abs. 1 S. 1 BHO)⁵⁵ schützen das parlamentarische Budgetrecht. Das Prinzip der Jährigkeit verhindert „dass der Entscheidungsspielraum künftiger Haushaltsgesetzgeber durch fortwirkende Vorfestlegungen aus früheren Haushalten eingeschränkt wird“. – „Es verhindert eine Lastenverschiebung in die Zukunft.“⁵⁶ Das Zweite Nachtragshaushaltsgesetz 2021, das die ursprünglich für die Bewältigung der Corona-Pandemie eingeplanten Kreditermächtigungen nachträglich in den Klima- und Transformationsfond überführte, erklärte der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts insbesondere mit der

⁵⁰ BVerfGE 125, 175; 152, 68.

⁵¹ Für eine Übertragung der intertemporalen Freiheitssicherung auf diese Bereiche: *Gregor Kirchhof*, Intertemporale Freiheitssicherung, 2022, S. 43 ff. und S. 55 ff.

⁵² BVerfGE 152, 68 (Rn. 123 f.).

⁵³ BVerfGE 119, 96 (Rn. 134).

⁵⁴ Dazu sogleich, IV. 2. d).

⁵⁵ Dem Jährigkeitsprinzip kommt wegen seines engen funktionalen Zusammenhangs zum Jährlichkeitsprinzip gem. Art. 110 Abs. 2 Satz 1 GG ebenfalls Verfassungsrang zu, BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 15.11.2023, 2 BvF 1/22 Rn. 162.

⁵⁶ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 15.11.2023, 2 BvF 1/22 Rn. 162.

Begründung für nichtig, dass es gegen die Vorgaben der Jährlichkeit, der Jährigkeit und der Vorherigkeit verstößt.

Mit dem Argument, es bedürfe (insbesondere zur Bewältigung der Klimakrise) Investitionen und daher zusätzlicher Kreditaufnahmen in der Gegenwart, von der künftige Generationen profitierten, wird eine Novellierung der sog. Schuldenbremse teils befürwortet.⁵⁷ Zum Ausdruck kommt dieser Gedanke in der Überschrift des Aufbauinstruments „NextGenerationEU“⁵⁸. Dass künftige Generationen die Schulden zu tilgen hätten, sei nur (generationen-)gerecht, weil sie die Nutznießer der Investitionen seien. Zweifel an solchen „Zukunftsversprechen“ sind angebracht.⁵⁹

c) Ökologische Dimension

Der Erhalt der natürlichen Lebensgrundlagen hat sicherlich eine im wahrsten Sinne des Wortes existentielle Bedeutung für die Zukunft. Mit Art. 20a GG enthält das Grundgesetz eine Staatszielbestimmung zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen. In Teilen der Literatur wird hieraus in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG ein subjektives Recht auf das ökologische Existenzminimum hergeleitet.⁶⁰ Hierauf beriefen sich auch die Beschwerdeführer im Klimaverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht und beanstandeten, der Staat habe keine ausreichenden Regelungen zur Reduktion von Treibhausgasen getroffen. Hierdurch werde u. a. ein „Grundrecht auf menschenwürdige Zukunft“ und ein „Grundrecht auf das ökologische Existenzminimum“ verletzt. Diese Rechte meinten sie aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20a GG und aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 2 S. 1 GG herleiten zu können.⁶¹

Das Bundesverfassungsgericht ließ allerdings offen, ob das Grundgesetz ein „Recht auf das ökologische Existenzminimum“ oder ein „Recht auf eine menschenwürdige Zukunft“

⁵⁷ Zu Vorschlägen für eine Reform der Schuldenbremse siehe insbesondere das Positionspapier der SPD-Bundestagsfraktion vom 11.01.2024, abrufbar: <https://www.spdfraktion.de/system/files/documents/position-eckpunkte-ge-rechte-haushaltspolitik.pdf> (Abruf: 15.04.2024) sowie die Empfehlung des Sachverständigenrats zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung: Veronika Grimm/Ulrike Malmendier/Monika Schnitzer/Achim Truger/Martin Werding, Policy Brief 1/2024: Die Schuldenbremse nach dem BVerfG-Urteil: Flexibilität erhöhen – Stabilität wahren, abrufbar: https://www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de/fileadmin/dateiablage/PolicyBrief/pb2024/Policy_Brief_2024_01.pdf (Abruf: 15.04.2024).

⁵⁸ Das Eigenmittelbeschluss-Ratifizierungsgesetz zum Eigenmittelbeschluss 2020 erachtete der Zweite Senat für verfassungskonform, BVerfGE 164, 193.

⁵⁹ Siehe *Gregor Kirchhof*, NJW 2023, 3757 (3760 ff.).

⁶⁰ Ein „Grundrecht auf unschädliche Umwelt“ leitete *Hans Heinrich Rupp*, JZ 1971, 401 (402) bereits früh her; für ein Grundrecht auf ein ökologisches Existenzminimum siehe nur: *Christian Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 300; *Klaus F. Gärditz*, in: von Landmann/Rohmer (Begr.), Umweltrecht, 102. EL September 2023, Art. 20a GG (68. EL Februar 2013) Rn. 78; *Wolfgang Kahl*, in: Kischel/Kube (Hrsg.), HStR I, 4. Aufl. 2023, § 19 Rn. 51 ff.

⁶¹ BVerfGE 157, 30 (Rn. 38).

beinhaltet.⁶² Andere Grundrechte verpflichteten bereits zur Wahrung grundrechtswesentlicher ökologischer Mindeststandards und insoweit zum Schutz vor Umweltschäden mit katastrophalen oder gar apokalyptischen Ausmaßen.⁶³

d) Demokratische Dimension

Die Zukunftsbezogenheit hat ferner eine demokratische Dimension in dem Sinne, dass Gestaltungs- und Entscheidungsspielräume in der Zukunft erhalten bleiben müssen. Diese Zukunftsdimension entwickelte das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung zur europäischen Integration: Das „Recht auf Demokratie“ aus Art. 38 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 und Art. 79 Abs. 3 GG verlange die Erhaltung demokratischer Gestaltungs- und Entscheidungsspielräume auch für die Zukunft. Hieraus könnten sich Begrenzungen in der Gegenwart ergeben, die aber mit Blick auf die Offenhaltung der Zukunft legitim sein könnten.⁶⁴ Das Bundesverfassungsgericht habe „sicherzustellen, dass der demokratische Prozess offen bleibt, aufgrund anderer Mehrheitsentscheidungen rechtliche Umwertungen erfolgen können (...) und eine irreversible rechtliche Präjudizierung künftiger Generationen vermieden wird“⁶⁵. Das (änderungs- und integrationsfeste) Demokratieprinzip vermittele dem Bürger in Verbindung mit Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG „Schutz vor einer substantiellen Erosion der Gestaltungsmacht des Deutschen Bundestags“⁶⁶.

e) Freiheitliche Dimension

Schließlich hat das Zukünftige – nicht nur in Gestalt des Vertrauensschutzes – eine freiheitliche Dimension. Diese Dimension steht im Zentrum des Klimabeschlusses, der ein Freiheitsverständnis in einem umfassenden Sinne zugrunde legt: Menschlicher Freiheitsgebrauch gehe in unzähligen Bereichen unvermeidlich mit dem Ausstoß klimaschädlicher Treibhausgase einher. Diese Freiheit zu CO₂-relevantem Freiheitsgebrauch sei bereits heute aufgrund einer eingriffsähnlichen Vorwirkung beeinträchtigt. Die Verteilung von Reduktionslasten auf die Zeit nach 2030 mache massive Freiheitseinschränkungen in der Zukunft erforderlich. Diese Freiheitseinschränkungen werden künftig wegen der zunehmenden Bedeutung des Klimaschutzes gerechtfertigt sein; heute wären diese massiven Freiheitseinschränkungen hingegen noch nicht gerechtfertigt. Die unverhältnismäßige Verschiebung von Reduktionslasten in die Zukunft führe zu heute nicht gerechtfertigten Freiheitsbeschränkungen nach dem Jahr 2030 und ist daher verfassungswidrig. Hier zeigt sich die besondere Zukunftsbezogenheit des Klimabeschlusses: Ihm geht es zentral um die freiheitliche Dimension der Zukunft. Der ökologischen Zukunftsdimension kommt hingegen

⁶² BVerfGE 157, 30 (Rn. 113 ff).

⁶³ BVerfGE 157, 30 (Rn. 114).

⁶⁴ BVerfGE 132, 195 (Rn. 120) – ESM.

⁶⁵ BVerfGE 132, 195 (Rn. 124) – ESM.

⁶⁶ BVerfGE 142, 123 (Rn. 121) – OMT-Programm.

eine mittelbare Bedeutung zu: Die verfassungsrechtliche Pflicht, die natürlichen Lebensgrundlagen zu schützen, droht die freiheitliche Zukunftsdimension zu beeinträchtigen. Das macht die ökologische Dimension mitnichten weniger bedeutend. Mit Blick auf die Zukunft liegt das Augenmerk aber auf der freiheitlichen Dimension: Mit den natürlichen Lebensgrundlagen müsse so sorgsam umgegangen und sie der Nachwelt in solchem Zustand hinterlassen werden, „dass nachfolgende Generationen diese nicht nur um den Preis radikaler eigener Enthaltensamkeit weiter bewahren könnten“⁶⁷.

f) Gestaltungsspielraum des (gegenwärtigen) Gesetzgebers

Dem Verfassungsrecht lassen sich durchaus Vorgaben entnehmen, die über eine bloße Zukunftsorientierung hinausgehen. Die skizzierten Dimensionen enthalten unterschiedliche, teils entgegengesetzte Vorgaben für einen prospektiven Schutz. Für den gegenwärtigen Gesetzgeber bestehen erhebliche Entscheidungs- und Gestaltungsspielräume bei der Gewichtung und Abwägung der einzelnen Belange.

Sollen gesetzgeberische Maßnahmen (zur Krisenbewältigung) mit ihrer Ausrichtung auf die Zukunft und deren Schutz begründet werden, so ist in zweierlei Hinsicht Vorsicht geboten: Hiermit ggfs. verbundene Grundrechtseingriffe müssen sich erstens gegenwärtig rechtfertigen lassen. Die Vorsorge für die Zukunft hat zweitens, insofern als sie mit (finanziellen) Belastungen der Zukunft bzw. künftiger Generationen einhergeht, ambivalenten Charakter und kann sich tatsächlich als Zukunftslast erweisen.

V. Schlussbemerkungen

Die Probe auf seine Resilienz und Adaptation hat das Recht in der Corona-Krise im Großen und Ganzen bestanden, auch wenn Kritik in einzelnen Punkten berechtigt ist. Ob man ihm auch zukünftig ein positives Zeugnis wird ausstellen können, dürfte indes entscheidend davon abhängen, inwiefern es sich auch als lernfähiges und zukunftsorientiertes Recht erweist, das zugleich der Gegenwart gerecht wird. Die bislang wenig beleuchteten wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und sozialen Auswirkungen der Corona-Krise (und der staatlichen Maßnahmen) aufzuarbeiten, erscheint mir gerade mit Blick auf die Herausforderungen einer sozial-ökologischen Transformation angesichts der Klimakrise unerlässlich.

⁶⁷ BVerfGE 157, 30 (Rn. 193).

Klimawandel und Schutz der Grundrechte

Über die Verfassungsbeschwerde gegen das koreanische Klimaschutzgesetz durch die Beschwerdeführer „Jugend-Klima-Aktion“

BANG, SEUNG-JU*

- I. Einführung
- II. Inhalt der Verfassungsbeschwerde durch die “Jugend-Klima-Aktion (Youth Climate Action)”
- III. Stellungnahme des Beschwerdegegners 2 (Staatspräsident)
- IV. Stellungnahme der Nationalen Menschenrechtskommission
- V. Wie sollen wir die Verfassungsbeschwerde beurteilen?

I. Einführung

In den letzten Jahren hat die Welt eine Reihe von extremen Wetterereignissen erlebt, die auf den Klimawandel zurückzuführen sind, darunter Waldbrände, Überschwemmungen durch sintflutartige Regenfälle, extreme Trockenheit und der Anstieg des Meeresspiegels aufgrund der Gletscherschmelze. Das Auftreten dieser extremen Wetterereignisse ist auf den durch menschliche Treibgasemissionen verursachten Anstieg der globalen Temperatur zurückzuführen. Als Gegenmaßnahme erklärt das Pariser Klimaabkommen, dass der globale Temperaturanstieg auf deutlich unter 2°C und soweit möglich auf 1.5°C begrenzt werden muss, und verpflichtet die Vertragsparteien, freiwillige Reduktionsziele festzusetzen und sie umzusetzen, um Kohlenstoffneutralität bis 2050 zu erreichen, sowie alle fünf Jahre über die Fortschritte bei der Umsetzung zu berichten.

Im Jahr 2019 bestätigte der Oberste Gerichtshof der Niederlande in der Entscheidung Urgenda, dass der Plan der Regierung zur Verringerung der CO₂-Emissionen nicht ausreicht, um bis 2050 Kohlenstoffneutralität zu erreichen, und daher nach niederländischem

* Professor Dr. *Bang, Seung-Ju*, Hanyang Universität Seoul.

Zivilrecht eine unerlaubte Handlung darstellt und gegen die Rechte nach Art. 2 und Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention verstößt.

Das irische oberste Gericht befand den Plan der Regierung zur Reduzierung der CO₂-Emissionen ebenfalls für rechtswidrig.

Am 24. März 2021 hat das BVerfG die betreffenden Klauseln des Bundesklimagesetzes für unvereinbar mit der Verfassung erklärt. Das Klimaschutzgesetz legt einen Reduktionspfad für den Zeitraum bis 2030 gesetzlich fest, während der Reduktionspfad für den Zeitraum von 2031 bis 2050 im Gesetz fehlt und seine Regelung zur Rechtsverordnung ermächtigt ist. Es widerspreche dem Parlamentsvorbehalt. Das BVerfG hat weder die Verletzung der grundrechtlichen Schutzpflicht des Staates noch die Verletzung des Art 20a GG festgestellt. Demgegenüber hat das BVerfG eine sog. eingriffsähnliche Vorwirkung auf die Grundrechte der Beschwerdeführer aus Art. 2 Abs. 1 oder Art. 14. Abs. 1 GG anerkannt. Es sei unumgänglich, die CO₂-Emissionen von 2031 bis 2050 stark zu reduzieren, was nicht nur gegen die Verfassung verstößt, weil die Freiheitsrechte der künftigen Generationen beeinträchtigt werden, sondern auch gegen den Grundsatz des Parlamentsvorbehalts, weil der Gesetzgeber den CO₂-Reduktionspfad von 2031 bis 2050 nicht unmittelbar per Gesetz entschieden, sondern ihn zur Rechtsverordnung ermächtigt hat.

In der Republik Korea hat die Youth Climate Action, bestehend aus Kim Do-Hyun und 18 weiteren Personen, am 13. März 2020 eine Verfassungsbeschwerde erhoben, in der sie behauptete, dass i) § 42 Abs. 1 Ziffer 1 des Rahmengesetzes für kohlenstoffarmes grünes Wachstum und ii) die Abschaffung des § 25 Abs. 1 der Durchführungsverordnung des Rahmengesetzes für kohlenstoffarmes grünes Wachstums (“Treibhausgasreduktionsziel für 2020”) sowie iii) § 25 Abs. 1 der Durchführungsverordnung des Rahmengesetzes für kohlenstoffarmes grünes Wachstum (geändert durch den Präsidialerlass Nr. 30303 vom 31. Dezember 2019) gegen die Verfassung verstoßen.

In der Zwischenzeit hat die Nationalversammlung das Rahmengesetz für kohlenstoffarmes grünes Wachstum in das kohlenstoffneutrale Rahmengesetz geändert, um einen neuen Reduktionsplan aufzustellen, so dass die Jugend-Klima-Aktion und die anderen Beschwerdeführer zusätzlich beim Verfassungsgericht Verfassungsbeschwerde gegen die Bestimmungen des kohlenstoffneutralen Rahmengesetzes eingereicht haben.

In der Folge wurden die Stellungnahme des Staatspräsidenten der Republik Korea und die Stellungnahme der Nationalen Menschenrechtskommission beim Gericht eingereicht.

Nach der Vorstellung des Inhalts der Verfassungsbeschwerde der Jugend-Klima-Aktion sowie der Stellungnahmen des Präsidenten und der Nationalen Menschenrechtskommission werde ich kurz meine Meinung dazu äußern, wie der Verfassungsbeschwerdefall aus verfassungsrechtlicher Sicht zu beurteilen ist, und möchte dann gerne die Meinungen aus dem trilateralen Publikum hören und diskutieren.

II. Verfassungsbeschwerde durch die „Youth Climate Action“

1. Inhalt der Verfassungsbeschwerde vom 13. März 2020

(1) Inhalt des Beschwerdeantrags (Behauptung des Beschwerdeführers)

(a) § 42 Abs. 1 Ziffer 1 des Rahmengesetzes für kohlenstoffarmes grünes Wachstum sei verfassungswidrig

(b) die Abschaffungshandlung des § 25 Abs. 1 der Durchführungsverordnung des Rahmengesetzes für kohlenstoffarmes grünes Wachstums („Treibhausgasreduktionsziel für 2020“, neu erlassen vom Staatspräsidenten durch den Präsidialerlass Nr. 22124 vom 13. April 2010) sei verfassungswidrig.

(c) § 25 Abs. 1 der Durchführungsverordnung des Rahmengesetzes für kohlenstoffarmes grünes Wachstums (geändert durch den Präsidialerlass Nr. 30303 vom 31. Dezember 2019) sei verfassungswidrig.

(2) Die verletzten Rechte

Die Beschwerdeführer nennen folgende Rechte die auf Seiten der Verfassungsbeschwerdeführer angeblich verletzt worden seien: das Recht der nächsten Generation von Jugendlichen auf Leben, das Recht auf Glücksstreben und das Recht, sich dem Aussterben zu widersetzen (Art. 10 der Verfassung: Garantie der Menschenwürde sowie der grundlegenden Menschenrechte), das Recht der zukünftigen jungen Generationen, in einer gesunden und bequemen Umwelt zu leben (Art. 35 Abs. 1 der Verfassung) sowie die Gleichheit zwischen den älteren Generationen, die angenehme Umweltbedingungen genießen, und den nachfolgenden jungen Generationen, die mit katastrophalen Umweltbedingungen konfrontiert seien.

Daneben behaupten sie, dass die Pflicht des Staates, Katastrophen zu verhüten und die Bürger vor ihren Gefahren zu schützen (Art 34 Abs. 6 der Verfassung), das Verbot der umfassenden Regelungsermächtigung nach Art 75 der Verfassung und die grundrechtliche Schutzpflicht des Staates nach Art 10 der Verfassung verletzt worden seien.

(3) Gründe für die Verfassungsbeschwerde

Das Pariser Abkommen und der IPCC-Bericht warnten vor einem globalen Temperaturanstieg und dem Auftreten von extremen Wetterereignissen und Klimakatastrophen aufgrund der kumulativen Emission von Treibhausgasen. Die Republik Korea sei eines der Länder mit dem schnellsten Temperaturanstieg weltweit und sehe sich bereits mit der realistischsten Zunahme der Schäden des Klimawandels konfrontiert wie Temperaturanstieg, Subtropenbildung, Anstieg der Meerestemperatur, Dürre, Entwicklung von Feinstaub und Ausbruch von Atemwegserkrankungen im ganzen Land (Aktualität und Konkretheit von Klimakatastrophen).

Die Verfassung der Republik Korea garantiere der nächsten Generation junger Menschen das Recht auf Leben und auf Glücksstreben sowie das Recht, in einer gesunden und bequemen Umwelt zu leben. Der Staat sei verpflichtet, diese Grundrechte seiner Bürger vor einer Beeinträchtigung durch Dritte zu schützen. Das von der Republik Korea ratifizierte Pariser Abkommen sei ein internationaler Pakt zur Verringerung der Treibhausgasemissionen, um die globale Erwärmung auf mindestens 2°C zu begrenzen, und es sei die Pflicht der Republik Korea, konkrete Ziele zur Verringerung der Treibhausgasemissionen, die mit diesem Abkommen in Einklang stehen, festzulegen und sie umzusetzen, um das Auftreten von "Klimakatastrophen zu verhindern, die das Überleben der nächsten Generation von Menschen unmöglich machen" (die Pflicht des Staates zum Schutz der Grundrechte einschließlich der Umweltrechte).

Die im Rahmengesetz für kohlenstoffarmes grünes Wachstum und in seiner Durchführungsverordnung, d.h. der hier zu überprüfenden Bestimmungen, festgelegten THG-Reduktionsziele seien jedoch so beschaffen, dass sie zu einem Temperaturanstieg führen werden, der weit über dem international vereinbarten Grenzwert von 2°C liege, wenn man bedenke, dass die derzeit von der Regierung der Republik Korea festgelegten Ziele zur Verringerung der Treibhausgasemissionen völlig unzureichend seien, um das Auftreten von Katastrophen zu verhindern, die durch extreme Wetter- und Klimakatastrophen verursacht würden, die gerade in der Republik Korea auftreten und sich in Zukunft wahrscheinlich noch verschlimmern würden, und dass sie in der Tat die Grundrechte der Beschwerdeführer, einschließlich des Rechts auf Umwelt (Art. 35 der Verfassung), des Rechts auf Leben und Gesundheit (Art 10 der Verfassung), und des Rechts auf menschenwürdiges Leben (Art. 34 der Verfassung) verletzen (Verletzung des Umweltrechts u.s.w.). Der Staat, d.h. die Regierung der Republik Korea sei verpflichtet, das Recht der Bürger, in einer gesunden und bequemen Umwelt nach Art 35 Abs. 1 der Verfassung zu leben, zu schützen, jedoch verletzen diese streitgegenständlichen Bestimmungen das Untermaßverbot, weil sie sich nicht als eine geeignete und wirksame Maßnahme zum Schutz der Grundrechte der Bürger darstellten.

Daneben verletzen diese streitgegenständlichen Bestimmungen das Verbot der umfassenden Regelungsermächtigung nach Art 75 der Verfassung und den Parlamentsvorbehalt, weil der Gesetzgeber, die Nationalversammlung, die wesentlichen Regelungen bezüglich der Umwelt nicht selbst entschieden, sondern fast alle wichtigen Regelungen umfassend der Regierung übertragen und sie dazu ermächtigt habe (Verletzung des Verbots der umfassenden Regelungsermächtigung).

3. Antrag auf Hinzufügung von Beschwerdegegenständen und Gründe für die Verfassungsbeschwerde vom 16. Februar 2022

(1) Erweiterung der Beschwerdegegenstände

Am 16. Februar 2022 haben die Beschwerdeführer dem Verfassungsgericht zusätzlich einen Antrag eingereicht, ihre Beschwerdegegenstände und Gründe der Beschwerde zu erweitern, weil, wie erwähnt, der Gesetzgeber inzwischen das Rahmengesetz für kohlenstoffarmes grünes Wachstum zum kohlenstoffneutralen Rahmengesetz zur Bekämpfung der Klimakrise umgestaltet und geändert hat, um einen neuen Reduktionsplan aufzustellen und den gesetzlich festgesetzten Zweck der Kohlenstoffneutralität 2050 zu erreichen. Damit haben die Beschwerdeführer folgende Bestimmungen in die Beschwerdegegenstände zusätzlich eingeschlossen.

Sie haben behauptet, dass (d) § 8 des Rahmengesetzes zur Kohlenstoffneutralität zur Bekämpfung der Klimakrise vom 24. September 2021 (Gesetzesnummer 18469, im folgenden: „Rahmengesetz für die Kohlenstoffneutralität“ genannt) verfassungswidrig sei und dass (e) es auch verfassungswidrig sei, die Treibhausgasreduktionsziele für den Zeitraum von 2031 bis 2050 nicht gesetzlich festzusetzen.

(2) Gründe für die zusätzliche Beschwerde

§ 6 des Rahmengesetzes für die Kohlenstoffneutralität lege ein Treibhausgasreduktionsziel für 2030 fest, das völlig unzureichend und unwirksam im Vergleich mit dem von der internationalen Gemeinschaft vereinbarten Standard und den Anforderungen einschließlich des Pariser Abkommens und des Zwischenstaatlichen Ausschusses für Klimawandel („IPCC“) sei, um das Leben, die Sicherheit, die Freiheit und die Umweltrechte zukünftiger Generationen junger Menschen vor Klimakatastrophen zu schützen (Treibhausgas-Reduktionsziel 2030),

Darüber hinaus habe das Rahmengesetz weder die Treibhausgas-Reduktionsziele (im folgenden: „THG-Reduktionsziele“ genannt) für den Zeitraum von 2031 bis 2050 für die Erreichung der Kohlenstoffneutralität festgelegt noch den Rechtsverordnungsgeber dazu ermächtigt (keine THG-Reduktionsziele über 2031 hinaus).

Schließlich habe das Gesetz nicht oder sehr unzureichend festgelegt, wie die Durchsetzung der festgelegten oder noch festzulegenden THG-Reduktionsziele gewährleistet werden sollte (keine Bestimmungen zur Gewährleistung der THG-Reduktionsziele).

Insbesondere haben die Beschwerdeführer in diesem Zusatzantrag auf das Urteil des irischen Supreme Court vom 31. Juli 2020 und noch viel ausführlicher den Klimaschutzbeschluss des deutschen BVerfG vom 24. März 2021 (BVerfGE 157, 30) verwiesen. Sie haben in ihrer Argumentation zum Beispiel den Begriff „Eingriffsähnliche Vorwirkung“ im Klimaschutzbeschluss des BVerfG zur Untermauerung ihrer Behauptung der Verfassungswidrigkeit der zusätzlichen Beschwerdegegenstände verwendet. Während das BVerfG keine Verletzung der grundrechtlichen Schutzpflicht in diesem Beschluß festgestellt hat,

haben die Beschwerdeführer die Möglichkeit der Feststellung der grundrechtlichen Schutzpflicht des Staates unter der koreanischen Verfassung bejaht und das Verfassungsgericht darum gebeten, noch einen Schritt weiter als das BVerfG zu gehen, indem es feststellt, dass die streitgegenständlichen Bestimmungen nicht nur die Beschwerdeführer in ihren subjektiven öffentlichen Rechten, in einer gesunden und bequemen Umwelt zu leben, sondern auch die grundrechtliche Schutzpflicht des Staates verletzt haben und dass das gesetzgeberische Unterlassen der THG-Reduktionsziele für den Zeitraum von 2031 bis 2050 sowie das Unterlassen oder die auf alle Fälle unzureichende Regelung in Bezug auf die Garantieklausel zur Durchführung der THG-Reduktionsziele und THG-Reduktionspfad unvereinbar mit der Verfassung sind.

III. Die Stellungnahme des Beschwerdegegners 2 (des Staatspräsidenten)

Der Beschwerdegegner 2 hat seine Stellungnahme im Oktober 2020 dem Verfassungsgericht eingereicht, bevor die Beschwerdeführer ihren Zusatzantrag dem Verfassungsgericht gestellt haben, deshalb hat der Beschwerdegegner 2 in seiner Stellungnahme nur auf die oben genannten Beschwerdegegenstände (a), (b), (c) Bezug genommen.

Insgesamt hat er behauptet, dass die Verfassungsbeschwerde unzulässig und zu verwerfen sei, die streitgegenständlichen Bestimmungen verfassungsgemäß seien und die Regierung ihrerseits möglichst die erforderliche Maßnahme getroffen habe, so dass sie die grundrechtliche Schutzpflicht nicht verletzt habe.

Er hat die Verweise der Beschwerdeführer auf die Entscheidungen der ausländischen Verfassungsgerichte oder des Supreme Courts mit der Begründung beanstandet, dass die jeweiligen Länder ihre eigenen verfassungsrechtlichen Normen und rechtliche Ordnung hätten und dass es jeweils unterschiedliche Hintergründe für die Entscheidungen gebe.

Daneben hat er behauptet, dass die Regierung verschiedene Maßnahmen in Form der Rechtsverordnung und der im Haushalt vorgesehenen enormen Investitionen zur THG-Reduktion ergriffen habe.

IV. Die Stellungnahme der Nationalen Menschenrechtskommission vom 12. Juni 2023

Die nationale Menschenrechtskommission hat ihre Stellungnahme in Bezug auf eine Reihe von Verfassungsbeschwerdefällen gegenüber § 8 Abs. 1 des Rahmengesetzes für die Kohlenstoffneutralität und § 3 Abs. 1 der Durchführungsverordnung des Rahmengesetzes für die Kohlenstoffneutralität eingereicht, die hauptsächlich von Vertretern der jüngeren Generationen initiiert worden sind.

Sie hat behauptet, dass § 8 Abs. 1 des Rahmengesetzes für die Kohlenstoffneutralität und § 3 Abs. 1 der Durchführungsverordnung des Rahmengesetzes für die Kohlenstoffneutralität die grundrechtliche Schutzpflicht des Staates verletzen und der Verfassung der Republik Korea widersprechen, weil sie sich nicht als eine Mindestschutzmaßnahme für die

Freiheit und Rechte der heutigen und künftiger Generationen darstellten, deren Beeinträchtigungen von dem Klimawandel verursacht worden seien, und sie auch dem Parlamentsvorbehalt, dem Verbot der umfassenden Regelungsermächtigung nach Art. 75 der Verfassung und dem Gleichheitssatz nach Art. 11 der Verfassung widersprächen.

V. Wie sollen wir die Verfassungsbeschwerde beurteilen?

1. Verfassungsrechtliche Vorgabe

Art. 35 Abs. 1 der Verfassung garantiert dem Bürger „das Recht, in einer gesunden und bequemen Umwelt zu leben“, als ein subjektives öffentliches Recht und verpflichtet gleichzeitig den Bürger sowie den Staat, die Umwelt zu schützen. Diese Pflicht des Staates, die Umwelt zu schützen, spielt eine Rolle als ein Staatsziel der Verfassung der Republik Korea. Deshalb gewährleistet die Verfassung der Republik Korea nicht nur das Umweltrecht, sondern auch die Pflicht des Staates, die Umwelt zu schützen, als ein Staatsziel, dessen Bedeutung natürlich durch die Auslegung der Verfassung konkretisiert werden soll.

In der koreanischen Verfassungslehre und Praxis hat man bisher das Vorsorgeprinzip, das Prinzip der nachhaltigen Entwicklung, das Verursacherprinzip, das Kooperationsprinzip usw., die in der Umweltrechtslehre hauptsächlich als die Prinzipien des Umweltrechts betrachtet werden, noch nicht als verfassungsrechtliche Prinzipien angesehen.

Aber nach meiner Meinung haben solche Prinzipien wie das Vorsorgeprinzip oder das Prinzip der nachhaltigen Entwicklung ihre Grundlage in der Präambel der koreanischen Verfassung, die den Satz: „Wir versprechen die Sicherheit, die Freiheit und das Glück von uns und unserer Nachkommenschaft für immer zu sichern“ enthält. Diese Präambel der Verfassung der Republik Korea stellt die verfassungsrechtliche Grundlage für das Prinzip der Vorsorge und das Prinzip der nachhaltigen Entwicklung dar. Das Prinzip der Verursacherverantwortung findet seine Grundlage im Art. 10 der Verfassung. Das Prinzip der Kooperation findet sich in der Pflicht von Bürger und Staat, die Umwelt zu schützen, nach Art. 35 Abs. 1 der Verfassung.

Auch die Umsetzung von CO₂-Reduktionszielen und faktischen Quoten, die den Staaten durch das Pariser Klimaabkommen und durch IPCC zugewiesen wurden, um bis 2050 Kohlenstoffneutralität zu erreichen, damit man den globalen Temperaturanstieg auf deutlich unter 2°C und möglichst auf 1.5°C begrenzen kann, sollte als ein Teil der verfassungsrechtlichen Umweltschutzpflicht positiv interpretiert werden, wie es das deutsche BVerfG im Kontext des heutigen rasanten Klimawandels entsprechend ausgelegt hat.

Um auf den Klimawandel rechtzeitig zu reagieren, wird zudem der Grundsatz der ökologischen Rechtzeitigkeit verlangt, wie das BVerfG unter Verweis auf Schulze-Fielitz in seinem Klimaschutzbeschuß zutreffend festgestellt hat. So sollte der Gesetzgeber präventiv und vorausschauend einen THG-Minderungspfad zur Reduzierung der CO₂-Emissionen auf der Grundlage der wissenschaftlichen Erkenntnisse der Geo- und Klimawissenschaftler und vor allem des IPCC aufstellen und die Verpflichtung zur Emissions-

minderung auf der Ebene der öffentlichen wie privaten Sektoren entsprechend dem Minderungspfad umsetzen.

Im Ergebnis sind das Gebot der Vorsorge, das Prinzip der ökologischen Rechtzeitigkeit, das Prinzip der nachhaltigen Entwicklung, das Prinzip der Verursacherverantwortung und das Prinzip der Kooperation daher nicht nur umweltrechtliche, sondern auch verfassungsrechtliche Grundsätze, die bei der Beurteilung nicht nur der Verfassungsmäßigkeit der Beschwerdegegenstände, sondern auch der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde zu berücksichtigen sind.

2. Beurteilung der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

Der problematischste Aspekt der Klimaschutzverfassungsbeschwerde wäre die Zulässigkeit, und zwar die Selbstbetroffenheit, Gegenwärtigkeit und Unmittelbarkeit der Verfassungsbeschwerdeführer, d.h. also die Beschwerdebefugnis.

Vor allem soll grundsätzlich jeder Verfassungsbeschwerdeführer selbst, gegenwärtig und unmittelbar von der öffentlichen Gewalt betroffen sein. Diese Voraussetzung der Beschwerdebefugnis im Hinblick auf eine Verfassungsbeschwerde muss sowohl in Korea als auch in Deutschland erfüllt sein.

Zunächst sind die Beschwerdeführer von der Jugend- Klima-Aktion selbst betroffen, denn sie sind diejenigen, die in der Zeit von 2031 bis 2050 am aktivsten sein werden, und ihre Freiheit wird sicherlich erheblich eingeschränkt werden, wenn die Regierung an der aktuellen, sehr unzureichenden National Determined Contribution festhält, denn die CO₂-Emissionen müssen von 2031 bis 2050 drastisch reduziert werden.

Die gegenwärtige Betroffenheit setzt voraus, dass das Grundrecht der Beschwerdeführer von der öffentlichen Gewalt gegenwärtig betroffen, d.h. verletzt wird. So kann je nach dem Standpunkt argumentiert werden, dass die angefochtenen Bestimmungen noch nicht zu einer gegenwärtigen, konkreten Verletzung des Rechts auf Leben, des Rechts auf Gesundheit oder des Rechts der Beschwerdeführer, in einer gesunden und bequemen Umwelt zu leben, geführt haben.

Angesichts der Klimakrise und um das Ziel des Pariser Abkommens oder des IPCC, bis 2050 keine CO₂-Emissionen zu verursachen, zu erreichen, müssen die Staaten jedoch ihre Verpflichtungen zur Emissionsminderung gemäß ihrem Minderungspfad erfüllen, und hier können das Prinzip der Vorsorge und der so genannte Grundsatz der ökologischen Rechtzeitigkeit ins Spiel kommen. Unter diesem Aspekt kann das Hindernis der Gegenwärtigkeit ohne weiteres überwunden werden.

Auch das BVerfG hat in seinem Klimaschutzbeschluss (BVerfGE 157, 30) die Beschwerdebefugnis der Beschwerdeführer einschließlich ihrer Gegenwärtigbetroffenheit bejaht, indem es wie folgt feststellte: "Der Möglichkeit eines Verfassungsverstößes kann hier nicht mit dem Hinweis entgegnet werden, das Risiko eines künftigen Schadens stelle nicht schon gegenwärtig einen Schaden und mithin keine Grundrechtsverletzung dar. Auch Regelungen, die erst im Laufe ihrer Vollziehung zu einer nicht unerheblichen Grundrechtsgefährdung führen, können selbst schon mit dem Grundgesetz in Widerspruch geraten (vgl.

BVerfGE 49, 89 <141>). Dies gilt jedenfalls dann, wenn der einmal in Gang gesetzte Verlauf nicht mehr korrigierbar ist (vgl. auch BVerfGE 140, 42 <58 Rn. 59> m.w.N.).”

Eine unmittelbare Betroffenheit kann festgestellt werden, wenn ein Grundrecht unmittelbar durch die Bestimmungen der zu prüfenden Rechtsvorschrift und nicht erst durch eine Maßnahme der Exekutive verletzt wird. Im vorliegenden Fall sehen § 8 Abs. 1 des Rahmengesetzes für die Kohlenstoffneutralität und § 3 Abs. 1 der Durchführungsverordnung des Rahmengesetzes für die Kohlenstoffneutralität nicht nur Reduktionsziele bis 2030 vor, die weit hinter dem vom IPCC vorgeschlagenen Reduktionspfad zurückbleiben und zu deren diesbezüglicher Regelung der Rechtsverordnungsgeber ermächtigt wird, ohne sie selbst festzulegen. Sie sehen außerdem keinen Reduktionspfad für den Zeitraum von 2031 bis 2050 vor, worauf auch die Nationale Menschenrechtskommission zutreffend hingewiesen hat.

Diese unvollständige und unzureichende Gesetzeslage dürfte daher eine unmittelbare Verletzung der Umweltrechte, der Gesundheitsrechte und der allgemeinen Handlungsfreiheit der Beschwerdeführer darstellen. Da jedoch noch nicht gesagt werden kann, dass die Beschwerdeführer eine konkrete und tatsächliche Verletzung ihres Rechts auf Leben oder ihres Rechts auf Gesundheit erlitten haben, wäre das vom BVerfG gebildete Zwischenkonzept einer sog. „eingriffsähnlichen Vorwirkung” erforderlich.

Die übrigen Zulässigkeitsanforderungen sind unbestritten, so dass wir uns nun der Frage der Begründetheit der Verfassungsbeschwerde zuwenden.

3. Beurteilung über die Verfassungsmäßigkeit der Beschwerdegegenstände

Aus zeitlichen und räumlichen Gründen kann ich an dieser Stelle nicht alle Gesichtspunkte der Verfassungsmäßigkeit der angefochtenen Bestimmungen betrachten, sondern möchte gerne einen kurzen Grundriss der verfassungsrechtlichen Überprüfung der Beschwerdegegenstände bzw. der angefochtenen Bestimmungen geben.

Erstens verstößt die Tatsache, dass die Nationalversammlung die Regierung bzw. die präsidiale Rechtsverordnung zur Bestimmung der im Pariser Klimaabkommen und in IPCC-Bericht empfohlenen nationalen Ziele zur Reduzierung der Treibhausgase ermächtigt, ohne sie selbst im Gesetz zu regeln, gegen den Grundsatz des Parlamentsvorbehalts, denn angesichts der zunehmenden Risiken für die Gesundheit und das Leben der Menschen, die durch den starken Klimawandel und zahlreiche Naturkatastrophen aufgrund extremer Wetterereignisse gefährdet sind, muss diese wesentliche Sache vom Parlament selbst entschieden werden.

Zweitens: In Bezug auf Beschwerdegegenstand (b), der Gegenstand der ersten Verfassungsbeschwerde, verletzt die Tatsache, dass der Präsident die präsidiale Rechtsverordnung heimlich geändert hat, um eine Reduzierung in ähnlicher Höhe auf das Jahr 2030 zu verschieben, ohne das THG-Reduktionsziel für 2020 ordnungsgemäß umzusetzen, und dass das THG-Reduktionsziel für 2030 auch deutlich unter dem notwendigen THG-Reduktionsziel der Republik Korea zur Begrenzung des globalen Temperaturanstiegs auf 1.5°C

oder weniger liegt, das Umweltrecht, das Recht auf Leben und das Recht auf Gesundheit der Beschwerdeführer sowie die Pflicht des Staates, die Umwelt zu schützen.

Drittens wird in § 8 Abs. 1 des Rahmengesetzes für die Kohlenstoffneutralität das Ziel der THG-Reduktion für 2030 auf mindestens 35% gegenüber 2018 festgelegt. Zur Bestimmung des konkreten Ziels wird der präsidiale Rechtsverordnungsgeber ermächtigt. Es wird auch ein Mindestziel für die THG-Reduktion festgesetzt, das jedoch deutlich unter dem Kohlenstoffbudget liegt, das zur Einhaltung des Ziels eines globalen Temperaturanstiegs von 1.5°C erforderlich ist. Außerdem wird der Grundsatz des Parlamentsvorbehalts verletzt, da zur Festlegung des konkreten Ziels der Rechtsverordnungsgeber ermächtigt worden ist, ohne dass es direkt vom Gesetzgeber, d.h. von der Nationalversammlung festgelegt worden ist.

Viertens ist es erforderlich, die Art und Weise der Erfüllung des Minderungsziels und die konkrete Anrechnungsregelung für den Fall einer Nichterfüllung der Minderungspflicht wie in § 4 des deutschen Klimaschutzgesetzes vorzusehen, um die von den Beschwerdeführern behauptete unverantwortliche Praxis der Änderung der präsidialen Rechtsverordnung zu vermeiden. Kurz gesagt, die gesetzliche Garantieklausel ist erforderlich. Das gesetzgeberische Unterlassen, diese Garantieklausel nicht zu regeln, widerspricht dem Parlamentsvorbehalt.

Fünftens ist es keine Übertreibung zu sagen, dass es bereits ein globaler Konsens und eine de facto internationale verfassungsrechtliche, unter anderem auf dem Pariser Abkommen, dem Kyoto-Protokol und der jüngsten Vereinbarung in Songdo, Incheon, beruhende Norm geworden ist, dass der globale Temperaturanstieg auf deutlich unter 2°C über dem vorindustriellen Niveau und möglichst auf 1.5°C begrenzt werden muss. Wie das BVerfG in seinem Klimaschutzbeschluss festgestellt hat, ergibt sich diese Verpflichtung zur Minderung der THG-Emissionen auch aus dem Staatsziel des Umweltschutzes nach Art 20a GG und nach Art. 35 Abs. 1 der koreanischen Verfassung.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das gesetzgeberische Unterlassen der Nationalversammlung, die Ziele für die Verringerung der THG-Emissionen und einen konkreten Fahrplan bzw. Pfad für den Zeitraum 2031 bis 2050 gesetzlich nicht festzulegen sowie diese Reduktionsziele gesetzlich nicht zu garantieren, nicht nur die Umweltrechte der Beschwerdeführer nach Art 35 Abs. 1 der Verfassung verletzen, sondern auch gegen die Pflicht des Staates zum Schutz der Umwelt verstoßen, so dass das gesetzgeberische Unterlassen für verfassungswidrig bzw. für unvereinbar mit der Verfassung erklärt werden müssen.

Teil II
Zivil- und Wirtschaftsrecht

Part II
Private and Commercial Law

Electronic Wills in a Post-Pandemic World

SOMIN CHUNG*

I. Introduction

Statutory inheritance, as provided in the Korean Civil Code, is the prevalent practice in Korea. It has historically overshadowed testamentary inheritance in Korean society. However, with the economic development and the rise of affluent individuals, as well as the spread of a philanthropic culture, there has been a noticeable increase in interest in wills. Testamentary bequests allow people to proactively manifest their intentions during their lifetimes and to strategically prepare for estate planning. This cannot be achieved through the statutory inheritance provided by the Korean Civil Code. Interest in the testamentary inheritance continues to grow in our society.

During the COVID-19 pandemic, we have seen tremendous developments in technology. Digitalization has appeared in diverse areas of society, including healthcare, finance, and education. The area of will-making is no exception. The pandemic, characterized by limited face-to-face interactions due to urban lockdowns and home confinement, triggered a wave of digitalization within the will-making system. In particular, in some jurisdictions, such as the United Kingdom, where attested wills are the prevalent form,¹ witnesses have been allowed to participate remotely in the will making via videoconference. Several states of the United States and Australia also allowed remote witnessing for a limited time in 2020.

* Professor Dr. *Chung, Somin*, School of Law, Hanyang University, Seoul.

¹ In the United Kingdom, two witnesses must be physically present with the testator as a requirement for a will under the Wills Act 1837. In July 2020, the UK government allowed witnesses to participate via videoconferencing in order to respond to the demand for wills during the Covid-19 pandemic and to facilitate the execution of wills. It has extended remote witnessing until January 2024.

The provisions of the Korean Civil Code governing testamentary inheritance have not been amended for more than six decades since the enactment of the Korean Civil Code. With the growing interest in the testamentary inheritance and the increased use of technology in daily life during the Covid-19 pandemic, it is an appropriate time to consider how to modernize the testamentary system in Korea in line with the digital age.

II. Electronic Wills and Will-Execution Formalities

1. The Rise of Electronic Wills

The rise of electronic wills is driven by two main factors. First, the COVID-19 pandemic awakened people to the importance of wills. Faced with a new, deadly virus spreading around the world, people reasonably wanted to think about testamentary dispositions and how to make a valid will. However, the need to comply with lockdown restrictions and social isolation requirements prevented many people from completing formalities of executing a will. Second, people were exposed to a new digital age during the pandemic. Technologies enabled people to work from home or to stay in touch with family when travel was not an option. The ability to work remotely is a significant development in the use of technology.

These two factors had an impact on the area of a will-making. For example, in the United Kingdom, where attested wills requiring witnesses are the predominant form, the UK government amended the Wills Act 1837 to temporarily allow remote witnesses in order to ensure that people could make valid wills. Witnesses participate remotely in the execution of a will via electronic means such as videoconferencing.² It is clearly a novel concept that wills can be witnessed remotely. This new experience has stimulated discussions on the electronic will and has provided an opportunity to flesh out the idea of an electronic will.

2. Electronic Wills and Electronic Execution

In general, the term „electronic will“ is not yet precisely defined. It is still evolving. A will could be made electronically at three different stages: (i) in the preparation and drafting of a will, (ii) in the execution of a will, and (iii) in the storage (and admission to probate of a will, if necessary).³ For the purpose of this paper, the term „electronic will“ is an electronically executed will, whether or not it is stored and admitted to probate electronically. An electronically executed will means a will executed or its formalities completed using electronic means. An

² This amendment originally applied to wills made between January 31 2020 and January 31 2022, but was later extended to wills made on or before January 31 2024.

³ Probate is not a procedure to determine the validity of the will under Korean law. In Korea, probate is only a procedure to verify that a will has not been falsified or tampered with and that it is preserved as it is by verifying the formality of the will (Supreme Court Decision 97da38503). With respect to a holographic will, the will becomes effective upon the testator's death but shall be subject to probate procedure. However, a notarized will does not have to go through probate procedure. Article 1091(2) of the Civil Code of Korea.

electronically executed will may or may not be then stored (and admitted to probate, if necessary) as an electronic document.

Technology is being widely used in the preparation of wills. Wills can be prepared and drafted on the testator's computer. The electronic will referred to in this article means a will executed by electronic means, not by handwritten signature on paper. A will that is drafted on a computer, printed out, and signed on paper with a handwritten signature is not an electronic will for the purpose of this article. It is a traditional paper will.⁴

With the development of technology, there are various mediums and ways in which a document can be executed electronically. Electronic execution of contracts has become quite common in consumer and commercial transactions. The use of digital documents and signatures for contracts has increased significantly since the pandemic. The law governing electronic documents for contracts or transactions was already in place and functioning properly. However, it is not generally interpreted that such law applies to wills since wills are neither contracts nor transactions. They are unilateral declarations and have very different characteristics from contracts or transactions. The legal requirements for electronic execution of documents shall vary depending on the type of transaction. The requirements for electronic execution of contracts cannot be applied to wills. Accordingly, it is essential to develop formality requirements specific to the electronic wills so that they are functionally equivalent to paper wills, based on the current formality requirements and their functions. Additional requirements, such as registration, may be necessary for electronic wills.

It is important to note that wills have unique characteristics that distinguish them from contracts. Wills are unilateral documents without a counterparty. They are revocable until death. A will cannot be valid until after the testator's death. The testator cannot testify or provide evidence in court regarding the authentication or interpretation of his or her will. Accordingly, formality requirements for an electronic will should be designed to reflect these unique characteristics of wills.

3. Existing Will-Execution Formalities

The Civil Code of Korea outlines the formalities necessary to create a valid will. These long-standing requirements apply to wills made on paper documents, the type of documents in mind at the time the Civil Code of Korea came into force.

Five types of wills are recognized under the Civil Code of Korea.⁵ Holographic wills and notarized wills are the most commonly used in Korea. There are two core formalities, among other things, for the making of a holographic will: the document should be (1) in the testator's handwriting and (2) with testator's name handwritten by the testator with the

⁴ Under the Korean law, all parts of a will must be handwritten to be valid as a holographic will. Therefore, a printed copy of the document drafted on a computer cannot be valid as a holographic will under the Korean law.

⁵ Article 1066 to Article 1070 of the Korean Civil Code. They are a holographic will, a voice recording will, a notarized will, a secret will and a nuncupative will.

seal affixed.⁶ Holographic wills confirm the identity of the testator and the authenticity of the will by handwriting. Thus, it does not require participation of a witness in making a holographic will under the Korean Civil Code.⁷ This is a very convenient and cost-efficient way to make a will since the testator can complete the will on its own without witnesses or a notary.

With respect to a notarized will, to be valid, it must be (1) in writing, (2) either signed by the testator and two witnesses, respectively or with the names written by the testator and two witnesses with their respective seals affixed, and (3) acknowledged by the testator and two witnesses in the presence of a notary public.

The reason for requiring strict formality in a will is to ensure that the will accurately reflects the testator's last wishes, since the testator is no longer alive when the will takes effect. Formality requirements are considered to perform four functions in the context of wills. First, it serves as evidence of the testator's intentions (the evidentiary function). This function is important as a will can only be effective after the testator died; second, it allows a testator to express his or her intentions in a way that others can understand (the channeling function); third, it prevents frivolous wills by ensuring that the testator is careful to leave his or her intentions in a final document (the cautionary function); and fourth, it protects the testator from fraud, undue influence or coercion when making a will (the protective function).⁸ These functions ensure that the will accurately reflects the testator's wishes, thereby reducing the risk of a potential will contest after the testator's death.

Given the foregoing, an electronic will could be introduced as long as the electronic will is designed with the appropriate formalities and is able to perform the above four functions in the same way as a paper will.

4. An Electronic Will and its Compliance with the Existing Formalities

It is not clear whether a will created in the form of an electronic document could comply with the existing formalities under the Korean Civil Code. An electronic will would most likely to satisfy the writing requirement. An electronic document is generally recognized as a writing in Korea if (i) the contents of the electronic document are legible, and (ii) the electronic document is preserved in the form in which it was created, converted, transmitted, received, or stored, or in a form that can be reproduced as such.⁹ Therefore, a will in electronic form may be recognized as a writing as long as such will is legible, durable and reproducible.

The main disputed legal issues, regarding whether electronic wills are capable of meeting the current formality requirements for either a holographic will or a notarized will, are as follows: (i) whether an electronic will can be handwritten if a holographic will is made in

⁶ In addition, the testator should write down the date and the address to make a holographic will valid under the Civil Code of Korea. The requirement of the address has given rise to much litigation in Korea.

⁷ Article 1066 of the Civil Code of Korea.

⁸ *John H. Langbein*, Substantial Compliance with the Wills Act, 88 Harv. L. Rev. 489 (1975).

⁹ Article 4(2) of the Framework Act on Electronic Documents and Transactions.

electronic form, (ii) whether an electronic will can be affixed with seals in case where either a holographic will or a notarized will is made in electronic form, and (iii) whether remote participation by notaries or witnesses is permitted if a notarized will is made in electronic form.

First, it is possible to make a will by handwriting on a smartphone or a tablet PC using an electronic pen. In this case, the will would meet the handwriting requirement because the will was actually handwritten by the testator on an electronic document. With respect to holographic wills, handwriting is a key factor in identifying the testator and ensuring the authenticity of the will. However, with the widespread use of electronic devices, the frequency of traditional handwritten documents in everyday life has dramatically decreased. In this regard, it will be a better approach to create requirements unique to the electronic wills to protect the testator from forgery of the will, rather than applying the existing handwriting requirement to electronic wills.

Second, it is unclear whether it is practically possible to affix a seal electronically. In fact, it is not possible to physically affix a seal to the will in an electronic form. To satisfy this requirement in the context of an electronic will, one might consider attaching digital images of seals to the will. However, it is debatable whether “affixing a seal to the will” under the Korean Civil Code could be interpreted broadly enough to include the insertion of digital images of seals into an electronic document. In this regard, a better approach would be to tailor this requirement to the digital signature for an electronic will.

Third, a notarized will requires the testator, witnesses, and a notary public to be physically present in the same room by stipulating that the will must be executed “in the presence of” a notary public with two witnesses under the Korean Civil Code. It is generally interpreted that “presence” for the purpose of executing a will requires actual, physical presence. Therefore, a witness or a notary public who is not physically present with the testator cannot satisfy the requirement for a notarized will. However, if an electronic will system is introduced, it is necessary to consider whether remote participation by witnesses or notaries should be permitted.

Given the foregoing, rather than focusing on whether electronic wills are capable of satisfying the existing will execution formalities, it would be a better approach to develop a new set of formality requirements for making electronic wills. The existing will execution formalities were codified based on the fact that wills are paper documents, which were the only type of documents at the time the Korean Civil Code was enacted. Therefore, the Korean Civil Code should be amended to provide new formality requirements appropriate for electronic wills. In addition, when designing the formality requirements for electronic wills, it is important to ensure that electronic wills provide the same level of protection against forgery, fraud, duress and undue influence as paper wills.

5. Key Elements of Electronic Wills

Electronic execution of contractual or transactional documents increasingly common. Technology can also provide benefits in the area of wills. Technology will make it quicker and easier to make a will or to amend an existing will. If making a will is more convenient, more people may have a will. Ultimately, this leads to the promotion of testamentary freedom. In this sense, electronic wills have the potential to promote testamentary freedom and offer advantages in fulfilling the testator's wishes.

The question is how to make an electronic will system at least as secure as a traditional will system. Key elements of electronic wills should be (i) electronic signatures, (ii) witnesses, and (iii) technology neutrality.

(i) Electronic Signatures

Electronic signatures must be as secure as handwritten signatures in electronic wills context. As handwritten signature identifies the testator who signed the will, electronic signatures must link a signed will to the person who is purported to have signed it. Electronic signatures can be divided into a number of levels in terms of the security levels they provide. Some electronic signatures are in electronic form and do not verify the identity of the person who signed. On the other hand, the most secure electronic signatures are based on qualified certificates for electronic signatures and such certificates link the signature to the person who signed it. Since the level of security provided by different electronic signatures varies, it is important that a legal mechanism exists for determining which electronic signatures are sufficiently secure, and which are not. To make electronic signatures in electronic wills function in the same way as handwritten signatures in holographic wills, the most secure electronic signature should be adopted. It would be difficult to forge and at least as secure as handwritten signatures.

(ii) Witnesses

The witnessing requirement will also be an important part of the formality rules. When electronic wills are introduced, remote witnessing will be sufficient. It may be debatable whether the witnessing requirement is still necessary once electronic wills are introduced. The witnessing requirement serves not only to prevent fraud but also to protect testators from undue influence, duress or coercion. Witnesses can also provide valuable evidence if a will is contested, such as the testator's capacity or any allegations of undue influence. Witnesses perform functions that electronic signatures cannot.¹⁰

(iii) Technology Neutrality

With respect to designing the basic formality outlines for electronic wills, the provisions should be technology neutral as to the form of electronic wills. Technology is constantly changing. Electronic execution used to rely on typed text or scanned signature images, but technology now allows the use of biometric validation data, real-time video signing and

¹⁰ The Law Commission of UK, *Make a Will*, Consultation Paper (2017), para 6.42.

witnessing. Accordingly, it would be a mistake to be overly fixated on particular technological features, as the technology that is current today may become obsolete very quickly. Rules for electronic wills should focus on the formality requirements that the electronic will must meet in order to be legally valid, rather than detailing a particular type of technology that must be used to meet those requirements. This approach would ensure that the rules do not become outdated and would not be a barrier to further innovation.¹¹

III. Legislative Trends in the Comparative Context

It is desirable to make special provision for electronic wills, rather than recognizing them under the existing formality requirements for conventional paper wills under the Korean Civil Code. An electronic will system is still under development. There are several countries that have already adopted an electronic will system. Examining the electronic will systems of other countries will shed light on how to design the electronic will system in Korea. It is necessary to consider how to ensure that the four functions of formality requirements are fulfilled in the context of an electronic will.

1. *The United States*

In the United States, the Uniform Law Commission produced the Uniform Electronic Wills Act 2019 (“UEWA”), template legislation which individual states can enact. Under the UEWA, a will must be “readable as text at the time of signing.”¹² A will must be signed by the testator or by another individual in the testator’s physical presence and at their direction,¹³ whether electronically or through a handwritten signature. Signing is broadly defined, including affixing or associating with the record “an electronic symbol or process”, so long as the signatory has the intention “to authenticate or adopt a record.”¹⁴ All forms of electronic signature, including typed signatures, would suffice. At least two witnesses must witness the testator signing, whether remotely or in person at the state’s discretion, before the witnesses also sign the will “within a reasonable time” of witnessing the testator signing.¹⁵ If the parties use electronic witnessing, the witnesses should be present in real time.¹⁶

The UEWA also includes a “harmless error” rule. A document which does not comply with the formality requirements but which is nevertheless readable as text is deemed to comply, provided that the propounder of the document can prove that the testator intended the document to have testamentary effect.¹⁷

¹¹ The Law Commission of UK, *Make a Will, A Supplemental Consultation Paper* (2023), para 2.167.

¹² Uniform Electronic Wills Act 2019, s 5(a)(1).

¹³ Uniform Electronic Wills Act 2019, s 5(a)(2).

¹⁴ Uniform Electronic Wills Act 2019, s 2.

¹⁵ Uniform Electronic Wills Act 2019, s 5(a)(3).

¹⁶ Uniform Electronic Wills Act 2019, s 2(2).

¹⁷ Uniform Electronic Wills Act 2019, s 6.

Eight states have enacted the UEWA,¹⁸ although with variation in their approaches to electronic witnessing.¹⁹ A further three states have introduced the UEWA into their legislatures but have not yet enacted the legislation.²⁰ Separately to the UEWA, other US states have implemented their own legal regimes for electronic wills. For example, Florida, Indiana, Arizona, Illinois and Nevada provide for the electronic will system which includes electronic execution, electronic storage and electronic admission to probate.

2. *Canada*

In 2021, the Uniform Law Conference of Canada amended the Uniform Wills Act (2015), template legislation which it recommends for enactment by Canadian provinces and territories, to enable electronically executed wills.

Under the Act, a will which is in electronic form should be readable as text and accessible and maintained in such a manner that it is capable of subsequent reference.²¹ The Act also allows wills to be signed by electronic signature, whether by the testator or another individual in their (electronic) presence and at their direction, and/or by the witnesses to the will.²² “Electronic signature” is broadly defined as “information in electronic form that a person has created or adopted in order to sign a document and that is in, attached to or associated with the document”,²³ meaning that simple, advanced and qualified electronic signatures would all be acceptable. The Act also permits electronic witnessing, provided that the witnesses are present at the same time.²⁴

The law in British Columbia has been amended based on the work of the Uniform Law Conference of Canada. The Wills, Estates and Succession Act 2009 was amended to create a legal regime for electronically executed wills in order to provide greater flexibility in will-making.²⁵ There are also plans to enable electronically executed wills in Saskatchewan.²⁶

¹⁸ Utah, Washington, North Dakota, Colorado, US Virgin Islands, the District of Columbia, Idaho and Minnesota.

¹⁹ States can adopt electronic witnessing or retain in-person witnessing for electronic wills in accordance with section 5(a)(3) of UEWA.

²⁰ Missouri, Texas and New Jersey.

²¹ Uniform Wills Act (2015) (as amended 2016; 2021), s 1.

²² Uniform Wills Act (2015) (as amended 2016; 2021), s 5(1).

²³ Uniform Wills Act (2015) (as amended 2016; 2021), s 1.

²⁴ Uniform Wills Act (2015) (as amended 2016; 2021), s 5(4).

²⁵ Hansard (legislative Assembly of British Columbia), 14 July 2020, issue no 340, p 12029.

²⁶ Hansard (legislative Assembly of British Columbia), 14 May 2023, issue no 64A, p 3941.

3. Australia

In Australia, COVID-19 prompted states to introduce legislation to facilitate the electronic execution of wills. Many states introduced temporary measures to enable electronic witnessing which have now expired,²⁷ or been retained.²⁸ Victoria, however, enacted a wholly electronic execution procedure,²⁹ which they have decided to retain. Regulations inserted a new section into the Wills Act 1997 to allow electronic witnessing, provided that one of the witnesses to the will is a lawyer or magistrate (a “special witness”) who can ensure compliance with the remote execution procedure. Once the testator has signed the will, whether by handwritten or electronic signature,³⁰ the will is sent by electronic communication to any witnesses who are electronically present. The witnesses should check that the will is the same as that signed by the testator; ensure that the will includes a statement which confirms that the remote execution procedure was used; and sign, with the testator witnessing electronically.³¹

The special witness should sign the will last. The special witness should also ensure that the will includes a statement which states that the will was executed under the remote execution procedure; that the person is a special witness; and whether there is any recording of the execution of the will.³² The document which is checked and signed by the special witness is then treated as the testator’s will.³³

IV. Conclusion

During the Covid-19 pandemic, technology has advanced by leaps and bounds. In particular, working from home or signing contracts without being in the same room has become a unique experience. This has had an impact on the area of a will-making and has led to a growing interest in the idea of an electronic will.

However, although electronic transactions and electronic documents have become commonplace and laws governing them are in place, these laws cannot be directly applied to electronic wills. This is because a will is not a transaction or a contract and has unique characteristics that make it different from them. Unlike contracts, which do not have formality requirements, wills require strict formalities. This is because a will takes effect at the time of the testator's death, so it is necessary to ensure that the will accurately reflects the testator's last wishes. Although the Korean Civil Code has rules regarding the formality

²⁷ Queensland’s Justice Legislation (COVID-19 Emergency Response – Wills and Enduring Documents) Regulation 2020.

²⁸ New South Wales’ Electronic Transactions Amendment (Remote Witnessing) Act 2021.

²⁹ COVID-19 Omnibus (Emergency Measures) (Electronic Signing and Witnessing) Regulations 2020.

³⁰ Wills Act 1997, s 7(6)

³¹ Wills Act 1997, s 8A.

³² Wills Act 1997, s 8A.

³³ Wills Act 1997, s 8B.

requirements of a will, these rules are based on the assumption that the will is made in paper document. Therefore, if an electronic will system is introduced, the Korean Civil Code should be amended to provide separate rules for electronic wills.

The core formality requirements for electronic wills to be introduced are electronic signatures, witnesses, and technology neutrality. Electronic signatures should adopt the most secure level of electronic signatures that can link the electronic signature to the testator who signed it. Witnesses are also necessary in an electronic will system, as they can testify to the testator's circumstances at the time of making the will, such as testamentary capacity or undue influence. Formality requirements for electronic wills should be technology-neutral in order to accommodate future technological developments.

Die mündliche Verhandlung in Zivilsachen nach Corona

JOCHEN GLÖCKNER*

Eine der buchstäblich sichtbarsten Veränderungen des deutschen Justizsystems, welche die COVID-Pandemie mit sich gebracht hat, ist die Verbreitung von Videoübertragungen im Rahmen von Zivilprozessen. Während der ersten Phase des COVID-bedingten Lockdowns im März 2020 stimmten Parteien, denen an einem zügigen Fortgang und Abschluss ihres bereits anhängigen Verfahrens gelegen war, häufig einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung gem. § 128 Abs. 2 ZPO zu. In der Folge reagierten die Justizverwaltungen aber schnell und schufen die technischen Voraussetzungen, um die mündliche Verhandlung in Abwesenheit der Parteien und im Übrigen unter Einhaltung der damals geltenden Abstandsregelungen durchführen zu können. Sie konnten dabei auf eine bereits seit 2002 bestehende Regelung in der Zivilprozessordnung zurückgreifen. Auf der Grundlage von § 128a ZPO kann das Gericht Parteien, ihren Bevollmächtigten sowie Zeugen und Sachverständigen die Teilnahme an der mündlichen Verhandlung von einem anderen Ort aus gestatten, wenn die Verhandlung zeitgleich in Bild und Ton an diesen Ort und in das Sitzungszimmer übertragen wird. Diese Vorschrift war bis zum Ausbruch der Pandemie nur selten benutzt worden, wurde nunmehr aber zur Grundlage des flächendeckenden Einsatzes von Videokonferenzen in der mündlichen Verhandlung.

Was unter den Bedingungen der Pandemie zunächst notwendig war, erwies sich im erzwungenen Praxistest als hilfreich und sinnvoll. Vor diesem Hintergrund sollte der nachfolgende Beitrag zum 10. Trilateralen Seminar der Hanyang Universität Seoul, der Kansai-Universität Osaka und der Universität Konstanz zur „Transformation des Rechts in der Post-COVID-Gesellschaft“ in der ursprünglichen Planung vornehmlich einen Erfahrungsbericht auf der Grundlage der eigenen Tätigkeit des Verfassers am Oberlandesgericht Karlsruhe liefern. Insbesondere sollte keine vertiefte zivilprozessrechtliche Auseinandersetzung stattfinden. Weil der

* Professor Dr. Jochen Glöckner, LL.M. (USA), Universität Konstanz.

Der Beitrag beruht auf dem Vortrag, den der Verfasser am 4. November 2023 auf dem 10. Trilateralen Seminar der Hanyang Universität Seoul, der Universität Konstanz und der Kansai Universität Osaka in Osaka gehalten hat. Der Beitrag wurde bis zum Stand März 2024 aktualisiert.

Einsatz der Videokonferenz im Rahmen von Zivilprozessen sich im Verlauf der letzten Jahre so sehr bewährt hat, hat der deutsche Gesetzgeber bereits für eine Nachschärfung der Voraussetzungen gesorgt: Nach der Festlegung des Themas, aber noch vor dem hier dokumentierten trilateralen Symposium, das im November 2023 stattfand, wurden ein Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums sowie ein Regierungsentwurf des Bundeskabinetts verabschiedet. Bis zum Abschluss des Manuskripts wurde das Gesetz zur Förderung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in der Zivilgerichtsbarkeit und den Fachgerichtsbarkeiten vom Bundestag verabschiedet. Wegen erheblicher Bedenken rief der Bundesrat jedoch den Vermittlungsausschuss an. Der Beitrag wurde in Aufbau und Inhalt an den aktuellen Rechtsstand angepasst.

Nachfolgend soll zunächst der Ablauf der mündlichen Verhandlung dargestellt werden, damit die Bedeutung des Einsatzes von Videokonferenzen nachvollziehbar wird (I.). Anschließend wird auf die Funktion und Bedeutung der mündlichen Verhandlung eingegangen (II.). Danach wird das Verhältnis von Präsenz und Telekommunikation bei der mündlichen Verhandlung nach geltendem Recht erläutert (III.). Damit verknüpft ist die Frage nach der Bedeutung der Telekommunikation für den Öffentlichkeitsgrundsatz und das nach deutschem Recht zu beachtende Übertragungsverbot (IV.). Der letzte Abschnitt wendet sich den bereits angesprochenen Rechtsänderungen zu (V.).

I. Ablauf der mündlichen Verhandlung

Die mündliche Verhandlung wird gelegentlich als das Herzstück des Zivilprozesses bezeichnet.¹ Ihr Ablauf wird in seinen Grundzügen in § 279 ZPO für die erste Instanz geregelt. Auf der Grundlage von § 525 Satz 1 ZPO gelten die Regelungen aber auch für die Berufung und gem. § 555 Abs. 1 ZPO für die Revision.

1. Erste Instanz

a) (Güteverhandlung, § 278 Abs. 2 ZPO)

Auf der Grundlage von § 278 Abs. 2 ZPO geht der mündlichen Verhandlung zum Zwecke der gütlichen Beilegung des Rechtsstreits eine Güteverhandlung voraus. Diese Güteverhandlung ist zwar formell nicht Teil der mündlichen Verhandlung, wird aber regelmäßig mit dem zur mündlichen Verhandlung bestimmten Termin verknüpft. Das ergibt sich bereits aus der Regelung in § 279 Abs. 1 ZPO, wonach sich die mündliche Verhandlung unmittelbar an die erfolglose Güteverhandlung anschließen soll.

b) Mündliche Verhandlung, § 279 Abs. 1 ZPO

Die mündliche Verhandlung wird durch den Vorsitzenden eröffnet und geleitet, § 136 Abs. 1 ZPO. Als formellen Akt ruft der Vorsitzende zunächst die streitige Rechtssache auf

¹ Etwa in der Stellungnahme des Bundesrates, Entwurf eines Gesetzes zur Förderung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in der Zivilgerichtsbarkeit und den Fachgerichtsbarkeiten, BR-Drs. 228/23 (Beschluss), S. 1.

und stellt die Anwesenheit der Parteien bzw. ihrer Vertreter fest, vgl. auch § 160 Abs. 1 ZPO.

(1) Anträge, § 137 Abs. 1 ZPO

Die mündliche Verhandlung beginnt mit der Stellung der Anträge durch die Parteien, § 137 Abs. 1 ZPO.

(2) Verhandlung der Parteien, § 137 Abs. 2 ZPO

Auf die Stellung der Anträge folgt die eigentliche Verhandlung der Parteien durch deren Vortrag, § 137 Abs. 2 ZPO. Die die Verhandlung der Parteien sprachlich in den Vordergrund stellende Regelung wird in der Praxis freilich meist großzügig ausgelegt: Tatsächlich hat das Gericht, das gem. § 139 ZPO die materielle Prozessleitung wahrnimmt, eine erheblich größere Rolle bei der Strukturierung der Auseinandersetzung, vgl. § 139 Abs. 1 Satz 3 ZPO.

(3) Gerichtliche Fragen und Hinweise, § 139 ZPO

Ausdrücklich nennt § 139 Abs. 1 ZPO die Obliegenheit des Gerichts, das Sach- und Streitverhältnis mit den Parteien sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht zu erörtern und gegebenenfalls Fragen zu stellen. Die Beteiligung des Gerichts umfasst auch Hinweise auf Gesichtspunkte, die eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, sowie auf Gesichtspunkte, die das Gericht deutlich anders beurteilt als beide Parteien. Schließlich hat das Gericht auf Bedenken hinzuweisen, die hinsichtlich der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte bestehen, § 139 Abs. 2, 3 ZPO.

c) Beweisaufnahme, § 279 Abs. 2 ZPO

Formell getrennt von der streitigen Verhandlung ist die Beweisaufnahme, § 279 Abs. 2 ZPO. Von besonderer Bedeutung sind in diesem Zusammenhang die Zeugenvernehmung gem. §§ 394 ff. ZPO, die Vernehmung von Sachverständigen gem. § 402 ZPO sowie die Einnahme des Augenscheins von zur mündlichen Verhandlung vorliegenden Gegenständen gem. § 372 ZPO.

d) Verhandlung über Ergebnis der Beweisaufnahme, §§ 279 Abs. 3, 285 Abs. 1 ZPO

Im Anschluss an die Beweisaufnahme hat das Gericht mit den Parteien erneut den Sach- und Streitstand sowie das Ergebnis der Beweisaufnahme zu erörtern, §§ 279 Abs. 3, 285 Abs. 1 ZPO.

e) Verfahrensbeendigung, § 296a ZPO

Die mündliche Verhandlung ist nicht allein das Herzstück des Zivilprozesses, sondern regelmäßig auch der Höhepunkt und Abschluss der Instanz. Den Gegenstand des Urteils bildet der Streitstand sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht, wie er sich zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung darstellt. Nach der letzten mündlichen Verhandlung vorgebrachte Angriffs- und Verteidigungsmittel können nicht mehr berücksichtigt werden, § 296a Satz 1 ZPO, wenn hierfür keine Frist vom Gericht nachgelassen wurde,

§§ 296a Satz 2, 283 ZPO. Ergeben sich doch Umstände, die ein Festhalten an dem Streitstand der letzten mündlichen Verhandlung als unzumutbar erscheinen lassen, so hat das Gericht gem. §§ 296a Satz 2, 156 ZPO die Verhandlung wieder zu eröffnen.

Auf der Grundlage von § 310 Abs. 1 Satz 1 ZPO wird auch das Urteil idealerweise noch in dem Termin, in dem die mündliche Verhandlung geschlossen wird, verkündet. Das setzt freilich voraus, dass der Rechtsstreit bis zur mündlichen Verhandlung zur Entscheidungsreife gebracht wird. In zahlreichen Fällen wird daher am Ende der mündlichen Verhandlung allein ein Termin zur Verkündung festgelegt.

2. Zweite Instanz (Berufung)

Auf der Grundlage von § 525 Satz 1 ZPO hat die mündliche Verhandlung in der zweiten Instanz (das ist im Regelfall die Berufung gem. §§ 511 ff. ZPO; die Sprungrevision gem. § 566 Abs. 1 ZPO soll hier außer Betracht bleiben) formell denselben Ablauf und Inhalt. In der Sache ergeben sich Unterschiede vor allem daraus, dass die Güteverhandlung gem. § 525 Satz 2 ZPO wegfällt. Als Folge des in § 529 Abs. 1 Satz 1 ZPO eingeschränkten Prüfungsumfangs des Berufungsgerichts kommt es auch erheblich seltener zur Beweisaufnahme.

Noch größere Bedeutung hat dafür die Verfahrensleitung durch das Gericht. In der Praxis kommt der Einführung in den Sach- und Streitstand durch den Vorsitzenden erhebliche Bedeutung zu. Durch sie wird den Parteien deutlich gemacht, an welchen Stellen das Gericht eher bereit ist, Ihrer Ansicht zu folgen, bzw. ob und wo das nicht der Fall ist. Die Einführung durch den Vorsitzenden hat mithin tragende Bedeutung für die anschließende Verhandlung der Parteien.

Nichts anderes gilt für die Revision. Auch in der Revision sind gem. § 555 Abs. 1 Satz 1 ZPO die im ersten Rechtszuge für das Verfahren vor den Landgerichten geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden. Einer Güteverhandlung bedarf es ebenfalls nicht, § 555 Abs. 1 Satz 2 ZPO.

II. Funktion und Bedeutung der mündlichen Verhandlung

1. Mündliche Verhandlung und schriftliches Vorverfahren

So gerne die mündliche Verhandlung als Herzstück des Zivilprozesses bezeichnet wird, so falsch wäre der Eindruck, dass der Zivilprozess im Wesentlichen in der mündlichen Verhandlung stattfindet. In der Praxis kommt es nur selten zu einem frühen ersten Termin gem. § 275 Abs. 1 ZPO. Im Regelfall leitet der Vorsitzende ein schriftliches Vorverfahren gem. § 276 ZPO ein. Dem Beklagten wird aufgegeben, gegenüber dem Gericht anzuzeigen, ob er sich gegen die Klage verteidigen wolle, und eine Frist gesetzt, innerhalb welcher er schriftlich der Klage zu erwidern hat. Auf die Klageerwidern durch den Beklagten kann der Kläger mit einer Replik gem. § 277 Abs. 4 ZPO reagieren.

Im Ergebnis sind damit – und das ist der Zweck des schriftlichen Vorverfahrens – die Streitigkeiten „ausgeschrieben“, bevor überhaupt der Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt wird. Zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung sind die Argumente der Parteien bereits ausgetauscht und ihr Tatsachenvortrag sowie ihre Rechtsansichten sind klar. Die Beweismittel wurden benannt und die Beweise, soweit möglich (insbesondere Sachverständigengutachten), eingeholt. Auch gerichtliche Hinweise wurden bereits erteilt. Benannte Zeugen wie zu vernehmende Sachverständige wurden ebenfalls zur Beweisaufnahme im Termin geladen.

In der ersten Instanz resultiert ein gewisses „Überraschungspotential“ vor allem aus Zeugenaussagen: In Deutschland ist das aus der US-amerikanischen Justizpraxis bekannte „*witness briefing*“ unüblich²; nicht selten werden selbst Anwälte von den Aussagen der von ihnen bzw. ihren Parteien benannten Zeugen überrascht. In der zweiten Instanz ist auch dieses Überraschungspotential sehr beschränkt, da es nur selten zu einer weiteren Beweisaufnahme kommt.

In der Praxis des Zivilprozesses kommt damit dem schriftlichen Verfahren überragende Bedeutung zu. Die mündliche Verhandlung dient vor allem der Ermöglichung einer Fehlerkorrektur, der es im Hinblick auf die Sachverhaltsfeststellung bedarf. Das mag im Wege einer Beweisaufnahme geschehen, die offenbart, dass der wahre Sachverhalt wenig mit dem Klägervortrag zu tun hat, kann aber auch – gelegentlich selbst noch in der zweiten Instanz – in der Weise geschehen, dass erstmals wirtschaftliche Hintergründe oder auch rechtliche Zusammenhänge erkennbar werden, die zu einer anderen rechtlichen Beurteilung veranlassen.

2. Verhältnis zum Mündlichkeitsprinzip, § 128 Abs. 1 ZPO

Diese enorme Bedeutung des schriftlichen Vorverfahrens legt die Frage nach einer Verletzung des in § 128 Abs. 1 ZPO niedergelegten Mündlichkeitsprinzips nahe. Tatsächlich entspricht es aber der allgemeinen Auffassung in Deutschland, dass weder das vom Gesetzgeber innerhalb der ZPO (§§ 276, 277 ZPO) niedergelegte und oben dargestellte Vorverfahren noch die Möglichkeit, etwa bei der Verlesung der Anträge oder bei den Vorträgen der Parteien auf schriftliche Stellungnahmen Bezug zu nehmen (§ 137 Abs. 3 ZPO), als Verletzung des Mündlichkeitsprinzips betrachtet werden.³

3. Verhältnis zum Öffentlichkeitsprinzip, § 169 Abs. 1 GVG

Eine weitere Folgefrage betrifft das Verhältnis zum in § 169 Abs. 1 GVG niedergelegten Öffentlichkeitsprinzip. Das Öffentlichkeitsprinzip beruht auf einem beschränkten Begriff der auf den konkreten Sitzungssaal beschränkten Öffentlichkeit (sog. Saalöffentlichkeit)⁴.

² Vgl. nur *Kupjetz*, *Witness Coaching und Adversary System. Der Einfluss der Parteien und ihrer Prozessbevollmächtigten auf Zeugen und Sachverständige im deutschen und US-amerikanischen Zivilprozess*, *SchiedsVZ* 2004, 255 f.

³ *Thole* in: *Stein/Jonas*, 23. Aufl., 2018, § 276 ZPO Rn. 4.

⁴ *Musielak* in: *Musielak/Voit*, ZPO, 20. Aufl., 2023, Einl Rn. 49.

Der Öffentlichkeitsgrundsatz dient der Sicherstellung der Transparenz richterlicher Tätigkeit als Grundlage für das Vertrauen in eine unabhängige und neutrale Rechtspflege.⁵ Funktional sollen die Gerichte durch die Öffentlichkeit einer abstrakten Kontrolle unterworfen sein⁶, welche das Korrelat zu der richterlichen Unabhängigkeit darstellt. Die zu gewährleistende Öffentlichkeit ist demgegenüber nicht gleichbedeutend mit einer größtmöglichen *publicity*. Zwar anerkennt die Prozessrechtspraxis eine Verpflichtung der Gerichte, bei zu erwartender Nachfrage der Öffentlichkeit nach Teilnahme an bestimmten Verhandlungen durch die Wahl geeigneter Sitzungssäle dieser Nachfrage nach Möglichkeit Rechnung zu tragen.⁷ Dadurch wird aber keine Pflicht begründet, etwa große Konferenzsäle oder dergleichen zu nutzen oder gar Hallen anzumieten.⁸ Einer telekommunikativen Übertragung zum Zwecke der öffentlichen Vorführung oder Veröffentlichung steht im Gegenteil das Veröffentlichungsverbot in § 169 Abs. 1 Satz 2 GVG entgegen.

Mündliche Verhandlungen in Zivilsachen sind auf der Grundlage von § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG regelmäßig öffentlich. *Lediglich* Verhandlungen in Familiensachen sowie in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind regelmäßig nicht öffentlich, § 170 GVG. Zum Schutz der Privatsphäre kann die Öffentlichkeit ebenfalls ausgeschlossen werden, § 171b GVG.

Die praktische Bedeutung der Öffentlichkeit ist in Zivilprozessen dennoch gering. Das betrifft selbst Verfahren, in denen es um Rechtsfragen von hoher gesellschaftlicher Relevanz geht. Im Hintergrund der geringen Nachfrage nach Teilnahme an der mündlichen Verhandlung stehen neben der besonderen Technizität des Zivilrechts nicht zuletzt die oben beschriebene große Bedeutung des schriftlichen Vorverfahrens sowie die Möglichkeit der Bezugnahme auf schriftliche Stellungnahmen. Nach dem durchaus typischen Ablauf einer mündlichen Verhandlung erschließt sich selbst dem juristisch gebildeten Teilnehmer ohne Kenntnis des konkreten Rechtsstreits nicht notwendigerweise, worum eigentlich gestritten wird. Selbst wenn der Teilnehmer noch der Verkündung des Urteils beiwohnt, wird er dies nicht immer erfahren: Verkündet wird das Urteil nämlich durch die Vorlesung der Urteilsformel, § 311 Abs. 2 Satz 1 ZPO. Die Entscheidungsgründe werden nur dann durch Vorlesung oder mündliche Mitteilung des wesentlichen Inhalts verkündet, wenn es für angemessen erachtet wird, § 311 Abs. 3 ZPO.

Auf die gesellschaftliche Bedeutung auch zivilrechtlicher Rechtsstreitigkeiten hat die Justiz in den vergangenen Jahren immerhin reagiert. Während früher allein aus den an den Sitzungssälen angebrachten Aushängen die anberaumten mündlichen Verhandlungen ersichtlich wurden, werden heute zumindest an den Obergerichten Pressemitteilungen zu besonders öffentlichkeitsattraktiven Prozessen bereitgestellt. Nicht selten stellen sich auch in der Sache beteiligte Richterinnen und Richter zur Verfügung, um interessierte Gruppen –

⁵ Musielak in: Musielak/Voit, Einl Rn. 50.

⁶ Pabst in: MüKo-ZPO, 6. Aufl., 2022, § 169 GVG Rn. 1.

⁷ Jacobs in: Stein/Jonas, 23. Aufl. 2020, § 169 GVG Rn. 15; Lückemann in: Zöller, 35. Aufl. 2024, § 169 GVG Rn. 5.

⁸ Jacobs in: Stein/Jonas, § 169 GVG Rn. 15.

insbesondere Studierende oder Referendarinnen und Referendare – in die zugrundeliegende Problematik einzuführen.

4. Verhältnis zu Rechtsmitteln

Häufig wurde bereits beanstandet, dass die mündliche Verhandlung auf der Grundlage von § 160 ZPO nur überaus „dürr“ protokolliert wird.⁹ Vor allem Formalakte werden im Protokoll festgehalten. Dem Inhalt nach werden vor allem Geständnisse, die Aussagen der Zeugen Sachverständigen und vernommenen Parteien sowie das Ergebnis eines Augenscheins ins Protokoll aufgenommen, § 160 Abs. 3 Nr. 3, 4, 5 ZPO. Überdies werden letztere Ergebnisse vom Protokollführer zusammengefasst. Das ist meist der Vorsitzende. Ein Wortprotokoll wird nicht aufgenommen. Immerhin können Parteien und ihre Vertreter beantragen, dass bestimmte Vorgänge oder Äußerungen in das Protokoll aufgenommen werden, § 160 Abs. 4 Satz 1 ZPO.

Diese beschränkte Aussagekraft des Protokolls findet allerdings ihre Begründung in der vergleichsweise geringen Bedeutung der mündlichen Verhandlung. Im Regelfall kommt es zumindest auf die Ausführungen der Parteien und ihrer Vertreter nicht mehr an. Anders sieht dies in der Tat bei den Aussagen von Zeugen und Sachverständigen aus. Insbesondere Richterinnen und Richter, die sich nach dem schriftlichen Vorverfahren bereits ein Bild gemacht haben – was für sich genommen sehr erwünscht ist –, werden dazu neigen, Aussagen von Zeugen und Sachverständigen bereits in einer bestimmten Weise zu deuten und auch deren nicht selten weitschweifige, sprunghafte oder untechnische Aussagen in einer Weise zusammenfassend und straffend protokollieren, die zu der vorgefassten Meinung passt und die anschließend formulierten Entscheidungsgründe trägt.¹⁰ Natürlich wird den Zeugen das als Audio-Datei aufgezeichnete Protokoll zur Genehmigung vorgespielt. Zu einer Korrektur kommt es aber nur selten. Das führt dazu, dass die Berufung, die an sich ebenfalls eine Tatsacheninstanz ist, auf der Grundlage von § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO nur selten konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts findet.

III. Präsenz und Telekommunikation nach bisher geltendem Recht

1. Historisch: Mündliche Verhandlung als Präsenzveranstaltung

Die mündliche Verhandlung in Zivilsachen war historisch betrachtet – die ZPO wurde im Jahr 1879 als Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich¹¹ erlassen – als Präsenzveranstaltung gedacht. Eine andere technische Möglichkeit gab es damals noch nicht. Bei der Verhinderung einer Partei konnte auf die Vertretung zurückgegriffen werden. Allerdings

⁹ Vgl. *Stürner*, Protokollierung von Aussagen im deutschen Zivilverfahren, JZ 2016, 137, 142.

¹⁰ *Stürner*, JZ 2016, 137, 140 m.w.N.

¹¹ Civilproceßordnung. Vom 30. Januar 1877, RGBl. S. 83.

kann bis heute das Gericht das persönliche Erscheinen der Partei anordnen, § 141 Abs. 1 ZPO.

Wenn die nicht vertretene Partei bzw. ihr – vor den Landgerichten erforderlicher – Vertreter nicht erscheint, ergeht auf Antrag ein Versäumnisurteil, §§ 330 ff. ZPO. Wenn ein Zeuge nicht erscheint, wird die Beweisaufnahme vertagt und es werden Ordnungsmittel gegen den Zeugen (ebenso gegen die Partei, deren persönliches Erscheinen angeordnet wurde, § 141 Abs. 3 ZPO) verhängt, § 380 ZPO.

2. Seit 2002 (!) § 128a ZPO Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung

Bereits seit der großen Novelle des Zivilprozessrechts im Jahr 2002¹² existiert mit der Regelung in § 128a ZPO eine Grundlage für den Einsatz von Telekommunikationsmitteln bei der mündlichen Verhandlung. Die Vorschrift war bis zum Ausbruch der COVID-Pandemie zwar punktuell geändert worden, geht aber in ihrer seit 2013 geltenden Fassung¹³ sehr weitgehend auf die Ursprungsversion zurück.

Bis zum Jahr 2020 hatten die Gerichte nur selten auf die Vorschrift zurückgegriffen.¹⁴ Das mag in erster Linie an der mangelnden Ausstattung der Gerichte gelegen haben. Daneben bestanden aber sicher auch Vorbehalte von Richterinnen und Richtern ebenso wie von Parteivertretern, die einen flächendeckenden Einsatz der Vorschrift verhinderten.

Mit dem Ausbruch der COVID-Pandemie und der technischen Ausstattung der Gerichte mit den für die Übertragung erforderlichen Geräten änderte sich dies jedoch drastisch: Teilweise¹⁵ fanden und finden bis heute ganze Sitzungstage nur noch in Präsenz des Gerichts statt, während die Parteivertreter und die Parteien sich an anderen Orten befinden, vor Kameras sitzen und in Mikrofone sprechen. Die Bild- und Tonsignale werden in Datenform übertragen und mithilfe einer Konferenzsoftware im Gerichtssaal auf Monitoren wiedergegeben. Dasselbe findet in umgekehrter Richtung statt.

Auf der Grundlage von § 128a ZPO in seiner geltenden Fassung kann das Gericht Parteien, ihren Bevollmächtigten und Beiständen sowie von Zeugen, Sachverständigen oder Parteien während der Vernehmung lediglich gestatten, sich während der Verhandlung an

¹² *Brehm* in: Stein/Jonas, 23. Aufl., 2014, Einf ZPO Rn. 202.

¹³ „§ 128a Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung

(1) Das Gericht kann den Parteien, ihren Bevollmächtigten und Beiständen auf Antrag oder von Amts wegen gestatten, sich während einer mündlichen Verhandlung an einem anderen Ort aufzuhalten und dort Verfahrenshandlungen vorzunehmen. Die Verhandlung wird zeitgleich in Bild und Ton an diesen Ort und in das Sitzungszimmer übertragen.

(2) Das Gericht kann auf Antrag gestatten, dass sich ein Zeuge, ein Sachverständiger oder eine Partei während einer Vernehmung an einem anderen Ort aufhält. Die Vernehmung wird zeitgleich in Bild und Ton an diesen Ort und in das Sitzungszimmer übertragen. Ist Parteien, Bevollmächtigten und Beiständen nach Absatz 1 Satz 1 gestattet worden, sich an einem anderen Ort aufzuhalten, so wird die Vernehmung auch an diesen Ort übertragen.

(3) Die Übertragung wird nicht aufgezeichnet. Entscheidungen nach Absatz 1 Satz 1 und Absatz 2 Satz 1 sind unanfechtbar.“

¹⁴ *Stadler* in: Musielak/Voit, § 128a ZPO Rn. 1; *Duhe/Weißberger*, Ein empirischer Blick auf die mündliche Verhandlung per Videokonferenz, RD 2022, 176 Rn. 1.

¹⁵ Statistisch belastbare Zahlen existieren wohl nicht. Konkrete Datenpunkte werden immerhin in der Begründung des Regierungsentwurfs genannt, Begr. RegE, BT-Drs. 20/8095, S. 24.

einem anderen Ort aufzuhalten, wenn die Verhandlung zeitgleich in Bild und Ton an diesen Ort und in das Sitzungszimmer übertragen wird. Eine Anordnung der Teilnahme per Videokonferenz ist nicht möglich. Auch muss das Gericht stets vollzählig im Sitzungszimmer anwesend sein.

Die gemachten Erfahrungen sind soweit ersichtlich praktisch durchweg sehr gut – gelegentliche Beschwerden werden eher gegen die unterlassene Nutzung der Konferenztechnik erhoben als gegen einen schlechten oder unzulänglichen Einsatz: Während zu Beginn der COVID-Pandemie noch Vorbehalte von den Parteivertretern spürbar waren, selbst „nur“ online teilzunehmen, während womöglich der Parteivertreter des Gegners in Präsenz einen vermeintlich besseren Zugriff auf das Gericht hatte, haben sich diese Vorbehalte über die Zeit hinweg erkennbar aufgelöst. Offensichtlich waren die Erfahrungen der Prozessvertreter mit der Professionalität des Umgangs der Gerichte mit der Videokonferenztechnik gut. Einen erheblichen Anteil an dieser Erfolgsgeschichte hatten sicher auch die Justizverwaltungen, die in weiten Bereichen – insbesondere an den Obergerichten – während der COVID-Pandemie die technischen Voraussetzungen ohne relevante finanzielle Einschränkungen herstellen konnten.

Wahrnehmbar ist, dass die Zahl an aktiven Teilnehmern in der mündlichen Verhandlung in Fällen der Bild- und Tonübertragung deutlich höher ist. Alle Beteiligten haben die Vermeidung von Zeitverlusten und Kosten durch gegebenenfalls erforderliche Reisen zum Gerichtsort als großen Vorteil der Verhandlung im Wege der Videokonferenz wahrgenommen. Wo in Präsenz häufig auf eine persönliche Beteiligung verzichtet wird, wird diese in Form einer Videokonferenz gern wahrgenommen.

IV. Öffentlichkeit und Übertragungsverbot nach bisher geltendem Recht

1. Auch die mündliche Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung gem. § 128a ZPO ist öffentlich

Selbstverständlich ist auch die mündliche Verhandlung unter Einbeziehung von Bild- und Tonübertragungen gem. § 128a ZPO öffentlich im Sinne des § 169 Abs. 1 GVG. Wichtig ist an dieser Stelle das Verständnis der Öffentlichkeit: Die mündliche Verhandlung ist nach bisherigem Verständnis nicht etwa deswegen öffentlich, weil Mitglieder der Öffentlichkeit an der Videokonferenz teilnehmen könnten. Das Gegenteil ist richtig: Das Gericht darf bislang Mitgliedern der Öffentlichkeit die Teilnahme per Videokonferenz nicht einmal gestatten.

Auch insoweit bleibt es vielmehr beim Grundsatz der Saalöffentlichkeit. Die Öffentlichkeit darf nach wie vor allein im Sitzungszimmer der Verhandlung beiwohnen. Dies wird durch die Sicht- und Hörbarkeit der Beiträge der per Videokonferenz zugeschalteten Teilnehmer über Lautsprecher und Bildschirme im Sitzungszimmer ermöglicht.

2. Übertragungs- und Aufzeichnungsverbot, § 128a Abs. 3 ZPO

Auch das Übertragungsverbot besteht im Fall der Videokonferenz. Die Übertragung wird insbesondere nicht aufgezeichnet, § 128a Abs. 3 Satz 1 ZPO. Externe Teilnehmer, die etwa das Videosignal „rippen“ und die Konferenz aufzeichnen und veröffentlichen, unterliegen denselben Rechtsfolgen wie im Fall unzulässiger Aufzeichnungen innerhalb des Gerichtssaals.

Während die Beibehaltung des Übertragungsverbotes in Fällen der Videokonferenz sehr nachvollziehbar erscheint, weil insbesondere Aufzeichnungen besonders tief in die von spontaner Interaktion geprägte Atmosphäre der mündlichen Verhandlung eingreifen würden, erscheint der Verzicht auf die Aufzeichnung als Protokollersatz eher begründungsbedürftig:

Im Hintergrund dessen dürfte der Zweck des Protokolls stehen, auf überschaubarem Raum die wesentlichen Verfahrensschritte zu dokumentieren und für ein etwaiges Rechtsmittel belastbar festzuhalten. Dies vermag weder eine stundenlange Videoaufzeichnung, noch wäre ein – nach gegenwärtigem Stand der Technik noch nicht einmal zuverlässig automatisiert herzustellendes – Transkript dazu in der Lage.

V. Reform der Regelungen des Einsatzes der Videokonferenztechnik

Bereits im November 2022 legte das Bundesministerium der Justiz einen Referentenentwurf für ein Gesetz zur Förderung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in der Zivilgerichtsbarkeit und den Fachgerichtsbarkeiten¹⁶ vor (dazu u. 1.). Damit sollte der Einsatz von Videokonferenztechnik in der Zivilgerichtsbarkeit sowie in der Verwaltungs-, Finanz-, Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit weiter gefördert werden. Das Ministerium ging davon aus, dass der Einsatz von Videokonferenztechnik auch unabhängig von einer pandemischen Lage ein wichtiger Bestandteil der Verfahrensgestaltung bleiben werde und dazu beitrage, Verfahren schneller, kostengünstiger, ressourcenschonender und nachhaltiger durchzuführen. Die Neuregelungen sollten den Einsatz von Videokonferenztechnik klarer und praxistauglich regeln. Daneben sollte die Möglichkeit der Videokonferenztechnik auch über die mündliche Verhandlung hinaus in weiteren zivilprozessualen Verfahrenssituationen genutzt werden. Schließlich sollte die vorhandene Videokonferenztechnik dazu genutzt werden, die vorläufige Protokollaufzeichnung zu erleichtern und zu verbessern und eine audiovisuelle Dokumentation insbesondere der Beweisaufnahme zu ermöglichen.¹⁷

¹⁶ Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz, Entwurf eines Gesetzes zur Förderung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in der Zivilgerichtsbarkeit und den Fachgerichtsbarkeiten, <https://www.bmj.de/Shared-Docs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/RefE_Videokonferenztechnik.pdf?__blob=publicationFile&v=2>, zuletzt besucht am 23.11.2023.

¹⁷ Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz, Entwurf eines Gesetzes zur Förderung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in der Zivilgerichtsbarkeit und den Fachgerichtsbarkeiten, S. 1, <https://www.bmj.de/Shared-Docs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/RefE_Videokonferenztechnik.pdf?__blob=publicationFile&v=2>, zuletzt besucht am 28.11.2023.

Auf den Referentenentwurf folgte im Sommer 2023 der Gesetzentwurf der Bundesregierung¹⁸ (Regierungsentwurf; dazu u. 2.). Der Bundesrat hatte bereits am 7. Juli 2023 auf der Grundlage einer Beschlussempfehlung seines Rechtsausschusses¹⁹ gem. Art. 76 Abs. 2 GG Stellung genommen (dazu u. 3.).²⁰ Das Gesetzgebungsverfahren wurde vom Deutschen Bundestag am 21. September 2023 in den Rechtsausschuss verwiesen.²¹ Der Rechtsausschuss nahm im parlamentarischen Verfahren noch Änderungen an der Ursprungsfassung vor und legte eine Beschlussempfehlung²² (dazu u. 4.) vor. Danach sollen Bürgerinnen und Bürger, Anwaltschaft und Unternehmen zukünftig bundesweit an Videoverhandlungen der deutschen Justiz mit einem einheitlichen Zugang teilnehmen können. Nur kurze Zeit nach dem hier dokumentierten trilateralen Seminar beschloss der Deutsche Bundestag am 17. November 2023 das Gesetzesvorhaben in der Fassung des Beschlusses des Rechtsausschusses.²³

Da es sich nicht um ein Zustimmungsgesetz, sondern um ein sog. Einspruchsgesetz handelt, kann das Inkrafttreten des Gesetzes zwar allein durch den Einspruch und die Anrufung des Vermittlungsausschusses in Frage gestellt werden. Dies geschah aber: Am 4. Dezember 2023 empfahl der Rechtsausschuss des Bundesrates, den Vermittlungsausschuss anzurufen²⁴. Dem folgte der Bundesrat am 15. Dezember, weil er grundlegende Bedenken gegen die einzelnen Vorgaben des Gesetzes hatte, die den Kern des richterlichen Selbstverständnisses berührten und die Verfahrensleitung der Vorsitzenden aus seiner Sicht unangemessen einschränkten (dazu u. 5.).²⁵ Der Vermittlungsausschuss hat in seiner Sitzung am 21. Februar 2024 die Beratungen zu dem Gesetz vertagt. Die für den 20. März 2024 geplante Sitzung des Vermittlungsausschusses wurde aus terminlichen Gründen verschoben. Ein neuer Termin stand am 19. März 2024 noch nicht fest.²⁶

¹⁸ Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Förderung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in der Zivilgerichtsbarkeit und den Fachgerichtsbarkeiten, BT-Drs. 20/8095.

¹⁹ Empfehlungen der Ausschüsse zu Punkt ... der 1035. Sitzung des Bundesrates am 7. Juli 2023 v. 26. Juni 2023: Entwurf eines Gesetzes zur Förderung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in der Zivilgerichtsbarkeit und den Fachgerichtsbarkeiten, BR-Drs. 228/1/23.

²⁰ Bundesrat, Stenografischer Bericht, 1035. Sitzung v. 7. Juli 2023, PlenProt 1035, S. 226.

²¹ Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht, 122. Sitzung v. 21. September 2023, PlenProt 20/122, S. 15192, 15196.

²² Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksache 20/8095 – Entwurf eines Gesetzes zur Förderung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in der Zivilgerichtsbarkeit und den Fachgerichtsbarkeiten, BT-Drs. 20/9354.

²³ Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht, 138. Sitzung v. 17. November 2023, PlenProt 10/138, S. 17605 A, 17618 D.

²⁴ Empfehlungen der Ausschüsse, zu Punkt ... der 1040. Sitzung des Bundesrates am 15. Dezember 2023, Gesetz zur Förderung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in der Zivilgerichtsbarkeit und der Fachgerichtsbarkeit v. 4.12.2023, BR-Drs. 604/1/23.

²⁵ Bundesrat, Anrufung des Vermittlungsausschusses durch den Bundesrat v. 15.12.2023, Gesetz zur Förderung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in der Zivilgerichtsbarkeit und den Fachgerichtsbarkeiten, BR-Drs. 604/23 (Beschluss).

²⁶ <<https://www.vermittlungsausschuss.de/VA/DE/vermittlungsverfahren/laufend/laufende-node.html>>, site zul. besucht am 02.04.2024.

1. Referentenentwurf

Im Zentrum der die mündliche Verhandlung betreffenden Regelungen steht die Neufassung des § 128a ZPO. Das Gericht sollte eine Videoverhandlung nicht mehr nur gestatten, sondern auch verbindlich anordnen können, um die Terminierung von mündlichen Verhandlungen zu erleichtern und die Verfahren zu beschleunigen.²⁷ Zur weiteren prozeduralen Erleichterung sollte die Entscheidung nicht mehr vom Gericht, sondern vom Vorsitzenden getroffen werden. Der hier verwendete funktionelle Begriff des Vorsitzenden umfasst auch die Richterin oder den Richter am Amtsgericht und die Einzelrichterin oder den Einzelrichter nach den §§ 348, 348a ZPO.

In entgegengesetzter Richtung sollte bei übereinstimmenden Anträgen der Parteien auf Durchführung einer Videoverhandlung das Entscheidungsermessen des Gerichts durch eine Sollvorschrift dahingehend eingeschränkt werden, dass eine Videoverhandlung in der Regel durch das Gericht anzuordnen sei. Eine ablehnende Entscheidung sollte vom Gericht (nun wieder tatsächlich das Gericht als Ganzes) zu begründen und anfechtbar sein.

Schließlich sollte die Möglichkeit zur Durchführung einer sogenannten vollvirtuellen Verhandlung geschaffen werden, bei welcher sich auch das Gericht nicht im Sitzungssaal aufhält. Um auch in diesen Fällen die Öffentlichkeit zu gewährleisten, muss die Videoverhandlung freilich in einen öffentlich zugänglichen Raum im Gericht in Bild und Ton übertragen werden.

Schließlich sollten die Regelungen zur vorläufigen Protokollaufzeichnung erweitert werden: Zusätzlich zu der bereits zulässigen Tonaufzeichnung sollte die Möglichkeit für das Gericht geschaffen werden, auch eine Bild-Ton-Aufzeichnung anzufertigen. Ein Antragsrecht der Parteien auf eine audio- oder audiovisuelle Dokumentation der Aussagen von Zeugen, Sachverständigen oder der zu vernehmenden Partei sollte ebenfalls eingeführt werden, welche die Grundlage für die Anfertigung des Protokolls der Beweisaufnahme sein sollte.

Strukturell sollte im Zuge der Neufassung die bisher in § 128a Abs. 1 ZPO geregelte telekommunikative Beteiligung von Parteien, ihren Vertretern sowie dem Gericht von der in § 128a Abs. 2 ZPO geregelten telekommunikativen Beteiligung von Zeugen, Sachverständigen und der als Partei vernommenen Partei getrennt werden. Letztere Vorschrift sollte in die Regelungen über die Beweisaufnahme überführt werden.

Die zahlreichen Stellungnahmen²⁸ zum Referentenentwurf waren im Grundsatz durchweg positiv. Die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK)²⁹ wollte aus dem Grundsatz der

²⁷ Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz, Entwurf eines Gesetzes zur Förderung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in der Zivilgerichtsbarkeit und den Fachgerichtsbarkeiten, S. 1 f, <https://www.bmj.de/Shared-Docs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/RefE_Videokonferenztechnik.pdf?__blob=publicationFile&v=2>, site zul. besucht am 28.11.2023.

²⁸ Gesammelt und online verfügbar auf der Website des Bundesjustizministeriums über <https://www.bmj.de/Shared-Docs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2022_Videokonferenztechnik.html>, site zul. besucht am 23.11.2023.

²⁹ BRAK, Stellungnahme Nr. 5, Januar 2023, Referentenentwurf eines Gesetzes zur Förderung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in der Zivilgerichtsbarkeit und den Fachgerichtsbarkeiten (nachfolgend: Stellungnahme Nr. 5/23).

Parteiautonomie ableiten, dass Beweisaufnahmen in Präsenz stattfinden sollten, wenn nicht alle Beteiligten ihrer Zustimmung zur Videokonferenz erklärten.³⁰ In entgegengesetzter Richtung forderte die BRAK eine Pflicht zur Videokonferenz, wenn beide Parteien dies beantragten.³¹ Daneben sollten in der Videokonferenz sog. „*break out sessions*“ für Parteien und ihre Vertreter eingerichtet werden.³² Die BRAK sprach sich allerdings gegen vollvirtuelle Verfahren aus.³³

Der Deutsche Richterbund (DRB)³⁴ begrüßte das vorgesehene Anordnungsrecht des Gerichts zwar ebenfalls, berief sich aber gegenüber der Einflussnahme durch die Parteien auf die Verfahrensautonomie des Gerichts. Das Gericht sollte weiterhin in vollem Umfang unabhängig über den Einsatz der Videokonferenz entscheiden. Insbesondere sprach er sich gegen einen getrennten Rechtsbehelf gegen die diesbezügliche Entscheidung aus.³⁵ Dafür begrüßte der DRB die Möglichkeit vollvirtueller Verfahren.³⁶ Schließlich sprach der DRB sich gegen Bild-Ton-Aufzeichnungen aus, weil die Herstellung von Transcripts überaus ressourcenintensiv sei.³⁷

Die Vorsitzende der Vereinigung der Zivilprozessrechtslehrer, *Astrid Stadler*, stand dem Vorschlag ebenfalls positiv gegenüber. Sie lobte die gelungene Entzerrung der bisherigen Vorschrift³⁸, erkannte aber Probleme bei Verfahren mit Auslandsbezug. Eine mündliche Verhandlung ist und bleibt ein hoheitlicher Akt und die Teilnahme daran teilt dieses rechtliche Schicksal. Vor diesem Hintergrund bedarf der Einsatz von Videokonferenzen mit Teilnehmern im Ausland der völkerrechtlichen Abstimmung.³⁹ Innerhalb des Unionsrecht sind die vorrangigen Verordnungen zu Zustellungen⁴⁰ und zur Beweisaufnahme⁴¹ zu beachten.⁴² Im Hinblick auf die vorläufige Aufzeichnung sprach Stadler sich für eine klarere

³⁰ BRAK, Stellungnahme Nr. 5/23, S. 5.

³¹ BRAK, Stellungnahme Nr. 5/23, S. 5.

³² BRAK, Stellungnahme Nr. 5/23, S. 8.

³³ BRAK, Stellungnahme Nr. 5/23, S. 12.

³⁴ DRB, Stellungnahme Nr. 1/23 des Deutschen Richterbundes zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Förderung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in der Zivilgerichtsbarkeit und den Fachgerichtsbarkeiten, Januar 2023 (nachfolgend: Stellungnahme Nr. 1/23).

³⁵ DRB, Stellungnahme Nr. 1/23, S. 3 ff.

³⁶ DRB, Stellungnahme Nr. 1/23, S. 12.

³⁷ DRB, Stellungnahme Nr. 1/23, S. 15.

³⁸ *Stadler*, Stellungnahme v. 04.01.2023 zum Referenten-Entwurf des BMJ. Entwurf eines Gesetzes zur Förderung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in der Zivilgerichtsbarkeit und den Fachgerichtsbarkeiten (nachfolgend: Stellungnahme), S. 1.

³⁹ *Stadler*, Stellungnahme, S. 2 ff.

⁴⁰ Verordnung (EU) 2020/1784 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2020 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten (Zustellung von Schriftstücken), ABl. 2020 Nr. L 405/40.

⁴¹ Verordnung (EU) 2020/1783 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2020 über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- oder Handelssachen (Beweisaufnahme), ABl. 2020 Nr. L 405/1.

⁴² *Stadler*, Stellungnahme, S. 3.

Gestaltung aus.⁴³ Dafür begrüßte sie die vorgesehene Möglichkeit vollvirtueller Verhandlungen.⁴⁴

2. Regierungsentwurf

Vor diesem Hintergrund entwickelte das Bundeskabinett den Entwurf behutsam weiter: Der Regierungsentwurf hielt zwar an dem Anordnungsrecht des Gerichts fest; der Adressat einer Anordnung sollte jedoch gegen diese innerhalb einer Frist von zwei Wochen Einspruch einlegen können. Damit sollte sichergestellt werden, dass kein Verfahrensbeteiligter gegen seinen Willen zur Teilnahme an einer Verhandlung per Bild- und Tonübertragung gezwungen werden könne, sondern immer die Möglichkeit bestehe, auch physisch im Gericht an der Verhandlung teilzunehmen.⁴⁵ Wenn der – nicht zu begründende – Einspruch fristgerecht eingelegt würde, so sollte das Gericht die Anordnung für alle Verfahrensbeteiligten aufheben.

Stets sollte die Ablehnung eines Antrags auf Gestattung oder Anordnung einer Videoverhandlung begründet werden müssen. Wenn alle Prozessbevollmächtigten die Durchführung einer Videoverhandlung beantragen, sollte das Entscheidungsermessen des Gerichts durch eine „Soll“-Vorschrift dahingehend eingeschränkt werden, dass eine Videoverhandlung in der Regel durch das Gericht anzuordnen sei.⁴⁶ Die Beschwerdemöglichkeit wurde jedoch weggelassen.

Um auch bei vollvirtuellen Verhandlungen die Öffentlichkeit zu gewährleisten, müsse eine solche Videoverhandlung zusätzlich in einen öffentlich zugänglichen Raum im Gericht in Bild und Ton übertragen werden.⁴⁷

⁴³ Stadler, Stellungnahme, S. 4.

⁴⁴ Stadler, Stellungnahme, S. 3.

⁴⁵ Begr. RegE, BT-Drs. 20/8095, S. 26.

⁴⁶ Begr. RegE BT-Drs. 20/8095, S. 26.

⁴⁷ Begr. RegE BT-Drs. 20/8095, S. 43.

3. *Stellungnahme des Bundesrates*

Auch der Regierungsentwurf gab Anlass zu zahlreichen Stellungnahmen.⁴⁸ Von besonderer Bedeutung ist die Stellungnahme des Bundesrates gem. Art. 76 Abs. 2 GG.⁴⁹ Der Bundesrat zeigte sich durchaus zurückhaltender und sprach sich dafür aus, die Entscheidung über den Einsatz von Videokonferenztechnik allein in das pflichtgemäße – nicht begrenzte – Ermessen des Gerichts zu stellen und auf eine Begründungspflicht für den Fall ablehnen-der Entscheidungen zu verzichten.⁵⁰ Der Bundesrat machte auf die Möglichkeit aufmerksam, auch die Urteilsverkündung per Videokonferenz zu übertragen.⁵¹ Er schlug auch vor, dem Vorsitzenden zu ermöglichen, im Rahmen der Gestattung oder Anordnung einer Videoverhandlung, den Ort zu bestimmen, von dem aus sich die Verfahrensbeteiligten zuschalten können.⁵²

4. *Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses und Beschluss des Bundestages*

Das anschließende Gesetzgebungsverfahren wird im Wesentlichen durch den Deutschen Bundestag und dort den zuständigen Ausschuss bestimmt. Das war vorliegend der Rechtsausschuss. Tatsächlich gelangten in diesem Fall über den Rechtsausschuss und seine Beschlussempfehlung noch beachtliche, teils konzeptionell bahnbrechende, Änderungen in das Gesetzgebungsvorhaben in der Fassung des Beschlusses durch den Deutschen Bundestag vom 17. November 2023⁵³. Nachfolgend wird auf die vorgeschlagenen Neuregelungen durch die Kennzeichnung «E-BT» (Entwurf in der vom Bundestag beschlossenen Fassung) bezuggenommen:

⁴⁸ DRB, Stellungnahme Nr. 21/23 des Deutschen Richterbundes zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Förderung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in der Zivilgerichtsbarkeit und den Fachgerichtsbarkeiten vom 26.5.2023 (BR-Drs. 228/23), September 2023, <https://www.drb.de/fileadmin/DRB/pdf/Stellungnahmen/2023/DRB_230918_Stn_Nr_21_RegE_Videokonferenzen.pdf>, site zul. besucht am 24.11.2023; BRAK, Stellungnahme Nr. 60, Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Förderung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in der Zivilgerichtsbarkeit und den Fachgerichtsbarkeiten, Oktober 2023, <https://www.brak.de/fileadmin/05_zur_rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2023/stellungnahme-der-brak-2023-60.pdf>, site zul. besucht am 24.11.2023; Stellungnahme der Bundessteuerberaterkammer zu dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Förderung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in der Zivilgerichtsbarkeit und den Fachgerichtsbarkeiten v. 9.11.2023, <<https://betriebs-berater.com/23728/2023/stellungnahme-der-bundessteuerberaterkammer-zu-dem-regierungsentwurf-eines-gesetzes-zur-foerderung-des-einsatzes-von-videokonferenztechnik-in-der-zivilgerichtsbarkeit-und-den-fachgerichtsbarkeiten/>>, site zul. besucht am 24.11.2023.

⁴⁹ Stellungnahme des Bundesrates, Entwurf eines Gesetzes zur Förderung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in der Zivilgerichtsbarkeit und den Fachgerichtsbarkeiten, BR-Drs. 228/23 (Beschluss).

⁵⁰ Stellungnahme des Bundesrates, Entwurf eines Gesetzes zur Förderung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in der Zivilgerichtsbarkeit und den Fachgerichtsbarkeiten, BR-Drs. 228/23 (Beschluss), S. 1 ff.

⁵¹ Stellungnahme des Bundesrates, Entwurf eines Gesetzes zur Förderung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in der Zivilgerichtsbarkeit und den Fachgerichtsbarkeiten, BR-Drs. 228/23 (Beschluss), S. 4.

⁵² Stellungnahme des Bundesrates, Entwurf eines Gesetzes zur Förderung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in der Zivilgerichtsbarkeit und den Fachgerichtsbarkeiten, BR-Drs. 228/23 (Beschluss), S. 5.

⁵³ Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht, 138. Sitzung v. 17. November 2023, PlenProt 10/138, S. 17605 A, 17618 D.

Gegen eine Anordnung der Teilnahme per Bild- und Tonübertragung soll zwar der Einspruch statthaft bleiben. Anders als noch im Regierungsentwurf vorgesehen soll der Einspruch einer Partei aber nicht zwingend zu einer Durchführung als Präsenzverhandlung führen: Vielmehr soll das Gericht den Verfahrensbeteiligten, die keinen Einspruch eingelegt haben, die Teilnahme per Bild- und Tonübertragung gestatten können, § 128a Abs. 5 Satz 4 ZPO-E-BT. Mit derselben Zielrichtung wurde auch der Anwendungsbereich der umstrittenen Soll-Vorschrift erweitert, indem dem Antrag selbst nur eines Verfahrensbeteiligten auf Teilnahme an einer mündlichen Verhandlung per Bild- und Tonübertragung stattgegeben werden «soll», wenn das Verfahren dafür geeignet ist, § 128a Abs. 2 Satz 2 ZPO-E-BT.

Solange der oder die Vorsitzende von einer „Gerichtsstelle“ aus die Verhandlung leitet, soll er oder sie auch anderen Mitgliedern des Gerichts ohne die Erfüllung weiterer Anforderungen gestatten können, an der mündlichen Verhandlung per Bild- und Tonübertragung teilzunehmen, § 128a Abs. 3 ZPO-E-BT. Es bedarf dazu, anders als der Regierungsentwurf es noch vorgesehen hatte, keiner «erheblicher Gründe».

Eher naheliegend erscheint die Aufnahme der Anregung des Bundesrates, die Einsatzmöglichkeiten für die Videokonferenztechnik in der Justiz zu erweitern, indem das Gericht den Verfahrensbeteiligten gestatten kann, auch an einem Termin zur Urteilsverkündung per Bild- und Tonübertragung teilzunehmen, § 310 Abs. 1 ZPO-E-BT.

Nicht weniger als eine Zeitenwende bedeutet demgegenüber die Schaffung „eine[r] weitere[n] Form der Gewährung der Gerichtsöffentlichkeit, indem neben der bereits in § 128a Abs. 6 Satz 2 ZPO-E-BT vorgesehenen Herstellung der Öffentlichkeit durch Einrichtung eines Übertragungsraums im zuständigen Gericht die Zivilgerichte auch die unmittelbare Teilnahme an der Videoverhandlung selbst ermöglichen können, etwa durch Bereitstellung eines Zugangslinks.⁵⁴ Die auf dem Wege der Experimentierklausel in Art. 16 EGZPO-E-BT beschlossene Schaffung der Möglichkeit, der Öffentlichkeit auch eine unmittelbare Teilnahme an der Videokonferenz zu erlauben, bedeutet nicht weniger und nicht mehr als den Abschied von der Sitzungsöffentlichkeit, wie sie bisher verstanden wurde, nämlich als Saalöffentlichkeit. Wie weit diese Möglichkeit zugleich den Einstieg in ein «Court TV» darstellt, hinge davon ab, wie individuell die „Ermöglichung“ zu handhaben wäre. Sobald insoweit – aus Gründen der Entlastung der Gerichte naheliegend – von einer individuellen Zulassung, die es bei der klassischen Saalöffentlichkeit ja auch nicht gibt, Abstand genommen wird, besteht eben die Möglichkeit der audio-visuellen Teilnahme an beliebig vielen Zivilverhandlungen. In eben diese Richtung deutet tatsächlich die gleichzeitige Entschließung des Bundestages, dass Bürgerinnen und Bürger, Anwaltschaft und Unternehmen zukünftig bundesweit an Videoverhandlungen der deutschen Justiz mit einem einheitlichen Zugang über ein Videoportal der Justiz teilnehmen können sollen.⁵⁵ Dieser Teil stände immerhin unter dem Vorbehalt einer Erprobung gem. § 16 EGZPO-E-BT.

⁵⁴ Begr. Gesetzesentwurf BE-RA, BT-Drs. 20/9354, S. 37.

⁵⁵ Begr. Gesetzesentwurf BE-RA, BT-Drs. 20/9354, S. 3.

5. Anrufung des Vermittlungsausschusses

Auch in der Fassung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses begründete das vom Bundestag beschlossene Gesetz tiefgreifende Bedenken beim Bundesrat. Der Bundesrat sprach sich weiterhin dafür aus, die Entscheidung über den Einsatz von Videokonferenztechnik in das pflichtgemäße, aber nicht begrenzte Ermessen des Gerichts zu stellen.

§ 128a Abs. 2 Satz 2 ZPO-E-BT schränke die Befugnis des Gerichts zur Verfahrensleitung unangemessen ein, wenn bereits auf Antrag nur eines Verfahrensbeteiligten dessen Teilnahme per Bild- und Tonübertragung angeordnet werden solle. Ob sich eine Videoverhandlung zur Wahrheitsfindung eignet, müsse vom zuständigen Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen entschieden werden. Die richterliche Verfahrensgestaltung sei kein Bestandteil der Dispositionsbefugnis der Parteien. Daher sei insbesondere die „Soll-Vorschrift“ des § 128a Abs. 2 Satz 2 ZPO-E-BT zu streichen. Darüberhinaus wandte der Bundesrat sich gegen die Pflicht zur Begründung einer den Einsatz von Videokonferenztechnik im konkreten Einzelfall ablehnenden Entscheidung, da er befürchtete, dass Streitigkeiten über die Begründung und deren Umfang über einen Antrag auf Besorgnis der Befangenheit des Gerichts ausgetragen werden könnten.⁵⁶

Der Bundesrat sprach sich schließlich ausdrücklich dafür aus, auch am Grundsatz der Saalöffentlichkeit festzuhalten. Bei der digitalen Zuschaltung der Öffentlichkeit könne weder sicher festgestellt werden, wer an der Verhandlung teilnehme, noch könnten sitzungspolizeiliche Maßnahmen wirksam durchgeführt werden. Es lasse sich überdies technisch nicht verhindern, dass Verhandlungen abgefilmt und weiterverarbeitet oder veröffentlicht würden. Äußerungen könnten aus dem Zusammenhang gerissen und zu missbräuchlichen Zwecken verwendet werden. Wenn die Beteiligten einschließlich des Gerichts befürchten müssten, dass die im Gerichtssaal getätigten Äußerungen im Internet für eine unbeschränkte Personenanzahl und einen unbegrenzten Zeitraum verstetigt oder verfälscht dargestellt werden, sei zu befürchten, dass sie sich nicht mehr unbefangen verhalten würden.⁵⁷

6. Stellungnahme

In der rechtspolitischen Diskussion war bereits der größtmöglichen Flexibilisierung und formellen Liberalisierung der mündlichen Verhandlung ein – womöglich durch negative Erfahrungen während der COVID-Lockdowns geprägtes – Zerrbild einer Justiz in Jogginghose auf der Couch gegenübergestellt worden. Auch in der abschließenden Beratung im Deutschen Bundestag wurde von den Gegnern noch einmal die Würde der Justiz und die

⁵⁶ Bundesrat, Anrufung des Vermittlungsausschusses durch den Bundesrat v. 15.12.2023, Gesetz zur Förderung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in der Zivilgerichtsbarkeit und den Fachgerichtsbarkeiten, BR-Drs. 604/23 (Beschluss), S. 2.

⁵⁷ Bundesrat, Anrufung des Vermittlungsausschusses durch den Bundesrat v. 15.12.2023, Gesetz zur Förderung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in der Zivilgerichtsbarkeit und den Fachgerichtsbarkeiten, BR-Drs. 604/23 (Beschluss), S. 3 f.

Verfahrensautonomie der Gerichte berufen.⁵⁸ Zwischenrufe wiesen – zutreffend – darauf hin, dass die Justiz die Wahrung ihrer Würde selbst in der Hand habe.

Die von den vorgeschlagenen Regelungen gelassene Spannweite zwischen «alles geht» und «nichts muss» stellt zugleich eine Herausforderung dar. Die grundsätzlich positiven Seiten der Möglichkeit von Videokonferenzen wurden auch von den Gegnern der Neuregelungen nicht in Abrede gestellt und es kann kaum ein Zweifel daran bestehen, dass die Möglichkeiten der Videokonferenz genutzt werden, wenn und weil sie allen Beteiligten Mühen und Aufwendungen ersparen. Ob bzw. in welchem Umfang die Gerichte von der Möglichkeit der Anordnung Gebrauch machen werden, dürfte weniger vom Einsatz eines modalen Hilfsverbs («soll») im Gesetz abhängen als von der Leichtigkeit und der Sicherheit des Einsatzes der Videokonferenz in der Praxis. Im Vordergrund steht dabei die Qualität der zur Verfügung gestellten technischen Infrastruktur. Nicht zu vernachlässigen ist aber auch die Ausbildung und Schulung der Richterinnen und Richter, die in die Verlegenheit kommen, nicht allein ein anspruchsvolles Rechtsgespräch unter Beachtung der zivilprozessualen Regelungen zu leiten, sondern daneben eine Videokonferenz zu hosten und dabei die Präsentation der elektronischen Akte für die Konferenzteilnehmer zu managen. Ein gern übersehener Punkt ist der von den Gerichtsverwaltungen vorzuhaltende Technik-Support vor Ort, der dringend benötigt wird, wenn etwa eine halbe Stunde vor Verhandlungsbeginn festgestellt wird, dass die Internet-Verbindung unterbrochen ist. Es sei aber die Prognose gewagt, dass, wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, die Gerichte auch in weiter zunehmendem Maße von der Möglichkeit der Videokonferenz Gebrauch machen werden, ohne dass es dazu einer Ausübung von Druck durch Sollvorschriften, Begründungszwänge oder drohende Rechtsbehelfe bedürfte.

Strukturell gilt es festzuhalten, dass die Ausgestaltung des Verfahrens – und dazu zählt auch die mündliche Verhandlung – einen wesentlichen Bestandteil der gerichtlichen Verfahrenssouveränität darstellt; die Parteiautonomie ist an dieser Stelle nicht mehr betroffen. Es obliegt allein dem Gericht zu entscheiden, ob es im Interesse der Wahrheitsfindung die Parteien und/oder die Zeugen real vor sich sehen möchte. In diese Entscheidung des Gerichts, der es im Interesse der Richtigkeitsgewähr der gerichtlichen Entscheidung bedarf, greifen die vom Bundestag beschlossenen Neuregelungen wohl tatsächlich nur in überschaubarem Maße ein. Im Gegenteil stellt das Gesetz die Anordnung der Videokonferenz unter den Vorbehalt, dass es sich um einen dafür «geeigneten Fall» handeln muss, und die Gesetzesbegründung führt zu der Ermessensentscheidung des Gerichts selbst aus, unter welchen Umständen die Videokonferenz abgelehnt werden kann:

«Die Gründe für die Ablehnung einer Videoverhandlung können dabei vielfältig sein und hängen maßgeblich von den Besonderheiten des Einzelfalls ab. So kann eine Videoverhandlung beispielsweise ungeeignet sein, weil schwierige Vergleichsverhandlungen zu erwarten sind, bei denen die persönliche Anwesenheit der Prozessbevollmächtigten und insbesondere der Parteien hilfreich sein kann. Ein weiterer denkbarer Ablehnungsgrund kann sich aus den Besonderheiten des prozessualen

⁵⁸ Etwa die Rede des Abg. Dr. Plum, Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht, 138. Sitzung v. 17. November 2023, PlenProt 20/138, S. 17605 ff.

Lebenssachverhalts oder der zu behandelnden Rechtsmaterie ergeben, etwa bei besonderer persönlicher Betroffenheit der Parteien oder vor dem Hintergrund des vorprozessualen Geschehens. Ebenso kann eine Videoverhandlung ungeeignet sein, wenn eine Präsenzverhandlung für alle Beteiligten schneller und einfacher als eine Videoverhandlung anberaumt werden kann, wenn keine oder nur eine der Parteien anwaltlich vertreten ist, oder wenn sehr viele Personen an der Verhandlung teilnehmen. Schließlich kann eine Präsenzverhandlung vorzuziehen sein, wenn Krankheit oder Behinderung eines Verfahrensbeteiligten zu übermäßigen Einschränkungen in der Wahrnehmung bei Nutzung eines Videoformats führen würden. Bei der Ermessensentscheidung sind auch die Persönlichkeits- und Datenschutzrechte der Verfahrensbeteiligten zu beachten. So ist gegebenenfalls von der Anordnung einer Teilnahme per Bild- und Tonübertragung abzusehen, wenn zu erwarten ist, dass besondere Kategorien personenbezogener Daten nach Artikel 9 DSGVO verarbeitet werden.»⁵⁹

Die Befürchtung des Bundesrates, die Gerichte begründeten ihre Ermessensentscheidung so ungeschickt, dass Befangenheitsanträge ausgelöst würden, erscheint eher fernliegend. Gerichte sind institutionell darin geschult, Rechtsmittelgründe zu verhindern. Aus entgegengesetzter Perspektive ist zu begrüßen, dass das Recht der Parteien, persönlich an der mündlichen Verhandlung teilzunehmen, erhalten geblieben ist. Die Einspruchslösung stellt ein gelungenes Verfahren zur Vermittlung von individuellem Verfahrensrecht einerseits und dem Allgemeininteresse an der Planbarkeit mündlicher Verhandlungen andererseits dar. Ein Anspruch einer Partei, die andere Partei zur Präsenzteilnahme zu zwingen, ist demgegenüber nicht anzuerkennen. Allerdings sollte das Gericht bei der Ermessensentscheidung nach § 284 Abs. 2 ZPO-E-BT dem Einspruch einer Partei gegen die Anordnung der Videokonferenz in der Regel entnehmen, dass die Beweisaufnahme durch Zeugenvernehmung in Präsenz geboten ist.

Eine für die Rechtsordnung größere Gefahr als der zu geringe Gebrauch von den Möglichkeiten der Videokonferenz stellt wohl tatsächlich der zu großzügige Gebrauch von ihr dar. Es droht diesbezüglich eine unheilige Allianz der institutionellen Verfahrensbeteiligten. Sowohl Rechtsanwälte als auch Richter haben tendenziell ein Interesse an der Online-Durchführung; das gilt insbesondere, wenn vollvirtuelle Verhandlungen ermöglicht werden sollten. Hier bedarf es einer ganz besonderen Form der informellen Selbstkontrolle innerhalb der und zwischen den Spruchkörpern, die einen möglicherweise in Vergessenheit geratenden Dienstethos ersetzen muss. Aus guten Gründen behält das Gesetz in Fällen der Beweisaufnahme dem Gericht die Entscheidung über die Anordnung oder Gestattung des Einsatzes von Bild- und Tonaufnahmen vor und bringt hier auch keine Soll-Vorschrift zum Einsatz.

Überdies bedarf die von *Stadler* bereits aufgeworfene Frage nach der Behandlung von Videokonferenzen mit Auslandsberührung nach wie vor der Klärung. Dabei ist zu beachten, dass der Vorsitzende allein die Teilnahme im Wege der Bild- und Tonübertragung gestattet oder anordnet. Eine Möglichkeit der örtlichen Festlegung gibt es bei Verfahrensbeteiligten gem. § 128a Abs. 1 Satz 3 ZPO gerade nicht.⁶⁰ Diese Teilnahme kann *per definitionem* von

⁵⁹ Begr. RegE, BT-Drs. 20/8095, S. 49 f.

⁶⁰ Der Bundesrat hatte in seiner Stellungnahme eine solche Möglichkeit gefordert, Stellungnahme des Bundesrates, Entwurf eines Gesetzes zur Förderung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in der Zivilgerichtsbarkeit und den Fachgerichtsbarkeiten, BR-Drs. 228/23 (Beschluss), S. 5. konnte sich damit aber nicht durchsetzen.

jedem Ort aus mit einer entsprechenden Datenverbindung erfolgen. Daraus sollte geschlossen werden, dass jedenfalls die schlichte Teilnahme eines Parteivertreters aus Monaco statt aus München für sich genommen die Anordnung des Vorsitzenden nicht rechtswidrig machen kann.⁶¹ Die autonome Teilnahme aus dem Ausland führt insbesondere nicht zu einer im Ausland zuzustellenden Ladung. Problematisch wird es jedoch, wenn gegenüber der aus dem Ausland teilnehmenden Person die Hoheitsbefugnisse des deutschen Verhandlungssaals oder die Zwangsmittel des deutschen Zivilprozessrechts ausgeübt werden sollen. Die in der Gesetzesbegründung berufenen sitzungspolizeilichen Maßnahmen⁶² – wenn etwa der Rechtsvertreter mit zwar perfekter Netzverbindung, aber den Sonnenbrand nur mühsam verdeckenden Resten von Sonnencreme auf der Brust von einem Strand auf Mallorca oder Cancun aus teilnimmt – können nicht in derselben Weise angewendet werden, wie bei einer Teilnahme aus Sylt.

Erst recht gilt dies für die Beweisaufnahme. Hier ist innerhalb der Europäischen Union die zuletzt 2020 neugefasste Beweisaufnahme-Verordnung⁶³ vorrangig anzuwenden. Sie erkennt zwar das Potenzial moderner Kommunikationstechnologien, insbesondere von Videokonferenzen, und ermutigt die Gerichte, diese Beweisaufnahme unmittelbar per Videokonferenz oder mittels einer anderen Fernkommunikationstechnologie durchzuführen, sofern das Gericht über diese Möglichkeit verfügt und sofern das Gericht den Einsatz dieser Technologie aufgrund der besonderen Umstände des Falls für den fairen Ablauf des Verfahrens als angemessen ansieht (EGr. 21 Satz 1, 2 BeweisaufnahmeVO). Falls allerdings die Zentralstelle oder die zuständige Behörde des ersuchten Mitgliedstaats bestimmte Bedingungen für erforderlich hält, hat die unmittelbare Beweisaufnahme nach diesen Bedingungen gemäß dem Recht des ersuchten Mitgliedstaats zu erfolgen und die Zentralstelle oder die zuständige Behörde des ersuchten Mitgliedstaats sollte die unmittelbare Beweisaufnahme ganz oder teilweise verweigern können, wenn diese unmittelbare Beweisaufnahme den Grundprinzipien der Rechtsordnung dieses Mitgliedstaats zuwiderlaufen würde (EGr. 21 Satz 4, 5 BeweisaufnahmeVO). Mithin geht die Verordnung davon aus, dass die Vernehmung von Zeugen selbst im EU-Ausland nicht autonom durch das Prozessgericht erfolgt, sondern im Rahmen des Art. 20 BeweisaufnahmeVO von einer Zustimmung abhängt, die ein formelles Ersuchen voraussetzt. Diesen Vorbehalt haben Gerichte bei Gestattungen oder Anordnungen nach § 284 Abs. 2 ZPO-E-BT stets zu beachten. Die Neuregelung in § 284 Abs. 3 ZPO-E-BT erlaubt dem Gericht immerhin, bei Anordnungen der Videokonferenz im Rahmen der Beweisaufnahme auf diese Schranken zu reagieren, indem gegenüber zu vernehmenden Parteien, Zeugen und Sachverständigen zusätzlich angeordnet wird, dass sich diese während der Vernehmung an einer vom Gericht näher zu bestimmenden Gerichtsstelle aufhalten. Der bereits zu § 128a ZPO angemahnte Hinweis auf

⁶¹ Kritischer im Hinblick auf Verfahrenshandlungen des Parteivertreters *Stadler*, Stellungnahme, S. 2.

⁶² Begr. RegE, BT-Drs. 20/8095, S. 47.

⁶³ Verordnung (EU) 2020/1783 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2020 über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- oder Handels-sachen (Beweisaufnahme), ABl. 2020 Nr. L 405/1.

Art. 20 BeweisaufnahmeVO⁶⁴ fehlt allerdings in dem vorgeschlagenen § 284 ZPO-E-BT. Lediglich in den neugefassten⁶⁵ §§ 363 Abs. 1 Satz 1, 1072 Nr. 2 ZPO-E-BT wird auf die Beantragung der unmittelbaren Beweisaufnahme in einem anderen Mitgliedstaat unter den Voraussetzungen der Art. 19, 20 BeweisaufnahmeVO hingewiesen. Außerhalb des Anwendungsbereichs der Beweisaufnahmeverordnung bleibt es bei den allgemeinen völkerrechtlichen Vereinbarungen, § 363 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, 3 ZPO. Das Haager Übereinkommen über die Beweisaufnahme (HBÜ) aus dem Jahr 1970⁶⁶ nimmt naturgemäß Videokonferenzen noch nicht in den Blick. *Stadler* hat jedoch bereits darauf hingewiesen, dass von deutscher Seite gem. Art. 9 Abs. 2 i.V.m. Art. 8 HBÜ eine besondere Form der Erledigung des Rechtshilfeersuchens im Ausland beantragt werden könnte, indem die Vernehmung durch das ersuchte Gericht nach Deutschland übertragen wird. Das ausländische Rechtshilfegericht könne dann im Rahmen seines eigenen Prozessrechts gestatten, dass Mitglieder des deutschen Prozessgerichts in einer Videokonferenz selbst Fragen stellen.⁶⁷

Durch die angestrebten vollvirtuellen Verhandlungen ohne Übertragung in einen Sitzungssaal am Gericht könnte immerhin der bekannte «Flaschenhals» der verfügbaren Verhandlungssäle vermieden werden. Das mag als pragmatischer Vorteil betrachtet werden. Wenn aber tatsächlich die Sitzungsöffentlichkeit durch eine virtuelle Öffentlichkeit ersetzt wird, die im Grundsatz universell eröffnet wird, stellt sich allerdings die Frage nach der sachlichen Rechtfertigung des Veröffentlichungsverbots mit aller Schärfe.

⁶⁴ *Hess/Michaels et. al.*, Gemeinsame Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, und des Max-Planck-Instituts Luxemburg für Internationales, Europäisches und Regulatorisches Verfahrensrecht zum Entwurf eines Gesetzes zur Durchführung der EU-Verordnungen über grenzüberschreitende Zustellungen und grenzüberschreitende Beweisaufnahmen in Zivil- oder Handelssachen, zur Änderung der Zivilrechtshilfe, des Vormundschafts- und Betreuungsrechts sowie sonstiger Vorschriften v. 14. Februar 2022, S. 18 < https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Stellungnahmen/2022/0214_Stellungnahme_MPI_HbgLux_Grenzueberschreitende_Zustellungen.pdf?__blob=publicationFile&v=3>, site zul. besucht am 28.11.2023.

⁶⁵ Gesetz zur Durchführung der EU-Verordnungen über grenzüberschreitende Zustellungen und grenzüberschreitende Beweisaufnahmen in Zivil- oder Handelssachen, zur Änderung der Zivilrechtshilfe, des Vormundschafts- und Betreuungsrechts, zur Anpassung von Rechtsvorschriften zum Verbraucherschutz und zur Verbraucherrechtsdurchsetzung sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften. Vom 24. Juni 2022, BGBl. I, S. 959.

⁶⁶ Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen vom 18. März 1970, BGBl. 1977, II S. 1472 ff.

⁶⁷ *Stadler*, Stellungnahme, S. 2 Fn. 5.

A Study on the Violation of Restrictions placed on a Director's (of juristic persons) or a Corporate President's Representation Power

KIM, CHA-DONG*

I. Introduction

A juristic person (associations and foundations) or corporation has no choice but to carry out its activities, such as juristic or factual acts, only through its representative (“path unity”). Therefore, the representative performs all juristic or factual acts of the juristic person or corporation in and outside the trial. Even if this comprehensive power of representatives is internally restricted, unless such restriction is registered, the principal cannot set up the restriction against a third party (Article 60 of the Civil Act) or against a third party in good faith (Article 209, Paragraph 3 of Article 389 of the Commercial Act) (“uniforming comprehensiveness”). In brief, it is explained the representative power on a juristic person or corporation has such characteristics as ① path unity¹ and ② uniforming comprehensiveness.²

* Professor Dr. *Kim, Cha-Dong*, Hanyang University, Seoul.

¹ ‘① Path unity’ is a term that refers to “how the activities of a juristic person are carried out (conducted) through the director representing the juristic person.” Meanwhile, in the case of agency, the principal can perform the juristic act on his own, or he can perform the juristic act through an agent. Of course, in the case of representation, it is difficult for minor children under the age of 7 or adult wards to perform juristic acts on their own, and they have no choice but to perform juristic acts only through a legal representative. However, cases such as minor children or adult wards perform juristic acts are very rare. It is not particularly problematic because it is difficult to turn into a legal case.

² Prof. *Song, Ok-ryeol*, Commercial Law Lectures (13th edition), Hongmoonsa, 2023, p1024 (In the text, ‘② Inclusiveness’ means that the representative can perform all actions in and outside the trial of a juristic person, and ‘③ Uniformity’ means that when the internal limit on the representative power is not registered, a third party in good faith can do so even if the representative right is limited internally. This means that it cannot be resisted).

In general, the provisions of agency shall apply *mutatis mutandis* to the representative of a juristic person (Article 59, Paragraph 2 of the Civil Act),³ and the representative's acts in the course of his/her duties become the acts of the juristic person or corporation and place legal effects on the juristic person or corporation. At this time, the representative may 'independently' decide and act on corporate 'routine' affairs, or may receive a resolution from another corporate decision-making organization, such as a general meeting of members (shareholders) or the board of directors, and then act as a representative in accordance with that resolution. Representatives must act by specifying qualification on the behalf of a juristic person or corporation. Otherwise, it is presumed that the representative's actions are treated as its own juristic acts, and its legal effect accrues to the representative.

Previously, in a stock company, a representative's juristic act that violates the restrictions placed on representation power could be invalidated if the third party had bad faith or negligence. However, the Supreme Court's recent *en banc* decision ruled that invalidation can only be done if the third party has bad faith or gross negligence, excluding the third party's negligence from the invalidity requirements. This will be a big change in the Korean Supreme Court's precedent. Therefore, focusing on juristic persons and stock companies, I will overview the structure and legal principles by which the representative's representative actions attribute legal effects to the juristic person or stock company, and then briefly examine the restrictions placed on the representative's representation power (II.). The precedent regarding a corporate president's arbitrary action, which is a type of restrictions on the representation power, is changed by the recent "the new ruling". While analyzing and commenting on that "the new ruling", I will look at other types of restrictions placed on representation power, such as legal or *ultra vires* limitation of legal capacity, arbitrary juristic acts by representatives ignoring the requirements by law or articles of incorporation that she/he should act on specific matters according to resolutions of general shareholders' meetings. And furthermore, it is necessary to examine the impact of "the new ruling" on various reasons that invalidate the representative actions with valid representation power, such as a representative's juristic act of passing without a resolution of the board of directors, self-dealing, and abuse of representation power (III.). I conclude this paper by summarizing my views (IV.).

³ Also, according to Article 382 of the Commercial Act, "The relationship between a company and its directors shall be subject to the provisions of the Civil Act on delegation." Therefore, according to Article 408-2 of the Commercial Act, "The provisions of the Civil Act on delegation shall apply *mutatis mutandis* to the relationship between a company with executive officers and its executive officers."

II. Overview of the structure of a director's or a corporate president's representation power and the legal principles regarding to the violation of restrictions placed on her/his representation power

1. General

First of all, the structure is similar in that the director or corporate president enjoys legal effects on the juristic person or corporation through the director's or corporate president's official acts (if it is a juristic act, it must be done by specifying qualification), and the legal effect on the principal is due to the agent's act with specifying qualification. Therefore, the Civil Act and the Commercial Act clearly state that the provisions on agency shall apply *mutatis mutandis* to representation by directors or corporate presidents (Article 59 (2) of the Civil Act, Article 210 of the Commercial Act).

However, due to the characteristics of representation power such as path unity or uniforming comprehensiveness, it differs to some extent from agency, which is allowed only within the scope of individual specific delegation, mainly for the expansion of private autonomy (in very exceptional cases, it plays a complementary function to private autonomy). There is a difference.

Therefore, in the case of agency, agent's invalid acts are collectively called 'unauthorized representation.' If the principal only claims that the agent was not authorized by her/him, the other party (claimant) should first prove that the agent is an authorized agent, or second, Article 125 (apparent representation by indication of conferment of power of representation), Article 126 (apparent representation in excess of authority), or 129 (apparent representation after lapse of power of representation) or Article 125 and Article 126 combined (apparent representation in excess of authority by indication of conferment of power of representation) shall be asserted and proved.⁴ Third, the claimant can refute the principal's claim by asserting or proving that the principal explicitly or implicitly ratified it.

On the other hand, the other party "may set a reasonable period of time to request confirmation of the ratification," and "if the principal does not give a reply to the confirmation within that period, the ratification is deemed to have been refused." (Article 131 of the Civil Code) Therefore, these types of unauthorized representation can be classified as a 'liquid invalidity.' Considering this structure of the agency, an unauthorized agent is the one to whom the principal

⁴ Apparent representation under Article 125 of the Civil Act differs from the other three types of apparent representation in terms of burden of claims and proof. In other words, apparent representation by indication of conferment of power of representation (Article 125 of the Civil Act) is when the other party asserts and proves that ① the principal expressly or implicitly expressed the conferment of the power of representation to the other party, and ② an act of apparent agent has taken place. The principal can only ③ plead or re-defend by alleging and proving that the other party had bad faith or negligence. On the other hand, in the remaining three apparent representations (Articles 126, 129, and 125 + 126 of the Civil Act), the other party alleges and proves ① representation in excess of authority, representation after the lapse of power of representation, representation in excess of the conferment of authority, and ② representation by specifying the qualification. In addition, ③ the other party also claims and proves her/his own good faith and negligence. Considering the differences in the above requirements, the Civil Code further protects the trust of the other party in the representation through apparent representation in the indication of conferment of power of representation than the other types of apparent representation.

has not granted power of representation, as well as who acts in excess of authority, and violates certain restrictions.

Representatives in the juristic person are elected in accordance with the provisions of the Articles of Incorporation (Article 40, Paragraph 5 of the Civil Act). However, the director in the incorporated association is often elected at the general meeting of members. The president of a stock company is elected by the board of directors, but it is possible through the articles of incorporation to allow for election at a general shareholders' meeting (Article 389, Paragraph 1 of the Commercial Act).

In the case of a stock company, (A) the official acts of a duly elected director or corporate president and (B) the acts of a non-elected director or corporate president to pretend to do his/her jobs are governed by different legal principles. The former (A) separates again to (1) acts of representation outside of its legal capacity or ultra vires other than purposes stipulated in the Articles of Incorporation, and (2) even if the director or corporate president will enjoy her/his uniforming and comprehensive power of representation, she/he should act according to the resolution of the general meeting of members (general meeting of shareholders) with respect to certain matters. In some cases, director's or corporate president's actions can be carried out through a resolution of the board of directors.

In the latter case (B), in principle, there is no need for the juristic person or stock company to bear the responsibility, but the other party may allege and prove the requirements of the apparent representative director (Article 395 of the Commercial Act).⁵ If all the requirements for an apparent representative director can be claimed and proven, the act can be validated.

The representative body is the executive body. While an incorporated association has a general meeting of members, a stock company has a general shareholders' meeting as the highest decision-making body. However, "the execution of important business must be resolved by the board of directors, regardless of whether it is stipulated as resolution in the articles of incorporation or board rules, etc."⁶

The director or corporate president must take action in accordance with the resolution of the board of directors. Of course, she/he may make decisions and act independently regarding 'house-keeping jobs.'

Director's or corporate president's acts beyond corporate's legal capacity are invalidated on the grounds that they cannot be regarded as acts of a juristic person or stock company.⁷

⁵ Apparent managers are defined in Article 14 of the Commercial Act when a business owner expressly or implicitly gives an employee a name that could be mistaken for a manager, such as headquarters manager or branch manager, for convenience, but does not grant the corresponding authority. Therefore, (1) if a title that can be recognized as a manager, such as head or branch manager of the head office or branch, is used (existence of appearance), (2) there is explicit or implicit permission of the principal (cause of fault), and (3) if there is bad faith or gross negligence on the part of the other party (existence of appearance) the contract by the apparent managers can be invalidated.

⁶ Supreme Court decision 2009Da55808, sentenced on January 14, 2010, Supreme Court decision 2019Da204463, sentenced on August 14, 2019

⁷ Supreme Court, sentenced on March 26, 2004, Decision 2003Da34045 {Even if the act is outside the scope of the CEO's representative authority, as long as it is within the scope of the company's legal capacity, a third party who is unaware of the limitations of the representative authority can be protected(Supreme Court, sentenced on February 18, 2021, 2015Da45451, unanimous decision). It was changed to a third party with bad faith and gross negligence from

However, in case that the legal capacity of a juristic person or stock company has been legally restricted, if a director's or corporate president's act is taken outside of the legal capacity, it is sure to be a violation of this restriction, of course, and absolutely invalid.

Meanwhile, acts outside the scope of the purpose of the Articles of Incorporation (*ultra vires*) are sure to be invalid as well. However, any act that is directly or indirectly necessary for that purpose is recognized as an act within the scope of the purpose (*intra vires*), and there are very few cases in which it is actually recognized as an act outside the scope of the purpose.⁸

In matters such as above ②, the legal principles applicable to juristic persons and stock companies are different. A juristic person “cannot be set up against a third party unless such restriction is registered” (Article 60 of the Civil Act),⁹ while in the case of a stock company, “the company may not assert the restriction against a third party acting in good faith.” (Article 209, Paragraph 2, Article 389, Paragraph 3) When applying Article 209 of the Commercial Act, the Supreme Court precedents are different according to types of restrictions. Directors or corporate presidents are subject to the resolution of the general shareholders' meeting which are stipulated on the laws (Articles 374, 375, etc. of the Commercial Act)[(a)] in the Articles of Incorporation. [(b)]¹⁰ Furthermore, when director's or corporate president's acts must be performed in accordance with the resolution of the board of directors.

In the former case [(a)], director's or corporate president's acts, that violate this restriction, are (absolutely) invalidated regardless of the good or bad faith of the third party. However, in the latter case [(b)], if a director or corporate president may take action unless resolving and following the resolution of the general shareholders' meeting authorized by the provisions of the Articles of Incorporation, the acts may be valid, or can be invalidated only if the company succeeds to assert and prove that the third party acts in bad faith, or negligent.¹¹ In the one more

a third party with bad faith and negligence. The trust that the person believed that the act was a representative act of the company must be protected. And the legal principle was divided into representative acts outside the juristic person's legal capacity and representative acts that violated restrictions on representation power within the scope of the juristic person's legal capacity. }

⁸ Prof. Song Ho-young, 『The theory of Juristic Persons』 p.45.

⁹ With an opposing interpretation, so long as it has been registered it can also be set up against a third party in good faith.

¹⁰ Matters to be resolved at the general shareholders' meeting can only be stipulated in the law and the Articles of Incorporation. (Song Ok-ryeol, *supra*, p. 917) In that respect, the board of directors must “resolve for important business execution, regardless of whether it is determined as a board resolution in (the laws or) articles of incorporation or board rules, etc.”(the Supreme Court's ruling 2009Da55808, sentenced on January 14, 2019, and the Supreme Court's ruling 2019Da204463, sentenced on August 14, 2019) There is a difference from the legal principles regarding ot restrictions of between shareholders' meeting's and board meeting's resolution requirement.

¹¹ ① Supreme Court sentenced on April 12, 2012. decision 2011Da106143 (The transfer of all or an important part of the business under Article 374, Paragraph 1, Subparagraph 1 of the Commercial Act refers to the transfer of business under Chapter 7 of Part 1 of the Commercial Act. In the case of the transfer of business property, the property is the sole property or important property of the stock company. Therefore, the transfer of the property cannot be said to be a transfer of the business, but since the transfer of important property, which is the basis for the existence of a stock company, is an act that results in the abolition or cessation of the business, it is no different from the transfer of all or part of the business. The sale contract in this case, which involves the disposal of the factory site in this case, which is the business property that is the basis of the company's existence, is not effective because there is no special resolution at the plaintiff's general meeting of shareholders as required by Article 374 of the Commercial Act, and the

latter case [(b)], it is considered invalid only if there is bad faith or gross negligence on the part of a third party.

© In addition, in the case of self-dealing between a director and the company, the transaction must be carried out after obtaining prior approval from the board of directors, and even in case of violation of this, the transaction is invalidated if there is bad faith or gross negligence on the part of the direct or indirect other party. Furthermore, ③ In case of abuse of representation power, if there is bad faith or negligence on the part of the other party, it is invalidated.

As a result, the Civil Act, Commercial Act, and Supreme Court precedents say that the provisions related to agency shall apply *mutatis mutandis* to representation, but due to the characteristics of representation such as path unity and uniforming comprehensiveness, the legal principles applicable to representation are somewhat different from those applicable to agency. An unauthorized representation in the agency, in principle, is subject to liquid invalidity. If the other party can succeed to assert and prove power authorization or apparent representation, or rectification, it can be valid. However, the legal principles related to representation are separately constructed by polarizing them into “absolute invalidity” or “principle validity.”

Still, the legal principle of absolute invalidity is that the juristic person's actions by the representative are acts outside his/her legal capacity or are violations of registered restrictions on representation rights (in the case of a juristic person including an association or foundation), or the representative is acting without the resolution of a legally stipulated general shareholders' meeting. It applies only to the actions of CEOs (in the case of stock companies), and is considered valid in principle for violations of restrictions placed on representation power and abuse of representation power, which account for most parts of representative actions, in order to protect the safety of transactions by protecting the trust of third parties.¹²The reason why the expression “in principle” is used in principle validity is because it can be exceptionally invalid when “there is no need to protect a third party from the viewpoint of fairness.” The circumstances under which “there is no need to protect third parties from the perspective of fairness” differ slightly depending on the type of violation of the relevant restriction on representation powers. The most important violation of the restrictions placed on representation powers is the so-called “the arbitrary representative act” (hereinafter referred to as “arbitrary act”), which involves proceeding with representation without going through a resolution even though it is a

provisions of the above Commercial Act are not valid. As a rule of effect, it was ruled that any disposition in violation of this rule was invalid regardless of the good or bad faith of the other party.) or

② Supreme Court Decision 2017Da288757 on April 26, 2018 (The matter is relevant to a special resolution for the disposal of business property to which Article 374, Paragraph 1, subparagraph 1 of the Commercial Act applies. Although shareholders holding 84% of the shares agreed, it was ruled as invalid because there was no special resolution at the general shareholders' meeting.) Meanwhile, there is a Supreme Court ruling that if there is the consent of all shareholders, property transfer in violation of special resolution provisions is also effective. (Supreme Court ruling 2001Da14085, March 28, 2003) A contract to transfer business property to the extent of business closure is also a matter of special resolution prescribed in Article 374, Paragraph 1 of the Commercial Act, and there is also a ruling that if there is no special resolution at the general shareholders' meeting, it has no effect even if it is a one-person shareholder company. (Supreme Court sentenced on November 8, 1991. decision 91da11148)

¹² Although it is viewed as valid in principle externally, it is invalidated internally. So most scholars understand this as ‘relative invalidity.’ In other words, it is considered invalid among the company, shareholders, and directors, and is in principle valid against other third parties. This is explained as relative invalidity.

requirement of resolution of the general meeting of shareholders under the Articles of Incorporation, a resolution of the Board of Directors under the Act, or a resolution of the Board of Directors under the Articles of Incorporation and the Board rules. In relation to “Articles 209 and 389, Paragraph 3 of the Commercial Act, if the other party’s bad faith or gross negligence is not recognized due to circumstances in which there is no need to protect a third party from the viewpoint of fairness, the corporation may invalidate it against the other party. There was a recent big change in the Supreme Court precedent regarding this issue.

According to Article 209 of the Commercial Act, it is sufficient for a third party to act in 'good faith.' Therefore, the stock company claiming invalidity bears the burden of proving the claim that the other party has 'bad faith' on the moment of the contract. Between the privies to a promise (including agents and representatives such as directors or CEOs), there is a tendency to consider effectiveness based on good faith and no negligence or bad faith or negligence. Therefore, even if good faith or bad faith is stipulated in the relevant legal provisions, it should be interpreted as ‘good faith and no negligence’ or ‘bad faith or negligence.’¹³¹⁴ In accordance with these legal principles, previous Supreme Court rulings¹⁵ on arbitrary acts despite the legal language of ‘good faith’ under Article 209 of the Commercial Act, first, makes the burden of proof shift, and second, can invalidate exceptionally the valid representative act, only when there is bad faith or negligence. As explained above, in the target judgment of the Korean Supreme Court, there was a change in precedent from ‘bad faith or negligence’ to ‘bad faith or gross negligence.’ Nevertheless, the ruling left several unresolved issues, such as whether it applies to abuse of representative power and whether it affected on the legal principle regarding to the arbitrary acts of the representatives violating the restriction on the representation power representing just after the attaining the resolution of the general shareholders’ meeting only stipulating on the Articles of Incorporation.

¹³ There are Declaration of Untrue Intention (Article 107, Paragraph 1 of the Civil Act), Declaration of Intention by the third party’s fraud or duress (Article 110, Paragraph 2 of the Civil Act), various types of apparent representations (Articles 125, 126, and 129 of the Civil Act), etc. Exceptionally, in the provisions related to warranty liability due to defects in rights in a sales contract, the legal principles are structured around good faith and bad faith, even though the parties are privies to the contract.

¹⁴ Claiming invalidity of an agreement against a third party who is not a privy to the agreement, i.e., a beneficiary or successor, is made by claiming and proving that the third party acted in bad faith. There are very many examples, one of whom are beneficiaries and successors in the declaration of untrue intention (Article 107, Paragraph 2 of the Civil Act), fictitious declaration of intention in collusion (Article 108), mistake (Article 109, Paragraph 2), fraud and duress (Article 110, Paragraph 2), etc.

¹⁵ In the Supreme Court’s 86 Daka 1004 decision on July 7, 1987, which is a leading ruling in the “Handwriting Account Case of the Hyehwa-dong Branch of a Korean Commercial Bank,” which is known as the first ruling on arbitrary acts and abuse of representation power, the Supreme Court ruled and applied the principles of the declaration of untrue intention in cases of abuse of agency and abuse of representation. Since it was ruled that invalidation can be made if the company can claim and prove that there was “bad faith or negligence” by applying the legal principle of Article 107 of the Civil Act. As related precedents continued, the burden of proof for the “bad faith or negligence” claim was strengthened to the burden of proof for the “bad faith or gross negligence” claim by the ruling that will be examined next, making it invalid. Many scholars seem to understand that, due to the attitude of the Supreme Court decision above, which applied *mutatis mutandis* the provisions related to declaration of untrue intent in relation to abuse of representation powers, the change in precedent by the new ruling only applies to arbitrary acts and does not apply to abuse of representation powers. (Song Ok-ryeol, *supra* p. 1028)

III. The new ruling (2021. 2. 18. Sentence 2015Da45451 en banc decision)

1. The attitude of previous Supreme Court precedents regarding violations of restrictions placed on representation powers

In order to protect the safety of transactions by protecting the trust of third parties in relation to violations of restrictions on the representation power, the Supreme Court has ruled that it is effective in principle and provides such exceptional protection as invalidation, when there are circumstances in which it is deemed that “there is no need to specially protect third parties under the principle of fairness.” Article 209 of the Commercial Act and Article 389 (3) of the Commercial Act were applied as “circumstances in which there is no need to specially protect third parties under the principle of fairness,” and the other party’s bad faith or negligence was cited as the very circumstances.

If the other party was not aware of the violation of the restriction on representation power and was negligent and the stock company did not bear the responsibility, the other party may claim compensation for damages due to the tort against the stock company pursuant to Article 210 of the Commercial Act. In fact, the other party filed a lawsuit, mainly asserting that the representative act was valid, and filed a claim for compulsory performance based on its legal effect (Article 389 of the Civil Act), and even if it is invalidated due to a recognition of bad faith or negligence, it can sue the stock company as a preliminary cause of claim for damages arising from an illegal act.

In this case, the court dismisses the main claim in situations where the other party's bad faith or negligence is recognized, and if all other requirements for a tort are satisfied, the court cites the other party's tort claim on the premise that the representative's acts in the course of his duties are the acts of the corporation. Taking into account the (victim's) negligence, an offset was made for the negligence. Of course, even in this case, if the other party had bad faith or gross negligence, tort liability under Article 35 of the Civil Act and Article 210 of the Commercial Act is also dismissed.

2. Matters and decisions in the the new ruling

(1) Matters

The defendant is a construction company that carries out a land readjustment project. The plaintiff, who was seeking to receive orders for electrical work, etc. for the above project, is a company engaged in the electricity-related business. At the recommendation of the defendant's CEO, the plaintiff lent 3 billion won at the defendant's CEO's office to another company that was an implementation agent. At this time, the defendant's CEO wrote his name by hand next to the defendant's name, address, and the phrase "CEO" on the confirmation document stating the purpose of guaranteeing the above borrowed money and delivered it to the plaintiff.

According to the defendant company’s board of directors regulations, ‘borrowing a large amount of money and providing guarantees’ were designated as matters to be discussed and resolved by the board of directors. At the time of the above guarantee, there was no resolution of the defendant's board of directors.

At the time, the defendant's assets were approximately 170 billion won and sales were approximately 100 billion won.

(2) the ruling of the Supreme Court on the case

The plaintiff lent it to another company at the request of the defendant's CEO, with whom it had close friendship. If the defendant had not guaranteed it, there was a high possibility that the plaintiff would not have lent it.

Considering the size of the defendant company and the degree of risk borne by the defendant through the guarantee in this case, it may not be clear that the above-mentioned guarantee act must be approved by the board of directors.

As a rule of thumb, the counterparty doing business with the company trusts that the CEO has followed the necessary internal procedures.

Taking the above circumstances into account, it cannot be said that the plaintiff, a third party, was grossly negligent in not knowing that the letter of guarantee was prepared without the resolution of the defendant's board of directors. A representative act that violates legal restrictions placed on the power to representation or violates internal restrictions could previously be invalidated even when the other party had bad faith or negligence. However, it can be invalidated only when the other party's bad faith or gross negligence can be claimed or proven. The appeal was dismissed and the original judgment was upheld.

3. My commentary

(1) five established legal principles by the new ruling regarding the arbitrary acts

First, the same legal principles must be applied to representative acts that violate legal restrictions placed on representation powers or internal restrictions established by the Articles of Incorporation or Board of Directors rules.¹⁶

Second, it is a rule of thumb to protect the trust of third parties doing business with the company. (So even such representative acts are valid in principle.) However, in cases where there is no need to protect the trust of a third party due to the principle of fairness, it can be invalidated in accordance with Article 209, Paragraph 2 of the Commercial Act.

Third, Article 209, Paragraph 2 of the Commercial Act states that even if a third party acts in good faith, if the company claiming invalidity asserts and proves that the third party has bad faith or gross negligence, the representative act is invalid as it is not worth protecting the third party's trust.

Fourth, gross negligence in this case is “① a significant violation of the duty of care required by trading conventions, by rampantly believing that there was a board resolution, even though

¹⁶ The decision was mainly made regarding arbitrary acts, that is the limitation of representation powers, which requires that representation be exercised only after a resolution by the board of directors. Of course, in case of violation of the legal restrictions placed on representation powers that require representation after a resolution of a general shareholders' meeting, it is absolutely invalid as seen above. Therefore, it is necessary to review only internal restrictions to require a resolution of a general shareholders' meeting under the Articles of Incorporation.

a third party could have known that there was no board resolution if they had paid even a little attention; ② care was taken to a degree that was almost intentional.” “This refers to a state in which there is no need to protect third parties from the perspective of fairness due to negligence.”

Fifth, circumstances such as the possibility of a third party recognizing the absence of a Board of Directors resolution, the experience and status of the third party transacting with the company, the previous transaction relationship between the company and the third party, and whether the transaction conducted by the CEO are unusual according to empirical rules. Comprehensive consideration must be taken to determine whether there was gross negligence.

(2) commentary

First of all, I agree with the position in the new ruling that representative acts should be regarded as valid in principle and invalidated as an exception. “Corporate law must be operated in a way that appropriately adjusts the interests of stakeholders, such as shareholders, directors, and creditors, and minimizes transaction costs in the market. (Supplementary opinion by Justice Kim, Jae-hyung)” When a transaction takes place between a company and a third party The least cost avoider is the company. (Supplementary opinion of Justice Kim Jae-hyung also holds the same opinion) Therefore, by burdening the risk of the representative's arbitrary activity, the company, which is the least cost avoider, can monitor and supervise through the company's internal organization and system. By improving the internal governance structure of supervision and checks, it is possible to prevent this violation at minimum cost, thereby increasing the welfare of the entire society.

Next, is there a need to distinguish between acts that violate legal restrictions and acts that violate internal restrictions?¹⁷ The majority opinion in the new ruling is that Article 393, Paragraph 1 of the Commercial Act stipulates that the disposal of “important assets,” “borrowing of large-scale assets,” etc.... the execution of a company's business must be carried out through representative actions through a resolution of the board of directors. Since it is difficult for the counterparty to determine the “importance” of an asset or whether it is a “large-scale” borrowing, so it is judged whether or not it is a matter for Board of Directors resolution based on criteria specified in the Articles of Incorporation or Board rules, etc. Therefore, it was ruled that the legal principles applied between the two could be the same, saying that it was not recognized as important.

In the Board of Directors rules, etc., “borrowing of 500 million won or more” is stipulated as a matter for resolution by the Board of Directors, and is more specifically defined than Article 393 of the Commercial Act, which is abstractly defined as “important” and “large scale.” Because the determination of violation of restrictions is clearer than the legal restrictions, there are more claims of violation of internal restrictions in actual lawsuits.

¹⁷ Prof. Lee, Cheol-song, “The Effect of the CEO’s Arbitrary Act,” *Advanced Commercial Law Research* Volume 94 (April 2021), p. 19 and below. (Professor Lee Cheol-song argues that it is good to dualize the legal restrictions on representation powers so that they can be invalidated even if there is bad faith or negligence as in the previous ruling, unlike representative acts that violate internal restrictions, which are invalidated in the case of bad faith or gross negligence as a mandatory provision.)

The most important decisions in the new ruling are as follows: When it is no longer necessary to protect the trust of third parties in accordance with the principle of fairness, the representative act may be exceptionally invalidated by applying Article 209, Paragraph 2 of the Commercial Act. Under the previous Supreme Court's ruling, because it is an exception, the stock company claiming invalidity bears the burden of claim and proof, and furthermore, even if there is negligence in addition to bad faith on the part of a third party who is a privy to the agreement, it is invalid under Article 209, Paragraph 2 of the Commercial Act.

However, the new ruling changes the above legal principles to some degree. The judgment that the corporation bears the burden of proving the claim was upheld even under the new ruling. But the Supreme Court discarded all precedents that invalidated a case even if there was bad faith or negligence, and decided that invalidation can only occur if there is 'bad faith or gross negligence.'

Even though only good faith is stipulated in the legal text, the burden of claim and proof has been shifted and Article 209 of the Commercial Act can be applied even if there is negligence in addition to bad faith because the third party is a privy to the agreement. In civil law, the effectiveness of a juristic act is determined by 'good faith and no negligence' or 'bad faith or negligence' between the parties to the contract("privy relation"). On the other hand, in the case of a beneficiary or successor, the effect of a juristic act is mainly based on good or bad faith. Good faith and bad faith are factual concepts that are determined depending on whether one knows the relevant facts. However, negligence or gross negligence is a normative judgment concept centered on foreseeability. There will be a relatively abundant amount of information and data related to the transaction between the parties to the agreement. In such a state, it is unfair and harsh on the parties to the agreement to have the effectiveness of a juristic act depend on the success or failure of proving human mental elements such as good faith and bad faith 'highly likely.'¹⁸

Therefore, the parties to the agreement are given the opportunity to normatively judge whether they were able to foresee using the information and data abundantly collected during the transaction process, which are somewhat remote from mental states such as good faith or bad faith. Since the fact finder(usually judges in Korea) is the right one who creates, interprets, and applies norms, they are used to judge normatively. However, the third party, the beneficiary or successor, is not a privy to the agreement, but is only a person who has established an interest by transacting with one of the privy to the agreement. Therefore, the beneficiary or transferee lacks or is poor in information or data related to the transaction in question. In this situation, we have no choice but to use factual concepts such as good faith and bad faith.

Next, let's examine whether it is reasonable to change the case law from 'bad faith or negligence' to 'bad faith or gross negligence' and strengthen the burden of proof for the corporation.

¹⁸ In the Republic of Korea, a party who bears the burden of proof in a civil lawsuit will lose the case if he or she fails to prove the facts with a highly likelihood. The degree of highly likelihood is a probability that can be achieved when the fact finder is convinced *with a probability of 80% to 90% (8 or 9 out of 10)*.

Due to transaction safety or the nature of the system, it may always be treated as valid regardless of good or bad faith.¹⁹ However, transaction security can be sufficiently achieved by protecting third parties who are unaware of the relevant information. Therefore, transaction security can be sufficiently achieved by invalidating against third parties in bad faith and protecting only good-faith third parties. Of course, even in this case, as explained above, the security of the transaction can be sufficiently achieved even if the parties to the agreement who have easy access to transaction information and data are invalidated by a negligent other party in addition to bad faith. If so, it is natural that it needs to be annulled to carry out the purpose of the original legal system and protect only the true intentions of the parties. By doing this way, only the true intentions of the parties can be protected.

At this time, whether to reduce the burden of proving a claim that can be invalidated by including negligence or to increase the burden of proving a claim by limiting it to gross negligence depends on the degree of possibility of reducing transaction costs to protect the trust of third parties and ensure the safety of transactions. In a situation where the company is generally the least cost avoider when it comes to monitoring and supervising the misconduct of directors and CEOs in a company under commercial law, reducing the transaction information search cost of the counterparty due to the nature of continuous and repetitive commercial activities lowers transaction costs and ensures transaction security. This can be said to be a direction for institutional improvement that can be pursued. From this perspective, I agree with the change in precedent that increased the company's burden of proof. As a result of this change in precedent, the legal principles applicable to the CEO's arbitrary actions have become the same as the legal principles applicable to the directors' self-dealing.²⁰

Let's compare and review the situation that will occur after the change in precedent of the new ruling from the previous situation. If the representative act that violates the restrictions placed on representation powers in a situation where the other party has bad faith or negligence is invalidated according to the previous precedents, the other party may claim compensation for damages due to the tort against the stock company pursuant to Article 35 of the Civil Act or Article 210 of the Commercial Act. (In fact, when the previous precedent was being applied,

¹⁹ In the case of a double transfer of real estate in which owner A sells to C again and completes the ownership transfer registration to C, before owner A completes the ownership transfer registration to B even making a sales contract with B sooner. C acquires ownership regardless of the good or bad faith of the sales contract between A and B.

This legal principle also applies to real estate title trusts. If the trustee disposes of the entrusted property to a third party, the third party always acquires ownership, regardless of whether the third party has good or bad faith.

If the current owner transfers the subject real estate to a third party before completing the required title transfer registration only after completion of duration for acquisition of ownership by possession, the third party acquires the ownership regardless of good or bad faith in the fact.

Of course, even in this case, if the third party goes beyond bad faith and reaches the level of collusion, abetment, or aiding, the violation of anti-social order under Article 103 of the Civil Act applies on the case.

Due to the nature of specific juristic acts, there are cases where it is treated as valid regardless of the good or bad faith of a third party. However, cases where this legal principle is applied are very rare, and in order to protect the safety of transactions, it is often sufficient to protect only third parties in good faith.

²⁰ Supreme Court decision 84Daka1591, sentenced on December 11, 1984, Supreme Court decision 94da42754, sentenced on January 26, 1996

the other party filed a claim for compulsory performance on the premise that it was a mainly valid representative act and made a preliminary claim for damages based on illegal acts.)

Then, if the other party had negligence, the court dismissed the main claim, accepted the preliminary claim, took the other party's fault into account when calculating the amount of damages, and ordered compensation for damages offset by negligence. At this time, if the other party is determined to have committed bad faith or gross negligence, there is a possibility that the representative's bad faith or gross negligence for not acting in the course of his/her duties will be recognized, and even claims for damages due to illegal acts specified in Article 35 of the Civil Act and Article 210 of the Commercial Act will be dismissed. In other words, the other party with bad faith or gross negligence could not claim compulsory performance or claim compensation for damages. Therefore, only the negligent party who could not have the claim for compulsory performance and only claim compensation for damages offset by negligence. However, under the changed precedent situation, a third party with bad faith or gross negligence cannot claim compulsory performance as in the previous ruling, nor can he claim compensation for damages by offsetting negligence. However, the other party who was only at fault could not previously file a claim for compulsory performance and could only claim compensation for damages offset by negligence, but under the changed precedent environment, a claim for compulsory performance can now be made. The other party who is only at fault is more protected under the changed precedent.

Regarding gross negligence, the Supreme Court previously defined the concept using expressions such as ① in the third, but added expressions such as ② in the new ruling. In the step-by-step understanding of the mental elements leading to negligence, such as Hyper-subjective elements – Intention with desire – criminal Intention (including *dolus eventualis*) - Bad faith (perception) - Gross negligence – Negligence, gross negligence is linked to perception rather than criminal intention. But in the opinion in the new ruling, gross negligence is linked with criminal intention. There may be controversy as to whether it has a special conceptual meaning compared to other gross negligence. In light of the introduction of the legal concept in the past, where malice or bad faith, or recklessness was purified and converted into recognition, or negligence, and considering the subsequent history of purification, it would ultimately be nothing more than a meaningless emphasis without conceptual difference. It is safe to say that there is no difference between conventional gross negligence and gross negligence in the new ruling.

(3) Unresolved issues in the new ruling and the author's opinion

There is no comment yet on whether it will also apply to representative's arbitrary acts that violate the general shareholders' meeting resolutions in the Articles of Incorporation. There are no relevant precedents yet, and the majority opinion is that if the other party has bad faith or negligence, the representative act is invalid.

There is doubt as to whether this will also apply to abuse of representation power. In the case of conventional abuse of representation powers, if there is an abuse of representation powers (① there is a representative act, ② the representative act is actually performed for the benefit of oneself or a third party) and ③ the other party has bad faith or negligence, the juristic person or corporation invalidates the representative act against the other party. There may be a question

of whether the new ruling changed also ③ from bad faith and negligence to ③ bad faith and gross negligence to abuse of representative power. In the dissenting opinion in the new ruling, on the premise that the new ruling does not apply to abuse of representation powers, “consistency with the legal principles of abuse of representation power” was set and the precedent was changed to protect the other party of the prior act more than the other party of the abuse of representative power. This is used as the basis for an opposing opinion, saying that this is not valid from the perspective of equity. In light of this ruling, it can be seen that the majority opinion in the target judgment never persuaded the opposing opinion on the premise of changing the precedent despite abuse of representative powers during the discussion process. In that case, the change in precedent in the new ruling was only a change in precedent for the CEO's shearing actions, assuming that it does not apply to abuse of representative power. In general, there are more situations where the arbitrary acts carry less ethical criticism than abuse of representation powers. From that perspective, it is not unfair to protect the other party in the arbitrary act more than the other party in the abuse of representation power.

Aktuelle Herausforderungen für das Recht des bargeldlosen Zahlungsverkehrs in Japan aus der Perspektive des Verbraucherschutzes

YO TERAKAWA*

I. Einleitung

In den letzten Jahren hat die Zahl der Fälle zugenommen, in denen Verbraucherinnen und Verbraucher verschiedene Verträge über den Verkauf von Waren oder Rechten oder die Nutzung von Dienstleistungen gegen Entgelt im Internet abschließen können. Darüber hinaus hat die weit verbreitete Nutzung von Mobiltelefonen und Smartphones dazu geführt, dass solche Geschäfte über das Internet (nachfolgend: Onlinehandel) überall, unabhängig vom Ort des Vertragsabschlusses (z. B. sowohl zu Hause als auch im Geschäft) abgeschlossen werden können. Wenn im Onlinehandel bezahlt wird, wäre die Zahlungsmethode „bargeldlos“ anstelle von Barzahlung.

Im vorliegenden Artikel wird untersucht, welche Rechtsvorschriften erforderlich sind, um sicherzustellen, dass Verbraucherinnen und Verbraucher, die bargeldlose Zahlungen für den Onlinehandel in Japan zu nutzen, für den Erwerb von Waren oder Rechten und die Nutzung von Dienstleistungen sicher bezahlen können. Zunächst soll ein Überblick über das aktuelle japanische Verbraucherrecht gegeben werden (II.), bevor auf die Struktur des bargeldlosen Zahlungsverkehrs (III.) und die entsprechenden Rechtsvorschriften (IV.) einzugehen ist. Ich möchte danach die aktuellen Herausforderungen des japanischen Rechtssystems kurz vorstellen (V.).

* Professor Dr. *Yo Terakawa*, Kansai Universität, Osaka.

II. *Status Quo* des japanischen Verbraucherrechts

1. Gesetzgebung

Im Jahre 1968 wurde das Verbraucherschutzgrundgesetz 消費者保護基本法 (heute: das Verbrauchergrundgesetz 消費者基本法¹) verabschiedet, in dem die grundlegenden Maßnahmen festgelegt sind, die von nationalen und kommunalen Behörden zum Schutz der Verbraucher ergriffen werden können. In der Folge entstanden die folgenden Gesetze, um das Verbraucherrecht sicherzustellen.

Im Jahre 1972 wurde das Abzahlungsgesetz (AbzG) 割賦販売法² geändert (es war bereits im Jahre 1961 erlassen worden, wurde aber unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes grundlegend überarbeitet), im Jahre 1976 das Gesetz über Haustürgeschäfte 訪問販売法, das nicht nur Haustürgeschäfte sondern auch „Schneeballsysteme“ erfasst, erlassen worden (die Vorschriften dieses Gesetzes sind nun in das Gesetz über spezifizierte Handelsgeschäfte 特定商取引法³ integriert). Durch das Reform dieser Gesetze, einschließlich der Verbesserung des Widerrufsrechtssystems (sog. „Cooling-off-Systems“) ist der Verbraucherschutz bei den bestimmten Geschäften gestärkt geworden.

Im Jahre 2000 wurde das Verbrauchervertragsrecht 消費者契約法⁴ verabschiedet. Auch danach, im Jahre 2008, sind die Reform in dem Gesetz über spezifizierte Handelsgeschäfte erfolgt, etwa um ein Rückgaberecht für Fernabsatzgeschäfte zu schaffen. Bis heute werden diese Gesetze oftmals durch das jeweiligen Reform verändert. In dieser Hinsicht spielen gegenwärtig auch die sektorspezifischen Gesetze eine große Rolle im japanischen Verbraucherrecht.

Daher gehört heute grundsätzlich zum japanischen materiellen Verbraucherschutzrecht das japanische BGB (nachfolgend: jBGB) 民法⁵ und das Verbrauchervertragsrecht. Dazu gehört noch, als Geschäftsgesetz 業法⁶, das Abzahlungsgesetz sowie das Gesetz über spe-

¹ *Shōhi-sha Kihon-hō* (Basic Act on Consumer Policies), Gesetz Nr. 78/1968 i.d.F. des Gesetzes Nr. 60/2012. ; engl. Übers. abrufbar unter <https://www.japaneselawtranslation.go.jp/ja/laws/view/3198> (Gesetz i.d.F. des Gesetzes Nr. 60/2012), zuletzt aufgerufen am 7. 3. 2024.

² *Kappu hanbai-hō* (Installment Sales Act), Gesetz Nr. 159/1961 i.d.F. des Gesetzes Nr. 68/2022. ; engl. Übers. abrufbar unter <https://www.japaneselawtranslation.go.jp/ja/laws/view/3942> (Gesetz i.d.F. des Gesetzes Nr.49/2021), zuletzt aufgerufen am 7. 3. 2024.

³ *Tokutei schō-torihiki-hō* (Act on Specified Commercial Transactions), Gesetz Nr. 57/1976 i.d.F. des Gesetzes Nr. 63/2023. ; engl. Übers. abrufbar unter <https://www.japaneselawtranslation.go.jp/ja/laws/view/4302> (Gesetz i.d.F. des Gesetzes Nr.72/2021), zuletzt aufgerufen am 7. 3. 2024.

⁴ *Shōhi-sha keiyaku-hō* (Consumer Contract Act), Gesetz Nr. 61/2000 i.d.F. des Gesetzes Nr. 59/2022.; engl. Übers. abrufbar unter <https://www.japaneselawtranslation.go.jp/ja/laws/view/4431> (Gesetz i.d.F. des Gesetzes Nr.59/2022), zuletzt aufgerufen am 7. 3. 2024.

⁵ *Minpō* (Civil Code), Gesetz Nr. 89/1896 und Nr. 9/1898 i.d.F. des Gesetzes Nr. 53/2023; engl. Übersetzung abrufbar unter <https://www.japaneselawtranslation.go.jp/ja/laws/view/4314>; <https://www.japaneselawtranslation.go.jp/ja/laws/view/4275> (Gesetz i.d.F. des Gesetzes Nr.37/2021(Part I-III), Nr. 94/2013 (Part IV, V), zuletzt aufgerufen am 7. 3. 2024).

⁶ Ein „Geschäftsgesetz“ hat das unmittelbare Ziel, die Tätigkeit der Gewerbetreibenden zu regeln, und dient dazu, die unternehmerische Freiheit (vgl. Artikel 22 Absatz 1 der japanischen Verfassungsrecht) unter dem Gesichtspunkt des

zifizierte Handelsgeschäfte. Auch das Gesetz gegen ungerechtfertigte Prämien und irreführende Darstellungen 景品表示法⁷ hat eine gewisse Rolle etwa für die Regulierung von Werbung, die sich nachteilig für die Verbraucher auswirken kann.

Das Gesetz über spezifizierte Handelsgeschäfte legt die Regeln zum Schutz der Verbraucher wie z. B. die Bedenkzeit, die der Unternehmer befolgen müssen, oder die Geschäftsarten, die besondere Verbraucherprobleme verursachen können, fest. Dieses Gesetz ist zwar eine Art von Geschäftsgesetz. Aber es regelt nicht bestimmte Geschäftsarten, sondern bestimmte Geschäftsmethoden (Haustürgeschäfte, Fernabsatz, Telemarketing, Kettengeschäfte, bestimmte dauerhafte Dienstleistungen, durch Geschäftsangebote veranlasste Verkaufsgeschäfte und Haustürgeschäfte). Heute sagt man, dass tatsächlich fast die Hälfte aller Verbraucherbefragungen einschließlich der Beschwerden sich auf solche sektorspezifische Geschäftsmethoden beziehen, so dass der Anwendungsbereich dieses Gesetzes größer als anderen sektorspezifischen Gesetze ist.

Darüber hinaus ist das Abzahlungsgesetz, das die Verträge über die sogenannten Kreditkarten usw. regelt, ebenfalls eine Art von Wirtschaftsrecht, aber sein Anwendungsbereich ist ebenfalls allmählich größer, da dieses Gesetz bei verschiedenen Geschäften im Einklang mit der Verbreitung der Kreditverwendung angewendet wird.

2. Organisation

Die hauptsächlichen Akteure sind die Agentur für Verbraucherangelegenheiten 消費者庁⁸, die Verbraucherkommission 消費者委員会⁹, andere Ministerien und Agenturen als die Agentur für Verbraucherangelegenheiten, das Nationale Zentrum für Verbraucherangelegenheiten 国民生活センター¹⁰, die kommunalen Behörden und die dort eingerichteten Zentren für Verbraucherangelegenheiten 消費生活センター.¹¹ Die Verbraucherkommission wurde im Jahre 2009 zusammen mit der Agentur für Verbraucherangelegenheiten eingerichtet. Sie untersucht und berät als dritte, von der Agentur für Verbraucherangelegenheiten unabhängige Organisation wichtige Angelegenheiten wie grundlegende politische Maßnahmen zum Schutz und zur Förderung der Verbraucherinteressen und unterbreitet dem Premierminister, den zuständigen Ministern und dem Kommissar der Agentur für Ver-

Gemeinwohls einzuschränken, indem es für jede Art von Unternehmen Geschäftsanforderungen und andere Anforderungen festlegt.

⁷ *Keihin hyouji-hō* (*Futō keihin-rui oyobi futō hyouji boushi-hō*) (Act against Unjustifiable Premiums and Misleading Representations), Gesetz Nr. 134/1962 i.d.F. des Gesetzes Nr. 29/2023.; engl. Übers. abrufbar unter <https://www.japaneselawtranslation.go.jp/ja/laws/view/2888> (Gesetz i.d.F. des Gesetzes Nr.118/2014), zuletzt aufgerufen am 7.3.2024.

⁸ *Shōhisya-tyō* (Consumer Affairs Agency), engl. Übers. abrufbar unter <https://www.caa.go.jp/en/>, zuletzt aufgerufen am 7.3.2024.

⁹ Consumer Commission, engl. Übersetzung abrufbar unter <https://www.cao.go.jp/consumer/en/e-index.html>, zuletzt aufgerufen am 7.3.2024.

¹⁰ *Kokumin Seikatsu Sentā* (National Consumer Affairs Center of Japan, NCAC), engl. Übers. abrufbar unter https://www.kokusen.go.jp/ncac_index_e.html, zuletzt aufgerufen am 7.3.2024.

¹¹ *Shōhi Seikatsu Sentā* (Local Consumer Affairs Center).

braucherangelegenheiten die verschiedene Vorschläge (Art. 6 Abs. 2 Nr. 1 des Einrichtungsgesetzes der Agentur für Verbraucherangelegenheiten und der Verbraucherkommission) und andere Stellungnahmen. Es handelt sich um eine Organisation, die wichtige Fragen untersucht und berät, wie z. B. die Politik in Bezug auf Abzahlungskäufe und andere Angelegenheiten.

Neben den Gesetzen, die in die Zuständigkeit der Agentur für Verbraucherangelegenheiten fallen, werden einige dieser Gesetze auch von anderen Ministerien mitverwaltet. Zum Beispiel hat das Ministerium für Wirtschaft, Handel und Industrie 経済産業省¹², das für das Abzahlungsgesetz zuständig ist, Abteilungen für Verbraucherangelegenheiten eingerichtet. Auch die Kommission für fairen Handel von der Agentur 公正取引委員会¹³ wird für Verbraucherangelegenheiten mit der Untersuchung von Verstößen gegen das Gesetz gegen ungerechtfertigte Prämien und irreführende Darstellungen beauftragt.

III. Struktur der bargeldlosen Zahlungen

1. Was sind bargeldlose Zahlungen?

Im allgemeinen versteht man unter „Zahlung 決済 (*Kessai*)“ die Übertragung von Geld, d.h. von Bargeld, und die Erfüllung einer Geldverpflichtung. Wenn der Schuldner die Geldverpflichtung erfüllt, erlischt die Forderung (Art. 473 jBGB). Auch Sparguthaben und Girokonten können jederzeit eingelöst oder als Zahlungsmittel verwendet werden. Auch die Einzahlung auf das Sparkonto des Gläubigers ist die Erfüllung einer Geldverpflichtung, und die Forderung erlischt, wenn der Gläubiger das Recht auf Auszahlung erwirbt (Art. 477 jBGB). Der „Abwicklung 清算 (*Seisan*)“ hingegen lässt das durch einen Verkauf oder ein Darlehen gegen Geld entstandene Schuldverhältnis dadurch erlöschen, dass der Käufer oder der Darlehensnehmer seine Geldverpflichtung, hauptsächlich seine Zahlungsverpflichtung erfüllt. Bei einer Zahlung durch Übergabe von Bargeld oder Einzahlung einer Einlage erlischt das Schuldverhältnis jedoch, sobald die Zahlung erfolgt ist, so dass es kaum notwendig ist, die Abwicklung von der Zahlung zu unterscheiden.

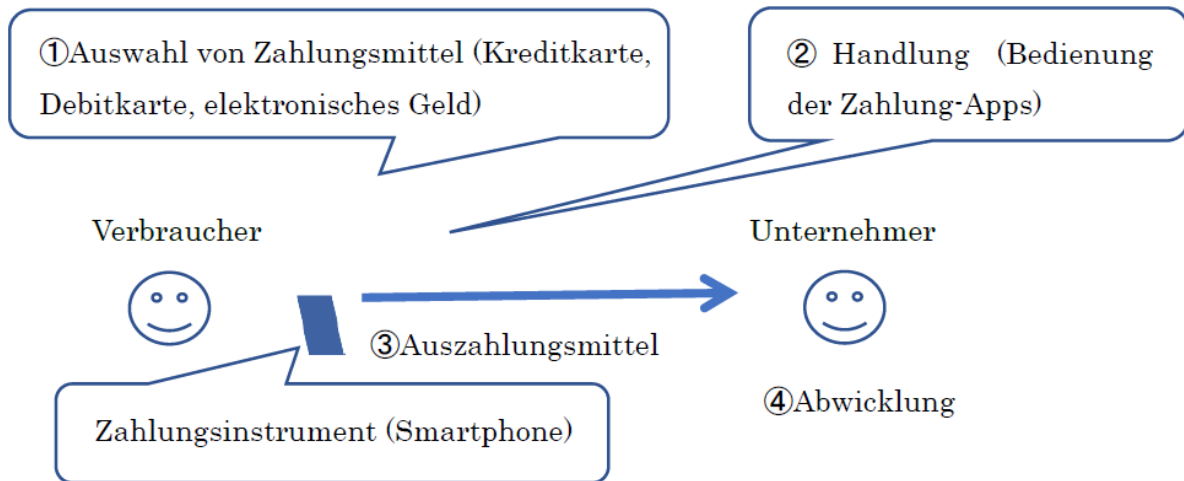
Im Gegensatz dazu erfolgt die Zahlung beispielsweise bei bargeldlosen Zahlungen durch die Aktivierung einer Kreditkarte, einer Debitkarte (die eine sofortige Zahlung aus einer Bankeinlage ermöglicht) oder von elektronischem Geld (Zahlungsmittel) über ein für die Zahlung verwendetes Instrument (Zahlungsinstrument), wie z.B. eine Plastikkarte, ein Smartphone oder einen PC. Die Zahlung ist abgeschlossen, wenn die bestimmte Handlung ausgeführt wird und dies zur Übertragung von etwas wie einer Einlage führt, die dem Gläubiger als Entgelt (Auszahlungsmittel) ausgezahlt wird, und die Abwicklung abgeschlossen ist. Wenn ein Smartphone als Zahlungsinstrument verwendet wird, würde das Zahlungsmittel über eine Zahlungs-Apps ausgewählt, und wenn die Zahlungs-Apps entsprechend

¹² *Keizai Sangyō-tyō* (Ministry of Economy), engl. Übers. abrufbar unter <https://www.meti.go.jp/english/index.html>, zuletzt aufgerufen am 7.3.2024.

¹³ *Kōsei Torihiki Iinkai* (Ministry of Economy), engl. Übers. abrufbar unter <https://www.jftc.go.jp/en/index.html>, zuletzt aufgerufen am 7.3.2024.

bedient wird (Zahlungsvorgang), würde das Zahlungsmittel aktiviert und die Einlage, die das Auszahlungsmittel ist, wird gleichzeitig oder später an die andere Partei übertragen, und die Zahlung wird abgewickelt, um die Zahlung abzuschließen (siehe [Abbildung 1]).

[Abbildung 1] Bargeldlose Zahlungen mit dem Smartphone



Zahlungs-Apps sind Software, die in mobilen Endgeräten wie Smartphones platziert wird und Code-Zahlungen und Touch-Zahlungen erleichtert oder ermöglicht. Dazu gehören (i) Zahlungsplattformen, die gespeicherte Zahlungsinstrumente und Terminals miteinander verbinden (Apple Pay, Google Pay usw.), (ii) diejenigen, die es den Betreibern ermöglichen, ihre eigenen Emittenten von vorausbezahlte Zahlungsmitteln usw. zu registrieren und die Zahlung durch diese zu ermöglichen sowie die über Zahlungsplattformfunktionen verfügen (PayPay, LinePay usw.), (iii) diejenigen, bei denen Telekommunikationsanbieter eine Zahlungsmethode zusammen mit den Telekommunikationsgebühren anbieten (so genannte „Carrier Payments“ (Docomo Pay usw.)), (iv) diejenigen, bei denen Telekommunikationsunternehmen eine Zahlungsmethode zusammen mit den Telekommunikationsgebühren anbieten und als Betreiber von Geldtransferdiensten registriert sind und über Zahlungsplattformen verfügen (auPAY usw.), (v) diejenigen, bei denen Einzahlungstransfers über Bankanwendungen vorgenommen werden können (Japan Post Bank Pay usw.).

2. Bargeldlose Zahlungsarten und ihre Verbreitung

Was die Klassifizierung nach der Zahlungsmethode betrifft, so lassen sich bargeldlose Zahlungen in Vorauszahlungsarten wie vorausbezahltes elektronisches Geld, sofortige Zahlungsarten wie Überweisungen mit Debitkarten, bei denen die Zahlung gleichzeitig mit der Nutzung erfolgt, und aufgeschobene Zahlungsarten wie Kaufgeschäfte mit Kreditkarten einteilen. Vorausbezahltes elektronisches Geld bietet in einigen Formen jedoch auch die Möglichkeit der sofortigen oder aufgeschobenen Zahlung, und Vorauszahlung, sofortige und aufgeschobene Zahlung finden sich auch bei Code-Zahlungen. Bargeldlose Zahlungen

sind eine äußerst bequeme Zahlungsmethode, und ihr Anteil am gesamten Zahlungsverkehr nimmt zu: Der Anteil der bargeldlosen Zahlungen wird 2022 bei 36,0% (111 Billionen Yen) liegen. Die Aufschlüsselung nach Art der bargeldlosen Zahlung zeigt, dass Kreditkarten (30,4%), Debitkarten (1,0%), elektronischen Geld (2,0%) und Code-Zahlungen (2,6%).

IV. Rechtssystem für bargeldlose Zahlungen

Bei einem Kaufvertrag im Präsenzgeschäft kann der Preis nach der tatsächlichen Besichtigung der Ware gezahlt werden (Einrede des nichterfüllten Vertrages, Art. 533 jBGB). Beim Onlinehandel funktioniert hingegen das Recht auf Einrede des nichterfüllten Vertrages nicht, da die Zahlung häufig bereits erfolgt ist, wenn die Waren nicht ankommen oder die Dienstleistungen nicht erbracht werden oder wenn sich die Waren oder Dienstleistungen als nutzlos erweisen. Für den bargeldlosen Zahlungsverkehr gelten vor allem die folgenden Gesetze.

1. Bankgesetz

Das Bankengesetz (BankG) 銀行法¹⁴ gilt für Abbuchungen und Zahlungen von Bankkonten über Debitkarten usw., die als Bankgeschäfte getätigt werden. Das Bankengesetz definiert jedoch Bankgeschäfte (Art. 2 Abs. 2 des BankG) entweder als (i) Annahme von Einlagen und Gewährung von Krediten oder (ii) Durchführung von Devisengeschäften (Überweisungen usw.), und Debitkartenabhebungen und -zahlungen sind lediglich Devisengeschäfte unter Verwendung von Bankeinlagen, ohne besondere Bestimmungen. Für Bankeinlagen gibt es ein Einlagensicherungsgesetz für den Fall der betrügerischen Verwendung von Karten aufgrund von Fälschungen oder Diebstahl. Dieses Gesetz unterscheidet zwischen „gefälschten Karten“, die nie ordnungsgemäß ausgestellt wurden, und „gestohlenen Karten“, bei denen echte Karten gestohlen und in betrügerischer Absicht verwendet werden, und modifiziert die Risikoverteilung gemäß Art. 478 des jBGB (und die Gültigkeit der Ausnahmeklausel, die von seiner Auslegung abhängt). Mit dem Reform des Bankengesetzes von 2022 wurden Bestimmungen für Unternehmen zur Abwicklung des elektronischen Zahlungsverkehrs festgelegt und ein Registrierungssystem für Unternehmen zur Abwicklung des elektronischen Zahlungsverkehrs eingeführt. Mit dem Reform des Bankengesetzes von 2022 wurden Bestimmungen für elektronische Zahlungsabwickler eingeführt und ein Registrierungssystem für elektronische Zahlungsabwickler eingeführt (gültig ab Juni 2023).

¹⁴ *Ginko-hō* (Banking Act), Gesetz Nr. 59/1981 i.d.F. des Gesetzes Nr. 68/2022.; engl. Übersetzung abrufbar unter <https://www.japaneselawtranslation.go.jp/ja/laws/view/4498>, zuletzt aufgerufen am 7.3.2024.

2. Geldabwicklungsgesetz

Das Geldabwicklungsgesetz (GeldabG) 資金決済法¹⁵ (2009 erlassen und im April 2010 in Kraft getreten) regelt elektronisches Geld (karten- und serverbasiert) als eines der „vorausbezahlten Zahlungsmittel“ (Art. 3 Abs. 1 des GeldabG).

Ein vorausbezahltes Zahlungsmittel ist ein Gutschein usw., der für ein Entgelt ausgegeben wird, das dem auf dem Gutschein, dem elektronischen Gerät oder einem anderen Gegenstand oder auf elektromagnetischem Wege angegebenen Betrag entspricht, und der für die Zahlung des Preises verwendet werden kann, wenn (i) Waren gekauft oder Dienstleistungen von einer vom Emittent bestimmten Person usw. durch Vorlage, Lieferung, Mitteilung usw. in Anspruch genommen werden, oder (ii) Waren gekauft oder Dienstleistungen von einer vom Emittent bestimmten Person usw. durch Zahlung des Preises in Anspruch genommen werden (Art. 3 Abs. 1 des GeldabG). Gemeinsame Merkmale von vorausbezahlten Zahlungsmitteln sind, dass (1) das Guthaben im Voraus gekauft (aufgeladen) werden muss, bevor es in Geschäften usw. verwendet werden kann, (2) die Identifizierung des Nutzers durch den Emittenten nicht erforderlich ist, (3) es keine Obergrenze für den Kaufbetrag oder das Guthaben gibt, (4) das Guthaben auf andere übertragen werden kann und (5) die Rückerstattung von nicht verbrauchten Guthaben, die gekauft (aufgeladen) wurden, grundsätzlich verboten ist (Art. 20 Abs. 5 des GeldabG), außer im Falle der Schließung eines Unternehmens usw.

Das Geldabwicklungsgesetz regelt auch die Maßnahmen mit dem Antrag oder der Registrierung, wenn ein Unternehmer die vorausbezahlten Zahlungsmitteln einführen und betreiben wollte. Im 2016 wurde von dem Reform dieses Gesetzes ein System über Beschwerdemanagement für vorausbezahlte Zahlungsmitteln eingeführt (gültig ab April 2017). Die Emittenten von vorausbezahlte Zahlungsmitteln müssen die erforderlichen Maßnahmen für die ordnungsgemäße und rasche Bearbeitung von Beschwerden von Nutzern über die Ausgabe und Verwendung von vorausbezahlte Zahlungsmitteln ergreifen (Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Bearbeitung von Beschwerden, Art. 21-3 des GeldabG). Die Verbreitung von Prepaid-Karten über internationale Marken und die Zunahme von Geschäften, an denen Zahlungsagenten beteiligt sind (siehe III 3 (b) unten), haben jedoch Zweifel daran aufkommen lassen, ob es effektiv genug ist, wenn die Emittenten von vorausbezahlte Zahlungsmitteln selbständig Nachforschungen anstellen, Anweisungen erteilen oder Maßnahmen gegen Endkartenverkäufer ergreifen.

3. Das Abzahlungsgesetz

(a) Was ist die Kreditkaufvermittlung ?

Von besonderer Bedeutung bei Geschäften, die dem Abzahlungsgesetz unterliegen, ist die „Kreditkaufvermittlung“, bei der der Kredit von einem Dritten, also einer anderen Person als dem Verbraucher und dem Unternehmer, vermittelt wird. Die Kreditkaufvermittlung

¹⁵ *Shikin Kessai-hō* (Banking Act), Gesetz Nr. 59/2009 i.d.F. des Gesetzes Nr. 61/2022.; engl. Übersetzung abrufbar unter <https://www.japaneselawtranslation.go.jp/ja/laws/view/4477>, zuletzt aufgerufen am 7.3.2024.

umfasst (i) die „umfassende Kreditkaufvermittlung“ (Art. 2 Abs. 3, Art. 30 bis 35-3 des AbzG) und auch (ii) die „individuelle Kreditkaufvermittlung“ (Art. 2 Abs. 4, Art. 35-3-2 bis 35-3-35 des AbzG). Im Abzahlungsgesetz sind die Kreditkartenunternehmen als „umfassende Kreditkaufvermittlung“ definiert. Die Verwendung von Kreditkarten und anderen Zahlungsmitteln basiert auf der Verwendung von Kreditkarten. Es gibt sowohl auf Plastikkarten basierende Abrechnungen als auch kartenlose Abrechnungen, bei denen eine ID-Nummer und ein Passwort vergeben und verwendet werden (Art. 2 Abs. 3 des AbzG). Es gibt auch solche, bei denen die Zahlungsfunktionen nicht mit Karten, sondern mit Smartphones verbunden sind, die ebenfalls in die Methode der Zuweisung einer Nummer oder eines Symbols einbezogen werden (im Folgenden zusammenfassend als „Karten usw.“ bezeichnet). Im Fall von (ii) wird beim Kauf von Waren oder der Nutzung von Dienstleistungen gegen Entgelt jedes Mal ein Ersatzzahlungsvertrag mit dem Verbraucherkreditunternehmen geschlossen. Sowohl (i) als auch (ii) fielen früher unter das Abzahlungsgesetz, wenn sie die „Frist- und Ratenerfordernisse für die Zahlung“ erfüllten (zwei Monate oder mehr bzw. drei oder mehr an Zahlungen), aber seit dem Reform von 2008 unterliegen kurzfristige Zahlungen, bei denen die vereinbarte Zahlungsfrist (im Falle von (i), die vereinbarte Frist, bis das Mitglied die Karte verwendet und das Kreditkartenunternehmen bezahlt) weniger als zwei Monate beträgt, nun ebenfalls dem Gesetz (einschließlich „*monthly clear*“, bei dem die Zahlung in einem Pauschalbetrag im kommenden Monat erfolgt). Das Abzahlungsgesetz definiert dies als „zweimonatliche Zahlungskaufvermittlung“. Das Gesetz wendet auch bestimmte Bestimmungen auf kurzfristige Zahlungen an (Art. 35-16 des AbzG).

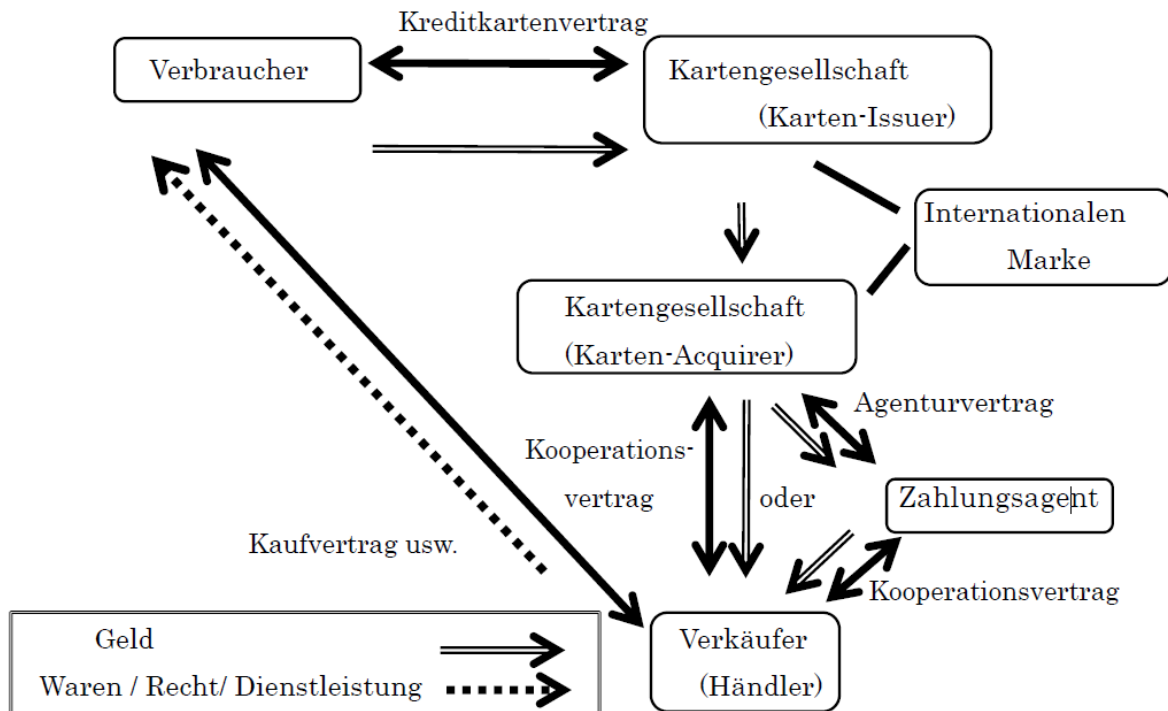
(b) Mechanismus von Kreditgeschäften mit Kreditkartenzahlungen

Bei Kreditgeschäften mit Kreditkartenzahlungen muss es eine Stelle geben, die Kreditkarten ausgibt („Karten-Issuer“). Darüber hinaus muss es eine Geschäftsstelle geben, die Händler und Dienstleister (nachfolgend: Händler) entwickelt, die von einem Karten-Issuer ausgegebene Kreditkartenzahlungen einführen, einschließlich eines Karten-Acquirers, der auch als „Ersatzzahlungsstelle“ fungiert. Bei diesen Unternehmen können die Verbraucher einen Karteninhabervertrag mit einem Karten-Issuer abschließen, um als ein Mitglied des Karten-Issuer Waren zu kaufen oder Dienstleistungen vom Verkäufer usw. zu erhalten, und der Verbraucher bezahlt den Karten-Acquirer für die Waren oder Dienstleistungen, indem er den Preis im Nachhinein bezahlt.

Es sind die „internationalen Marken“, wie z.B. VISA oder Master usw., die die elektronischen Zahlungsnetze aufbauen und betreiben, die die grenzüberschreitende Verwendung von Kreditkarten ermöglichen. Die internationalen Marken gehen Partnerschaften mit nationalen und internationalen Kreditkartenunternehmen ein, die ihrerseits ihre eigenen Händler „öffnen“ und es ihnen ermöglichen, die Händler der anderen zu nutzen. So können Verbraucher beispielsweise mit Kreditkarten inländischer Kreditkartenunternehmen bei Händlern im Ausland bezahlen. Auf diese Weise entstehen durch internationale Marken Vier-Wege-Geschäfte, bei denen die Rollen der Kartenausgabe und der Händlerentwicklung von getrennten Geschäftseinheiten, dem Karten-Issuer und dem Karten-Acquirer,

wahrgenommen werden. Darüber hinaus kann ein Geschäftsbetreiber (Zahlungsagent) im Namen des Karten-Acquirers tätig werden, indem er einen Rahmenvertrag oder eine andere Vereinbarung mit dem Karten-Acquirer abschließt, um Händler in seinem Namen zu prüfen und zu verwalten (siehe [Abbildung 2]).

[Abbildung 2] Internationalen Marke und Kreditkaufvermittlung



In Anbetracht der oben erwähnten Rollenteilung zwischen Karten-Issuer und Karten-Acquirern und der zunehmenden Zahl von Fällen, in denen Abrechnungsstellen zwischen Karten-Acquirern und Kartenhändlern vermitteln, wurde mit dem Reform von 2016 die bestehende Verpflichtung zur angemessenen Bearbeitung von Beschwerden von Karten-Issuer auf Karten-Acquirer übertragen (Art. 35-5-2 des AbzG). Es ist von dem Reform festgelegt, auch dass Karten-Acquirer und einige Zahlungsagenten als Unternehmen definiert werden, mit denen Vereinbarungen über die Behandlung von Kreditkartennummern geschlossen werden, und führt die Verpflichtung zur Registrierung (Art. 35-17-2 des AbzG) und die Verpflichtung zur Untersuchung und zum Ergreifen von Maßnahmen gegen Mitgliedsgeschäfte (Art. 35-17-8 des AbzG) ein. In dem Reform von 2008 wurde auch eine Verpflichtung für Kreditkartenunternehmen zur ordnungsgemäßen Verwaltung von Kartennummern usw. festgelegt (Art. 35-16 des AbzG), und in dem Reform von 2016 wurden die Kartenhändler den oben genannten Verpflichtungen unterworfen (Art. 35-17-8 des AbzG). Dahinter steht der Gedanke, dass es für Betreiber, die in direkter Geschäftsbeziehung zu Kartenhändlern stehen, effektiver ist, Nachforschungen anzustellen, Anleitungen zu geben und Maßnahmen gegen sie zu ergreifen. Für nicht registrierte Zahlungsverkehrsagenten ist es jedoch schwierig, solche Kartenhändler effektiv zu verwalten, so dass ein effektiveres Systemdesign erforderlich ist.

(c) Einwendungsdurchgriff

Bei Geschäften, an denen drei Parteien beteiligt sind, nämlich der Verkäufer, das Kreditkartenunternehmen und der Verbraucher, wie z. B. bei Kreditkartengeschäften, werden die Interessen des Verbrauchers stark beeinträchtigt, selbst wenn die Gültigkeit des Kaufvertrags für den Fall verneint wird, dass die Qualität der Ware nicht den Vertragsbedingungen entspricht. Wenn dies keine Auswirkungen auf den Karteninhabervertrag zwischen dem Verbraucher und dem Kreditkartenunternehmen hat, werden die Interessen des Verbrauchers erheblich beeinträchtigt. In der Vergangenheit war beispielsweise umstritten, ob der Verbraucher in dem Karteninhabervertrag zwischen ihm und dem Kreditkartenunternehmen das Vorliegen eines Grundes für die Zahlungsverweigerung gegenüber dem Verkäufer geltend machen (einwenden) kann. Die Gesetzesnovelle von 1984 sah die Verbindung von Einreden bei der individuelle Kreditkaufvermittlung unter der Prämisse vor, dass es sich bei Kaufvertrag und Ersatzzahlungsvertrag um rechtlich getrennte Verträge handelt (Art. 30-4 des früheren AbzG), aber die Rechtsprechung vor der Novelle von 1984 vertrat die Auffassung, dass die Verbindung von Einreden auch bei Geschäften, auf die der Artikel nicht anwendbar war, d.h. nicht ohne weiteres zulässig war. Vor der Novellierung im selben Jahr vertrat das Gericht jedoch die Auffassung, dass die Verbindung von Einreden auch bei Geschäften, die nicht unter denselben Artikel fallen, nicht selbstverständlich ist (Oberster Gerichtshof, 20. Feb. 1990, HANREI JIHO Nr. 1354, S. 76). Der Gesetzgeber hat jedoch inzwischen solche „Verteidigungsverbindungen“ in größerem Umfang zugelassen (z.B. Art. 30-4, Art. 35-3-19 des AbzG).

(d) Anspruch auf Rückerstattung bereits gezahlter Beträge

Es stellt sich die Frage, ob Verbraucher bereits gezahlte Beträge zurückfordern können: Nach dem Reform von 2008 ist es in bestimmten Fällen, die unter die individuelle Kreditkaufvermittlung fallen, zulässig, bestehende Zahlungsansprüche durch Widerruf des Ersatzzahlungsvertrags (Art. 35-3-10 und Art. 35-3-11 des AbzG), Rücktritt beim Überverkauf (Art. 35-3-12 des AbzG) oder Anfechtung wegen Täuschung (Art. 35-3-13 bis 35-3-16 des AbzG) „zurückzugeben“. Hingegen wird bei der umfassenden Kreditkaufvermittlung das Recht, bestehende Zahlungen zurückzufordern, nicht anerkannt. Das Gleiche gilt für *monthly clear*, das keinen ausreichenden Schutz für die Nutzer bietet. Internationale Marken dürfen jedoch eine selbstständigen Streitbeilegungsregelung, das so genannte „*Chargeback-System*“, anwenden. Fällt eine Beschwerde eines Kartennutzers unter die von der internationalen Marke festgelegten Gründe für eine Rückbuchung, fordert der Karten-Issuer den Karten-Acquirer auf, den Sachverhalt beim Händler usw. zu bestätigen, und wenn der Karten-Acquirer nicht innerhalb einer bestimmten Frist antwortet, dass die Beschwerde nicht unter die Gründe für eine Rückbuchung fällt, ist der Karten-Issuer verpflichtet, dem Kartennutzer den Betrag der Rückbuchung zu zahlen. Erhält der Karten-Acquirer innerhalb einer bestimmten Frist keine Antwort des Händlers, werden die Kreditkartengeschäfte storniert.

V. Probleme mit dem Rechtssystem für bargeldlose Zahlungen

Im Lichte der obigen Betrachtung lässt sich feststellen, dass erstens die derzeitige Gesetzgebung zum bargeldlosen Zahlungsverkehr in Japan auf eine punktuelle Regulierung bestimmter Geschäftsformen und Zahlungsarten beschränkt ist. Darüber hinaus gibt es viele bargeldlose Zahlungsmethoden, die von der aktuellen Gesetzgebung nicht abgedeckt werden, wie z. B. Carrier Payments. Zweitens spielen die Betreiber von Plattformen, die von der Vermarktung über die Logistik bis hin zur Abrechnung für alles verantwortlich sind, ebenfalls eine wichtige Rolle beim Onlinehandel (z. B. III 1 (i), (ii) und (iv) oben).

In den letzten Jahren haben auch die Treuhandabwicklungen (*escrow payment*) bei C2C-Geschäften zugenommen. Die Treuhandabwicklungen beseitigen die Bedenken beider Parteien hinsichtlich der Zahlung, indem sie die „gleichzeitige Erfüllung“ zwischen Verkäufer und Käufer sicherstellen können. Diese Sicherheit für Zahlungen wird auch bei bargeldlosen Zahlungen verstärkt angestrebt. Durch die Kombination mehrerer Zahlungsmethoden innerhalb derselben Zahlungs-App ist es außerdem möglich, eine Kreditkarte und elektronisches Geld in einer Zahlungs-App zu hinterlegen, diese mit einer Kreditkarte aufzuladen und in einem Geschäft oder an einem anderen Ort mit elektronischem Geld zu bezahlen. Auf diese Weise wird der bargeldlose Zahlungsverkehr beim Onlinehandel diversifiziert und vielschichtig, da der komplexe Mechanismus die Kombination mehrerer Zahlungsmethoden (z. B. elektronischen Geld, Debitkarten, Kreditkarten) über Zahlungs-Apps ermöglicht, sogar für dieselbe Zahlung mit einem Smartphone. Die Verbraucher als Nutzer können sich des Eindrucks nicht erwehren, dass die Verantwortlichkeiten der verschiedenen an solchen Zahlungen beteiligten Akteure unklar sind.

Es bedarf einer detaillierteren rechtlichen Regelung, um sicherzustellen, dass die Nutzer sicher durch bargeldlose Zahlungen bezahlen können. So muss beispielsweise die Anwendung der zivilrechtlichen Vorschriften des Abzahlungsgesetzes ausgeweitet werden, einschließlich *monthly clear*. Darüber hinaus wurden bereichsübergreifende Rechtsvorschriften für jede Zahlungsmethode vorgeschlagen, die derzeit geprüft werden.

Selbst wenn ein Verbraucher bei Vier-Wege-Geschäften Waren usw. von einem böswilligen Verkäufer usw. erwirbt und einen Schaden erleidet, kennt er nur selten die Kontaktdaten usw. des Acquirers, der einen solchen Verkäufer usw. verwaltet, oder seiner Zahlstelle, und die einzige Möglichkeit, den Schaden zu melden, ist schließlich der Kartenaussteller, der die Karte ausgegeben hat. Das Problem ist, dass es keine andere Möglichkeit gibt, als den Kartenaussteller über den Schaden zu informieren. Die Kreditkartenunternehmen sollten gehalten sein, die Händler ordnungsgemäß zu verwalten, um zu verhindern, dass ein unzuverlässiger Verkäufer als Händler von der Kreditkartenunternehmen anerkannt werden.

In dieser Hinsicht sind daher aus der Sicht der Nutzer, Verbraucherinnen und Verbraucher, weitere Untersuchungen über diesen bargeldlosen Zahlungsverkehr erforderlich.

Teil III
Strafrecht

Part III
Criminal Law

Verkehrsstrafrechtliche Probleme automatisch gesteuerter fahrerloser Fahrzeuge

HIROKI YAMASHITA*

I. Einleitung

Wenn wir heute hier in Japan zusammentreffen, haben wir für das Coronavirus (Covid-19) nur noch wenig Interesse. Aus demselben Grund sind viele Leute auch wieder mit dem Auto unterwegs. Darüber hinaus werden per Lkw immer mehr Waren transportiert, die z.B. über Internet (am berühmtesten ist Amazon) verkauft werden, weil sich unsere Lebensweise unter dem Einfluss des Coronavirus ziemlich geändert hat. Deswegen gewinnen die Verkehrsdienstleistungen in der Post-Covid-Gesellschaft zunehmend Bedeutung, und ist es eine wichtige Aufgabe, dass die Zahl der Leute, die als Kraftfahrzeugfahrer arbeiten, vergrößert wird. Unter diesen Umständen will man die Idee verwirklichen, dass fahrerlose autonome Fahrzeuge, die im Notfall selbst über das Manöver entscheiden, aber nur innerhalb eines begrenzten Bereichs fahren können (sog. SAE Stufe 4), statt menschlicher Fahrer Menschen und Waren transportieren¹.

Angesichts der schnellen Entwicklung auf dem Gebiet der Künstlichen Intelligenz und der Ausrüstung der Fahrzeuge können die automatisierten oder autonomen Fahrzeuge rein technisch gesehen auf öffentlichen Straßen fahren, und zwar fahrerlos. Solche Fahrzeuge darf man jedoch auf öffentlichen Straßen nicht eigenmächtig einsetzen, weil ihr Einsatz

* Associate Professor Dr. *Hiroki Yamashita*, Kokugakuin Universität, Tokio.

¹ 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 [Stand: 17.03.2024]).

auf öffentlichen Straßen der Konvention (oder dem Übereinkommen) über den Straßenverkehr, die der jeweilige Staat ratifiziert hat, entsprechen muss.

In Deutschland ist das Straßenverkehrsgesetz im Jahr 2021 geändert worden, seither dürfen fahrerlosen autonomen Fahrzeuge auch auf öffentlichen Straßen fahren². Darüber hinaus hat sich das Wiener Übereinkommen über den Straßenverkehr (WÜ), das Deutschland ratifiziert hat, 2022 geändert. Konkret gesagt: Mit der Einführung von Art. 34^{bis} ist es nun gleichgültig, ob ein Fahrzeug eine natürliche Person als Fahrer hat³.

Das Straßenverkehrsgesetz hat sich 2022 auch in Japan geändert, seither dürfen auch fahrerlose autonome Fahrzeuge auf öffentlichen Straßen fahren⁴. Die Genfer Konvention, die Japan ratifiziert hat, hat allerdings keine Vorschrift wie Art. 34^{bis} WÜ. Deshalb ist es im Rahmen der Genfer Konvention noch unklar, ob ein Fahrzeug eine natürliche Person als Fahrer haben muss. Dementsprechend ist zu überlegen, ob das geänderte japanische Straßenverkehrsgesetz der Genfer Konvention entspricht oder nicht.

In diesem Beitrag möchte ich zunächst über das gerade angesprochene Problem nachdenken: Entspricht das japanische Straßenverkehrsgesetz (jStVG) der Genfer Konvention? Danach prüfe ich die neuen Vorschriften im japanischen Straßenverkehrsgesetz, die bei der Änderung eingeführt wurden, und schließlich möchte ich die Hausaufgabe, die der Gesetzgeber hier noch zu erledigen hat, herausarbeiten.

II. Gesetz zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes vom 2022 in Japan

1. Entspricht das japanische Straßenverkehrsgesetz der Genfer Konvention über den Straßenverkehr?

Anders als Deutschland, das das Wiener Übereinkommen über den Straßenverkehr (WÜ) ratifiziert, ratifiziert Japan die Genfer Konvention über den Straßenverkehr. Die Genfer Konvention hat keine dem Art. 34^{bis} WÜ vergleichbare Vorschrift, sodass man hier noch die Frage lösen muss, die das Wiener Übereinkommen schon bewältigt hat, nämlich, ob eine natürliche Person als Fahrer ein Fahrzeug steuern oder beherrschen muss.

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 autonome Fahrzeugsystem ein Fahrzeug selbst steuern oder beherrschen können, und die künstliche Intelligenz oder das autonome Fahrzeugsystem daher nicht als Fahrer in Genfer

² 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.

³ Vgl. *T. Imai*, IATSS Review Vol. 47 No. 3 (2023), 29 (32).

⁴ Zur Änderung des japanischen Straßenverkehrsgesetzes *T. Hikasa*, SOUSA KENKYU Vol. 858 (2022), 25 ff.; *S. Hoshi*, Tokyo Metropolitan University Journal of Law and Politics Vol. 63 No. 1 (2022), 93 ff.

Konvention gelten kann⁵. Dabei soll eine natürliche Person als Fahrer mit dem Lenkrad und dem Bremspedal ein Fahrzeug lenken.

Es wird jedoch inzwischen angenommen, dass eine solche Auslegung nicht zwingend ist. Man kann diese Normen auch so auslegen, dass ein Fahrer das Fahrzeug mit dem autonomen Fahrzeugsystem „steuert“ und „beherrscht“, indem er es überwacht und nötigenfalls zur Sicherheit für die anderen Verkehrsteilnehmer seinerseits in die Bewegung des Fahrzeugs eingreift, auch wenn das autonome Fahrzeug selbständig auf öffentlichen Straßen fährt⁶. Mit anderen Worten: Eine natürliche Person kann man als Fahrer ansehen, soweit sie über die Bewegung des autonomen Fahrzeugs letztlich entscheiden kann. Diese Auslegung gilt auch bei einem Fahrzeug, das im Notfall selbstständig fährt. Denn dies bedeutet lediglich, dass eine natürliche Person auch im Notfall in die Lenkung des autonomen Fahrzeugs *nicht eingreifen muss*. Zudem kann man die genannten Normen auch dahingehend auslegen, dass ein Fahrzeug nicht von innen steuern muss, sondern auch von außen lenken darf, da die Genfer Konvention den Ort des menschlichen Fahrers nicht bestimmt. Danach dürfen fahrerlos autonome Fahrzeuge insofern auf öffentlichen Straßen in Staaten, die wie Japan die Genfer Konvention ratifiziert haben, fahren, als eine natürliche Person als Fahrer die Bewegung derartiger Fahrzeuge (auch von außen) letztlich bestimmen kann⁷.

Trotzdem unterscheidet § 2 Nr. 17 jStVG ausdrücklich „Fahrer“ von den Personen, die sich mit dem Betrieb der fahrerlosen autonomen Fahrzeuge beschäftigen. Zudem spricht das Gesetz davon, dass dieser Betrieb nicht unter „Fahren“ subsumiert werden. Dabei verstößt das japanische Straßenverkehrsgesetz auf den ersten Blick gegen die Genfer Konvention, die fordert, dass ein Fahrzeug eine natürliche Person als Fahrer haben muss und diese es steuert⁸.

Allerdings verpflichtet das japanische Straßenverkehrsgesetz eine natürliche Person, die (wie die technische Aufsicht in Deutschland) die autonome Fahrfunktion „überwachen“ muss, im Notfall zur Ausschaltung von der autonomen Fahrfunktion für die Sicherheit der anderen Verkehrsteilnehmer (§ 75-21 Abs. 1 jStVG). Diese natürliche Person entscheidet also endgültig über das Manöver des fahrerlosen autonomen Fahrzeugs. Deshalb passt sich das japanische Straßenverkehrsgesetz insofern der Genfer Konvention an, und daher dürfen fahrerlose autonome Fahrzeuge auch in Japan auf öffentlichen Straßen fahren.

⁵ Die künstliche Intelligenz könne als Fahrer angesehen wird, behauptet dagegen *T. Imai*, KENSYU Vol. 840 (2018), 3 (13).

⁶ Dazu schon *H. Yamashita*, Nomos No. 45 (2019), 95 (103 f.).

⁷ Dazu *H. Yamashita*, Zum Gesetz zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes in Deutschland, in: T. Ishii (Hrsg.), AI-Robotik und Strafrecht, 2021, S. 221 ff.

⁸ So *T. Imai*, IATSS Review Vol. 47 No. 3 (2023), 29 (32 ff.).

2. Der Überblick über das Gesetz zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes vom 2022 in Japan

a) Das Gesetz ermöglicht die Fahrt mit dem fahrerlosen autonomen Fahrzeug auf der öffentlichen Straße

Nach dem japanischen Straßenverkehrsgesetz muss das fahrerlose autonome Fahrzeug im Notfall sich selbst in einen risikominimalen Zustand versetzen. Zudem braucht die natürliche Person das fahrerlose autonome Fahrzeug (nicht das Fahrsystem!) und den Verkehrszustand nicht zu überwachen, solange dieses auf der begrenzten öffentlichen Straße fährt (§ 2 Abs. 1 Nr. 17-2). Das japanische Straßenverkehrsgesetz erlaubt dem in SAE Stufe4 eingestuften Fahrzeug die Fahrt auf der öffentlichen Straße.

b) Die Pflichten der sich mit dem Betrieb vom fahrerlosen autonomen Fahrzeug beschäftigende Personen

Wie schon oben gesagt, unterscheidet das japanische Straßenverkehrsgesetz „Fahrer“ von den Personen, die sich auf andere Weise mit dem Betrieb von fahrerlosen autonomen Fahrzeugen beschäftigen: der Unternehmer, der das Fahrzeug mit autonomer Fahrfunktion verwendet, die Person, die diesen Betrieb tatsächlich ausführt, und die Person, die bei einem Verkehrsunfall zum Unglücksort eilen muss. Das Gesetz legt diesen Personen jeweils besondere Pflichten auf. In diesem Abschnitt behandle ich die Pflichten derjenigen Person, die das fahrerlose autonome Fahrzeug in Betrieb nimmt.

§ 75-20 Abs. 1 Nr. 1 jStVG betrifft Personen, die – wie die technische Aufsicht in Deutschland – außerhalb des Fahrzeugs für den Betrieb des fahrerlosen autonomen Fahrzeugs verantwortlich sind. § 75-20 Abs. 1 Nr. 2 geht von einer solchen Person innerhalb des Fahrzeugs aus. Der Inhalt der jeweiligen Pflichten hängt vom Ort dieser Person ab.

(1) Die Überwachungspflicht zum Zustand der fahrerlosen autonomen Fahrfunktion

Nach § 75-21 Abs. 1 jStVG ist die Person bei § 75-20 Abs. 1 Nr. 1 verpflichtet, den Zustand der autonomen Fahrfunktion des fahrerlosen Fahrzeugs zu überwachen und diese Funktion auszuschalten, wenn sich eine Situation ergibt, in der das autonome Fahrsystem nicht mehr funktionieren kann. Daher muss diese Person dem Verkehrszustand keine Aufmerksamkeit schenken und das Lenkrad und das Bremspedal des Fahrzeugs nicht bedienen⁹.

Demgegenüber ist es unklar, ob die Person auch im Falle des § 75-20 Abs. 1 Nr. 2 eine solche Überwachungspflicht hat. Denn § 75-20 Abs. 1 Nr. 2 jStVG, der die Pflicht der Unternehmer bestimmt, sagt nur, dass der Unternehmer eine Person innerhalb des autonomen Fahrzeugs aufstellen muss, um die Pflichten nach § 75-23 Abs. 3 (also die Hilfeleistungspflicht und die Pflicht, zugunsten der anderen Verkehrsteilnehmer die Gefahr auf der Straße zu beseitigen) und andere nötige Aufgaben erfüllen zu lassen. Dies kann man

⁹ Vgl. dazu das Protokoll des Kabinettsausschusses im japanischen Oberhaus: <https://kokkai.ndl.go.jp/simple/disppdf?minId=120814889X00920220412> (Stand: 18.03.2024).

möglicherweise so auslegen, dass die Überwachungspflicht unter „andere nötige Aufgaben“ subsumiert wird. Doch erscheint mir diese Auffassung unangemessen, weil § 75-21 Abs. 1 jStVG die Adressaten der Überwachungspflicht ausdrücklich auf die Person beschränkt, die von außen die Fahrzeuge beobachten muss. Die Person innerhalb des fahrerlosen autonomen Fahrzeugs ist deshalb zur Überwachung der autonomen Fahrfunktion nicht verpflichtet.

Angesichts der an der Überwachung der Fahrfunktion orientierten Pflicht erscheint denkbar, dass die von außen das fahrerlose autonome Fahrzeug beobachtende Person kein Führerschein haben muss, weil diese Person nach dem japanischen Straßenverkehrsgesetz sich ausdrücklich vom „Fahrer“ unterscheidet, der selbst das Fahrzeug zu kontrollieren (und deshalb auf den Verkehrszustand zu achten) und damit die Pflicht von Sicherheit der anderen Verkehrsteilnehmer zu erfüllen haben. Zur Fahrerlaubnis hinsichtlich eines fahrerlosen autonomen Fahrzeugs sagt das Gesetz nichts.

(2) Die Pflichtenlage beim Verkehrsunfall

Durch § 72 Abs. 1 jStVG wird der Fahrer, der das Fahrzeug ohne die autonome Fahrfunktion steuert, bei einem Verkehrsunfall zur Rettung anderer verletzter Verkehrsteilnehmer und zur Beseitigung der Gefahren auf der Straße verpflichtet (die Hilfeleistungspflicht und die Gefahrenbeseitigungspflicht). Normalerweise ist dieser Fahrer dabei anwesend und damit besteht keine Schwierigkeit, dass er diese Pflichten erfüllt.

Im Gegensatz dazu hat die Person, die das fahrerlose autonome Fahrzeug von außen überwacht, keine Möglichkeit, diese Pflichten zu erfüllen, weil diese Person beim Verkehrsunfall gar nicht unmittelbar anwesend ist¹⁰. Sie wird daher durch § 75-23 Abs. 1 jStVG dazu verpflichtet, Rettungskräfte zu informieren und dafür zu sorgen, dass jemand am Unfallort Gefahren für andere Verkehrsteilnehmer beseitigt. Anders als die Person, die das fahrerlose autonome Fahrzeug *von außen* überwacht, hat eine Person *innerhalb* dieses Fahrzeugs nach § 75-23 jStVG eine Hilfeleistungs- und Gefahrenbeseitigungspflicht. Ist dieser Unterschied legitimierbar?

Es ist eine mögliche Auffassung, dass es beim Betrieb des fahrerlosen autonomen Fahrzeugs zwei Aufgaben gibt: einerseits die Situation der autonomen Fahrfunktion zu überwachen (und gegebenenfalls diese Funktion zu abschalten), andererseits am Unfallort verletzte Verkehrsteilnehmer zu retten und Gefahren für andere Verkehrsteilnehmer zu beseitigen. Diese zweite Aufgabe hat auch ein Fahrer, der das Fahrzeug ohne autonome Fahrfunktion steuert. Dies bedeutet, dass die zur Hilfeleistung und Gefahrenbeseitigung verpflichtete Person – im Unterschied zu der Person, die die autonome Fahrfunktion zu überwachen hat – den Führerschein machen muss. Dieser Unterschied beeinflusst möglicherweise den Inhalt der Pflichten derjenigen Person, die von außen mit dem Betrieb des fahrerlosen autonomen Fahrzeugs befasst ist, und derjenigen Person, die sich damit von innen beschäftigt.

¹⁰ Schon H. Yamashita, Chiba journal of law and politics Vol. 32 No. 1=2 (2017), 112 (130).

III. Fazit

Das japanische Straßenverkehrsgesetz hat folgende Probleme: (1) das Gesetz könnte gegen die Genfer Konvention über den Straßenverkehr verstoßen, weil das Gesetz die Person, die sich mit dem fahrerlosen autonomen Fahrzeug beschäftigt, nicht als „Fahrer“ ansieht und das autonom fahrende Fahrzeug daher definitionsgemäß keinen Fahrer hat, (2) eine Pflicht, den Zustand der autonomen Fahrfunktion zu überwachen, besteht nur für die Person, die das fahrerlose autonome Fahrzeug – wie die technische Aufsicht in Deutschland – von außen beobachtet; (3) die Pflicht, verletzten Menschen am Unfallort Hilfe zu leisten (und Gefahren für andere Verkehrsteilnehmer zu beseitigen), hat dementsprechend nur die Person, die innerhalb des fahrerlosen autonomen Fahrzeugs den Betrieb ausführt, und (4) es ist noch unklar, ob die mit dem Betrieb des fahrerlosen autonomen Fahrzeugs befasste Person den Führerschein machen muss; das gilt insbesondere für die dieses Fahrzeug von außen überwachende Person.

Zur Hilfeleistung mag die Person, die das fahrerlose autonome Fahrzeug von außen überwacht, in der Sache verpflichtet sein, weil das japanische Straßenverkehrsgesetz für den Verstoß gegen die Pflicht, Rettungskräfte zu informieren, die gleiche Strafe (nämlich Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe bis zu ¥500.000) vorsieht wie für die Verletzung der Hilfeleistungspflicht (§ 117 Abs. 3 jStVG). In Hinsicht darauf, dass die Rettungskräfte am Unfallort die verletzten Menschen retten müssen, kann man das so auslegen, dass die Pflicht zur Meldung des Unfalls zugleich die Hilfeleistungspflicht enthält.

Der Umstand, dass das japanische Gesetz die von innen mit dem Betrieb des fahrerlosen autonomen Fahrzeugs beschäftigte Person deutlich nicht verpflichtet, den Zustand der autonomen Fahrfunktion zu überwachen, führt zu der schwierigen Frage, wer für einen Verkehrsunfall verantwortlich ist, der durch ein nicht überwachtes Fahrzeug verursacht wird. Denn am Betrieb eines fahrerlosen autonomen Fahrzeugs sind mehrere Personen beteiligt, daher stellt sich auch für mehrere Personen die Frage der Zurechnung des Erfolges¹¹. Zudem ist es fraglich, ob die Gesellschaft bereit ist, fahrerlose autonome Fahrzeuge ohne Aufsicht zu akzeptieren.

In Bezug auf den Führerschein gibt es zwar die von der Behörde für Verkehrssicherheit erstellte Richtlinie, die von den mit dem Betrieb des fahrerlosen autonomen Fahrzeugs beschäftigten Personen den Führerschein für Berufskraftfahrer verlangt, den z.B. Taxifahrer, Busfahrer und LKW-Fahrer machen müsse¹². Nach dieser Richtlinie müssen alle mit dem Betrieb beschäftigte Personen diesen besonderen Führerschein machen. Dabei diskutiert man jedoch erneut, ob man das fahrerlose autonome Fahrzeug als Privatwagen verwenden kann oder nicht. Zwar nimmt man an, dass Unternehmer die fahrerlosen autonomen Fahrzeuge hauptsächlich für die Personenbeförderung im Massenverkehr oder für den Transport von Waren verwenden, doch beschränkt das japanische Straßenverkehrsgesetz die

¹¹ Dazu schon umfassend *H. Yamashita*, *Nomos* No. 45 (2019), 95 ff.

¹² Dazu die Richtlinie von Road Transport Bureau of Ministry of Land, Infrastructure and Transport: <https://www.mlit.go.jp/common/001295527.pdf> (Stand: 17.03.2024).

Verwendungsweise nicht eindeutig hierauf. Meiner Ansicht nach muss die Person, die vor allem von innen den Betrieb ausführt, deshalb keinen Führerschein für Berufskraftfahrer haben. Schon länger hat man auf die Notwendigkeit hingewiesen, das Führerschein-System im Hinblick auf fahrerlose autonome Fahrzeuge zu ändern¹³. Dennoch fehlt dem Gesetzgeber die Einsicht dafür.

In Japan werden fahrerlose autonome Fahrzeuge derzeit noch nicht zugelassen und daher fahren diese Fahrzeuge auch noch nicht auf öffentlichen Straßen. Der Gesetzgeber hat deswegen noch etwas Zeit, um hier seine Hausaufgaben zu machen.

¹³ Schon *M. Takumi*, Issues on Road Traffic Law over Autonomous Driving, in: Trends and Issues of Autonomous Driving Technology, 2018, 79 (89 ff.).

Solidarische Körper?

ANDREAS POPP*

Ob die Corona-Pandemie im materiellen deutschen Strafrecht dauerhafte Spuren hinterlassen (oder gar einen *Transformationsprozess* angestoßen) hat, ist derzeit noch nicht ganz absehbar. Gewiss: Bei den Fälschungsdelikten sind einige Umbau-Maßnahmen zu notieren, die das Ziel hatten, den Nachweis durchgeführter Impfungen strenger als bisher gegen bestimmte Täuschungsmanoeuver abzusichern.¹ Eben deshalb haben sie *postpandemisch* (hoffentlich) keine allzu große praktische Bedeutung mehr; unsere Aufmerksamkeit verdienen sie heute also nicht. Beiseite lassen möchte ich hier auch die bedenkliche Tendenz mancher Strafverfolgungsbehörden, öffentlich geäußerten Protest gegen bestimmte staatliche Corona-Maßnahmen allzu rasch – und dann auch noch unter dem Stichwort „Hasskriminalität“ – zu verfolgen, sobald die Kritik sich auf (geschmacklose und in jeder Hinsicht unangemessene) Vergleiche mit Geschehnissen unter dem früheren Unrechtsregime der Nationalsozialisten stützt.² Denn was dies für *künftige* politische Auseinandersetzungen in der „Post-Covid-Gesellschaft“ (und überhaupt für die weitere Entwicklung des Äußerungsstrafrechts, nicht zuletzt im Internet) bedeutet, lässt sich einstweilen nur mutmaßen; Potential für gesellschaftliche Konflikte – mit mäßiger Aussicht auf Konsens – gibt es unter den Stichworten „Klima“, „Wirtschaft“, „Migration“ und „Krieg“ auf jeden Fall genug.

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

Der hier wiedergegebene Text entspricht (von geringfügigen Ergänzungen abgesehen) dem am 3.11.2023 in Osaka gehaltenen Vortrag. Seine Überschrift stimmt (zufällig) überein mit der eines (nicht minder lesenswerten) Kapitels in: *Jule Govrin*, Politische Körper (2022), S. 164 ff.

¹ Dazu überblicksweise *Lichtenthäler*, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSZ) 2022, 138; *Popp*, Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA) 2022, 319 (324 ff.).

² Nach § 130 Abs. 3 des deutschen StGB ist strafbar, wer „eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in § 6 Abs. 1 des Völkerstrafgesetzbuches bezeichneten Art [*d.h. den Völkermord an den europäischen Juden, Sinti und Roma*] in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, öffentlich oder in einer Versammlung billigt, leugnet oder verharmlost“. Über die zuletzt genannte Variante („verharmlost“) versucht man gelegentlich auch polemische Vergleiche aktueller Vorgänge mit vermeintlichen historischen Parallelen zu erfassen (hiergegen wenden sich jedoch zu Recht *Hoven/Obert*, Neue Zeitschrift für Strafrecht [NSZ] 2022, 331).

Dagegen hat sich an denjenigen Strafvorschriften, die sich unmittelbar auf den Schutz von Leben und Gesundheit beziehen,³ überhaupt nichts geändert, ebenso wenig an den Regeln unseres Allgemeinen Teils. Aber vielleicht ist gerade diese Feststellung wichtig. Denn es könnte sein, dass die Art und Weise, wie in den Corona-Jahren über existentielle Notlagen, Gesundheitsschutz und „Solidarität“ gesprochen wurde, stellenweise auch die klare Sicht auf elementare Strukturen unseres Strafrechts etwas vernebelt hat. „Im aktuellen Zusammenhang“, bemerkte etwa die Strafrechtswissenschaftlerin *Luna Rösinger* vor zwei Jahren, „ist die Rede von Solidarität allgegenwärtig, ohne dass immer ganz deutlich würde, ob es um einen moralischen Appell an das Zusammengehörigkeitsgefühl, um ein Werben um das Verständnis der von beschränkenden Maßnahmen Betroffenen oder um eine Förderung des Rechts geht“⁴ – und das macht, so darf man hinzufügen, ja nun doch einen großen Unterschied. Die eindrückliche Erinnerung an die Zerbrechlichkeit unserer leiblichen Existenz mochte in der Tat bei vielen Menschen ein emotionales Bedürfnis nach übergreifendem „Zusammenhalt“ geweckt haben; zutreffend beobachtet ist ganz sicher auch die rhetorische Funktion, erzwungenes oder in sonstiger Weise eingefordertes Verhalten (wie das Tragen eines Mund-Nase-Schutzes) in Akte der Solidarität umzudeuten.⁵ Nicht zuletzt deshalb ist aber auch nicht leicht zu sehen, was „Solidarität“ als *Rechtsbegriff* überhaupt bedeuten könnte.⁶

Damit eröffnet sich freilich ein (für heute) viel zu weites Feld. Ich will mich deshalb – als Strafrechtler – auf einige grundlegende *strafrechtsdogmatische* Fragen beschränken, bei denen „Solidarität“ als Rechtsprinzip möglicherweise eine wichtige Rolle spielt – oder eben auch Grenzen findet. „Die Garanten“-Lehre, an die man hier vielleicht sogar zuallererst denken könnte, spare ich dabei aus, ebenso das Problem der *de-facto*-Konkurrenz um knappe Rettungsressourcen, das während der Pandemie unter den Stichworten „Pflichtenkollision“ und „Triage“ schon ausführlich diskutiert worden ist (nicht zuletzt auch in unserem 9. trilateralen Seminar mit einem sehr interessanten Vortrag von *Rikizo Kuzuhara*⁷).⁸ Der Weg, den ich mit Ihnen in meinem Vortrag nun abschreiten möchte, beginnt vielmehr beim Straftatbestand der „unterlassenen Hilfeleistung“ (§ 323c Abs. 1 dStGB) und führt

³ Gemeint sind die Straftatbestände im 16. und 17. Abschnitt des deutschen StGB („Straftaten gegen das Leben“, §§ 211 ff.; „Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit“, §§ 223 ff.).

⁴ In: K. Papathanasiou u.a. (Hrsg.), *Kollektivierung als Herausforderung für das Strafrecht* (2021), S. 129 (151); vgl. auch die bei *Kubiciel/Wachter* zitierten Phrasen aus einschlägigen Stellungnahmen des „Deutschen Ethikrates“ und anderer Akteure (in: Hofmann/Spiecker gen. Döhmman [Hrsg.], *Solidarität im Gesundheitswesen* [2022], S. 201 [214 f.]). Mit Recht unterscheiden diese beiden Autoren die „politische Bedeutung des Solidaritätstopos in der Pandemie“ von der verfassungs- und strafrechtlichen Ebene.

⁵ Das ist auch früher schon bemerkt worden, s. nur *Pawlik*, *Jahrbuch für Recht und Ethik* 22 (2014), S. 137 (142).

⁶ Sehr instruktiv hierzu etwa *Frisch*, *Goldammer's Archiv (GA)* 2016, 121 (124 ff.); *Kühnbach*, *Solidaritätspflichten Unbeteiligter* (2007), S. 52 ff.

⁷ Nachzulesen in: Bang/Popp (Hrsg.), *Herausforderungen der COVID-19-Pandemie und ihre rechtliche Bewältigung in Korea, Japan und Deutschland* (2022), S. 104 ff.

⁸ Nicht eingegangen werden soll auch auf die anderen strafrechtsdogmatischen Zusammenhänge, in denen der Solidaritätsgedanke gelegentlich aufscheint (wie z.B. bei den „sozialethischen“ Grenzen des Notwehrrechts).

uns dann weiter zum *Notstand* als allgemeinem Rechtfertigungsgrund (und dann auch wieder zurück).

I. „Unterlassene Hilfeleistung“ als Straftatbestand

Nach § 323c Abs. 1 des deutschen Strafgesetzbuchs soll mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft werden, wer „bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not *nicht Hilfe leistet*, obwohl dies erforderlich und ihm den Umständen nach zuzumuten [...] ist“.⁹ Ähnliche, meist allerdings etwas enger gefasste Strafvorschriften finden sich übrigens auch in vielen anderen europäischen Staaten¹⁰ (meines Wissens aber weder im japanischen¹¹ noch im koreanischen Recht).

Für eine im Sinne des § 323c Abs. 1 dStGB tatbestandsmäßige Situation genügt im Grunde schon, dass *irgendjemand* zufällig mit einer Notlage konfrontiert wird, die sich für die in Not geratene Person als „Unglücksfall“ darstellt.¹² Wer in einer solchen Situation irgendwie sinnvoll helfen kann, *muss* das dann auch tun, soweit es zumutbar erscheint. Aber weshalb? Aus dem schlichten Umstand, dass eine bestimmte Form von Hilfe gerade dringend benötigt wird, folgt ja noch nicht, dass jemand von Rechts wegen zu solcher Hilfe *verpflichtet* ist – schon gar nicht dann, wenn dieser „jemand“ selbst mit der ganzen Sache überhaupt nichts weiter zu tun hat, sich also nicht in irgendeiner besonderen „Garantenposition“ befindet. In der deutschen Strafrechtswissenschaft verweisen heute deshalb viele¹³ auf eine Art von „Basis-Solidarität“, die man anderen Menschen nicht nur aus religiösen oder moralischen Gründen, sondern eben auch *rechtlich* schuldig sei. Es genügt danach also auch im Strafrecht nicht immer, andere einfach „in Ruhe zu lassen“, d.h. sie

⁹ Vollständiger Gesetzeswortlaut: „Wer bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not nicht Hilfe leistet, obwohl dies erforderlich und ihm den Umständen nach zuzumuten, insbesondere ohne erhebliche eigene Gefahr und ohne Verletzung anderer wichtiger Pflichten möglich ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft“.

¹⁰ Knappe Übersicht bei LK/Popp, 13. Aufl. 2022, § 323c Rn. 35 ff.; weitere rechtsvergleichende Hinweise (auch mit Blick auf Ostasien) bei Wittmann in: Rechtsstaatliches Strafen – Festschrift für Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Keiichi Yamana zum 70. Geburtstag (2017), S. 363 (366 ff.).

¹¹ Vgl. K. Yamanaka, Einführung in das japanische Strafrecht (2018), S. 160. Eine Hilfeleistungspflicht bei Verkehrsunfällen statuiert allerdings Art. 72 des japanischen Straßenverkehrsgesetzes (s. dazu auch den Beitrag von Hiroki Yamashita in diesem Band, S. 121 ff.); an ihre Verletzung knüpft dann auch eine Strafvorschrift an (Art. 117 Abs. 1).

¹² Der „Unglücksfall“ ist die praktisch bedeutsamste Variante der tatbestandsmäßigen Situation. Ein Beispiel für die Variante der „gemeinen Gefahr“ konnte zeitweilig auch die Corona-Pandemie liefern; konkrete Verhaltenspflichten für einzelne Personen ließen sich hieraus aber letztlich kaum ableiten (lehrreich dazu Jessica Krüger, Zeitschrift für Medizinstrafrecht [medstra] 2020, 212 ff.). Ob die Voraussetzungen der Strafbarkeit mit den Worten „bei Unglücksfällen“ gesetzlich hinreichend bestimmt worden sind, ist aus gutem Grund auch in der Diskussion in Osaka bezweifelt worden; kritisch dazu bereits Haubrich, Die unterlassene Hilfeleistung (2001), S. 330 ff.; Seebode in: Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag (2003), S. 279, 281 ff.

¹³ Seelmann in: Jung/Müller-Dietz/Neumann (Hrsg.), Recht und Moral (1991), S. 298 ff.; Kahlo, Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt (2001), S. 281 ff.; Kühnbach (Fn. 6), S. 94 ff.; Kühl in: von Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht (2013), S. 93 ff.; NK-StGB/Gaede, 6. Aufl. 2023, § 323c Rn. 1; s.a. LK/Popp (Fn. 10) § 323c Rn. 24 m.w.N.

nicht zu schädigen oder zu gefährden; ausnahmsweise (!) muss man auch „solidarisch“ tätig werden, um Rechtsgüter *für* andere zu bewahren – etwas, das sich in einer grundsätzlich liberal-individualistisch ausgerichteten Rechtsordnung ja keineswegs von selbst versteht.

Diese besondere Funktion der Strafvorschrift über „unterlassene Hilfeleistung“ wird heute zwar ganz klar gesehen, aber nur von wenigen Stimmen fundamental kritisiert. Zumindest in buchstäblich existentiellen Notlagen – ein anderer Mensch befindet sich gerade in konkreter Lebensgefahr – erscheint eine solche Verpflichtung zu „solidarischer“ Hilfe durchaus plausibel; ähnlich dürfte es sich verhalten, wenn schwere und nachhaltige Gesundheitsschäden drohen. Denn in allen diesen Fällen stehen die elementaren und unersetzlichen Grundbedingungen einer selbstbestimmten Existenz auf dem Spiel; wechselseitige Nothilfe in *dieser* Hinsicht wäre dann nicht nur in allseitigem Interesse, sondern gerade ein Mittel, reale Freiheit in Ko-Existenz mit anderen sozusagen „unglücks-unabhängig“ zu gewährleisten.¹⁴

Zu kritisieren ist deshalb eher, dass sich § 323c Abs. 1 dStGB auf solche Fälle nicht beschränkt (wie es sich in den meisten europäischen Nachbarländern schon aus dem Gesetzestext ergibt¹⁵). Immerhin kann man festhalten: Soweit (!) sich akute Gefahrenlagen für Leben und Gesundheit auf einen „Unglücksfall“ im Sinne dieser Vorschrift zurückführen lassen, wird „solidarische“ Hilfe sogar strafrechtlich erzwungen. Wie weit diese Hilfe gehen muss, ist damit allerdings noch nicht gesagt (im Gesetz steht nur, dass sie der anderen Person „zuzumuten“ sein muss). Sicher ist aber, dass solche Solidarität auch Grenzen hat („erhebliche eigene Gefahr[en]“ muss man jedenfalls nicht eingehen).

II. Rechtfertigender Notstand (insbesondere: der sog. Aggressiv-Notstand)

Zu all dem gäbe es natürlich noch sehr viel mehr zu sagen. Ich möchte aber gerne weitergehen zu einem anderen, letztlich jedoch eng verwandten Bereich: dem *rechtfertigenden Notstand*. Der Solidaritätsgedanke, den ich gerade angesprochen habe, soll nämlich auch hier eine ganz entscheidende Bedeutung haben. Gerade bei diesem Punkt hoffe ich besonders auf Ihr Interesse, denn ich habe dem hervorragenden Lehrbuch von Herrn Kollegen *Yamanaka* nicht nur entnommen, dass der Notstand im japanischen Strafrecht ebenfalls einen Rechtfertigungsgrund liefern kann (§ 37 jStGB); dort findet sich darüber hinaus auch ein Hinweis auf das (in Japan offenbar noch wenig diskutierte) „Solidaritätsprinzip“ als mögliche Grundlage eines solchen Rechtfertigungsgrundes.¹⁶ In der anschließenden Dis-

¹⁴ In diesem Sinne etwa *Kahlo* (Fn. 13); dazu auch *Kühnbach* (Fn. 6), S. 112 ff.

¹⁵ So spricht § 95 Abs. 1 des österreichischen StGB nur von der „Gefahr des Todes oder einer beträchtlichen Körperverletzung oder Gesundheitsschädigung“, Art. 128 des schweizerischen StGB von „einem Menschen, der in unmittelbarer Lebensgefahr schwebt“; weitere Nachweise bei *LK/Popp* (Fn. 10) § 323c Rn. 37 ff. – Der in der „alten“ Bundesrepublik von liberalen Strafrechtslehrern vorgelegte „Alternativ-Entwurf“ enthielt gleichfalls nur einen Tatbestand der „Unterlassenen Hilfeleistung bei Leibes- und Lebensgefahr“ (*Baumann* u.a., Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person, 1. Halbband [1970], S. 58 ff.).

¹⁶ *Keiichi Yamanaka*, Einführung in das japanische Strafrecht (2018), S. 192 f.

kussion werden wir, wie ich hoffe, auch noch etwas über die koreanische Perspektive erfahren. Ich möchte hier die deutsche Sicht vorstellen und dabei insbesondere auf die Grenzbereiche eingehen, in denen der Körper oder gar das Leben eines anderen Menschen betroffen sind.

Der Gedanke, dass in bestimmten Notlagen etwas erlaubt sein kann, was im „Normalfall“ verboten ist, kommt im deutschen Recht an mehreren Stellen zum Ausdruck. So ist nach § 904 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) der *Eigentümer einer Sache*

„nicht berechtigt, die Einwirkung eines anderen auf die Sache zu verbieten, wenn die Einwirkung *zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig* und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist“.

Im Strafgesetzbuch heißt es dagegen ganz allgemein:

„Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht rechtswidrig, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt“ (§ 34 Satz 1 dStGB).

Weshalb sich jemand „Einwirkungen“ auf *seine eigenen* Sachen oder sonstige „Taten“ gefallen lassen soll, wenn (ohne sein Zutun) irgendwelchen *anderen* „Gefahr“ droht, ist nach dem rechtlichen Grundprinzip *gegenseitigen Respekts* überhaupt nicht zu erklären¹⁷ – im Gegenteil. Denn nach diesem Grundprinzip verwaltet jede Person ihren eigenen Rechtskreis selbst und allein; es genügt, diese äußeren Grenzen zu respektieren und in dieser „negativen Mitmenschlichkeit“¹⁸ gute Nachbarschaft zu halten. Auch zufällig eintretende *Verschlechterungen* der eigenen Lage sind dann aber erst einmal Privatsache. Wie also kommt man dazu, zur Lösung dieses Problems gewissermaßen „über den Zaun zu greifen“ und sich beim Nachbarn zu bedienen?

a) Grundlagen

Nun sind solche „Einwirkungen“ bzw. „Taten“ auch im Notstand nur unter der Voraussetzung gestattet, dass „das geschützte Interesse das beeinträchtigte [Interesse] *wesentlich überwiegt*“.¹⁹ Aber auch das ist noch keine Begründung, die dem Opfer der Notstandshandlung unmittelbar einleuchten müsste. Es mag deutlich weniger verlieren, als die andere Seite gewinnt – aber es verliert. Dass der *Gesamtnutzen* in diesem Fall größer ist als bei ungehinderter Verwirklichung der drohenden Gefahr, tröstet vielleicht ein wenig und wäre von einem kollektivistischen Standpunkt aus wohl auch schon Begründung genug.

¹⁷ Hervorgehoben haben das bereits *Hruschka*, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl. 1988, S. 111 ff.; *Jakobs* in: Eser/Nishihara (Hrsg.), Ostasiatisch-deutsches Strafrechtssymposium 1993, Rechtfertigung und Entschuldigung IV (1995), S. 133, 146; *Morgenstern*, Unterlassene Hilfeleistung, Solidarität und Recht (1997), S. 33 ff.; s.a. NK-StGB/Neumann, 6. Aufl. 2023, § 34 Rn. 7.

¹⁸ So der Ausdruck von *Kersting* in: Brieskorn/Wallacher (Hrsg.), Homo oeconomicus: Der Mensch der Zukunft? (1998), S. 93 (107).

¹⁹ So ist zumindest § 34 S. 1 StGB formuliert. Ob die etwas abweichende Ausdrucksweise in § 904 S. 1 BGB auch einen *sachlichen* Unterschied markiert, ist umstritten (vgl. die Nachweise bei *Neumann* [Fn. 17], § 34 Rn. 123); die besseren Gründe sprechen aber für ein konkordantes Verständnis der beiden Regelungen (*Neumann a.a.O.*).

Aus dem Blick gerät dabei aber, dass hinter den Interessen, die hier miteinander gleichsam „verrechnet“ werden, letztlich einzelne Menschen stehen²⁰ – genauer noch: *Personen* mit jeweils eigenen *Rechten* (darunter möglicherweise auch solchen, die ihnen selbst im Notstand niemand streitig machen darf).

Doch hat man auch auf Grundlage eines freiheitlich-individualistischen Rechtsverständnisses nach Wegen gesucht, Notstandsrechte gegenüber demjenigen zu rechtfertigen, der bei dieser Interessenabwägung unterliegt. Beginnen kann man mit dem Hinweis, dass das Gesetz in § 34 S. 1 dStGB immerhin ein „wesentliches“ Überwiegen des fremden Rettungsinteresses verlangt.²¹ In dieser Formulierung liegt immerhin das Zugeständnis, dass hier nicht einfach nur eine Rechnung aufgemacht, sondern in eine grundsätzlich anerkannte *Rechtssphäre* eingegriffen wird – wofür man dann eben auch Gründe von deutlich höherem Gewicht vorweisen muss.²² Jedoch bleibt immer noch offen, weshalb man sich auf solche Gründe überhaupt einlassen muss. Dafür werden in der deutschen Diskussion verschiedene Antworten angeboten, die ich an dieser Stelle nicht vollständig behandeln kann. Das vielleicht häufigste Stichwort lautet aber gerade: *Solidarität*.

Gemeint ist damit allerdings nicht immer dasselbe. Manche argumentieren *vertikal*: Solidarität in Notstandslagen bedeutet danach, als Bürgerin oder Bürger an der Erfüllung einer Aufgabe mitzuwirken, die eigentlich dem staatlichen Gemeinwesen obliegt – wer im Notstand etwas von sich zur Verfügung stellen muss, tut das dann also aushilfsweise für öffentliche Institutionen (wie z.B. Rettungsdienste, Polizei und Feuerwehr).²³ Andere setzen *horizontal* auf der Ebene mitbürgerlichen Zusammenlebens an und postulieren ein „rechtliches Solidarverhältnis“²⁴ (nur) zwischen dem Eingriffsadressaten und demjenigen, dem die Notstandshandlung zugute kommen soll (man hilft sich also *untereinander* aus – und das wird auch rechtlich so erwartet).

Im Ergebnis geht es aber letztlich um genau das, was wir bereits bei der *allgemeinen Pflicht zur (aktiven) Hilfeleistung* bei „Unglücksfällen“ (§ 323c Abs. 1 dStGB) kennengelernt haben: Das rechtliche „Solidarverhältnis“ verlangt, im Fall eines „Notstandes“ bestimmte eigene Interessen zurückzustellen und „Eingriffe“ insoweit *zu dulden*; unter Umständen macht es der Gesetzgeber sogar zur *Pflicht*, von sich aus solche Beiträge zu leisten (und damit anderen zu helfen).²⁵ Es ist deshalb kein Zufall, dass sich die Diskussion über die Grundlagen und die Grenzen solcher „Solidarität“ in beiden Bereichen weitgehend überschneidet.

²⁰ Zutr. Pawlik (Fn. 5), S. 146; ähnlich Renzikowski, Notstand und Notwehr (1994), S. 200; Rösinger (Fn. 4), S. 130 f.

²¹ Anders insoweit wohl § 37 Abs. 1 S. 1 des japanischen StGB.

²² NK-StGB/Neumann (Fn. 17) § 34 Rn. 67 m.w.N.

²³ In diesem Sinne jüngst etwa wieder Kubiciel/Wachter (Fn. 4), S. 209 ff.; im Ansatz ähnlich Pawlik (Fn. 5) S. 152 ff.; ders., Der rechtfertigende Notstand (2002), S. 179 ff.; Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung (2012), S. 48 f.; vgl. aber auch Frisch (Fn. 6), 128 ff.

²⁴ Engländer, GA 2017, 242 (247).

²⁵ Vgl. NK-StGB/Neumann (Fn. 17), § 34 Rn. 9; LK/Popp (Fn. 10) § 323c Rn. 24 m.w.N.

Schaubild 1:

<u>Notstandsrechtfertigung gemäß § 34 StGB:</u>	<u>Tatbestand des § 323c Abs. 1 StGB:</u>
a) <i>objektive Voraussetzungen</i>	a) <i>objektive Voraussetzungen</i>
aa) Notstandslage (gegenwärtige Gefahr...)	aa) „Unglücksfall“ / „gemeine Gefahr“ usw.
bb) Notstandshandlung (erforderlicher Eingriff)	bb) Pflicht zur Hilfeleistung , soweit
cc) Interessenabwägung	aaa) erforderlich und
	bbb) zumutbar
dd) Angemessenheit (§ 34 S. 2)	
b) <i>subjektives Rechtfertigungselement</i>	

b) Grenzen

Es gibt nun aber einen gewissen Kernbereich der Person, der ihr unter allen Umständen ganz allein verbleibt. Das ist heute grundsätzlich anerkannt. Anerkannt ist auch, was mindestens dazugehört: die leibliche Grundlage der eigenen Existenz und die Würde, die jedem Menschenwesen zukommt und der menschlichen Person letztlich etwas geradezu „Heiliges“ (und in diesem Sinne auch „Unantastbares“) verleiht.²⁶ Bis zu ihren christlich-theologischen Wurzeln hinab bezieht sich diese „Würde“ auf den „Menschen“ als Ganzes, also gerade auch auf sein natürliches, körperliches Da-Sein.²⁷ Ungefähr zeitgleich mit dem Vordringen modernerer menschenrechtlicher Konzepte im 18. und 19. Jahrhundert erschienen in Europa nicht nur hergebrachte Formen körperlicher *Bestrafung* immer weniger akzeptabel; auch als *Delikt* gewann die Verletzung des Körpers eines anderen Menschen wohl etwas an Gewicht²⁸ (und heute sind wir, was unsere leibliche Sphäre angeht, sicher noch einmal viel sensibler geworden).

Vor diesem Hintergrund erscheint der ungewollte Zugriff auf die körperliche Substanz anderer Menschen als eine ganz besondere Grenzüberschreitung. Dieser „symbolische ‚Mehrwert‘ des Leibes“ könnte, wie *Michael Pawlik* argumentiert, einen Notstandseingriff „auch dann als unzulässig erscheinen lassen, wenn [...] der Gutsverlust als solcher nicht

²⁶ Zu dieser sozialtheoretischen Deutung der modernen Menschenrechtsidee s. *Hans Joas*, Die Sakralität der Person (2015), S. 81 ff., in Anknüpfung an Emile Durkheim.

²⁷ Vgl. auch *Borsche*, Rechtszeichen, in: J. Simon (Hrsg.), Distanz im Verstehen (1995), S. 239 (255 f.) unter Verweis auf *Kobusch*, Die Entdeckung der Person – Metaphysik der Freiheit und modernes Menschenbild (1993).

²⁸ Vgl. die Bemerkungen bei *Joas* (Fn. 25), S. 97 ff.; zur „Entdeckung des Körpers im modernen Strafrecht“ a. *Kalupner*, Paragrana 15 (2004), S. 114 ff. Auf die Ambivalenzen zunehmender Abscheu vor (körperlicher) Gewalt hat allerdings schon Emile Durkheim hingewiesen: Würde man entsprechende Taten dann nicht auch umso härter bestrafen wollen? (vgl. dens., Deux lois de l'évolution pénale, Année sociologique 1899-1900, 65; engl. Übersetzung in: Economy and Society 1973, 285 [303]).

sonderlich schwerwiegend ist“;²⁹ für andere entscheidet sich diese Frage wohl eher nach den äußeren Umständen eines solchen Eingriffs, die im Einzelfall eine (zusätzliche) Verletzung der Menschenwürde begründen könnten.³⁰ So soll es sich etwa bei der zwangsweisen Transplantation von Organen oder auch nur von Blut verhalten. Kategorisch ausgeschlossen wird der Notstandszugriff auf den Körper eines anderen Menschen andererseits nur von wenigen Autoren.³¹ Jedenfalls aber muss sich im (Aggressiv-)Notstand niemand für andere *töten* lassen.³² Umgekehrt kann man sagen: Hinzunehmen sind nur vorübergehende Verluste, die sich wieder gutmachen lassen (und erwartbar auch tatsächlich wieder ausgeglichen werden, wie es § 904 S. 2 BGB übrigens sogar ausdrücklich anordnet).

3. *Dogmatisch* ist dazu noch anzumerken: Schon nach dem Wortlaut des Gesetzes steht die Rechtfertigung von Notstandshandlungen unter einem ausdrücklichen Vorbehalt. Die Tat muss ein „angemessenes Mittel“ sein, die jeweilige Gefahr abzuwenden (§ 34 Satz 2 StGB). Üblicherweise³³ erörtert man diesen Punkt ebenfalls bei den objektiven Voraussetzungen der Rechtfertigung, dort dann allerdings erst ganz am Ende, also gewissermaßen zum „Feinschliff“ der bereits herausgearbeiteten Teilstücke. Als Problem fehlender „Angemessenheit“ lässt sich hier – unter dem Gesichtspunkt der Menschenwürde – insbesondere die erzwungene Entnahme von Blut, Körperzellen oder gar Organen diskutieren.³⁴ Dagegen ist im Ergebnis nichts einzuwenden, doch scheint mir die Reihenfolge nicht ganz schlüssig: Sie erweckt nämlich den (unzutreffenden) Eindruck, das „Interesse“ eines Menschen am unversehrten Bestand seiner körperlichen Substanz sei ein schlichter Abwägungsposten wie jeder andere. Doch ist – um ein besonders krasses Beispiel zu wählen – die Niere eines Menschen dem „solidarischen“ Verteilungssystem des Notstandsrechts von vornherein entzogen; es gibt insoweit also auch gar nichts „abzuwägen“. Der Interessenabwägung *vorzuschalten* wäre also die Überlegung, ob das Prinzip der „Solidarität“ den Weg zu ihr überhaupt eröffnet.³⁵

²⁹ Pawlik, Das Unrecht des Bürgers (2012), S. 252.

³⁰ So wohl z.B. Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 19 Rn. 59 ff.

³¹ S. etwa Michael Köhler, Recht und Gerechtigkeit – Grundzüge einer Rechtsphilosophie der verwirklichten Freiheit (2017), S. 290 (keine „Umverteilung des Leibes“).

³² Die h.L. spricht diese absolute „Opfergrenze“ im Rahmen der Interessenabwägung an: „Leben gegen Leben“ dürfe weder in qualitativer noch in quantitativer Hinsicht abgewogen werden (vgl. nur Rengier [Fn. 29], § 19 Rn. 32 ff.).

³³ Statt vieler: Rengier [Fn. 29], § 19 Rn. 6.

³⁴ Für diese Einordnung etwa Rengier (Fn. 29), § 19 Rn. 59 ff.; NK-StGB/Neumann (Fn. 17) § 34 Rn. 118. Andere versuchen, die Gesichtspunkte, die an der „Angemessenheit“ zweifeln lassen, schon im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen (s. etwa Schönke/Schröder/Perron, 30. Aufl. 2019, § 34 Rn. 41e). Freilich geht es hier in der Sache weniger um „Interessen“ als um die grundsätzliche Wertentscheidung, sich auf die Diskussion von Interessen und deren Abwägung überhaupt (nicht) einzulassen.

³⁵ Vgl. bereits die Kritik an der „verfehlten Strukturierung der Problematik“ bei Frisch (Fn. 6), 137. Das „Interesse“, dem die Notstandshandlung Rechnung tragen soll, hat daher letztlich eine zweifache Bedeutung: Zunächst begründet es ein praktisches Bedürfnis nach „Solidarität“ (weil andere Optionen nicht mehr bestehen und der Eingriff in diesem Sinne „erforderlich“ erscheint); die Institution „Solidarität“ dient gerade dazu, diesem Bedürfnis auch auf Kosten unbeteiligter Dritter gerecht zu werden (wofür sie eine spezifische Begründung anbietet), und beruht wohl auch auf der Prämisse eines *überwiegenden* Rettungsinteresses (insofern kann man auch Regelungen wie § 34 StGB *insgesamt*

Schaubild 2:

<u>herkömmliche Struktur:</u>	<u>alternatives Schema:</u>
a) objektive Voraussetzungen	a) objektive Voraussetzungen
aa) Notstandslage (gegenwärtige Gefahr...)	aa) Notstandslage (gegenwärtige Gefahr...)
bb) Notstandshandlung (erforderlicher Eingriff)	bb) Notstandshandlung (erforderlicher Eingriff)
cc) Interessenabwägung	cc) notstandsspezifische Rechtfertigungslage: aaa) Eingriff im solidarpflichtigen Bereich bbb) Interessenabwägung
dd) Angemessenheit (§ 34 S. 2)	ccc) Angemessenheit i.Ü. (§ 34 S. 2)
b) subjektives Rechtfertigungselement	b) subjektives Rechtfertigungselement

Beim menschlichen *Leben* wird das etwas klarer gesehen. Denn mit dem Lehrsatz, es dürfe im (Aggressiv-)Notstand „Leben gegen Leben“ in keiner Weise abgewogen werden, soll eigentlich ja (nur) gesagt werden, dass *niemand* sein Leben lassen muss, um anderen das Überleben zu sichern (jedenfalls nicht in dem zivilen Verhältnis, das die allgemeinen Notstandsregeln allein im Auge haben). Das Rechtsprinzip der Solidarität kann, wie *Ulfrid Neumann* zutreffend formuliert, „den Einzelnen zum Verzicht auf bestimmte Interessen, prinzipiell aber nicht zur Aufopferung der eigenen Existenz verpflichten“.³⁶

4. Nicht ganz gelöst bleibt allerdings ein Problem, das ich hier nur ganz knapp andeuten kann: *Staatliche* Zugriffe auf den menschlichen Körper werden in beachtlichem Umfang für zulässig gehalten, nicht zuletzt im Strafprozessrecht. Manche meinen offenbar, dass damit auch die Schwelle für Notstandseingriffe abgesenkt werde; andere meinen, man müsse beides ganz im Gegenteil streng auseinanderhalten. Das ist vermutlich richtig, enthebt uns aber letztlich nicht der Frage, ob die Grenzen jener staatlichen Eingriffen doch möglicherweise sehr viel enger zu ziehen wären, als dies im geltenden Recht geschieht. *Diese* Frage müssen wir hier vorerst offen lassen, aber es lohnt sich vielleicht, in einem anderen Zusammenhang gemeinsam über sie nachzudenken.

auf den Gedanken des „überwiegenden Interesses“ zurückführen). Die Einsicht, dass in einer freiheitlich-individualistischen Rechtsordnung *nicht alles* zu solidarischer Verfügung steht, strukturiert dann aber *innerhalb* des § 34 StGB die weitere Prüfung vor: Nur im Rahmen des überhaupt Verfügbaren ist es überhaupt sinnvoll, in eine detaillierte „Abwägung der widerstreitenden Interessen“ einzutreten.

³⁶ NK-StGB/*Neumann* (Fn. 17) § 34 Rn. 74; vgl. auch *Jakobs* in: Eser/Nishihara (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung IV* (1995), S. 143 (166).

Die Gnade in der japanischen Rechtsordnung

MITSURU IJIMA*

I. Einleitung

„Gnade vor Recht ergehen lassen“ – so lautet bekanntlich ein verbreitetes deutsches Sprichwort. Seit langem werden die Kategorien „Gnade“ und „Recht“ gegenübergestellt. Die Gnade wird so behandelt, als ob sie außerhalb des Rechts liegen würde. Soweit auch die Gnade ein Rechtsinstitut sein kann, soll aber der Gnade nicht das Recht, sondern das Gesetz gegenüberstehen. Gnade kann daher ausnahmsweise zur Überwindung verschiedener Notsituationen ergehen, die sich durch das normale Gesetz nicht erfassen lassen.

Als jüngste, sogar weltweite Krisensituation kann wohl die sog. Corona-Pandemie genannt werden. Tatsächlich wurden in verschiedenen Staaten anlässlich dieser Pandemie Gnadenerlasse gewährt. Z.B. wurde in der deutschen Hauptstadt Berlin im Juni 2020 durch Gnadenerweis auf das Verbüßen von Ersatzfreiheitsstrafen verzichtet, um „zuviele Bewegungen rein-raus“ in Haftanstalten zu vermeiden¹. Davon konnten etwa 1000 Verurteilte profitieren. Auch in der Türkei sollte im selben Jahr der Überfüllung von Justizvollzugsanstalten durch Gnadenerweise entgegengewirkt werden². Im Thailand wurde im Jahr 2021 – eigentlich anlässlich des Geburtstags des Königs – ca. 35.000 Häftlinge freigelassen³.

Hingegen hat in Japan ein auf die Corona-Pandemie bezogener Gnadenerweis wohl niemals stattgefunden, obwohl in japanischen Haftanstalten sog. Masseninfektionen bekannt wurden. Es erscheint in Japan überhaupt seltsam, Gnade als deutlich sichtbares Mittel der Rechtspolitik einzusetzen. Das Thema der Gnade sieht sich also fast keinem öffentlichen Interesse ausgesetzt. Z.B. gab es in Japan am 22. Oktober 2019 anlässlich der Thronbestei-

* Professor Dr. *Mitsuru Iijima*, Kansai Universität Osaka.

¹ <https://www.tagesspiegel.de/berlin/berlin-erspart-schwarzfahrern-und-ladendieben-gefangnis-5851159.html>

² <https://www.afpbb.com/articles/-/3278476>

³ <https://bangkokshuho.com/thaisocial-900/>

gung des neuen Kaisers eine gnadenweise Privilegierung (nämlich eine sog. Jubelamnestie)⁴. Damit wurden ca. 550.000 Personen rehabilitiert, wodurch sie die durch die Verurteilung zu einer Geldstrafe verlorene Berechtigung, einen bestimmten Beruf (z.B. den eines Arztes) auszuüben, oder ihr passives Wahlrecht wiedererlangen konnten. Das löste aber in der Öffentlichkeit kaum eine Debatte über diese sog. *Reiwa*-Gnade aus. In Japan hat die Gnade wohl als äußerste Ausnahme nur eine symbolische Bedeutung und keinen direkten Zusammenhang mit der (Kriminal-)Politik.

In diesem Vortrag behandle ich den gegenwärtigen Rechtszustand der Gnade in Japan, wobei insbesondere einige ungelöste Probleme im Mittelpunkt stehen sollen.

II. Der Rechtszustand der Gnade in Japan

In der japanischen Geschichte kam das Institut der Gnade schon seit Langem zur Anwendung. In Japan lässt sich staatliche Gnade unter der Rezeption des damaligen chinesischen Rechtssystems erstmals für das Jahr 650 nachweisen⁵. Das Gnadensystem in Japan entwickelte sich danach unter Einflüssen des buddhistischen Toleranzgedankens, wodurch der Gegenstand der Gnade allmählich weiter ausgedehnt wurde. Die Gnade bezog sich also mit der Wirkungsweise der sog. Amnestie nicht nur auf den Straferlaß oder die Strafminderung, sondern auch auf die „Fürsorge“ für die Bevölkerung. Die Gnade zielte allerdings darauf, dass der Herrscher der Bevölkerung seine Güte auf alle Art erwies, damit alle den Jubel miteinander teilen konnten. Deswegen wurden durch den Gnadenerweis z.B. arbeitsunfähige alte Leute mit Proviant versorgt, oder es wurden Steuern ermäßigt⁶. Im Mittelalter verdarb das Institut der Gnade dann aber immer mehr. Es war damals nicht selten, anlässlich privater Angelegenheiten der Kaiserfamilie (z.B. anlässlich des Gebets um leichte Geburt für die Mätresse des Kaisers) mehrmals im Jahr Gnadenerweise zu erteilen, wodurch die Stabilität der Rechtsordnung erheblich gelockert wurde⁷. Damit vermehrten sich auch in der damaligen Hauptstadt Kyoto schwere Verbrechen wie Mord, Raub, Einbruch usw. Nachdem die *Samurai* als Kriegerstand zur regierenden Schicht Japans aufstiegen, ging der Überschuss langsam wieder zurück.

Das moderne Gnadensystem wurde erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts etabliert. Im Jahre 1889 wurde die sog. Meiji-Verfassung (offiziell: die Verfassung des Kaiserreichs Groß-Japan) erlassen, nach deren Art. 16 der Kaiser (*Tenno*) die Befugnis hat, die Grundamnestie (*Taisha*), die Spezialamnestie (*Tokusha*), die Strafminderung (*Genkei*) und die Rehabilitation (*Hukken*) zu erteilen. Damit wurde die japanische Gnade in vier Arten eingeteilt. Im Jahre 1912 wurde dann die Gnadensordnung erlassen, nach der Gnade in ganz Japan praktiziert werden konnte. Damals stellte sich die Gnade allerdings ausschließlich als Güte oder Barmherzigkeit des Kaisers dar. Im Zentrum des Praxis lag der

⁴ <https://www.asahi.com/articles/ASMBH5WW4MBHUTIL055.html>

⁵ Vgl. *Masajiro Takikawa*, Onsha ni tsuite (=Zur Gnade), *Jiyu to Seigi* Bd. 10 Nr. 3, 1959, S. 9.

⁶ Vgl. *Takikawa*, a.a.O., S. 9.

⁷ Vgl. *Takikawa*, a.a.O., S. 10.

Gnadenerweis auf Grund kaiserlichen Dekrets, das kaum Zusammenhang mit spezifisch kriminalpolitischen Wirkungen hatte⁸.

Nach dem Zweiten Weltkrieg veränderte sich die politische Struktur in Japan gänzlich. Am 3. November 1946 wurde die neue Verfassung im Parlament verabschiedet und trat am 3. Mai 1947 in Kraft. Der *Tenno* ist nach dem ersten Abschnitt der Verfassung ohne jede politische Macht. Alle seine in der Verfassung abschließend aufgezählten Kompetenzen kann er nur auf der Grundlage einer Entscheidung des Kabinetts ausüben. Nach dem Art. 73 Nr. 7 der geltenden jap. Verfassung steht dem Kabinett die Befugnis zu, die Entscheidung über die Grundamnestie, die Spezialamnestie, die Strafmilderung, den Strafvollzugserlass und die Rehabilitation zu treffen. Der Tenno hat nach dem Art. 7 Nr. 6 der jap. Verfassung nur die Funktion, diese Entscheidung des Kabinetts förmlich zu bestätigen. Mit der neuen Verfassung traten damals auch das Gnadengesetz und die diesem Gesetz zugehörige Verordnung in Kraft.

Im geltenden Gnadenrecht Japans werden in Bezug auf den Umfang der Wirkung fünf Arten unterschieden⁹, nämlich die Grundamnestie (*Taisha*), die Spezialamnestie (*Tokusha*), die Strafmilderung (*Genkei*), den Strafvollzugserlass (*Kei no shikko no Menjo*) und die Rehabilitation (*Hukken*).

Die Grundamnestie (*Taisha*)¹⁰ wird als die stärkste Form der Gnade bezeichnet, die sich sowohl auf die Verfahrenamnestie als auch auf die Vollzugsamnestie bezieht. Diese Amnestie wird aufgrund der Verordnung des Kabinetts durchgeführt, die die zu amnestierenden Straftatarten bestimmt.

Die Spezialamnestie (*Tokusha*)¹¹ stellt sich nur eine Vollzugsamnestie für bestimmte Personen dar, die bereits zur Strafe verurteilt wurden.

Bei der Strafmilderung (*Genkei*)¹² gibt es zwei Möglichkeiten. Erstens kann diese Gnade mit genereller Wirkung durch die Verordnung des Kabinetts erteilt werden. Zweitens ist sie z.B. aufgrund des Antrags des Anstaltsleiters usw. für bestimmte einzelne Verurteilte durchzuführen. Im Falle der Strafaussetzung zur Bewährung kann die Bewährungsfrist verkürzt werden.

Der Strafvollzugserlass (*Kei no Shikko no Menjo*)¹³ zielt auf bestimmte Verurteilte. Für diejenigen, deren Strafe zur Bewährung ausgesetzt wurde, hat diese Gnade keine Auswirkung, da der Vollzug der Strafe noch nicht begonnen hat. Wenn der zur lebenslangen Freiheitsstrafe Verurteilte vorläufig entlassen wird, muss seine Bewährung lebenslänglich dauern. Zur Aufhebung dieser Bewährung wird dann öfter diese Gnadenart benutzt.

⁸ Vgl. *Yuzo Hirata*, Onsha (=Gnade), in: Kazuhiko Ishihara u.a. (Hrsg.), *Gendai Keibatsu Ho Taikei* 7, 1982, S. 412.

⁹ § 1 jap. Gnadengesetz.

¹⁰ § 3 jap. Gnadengesetz.

¹¹ §§ 4 f. jap. Gnadengesetz.

¹² §§ 6 f. jap. Gnadengesetz.

¹³ § 8 jap. Gnadengesetz.

Die Rehabilitation (*Hukken*)¹⁴ kommt demjenigen zugute, der wegen seiner Verurteilung gewisse Qualifikationen (z.B. das Wahlrecht oder die Befähigung zu einem bestimmten Beruf) verloren hat. Durch diese Gnade wird es ermöglicht, z.B. wieder als Abgeordneter zu kandidieren. Sie muss sich auf die Verordnung des Kabinetts oder auf den Antrag des Anstaltsleiters usw. gründen.

Aus der anderen Perspektive ermöglicht sich auch die folgende Klassifikation der japanischen Gnade. Hinsichtlich der Wirkungsweise wird die allgemeine Gnade (*Ippan Onsha* oder *Seirei Onsha*), die auf der Verordnung des Kabinetts basiert, und die individualbezogene Gnade (*Kobetsu Onsha*) unterschieden.

Die allgemeine Gnade wird allgemeingültig aufgrund der Verordnung erteilt. Auf diese Weise ist das nur bei der Grundamnestie (*Taisha*), der Strafmilderung (*Genkei*) und der Rehabilitation (*Hukken*) möglich.

Bei der individualbezogenen Gnade werden einer einzelnen Person unter einer Gesamtschau aller Umstände¹⁵ (z.B. Charakter des Täters, seine Gefährlichkeit für die Gesellschaft, Vorliegen einer Entschuldigung gegenüber Opfern usw.) die folgenden Formen der Gnade erteilt, nämlich die Spezialamnestie (*Tokusha*), die Strafmilderung (*Genkei*), der Strafvollzugserlass (*Kei no shikko no Menjo*), und die Rehabilitation (*Hukken*). Diese individualbezogene Gnade wird als reguläre Gnade (*Joji Onsha*), die jedes Jahr routinemäßig zu praktizieren ist, und als Gnade mit besonderen Maßstäben (*Tokubetsu Kijun Onsha*) erteilt. Die letztere wird eigentlich als eine Art der individualbezogenen Gnade im Verfahren der regulären Gnade behandelt, aber sie wird auf der Basis der durch die Verordnung bestimmten Maßstäbe als Ersatz für die allgemeine Gnade eingesetzt. Sie ist daher nichts anders als eine Art der allgemeinen Gnade.

Insbesondere für die individualbezogene Gnade (*Kobetsu Onsha*) findet sich als Beratungsorgan die Zentralkommission für die Rehabilitation der Kriminellen (*Chuo Kosei Hogo Shinsakai*), die aufgrund des Antrags von Anstaltsleiter, Bewährungsleiter und Staatsanwalt prüft, ob die Gnade erteilt werden soll. Erst nach der positiven Einschätzung der Kommission entscheidet das Kabinett über den Gnadenerlass. In die Kommission werden auch Zivilisten als Mitglieder aufgenommen, womit ihnen die Funktion zugetraut wird, die Entscheidung in Einklang mit dem Bürgersinn bringen zu können. Diese Kommission spielt aber im Verfahren der allgemeinen Gnade der Kabinettsorder (*Ippan Onsha*, *Seirei Onsha*) keine Rolle, wobei dem Kabinett als Gnadenträger freie Hand bleibt.

In Japan kann der Gnadenerlass überhaupt als seltene Ausnahme bezeichnet werden. Die allgemeine, auf der Verordnung basierende Gnade (*Ippan Onsha*, *Seirei Onsha*) ist eher außergewöhnlich. Sie wird höchstens anlässlich der Trauerfeier für den ehemaligen Kaiser oder der Thronbesteigung ausgeführt, wobei sogar neuerdings auf die Grundamnestie (*Taisha*) verzichtet wird, die die stärkste Wirkung hätte. Aus der Statistik¹⁶ lässt sich auch

¹⁴ §§ 9 f. jap. Gnadengesetz.

¹⁵ Vgl. § 90 jap. Gesetz zur Rehabilitation der Kriminellen.

¹⁶ <https://www.moj.go.jp/content/001403202.pdf>

die Seltenheit der individualbezogenen regulären Gnade (*Joji Onsha*) erkennen. In den Gefängnissen Japans befanden sich im Jahr 2022 41.541 Häftlinge. In diesem Jahr betrug aber die Anzahl neuer Gnadengesuche nur 33 (Spezialamnestie: 5 (4 Todestraktinsassen), Strafmilderung: 4, Strafvollzugserlass: 3, Rehabilitation: 21) in ganz Japan. Dabei wurde auch die im letzten Jahr nicht bearbeiteten 33 Gesuche miteinbezogen. Davon konnten nur 2 Personen in den Genuss eines Strafvollzugserlasses (*Kei no Shikko no Menjo*) kommen und nur 10 Personen wurden gnadenweise rehabilitiert (*Hukken*). Die Anträge auf Spezialamnestie (*Tokusha*) und Strafmilderung (*Genkei*) wurden allesamt abgelehnt.

Tabelle 1

Die allgemeine Gnade der Kabinettsorder (<i>Ippan Onsha, Seirei Onsha</i>)	Die individuumbezogene Gnade (<i>Kobetsu Onsha</i>)
	<i>Joji Onsha</i> <i>Tokubetsu Kijun Onsha</i>
Die Grundamnestie (<i>Taisha</i>)	Die Spezialamnestie (<i>Tokusha</i>)
Die Strafmilderung (<i>Genkei</i>)	Die Strafmilderung (<i>Genkei</i>)
Die Rehabilitation (<i>Hukken</i>)	Der Erlass der Vollstreckung der Strafe (<i>Kei no Shikko no Menjo</i>)
	Die Rehabilitation (<i>Hukken</i>)

III. Probleme in der japanischen Gnade

Als ein Problem der japanischen Gnade überhaupt kann hier aufgeführt werden, dass eine Begründung für das Gnadenprivileg letztlich fehlt. Auch in Japan wird der Gnade zwar zugetraut, als „Sicherheitsventil des Gesetzes“¹⁷ die Funktion zu erfüllen, Härten des Gesetzes, etwaige Irrtümer der Urteilsfindung sowie Unbilligkeiten strafrechtlicher Entscheidungen bei nachträglich veränderten allgemeinen oder persönlichen Verhältnissen auszugleichen. Jedoch wird selbst in der Literatur wenig für die Befugnis der Exekutive argumentiert, z.B. eine rechtskräftig erkannte Strafe ganz oder teilweise zu erlassen oder ihre Vollstreckung auszusetzen. Behauptet wird immer nur, dass man von der Gnade als einer eigenartige Ausnahme zurückhaltend Gebrauch machen solle. Das Verfahren der Regelung in einer Kabinettsverordnung oder der Prüfung der Gnadengesuche ist nicht transparent. Auch hinsichtlich der ablehnenden Gnadenentscheidung wird die gerichtliche Überprüfbarkeit verneint, wobei sich selbstverständlich ein rechtlicher Anspruch auf Gnade als solcher ausschließen läßt.

¹⁷ Vgl. *Hirata*, a.a.O., S. 444. S. auch *Ryuichi Hirano*, *Kyosei Hogo Ho* (= Gesetz zur Korrektur und der Rehabilitation), 1963, S. 129.

Als ein Beispiel für den Ausgleich der Unbilligkeit der rechtskräftigen Entscheidung bei nachträglich verändertem Rechtszustand kann hier die individualbezogene Gnade (Kobetsu Onsha) anlässlich des Urteils des jap. Obersten Gerichtshofs vom 4. April 1973 genannt werden, wodurch der damalige § 200 jap. StGB für verfassungswidrig erklärt wurde. Nach dem § 200 jap. StGB, der trotz der Verfassungswidrigkeit eigentlich bis zur Änderung von 1997 im jap. StGB bestehen geblieben war, wurde der sog. Verwandtenmord (parricidium) strenger als die normale Tötung behandelt. Wer also eigene Verwandte (oder Verwandte des Ehepartners) der aufsteigenden Linie tötet, wurde danach mit Todesstrafe oder lebenslanger Zuchthausstrafe bestraft. Wegen dieses erhöhten Strafrahmens war unabhängig von Mitleid erregenden Umständen auf Seiten des Angeklagten eine Strafaussetzung auf Bewährung (§25 jap. StGB) kategorisch ausgeschlossen. Der jap. Oberste Gerichtshof erklärte am 4. April 1973 die Verfassungswidrigkeit dieser Regelung mit dem Argument, dass der Strafrahmen des § 200 jap. StGB im Vergleich mit dem des §199 jap. StGB (die normale Tötung) zu schwer ist, was gegen das Gleichheitsgebot (Art. 14 jap. Verfassung) verstößt, denn der sog. Kindesmord wurde wegen §199 jap. StGB mindestens mit Zuchthausstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft. Seit diesem Urteil fanden Anklage und Verurteilung wegen der für nichtig erklärten Bestimmung, also § 200 jap. StGB, nicht statt. Im Zeitpunkt der Verfassungswidrigkeitserklärung gab es insgesamt 228 Personen, die zuvor wegen § 200 jap. StGB verurteilt wurden. Davon saßen 150 Häftlinge im Gefängnis, 77 Personen befanden sich in der vorläufigen Entlassung, einer war vollzugsuntauglich. An diese wegen § 200 jap. StGB Verurteilte (eigentlich nicht an alle) wurde aufgrund eines amtlichen Antrags die Gnade, nämlich die Strafmilderung (Genkei) oder der Strafvollzugserlass (Kei no Shikko no Menjo) erteilt¹⁸. Im Jahre 1973 z.B. betrug die Anzahl der Anträge 92. Davon wurden 36 bewilligt (die Strafmilderung 20 mal, der Strafvollzugserlass 15 mal, die Rehabilitation einmal). Das Ergebnis könnte naheliegend sein. Doch wurde fast überhaupt keine Diskussion darüber geführt, warum die Exekutivegewalt ein solches Defizit einseitig ausgleichen darf.

Ein Strafrechtswissenschaftler, Hideo Fujiki, versuchte in einem kleinen Aufsatz von 1972 die Wirkungen der Gnade als Instrument der Exekutive zu rechtfertigen¹⁹. Damals wurde eine heftige Debatte darüber geführt, ob anlässlich der Rückgabe der Okinawa-Inseln ein Gnadenakt durch Verordnung des Kabinetts erfolgen solle. Die Betrachtung von Fujiki konzentrierte dabei besonders auf die Rechtfertigung der Grundamnestie (*Taisha*). Fujiki meinte, dass sich die Funktion der Gnade nicht nur darauf beschränken lässt, im Hinblick auf die einzelnen Häftlinge kriminalpolitische Auswirkungen zu erzielen. Die Gnade solle vielmehr auch noch eine andere Rolle spielen, nämlich folgende: Nach den großen Veränderungen der sozialen und politischen Verhältnisse insbesondere durch den Weltkrieg könne die Notwendigkeit dafür entstehen, bislang geltende Strafgesetze oder die bisheriger Strafzumessungspraxis zu verändern. Außerdem seien sogar Unbilligkeiten rechtskräftiger Entscheidungen auf der Basis der ehemaligen Gesetze auszugleichen. Zur

¹⁸ Vgl. *Hirata*, a.a.O., S. 440 ff.

¹⁹ *Hideo Fujiki*, Onsha no Sonzairiyu(=Rason d'être von Gnade), Tsumi to Batsu, Bd. 9 Nr. 4, 1972, S. 46 f.

Bewältigung dieser Situation sollte nach Meinung Fujikis neben anderen politischen Entscheidungen auch die Gnade einen Beitrag leisten. Die Tatsache, dass sich in der japanischen Tradition meistens anlässlich der kaiserfamiliären oder staatlichen Feierlichkeiten die sich auf die Kabinettsverordnung gründende Gnade (*Seirei Onsha*), insbesondere die Grundamnestie (*Taisha*) erging, werde ebenso begründet. Glückliche Ereignisse könnten nämlich Nachsicht auch gegenüber vormals begangenen Straftaten bewirken, was Anlass gebe, die Bedeutung der Grundamnestie (*Taisha*) in der Volksmeinung zu akzeptieren. Nach Ansicht Fujikis stellt der nachträgliche Ausgleich von Unbilligkeiten, die auf außergewöhnliche soziale und politische Veränderungen zurückzuführen sind, die Hauptsache dar. Hingegen wird dem glückverheißenden Ereignis (z.B. der Hochzeit des Kronprinzen) nur die Funktion eines Anlasses zugetraut, um die Grundamnestie (*Taisha*) als die stärkste Gnadenform ergehen zu lassen²⁰. Das Argument Fujikis für die Grundamnestie (*Taisha*) kann zwar wohl für frühe Nachkriegszeiten gelten, jedoch gegenwärtig nicht mehr, denn eine solche große Veränderung als Voraussetzung wird äußerst selten sein. Neuerdings wird bei der Gnadenerteilung aufgrund der Kabinettsverordnung (*Seirei Onsha*) tatsächlich auf die Grundamnestie verzichtet. Unter Beschränkung auf die Rehabilitation (*Hukken*) wird aber diese Gnadenart aufgrund der Kabinettsverordnung bis zur Gegenwart gewohnheitsgemäß ohne genügende Begründung so gehandhabt, als ob dabei das glückliche oder traurige Ereignis des Kaiserhauses selbst der Hauptgrund wäre.

IV. Fazit

In der japanischen Rechtsordnung ist die Gnade in zwei Arten eingeteilt, nämlich die individualbezogene Gnade (*Kobetsu Onsha*) und die sich auf einer Kabinettsorder basierende Gnade (*Seirei Onsha*). Die erste kann der Begnadigung in Deutschland entsprechen. Die letztere hat eine ähnliche Funktion wie ein deutsches Amnestiegesetz. Einerseits wird die nur auf einzelne Personen bezogene Gnade in Japan wortgetreu nur als Ausnahme, also zurückhaltend praktiziert. Andererseits ergeht die über Einzelfälle hinausgehende Gnade nur konventionell anlässlich staatlicher Feierlichkeiten, also als Seltenheit. Es liegt daher nahe, dass in Japan der Gnade als Rechtsinstitut die Rolle zur Bewältigung der in der Corona-Krise erkennbaren kriminalpolitischen Probleme nicht zugetraut wird. Unabhängig von der Corona-Krise sollte von individuellen Gnadenentscheidungen noch mehr als bisher Gebrauch gemacht werden. Die Gnade aufgrund der Verordnung des Kabinetts sollte in den Hintergrund treten.

²⁰ Vgl. *Fujiki*, a.a.O., S. 47.

V. Anhang: Beispiele für Begnadigungen durch Kabinettsorder (*Seirei Onsha*) in der Nachkriegszeit Japans

Tabelle 2

Datum	Gründe	Grundamnestie	Strafmilderung	Rehabilitation
17.10.1945	Ende des Zweiten Weltkriegs	264.403	50.019	109.374
03.11.1946	Erlass der japanischen Verfassung	44.623	84.776	38.855
28.04.1952	Friedensvertrag mit den Alliierten	444.208	277.814	282.470
19.12.1956	Aufnahme Japans in die Vereinten Nationen	69.627	0	0
10.04.1958	Hochzeit des Kronprinzen	0	0	45.797
01.11.1968	100-jähriges Jubiläum der Meiji-Restauration	0	0	ca.19.000.000
15.5.1973	Rückgabe von Okinawa	0	0	ca. 6.500.000
24.02.1989	Tod von Kaiser Showa	ca. 28.600	0	ca. 10.140.000
12.11.1990	Thronbesteigung	0	0	ca. 2.500.000
22.10.2019	Thronbesteigung	0	0	ca. 550.000

