Die Rolle des Rechts bei der Bewältigung von Katastrophen

Vorträge des 5. Trilateralen deutsch-japanisch-koreanischen Seminars
3. - 5. Juli 2012
in Konstanz

herausgegeben von
Rudolf Rengier

Universität Konstanz, Fachbereich Rechtswissenschaft, Konstanz
Hanyang University, College of Law, Seoul
Kansai University, School of Law, Osaka
Deutsch-Japanische Juristenvereinigung (www.DJJV.org)

978-3-89318062-2

Konstanzer Online-Publikations-System (KOPS)
URL: http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:bsz:352-237093

Vorwort

Im Rahmen der – anlässlich dieses Seminars bestätigten und erneuerten – Kooperation zwischen dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Konstanz und dem College of Law der Hanyang Universität (Seoul) sowie der School of Law der Kansai Universität (Osaka) werden seit inzwischen 12 Jahren gemeinsame Seminare durchgeführt, und zwar – nach bilateralem Beginn – ab 2005 als trilaterale Seminare. Nach den trilateralen Seminaren 2005 und 2008 in Seoul sowie 2006 in Konstanz und 2010 in Osaka fand das 5. Trilaterale Seminar vom 3. bis 5. Juli 2012 wieder in Konstanz statt.

Anlass für die Wahl des Generalthemas „Die Rolle des Rechts bei der Bewältigung von Katastrophen" war die Atomkatastrophe von Fukushima, die ein herausragendes Beispiel für die Aktualität des Themas liefert. Aber die Thematik sollte sich darauf nicht beschränken. Der Begriff der Katastrophe umfasst auch Naturkatastrophen aller Arten, Umwelt- und Klimakatastrophen. Katastrophen, die durch das Versagen der Technik und mangelnde Vorsorge ausgelöst werden, gehören ebenfalls dazu. Beispielhaft aufführen lassen sich ferner Brandkatastrophen, Explosionen, Seuchen, Flugzeugabstürze sowie andere schwere Verkehrsunglücke mit katastrophalen Folgen und Terroranschläge. Das Thema stellt jede der Rechtsordnungen immer wieder vor neue Herausforderungen. Ziel des Symposiums war es, zum wissenschaftlichen Austausch beizutragen und aus der Sicht aller Teildisziplinen Lösungsmöglichkeiten aufzuzeigen, von denen alle Rechtsordnungen profitieren.

Die hier nahezu vollständig versammelten Vorträge des 5. Trilateralen Seminars geben davon ein beredtes Zeugnis. Die Referate von Young-Whan Kim, Bernd Rüthers und Ken Takeshita hatten Grundlagenfragen zum Gegenstand, während sich Seung-Ju Bang den Schutzpflichten des Staates widmete. Weitere Vorträge befassten sich mit zivil-, versicherungs- und wirtschaftsrechtlichen Fragestellungen (Ho-Young Song, Woo-Hyun Chun, Astrid Stadler, Toshiaki Takigawa, Rüdiger Wilhelmi, Jens Koch/Marie-Isabel Klett) sowie der Rolle des Steuerrechts (Oliver Fehrenbacher). Ein strafrechtlicher Vortragsblock rundete das wissenschaftliche Programm ab (Keiichi Yamanaka, Rudolf Rengier, Rikizo Kuzuhara, Jörg Eisele, Hirokazu Kawaguchi, Taira Nishi).

Dem Herausgeber ist es erneut ein großes Anliegen, all denjenigen zu danken, welche die Durchführung des 5. Trilateralen Seminars durch ihre ideelle oder finanzielle Unterstützung ermöglicht haben. Der Dank gilt in besonderer Weise erstens dem Auslandsreferat/International Office der Universität Konstanz. Zweitens konnte zu unserer großen Freude die Deutsch-Japanische Juristenvereinigung als Mitveranstalterin gewonnen werden, die ebenfalls mit einem namhaften finanziellen Beitrag die Tagung gefördert hat.

Ein besonderes Dankeschön gebührt meiner Sekretärin, Frau Silvia Lehmann, die nicht nur auf allen Ebenen bei der Organisation des Seminars in unentbehrlicher Weise mitgewirkt, sondern darüber hinaus mit sicherer Hand

die Vorträge in die vorliegende elektronische Buchform gebracht hat. Schließlich ist dem Lehrstuhlteam zu danken, das die Last des Korrekturlesens mit getragen hat (Dr. Christian Brand, Maximilian Lenk, Christian Sperling, Natalie Unseld).

Prof. Dr. Rudolf Rengier

Konstanz, im Juni 2013

INHALT

Young-Whan Kim***	Die Rolle des Rechts unter dem Aspekt des Verantwortungsdiskurses in der Risikogesellschaft	1
Bernd Rüthers*	Juristische Instrumente zur Bewältigung von Ausnahmelagen	13
Ken Takeshita**	Das Vorsorgeprinzip und seine wirkliche Tragweite für die Bewältigung von Katastrophen	23
Seung-Ju Bang***	Die Pflicht des Staates, Katastrophen zu verhüten und die Bürger vor ihren Gefahren zu schützen	31
Ho-Young Song***	Ersatz von Schäden, bei denen Naturgewalten und schuldhafte Handlungen in Konkurrenz stehen - unter besonderer Berücksichtigung koreanischer Beispiele -	41
Woo-Hyun Chun***	Versicherungen gegen Naturkatastrophen – insbesondere das Versicherungssystem als Vorsorge gegen Erdbeben	49
Astrid Stadler*	Kollisionsregeln und Anwendbares Recht für Schadensersatzansprüche bei internationalen Massenschäden oder Massenunfällen	53
Toshiaki Takigawa**	Competition Law and Policy in Times of Economic Crisis: Focusing on Japanese Experiences	67
Rüdiger Wilhelmi*	Die AIFM-Richtlinie der EU als Reaktion auf systemische Risiken von Schattenbanken angesichts der Finanzmarktkrise	79

Jens Koch/Marie-Isabel Klett*	Katastrophenanleihen (Cat-Bonds)	95
Oliver Fehrenbacher*	Die Rolle des Steuerrechts bei der Bewältigung von Katastrophen	105
Keiichi Yamanaka**	Katastrophen und Fahrlässigkeitsdelikte – Strafrechtliche Organisationshaftung -	115
Rudolf Rengier*	Die Rolle des Strafrechts bei Katastrophen	131
Rikizo Kuzuhara**	Strafrechtliche Verantwortung des Autofahrers bei Verkehrsunfällen durch Bewusstlosigkeit am Steuer	141
Jörg Eisele*	Die Rolle des Europäischen Strafrechts bei Umweltkatastrophen	149
Hirokazu Kawaguchi**	Beihilfe zur Urheberrechtsverletzung – durch Veröffentlichung eines sog. P2P-Programms im Internet? – Der japanische Winny-Fall	163
Taira Nishi**	Internationalization of Criminal Law and Criminalization in International Law	169

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

Die Rolle des Rechts unter dem Aspekt des Verantwortungsdiskurses in der Risikogesellschaft

Young-Whan Kim, Seoul

I.

1. Die sog. Risikogesellschaft, in der wir uns befinden[1], zeichnet sich in doppelter Hinsicht aus: Auf der objektiven Ebene sind wir sowohl mit dem mannigfachen Zerstörungspotential, das der technische Fortschritt in den letzten Jahrzehnten herbeigeführt hat, als auch mit der zunehmenden Risikodichte und der wachsenden Komplexität der sozialen Systeme konfrontiert. Auf der subjektiven Ebene haben wir im Alltag das Gefühl des Bedrohtseins, weil wir diesen mannigfaltigen Gefahren ausgesetzt sind. Wenn wir nun versuchen, diese Problemlage in den Griff zu bekommen, sollte zuerst in Umrissen klargestellt werden, um welche Art von Risiko es dabei geht.

Wie schon angedeutet, bezieht sich der erste Risikodiskurs auf die Hochtechnologie, deren Hauptproblem darin besteht, dass ihr Versagen nicht zu einem Stillstand, sondern eher zu unabsehbaren verhängnisvollen Folgewirkungen führt, die sich nicht mehr beherrschen lassen. Wegen der nur einzudämmenden Katastrophenträchtigkeit bestimmter Technologien kommt der Risikodiskurs in einem diffizilen politischen Kontext zustande, den wir zum Beispiel bei der Nuklearkatastrophe von Fukushima in Japan[2] erlebt haben. Zweitens ist zu erwähnen, dass die Biotechnik mitsamt der Gentechnologie eine Sonderstellung einnimmt. Neben der Befürchtung, dass sich neue schädliche Lebensformen verbreiten können, stellt sich auch die Frage der Unabsehbarkeit der Folgen von genetischen Manipulationen. Sollte der Mensch grundsätzlich technisch beeinflussbar werden, wie neue Untersuchungen andeuten, und dies sogar in irreversibler Weise, so scheinen fundamentale Prämissen unserer Kultur, nämlich die Menschenwürde, in Zweifel gezogen zu werden. Ein dritter Diskurs über die Selbstgefährdung

---

[1] Bekanntlich stammt diese Bezeichnung von *Ulrich Beck*. Dazu *ders*., Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, 1986, S. 35f. Zur strafrechtlichen Rezeption dieses Begriffs siehe *Prittwitz*, Strafrecht und Risiko, Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, 1991.

[2] Sie bezeichnet eine Reihe katastrophaler Unfälle und schwerer Störfälle im japanischen Kernkraftwerk Fukushima Daiichi (*Fukushima I*) und deren Auswirkungen. Die Unfallserie begann am 11. März 2011 um 14:47 Uhr (Ortszeit) mit dem Tohoku-Erdbeben und lief gleichzeitig in vier von sechs Reaktorblöcken ab. Nach einer Erklärung der japanischen Regierung vom 20. März 2011 soll das Kraftwerk ganz aufgegeben werden. Die Entsorgungsarbeiten werden voraussichtlich 30 bis 40 Jahre lang dauern.

der Menschen setzt bei den verheerenden Folgen unsorgsamer Handlungsweisen unserer Zeit an: beim Verbrauch organischer Energie, bei der Produktion und dem unvorsichtigem Gebrauch umweltschädlicher Substanzen sowie beim Transport riesiger Mengen von Rohöl auf den Weltmeeren. Was diese ökologischen Gefährdungen von den erwähnten Hochtechnologien unterscheidet, ist die Alltäglichkeit des schädlichen Verhaltens, das nicht leicht wahrnehmbar ist und dessen Gefährdungspotential sich erst aus der Einsicht in komplexe ökologische Zusammenhänge erschließt.

2. Angesichts des Stellenwertes, den der Verantwortungsbegriff in der gegenwärtigen Moralphilosophie einnimmt, muss die Beobachtung überraschen, dass er seine steile Karriere erst vor wenig mehr als einem Jahrhundert angetreten hat. Tatsächlich lässt sich in der klassischen Ethik von Aristoteles bis Kant der Begriff "Verantwortung" schwer verfolgen. Erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts findet er größere Verbreitung, um im 20. Jahrhundert in den Rang einer ethischen Schlüsselkategorie aufzusteigen. Dies steht in engem Zusammenhang mit der technischen und industriellen Entwicklung im 19. Jahrhundert.[3] Hier sei auch erwähnt, dass sich die Soziologie in diesem geschichtlichen Kontext herausbildete.

Unabhängig von seiner geschichtlichen Entwicklung zielt der Begriff der Verantwortung in seiner ersten und grundlegenden Bedeutung auf das Problem der Zurechnung von Handlungsfolgen. Dieses Problem ist zentral für jedes bewusste menschliche Zusammenleben, und so ist es nicht verwunderlich, dass wir uns schon frühzeitig mit ihm beschäftigt haben. Diese lange Problemgeschichte hat uns dazu verleitet, die spezifische Lösung, die sich in der abendländischen Tradition des moralischen Denkens herausgebildet hat, als zu selbstverständlich oder zumindest einzig rationale anzusehen. Demgegenüber wurde festgestellt, dass sich die fragliche Beziehung zwischen Subjekt und Objekt nicht aus der Natur der Sache automatisch ergibt, sondern erst hergestellt werden muss. Wenn in diesem Sinne die Idee der Verantwortung das Resultat einer "Konstruktion" sein soll[4], sind nicht nur

---

[3] Geschichtlich gesehen ist das Wort "Verantwortung" wesentlich älter. Dem Grimmschen Wörterbuch zufolge lässt es sich bis in die zweite Hälfte des 15. Jahrhunderts zurückverfolgen. Jedoch wurde nicht das jeweilige Substantiv, sondern zumeist die Adjektive "responsible", "verantwortlich" verwendet. Vgl. dazu *Bayertz*, Eine kurze Geschichte der Herkunft der Verantwortung, in: *ders*. (Hrsg.), Verantwortung. Prinzip oder Problem, 1995, S. 3.

[4] Dass der Begriff der Verantwortung eine Konstruktion darstellt, zeigt auch seine sprachliche Wurzel. Etymologisch leitet sich das deutsche Wort aus dem "Antwort geben" her, seine französische und englische Entsprechung aus dem lateinischen verbum "respondere", was "antworten" bedeutet. Die Vergegenwärtigung dieser sprachgeschichtlichen Wurzel gibt einen Hinweis auf zwei wichtige Bedeutungselemente des Begriffs. Erstens: Antwort geben kann man nur auf eine Frage; es ist ein reaktives Verhalten, das immer auf die Initiative eines anderen zurückgeht. Das heißt: Verantwortlich kann man nicht *sein*, sondern man wird von anderen verantwortlich *gemacht*. Da dies dadurch geschieht, dass man zur Antwort aufgefordert wird, kommt dann das zweite Element ins Spiel: die Dimension des Dialogs, der Rede und Gegenrede, der Beschuldigung und Verteidigung. Dadurch erweist sich "Verantwortung" als eine kommunikative Auseinandersetzung zwischen zwei oder mehreren Parteien, in der einer für sein Handeln zur Rede gestellt wird und dann Gelegenheit erhält, sich zu rechtfertigen. Siehe dazu *Bayertz* (Fn. 3), S. 16 f.

verschiedene Lösungen möglich, sondern auch unter verschiedenen Bedingungen unterschiedliche Konzepte notwendig[5].

Beim Rückblick auf die geschichtliche Entwicklung des Begriffs der Verantwortung zeigt sich deutlich, dass zwei Zurechnungsmodelle in der normativen Struktur und in den sozialen Bedingungen stark voneinander divergieren: das klassische und das spätere moderne Modell. Im Folgenden wird versucht, das Charakteristikum des modernen Verantwortungsmodells herauszustellen. Zunächst wird auf sein Deutungsmuster eingegangen, nach dem sich die Zurechnung in der Risikogesellschaft vollzieht. Dann werden drei Besonderheiten dieses Verantwortungsmodells, nämlich der Konsequentialismus mit seiner Folgenorientierung, die Globalisierung und die Ontologisierung plastisch dargestellt. Abschließend wird ein kritischer Blick auf die Perspektiven dieses Modells geworfen.

II.

Bekanntlich entsteht die Idee der Verantwortung aus dem Versuch, ein bestimmtes Problem dadurch zu lösen, dass eine Vielzahl von moralischen Urteilen eine Beziehung zwischen einem Subjekt des Handelns und einem Objekt der Bewertung herstellt. Dadurch beinhaltet der Prototypus der Verantwortung, dass jemand Verantwortung für etwas gegenüber andern schuldet. Daraus ergibt sich, dass Verantwortung eine dreistufige Relation hat: (1) Subjekt der Verantwortung, (2) ein Objekt der Zurechnung, (3) den Gegenstand, der dem Subjekt zugerechnet wird. Zum Beispiel sind Eltern für ein schädigendes Verhalten ihrer Kinder gegenüber den Geschädigten verantwortlich, der Unternehmer schuldet für seine Geschäftsführung Verantwortung seinen Angestellten gegenüber.

Das sog. klassische Modell der Verantwortung zeichnet sich gerade dadurch aus, dass ihm deontologische Moralsysteme zugrunde liegen. Nach diesen ist eine Handlung erst dann gut, wenn sie mit den gültigen Normen übereinstimmt. Das heißt, diese Moralsysteme denken in den Kategorien von Zuständigkeit, Pflicht und Normbefolgung[6]. Dabei besteht die Zuständigkeit wiederum aus drei Elementen. Zuerst dient die Kausalität als Basis für die Zuschreibung einer Handlungsfolge. Indes erscheint die nackte Tatsache des Schadens nicht als ausreichend, um seinen Urheber verantwortlich zu machen. Es müssen zweitens bestimmte subjektive Faktoren hinzukommen: die Intentionalität der Handlung, die Voraussehbarkeit der Folgen und die Freiheit, auch anders entscheiden und handeln zu können. Freilich stellt die Freiheit keine empirisch feststellbare Tatsache dar, sondern eine normative Unterstellung, die ohne weiteres vorausgesetzt wird. Als drittes Element kommt der Bezug auf ein jeweils bestimmtes System von Normen und Werten hinzu. Diese normative Dimension, die dem Verantwortungsproblem not-

---

[5] Dabei ist zu erwähnen, dass die Wandlungen des Verantwortungsbegriffs in den letzten zwei Jahrhunderten auf Wandlungen in der Struktur und Reichweite des menschlichen Handelns zurückzuführen sind. Aber konstruktiv für die spezifische Lösung des Zurechnungsproblems sind außer solchen empirischen Bedingungen auch bestimmte philosophische Annahmen, darunter vor allem die Idee der menschlichen Freiheit und Autonomie. Dazu *Bayertz* (Fn. 3), S. 20 ff.

[6] Näher dazu *Neumann*, Zur Veränderung von Verantwortungsstrukturen unter den Bedingungen des wissenschaftlich-technischen Fortschritts, Rechtstheorie 2005, 441.

wendig innewohnt, gehört der jeweiligen Gemeinschaft an, deren Mitglieder der Täter und das Opfer sind.

Das klassische Modell der Verantwortung gerät aber spätestens dann unter Druck, wenn die technische Entwicklung Gefährdungspotentiale produziert, die zwar generell, nicht aber in jedem Einzelfall beherrschbar sind. Hier zeigt sich nun, dass Schäden auch bei individuell sorgfältigem Umgang mit der Technik nicht zu vermeiden sind. Im traditionellen Modell stellt sich deshalb die Alternative, entweder dem Opfer zuzumuten, den Schaden hinzunehmen, oder den Einsatz der Technologie generell für rechtswidrig zu erklären. Freilich sind diese beiden Lösungen bedenklich. Denn die erste hätte eine gravierende Ungerechtigkeit gegenüber dem Opfer zur Folge, während die zweite zum Ausstieg aus der technischen Entwicklung führte. Deshalb ergibt sich die Notwendigkeit, die Haftung von der Rechtswidrigkeit der Handlung abzukoppeln. Wie Neumann zutreffend gesagt hat: „Der Einsatz von gesellschaftlich akzeptierten und deshalb legalisierten, aber riskanten Technologien führt zur Gefährdungshaftung als Verantwortlichkeit für bestimmte unerwünschte Folgen rechtsmäßigen Verhaltens. Zwischen die schon traditionell haftungsbegründende rechtswidrige Tat einerseits und dem allein vom Opfer selbst zu bewältigenden Zufall andererseits tritt damit als die dritte Kategorie der *Unfall*, die konkret unvermeidbare Folge einer wegen ihres gesellschaftlichen Nutzens akzeptierten generellen Gefährdung."[7]

Dabei zeigt sich, dass die Idee einer verschuldensunabhängigen Haftung erst im 19. Jahrhundert als eigenständiges Rechtsinstitut etabliert wurde, weil die moderne Technik risikoträchtig war. Eine solche Gefährdungshaftung wird dann statuiert, wenn die Einrichtung und der Betrieb einer technischen Anlage eine besondere Gefahr zeitigen. Und sie beruht auf der Idee, dass derjenige, der die Gefahrenquelle unterhält, um dann aus ihr Gewinn zu ziehen, auch die Verantwortung für die sich daraus ergebenden Risiken tragen soll, unabhängig davon, ob der Eintritt des Risikos auf ein vorwerfbares Verhalten des Betreibers zurückgeht oder nicht. Es liegt auf der Hand, dass das Deutungsmuster der Verantwortung in dieser Weise anders als früher zu formulieren ist. Das heißt: Die Einführung einer Haftung für die Folgen eines rechtmäßigen Verhaltens markiert den Beginn des neuen Modells der Verantwortung, indem der Raum der Zuständigkeit für das Geschehene weit über das klassische Modell hinaus erweitert wird. Denn auch wenn man sich normgemäß verhalten hat, können einem die Folgen bestimmter Handlungen zugeschrieben werden. Hier zeigt sich deutlich, dass die neu formulierte Kategorie des sog. Unfalls den wichtigen Bezugspunkt zur Verantwortung bildet.

III.

Neben dem unterschiedlichen Bezugspunkt der Verantwortung zeigen sich in normlogischer Hinsicht folgende strukturelle Besonderheiten des modernen Zurechnungsmodells.

1. Bekanntlich stellt sich die Frage nach der Verantwortung im

---

[7] *Neumann* (Fn. 6), 437 f.

klassischen Verständnis immer nur ex post. Sie wird veranlasst durch ein negativ bewertetes Ereignis und zielt auf den menschlichen Urheber dieses Ereignisses hin. Da sie davon ausgeht, dass das Ereignis bereits eingetreten ist, muss die Frage nach der Verantwortung in die Vergangenheit gerichtet werden. In der risikoreichen Gesellschaft ist aber die Frage noch wichtiger, ob und inwiefern solche Risiken vermieden werden können. Neben die klassische Frage, wer für einen eingetretenen Schaden Verantwortung trägt, tritt die Frage, wer für die Erledigung der kommenden Aufgaben zuständig ist. Damit aber richtet sich der Blick nicht mehr in die Vergangenheit, sondern in die Zukunft. Kurz: Während der klassische Verantwortungsbegriff *retrospektiv* war, ist der neue Verantwortungsbegriff *prospektiv*.

Diese Umkehr der Zielrichtung hat Folgen für den Inhalt der Verantwortung. Während die retrospektive Verantwortlichkeit sich lediglich auf negativ bewertete Folgen bezieht, zielt die prospektive Verantwortlichkeit auch auf positiv bewertete Zustände. Man wird nicht mehr für bereits eingetretene Schäden verantwortlich gemacht, sondern sowohl für die Vermeidung künftiger Schäden als auch für die Erhaltung oder Herstellung erwünschter Zustände. Dadurch kommt eine *Umstellung von einer normbezogenen auf eine folgenorientierte Verantwortung* zustande. Während es nach dem normorientierten (deontologischen) Moralsystem lediglich auf die Übereinstimmung der Handlung mit der Norm ankommt, verfährt *das konsequentialistische Modell* völlig anders[8]. Konkret: Die moralische Qualität der Handlung bestimmt sich hier ausschließlich nach den Folgen, die aus der Vornahme der Handlung resultieren. Der Bereich der Verantwortung wird nicht mehr allein durch bestehende Gebote und Verbote festgelegt, sondern durch die Aufgabe, zukünftige Ereignisse herbeizuführen oder zu vermeiden[9]. Diese Umstellung bedeutet eine erhebliche Belastung für den Handelnden. Denn Normkonformität reicht nicht aus, vielmehr muss er sich auch um die Folgen des normkonformen Verhaltens kümmern.

In der Tat hat die Risikogesellschaft ein Bedürfnis nach der Minimierung von Unsicherheiten dort, wo sie die Gefahren nicht leugnen kann. Dieses Bedürfnis verstärkt in zunehmendem Maße die Neigung, die Entstehung bestimmter Gefahren schon in einem frühen Stadium der Entwicklung zu blockieren. Im Strafrecht spiegelt sich diese Entwicklung vor allem in der *Gewichtsverschiebung von Verletzungsdelikten hin zu Gefährdungsdelikten*[10]. Danach tritt an die Stelle der Schädigung eines anderen das Verbot der übermäßigen Gefährdung. Das heißt: Man will bereits Handlungsweisen, die gefahrbegründend sein können, im Keim ersticken. Durch diese vorfelderfassenden Deliktstypen reduziert man zugleich auch die

---

[8] Grundlegend zur Alternativität deontologischer und konsequentialistischer Ethiken *Frankena*, Analytische Ethik, 1972, S. 32 ff.

[9] Typisch für dieses neue Verständnis von Verantwortung als Vorsorge sind heute die viel diskutierten Bereiche der ökologischen Verantwortung, die an die Stelle des traditionellen Pflichtbegriffs tritt. Denn die moderne Risikogesellschaft ist durch eine wachsende Komplexität und Unübersichtlichkeit gekennzeichnet.

[10] Nach *Seelmann* sind zwei Methoden der Vorfeldkriminalisierung zu konstatieren, zum einen mittels Formulierung vorgelagerter Rechtsgüter (d. h. Universalrechtsgüter), zum anderen durch die Konstruktion vorfelderfassender Deliktstypen (wie abstraktes Gefährdungsdelikt); siehe dazu *ders.*, Risikostrafrecht, KritV 1992, 453 ff.

Anforderungen an etwaige Verletzungserfolge und die Kausalität. Stattdessen stellt man unabhängig von einem Taterfolg bereits Handlungen unter Strafe, die erfahrungsgemäß gefährlich sein können. So reicht es beispielsweise aus, dass die Handlung geeignet ist, ein Umweltmedium zu beeinträchtigen. Als Strafbarkeitsvoraussetzung muss etwa Abfall nur geeignet sein, Wasser, Luft oder Boden nachteilig zu verändern. Es handelt sich um ein sog. potentielles oder abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt. Ob und inwieweit diese Entwicklung im Strafrecht zu rechtfertigen ist, kann an dieser Stelle nicht eingehend dargestellt werden[11]. Hier genügt es zu konstatieren, dass der Konsequentialismus die Moralphilosophie des technischen Zeitalters ist, der den Bereich der Zuständigkeit erheblich erweitert.

2. Im klassischen bzw. retrospektiven Sinne verantwortlich gemacht wurde man in der Regel für die Folgen seines Handelns, die bereits eingetreten sind. Wenn nun aber Verantwortung impliziert, dass ich einen erwünschten Zustand aufrechterhalten oder gar herstellen soll, dann setzt das nicht notwendig ein Handeln voraus, um diese Verantwortung zu verfehlen. Das heißt: Für die Zurechnung ist ein Handeln nicht begriffsnotwendig. Andererseits ist es eine Frage der Perspektive, ob die Zurechnung als Folge einer Handlung oder als Folge einer Unterlassung beschrieben wird. Man kann z. B. die Umweltverschmutzung als eine Folge menschlichen Handelns deuten. Zugleich aber sind die Folgen nur deshalb existent, weil bestimmte andere Akteure nicht handeln, sondern geschehen lassen. Die Konsequenz entsteht somit zugleich aus dem Handeln der einen und dem Unterlassen der anderen. Damit wird insbesondere der Grundsatz obsolet, dass der Einzelne grundsätzlich nur für die eigenen Handlungen und deren Folgen verantwortlich ist. Zugleich relativiert sich dadurch auch die moralische Relevanz der Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen[12]. Neben dem realen Zusammenhang zwischen Handlung und Folgen begründet hier auch der virtuelle Zusammenhang zwischen Nichthandeln und Folgen moralische, teils auch rechtliche Verantwortlichkeit.

Es ist sicher kein Zufall, dass parallel zu dem bereits erwähnten Wandel des Verantwortungsbegriffs ethische Theorien auftreten, die die Differenz zwischen Handeln und Unterlassen grundsätzlich eliminieren. Aus konsequentialistischer Sicht ist es prinzipiell irrelevant, ob ein bestimmtes Ereignis die Folge einer Handlung oder einer Unterlassung ist. Eine solche Auffassung wäre für das überlieferte Denkmuster vollkommen unplausibel gewesen. Sie wird aber nahegelegt durch gesellschaftliche Rahmenbedingungen, unter denen eine Unterlassung ebenso weitreichende Konsequenzen haben kann wie eine Handlung. Insofern macht die *Gleichsetzung von Tun und Unterlassen* deutlich, dass es sich bei den Begriffen - Handlung, Zurechnung, Verantwortung - um soziale Konstruktionen handelt. Denn eine Unterlassung hat offenbar keine Entsprechung in der realen Welt,

---

[11] Zum Überblick über die Entwicklung der Strafrechtswissenschaft *Eser/Hassemer/Burkhard* (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrhundertwende, 2000. Vor allem zum Diskussionsstand über die Lehre vom Rechtsgut *Hefendehl/Hirsch/Wohlers* (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003; *Hirsch/Seelmann/Wohlers* (Hrsg.), Mediating Principles, 2006.

[12] Zur moralischen Relevanz der Unterscheidung unter Einbeziehung der rechtlichen Perspektiven *Birnbacher*, Tun und Unterlassen, 1995.

sondern wird aus den sich einstellenden Folgen rekonstruiert.

IV.

Selbstverständlich besteht unsere Verantwortung insoweit, als wir kausal bewirken. Damit sind wir nicht dafür verantwortlich, was außerhalb des Einflussbereiches unseres Handelns liegt. Aber die kausale Reichweite des menschlichen Handelns steht ja nicht fest, sondern ist Schritt um Schritt erweitert worden, zumal die Geschichte der Technik ein Prozess der beständigen Erweiterung menschlicher Macht ist. Je mehr wir wissen, desto größere Verantwortung tragen wir.

Da der Mensch jederzeit überall Gefahren ausgesetzt ist, hat er im Verlauf der Zeit allmählich gelernt, sie ausfindig zu machen und zugleich zu kontrollieren. Damit verändert sich aber die Eigenschaft dieser Gefahren: Sie werden nämlich zu Risiken[13], die bewusst eingegangen werden und auch zu verantworten sind. Luhmann zufolge besteht die Gemeinsamkeit von Gefahren und Risiken darin, dass sie sich auf künftige Schäden beziehen. Im Hinblick auf deren Zurechnung gibt es zwei Möglichkeiten. „Entweder wird der etwaige Schaden als Folge der Entscheidung gesehen, also auf die menschliche Entscheidung zugerechnet. Dann sprechen wir von Risiko. Oder der etwaige Schaden wird als extern veranlasst gesehen, also auf die Umwelt zugerechnet. Dann sprechen wir von Gefahr."[14] Kurz: Gefahren ist man ausgesetzt, wohingegen Risiken eingegangen werden.

Aber die Grenzlinie zwischen Risiko und Schaden verläuft nicht ganz klar[15]. Denn was als Gefahr und was als Risiko erscheint, hängt zunächst von der Perspektive des Beobachters ab. Dabei spielen unterschiedliche Wahrnehmungen und Interpretationen eine bedeutende Rolle. Ein häufig zitiertes Beispiel für die unterschiedliche Deutung des Geschehens ist der Streit zwischen Voltaire und Rosseau über das Erdbeben in Lissabon. Während Voltaire es als ein Naturereignis angesehen und folglich extern zugerechnet hat, besteht Rousseau darauf, dass die Folgen dieses Erdbebens auf unsorgsame menschliche Entscheidungen zurückgehen und daher dem Menschen zugerechnet werden sollen. Hier zeigt sich deutlich die unterschiedliche Interpretationsperspektive.

Wichtiger erscheint noch die Tatsache, dass im Zuge der gesellschaftlichen Entwicklung der Risikocharakter von Unsicherheiten stark in den Vordergrund rückt. Die wachsende Bedeutung des Risikobegriffs rührt daher, dass der Bereich natürlicher Gefahren allmählich von dem des Risikos okkupiert wird. Das bedeutet: Je umfassender unsere Kenntnisse über die

---

[13] Nach *Bayertz* entstand in der Frühphase des italienischen Handelskapitalismus – abgeleitet von dem Verbum rischiare (wagen) – der Begriff des Risikos zur Bezeichnung von Unsicherheiten, die unter menschlicher Entscheidung erzeugt werden. Am Beispiel der Handelsschifffahrt soll der Kaufmann die Unsicherheit, z. B. den Untergang des Schiffs, kalkulieren und auf entsprechende Kalkulationen eingehen, weil die Fracht für ihn die Basis seiner Gewinnchance darstellt. Dazu *ders.* (Fn. 3), S. 49.

[14] *Bayertz* (Fn. 3), S. 49.

[15] Vgl. dazu *Luhmann*, Soziologie des Risikos, 1991, S. 30 f. Dabei ist nicht zu verkennen, dass keine eindeutige Trennungslinie existiert. Was als Gefahr und was als Risiko erscheint, hängt nicht zuletzt von der Perspektive ab, aus der man eine Unsicherheit oder einen eingetretenen Schaden betrachtet.

Natur und je systematischer die Kontrollen über sie ausgebaut werden, desto mehr verlieren unerwartete Naturereignisse ihre Naturwüchsigkeit und nehmen mehr oder weniger anthropogenen Charakter an. Sie verlieren den Charakter von Schicksalsschlägen und werden als Menschenwerk angesehen, für das Verantwortung übernommen werden soll. Mit anderen Worten: Naturkatastrophen sind keine bloßen Naturkatastrophen mehr, soweit sie durch menschliche Intervention vermieden oder ihre Auswirkungen gemildert werden können. Aus schicksalhaften Gefahren werden kalkulierbare Risiken. Indem mit der bloßen Möglichkeit der Einflussnahme die Zuständigkeit für das Geschehene begründet wird, globalisiert sich der Bereich der Verantwortung. Kurz: Die Transformierung von der Gefahr zum Risiko ist ein Einfallstor für die *Globalisierung* der Verantwortung. Die Befürchtung, dass etwas schief gehen könnte, nimmt rapide zu und mit ihr auch das Risiko, Risiken Entscheidungen zuzurechnen. Damit erweist sich die Allgegenwart der Verantwortung in der modernen Gesellschaft als eine Konsequenz der Allgegenwart von Risiken.

V.

Abgesehen von den bereits genannten normativen Strukturmomenten der Verantwortlichkeit macht sich auch eine gewisse Veränderung in Bezug auf das Element des Subjektes bemerkbar. Nach dem klassischen Modell der Verantwortung stellt das Individuum das Subjekt der Zurechnung dar. Aber ein solches individualistisches Konzept stößt dort auf Schwierigkeiten, wo Organisationen und Institutionen zu maßgeblichen Akteuren geworden sind. Daher versteht es sich von selbst, dass der Gedanke des verantwortlichen Subjekts von der natürlichen Person auf die *juristische Person* übertragen wurde. Allerdings bleibt die juristische Konstruktion umstritten, wie man das Strafrecht auf die juristische Person erstrecken kann[16]. Noch schwieriger verhält es sich mit den Folgen unorganisierten Zusammenwirkens einer großen Zahl von Individuen und Organisationen. Die Folgen solchen Zusammenwirkens sind ja gerade zum Auslöser der gesamten Ökologiedebatte geworden: Das Waldsterben, das Ozonloch oder der Treibhauseffekt ergeben sich nicht aus der organisierten Zusammenarbeit von Individuen, die genau diese Effekte anstreben, sondern aus der Kumulation zahlreicher nichtkoordinierter Einzelhandlungen, mit denen ganz andere Ziele verfolgt

[16] Zur Strafbarkeit der Verbände gibt es viele Auffassungen. Teilweise wird ein "Maßregelmodell" vorgeschlagen, in dem auf die zweite Spur des Strafrechts zurückgegriffen wird (vor allem *Stratenwerth*, Strafrechtliche Unternehmenshaftung, Festschrift für R. Schmitt, 1992, S. 209 ff.). Daneben wird auch für "eine direkte Bestrafung von Verbänden" plädiert (z. B. *Hirsch*, ZStW 1995, 285 ff.). Da aber gegen ein solches Modell eingewandt wird, dass die Zurechnung fremder Handlung keine Verbandshandlung und fremde Schuld keine eigene Schuld des Verbandes darstellen, vertritt das sogenannte schuldanaloge Modell die Auffassung, dass den Verband ein eigenes Organisationsverschulden trifft (*Tiedemann*, NJW 1988, 1169). Dabei zeigt sich unmissverständlich, daß die Verbandsschuld eine Fiktion darstellt, weil die Fehlorganisation nicht vom Verband selbst, sondern nur von seinen Leitungspersonen vorgenommen werden kann. Wegen dieser Probleme wird ein "Sondermodell" entworfen, eine im Verhältnis zum Individualstrafrecht selbstständige Spur des Verbandstrafrechts einzurichten, wobei freilich die Dogmatik in den Grundstrukturen ähnlich bleibt (*Heine*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1998, S. 271 ff.). Siehe dazu *Roxin*, Strafrecht AT, 4. Aufl., 2006, S. 262 ff.

werden. Es versteht sich von selbst, dass eine kausale Zurechnung solcher globalen Effekte auf die individuelle Handlung unmöglich ist, wenn sich diese Effekte erst aus der Kumulation vieler Einzelhandlungen ergeben[17].

Dabei lässt sich auch beobachten, dass zur Lösung dieser Schwierigkeiten vorgeschlagen wurde, von der Zurechnung auf Individuen abzurücken und irgendwelche Formen der Kollektivverantwortlichkeit zu begründen. Das bedeutet: Wenn sich bestimmte Phänomene als Effekte aus dem spontanen Zusammenwirken einer Gesamtheit von Individuen ergeben, dann liegt es nahe, eben diese Gesamtheit als Subjekt der Verantwortung zu identifizieren. Im Hinblick auf die ökologische Krise hieße das: Da nur die Individuen gemeinsam ihre Verursacher sind, muss auch die Gesamtheit - die *Menschheit* - als Subjekt der Verantwortung betrachtet werden[18]. Da aber die Menschheit zwar kausaler Urheber ist, jedoch wegen ihrer mangelnden inneren Strukturiertheit nicht als entscheidungs- und handlungsfähiges Subjekt gelten kann, wird dieses Dilemma dadurch umgegangen, dass die Frage nach dem Subjekt von der nach der Verursachung abgelöst wird. Kurz: Der Ausweitung des Bereichs verantwortlicher Subjekte korrespondiert eine Erweiterung des Kreises der Objekte bzw. Gläubiger von Verantwortung[19]. Hinzugefügt sei auch, dass die Einsicht in die anthropogenen Ursachen drohender Katastrophen von den Vertretern der ökologischen Ethik nicht so sehr für die Zuweisung von Schuld, sondern für die Zuweisung einer präventiven Fürsorge-Verantwortung benutzt wird[20].

Eine solche Fürsorge-Verantwortung soll aber zwei Voraussetzungen haben. Die erste liegt in der kausalen Einflussmöglichkeit des Subjekts auf das Objekt, was im Hinblick auf die ökologische Problematik grundsätzlich gegeben ist. Fraglich ist aber die zweite Voraussetzung, nämlich die normative Relation zwischen Subjekt und Objekt, die nicht leicht zu begründen ist. Hier zeigt sich deutlich, dass die anthropozentrische Perspektive aufgegeben werden sollte, weil die Umweltzerstörung auf die Menschen selbst zurückgeht, die die Natur auf ihre Bedürfnisse hin interpretieren. Daher bleibt nichts anderes übrig, als diese normative Beziehung im Objekt selbst herzustellen. Durch diese *Ontologisierung* ergibt sich die Verantwortung unmittelbar aus dem inhärenten Wert, der einem bestimmten Objekt zuerkannt wird. Im Grunde genommen handelt es sich um einen Versuch, die normative Struktur des Sachverhalts der faktischen Struktur unmittelbar anzugleichen, indem das Handlungsobjekt selbst mit normativen Qualitäten ausgestattet wird. Der Axiologie geht die Ontologie vor in dem

---

[17] Es nimmt daher nicht wunder, wenn im Strafrecht der Begriff des Kumulationstatbestands eingeführt wird. Zum Kumulationsdelikt siehe *Kuhlen*, Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB), GA 1986, 389 ff.; *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002. Kritisch *Roxin*, Strafrecht AT, 4. Aufl., 2006, S. 38; *Hassemer/Neumann*, in: Nomos-Kommentar zum StGB, 3. Aufl., 2010, vor § 1 Rn. 137.

[18] Grundsätzlich dazu *Jonas*, Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation, 1979.

[19] Damit ist der Adressat der Verantwortung gemeint. Dabei wird nun behauptet: Verantwortlich ist nach dem neuen Modell das Subjekt nicht mehr nur gegenüber existenten menschlichen Individuen oder Gruppen, sondern auch gegenüber künftigen Generationen. Es wird aber auch versucht, neben dem Menschen Tieren, Pflanzen, der Umwelt, Wasser und Luft ein subjektives Recht zu verleihen.

[20] Die folgende Darstellung bezieht sich weitgehend auf *Bayertz* (Fn. 3), S. 55 ff.

Sinne, dass die Verantwortung wirklich vom Objekt kommen muss[21].

Freilich bleibt unklar, ob und inwiefern diese ökologische Konstruktion darauf Einfluss ausübt, im Strafrecht neben den individuellen Rechtsgütern universale Rechtsgüter anzuerkennen. Im Strafrecht werden neben Leben und Eigentum in zunehmendem Maß System- und Funktionszusammenhänge als überindividuelle Rechtsgüter anerkannt. Man hat z. B. im Umweltstrafrecht die Umwelt als solche oder ihre Medien Wasser, Boden und Luft zu eigenständigen Rechtsgütern erklären, auch weil ihre Beeinträchtigung letztlich Leib und Leben von Menschen betrifft[22]. Es versteht sich von selbst, dass die Ableitung von Universalrechtsgütern für das Strafrecht in der Risikogesellschaft noch näher liegt. Unabhängig davon, ob dieser Weg sowohl normlogisch begründbar als auch praktisch gangbar wäre, bleibt festzustellen, dass die Bejahung eigener Rechte der Umwelt tendenziell zu einer erheblich schärferen Regelung als die Annahme führt, es gehe ausschließlich um den Schutz des menschlichen Interesses an der Erhaltung einer menschenfreundlichen Umwelt.

VI.

Der Sinn und Zweck des Verantwortungsbegriffs besteht darin, eine Beziehung zwischen (moralischen) Subjekten und (moralischen) Objekten herzustellen. Dies gelingt immer dann, wenn das Objekt einem Subjekt zugerechnet wird, gleichgültig, ob es sich bei diesem Objekt um eine Handlungsfolge (retrospektive Zurechnung) oder um einen zu erhaltenden oder herzustellenden Zustand (prospektive Zurechnung) handelt. Aufgabe einer Theorie der Verantwortung ist es dementsprechend, Kriterien für eine solche Zuschreibung zu entwickeln und zu begründen. Und im modernen Verantwortungsmodell rücken unter den Bedingungen der Risikogesellschaft neuartige Gegenstände der Verantwortung in den Vordergrund. Ob es sich um die Haftung für technische Unfälle oder um die Sorge für die Erhaltung der Natur handelt: In solchen Fällen geht es um Problemkomplexe, von denen eine große Anzahl von Menschen betroffen ist und die öffentlich wahrgenommen werden. Die Verantwortung wächst über den Rahmen unmittelbarer Beziehungen zwischen Individuen hinaus und wird mehr und mehr zur Sicherung öffentlicher Güter mobilisiert[23]. Von daher versteht es sich von selbst, wenn sowohl für die Globalisierung der Verantwortung im Allgemeinen als auch für ein effektives und funktionales Strafrecht im Besonderen plädiert wird.

Bedenklich daran ist zunächst das Merkmal des Subjekts der Ver-

---

[21] *Bayertz* zufolge ist es bereits in logischer Hinsicht nicht möglich, in diesem ontologischen Modell die Verantwortung selbst herauszupräparieren. Denn diese setzt die freie menschliche Wahl voraus, was hier von vornherein ausgeschlossen ist. Dazu *ders.* (Fn. 3), S. 67 f.

[22] Allerdings werden neben der Umwelt auch im Wirtschaftsstrafrecht Funktionen und Institutionen des Wirtschaftslebens wie die Leistungsfähigkeit von Banken oder des staatlichen Wirtschaftslebens als Schutzgüter angesehen.

[23] Dieses Phänomen hängt eng mit der Industrialisierung zusammen, in der die Umwälzung der Produktionssysteme vor allem durch die intensivierte Arbeitsteilung erfolgt ist. Daher besteht keine direkte Beziehung zwischen dem Akteur und der von ihm hervorgerufenen Folge. Dazu ausführlich *Bayertz* (Fn. 3), S. 25 ff.

antwortung, denn es wird eines der Merkmale des traditionellen Verständnisses von moralischer Verantwortung zunehmend unplausibel. Unter dem Einfluss der Subjektivitätsphilosophie wurde moralische Verantwortung als eine innere Rechenschaft aufgefasst, wobei das autonome Ich des Menschen im Vordergrund steht. Vor dem Hintergrund der neuartigen gesellschaftlichen Probleme, die mit dem Übergang zur modernen, funktional differenzierten Gesellschaft zunehmend dominant wurden, erscheint diese Leitvorstellung der inneren Rechenschaft als nicht länger befriedigend[24]. Im Hinblick auf Handlungen, die über den Nahbereich des unmittelbaren Kontaktes weit hinausgehen und bei denen zwischen handelndem Individuum und Handlungsfolge mitunter genug Zwischenglieder eingeschoben sind, um die sich daraus ergebenden Folgen für das Subjekt zu verbergen, musste das individuelle Gewissen als zu privat erscheinen, um als Rechtfertigungsinstanz noch akzeptiert werden zu können. Deshalb wird der Bereich der Zuständigkeit vom Individuum auf die Kollektive ausgedehnt.

Dabei zeigt sich aber, dass unüberwindbare Probleme dort auftreten, wo die individuellen Beiträge zu den kollektiven Entscheidungen kaum aufklärbar oder juristisch nicht erfassbar sind. Außerdem führt diese Vorstellung über die Verantwortlichkeit von Kollektiven zu einer Abkoppelung der strafrechtlichen Haftung von der moralischen Verantwortlichkeit und damit zu einer Instrumentalisierung des Verantwortungskonzepts, was die Ernsthaftigkeit der strafrechtlichen Verantwortung weitgehend beeinträchtigt[25]. Parallele Probleme zum kollektiven moralischen Subjekt entstehen, wenn die Menschheit als Ganzes zum Träger moralischer Verantwortlichkeit erhoben wird. Denn ihr Subjekt ist überdimensionalisiert und lässt damit keinen Raum mehr für Personen oder Instanzen, denen Verantwortung geschuldet wird. In welchem Sinne sollte die Menschheit als ein Subjekt aufgefasst werden können? Denn der Begriff des Subjekts setzt die Verfügung über kausale Handlungsmacht voraus, stellt aber weitere Anforderungen: Intentionalität, Vorausschau, Entscheidungsfähigkeit und Handlungsfreiheit gehören dazu. All diese Eigenschaften sind bei menschlichen Individuen gegeben, und in abgeleiteter Form können sie auch Institutionen und Organisationen zugeschrieben werden. Bei der Menschheit kann davon aber nicht die Rede sein. Sie ist kein Individuum und auch keine strukturierte Einheit von Individuen, sondern ein bloßes Konglomerat von Menschen, die jeweils ihre eigenen Ziele verfolgen[26].

Auch in Bezug auf die praktische Funktion des Verantwortungsbegriffs

---

[24] Gegen dieses anthropozentrische Menschenbild erhebt sich kein geringerer Einwand, als dass diese Modellvorstellung den gegenwärtigen Umständen nicht ganz gerecht werden kann. Denn es geht nun eben um die grundlegende Veränderung der Einstellung des Menschen zu sich selbst und der ihn umgebenden Welt, ohne die die neuzeitlichen Probleme nicht sachgemäß gelöst werden können. Zu dieser kritischen Ansicht *Stratenwerth*, ZStW 1993, 688 ff.; *ders*., Wie wichtig ist die Gerechtigkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, S. 353 ff.

[25] Zustimmend *Neumann* (Fn. 6), S. 439.

[26] *Bayertz* behauptet; dass die Elimination des Subjekts eine Ursache für die allenthalben grassierende Beliebigkeit und Folgenlosigkeit des Verantwortungsdiskurses sei. Dazu *ders*. (Fn. 3), S. 67. Zur massiven Kritik in dieser Richtung *Krawietz*, Theorie der Verantwortung - neu oder alt?, in: *Bayertz* (Hrsg.), Verantwortung. Prinzip oder Problem, 1995, S. 191 ff.

lässt sich ein gewichtiger Einwand gegen dieses Modell erheben. Der Begriff der Verantwortung übt eine Entlastungsfunktion aus, indem die Verantwortlichen von den Nichtverantwortlichen scharf abgegrenzt werden. Für diese Sortierung hat das klassische Modell Kriterien entwickelt, welche die Verantwortung für eine Handlungsfolge an kausale Urheberschaft, Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit knüpft. Dagegen ist für die Fürsorge-Verantwortung, die dem neuen Denkmuster zugrunde liegt, kein vergleichbares Modell vorhanden. Auch in Bezug auf das Strafrecht ist nicht zu verkennen, dass das Kennzeichen des sog. Risikostrafrechts darin besteht, Konflikte sozialplanerisch nach Effizienzgesichtspunkten zu steuern, indem versucht wird, die Zitadelle klassisch-liberaler Zuordnungsvoraussetzungen zu schleifen. Darin liegt ein Potential von Freiheitsgefährdung[27]. Angesichts dieser Lage soll mit Nachdruck dafür plädiert werden, die Voraussetzung der Verantwortlichkeit unbedingt am menschlichen Individuum als Person anzubinden, die seit der Philosophie der Aufklärung im Mittelpunkt des Begriffs der Verantwortung steht. Erst dann ist es auch möglich, das Objekt der Verantwortung einigermaßen zu präzisieren, wenn entgegen der Tendenz der Ontologisierung die Autonomie des Subjektes der Verantwortung und die Neutralität der Natur rehabilitiert werden[28]. Wenn all diese Voraussetzungen entfallen, entsteht nicht ohne Grund ein Chaos mit dem Begriff der Verantwortung.

---

[27] Dieses Modell zeichnet sich durch ein rein funktionalistisches Strafrecht aus, das sich nur am Zweck einer wirkungsvollen Abwehr in der Zukunft drohender Risiken orientiert, wofür die überkommenen Zurechnungsregeln weitgehend aufgegeben werden, falls diese für die Bekämpfung der neuen Risiken hinderlich wären (siehe dazu *Kratzsch*, Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, 1985). Da dies nicht unbedenklich erscheint, wird von der sog. Frankfurter Schule ein anderer Lösungsweg vorgeschlagen. Danach sollte das Strafrecht auf seinen traditionellen Kern zurückgeführt werden, während die modernen Probleme der Zukunftssicherung mittels des Interventionsrechts geregelt werden (dazu *Hassemer*, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, ZRP 1992, 378 ff.; *Herzog*, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, 1991, S. 70 ff.; *Albrecht*, Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat, KritV 1988, 182 ff.; *Prittwitz*, Strafrecht und Risiko, 1986, S. 364 ff.). Kritisch zu diesem Modell *Stratenwerth* (Fn. 24), 688.

[28] *Bayertz* zufolge fordert das Programm der Ontologisierung, zwei Grundkonzeptionen der Moderne, nämlich (1) die Idee der moralischen Autonomie der Menschheit und (2) die Idee der moralischen Neutralität der Natur in Frage zu stellen. Dazu *ders.* (Fn. 3), S. 58 ff.

Juristische Instrumente zur Bewältigung von Ausnahmelagen

Bernd Rüthers, Konstanz

I. Was sind „Katastrophen“?

Der Begriff kommt aus dem Griechischen und bedeutet wörtlich eine plötzliche, unvorhergesehene „Wendung zum Niedergang“, ein folgenschweres Unglück.

Katastrophe im engeren Sinn ist eine großräumige Schadenlage, die mit der üblichen Gefahrenabwehr (Feuerwehr, Rettungsdienst, Polizei) nicht bewältigt werden kann und die nur mit überregionaler (oder internationaler) Hilfe und zusätzlichen Ressourcen (Militär sowie nicht-organisierte Bevölkerungsteile) unter Kontrolle gebracht werden kann.

Typisch dabei ist, dass durch das Ereignis (wie Erdbeben, Hochwasser, Waldbrandserie)

- die Infrastruktur (Straßen, Brücken, Wasserversorgung, Energieversorgung) beeinträchtigt und teilweise zerstört ist und/oder
- die örtlichen Hilfskräfte und Hilfsressourcen (wie Polizei, Feuerwehr, Krankenhäuser) selbst geschädigt sind.

Interpol verwendet aus *polizeilicher* Sicht (mit einem Schwerpunkt auf Identifizierung betroffener Personen und Getöteter) folgende Definition für eine Katastrophe:

„Eine Katastrophe ist ein unerwartetes Ereignis, bei dem zahlreiche Menschen getötet oder verletzt werden. Die Ereignisse, die zu Katastrophen führen können, sind vielfältiger Natur. Denkbar sind somit Einsätze nach Verkehrsunfällen, Naturkatastrophen, technischen Unfällen (Brand, Explosionen), terroristischen Anschlägen und kriegerischen Ereignissen. Hierbei ist zwischen einer offenen und einer geschlossenen Katastrophenform zu unterscheiden. Eine offene Katastrophe ist ein Großschadensereignis, bei dem eine Gruppe unbekannter Personen getötet wurde, über die es keine vorherigen Aufzeichnungen oder Zugehörigkeiten gibt. Bei diesen Ereignissen ist es schwierig, Angaben über die Zahl der Opfer zu erhalten. Eine geschlossene Katastrophe ist ein Großschadensereignis, bei dem eine Gruppe von Personen getötet wurde, die einem festen Kollektiv (z. B. Flugzeugabsturz mit Passagierliste) angehört.“[1]

Das Oberthema unseres Seminars spricht von der Rolle des Rechts bei der Bewältigung von *Katastrophen*. Ich habe diesen Begriff ersetzt durch den der *„Ausnahmelagen“* und damit bewusst erweitert. Das erscheint mir angemessen, weil dadurch eine Gemeinsamkeit unserer Länder und ihrer nationalen Geschichte mit in den Blick gerät. Japan, Korea und Deutschland haben mit den Kriegserlebnissen, Verfassungsumbrüchen, gesellschaftlichen

[1] Desaster Victim Identification – Handbuch Interpol 2009, S. 3, Ziff. 1.4 Klassifizierung Katastrophe.

und technisch-ökonomischen Wandlungsprozessen in den letzten Jahrzehnten Ähnliches erlebt. Das bedeutete für die Rechtswissenschaft und Justiz unserer Länder ähnliche Aufgaben und Erfahrungen.

Das wird deutlich, wenn man den Begriff der „Katastrophe“ auf die politischen und gesellschaftlichen Ausnahmelagen erweitert. Er lässt sich dann so differenzieren:

(1) Politische und gesellschaftliche Ereignisse können Katastrophen sein:

- Revolutionen, Verfassungsumbrüche
- Staatlich programmierte Völkerrechts- und Menschenrechtsverletzungen
- Religionsfreiheit, Verfolgung ethnischer Minderheiten, Pogrome, Völkermord, Versklavungen, Vertreibungen
- Hungersnöte

(2) Wirtschaftliche Katastrophen:

- Weltwirtschaftskrisen
- Währungsumbrüche
- Finanzkrise ab 2007

(3) Naturkatastrophen, Katastrophen technisch-biologisch-medizinischer Art:

- Erd- oder Seebeben, Flutkatastrophen, Waldbrände
- Nukleare Katastrophen (*A*-Gefahren, atomare Gefahren)
- Seuchen (*B*-Gefahren, biologische Gefahren, Epidemien, Pandemien)
- Chemiekatastrophen (*C*-Gefahren)
- Datennetzbezogene Katastrophen (*D*-Gefahren)
- Elektromagnetisch ausgelöste Katastrophen *(E*-Gefahren)

Europa hat im letzten Jahrhundert eine Fülle von gesellschaftlichen und politischen Umwälzungen erlebt, angefangen mit der Oktoberrevolution 1917 in Rußland über

- die Systemveränderungen durch den ersten Weltkrieg (z.B. in Deutschland: Kapitulation/Systemwechsel/Währungs- und Wirtschaftskrise),
- die Diktaturen Mussolinis in Italien 1925 und Salazars 1928/33 in Portugal, die Machtübernahme Hitlers 1933 in Deutschland, General Francos in Spanien 1936,
- die weltweiten Systemveränderungen nach dem zweiten Weltkrieg und seine Folgen, auch in Japan, Korea und erneut Deutschland,
- die Entstehung real-sozialistischer Diktaturen im gesamten Ostblock.

Eine neue Welle grundlegender Systemveränderungen brachten der Zusammenbruch der Sowjetunion und der Zerfall des Warschauer Paktes 1989/90 für den „Ostblock“ und darüber hinaus.

Die genannten Verfassungswechsel wurden oft begleitet von katastrophenähnlichen Umbrüchen und Krisen, im militärischen, ökonomischen, gesellschaftlichen und währungspolitischen Bereich.

Auf diesem Gebiet ist Deutschland besonders erfahrungsreich.

Es begann mit den Erfahrungen der Kriegswirtschaft im ersten Weltkrieg (1914-1918) und den politischen, ökonomischen und währungspolitischen Folgen der Niederlage. Sie bewirkten eine lange andauernde Traumatisierung weiter Kreise der deutschen Bevölkerung. Warum?

Die deutsche Jurisprudenz und Justiz haben zwischen 1919 und 1989, also in 70 Jahren, *sechs* (!) verschiedene Verfassungen erlebt: Kaiserreich, Weimar, NS-Staat, Besatzungsregime, Bundesrepublik alt, DDR und die neue Bundesrepublik mit starken Überformungen durch das supranationale Recht der Europäischen Union. Die Verfassungswechsel waren verbunden mit oder wurden überlagert von mehreren Währungskatastrophen, nämlich der Entwertung der Mark in der Inflation von 1923 (1 Rentenmark = 1 Billion Papiermark), der Ersetzung der Reichsmark durch die D-Mark 1948 (10:1) sowie der Ablösung der DDR-Mark durch die D-Mark bei der Währungsunion 1990 (1:1 und 1:2). Daneben waren zu bewältigen:

- die französische Ruhrbesetzung 1923,
- die Weltwirtschaftskrise 1928-1932 mit 6 Mio. Arbeitslosen bei 12 Mio. Arbeitsplätzen,
- die staatliche Bewirtschaftung aller lebensnotwendigen Waren und Güter,
- die Integration von 11 Mio. Flüchtlingen und Vertriebenen nach dem Zusammenbruch von 1945,
- die Folgen der Sanierung der verrotteten Volkswirtschaft des realen Sozialismus der DDR nach der Wiedervereinigung,
- die Altersversorgung der Arbeitnehmer („Werktätigen“) der DDR aus der Sozialversicherung und dem Steueraufkommen der Bundesrepublik.

Inzwischen kommen die Ereignisse der Weltwirtschaftskrise seit 2008 und speziell der Schuldenkrise innerhalb des Euro-Raumes hinzu.

Alle diese Erfahrungen haben dazu geführt, daß die nationalen und internationalen Rechtsordnungen nach Instrumenten gesucht haben, mit denen Krisenlagen in den Formen juristischer Verfahrensregelungen gesteuert werden konnten, also die genannten einschneidenden Veränderungen nicht in einem normlosen und damit rechtlosen Chaos endeten. Sonst besteht die Gefahr, die ein alter deutscher Merkspruch ankündigt: „Not kennt kein Gebot“ – eine juristische Bankrott-Erklärung?

II. Die Ausgangslage für Rechtswissenschaft und Justiz in Katastrophenfällen

1. Was ist zu „bewältigen“?

Grundlegende Umbrüche im politischen, ökonomischen und gesellschaftlichen Leben einer Nation bringen in vielen wissen-schaftlichen und literarischen Disziplinen eine spezifische Literaturgattung hervor. Ich nenne sie *Wendeliteratur*. Inhaltlich geht es dabei um die kritische Analyse und Kritik der überkommenen Rechtsordnung, ihrer Schwächen oder Verbrechen, sowie um den Aufbau und die Legitimation einer neuen, als besser angesehenen Regelung.

Zur Diskussion werden im Folgenden sieben Hypothesen formuliert:

Hypothese 1:

Katastrophen stellen das betroffene Land vor die Systemfrage: Taugt die überkommene Ordnung, auch die Verfassungs- und Rechtsordnung, insgesamt oder in wichtigen Teilen noch zur dauerhaften Gestaltung/„Bewältigung" der neuen Lage?

Die Aufgabe der „Bewältigung" von Ausnahmelagen hat mehrere Aspekte:

- Welches sind die Ursachen der Ausnahmelage? Wer trägt die Verantwortung (Schuld) am Eintritt und Ausmaß der Schäden? Wer muss haften? (*„Vergangenheitsbewältigung"*)
- Welche juristischen Instrumente sind erforderlich und geeignet, um die Schäden zu begrenzen? (*„Gegenwartsbewältigung"*)
- Was kann getan werden, um Wiederholungen zu vermeiden? (*„Zukunftsbewältigung"*)

Es geht also auch um die *Gegenwarts-* und *Zukunftsbewältigung* und nicht allein, nicht einmal primär um die „*Vergangenheitsbewältigung*" derer, die in die Katastrophe verstrickt waren oder sind.

Die zentrale Aufgabe der juristischen Berufe ist die Mitwirkung bei der Norm*setzung* und Rechts*anwendung*. Letzteres bedeutet die Umsetzung von Rechtsvorschriften in gesellschaftliche und politische Wirklichkeit. Rechtsanwendung ist immer politische Zukunftsgestaltung, auch wenn das den agierenden Juristen nicht immer bewusst sein mag. Jede Rechtsnorm ist vom Normsetzer auf ein bestimmtes *politisches Gestaltungsziel* gerichtet.

Recht ist immer ein Instrument zur Gestaltung und Steuerung gesellschaftlicher und politischer Lebensbereiche nach weltanschaulich begründeten Vorverständnissen. Diese Gestaltungsfunktion ist aus der Sicht der normsetzenden Instanzen die zentrale Funktion des Rechts schlechthin. Die Rechtanwender dienen, wenn sie gesetzestreu handeln, den politischen Zielen der Normsetzer.

Rechtsnormen sind daher immer ein Stück normativ verfestigter Weltanschauung (Systemideologie) und Rechtspolitik der Normsetzer. Recht ist also eine zutiefst politisch und weltanschaulich geprägte Kategorie. Weltanschauungsfreies („wertfreies") Recht gibt es nicht und kann es nicht geben**.**

Fazit: Katastrophenlagen sind in der Regel unvorhergesehene Umwälzungen in lebenswichtigen Bereichen des staatlichen, gesellschaftlichen und privaten Lebens. Sie erfordern schnelles Handeln der zuständigen Instanzen, um die Katastrophenschäden einzudämmen oder zu beseitigen und um weiteren negativen Entwicklungen vorzubeugen. Es geht also um *„Notstandsmaßnahmen"*.

Die deutsche Rechtsordnung verwendet den Begriff des Notstandes in drei Zusammenhängen:

1. Im *Verfassungsrecht* bezeichnet der Notstand eine gefährliche Situation, die durch schnelles Handeln bereinigt werden muss.

In das Grundgesetz wurde am 30. Mai 1968 nach erheblichen innenpolitischen Auseinandersetzungen die sog. *Notstandsverfassung*

(„Notstandsgesetze“) eingefügt. Sie regelt den Ausnahmezustand, den Verteidigungsfall, den Spannungsfall und auch den *Katastrophenfall*.

Der Notstand kann in Kraft treten, wenn eine äußere Bedrohung einen normalen demokratischen Entscheidungsprozess behindert, also zum Beispiel Bundestag oder Bundesrat nicht mehr zusammentreten können. Für diesen Fall übernimmt der ‚Gemeinsame Ausschuss‘ (ein Notparlament) wesentliche Parlamentsfunktionen.

Zur Notstandsverfassung gehören:

- Artikel 10 GG (Einschränkung des Grundrechts des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses)
- Artikel 11 GG (Einschränkung des Grundrechts der Freizügigkeit)
- Artikel 12 a GG (Wehr- und Dienstpflicht)
- Artikel 20 Absatz 4 (Widerstandsrecht /Arbeitskämpfe)
- Abschnitt IV a (Artikel 53 a) (Notstandsgesetzgebung durch den Gemeinsamen Ausschuss)
- Abschnitt X a (Artikel 115a bis l) Verteidigungsfall

Auch die Regelungen für den Gesetzgebungsnotstand (Art. 81 GG) gehören zur Notstandsverfassung.

Die Kritiker der Notstandsgesetze beriefen sich 1968 auf die katastrophalen Auswirkungen der Notverordnungen der Weimarer Republik (Artikel 48), die im Falle eines nicht näher definierten Notstandes dem Reichspräsidenten weitreichende Vollmachen übertrug.

2. Das *Strafrecht* regelt in den §§ 34, 35 StGB den strafrechtlichen Notstand.
3. Das *Zivilrecht* regelt den defensiven Notstand in § 228 BGB und den aggressiven Notstand in § 904 BGB

Beim Eintritt von unvorhergesehenen Umbrüchen und Katastrophenfällen haben sich die Vorkehrungen der Rechtsordnung aus der Sicht der Rechtsanwender, aber auch aus der Sicht der Normsetzer, nicht selten, ja eher regelmäßig als unzureichend erwiesen. In solchen Ausnahmelagen werden bestimmte Grundelemente und Funktionen des Rechts, der Rechtswissenschaft und der Justizpraxis besonders deutlich. Sie sind zwar auch in der staatsrechtlichen Normallage existent und wirksam, bleiben aber durch die Routine des Üblichen meistens unerkannt und den Handelnden unbewusst.

Die Rechtanwender, sei es in der Regierung, Justiz oder Verwaltung, sehen sich in der Katastrophenlage vor der Frage oder auch der Feststellung, dass eine Regelung dieser Situation fehlt und auch in der gesetzlichen Notstandsregelung, wenn vorhanden, nicht vorgesehen ist. Sie stehen also vor einer in der Verfassung und in gesetzlichen Notstandsregelungen nicht geregelten Situation, die aus ihrer Sicht sofortiges Handeln erfordert.

Der Katastropheneintritt macht eine Regelungslücke sichtbar, die wegen der Gefahr im Verzuge von der Gesetzgebung nicht zeit- und sachgerecht ausgefüllt werden kann. Dabei wird zunächst regelmäßig versucht, die notwendige Ergänzung der geltenden Rechtsordnung mit den üblichen Mitteln der Auslegung oder einer ergänzenden „Rechtsfortbildung“ zustande zu bringen, etwa der Analogie, der teleologischen Extension und der Suche nach dem „vermutbaren Willen der Gesetzgebung“.

III. Die Lockerung der Gesetzesbindung

Hypothese 2:

Katastrophenlagen sind Regelungsprobleme im Bereich der Gesetzes- oder gar Rechtslücken.

Der Weg zu den genannten Lösungsansätzen zeigt eine interessante historische Entwicklung. Die ersten aus heutiger Sicht relevanten Erfahrungen gehen auf Leistungsstörungen im Rahmen privatrechtlicher Verträge zurück, die durch unerwartete Katastrophenereignisse oder Kriegseinwirkungen ausgelöst wurden. Zahlreiche langfristig währende Schuldverhältnisse wurden plötzlich fragwürdig. Ein Beispiel: Staatliches Tanzverbot im Krieg. Hat dieses Verbot Auswirkungen auf langfristige Pachtverträge ohne Kündigungsrecht? Gilt der Grundsatz "Pacta sunt servanda" oder ist eine außerordentliche Kündigung möglich?

Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch enthielt dazu keine Regelung. Die Gesetzgeber hatten das Problem nicht übersehen. Es war seit zwei Jahrtausenden bekannt als „clausula rebus sic stantibus", heute „Wegfall oder Veränderung der Geschäftsgrundlage"[2]. Es geht dabei um das Spannungsverhältnis zwischen Vertragstreue und Billigkeit, wenn sich die Rahmenbedingungen der Vertragserfüllung nach dem Vertragsschluss einschneidend verändern.

Die Gerichte haben, vom Gesetz im Stich gelassen, verschiedene Lösungsansätze versucht. Der erste Ansatz war die im Gesetz nicht vorgesehene Konstruktion einer *„wirtschaftlichen Unmöglichkeit"* der Vertragserfüllung: Durch die Veränderung der Rahmenbedingungen werde „der Leistungsgegenstand selber verändert", sei also etwa bei völlig abnormen Preissteigerungen nicht mehr der vertraglich vereinbarte.[3] Kennzeichen diese Rechtsprechung war, daß sie die Folgen der „Unmöglichkeit der Leistung" anordnete, obwohl deren Voraussetzungen im strengen Sinne nicht vorlagen.

Das Kernproblem dieser Rechtsprechung lag in der Starrheit der damit gewählten Rechtsfolgen. Der Schuldner wurde, wenn die wirtschaftliche Unmöglichkeit bejaht wurde, von seiner Leistungspflicht völlig befreit (§§ 275, 323 BGB).

Das führte zu einem Wechsel der Begründung durch das Reichsgericht. Es begründete ab 1920 den Wegfall der Leistungspflicht des Schuldners nicht mehr mit der *Unmöglichkeit,* sondern mit der *Unzumutbarkeit* der Leistung nach den §§ 157, 242 BGB, also mit der Generalklausel, dass der Vollzug einen Vertrages unter dem Grundsatz von *„Treu und Glauben"* stehe. Damit änderten sich die Rechtsfolgen: An die Stelle der automatischen Befreiung des Schuldners von der Leistungspflicht trat ein mögliches Rücktrittsrecht des Schuldners. Das Reichsgericht sprach den Gerichten darüber hinaus die Befugnis zu, in bestehende Verträge inhaltsändernd einzugreifen, wenn Treu

---

[2] Vgl. zur Geschichte der clausula-Lehre *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 7. Aufl. 2012, S. 12 ff.

[3] RGZ 42, 114 (Mühlenbrandfall); RGZ 88, 71(74); 90, 102 (105); 99, 115; 99, 258.

und Glauben sowie Billigkeit und Gerechtigkeit die Anpassung des Vertrages an die veränderten Verhältnisse dies zwingend geboten.[4]

Aus diesem Ansatz entwickelte das Reichsgericht dann die Lehre vom „Wegfall der Geschäftsgrundlage". Als auslösende Veränderungen der „Sozialexistenz" wurden drei Fallgruppen angesehen:

- Währungsänderungen und Währungsverfall,
- (sonstige) einschneidende Änderungen der Gesetzgebung,
- Naturkatastrophen, Krieg und ähnliche „Großereignisse".

Die „Geschäftsgrundlage" wurde vom Reichsgericht als *Lückenproblem* erkannt und anerkannt, weil die Väter (Mütter gab es nicht) des BGB bewusst eine Regelung der *„clausula rebus sic stantibus"* abgelehnt hatten. Auf der Grundlage der weiten Generalklausel von „Treu und Glauben", die als ein oberster Rechtsgrundsatz anerkannt wurde, billigte das Reichsgericht den Gerichten ein präterlegales Eingriffs- und Gestaltungsrecht in bestehende Verträge zu, wenn das Gleichgewicht der gegenseitigen Rechte und Pflichten erheblich gestört war.

IV. Historischer Exkurs: Die Durchbrechung der Gesetzesbindung im „Aufwertungsurteil" des Reichsgerichts

Die rasante Entwertung der Mark in Deutschland wirkte nicht nur auf Austauschverträge, sondern in gleichem Maße auf einseitige Zahlungsverpflichtungen ein. Der bald gegen Null sinkende Wert der Mark bedeutende eine fast totale Entwertung der Gläubigerrechte etwa bei Unterhalts-, Darlehens- und Hypothekenansprüchen sowie die gleichzeitige Befreiung der Schuldner von solchen Verpflichtungen. Die deutschen Gerichte entschieden in solchen Fällen auch dann noch nach dem Grundsatz „Goldmark gleich Papiermark", als sich ab Mitte 1922 die Geldschuldner einseitiger Zahlungsverpflichtungen mit nichtigen Nennwertbeträgen von ihren Schulden befreien konnten. Hinter dieser Praxis standen mächtige Interessen: Staat, Industrie und Großgrundbesitz konnten sich durch die Geldentwertung von gewaltigen Schuldenlasten befreien.

In dieser Lage gab das Reichsgericht in einer ebenso gefeierten wie umstrittenen Entscheidung vom 28. November 1923[5] den gesetzlich verankerten Grundsatz „Mark gleich Mark" (Goldmark gleich Papiermark) auf. Die Entscheidung war ein bewusster Aufstand des Reichsgerichts gegen die Untätigkeit der Gesetzgebung. Das Gericht hielt dies für geboten, um die aus seiner Sicht unerträglich ungerechten Folgen dieser Staatspraxis zu vermeiden.

Vor dem Hintergrund der damals herrschenden Lehre des „Gesetzespositivismus"[6] und der absoluten Bindung der Gerichte an die geltenden Gesetze, auch wenn diese von den Richtern als ungerecht angesehen wurden,

---

4 RGZ 100, 129 (132).

5 RGZ 107, 78 (entgegengesetzt noch RGZ 101, 141, 145). Zu den Ursachen, Entscheidungsgründen und Folgen vgl. näher *Rüthers* (Fn. 2), S. 66 ff., 79 ff.

6 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 6. Aufl. 2011, Rdnr. 470 ff.

war das ein revolutionärer Akt der Verfassungsdurchbrechung. Im Ergebnis zwang das Gericht die Gesetzgebung zum Einlenken.[7]

Mit den geschilderten Vorgängen waren in der deutschen Justiz Erfahrungen gesammelt worden, die bei den Systemwechseln von 1933, 1945/49 und 1989 erneut aktuell wurden.

V. Die richterlichen Rechtserneuerungen der Folgezeit: Auslegung oder Einlegung? – Methodenfragen als Verfassungsfragen

Hypothese 3:

Fazit und Merksatz: In den Ausnahmelagen von Systemwechseln und Katastrophenlagen werden bestimmte Grundfunktionen des Rechts, der Rechtswissenschaft und der Justizpraxis besonders deutlich. Sie werden in den Gesetzes- und Rechtslücken der Notstandsfälle zu „Ersatzgesetzgebern". Das wird hier nur besonders deutlich. Diese Normsetzungsfunktionen sind zwar auch im „juristischen Alltag" (also in der staatsrechtlichen Normallage) existent und wirksam, bleiben aber durch die Routine des Üblichen meistens unerkannt und den Handelnden unbewusst.

Rechtssätze sind *Gebote* (Imperative!) der Gesetzgebung an die Rechtsanwender mit dem Zweck, einen bestimmten Lebenssachverhalt nach den Vorstellungen der Normsetzer zu regeln. Sie sind, zumal in der Demokratie, das Instrument der Politikverwirklichung und der Sozialgestaltung. Ihr Inhalt soll nach der Verfassung dem „Geschmack" und dem Streben mancher Rechtsanwender, ihre persönlichen Gerechtigkeitsvorstellungen an die Stelle der Normzwecke zu setzen, entzogen sein. Das ist der Sinn der Gesetzesbindung. Die Rechtsanwender sind danach Diener der Gesetze, nicht Herren der Rechtsordnung. Sie sind zu „denkendem Gehorsam" gegenüber dem Gesetz verpflichtet. Die „Gesetzesauslegung" ist ein *aliud* gegenüber der Deutung von literarischen, philosophischen oder historischen Texten.

VI. Die Instrumente außergesetzlicher Rechtsumbildung

Hypothese 4:

Die sprachlichen und rechtsmethodischen Instrumente zur Umdeutung einer überkommenen („alten") Gesetzesordnung auf neu etablierte rechtspolitische Grundwerte und Regelungsziele sind die folgenden:

(1) die Proklamation einer neuen „Rechtsidee";

(2) die Konstruktion neuer „Rechtsquellen" zur Verdrängung oder Veränderung der „alten", aber noch „geltenden" Gesetze;

(3) die Neuinterpretation unbestimmter Rechtsbegriffe und „Generalklauseln" (sprachliche Leerformeln mit wechselndem Inhalt wie „Treu und Glauben", „gute Sitten", „wichtiger Grund");

---

[7] *Rüthers* (Fn. 2), S. 86 ff.

(4) die Umdeutung von Rechtsgrundbegriffen (z.B. „Rechtsfähigkeit", „subjektives Recht", Vertrag, „Gemeinschaft", „Menschenwürde", Ehe, Familie, „Persönlichkeitsrecht", „Grundrechte");

(5) die Konstruktion neuer oder konkurrierender Auslegungsmethoden.

Diese Umdeutungsinstrumente und -praktiken sind vor allem für den deutschen Systemwechsel 1933 ausführlich beschrieben[8].

Der Vorgang ist in der Rechtsgeschichte alles andere als neu. Im Gegenteil: Alle sog. Wesensbegriffe, Generalklauseln, Argumente aus einer angeblichen "*Natur der Sache*" sind darauf angelegt, die jeweilige Gesetzesordnung an eine *außergesetzliche*, *weltanschaulich* gefüllte *Wertordnung* anzuschließen. Sie sind nichts anderes als Zuleitungen einer außergesetzlichen Ideologie in die juristische, normative Geltung. Es handelt sich dabei, entgegen den falschen Etiketten, nicht um Auslegung, sondern um Einlegung, sprich: verkappte neue Normsetzungen. Darin liegt die formale rechtstechnische Leistungsfähigkeit solcher Begriffskonstruktionen und -verwendungen, wie immer man ihre Inhalte politisch und moralisch beurteilen mag.

Lange Zeit, teilweise bis in die jüngste Zeit hinein, hat man sowohl unter Juristen als auch unter den Rechtsgenossen geglaubt, ein geschriebenes Gesetz verbürge mit seinem Inkrafttreten einen ein für allemal festen und verlässlichen Regelungsinhalt.

Die Irrigkeit der Vorstellung eines durch den Gesetzestext dauerhaft verbürgten Gesetzesinhalts war in Deutschland von scharfsichtigen Beobachtern wie Lorenz von Stein[9] und Oskar Bülow[10] schon in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts erkannt worden.

Lorenz v. Steins einprägsame Formulierung lautet:

> *"... alle positiven Rechtsbegriffe sind ihrer Form nach gleich, ihrem Inhalt nach aber gesellschaftliche und damit je nach der Gesellschaftsordnung verschiedene Rechtsbegriffe und müssen als solche begriffen und gelehrt werden."*[11]

Es hat dann fast hundert Jahre gebraucht, bis diese gesellschaftliche und politische Beweglichkeit juristischer Begriffsinhalte wirklich begriffen und – sehr zögernd – auch gelehrt wurde.

Heute ist es - nach den Erfahrungen der Umbrüche in Europa - eine gesicherte Erkenntnis, daß Gesetzestexte niemals bestimmte, vom historischen Normgeber gewollte Regelungsinhalte oder Regelungsziele dauerhaft verbürgen können.

Hypothese 5:

Auch für Gesetze gilt die allgemeine textwissenschaftliche („hermeneutische") Erkenntnis, dass Texte vergleichbar sind den Partituren in der Musik: Sie sind angelegt und angewiesen auf die Interpretation der Musiker aus deren Zeithorizont und (Vor-)Verständnis. Auch für den Rechtsanwender gilt die Erkenntnis der literaturwissenschaftlichen Rezeptionstheorie: Der Akt des Lesens, also der Gesetzesauslegung, ist nicht

---

[8] *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 1. Aufl. 1968, 5. Aufl. 1998; *ders.*, Entartetes Recht - Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich, dtv-wissenschaft, München 1994, S. 183-212.

[9] *Bülow*, Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands, Stuttgart 1876.

[10] *v. Stein*, Gesetz und Richteramt, Leipzig 1885.

[11] *v. Stein* (Fn. 9), S. 135 f.

ein nur reproduktiver, sondern zu erheblichen Teilen ein produktiver, schöpferischer Akt der Sinngebung.

Das ist ein höchst aktuelles Problem. Der jüngste Streit über den Inhalt von Grundbegriffen des Rechts wie *Menschenwürde, Persönlichkeitsschutz, Ehre, Ehe, Familie, Privatautonomie, Diskriminierung* und viele andere belegt die immer aktuelle Relevanz dieses Themas auch *außerhalb* von staatsrechtlichen Ausnahmelagen.

Hypothese 6:

Die vorstehend genannten Instrumente sind nicht nur bei Systemwechseln relevant. Sie lassen sich mit Abwandlungen auch in den übrigen Katastrophenlagen einsetzen.

Die erheblichen Schwankungen der Rechtsprechung nicht nur in verschiedenen Epochen und Systemen, sondern gelegentlich auch in der ganz gewöhnlichen staatsrechtlichen Normallage, belegen das so eindrucksvoll wie überzeugend.

Der Blick auf die wiederholten Phasen des Aufbruchs, der Begeisterung und der Schwärmerei in den Wendeliteraturen nach 1933 und gleich in doppelter Weise nach 1945/49 (Bundesrepublik und DDR) drängt dazu, nach den *tiefer liegenden Ursachen* zu fragen.

Hypothese 7:

Die deutschen Juristen (und alle Angehörigen systemnaher öffentlich tätiger Berufe) sind, angetrieben von der explosiven Veränderungsgeschwindigkeit der politischen, ökonomischen, technischen und gesellschaftlichen Strukturen, erfahrene „Wende-Experten" geworden. Auch das gilt im Zweifel nicht nur für Deutschland.

Das verbindende Faktum für die juristische Bewältigung von Katastrophenlagen und „Ausnahmelagen" (wie Systemwechseln) liegt in der Tatsache, dass ihr Einritt und ihre konkreten Erscheinungen nur begrenzt vorhersehbar sind. Das nicht Vorhersehbare ist auch nicht differenziert regelbar. Daraus folgt: In beiden Fällen fehlen fast immer konkrete gesetzliche Regelungen. Es handelt sich also um Situationen, in denen die Exekutive und das Richterrecht Normsetzungsaufgaben übernehmen (müssen).

„Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet" hat der ebenso berühmte wie berüchtigte deutsche Staatsrechtslehrer C. Schmitt diese Situation beschrieben.[12] In diesem Sinne werden Exekutive und Justiz in solchen Situationen oft zum wirklichen Souverän, wenn auch – hoffentlich! – nur auf Zeit.

Damit habe ich die aus meiner Sicht in Katastrophen- und Ausnahmelagen nach den vorliegenden historischen Erfahrungen in mehreren rechtsgeschichtlichen Epochen maßgeblichen juristischen Instrumente angedeutet. Mehr war in diesem Zeitrahmen nicht möglich. Alles bedarf der kritischen Diskussion.

---

[12] *Carl Schmitt*, Begriff des Politischen, 1927, Vorwort.

Das Vorsorgeprinzip und seine wirkliche Tragweite für die Bewältigung von Katastrophen

Ken Takeshita, Osaka

I. Vorwort

Vor sechs Jahren beim 2. Trilateralen Seminar in Konstanz mit dem Titel „Risiko und Prognose" habe ich über das Thema „Risikogesellschaft und Umweltstaat" referiert. Der Hauptpunkt des Referats lag darin, dass man beim Auftreten der Risikogesellschaft den Rechts- und Sozialstaat in einen Umweltstaat verändern soll.

Damals habe ich zum Schluss Folgendes festgestellt: „Für die Lehre vom Umweltstaat hat diese Meinung über die Natur besondere Bedeutung. In der Risikogesellschaft durchdringen sich Natur und Gesellschaft. Die Industriegesellschaft setzt sogar auf der Stufe des Sozialstaates noch die Beherrschung der Natur voraus, wobei die Äußerlichkeit der Natur und eine von der Natur unabhängige autonome Gesellschaft vorausgesetzt sind. Wenn die Industriegesellschaft in die Risikogesellschaft übergeht, muss man erkennen, dass durch die Verbindung von Natur und Gesellschaft die vom Sozialstaat gewährleisteten Lebensbedingungen voller Risiken sein können. So erfordert die Risikogesellschaft einen neuen Begriff der Gesellschaft und verlangt neue Prinzipien des Umweltstaats"[1].

Dagegen behandelt dieses Referat die Problematik des Vorsorgeprinzips als eines Prinzips auf der tatsächlichen Ebene der Risikogesellschaft. Ich werde dabei eine Phase der gegenseitigen Durchdringung von Natur und Gesellschaft erforschen.

II. Umweltschutzrechtliche fundamentale Bedeutung des Vorsorgeprinzips

Im neueren Umweltrecht sind die zwei Hauptprinzipien schon weltweit bekannt, nämlich das Vorsorgeprinzip und das Verursacherprinzip. Beide Prinzipien stellen neue, aber dennoch typische Prinzipien von Umweltstaatlichkeit dar, welche die Prinzipien des Rechts- und Sozialstaates modifizieren. Streng genommen regelt das aus dem deutschen Recht stammende Verursacherprinzip, anders als das aus dem französischen Recht stammende Polluter Pays Principle, nicht nur die Kostentragung, sondern auch, welches

---

[1] Ken Takeshita, Risikogesellschaft und Umweltstaat, in: Wolfgang Heinz (Hrsg.), Risiko und Prognose: Rechtliche Instrumente zur Regelung von Gefährdungen in Korea, Japan und Deutschland aus zivil-, öffentlich- und strafrechtlicher Sicht, 2006, S. 113 (http://www.ub.uni-konstanz.de/kops/volltexte/2008/4805/).

Verhalten „Verursacherqualität“ besitzt. Das Verursacherprinzip weist dem Verursacher die Verantwortlichkeit für den verursachten Schaden zu. Dagegen zielt das Vorsorgeprinzip darauf ab, umweltfeindliches Verhalten zu verhindern. Im Folgenden wird nur das Vorsorgeprinzip behandelt[2].

Der 15. Grundsatz der Erklärung des Umweltschutzkongresses in Rio de Janeiro der Vereinten Nationen aus dem Jahre 1992 ist ein typischer Ausdruck des Vorsorgeprinzips. Dieses besagt, dass die Unzulänglichkeit wissenschaftlicher Gewissheit keinen Grund für die Verschiebung einer umweltschützenden Maßnahme sein soll, wenn ein Eingriff in die Umwelt tief und irreversibel ist. Dabei wird der Mangel an vollständiger wissenschaftlicher Gewissheit durch eine Einschätzung des statistischen Risikos für nachteilige Umweltauswirkungen ersetzt.

Ein solches Risiko bedeutet grundsätzlich eine Gefahr im Sinn einer statistischen Wahrscheinlichkeit. Aus der juristischen Praxis Japans gibt es auf dem Gebiet des Umweltrechts ein berühmtes Beispiel der statistischen Beweisführung, bei dem die Kausalität zwischen Umweltverschmutzung und einer darauf basierenden Krankheit epidemiologisch mit Hilfe statistischer Daten bewiesen wurde. Dabei bezog sich dieses Beispiel aber auf die prozessuale Beweisführung in der juristischen Praxis. Dagegen bezieht sich das Vorsorgeprinzip mit seinen präventiven Gesichtspunkten eher auf die Gesetzgebung bzw. Verwaltung. So wird das Vorsorgeprinzip von mehreren Staaten der Welt als politisches Prinzip anerkannt.

Hier soll der Frage nachgegangen werden, ob das Vorsorgeprinzip auch ein Rechtsprinzip ist, wobei besonderes Augenmerk auf Japan gerichtet wird. Nach Artikel 4 des japanischen Umweltgesetzes von 1993 soll die Erhaltung der Umwelt durch die nachhaltige Entwicklung einer Gesellschaft mit weniger Umweltbelastungen, durch die Beseitigung von umweltschädlichen Faktoren und mit Hilfe fortschreitender wissenschaftlicher Erkenntnisse geschehen. Genau in dieser Bestimmung kann man das Vorsorgeprinzip verwirklicht finden. Des Weiteren sieht Artikel 3 des Gesetzes über den Artenreichtum aus dem Jahr 2008 „präventive Maßnahmen“ vor, bei deren Durchführung die vielen ungelösten Fragen der Wissenschaft und die Gefahren für den Artenreichtum in Betracht gezogen werden müssen[3].

III. Der Unfall vom 11. März 2011 und das geltende Rechtssystem Japans

Im Folgenden möchte ich untersuchen, inwieweit das Vorsorgeprinzip als Rechtsprinzip in Bezug auf den Unfall des Atomkraftwerks nach dem Erdbeben vom 11.3.2011 in Ostjapan wirklich funktioniert hat. Zunächst wird ein Überblick über den Unfall und das geltende Rechtssystem betreffend Atomkraftwerke gegeben.

---

[2] Vgl. *Hans Paul Prümm*, Umweltschutzrecht, 1989, S. 64 ff.

[3] *Tadashi Ohtsuka*, Umweltrecht (auf japanisch), 3. Auflage, 2010, S. 51 ff., 671 ff.

1. Überblick über den Unfall

Der Unfall des Kernkraftwerks Fukushima Nr. 1 ist von einem Tsunami, der durch ein Erdbeben auf hoher See im pazifischen Ozean vor dem japanischen Tohoku Gebiet entstanden ist, verursacht worden. Die Zahl der Toten durch diese Katastrophe beläuft sich auf 16.000, die der Verschollenen auf 3.000, es gab über 380.000 vollständig bzw. teilweise zerstörte Gebäude und 400.000 Flüchtlinge. Das Erbeben hatte eine Stärke von 9,0 Mw (Magnituden) und der Tsunami erreichte eine maximale Höhe von 40 Metern. Das Kernkraftwerk Fukushima Nr. 1 ist mit sechs Reaktorblöcken ausgestattet, wobei die Reaktoren 1 bis 3 in Betrieb waren und die Nummern 4 bis 6 routinemäßig gewartet wurden. Das Erdbeben hat am 11. März 2011 um 14.46 Uhr die äußere Stromzufuhr unterbrochen. Trotzdem hat die innere Notfallstromzufuhr funktioniert. In Bezug auf eine Kernschmelze mit einhergehender radioaktiver Verseuchung geht es um die Blöcke 1 bis 3. Von 15.27 Uhr an, also ca. 40 Minuten nach dem Erdbeben, hat der Tsunami das Kernkraftwerk Fukushima Nr. 1 mit 14 Meter hohen Wellen getroffen, was zur Folge hatte, dass die Notfallkraftquelle im Reaktorblock Nummer 1 ausfiel, wodurch die Wasserkühlung nicht mehr funktionierte. Erst über 14 Stunden nach diesem Ausfall konnte als Gegenmaßnahme zur drohenden Überhitzung mit Feuerwehrfahrzeugen und Wasserbehältern Süßwasser in den Reaktorblock 1 befördert werden. Trotz dieser Maßnahme konnte Block 1 nicht ausreichend gekühlt werden, weshalb es am Nachmittag des 12. März 2011 zu Hydrogenexplosionen gekommen ist.

Vereinfacht gesprochen besteht der Typus dieses Atomreaktors aus einem Speicher, einem Hangergefäß und einem Druckgefäß, wobei der Speicher das Hangergefäß bedeckt, welches wiederum das mit Kernstoffen umhüllte Druckgefäß bedeckt. Wegen der fehlenden Kühlfunktion haben die überhitzten Kernstoffe im Atombrenner Nummer 1 zu einer Kernschmelze geführt. Dadurch bedingt haben die in die Kernstoffe eingelegten Röhren auf Wasserdampf reagiert und Hydrogen produziert. Dieses Hydrogen ist aus dem Hangergefäß entwichen und im oberen Teils des Speichers gasförmig geworden. Durch dieses Gas kam sodann die Explosion am 12. März 2011 um 15.36 Uhr zustande, obwohl kurz vor der Explosion – jedoch zu spät – noch eine Ventilation des Speichers durchgeführt wurde. Nach der Explosion wurde der Radius der Evakuierungszone rund um das Kernkraftwerk Fukushima Nr. 1 von 10 Kilometer auf 20 Kilometer vergrößert.

Am 13. März 2011 gegen 2.00 Uhr ist zusätzlich die Notfallstromzufuhr im Reaktorblock Nummer 3 ausgefallen, wodurch auch in diesem Block die Wassereinspeisung nicht mehr funktionierte und erst nach sieben Stunden extern durch Feuerwehrfahrzeuge wieder aufgenommen werden konnte. Um 13.12 Uhr ist als Kühlwasser sodann anstelle von Süßwasser Meerwasser verwendet worden. Die Ventilation des Speichers Nummer 3 erfolgte schon gegen 9.00 Uhr. Am 14. März 2011 um 11.01 Uhr kam es im oberen Bereich des Speichers zu einer Hydrogenexplosion, durch die das Dach beschädigt wurde. Dadurch wurde die Wassereinspeisung in den Reaktorblock Nummer 3 unterbrochen; zugleich ist das Kühlsystem im Reaktorblock Nummer 2 ausgefallen. Gegen 19.00 Uhr wurde mit der Wassereinspeisung von außen begonnen. Am 15. März 2011 um 6.10 Uhr

ereignete sich auch eine Explosion im Reaktorblock Nummer 4. Im Reaktorblock Nummer 4 handelte es sich aber um keine Überhitzung der Kernstoffe, da Nummer 4 damals nicht in Betrieb war und keine Stoffe geladen hatte. Vom 16. März an wurde die Abkühlung des Kernstoffpools in den Reaktorblöcken Nummer 3 und 4 durch Hubschrauber und eine externe Wasserzufuhr ununterbrochen fortgesetzt.

Inzwischen wurde die Kühlung durch eine äußere Stromzufuhr und ein zirkulierendes Kühlsystem wiederhergestellt. Die Evakuierungszone besteht noch immer[4].

2. Das geltende Rechtssystem betreffend Atomkraftwerke

Das Kernenergiegesetz aus dem Jahre 1955 legt den Rahmen für die japanische Kernenergienutzung fest. Es betrifft die fundamentale Idee, die Kernenergie zu nutzen, die Bildung von Ausschüssen für Kernenergie und ihre Sicherheit sowie die Regelung des Atombrennerausbaus. Es gibt zwei ergänzende Gesetze: Das Gesetz für Kernstoffmaterialien, Kernbrennstoff und Atombrenner (aus dem Jahr 1957) und das Gesetz für elektronische Unternehmen (aus dem Jahr 1964), die beide konkretere Bestimmungen an die Hand geben.

Das Ziel des ersten Gesetzes besteht in der friedlichen und geplanten Nutzung von Kernstoffmaterialien, Kernbrennstoffen und Atombrennern. Es dient ferner der Vorbeugung von Unfällen und regelt die Aufbewahrung von Kernbrennstoffen. Regelungsgegenstände sind außerdem Unternehmen für Raffinierung, Bearbeitung, Aufspeicherung, Wiedernutzung, Entsorgung sowie Bau und Betrieb von Atombrennern. Das Gesetz für elektronische Unternehmen regelt die Kontrolle und enthält Regelungen über den Bau bis zum Abriss von Kraftwerken einschließlich der Kernkraftwerke. Bestimmungen hinsichtlich des konkreten Verfahrens in Bezug auf die Bauplanung und Bauüberprüfung sowie den Betrieb von Kernkraftwerken sind im Gesetz für elektronische Unternehmen enthalten.

Aus dem Jahre 1961 gibt es in Japan ein Gesetz, das Vorsichtsmaßnahmen gegen Katastrophen im Allgemeinen regelt und auch Notstandsregelungen enthält. Aus Anlass des kritischen Unfalls im Atombrenner Tokai Dorf wurde 1999 das Gesetz für spezielle Vorsichtsmaßnahmen gegen Kernkatastrophen verabschiedet. Nach diesem Gesetz muss der Betreiber eines Kernkraftwerks dem Minister für Wirtschaft, Handel und Industrie über Kernunfälle, die einen bestimmten Grad überschreiten, informieren. Bei Erreichen eines Kernnotstandes verkündet der Ministerpräsident diesen Kernnotstand und errichtet eine Zentrale für Gegenmaßnahmen unter seiner Führung. Bereits seit 1962 gibt es für Schadensersatzansprüche das Gesetz für Ersatz bei Kernschäden. Nach diesem Gesetz haften Betreiber von Kernkraftwerken verschuldensunabhängig. Dies gilt aber nicht für die Bearbeitung von Kernstoffen. Jedoch wurde aufgrund jenes besagten Unfalls aus dem Jahre 1999 der Maximalbetrag des Schadensersatzes im Zusammenhang mit der Bearbeitung von

[4] Zum tatsächlichen Verlauf vgl. den Bericht des unabhängigen Untersuchungskomitees für den Unfall im Fukushima Kernkraftwerk, 2012, S. 22 ff.

Kernstoffen erhöht. Denn bei dem Unfall sind zwei Männer durch Nachlässigkeiten bei der Bearbeitung gestorben.

IV. Wirksamkeit des Vorsorgeprinzips als Rechtsprinzip

Zunächst möchte ich den Streitpunkt „außerordentliches Ereignis“ thematisieren. Es ist kurz nach dem Unfall bekannt geworden, dass der Betreiber des Kernkraftwerks den Unfall als „außerordentliches Ereignis“ eingeordnet hat. Hier müssen zwei Punkte in Frage gestellt werden. Als Erstes, ob diese Einstufung einen Befreiungsgrund für Schadensersatz darstellt oder nicht. In der Tat bestimmt der Artikel 3 des Gesetzes für Ersatz bei Kernschäden, dass eine Schadensersatzhaftung entfällt, wenn außerordentlich riesige Naturkatastrophen oder Aufstände einen Schaden verursacht haben. Jedoch stehen diese Bestimmungen in einem Widerspruch zur Erklärung des Kulturministeriums, nach der Betreiber von Kernkraftwerken verschuldensunabhängig Schadensersatz zu leisten haben. Infolgedessen hat die Regierung später im Parlament die Verantwortlichkeit des Staates klar ausgesprochen, da der Unfall vom 11.3.2011 nicht unter die oben genannten Naturkatastrophen subsumiert werden könne.

In Bezug auf das Vorsorgeprinzip ist der zweite Streitpunkt noch wichtiger: Hat die Einstufung des Unfalls als „außerordentliches Ereignis“ die Bedeutung, dass die Vorbeugungsmaßnahmen ausreichend waren oder nicht? Dabei ist zu klären, welche Vorbeugungsmaßnahmen gegen Kernunfälle mangelhaft gewesen sein könnten. Dazu werden die bedenklichsten drei Ereignisse als Ursache untersucht: Die Ventilation der Speicher, das Kühlwassereinspeisen und das Erdbeben und der Tsunami.

1. Die Ventilation und das Kühlwassereinspeisen

Wie bereits oben erörtert, haben die Reaktorblöcke Nummer 1 bis 4 hauptsächlich durch den Tsunami ihre Stromzufuhr mehr oder weniger ganz verloren, was dazu führte, dass diese nicht mehr abgekühlt werden konnten. Folglich befürchtete man – vor allem im Reaktorblock Nummer 1 – ein Überhitzen und Schmelzen der Kernstoffe und eine darauf folgende Hydrogenexplosion. In Anbetracht dieser Umstände hat die Zentrale für Gegenmaßnahmen am 11.3.2011 gegen 21 Uhr die Notwendigkeit der Ventilation der Speicher festgestellt. Daraufhin hat der Ministerpräsident die Evakuierung der Einwohner angeordnet, die innerhalb einer Reichweite von 3 Kilometern vom Kernkraftwerk Fukushima Nr. 1 entfernt lebten. Jedoch haben das Wirtschaftsministerium, die Behörde für Kernkraftsicherheit und der Betreiber des Kernkraftwerkes am nächsten Tag eine gemeinsame Pressekonferenz abgehalten und die Ventilation lediglich als weitere Möglichkeit erwähnt. Am 12.3.2011 um 6.50 Uhr hat der Wirtschaftsminister, der über die noch immer nicht durchgeführte Ventilation verärgert war, dem Betreiber die Ventilation auf Grund des Gesetzes für Kernstoffmaterialien usw. befohlen, woraufhin diese – wegen der Explosion des Reaktorblocks Nummer 1 um 15.36 Uhr aber vergeblich – endlich um 10.17 Uhr durchgeführt wurde. Hier gab es – neben dem technischen Problem durch eine Störung der Ventilationsmaschine – ein Problem der Regierung. Zwar hat die Zentrale für Gegenmaßnahmen die Notwendigkeit der Ventilation am

11.3.2011 um 21 Uhr bestätigt, die Meinungen des Ministeriums und des Betreibers über die Voraussetzungen der Ventilation haben sich aber voneinander unterschieden. So hat das Ministerium eine Evakuierungszone von 3 Kilometer als Vorbedingung genannt, wohingegen der Betreiber sowie die betreffende Gemeinde 10 Kilometer forderten. Dabei wusste das Ministerium aber nicht, dass der Betreiber vor der Ventilation auf das Errichten einer 10 Kilometer großen Evakuierungszone gewartet hat. Zufällig ist die Evakuierungszone, wegen der Angst vor einer Explosion, am 12.3.2011 um 5.44 Uhr auf 10 Kilometer erweitert worden. Diese Situation zeigt deutlich, wie die Regierung aufgrund fehlender einheitlicher Kommunikation bei der Risikominderung insuffizient agierte. Eine verbesserte und vereinte Zentrale für Gegenmaßnahmen wurde erst am 15.3.2011 durch das zuständige Ministerium und den Betreiber installiert.

Einen vergleichbaren Fehler der Regierung kann man auch im Verlauf des Einspeisens von Seewasser feststellen. Nach der Explosion von Block Nummer 1 am 12.3.2011 hat das Ministerium das Einspeisen von Seewasser genauer untersucht, weshalb der Wirtschaftsminister um 17.55 Uhr das Einspeisen auf Grundlage des Gesetzes für Kernstoffmaterialien usw. angeordnet hat. Jedoch hat der Ministerpräsident auf mögliche schlimme Folgen durch den Salzgehalt des Meerwassers hingewiesen und vor der Ausführung eine erneute Überprüfung bzw. eine Unterbrechung dieser Maßnahme angeordnet. Dies geschah, obwohl der Betreiber schon zuvor die Anordnung vom Wirtschaftsminister erhalten und die Einspeisung bereits um 19.04 Uhr begonnen hatte. Gemäß Artikel 64 Absatz 3 des Gesetzes für Kernstoffmaterialien usw. obliegt die Zuständigkeit, dem Betreiber Gegenmaßnahmen aufzuerlegen, dem Kulturminister, Wirtschaftmister und Verkehrsminister. Der Unterbrechungsbefehl vom Ministerpräsident hatte daher keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage und ist in der Tat ignoriert worden. Der Befehl sorgte nur für weitere vorläufige Verwirrung[5].

2. Das Erdbeben und der Tsunami

Nach dem Gesetz für Kernstoffmaterialien usw. gibt es die vom Kernkraftkomitee festgesetzte Sicherheitsrichtlinie, nach der das Funktionieren der betroffenen mechanischen Einrichtungen sogar unter härtesten natürlichen Bedingungen erforderlich ist. Zu solchen Bedingungen gehören nicht nur Erdbeben, sondern auch Hochwasser, Tsunamis, starker Wind, Gefrieren, Schnee etc. Seit das Kernkraftwerk Fukushima Nr. 1 die Erlaubnis zur Errichtung hatte (Ende der 1960er Jahre), wurde die damalige Richtlinie im Zusammenhang mit allen seitherigen regelmäßigen Untersuchungen verbessert.

Besonders 2006 hat das Kernkraft-Sicherheitskomitee die Richtlinie für den Schutz gegen Erdbeben erneuert. Diese Richtlinie hat – unter Berücksichtigung der Erfahrung durch das starke Erdbeben in Hanshin aus dem Jahr 2011 – den Begriff vom „verbleibenden Risiko“ eingeführt. Die Einführung dieses Risikos ist für das Vorsorgeprinzip unter zweierlei Gesichtspunkten besonders wichtig. Erstens ermöglicht dies eine Klassifizierung solcher

[5] Zum tatsächlichen Verlauf vgl. den Bericht (Fn. 4), S. 74 ff.

Katastrophen, die als außerordentliche Ereignisse einzustufen sind. Zweitens kann nun mit Hilfe der Wahrscheinlichkeitstheorie besser abgeschätzt werden, welche Sicherheitsmaßnahmen erforderlich sind. So betont auch der Bericht des unabhängigen Untersuchungskomitees für den Unfall im Fukushima Kernkraftwerk, dass die Einführung des Begriffs vom „verbleibenden Risiko“ zu einer Veränderung der Kriterien für die Annahme außerordentlicher Ereignisse geführt hat[6].

V. Schlusswort

Mein Referat möchte deutlich machen, inwieweit sich im japanischen Rechtssystem das Vorsorgeprinzip gegen den Kernkraftwerksunfall vom 11.3.2011 wirksam entfaltet hat. Den unvergleichbar großen Unfall hat man am Anfang als „außerordentliches Ereignis“ eingestuft. Besonders in Fachkreisen wurde danach die Meinung vertreten, dass unter das Vorsorgeprinzip auch Maßnahmen für die Sicherheit von Kernkraftwerken bei Katastrophen fallen, die „außerordentliche Ereignisse“ darstellen. Meines Erachtens hat die Einführung des Vorsorgeprinzips ins Rechtssystem zwar Sicherheitsmaßnahmen gegen außerordentliche Unfälle gefördert, jedoch ist dieses Prinzip auf der praktischen Ebene zu kurz geraten. Als Beispiele dafür können exemplarisch die Regierungsfehler bei den Maßnahmen zur Ventilation und Kühlung herangezogen werden, die effektive Maßnahmen zur Abwendung des Risikos verhindert haben. Insbesondere bei einem als „außerordentlichen Ereignis“ einzustufenden Unfall sind aber die administrativen Einrichtungen für das Abwenden eines Risikos ebenso unerlässlich wie die technischen Einrichtungen.

[6] Vgl. den Bericht (Fn. 4), S. 284 ff.

Die Pflicht des Staates, Katastrophen zu verhüten und die Bürger vor ihren Gefahren zu schützen

Seung-Ju Bang, Seoul

I. Einleitung

Der Tsunami in Ostjapan von 2011 und die darauf folgenden Unglücke im Atomkraftwerk von Fukushima rufen unser besonderes Interesse für das Thema „Die Pflicht des Staates, Katastrophen zu verhüten und die Bürger vor ihren Gefahren zu schützen" (im Folgenden: Katastrophenschutzpflicht) hervor. Seit 1987 sieht Art. 34 Abs. 6 der Verfassung der Republik Korea (im Folgenden: "KV") ausdrücklich vor, dass der Staat sich darum bemühen soll, Katastrophen vorzubeugen und die Bürger vor ihren Gefahren zu schützen. Auch wenn es keine ausdrückliche Bestimmung über den Katastrophenschutz gäbe, könnte die Pflicht aus der allgemeinen Gewährleistungspflicht, in der auch die grundrechtliche Schutzpflicht als enthalten gilt, abgeleitet werden. Jedoch stellt diese ausdrückliche Katastrophenschutzpflicht mehrere Interpretationsfragen bezüglich ihres Rechtscharakters, ihrer konkreten Inhalte, der Rechtsfolgen im Falle der Nichterfüllung, der Justitiabilität des Unterlassens der Schutzpflicht sowie der Rechtsmittel für die durch Unterlassungen verursachten Schäden.

II. Entstehungsgeschichte und verfassungsrechtliche Vorschriften zur Katastrophenschutzpflicht

1. Entstehungsgeschichte

Art. 34 Abs. 6 KV ist in der heute gültigen Verfassung von 1987 zum ersten Mal eingeführt worden. Im Rahmen der Verfassungsänderung von 1987 wurden viele andere Staatszielbestimmungen in die Sozialgrundrechte eingefügt. Die Katastrophenschutzpflicht ist als letzte Klausel dem Artikel hinzugefügt, der das Grundrecht auf menschenwürdiges Dasein als ein grundlegendes sozialstaatliches Grundrecht gewährleistet.

2. Verfassungsrechtliche Vorschriften zur Katastrophenschutzpflicht

(1) Präambel

In der Präambel der Verfassung steht der Satz, dass Sicherheit, Freiheit und Wohlfahrt für uns selbst und unsere Nachkommenschaft gesichert werden soll. Dieser Satz stellt fest, dass wir die Sicherheit nicht nur unserer Generation, sondern auch der nachfolgenden Generationen gewährleisten sollen, und bildet somit eine ideelle Grundlage für die weitere auf die Sicherheit der Bürger bezogene Schutzpflicht des Staates.

(2) Allgemeine grundrechtliche Gewährleistungspflicht des Staates (Art. 10 Satz 2 KV)

In Art. 10 KV werden die Menschenwürde und das Recht auf Wohlergehen der Bürger gewährleistet, darüber hinaus erklärt, dass der Staat verpflichtet ist, die unantastbaren, grundlegenden Menschenrechte der Person festzustellen und zu schützen (Feststellungspflicht und Schutzpflicht).[1]

In dieser grundrechtlichen Gewährleistungspflicht ist die Pflicht des Staates enthalten, die grundrechtlichen Rechtsgüter der Bürger vor Naturgewalten, Katastrophen und dritten Personen zu schützen. In diesem Sinne ist sie allgemeine grundrechtliche Gewährleistungspflicht, die auch die Schutzpflicht des Staates vor von Dritten ausgehenden (drohenden) Beeinträchtigungen von grundrechtlichen Rechtsgütern im deutschen Sinne beinhaltet.

Diese allgemeine grundrechtliche Gewährleistungspflicht kann als eine subsidiäre Ersatznorm fungieren, falls es keine einzelne konkrete Schutzpflicht für ein Spezialgebiet gibt oder sie nicht anwendbar ist.

Für den Katastrophenfall regelt Art. 34 Abs. 6 KV diese spezielle Schutzpflicht ausdrücklich.

(3) Umweltbewahrungspflicht

Die Umweltbewahrungspflicht des Staates nach Art. 35 KV steht mit der Katastrophenschutzpflicht im engen Zusammenhang. Diese Umweltbewahrungspflicht des Staates ist gleichzeitig mit dem Grundrecht auf eine saubere und angenehme Umwelt in Art. 35 KV geregelt. Auch die Bürger sind verpflichtet, sich gemeinsam mit dem Staat um die Bewahrung der Umwelt zu bemühen. Der Staat ist nach Art. 35 KV verpflichtet, sich um die Wiederherstellung einer sauberen und angenehmen Umwelt zu bemühen, falls die Umwelt durch von der Natur sowie von Menschen verursachte Katastrophen verschmutzt oder verseucht wurde und dadurch ein Leben der Bürger in einer sauberen und angenehmen Umwelt nicht mehr möglich ist.

---

[1] 방승주, 헌법 제10조, 헌법주석서 I, 법제처 2010. 3, 274면 이하 (Vgl. dazu *Seung-Ju Bang*, Art. 10, Verfassung, Kommentar zur Verfassung, Bd. 1, The Ministry of Government Legislation, 2010, S. 274 ff.).

(4) Auslandsbürgerschutzpflicht

Auslandsbürger oder Auslandskoreaner sind diejenigen Bürger, die zu berufstätigen, akademischen, diplomatischen, militärischen oder sonstigen Zwecken das koreanische Territorium verlassen haben und sich vorläufig, langjährig oder ständig im Ausland aufhalten.

Nach der koreanischen Verfassung ist der Staat verpflichtet, gemäß dem Gesetz die Auslandsbürger zu schützen (Art. 2 Abs. 2 KV). Falls die Sicherheit von Leib und Leben der Bürger im Ausland durch im Ausland sich ereignende Naturkatastrophen, durch Terror oder durch von Menschen verursachte Katastrophen bedroht wird, soll der Staat zum Schutz seiner Auslandsbürger alle ihm zur Verfügung stehenden Mittel wie insbesondere diplomatische Maßnahmen ergreifen.

Deshalb haben die Auslandsbürger, deren Leib und Leben durch Katastrophen im Ausland bedroht werden, einen Anspruch auf Schutz durch den koreanischen Staat (Art. 2 Abs. 2 und Art. 34 Abs. 6 KV).

Das koreanische Katastrophenschutzgesetz (im Folgenden: “KSchG”) nennt diejenigen Katastrophen, die sich außerhalb des koreanischen Territoriums ereignen und Leben, Leib und Vermögen von Auslandsbürgern schädigen (können), „Auslandskatastrophen“ und regelt Einzelheiten. So soll in Katastrophenfällen die Botschaft oder der Leiter des Konsulats sofort den Außenminister über die Lage unterrichten (§ 21 KSchG). Erforderlichenfalls kann ein Hilfsorgan gebildet werden, dem unter anderem Experten für den Katastrophenschutz angehören, die auch in das Land der Katastrophe geschickt werden können (§ 14 Abs. 4 KSchG).

III. Rechtscharakter der Katastrophenschutzpflicht

1. Grundlagen

Wenn man bedenkt, dass die Katastrophenschutzpflicht als letzter Absatz des Art. 34 KV hinzugefügt wurde und in Art. 34 KV das Recht auf menschenwürdiges Dasein als ein grundlegendes Sozialgrundrecht gewährleistet wird, scheint es naheliegend, daraus zu folgern, dass sich der verfassungsändernde Gesetzgeber die Katastrophenschutzpflicht als eine sozialstaatliche Pflicht oder Aufgabe vorgestellt hat. Damals im Jahr 1987 hat der verfassungsändernde Gesetzgeber nicht nur die Katastrophenschutzpflicht (Art. 34 Abs. 6 KV), sondern auch andere Förderungspflichten eingeführt, nämlich: Förderungspflicht bezüglich der Sozialversicherung und Wohlfahrt (Art. 34 Abs. 2 KV), Förderungspflicht für das Wohl und die Rechtsposition der Frauen (Art. 34 Abs. 4 KV), Förderungspflicht für das Wohl von Alten und Jugendlichen (Art. 34 Abs. 4), Schutzpflicht des Staates für Behinderte (Art. 34 Abs. 5 KV).

Was der Rechtscharakter all dieser Pflichten ist, ist nicht nur im Schrifttum, sondern auch innerhalb des Verfassungsgerichts umstritten.

Neuerdings hat das Verfassungsgericht eine Verfassungsbeschwerde gegen das Unterlassen der Regierung, das Problem von Schadensersatz und japanischen Menschenrechtsverletzungen durch die Requisition der sog.

Soldatentrostfrauen einer Schiedsgerichtsbarkeit zu überweisen, mit der Begründung für verfassungswidrig erklärt, dass die Regierung ihre grundrechtliche Schutzpflicht nicht erfüllt und dadurch die Grundrechte der Soldatentrostfrauen wie ihre Menschenwürde verletzt habe. Demgegenüber hat die Minorität die Meinung vertreten, dass die in der Verfassung normierte grundrechtliche Schutzpflicht nur eine abstrakte Pflicht des Staates sei. Deshalb fehle eine verfassungsrechtliche oder aus der Verfassung abzuleitende konkrete Pflicht der Regierung zum Tätigwerden. Folglich sei die Verfassungsbeschwerde als unzulässig zu verwerfen.[2]

2. Positive Meinung zum Schutzanspruch

Es gibt nur wenige Stellungnahmen zu dem Thema „Katastrophenschutzpflicht" nach Art. 34 Abs. 6 KV. Cheol-Su Kim geht mit anderen Autoren in ihrem Kommentar zur Verfassung davon aus, dass die Katastrophenschutzpflichtklausel einen Anspruch der Bürger auf präventive Vorbeugung und den Schutz vor Katastrophen anerkenne, die sie selbst nicht überwinden könnten[3].

3. Negative Position zum Schutzanspruch

Häufiger sind die Meinungen, die die sozialen Grundrechte bloß als Staatszielbestimmungen betrachten und ihnen den Rechtscharakter als konkrete subjektiv-öffentliche Rechte absprechen[4], obwohl – anders als im Grundgesetz der BRD (Art. 20 Abs. 1, Art. 28. Abs. 1 GG) – die einzelnen sozialen Grundrechte in die koreanische Verfassung ausdrücklich aufgenommen sind. Nach ihrer Meinung ist in der sozialstaatlichen Aufgabe nicht nur die Sozialfürsorge und Sozialversicherung für die soziale Schwächeren, sondern auch die pauschale staatliche Pflicht enthalten, gegenüber allen sich in unserer Gesellschaft ereignenden negativen Phänomenen mit adäquaten Mitteln vorbeugend tätig zu werden. Im Ergebnis stelle die Katastrophenschutzpflicht bloß eine Staatszielbestimmung dar, und daraus könnten keine konkreten subjektiven Rechte abgeleitet werden.

4. Stellungnahme

Persönlich bin ich nicht damit einverstanden, alle staatlichen sozialen Förderungspflichten einschließlich der Katastrophenschutzpflicht bloß als Staatszielbestimmungen zu betrachten.

Die Katastrophenschutzpflicht in der Verfassung zu verankern bedeutet, dass der Staat sich bemühen soll, Katastrophen zu verhüten beziehungsweise vorzubeugen, und darüber hinaus das Bestmögliche zu tun, um die Bürger vor Gefahren zu schützen, gleichgültig ob ihre Ursachen in der Natur oder in menschlichen Handlungen liegen. Natürlich enthält diese Pflicht

---

[2] 판례집 23-2(상), 366, 394 이하(Entscheidungssammlung des Verfassungsgerichts 23-2, Bd. 1, 366, 394 ff.)

[3] 김철수 외 9인 공저, 주석헌법, §§ 1 ~130, 법원사 1995, 280-281면 (*Cheol-Su Kim* (Hrsg.), Kommentar zur Verfassung, 1995, S. 280 f.).

[4] 한수웅, 헌법학, 2011, 992면 (z.B. *Su-Woong Han*, Verfassungsrechtslehre, 2011, S. 992).

die staatliche Aufgabe der nachträglichen Fürsorge (z.B. Einsatz von Rettungskräften, medizinische Hilfe, Kleidung, Nahrung, Wohnungen).

Wenn die ausdrücklich normierte Katastrophenschutzpflicht bloß als Staatszielbestimmung betrachtet würde, könnte man daraus keine konkreten Rechte ableiten, und es gäbe keinen Rechtsschutz gegen staatliche Unterlassungen, auch wenn der Staat seine Pflichten vernachlässigt hätte. Eine solche Betrachtung scheint mir von den Absichten des verfassungsändernden Gesetzgebers von 1987 völlig abzuweichen.

IV. Konkrete Inhalte der Katastrophenschutzpflicht

1. Begriff der Katastrophe

Der Begriff der Katastrophe in Art. 34 Abs. 6 KV beschränkt sich nicht auf Naturkatastrophen, sondern erfasst alle Katastrophen, die von Menschen verursacht sind. Deshalb ist der Staat verpflichtet, alle Katastrophen zu verhüten und die Bürger vor ihren Gefahren zu schützen, egal wodurch sie verursacht sind und unabhängig davon, ob die Schäden, die ursprünglich von Naturphänomenen wie Erdbeben, Überschwemmungen und Tsunamis herrühren, durch den Einsturz von durch Menschen errichteten Bauwerken (wie Gebäude, Häuser, Brücken, Atomkraftwerke) verschlimmert worden sind.

Das Katastrophenschutzgesetz definiert den Begriff der „Katastrophe" als ein Desaster, das dem Leben, Leib, Vermögen der Bürger und dem Staat Schaden zufügt oder zufügen kann. Dazu gehören, soweit sie schädigendes Potential haben, die folgende Katastrophen: (1) Taifun, Hochwasser, Regengüsse, Sturm, Seegang, Flutwellen, Schneemassen, Blitzschlag, Trockenheit, Erdbeben, gelber Staub, Flutwasser und damit vergleichbare ähnliche Naturphänomene. (2) Brände, Einstürze, Explosionen, Verkehrsunfälle, chemisch-biologische Unfälle, Umweltverschmutzungen und vergleichbare ähnliche Unfälle in einer bestimmten Größenordnung. (3) Störungen der staatlichen oder sozialen Infrastrukturen (Energie, Kommunikation, Verkehr, Finanzen, Medizin, Wasserleitungen) sowie menschliche und tierische Infektionskrankheiten.

2. Die Pflicht, Katastrophen zu verhüten und vorzubeugen

Die Katastrophenverhütung und -vorbeugung bedeutet, dass man die Wahrscheinlichkeit und die Gefahr der Entstehung von Katastrophen voraussieht und sie vermeidet, bevor sie geschehen. Dementsprechend ist der Staat verpflichtet, den Charakter und die Art der Katastrophen zu analysieren, die sich früher ereignet haben, um künftige Katastrophen verhindern beziehungsweise zumindest eindämmen zu können.

Zu den Naturkatastrophen, die sich in Korea am häufigsten ereignen, gehören die von Hochwasser, Taifunen und Waldbränden verursachten Schäden. Die Größe, der Umfang und die Häufigkeit von Erdbeben sind in Korea relativ niedriger als in China und Japan. Zu den von Menschen verursachten Katastrophen gehören zum Beispiel der Einsturz der Seongsubrücke über den Han-Fluss, der Einsturz des Sampung Kaufhauses,

die U-Bahnkatastrophe in Daegu und die Sprengstoffexplosion in Iri. Diese Katastrophen haben viele menschliche Opfer erfordert. Man kann ihnen durch Sicherheitskontrollen, durch Sicherheitsmaßnahmen und durch verstärkte Aufsichtsmaßnahmen begegnen.

3. Die Pflicht, die Bürger vor der Gefahr von Katastrophen zu schützen

Wenn beispielsweise Gebäude oder Brücken durch Naturkatastrophen wie Erdbeben, Hochwasser oder Taifune einstürzen und/oder Brände ausbrechen, gehören zur Katastrophenschutzpflicht des Staates die Bemühungen, Leben zu retten, den Verletzten die notwendige medizinische Behandlung zu vermitteln und weitere Schäden zu verhindern.

Katastrophen können sich auch durch Ausbrechen von Ansteckungskrankheiten ereignen. Insoweit hat der Staat alle notwendigen Seuchenbekämpfungsmaßnahmen (wie zum Beispiel Isolierung der Angesteckten, Impfungen) zu ergreifen, um die Ausbreitung der Krankheiten zu verhindern.

4. Gesetze zur Katastrophenschutzpflicht

In Korea gibt es zahlreiche Gesetze, die den Katastrophenschutz zum Gegenstand haben. Von grundlegender Bedeutung sind das Katastrophenschutzgesetz und das Naturkatastrophenschutzgesetz. Daneben gibt es ein Gesetz, das die Hilfeleistung in Katastrophen regelt. Weiter finden sich Spezialgesetze, die Katastrophengefahren bekämpfen wollen und etwa Umsiedlungsmaßnahmen, den Umgang mit Hanglagen sowie den Bau von Stauseen, Dämmen und Hochhäusern betreffen.

Vermutlich liegt der Grund dafür, weshalb die auf den Katastrophenschutz bezogenen Gesetze so zahlreich und zerstreut geregelt sind, darin, dass die einzelnen zuständigen zentralen Verwaltungsorgane (z.B. Ministerium der inneren Verwaltung und Sicherheit, Amt für Feuerwehr und Katastrophenschutz, Ministerium für Land-, Wald- und Seewirtschaft) jeweils eigene Gesetzesentwürfe verfasst haben, die im Parlament verabschiedet worden sind. Meines Erachtens sollten die verschiedenen auf den Katastrophenschutz bezogenen Gesetze vereinheitlicht und stärker systematisiert werden.

V. Nichterfüllung der Katastrophenschutzpflicht und ihre (judizielle) Kontrolle

1. Verfassungsgerichtliche Kontrolle der Erfüllung der Schutzpflicht

(1) Ein Fall verfassungswidriger Untätigkeit

Nach der ständigen Rechtsprechung des koreanischen Verfassungsgerichts ist eine verfassungsrechtliche Handlungs- bzw. Schutzpflicht des Staates als Voraussetzung dafür erforderlich, dass die Verfassungsbeschwerde gegen eine staatliche (gesetzgeberische oder exekutive)

Unterlassung als zulässig anerkannt werden kann. Eine solche Handlungs- oder Schutzpflicht des Staates kann ausdrücklich in der Verfassung geregelt sein, durch verfassungsrechtliche Interpretation abgeleitet werden oder in den gesetzlichen Normen positivrechtlich normiert sein[5].

Es ist bemerkenswert, daß das Gericht die verfassungsrechtliche Handlungs- und Schutzpflicht auch dann anerkennt, wenn sie in der gesetzlichen Norm konkret geregelt ist. In der Entscheidung zu den sog. japanischen Soldatentrostfrauen wird die staatliche Schutzpflicht anerkannt, das Problem des Anspruchs der ehemaligen Soldatentrostfrauen auf Schadensersatz und Entschuldigung durch die japanische Regierung zu lösen. Die Unterlassung der Exekutive, den Fall der dritten Schiedsgerichtsbarkeit zu überweisen, sei verfassungswidrig und verletze die Menschenwürde der beschwerdeführenden ehemaligen Soldatentrostfrauen.

In der Entscheidung zu den Soldatenfrauen berücksichtigt das koreanische Verfassungsgericht im Zusammenhang mit der Anerkennung der Beschwerdemöglichkeit gegen die Unterlassung der Exekutive folgende Argumente: Gewichtigkeit der betroffenen grundrechtlichen Rechtsgüter; Erheblichkeit der Beeinträchtigung; Wiederherstellungsmöglichkeit der beeinträchtigten grundrechtlichen Rechtsgüter.

Im Folgenden soll untersucht werden, ob die verfassungsgerichtliche Entscheidung zu den Soldatenfrauen mit den genannten Argumenten für den Fall der Katastrophenschutzpflicht fruchtbar gemacht werden kann.

(2) Voraussetzungen für die Anerkennung des Anspruchs auf Schutz

a) Die Gewichtigkeit der betroffenen grundrechtlichen Rechtsgüter

Erstens sind die in Katastrophenfällen auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter zu berücksichtigen. Dazu gehören hauptsächlich Leib und Leben, das Vermögen der Bürger, die staatliche oder gesellschaftliche Infrastruktur einschließlich der sauberen und angenehmen Umwelt.

Wie die Erfahrungen mit Naturkatastrophen-Fällen und von Menschen ausgelösten Katastrophen aller Arten zeigen, sind von solchen Katastrophen in vielen Fällen das Leben und die körperliche Unversehrtheit manchmal weniger, manchmal aber auch sehr vieler Menschen betroffen. Leib und Leben des Menschen sind die wichtigsten grundrechtlichen Rechtsgüter. Deshalb liegt es nahe, die staatliche konkrete Handlungs- und Schutzpflicht und einen entsprechenden Anspruch des Bürgers anzuerkennen, wenn Leib und Leben der Bürger durch Katastrophen bedroht sind.

b) Die Erheblichkeit der Beeinträchtigung, die Erforderlichkeit und Dringlichkeit des Schutzes und der Rettung

Zweitens sind die Erheblichkeit der Beeinträchtigung und die Notwendigkeit sowie Dringlichkeit der Schutzmaßnahme bzw. Rettung zu nennen. Dies bedeutet: Die konkrete Katastrophe und die von ihr aus-

---

[5] Entscheidung des Verfassungsgerichts vom 30. August 2011, 2006 hunma 788, Entscheidungssammlung 23-2, Bd. 1, 366, 382 (sog. japanische Soldatenkomforten).

gehenden Gefahren müssen schon eingetreten sein. Der Betroffene, der einen konkreten Schaden erlitten hat, erhält dann den Anspruch auf Schutz, wenn zum Schutz seines Lebens oder zum Schutz vor erheblichen körperlichen Gefahren Rettungsmaßnahmen erforderlich und dringend sind. In Katastrophen-Katastrophenfällen wird man es verhältnismäßig oft mit solchen Situationen zu tun haben.

In gewisser Weise kann man den Katastrophenschutz-Fall mit einem vor einigen Monaten in Korea passierten Mordfall vergleichen, in dem die Polizei Rettungsmaßnahmen unterließ. Eine 20-jährige Frau drohte nachts im Haus des Täters vergewaltigt und ermordet zu werden. Als der Täter zur Toilette ging, rief sie die Polizei an und forderte sie auf, ihr zu helfen. Während des Telefonats betrat der Täter wieder das Zimmer und begann, auf die Frau einzuschlagen. Die Polizei bekam das gesamte Geschehen mit, weil dem Opfer das Handy aus der Hand gefallen und die Telefonverbindung nicht abgebrochen war. Die Polizei hat diesen Fall als bloßen Streit zwischen Ehepaaren eingestuft. Erst fünf Stunden nach dem Anruf war die Frau endgültig getötet. Wenn die Polizei den Anruf ernster genommen hätte, hätte sie den Mord verhindern können. Die Polizei hat eine konkrete Schutzpflicht gehabt, das Leben des Opfers zu retten. Sie hat daher, wie ich meine, ihre verfassungsrechtliche Schutzpflicht verletzt.

c) Wiederherstellungsmöglichkeit der beeinträchtigten grundrechtlichen Rechtsgüter

Drittens sind die Wiederherstellungs- bzw. Rettungsmöglichkeit der beeinträchtigten grundrechtlichen Rechtsgüter zu berücksichtigen. Auch wenn gewichtige grundrechtliche Rechtsgüter betroffen und Rettungsmaßnahmen erforderlich und dringlich sind, kann man dem Staat die Nichterfüllung einer Schutzpflicht nicht vorhalten, wenn er keine physische Möglichkeit gehabt hat, das Opfer der Katastrophe zu retten oder ihm Hilfe zu leisten.

Insbesondere bei großen Naturkatastrophen kann der Staat in die Lage geraten, dass er angesichts besonders großer Schäden und der Vielzahl von Opfern nicht in der Lage ist, die an sich gebotene dringliche Hilfe überall zu leisten. Deshalb ist der Anspruch auf Schutz von der Verfügbarkeit staatlicher Mittel abhängig. Insoweit steht die grundrechtliche Schutzpflicht des Staates „unter dem Vorbehalt des Möglichen“.

2. Rechtsmittel bei Schäden wegen Nichterfüllung der Katastrophenschutzpflicht

(1) Staatshaftungsklage (Schadensersatz)

Wenn körperliche Schäden durch die Katastrophe als solche entstanden sind, ist der Staat dafür grundsätzlich nicht verantwortlich.

Wenn er aber seine Katastrophenschutzpflicht trotz Handlungspflicht und Schutzanspruch vernachlässigt hat, kann ein durch die Unterlassung betroffener geschädigter Bürger gegen den Staat Schadensersatzklage vor dem Zivilgericht erheben.

Es gibt den Fall, in dem das Oberste Gericht in Korea bei einem durch heftigen Regen verursachten Schaden fahrlässiges Handeln der zuständigen Beamten beim Management bejaht und Schadensersatz angeordnet hat.

Zur Anerkennung der Staatshaftung durch Unterlassen des Beamten muss nach § 2 Abs. 1 Staatshaftungsgesetz der Beamte den Schaden des Dritten verursacht haben, indem er bei Wahrnehmung seiner amtlichen Aufgabe die gesetzlichen Normen mit Absicht oder Fahrlässigkeit verletzt hat. In dem fraglichen Fall gehörte es zu den Aufgaben der beklagten Beamten nach §§ 36, 39, 42 Naturkatastrophenschutzgesetz, rechtzeitig alle Maßnahmen zu ergreifen, um insbesondere das Leben gefährdeter Personen zu schützen. Zu diesen Maßnahmen zählen erforderlichenfalls auch Evakuierungen aus Häusern. Diese normierten Pflichten gehören zu den in § 2 Abs. 1 Staatshaftungsgesetz erwähnten gesetzlichen Normen. In dem Fall kam es infolge des heftigen Regens zu einer Überschwemmung, die den Tod eines Opfers zur Folge hatte. Das Gericht stellte fest, dass die Beamten durch die nach dem Naturkatastrophenschutzgesetz gebotenen Maßnahmen das Unglück hätten verhindern können. Also hatte die Schadensersatzklage Erfolg. Das Gericht betonte ferner, dass es keinen Anlass sehe, den Umfang des Schadensersatzes um einen dem Naturphänomen zur Last fallenden Anteil zu kürzen, denn die Beamten hätten den Tod ohne unverhältnismäßige Bemühungen und Kosten verhüten können[6].

Nur wenn der Geschädigte den ursprünglichen Grund für das katastrophale Ereignis verursacht hat, steht ihm kein Anspruch auf Schadensersatz zu[7].

Es stellt sich noch die Frage, ob der Staat beweisen muss, dass er bei der unerlaubten Handlung weder Absicht noch Fahrlässigkeit gehabt hat, oder ob den Bürger die Beweislast trifft.

Nach der allgemeinen Auffassung muss das Verfassungsgericht nach dem Prinzip des Untermaßverbots[8] nur überprüfen, ob der Staat ein bestimmtes Minimum an erforderlichen Maßnahmen ergriffen hat, um seine Schutzpflicht zu erfüllen. Ausgehend von dieser Lehre trägt der Bürger die Beweislast dafür, dass der Staat gar keine adäquaten Schutzmaßnahmen vorgenommen oder einen völlig falschen Weg zur Bekämpfung der Katastrophe gewählt hat. Indes scheint es mir problematisch zu sein, die Beweislast den Bürger tragen zu lassen, weil es schwer ist, dem Staat Absicht oder Fahrlässigkeit bei der Nichterfüllung oder Schlechterfüllung der Schutzpflicht nachzuweisen. Deshalb scheint es mir aus der Perspektive des grundrechtlichen Schutzanspruchs der geschädigten Opfer wünschenswert zu sein, den Beweis, dass der Staat sein Bestes getan hat, ihn selbst führen zu lassen.

(2) Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Unterlassung

Der von einer Katastrophe geschädigte Bürger kann unter Umständen vor dem Verwaltungsgericht Feststellungsklage erheben, um die Rechts-

---

6 Urteil des Obersten Gerichts vom 25. 6. 2004. 2003da69652 (Schadensersatz).

7 Urteil des Obersten Gerichts vom 30. 10. 1970, 70da2010 (Schadensersatz).

8 Entscheidung des Verfassungsgerichts vom 26. 12. 2008, 2008 hunma 419, Entscheidungssammlung 20-2, Bd. 2, 960.

widrigkeit der Unterlassung des Staates feststellen zu lassen, wenn der Bürger meint, dass der Staat seine Schutzpflicht nicht erfüllt hat. Nach dem Grundsatz der Subsidiarität darf der Bürger gemäß § 68 Abs. 1 Verfassungsgerichtsgesetz sich an das Verfassungsgericht erst wenden, nachdem er den ordentlichen Rechtsweg ausgeschöpft hat. Daher ist eine direkte Verfassungsbeschwerde gegen eine Unterlassung der Exekutive nicht zulässig, wenn das ordentliche Gericht eine Feststellungsklage für zulässig erachtet.

Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts kann allerdings die Verfassungsbeschwerde unmittelbar erhoben werden, wenn es nicht zumutbar ist, zunächst das ordentliche Rechtsmittel zu ergreifen, oder dieses gar nicht zulässig ist.

Jedenfalls hat das Verfassungsgericht in seiner Entscheidung zu den sog. japanischen Soldatentrostfrauen die unmittelbare Verfassungsbeschwerde für zulässig erachtet.

(3) Verfassungsbeschwerde

Wenn der Gesetzgeber entgegen der ihn treffenden Katastrophenschutzpflicht es unterlässt, gesetzgeberisch tätig zu werden, kann ein Betroffener wegen dieser Unterlassung Verfassungsbeschwerde erheben. Erlässt der Gesetzgeber überhaupt kein Gesetz, so richtet sich die Verfassungsbeschwerde gegen die echte Gesetzgebungsunterlassung. Davon ist die unechte Gesetzgebungsunterlassung zu unterscheiden, bei der der Gesetzgeber die Gesetzgebungsaufgabe zwar wahrgenommen, aber nur unvollkommen oder unzureichend erfüllt hat. In diesem Fall muss die Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen das Gesetz gerichtet werden.

In Betracht kommt auch die Erhebung einer Verfassungsbeschwerde gegen Unterlassungen der Verwaltung, wenn diese erforderliche Schutzmaßnahmen gar nicht oder nur unzureichend ergreift. Wie schon erwähnt stellt sich in derartigen Fällen die Frage, ob der Betroffene zuvor Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Unterlassung vor dem Verwaltungsgericht erheben muss. Da hinsichtlich der Zulässigkeit einer solchen verwaltungsgerichtlichen Klage die Rechtsprechung undeutlich ist, kann hier das Verfassungsgericht eine Ausnahme vom Grundsatz der Subsidiarität machen.

Ersatz von Schäden, bei denen Naturgewalten und schuldhafte Handlungen in Konkurrenz stehen – unter besonderer Berücksichtigung koreanischer Beispiele

Ho-Young Song, Seoul

I. Einleitung

Zur Zeit nehmen Schäden zu, die von ungewöhnlichen Wetterlagen und Naturkatastrophen verursacht werden. Im Jahr 1987 sind in Korea 345 Menschen durch den Taifun Thelma ums Leben gekommen bzw. gelten als vermisst und 100.000 Menschen haben ihre Heimat verloren. Beinahe jedes Jahr ereignen sich Naturkatastrophen, die Taifune, Überschwemmungen und Schneemassen auslösen. Im Sommer 2011 sind 18 Einwohner, die in einem bevorzugten Wohngebiet in Seoul unterhalb des Umyon-Bergs wohnten, durch einen Bergrutsch ums Leben gekommen, der auf übermäßigem Regen beruhte. Es war damals für die Bürger ein großer Schock. Innerhalb von drei Tagen fiel fast die Hälfte der jährlichen durchschnittlichen Regenmenge. Auch wenn der Regen den Bergrutsch ausgelöst hat, wurde starke Kritik an den ungeeigneten Notmaßnahmen seitens der Behörden geübt. Zur Zeit haben 46 Betroffene wegen der Schäden gegen den Staat eine Schadenersatzklage erhoben. Der Prozess darüber ist noch in der ersten Instanz anhängig.

Da Naturkatastrophen zu den Naturphänomenen gehören, sind sie für Menschen nicht ganz zu vermeiden. Abgesehen von den Fällen, in denen die aus Naturkatastrophen herrührenden Schäden von Versicherungen gedeckt werden, haben die Geschädigten die Schäden aus Naturkatastrophen grundsätzlich hinzunehmen. Da im Zivilrecht das Verschuldensprinzip ein Grundprinzip der Deliktshaftung darstellt, setzt die Schadensersatzpflicht grundsätzlich eine rechtswidrige Handlung eines Täters voraus. Ausnahmen gibt es in bestimmten Fällen der Risiko- oder Gefährdungshaftung. Stets ist aber das Handeln eines Täters Voraussetzung. Demzufolge kann es für Schäden, die ausschließlich von Naturkatastrophen verursacht werden, ohne einen Täter keinen zivilrechtlichen Schadensersatz geben. Wenn aber eine unerlaubte Handlung eines Schädigers und Naturkräfte zusammenwirken, kommt eine Schadensersatzpflicht des Täters in Betracht. Aber es stellt sich die Frage, in welchem Umfang der Täter haftet.

Einerseits kann man sagen, dass der Täter ausschließlich für den Teil zur Verantwortung gezogen werden kann, zu dem er beigetragen hat; die

durch die Naturkraft herbeigeführten Schäden müssen also herausgerechnet werden. Auf der anderen Seite kann man betonen, dass die unerlaubte Handlung des Schädigers den Schaden verursacht hat und es von daher angemessen ist, dass der Verursacher des Schadens auch den Teil des Schadens trägt, zu dem die Naturkatastrophe beigetragen hat.

Das Problem ist schwierig. Im nächsten Teil werde ich unter besonderer Berücksichtigung koreanischer Fälle untersuchen, inwieweit der Beitrag der Naturgewalt bei der Entscheidung über den Umfang des Schadensersatzes in solchen Fällen berücksichtigt wird, in denen eine rechtswidrige Handlung des Täters mit der Naturkraft konkurriert.

II. Das koreanische Haftungsrecht

1. Koreanisches BGB

a) Verschuldensprinzip

§ 750 des koreanischen BGB bestimmt den allgemeinen Grund und die Folge der Verschuldenshaftung, die Schadensersatzpflicht.

> § 750. [Inhalt der unerlaubten Handlung]
> Wer vorsätzlich oder fahrlässig einem anderen widerrechtlich einen Schaden zufügt, ist diesem zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

Die Besonderheit einer unerlaubten Handlung im KBGB liegt darin, dass der Gesetzgeber des KBGB anders als Deutschland den Tatbestand der unerlaubten Handlung als allgemeines Haftungsdelikt ausgeformt hat. Demzufolge legen im Grunde alle unerlaubten Handlungen, welche anderen Schaden zufügen, dem Schädiger eine Pflicht zum Ersatz des Schadens auf. Selbstverständlich wird Vorsatz bzw. Fahrlässigkeit des Täters vorausgesetzt. In allen Fällen muss der Geschädigte das Verschulden des Täters beweisen.

b) Deliktische Sondertatbestände im KBGB

In einigen Sondertatbeständen hat der Gesetzgeber den Geschädigten von der Beweislast befreit, das Verschulden des Täters nachzuweisen. Infolge dieser Beweislastumkehr trifft den Täter eine strengere Verantwortung. Diese Art von strenger Haftung wird in der koreanischen Wissenschaft als sog. Mittelhaftung bezeichnet. Dazu gehören die Haftung des Aufsichtspflichtigen (§ 755 KBGB), die Haftung für den Verrichtungsgehilfen (§ 756 KBGB) und die Haftung des Tierbesitzers (§ 759 KBGB).

> § 755. [Haftung des Aufsichtspflichtigen]
> (1) In den Fällen der §§ 753, 754 hat derjenige, der kraft Gesetzes zur Führung der Aufsicht über die Person des Zurechnungsunfähigen verpflichtet ist, für den Schaden, den dieser einem Dritten zugefügt hat, einzustehen. Dies gilt jedoch nicht, wenn er seiner Aufsichtspflicht sorgfältig nachgekommen ist.
> (2) Die gleiche Verantwortung trifft denjenigen, der an Stelle des Aufsichtspflichtigen die Führung der Aufsicht über die Person des Zurechnungsunfähigen übernimmt.

§ 756. [Schadensersatzpflicht des Geschäftsherrn]
(1) Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist für den Ersatz des Schadens verantwortlich, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem anderen zufügt. Das gilt jedoch nicht, wenn der Geschäftsherr bei der Aufsicht über die Ausführung der angewiesenen Verrichtung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt angewandt hat oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden wäre.

§ 759. [Haftung des Tierbesitzers]
(1) Wird einem anderen ein Schaden durch ein Tier zugefügt, so ist der Tierbesitzer verpflichtet, dem Verletzten den Schaden zu ersetzen. Die Ersatzpflicht tritt jedoch nicht ein, wenn der Tierbesitzer nach Art und Beschaffenheit des Tiers die zur Beaufsichtigung erforderliche Sorgfalt angewendet hat.
(2) Wer für den Tierbesitzer ein Tier hält, ist auch für den Schadensersatz nach Absatz 1 verantwortlich.

Was die Haftung für eine bauliche Anlage betrifft, hat der Gesetzgeber neben der verschärften Verschuldenshaftung des Besitzers eine strikte verschuldensunabhängige Haftung des Eigentümers der baulichen Anlage angeordnet (§ 758 KBGB).

§ 758. [Haftung des Besitzers und Eigentümers einer baulichen Anlage]
(1) Wird einem anderen ein Schaden durch fehlerhafte Errichtung oder durch mangelhafte Erhaltung einer baulichen Anlage zugefügt, so ist der Besitzer der Anlage zum Schadenersatz verpflichtet. Hat der Besitzer jedoch die zur Vorkehrung gegen die Schadensverursachung erforderliche Sorgfalt angewandt, so ist der Eigentümer für den Schaden verantwortlich.
(2) Die Vorschriften des Absatzes 1 gelten auch, wenn der Besitzer oder der Eigentümer von Bäumen durch fehlerhafte Einpflanzung oder durch mangelhafte Erhaltung einem anderen einen Schaden zufügt.
(3) In den Fällen der Absätze 1 und 2 kann der Besitzer oder der Eigentümer Ausgleich von demjenigen verlangen, der für die Verursachung des Schadens verantwortlich ist.

c) Rechtsfolge: Schadensersatz

Falls der Tatbestand der unerlaubten Handlung erfüllt wird, kann der Geschädigte Schadensersatz in Anspruch nehmen. Hier wendet das KBGB auf den Umfang des Schadensersatzanspruchs des Geschädigten die Vorschriften über den Umfang des Schadensersatzes infolge Vertragswidrigkeit (§ 393 KBGB) an. Demnach wird der Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen auf den unter gewöhnlichen Umständen entstehenden Betrag begrenzt. Der Schaden wegen außergewöhnlicher Umstände kann nur ersetzt werden, wenn der Schädiger diesen Umstand kannte oder kennen musste. Bei der Beurteilung, ob es sich um einen gewöhnlichen oder außergewöhnlichen

Umstand handelt, verwendet die herrschende Lehre in Korea die deutsche Adäquanztheorie.

§ 763. [Anzuwendende Vorschriften]
Auf den Schadensersatzanspruch wegen unerlaubter Handlungen sind die Vorschriften der §§ 393, 394, 396 und des § 399 entsprechend anzuwenden.

§ 393. [Umfang des Schadensersatzes]
(1) Die Höhe des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung kann den Betrag nicht überschreiten, der unter gewöhnlichen Umständen entstehen würde.
(2) Für den infolge eines außergewöhnlichen Umstandes entstehenden Schaden ist der Schuldner nur dann verantwortlich, wenn er diesen Umstand kannte oder kennen musste.

Was die Art und Weise des Schadensersatzes betrifft, so ist der Schaden im Prinzip in Geld zu ersetzen.

§ 394. [Form des Schadenersatzes]
Der Schaden ist in Geld zu ersetzen, sofern nicht etwas Abweichendes vereinbart ist.

2. Gefährdungshaftung in Sondergesetzen

In Korea gibt es die Gefährdungshaftung in einigen Teilbereichen, die in speziellen Gesetzen geregelt sind.

a) Rahmengesetz für Umweltpolitik

Wird infolge von aus einer Betriebsanlage austretenden Verunreinigungsstoffen das Leben oder der Körper eines Menschen verletzt, ist deren Unternehmer zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet (§ 31 Abs. 1).

Haben zwei oder mehrere Betriebsanlagen mit Verunreinigungsstoffen auf die Umwelt eingewirkt und kann der in Absatz 1 bestimmte Schaden nicht auf eine bestimmte Betriebsanlage zurückgeführt werden, so sind deren Unternehmer als Gesamtschuldner zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet (§ 31 Abs. 2).

b) Atomschädenhaftpflichtgesetz

Der Zweck dieses Gesetzes ist, Leben, Gesundheit und Sachgüter des Menschen vor den Gefahren der Kernenergie und der schädlichen Wirkung von Atomreaktoren zu schützen und durch Kernenergie verursachte Schäden auszugleichen (§ 1).

Die Schadensersatznorm enthält § 3 dieses Gesetzes: Ist ein Schaden infolge des Betriebs von Atomreaktoren usw. (Atomenergieanlagen) eingetreten, so ist der Unternehmer der Atomenergieanlage zum Ersatz des Schadens verpflichtet. Die Ersatz ist ausgeschlossen, wenn dieser Schaden

durch bewaffnete Konflikte unter Staaten, Kriegshandlungen, Bürgerkrieg und Revolten entstanden ist (§ 1).[1]

c) Fischereigesetz

Wenn durch Schiffe, betriebliche Anlagen im Meer oder Industriebetriebe das Wasser verseucht wird und dadurch die konzessionierte Fischerei Schaden erleidet, hat der Unternehmer dem Geschädigten den Schaden zu ersetzen (§ 82).

d) Berggesetz

Wird einem anderen im Zusammenhang mit dem Betrieb eines Bergwerks Schaden zugefügt, so ist derjenige zum Ersatz verpflichtet, der zur Zeit des Schadenseintritts das Bergwerkeigentum (Bergwerkseigentümer) oder ein Bergbaurecht innehat. Ist das Bergwerkeigentum bzw. Bergbaurecht zu dieser Zeit erloschen, haftet der letzte Bergwerkeigentümer bzw. Bergbauberechtigte (§ 75).

e) Staatshaftungsgesetz

Wird einem anderen infolge fehlerhafter Errichtung oder Unterhaltung einer Straße, eines Flusses oder einer sonstigen öffentlichen Anstalt ein Schaden zugefügt, so ist der Staat oder die Gemeinde zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet (§ 5).

f) Produkthaftungsgesetz

Ein Hersteller ist demjenigen, der durch einen Produktmangel einen Schaden am Leben, Körper oder Vermögen erlitten hat, zum Schadensersatz verpflichtet (§ 3).

III. Fälle aus der koreanischen Rechtspraxis

Es gibt einige Urteile des koreanischen obersten Gerichtshofs (KOGH), in denen es um die Haftung für Schäden geht, die durch das Zusammenwirken von Naturkräften und einer unerlaubten Handlung eines Täters herbeigeführt worden sind. Es existieren sowohl Urteile, in denen der von der Naturkraft herrührende Teil aus dem Haftungsumfang ausgeschlossen wird, als auch Urteile, in denen der unerlaubt handelnde Täter ohne Rücksicht auf den Beitrag der Naturkraft den gesamten Schaden tragen muss.

1. Fälle, in denen der Beitrag der Naturkraft den Schaden mindert

a) Zierpflanzen-Fall

In diesem Fall hat der KOGH das erste Mal sich mit dem Einfluss von Naturkräften auf den Schadensumfang befasst. Der Kläger hat in der Nähe der Fabrik des Beklagten hochwertige Pflanzen gezüchtet und diesen auf Schadensersatz mit der Behauptung in Anspruch genommen, dass seine Zierpflanzen durch Schwefelsäuregas und Schwarzstaub der Fabrik ein-

[1] In der früheren Fassung des Gesetzes (1995) war die Ersatzpflicht auch noch ausgeschlossen, wenn der Schaden durch außerordentlich schwere Naturkatastrophen verursacht wurde. Im geltenden Gesetz findet sich dieser Haftungsausschluss nicht mehr.

gegangen seien. Demgegenüber haben die Urteile der ersten und zweiten Instanz den Grund des Pflanzenverdorrens in der Kälte gesehen, wie es sie seit 74 Jahren nicht mehr gegeben hat. Der KOGH hob die Urteile auf, weil die Vorinstanzen nicht untersucht hatten, ob wegen der extremen Kälte die Pflanzen empfindlicher auf die Schadstoffe der Fabrik reagiert haben. Das erneut zuständige Instanzgericht gewann die Erkenntnis, das sowohl die Kälte als auch die Schadstoffe für das Verdorren der Pflanzen ursächlich waren. Doch warf das Gericht dem Kläger vor, dass er fahrlässig nichts unternommen habe, um Frostschäden vorzubeugen. Deshalb begrenzte das Gericht den Schadensersatz des Klägers auf 40 % des Totalschadens. Dieses Urteil akzeptierte der KOGH.[2]

b) Fälle von Taifun „Thelma“

Im Jahr 1987 hat der Supertaifun „Thelma“ in der koreanischen Gesellschaft einen großen Schock ausgelöst.[3] Bezüglich des Taifuns Thelma gibt es zwei Urteile des KOGH.

aa) Perlen-Zuchtfarm-Fall

Um sich vor dem starken Taifun Thelma zu schützen, war das Schiff des Beklagten mit anderen 100 kleinen Schiffen im Hafen geblieben. Aber wegen der Änderung der Richtung des Taifuns lag der Hafen im Mittelpunkt des Taifuns. Demzufolge wurde das Schiff des Beklagten fortbewegt und vom Strom und den Wellen in die Richtung der Perlen-Zuchtfarm des Klägers getrieben. Das Schiff drang in die Zuchtfarm ein und zerstörte Einrichtungen. Der KOGH gewann die Erkenntnis, dass es sich trotz des Taifuns nicht um einen unvermeidlichen Unfall gehandelt habe. Da jedoch der Schaden der Zuchtfarm auch von der Naturkraft des Taifuns herrührte, musste der von dem Taifun verursachte Teil von dem gesamten Schaden der Zuchtfarm abgezogen werden. Der KOGH setzte diesen Anteil mit 20 % an. Demnach wurden dem Kläger 80 % des verlangten Schadensersatzes zugesprochen.[4]

bb) U-Bahnbau-Fall

Die Stadt Busan hat einem bei dem U-Bahnbau mitwirkenden Unternehmen fahrlässig erlaubt, Baumaterialien auf einem Teil der Küstenstraße

---

[2] KOGH 23. 07. 1991. 89daka1275.

[3] Der Taifun Thelma ist ein typischer Taifun, der dem Ansehen des koreanischen meteorologischen Amts sehr geschadet hat. Einen Tag, bevor der Taifun die koreanische Halbinsel erreichen sollte, hatte das meteorologische Amt vorausgesagt, dass der Taifun auf die koreanische Halbinsel nur einen indirekten Einfluss haben werde. Aber der Taifun hat seine Richtung geändert und die koreanische Halbinsel mit voller Wucht erreicht. Obwohl andere Länder dies vorausgesehen hatten, hatte das koreanische meteorologische Amt hartnäckig darauf bestanden, dass sich der vorausgesagte Weg des Taifuns nur wenig verändere und keinen großen Einfluss auf Korea habe. Die meisten Koreaner haben dies geglaubt und waren deshalb nur schlecht auf den Taifun vorbereitet. Später wurde offiziell anerkannt, dass das meteorologische Amt Fehler gemacht hat. Durch den Taifun sind 345 Menschen ums Leben gekommen und ungefähr 100.000 Menschen wurden obdachlos. Etwa die Hälfte der Toten starb, weil sie nicht von Schiffen evakuiert wurden.

[4] KOGH 14. 05. 1993, 92da17280.

zu lagern, die in einem Gebiet liegt, wo oft durch Taifune Schäden auftreten. Der Taifun Thelma erreichte dieses Gebiet und wirbelte Baumaterialien, welche neben der Küstenstraße gestapelt waren, in die Fabrik des Klägers. Das KOGH urteilte, dass der Schaden durch das Zusammenwirken der fahrlässigen Handlung der Stadt und der Naturkraft des Taifuns herbeigeführt worden sei. Der KOGH unterschied zwischen dem Schadensanteil, der dem Kläger durch die Überschwemmung und Wellen entstanden war und dem Schaden, der durch fahrlässiges Lagern der Baumaterialien entstanden war. Jeder Beitrag wurde mit 50 % angesetzt. Also hatte die Klage nur zur Hälfte Erfolg.[5]

2. Fälle, in denen der Beitrag der Naturkraft keine Rolle spielt

a) Wasserweg-Bau in Libyen

Die Tendenz des KOGH, einen von der Naturkraft herrührenden Teil vom beanspruchten Schadensersatz abzuziehen, hat sich in der Rechtsprechung des KOGH fortgesetzt. Doch im Jahr 1995 entschied er anders. In diesem Fall wurde ein koreanisches Bau-Unternehmen verklagt, das einen großen Wasserweg in Libyen baute. Der Kläger war ein Angestellter dieses Unternehmens. Als ein großer Sandsturm aufkam, schützte sich der Kläger in einem sogenannten Mobilhaus. Der Sturm brachte dieses Mobilhaus aber zum Umstürzen, wodurch sich der Kläger schwer am Kopf verletzte. Der Beklagte machte geltend, der Schaden sei durch die Naturkraft verursacht worden. Dies akzeptierte der KOGH aber nicht, denn nach der Ansicht des KOGH hätte der zuständige Baustellenleiter das Naturereignis voraussehen und ohne große Anstrengungen und große Kosten Maßnahmen ergreifen können, welche der von der Natur ausgehenden Gefahr hätten begegnen können. Deshalb wurde der Beklagte zum Schadensersatz verurteilt, ohne dass ein von der Naturkraft herrührender Teil abgezogen wurde. Bei der Berechnung des Schadens wurde aber die Fahrlässigkeit des Klägers berücksichtigt, die das Gericht darin sah, dass der Kläger keinen Schutzhelm getragen habe, der zu einer Vergrößerung des Schadens geführt habe. Dies führte zu einem Abzug von 35 %.[6]

b) Erdrutsch eines Berges

Durch einen Bergrutsch des Klägers kam seine Familie um. Der Bergrutsch wurde ausgelöst durch den Bau eines Pfades und sehr starke Niederschläge. Der Kläger klagte gegen die zuständige Forstgenossenschaft auf Schadensersatz. Diese berief sich auf ein Naturereignis. Demgegenüber urteilte der KOGH, dass der Naturzustand voraussehbar gewesen sei und ihm ohne großen Aufwand und ohne große Kosten mit geeigneten Maßnahmen hätte begegnet werden können. Deshalb dürfe die Naturkraft bei der Berechnung des Schadens nicht berücksichtigt werden. Eine Minderung des Schadens komme nur in Betracht, wenn dem Kläger selbst Fahrlässigkeit vorzuwerfen sei.[7]

---

5 KOGH 23. 02. 1993, 92da62122.
6 KOGH 28. 02. 1996, 94da41334.
7 KOGH 23. 02. 2001, 99da61316.

IV. Standpunkt des KOGH

Nach den obigen Urteilen kann der Standpunkt des KOGH wie folgt zusammengefasst werden:

Erstens nimmt der KOGH grundsätzlich an, dass in Konkurrenzfällen von unerlaubten Handlungen und Naturgewalten der Umfang des Schadensersatzes insoweit begrenzt ist, als der von der Naturkraft herrührende Schadensteil abzuziehen ist.

Es gibt jedoch zweitens unter bestimmten Umständen Fälle, in denen der von der Naturkraft stammende Schadensteil nicht abgezogen wird. Diesbezüglich stellt der KOGH zwei Kriterien auf: (1) War es möglich, das Naturereignis und die daraus folgenden Gefahren vorauszusehen ist? (2) War es möglich, dass ohne große Kosten und großen Aufwand die Entstehung der Gefahren im Voraus zu vermeiden?

Drittens kann, auch wenn der von der Naturkraft stammende Teil nicht abgezogen wird, der Betrag des Schadensersatzes aufgrund von Fahrlässigkeit seitens des Geschädigten herabgesetzt werden. Diesen Standpunkt haben spätere Urteile bestätigt.[8]

[8] KOGH 27. 06. 2003, 2001da734; KOGH 11. 06. 2009, 2006da13001.

Versicherungen gegen Naturkatastrophen – insbesondere das Versicherungssystem als Vorsorge gegen Erdbeben

Woo-Hyun Chun, Seoul

I. Einleitung

Vergegenwärtigt man sich die gesamtgesellschaftliche Lage, so ist nicht zu verkennen, dass sich die Industrialisierung rapide vollzogen hat und noch immer vollzieht, was vor allem auch den Klimawandel und die damit einhergehende Erderwärmung zur Folge hat. Dabei zeigt sich, dass das Ausmaß der Naturkatastrophen immer gigantischer und auch die Schäden immer größer werden.

II. Naturkatastrophen in Korea und deren Bewältigung

Korea befindet sich als Halbinsel geographisch gesehen in einer speziellen Lage. Zu berücksichtigen sind auch die unterschiedlichen Jahreszeiten. Daher ereignen sich Naturkatastrophen zu unterschiedlichen Zeiten und in verschiedener Art und Weise. Beispielsweise wird im Frühjahr das Land von der Dürre überzogen, im Sommer ereignen sich nach der starken Regenzeit Hochwasser, im Herbst drohen erneut wegen der Dürre großflächige Waldbrände und im Winter suchen umfangreiche Schneefälle das Land heim.

Es versteht sich von selbst, dass den Menschen dadurch gigantische Schäden zugefügt werden, die nicht zuletzt große Vermögensverluste verursachen. Bisher ist zu beobachten, dass Maßnahmen zum Schutz vor Naturkatastrophen in Korea hauptsächlich von der Regierung ergriffen werden. Doch stellen sich die Reaktionen angesichts der sich unregelmäßig ereignenden Katastrophen oft als unüberlegt und voreilig heraus. Mit enormen finanziellen Mitteln werden die verschiedensten Maßnahmen unterstützt, um die Zerstörungen wieder zu beseitigen. Gerade angesichts dieser immensen finanziellen Summen verwundert es nicht, wenn die Stimmen gegen den ineffektiven staatlich organisierten Wiederaufbau immer lauter werden.

Daneben stellt sich noch das Problem des moral hazard, dem gemäß freiwillige Katastrophenvorbeugung und Wiederaufbauversuche von Seiten der Bevölkerung vernachlässigt werden.

III. Probleme im Zusammenhang mit Naturkatastrophen – die Erdbebenversicherung als Beispiel

1. Allgemein

Wenn die finanziellen Mittel des Staates die von Naturkatastrophen verursachten Schäden nicht decken, ist eine Privatversicherung unumgänglich. In den folgenden Ausführungen geht es hauptsächlich um die Notwendigkeit sowie die Probleme von privaten Versicherungen gegen Naturkatastrophen, wobei ein besonderes Gewicht auf Erdbebenschäden gelegt werden soll. Das Hauptziel der Versicherungsverträge gegen Naturkatastrophen besteht darin, eine etwaige Entschädigung im voraus einplanen zu können, um so auch die Produktivitätsleistung der betroffenen Industrien zu erhöhen. Außerdem können die privaten Katastrophen-Versicherungen eine Hilfe zur Verwirklichung der ökonomischen Gerechtigkeit leisten, indem sie die Subventionsgelder des Staates durch private Versicherungsleistungen ersetzen.

2. Zur Erdbebenversicherung

Im Zusammenhang mit der Erdbebenversicherung kommt es beispielhaft auf folgende Fragen an:

a) Der Versicherungsfall

Die Einführung von Erdbebenversicherungen in Korea macht nur dann Sinn, wenn die zahlreichen gleichgelagerten Schadensereignisse einheitlich als definierte Versicherungsfälle berücksichtigt werden können. Daher ist es erforderlich, die Häufigkeit der Erdbebenereignisse sowie ihre Stärke genau zu untersuchen. Zwar stellt die Aufstellung der Gefahrgruppen ein sehr schwieriges Problem dar. Dennoch haben sich mittels der Versicherungsmathematik ziemlich genaue Ergebnisse erstellen lassen. Dabei wird auf Untersuchungsergebnisse aus den Bereichen Architektur, Elektrotechnik, Meteorologie und Geologie Bezug genommen.

b) Erdbebenversicherungen und Versicherungsbeitrag

Falls zwischen den Vertragspartnern über den Versicherungsbeitrag für die Naturkatastrophe keine Vereinbarung zustande kommt, wird davon ausgegangen, dass der Beitrag vereinbart ist, der im Zeitpunkt des Versicherungsfalles als Normalbetrag gilt.

c) Probleme von Pflichtversicherungen

Es scheint nicht wünschenswert zu sein, den Abschluss von Naturkatastrophen-Versicherungen völlig der freien Wahl zu überlassen. Gleichwohl ist es meiner Einschätzung nach schwierig, die gesamte Bevölkerung zum Abschluss einer Katastrophen-Versicherung zu verpflichten. Daher sollten zunächst finanzielle Anreize durch den Staat geschaffen werden, damit Unternehmen und Personen die Initiative zum Abschluss von Katastrophen-Versicherungen ergreifen.

d) Berechnung der Versicherungsprämie und öffentliche Hilfen

Zur Bildung der Versicherungsgesellschaften kann auf die existierenden Versicherungsgesellschaften zurückgegriffen werden, die bereits ähnliche Gefahren absichern. Die Versicherungsprämie wird wie üblich nach der durchschnittlichen Schadensereignisgefahr berechnet. Dabei ist zu beachten, dass die bisherigen Statistiken noch keine geeignete Grundlage zur Einschätzung dieser Gefahr darstellen. Zu verfahren ist wie folgt:

Zunächst ist das gesamte Staatsgebiet nach Maßgabe der Verwaltungsgebiete aufzuteilen, um dann in einem zweiten Schritt jeweils das für dieses Gebiet einschlägige Katastrophenrisiko zu bestimmen. Anhand dessen ist die Versicherungsprämie zu validieren. In Fällen, in denen die Versicherten aufgrund ihrer wirtschaftlichen Möglichkeiten nicht in der Lage sind, die Versicherungsprämien zu bezahlen, muss der Staat finanzielle Hilfe leisten.

e) Mitverschulden der Versicherten

Wenn den Versicherten Vorsatz oder Fahrlässigkeit zur Last fällt, kann dies rechtliche Folgen haben und dazu führen, dass das eigene Vermögen nicht ausreicht, um Schäden auszugleichen. Hier muss das Versicherungssystem ergänzend eingreifen.

f) Die steuerliche Geltendmachung

Um weitere Anreize für den Abschluss von Naturkatastrophen-Versicherungen zu schaffen, ist auch daran zu denken, den Versicherten die steuerliche Geltendmachung beispielsweise bei der Einkommensteuer zu ermöglichen. Weiterhin scheint es mir nötig zu sein, kleinere Industriebetriebe besonders zu unterstützen.

g) Probleme bei der Weiterveräußerung von Versicherungsobjekten

Probleme können insbesondere dann eintreten, wenn von Naturkatastrophen-Versicherungen gedeckte Versicherungsobjekte wie Gebäude, Handelshäuser und Fabriken veräußert werden. Nach der heutigen Rechtslage wird gesetzlich vermutet, dass die Rechte und Pflichten aus den Erdbebenversicherungen mit der Veräußerung des Versicherungsobjekts übergehen. Da das Gesetz aber nur eine gesetzliche Vermutung begründet, können insbesondere dann Streitigkeiten entstehen, wenn Gegenbeweise erbracht werden und die gesetzliche Vermutung widerlegen. Weiterhin kann es auch dann zu Problemen kommen, wenn der neue Eigentümer – in Unkenntnis der bereits bestehenden Naturkatastrophen-Versicherung – eine neue Versicherung abschließt, so dass es zu einem doppelten Versicherungsschutz kommt. Dies könnte dazu führen, dass ein Versicherer unter Verweis auf die vertragswidrige Doppelung versucht, sich seiner Verantwortung zu entziehen.

h) Nicht zu entschädigende Schäden

Stehen die Schäden mit den Naturkatastrophen in keinem direkten Zusammenhang, ist der Versicherer diesbezüglich von seiner Verantwortung befreit. Bei der Erdbebenversicherung ist beispielsweise an Schäden durch andere Naturkatastrophen, Kriege oder andere Unruhen zu denken. Weiterhin

kommen solche Schäden in Betracht, die durch den gewöhnlichen Gebrauch entstehen, vgl. Artikel 678 des Handelsgesetzes.

i) Subrogation von Ansprüchen

Soweit die Erdbebenversicherung verpflichtet ist, durch die Naturkatastrophe herbeigeführte Schäden zu ersetzen, gehen Schadensersatzansprüche gegen Dritte, die den Versicherungsfall mit herbeigeführt haben, auf sie über. Dort tritt dadurch keine spürbare Entlastung auf, weil es bei Naturkatastrophen selten vorkommt, dass Handlungen Dritter den Versicherungsfall mit auslösen.

j) Die Rückversicherung

Das größte Problem bei Naturkatastrophen wie beispielsweise Erdbeben liegt darin, dass man die Unfälle nicht voraussehen kann, diese sich auf zahlreiche Versicherungsobjekte beziehen und der Schadensumfang sehr groß ist. Dabei kann sich zeigen, dass der einzelne Versicherer nicht in der Lage ist, alle finanziellen Ansprüche zu befriedigen. Aus diesem Grund scheint die Rückversicherung als Ergänzung nötig zu sein.

Kollisionsregeln und anwendbares Recht für Schadensersatzansprüche bei internationalen Massenschäden oder Massenunfällen

Astrid Stadler, Konstanz

I. Einleitung

1. Massenschäden und internationale Zuständigkeit – Attraktivität US-amerikanischer Gerichte

Massenschäden oder Großschadensereignisse berühren das Recht in vielen verschiedenen Aspekten. Dieser Beitrag beschäftigt sich mit der Frage, wie das Kollisionsrecht auf internationale Großschäden reagiert, wenn die Geschädigten von dem oder den Verursacher(n) Schadenersatz fordern. Angesichts dieser Prämisse bleiben im Folgenden reine Naturkatastrophen ohne menschliche Verantwortlichkeit im rechtlichen Sinne außer Betracht. Für die hier zu behandelnden Fälle sind eine ganze Fülle von Beispielen denkbar, die teilweise sicher unter den Begriff der „Katastrophe“ im Sinne unseres Seminartitels fallen (insbesondere wenn Leben, Körper und Gesundheit vieler Menschen betroffen sind), teilweise können die Fälle aber auch eine kleinere Dimension haben bzw. sich auf reine Vermögensschäden beschränken.

Üblicherweise unterscheidet man bei Massenschäden – in sehr prägnanter englischer Terminologie – zwischen sogenannten *single event*- und *single cause*-Ereignissen. Ersteres umschreibt Ereignisse, bei denen am gleichen Ort und zur gleichen Zeit eine Vielzahl von Betroffenen Rechtsgutsverletzungen bzw. Schäden erleiden. Typische Beispiele sind etwa Bahnunfälle, Flugzeugabstürze, jüngst auch die Havarie von Kreuzfahrtschiffen wie der Costa Concordia im Februar 2012 vor der italienischen Insel Giglio, der Einsturz von Gebäuden wie etwa des World Trade Center an 9/11 oder Umweltkatastrophen wie die Explosion eines Kernkraftwerkes oder einer Chemiefabrik wie in 1980er Jahren im indischen Bhopal. Die Geschädigten befinden sich typischerweise am selben Ort oder in einem kleinen Umkreis und erleiden durch ein- und dasselbe Ereignis einen Schaden. Hiervon zu unterscheiden sind sog. Serienschäden oder *single cause damages*. Hier haben wir es ebenfalls mit einer Vielzahl von Geschädigten zu tun, die durch die gleiche oder eine gleichförmige Handlung des Verursachers betroffen sind. Die Schäden können jedoch zu völlig unterschiedlichen Zeitpunkten und an verschiedenen Orten eintreten. Zu denken ist etwa an den Vertrieb fehlerhafter Produkte oder Arzneimittel, hierunter würde aber auch die Haftung für fehlerhafte Aussagen in Prospekten im Kapitalmarktrecht fallen.

Im Rahmen einer zivilrechtlichen Bewältigung dieser Großereignisse stellen sich mehrere Probleme. Zunächst einmal kann man sich fragen, ob und wo überhaupt eine gemeinsame gerichtliche Aufarbeitung und Entschädigung der Betroffenen in Betracht kommt. Die US-amerikanische *class action* etwa würde hierfür ein Instrument an die Hand geben. Danach könnte einer der Geschädigten im Namen aller anderen und ohne vorherige Absprache mit ihnen gegen den Verursacher auf Schadensersatz klagen. Dies führt zu einer Bündelung aller Ansprüche in einem einzigen Prozess.[1] Solche prozessualen Möglichkeiten des kollektiven Rechtsschutzes – also eines gemeinsamen Vorgehens der Geschädigten oder eines Repräsentanten der Betroffenen – hängen allerdings zunächst einmal von der Frage der internationalen Zuständigkeit ab.[2] Erst wenn in Fällen mit internationalen Bezügen geklärt ist, Gerichte welchen Staates für die gerichtliche Aufarbeitung überhaupt in Frage kommen, lässt sich überlegen, ob das dort geltende Prozessrecht auch Möglichkeiten der Bündelung von Ansprüchen zulässt. Da keineswegs in allen Staaten – weder weltweit noch auch nur in Europa - gleiche oder auch nur ähnliche Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes zur Verfügung stehen, sind Massenschäden derzeit noch von einem *forum shopping* gekennzeichnet. Kläger oder Anwälte, die es anstreben, den Schaden aller Betroffenen in einem Verfahren geltend zu machen, werden daher nach einem Gerichtsstand suchen, der erstens entsprechende Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes zur Verfügung stellt und darüber hinaus möglichst auch unter dem Aspekt des Kollisionsrechts und damit des anwendbaren materiellen Haftungsrechts besonders günstig für die Geschädigten ist.

Wenig überraschend landet man bei einer solchen Analyse häufig in den USA. Dies liegt einmal an den weiten Zuständigkeitsvorschriften des US-amerikanischen Rechts, der Möglichkeit einer *class action*, aber auch an einer klägerfreudigen prozessualen Aufklärung im Prozess selbst durch *pretrial discovery*-Maßnahmen, die den Beklagten verpflichten, sehr weitgehend Zugang zu seinen Unterlagen, Produktionsstätten etc. zu öffnen. Für die Kläger interessant sind weiterhin natürlich *punitive damages* und last but not least Erfolgshonorarvereinbarungen für Anwälte, die das Prozessrisiko mildern. Entsprechend kennen wir alle zur Genüge Fälle, in denen versucht wurde, Großschadensereignisse, die irgendwo auf der Welt eingetreten sind, vor US Gerichte zu bringen: An dieser Stelle sei nur auf den indischen Bhopalfall, den Absturz eines Flugzeugs in Paris 1974 mit 346 Opfern[3] oder das Seilbahnunglück im österreichischen Kaprun, bei dem 155 Menschen im November 2000 starben, hingewiesen. Auch die Havarie des Kreuzfahrtschiffs Costa Concordia im Februar 2012 vor der Küste Italiens hat dazu geführt, dass binnen 14 Tagen die ersten *class actions* in den USA anhängig

---

1 Vgl. die Grundnorm des US Rechts auf Bundesebene: Rule 23 Federal Rules of Civil Procedure.

2 Hierzu *Stadler*, in Steele/Van Boom, Mass Justice – Challenges of Representation and Distribution, Edward Elgar 2011, 73 ff, 78 ff; *Eva Lein*, in: Fairgrieve/Lein, Extraterritoriality and collective redress, Oxford Univ. Press 2012, Chapter 8.

3 S. In re Paris Air Crash of 3 March 1974, 399 F. Supp. 732; US District Ct. Central Calif (1975); Einzelheiten bei *Linda Mullinex*, Mass Tort Litigation, 2nd ed. 2008, p. 1344.

waren.[4] Nicht immer sind diese Bemühungen erfolgreich. Die amerikanische „*forum non conveniens*"-Lehre erlaubt den amerikanischen Gerichten einen sehr flexiblen Umgang mit den eigenen Regeln der internationalen Zuständigkeit.[5] Sind primär ausländische Geschädigte betroffen und der Bezug zum US Territorium gering, kann die Klage unter Hinweis auf ein besser geeignetes Forum andernorts in der Welt abgewiesen werden.[6]

2. Die Frage des anwendbaren Rechts[7]

Neben der internationalen Zuständigkeit und der Verfügbarkeit prozessualer Möglichkeiten, die Ansprüche vieler – im Idealfall aller – Geschädigten zu bündeln, stellt sich regelmäßig die Frage, ob ein Gericht, das mit einer solchen Klage befasst wäre, auf die Ansprüche der Geschädigten ein einheitliches materielles Haftungsrecht zur Anwendung bringen kann. Damit sind wir beim Kollisionsrecht, welches bekanntermaßen grundsätzlich eine Angelegenheit des jeweiligen nationalen Gesetzgebers ist, aber jedenfalls innerhalb der Europäischen Union inzwischen durch die Rom I- und Rom II- Verordnungen in weiten und wichtigen Teilen vereinheitlicht ist.

Wenn wir noch einmal zu den Ausgangsbeispielen zurückkehren, so wird das Problem schnell deutlich. Bei der Explosion der Union Carbide Chemiefabrik im indischen Bhopal waren nahezu ausschließlich indische Opfer zu beklagen. Das kollisionsrechtliche Problem war daher letztlich vernachlässigenswert. Anders sieht es bei Flugzeug- oder Kreuzfahrtunglücken aus oder ökologischen Katastrophen wie der Verunreinigung eines Flusses, der Berührungspunkte zu mehreren Staaten hat. Dann sind die Opfer häufig unterschiedlicher Nationalität. Der Unfallort muss weder mit dem Heimatstaat des für das Unglück Verantwortlichen noch der Opfer übereinstimmen. Kollisionsrechtlich stehen damit prinzipiell eine ganze Reihe verschiedener Rechtsordnungen zur Verfügung, um über die Ansprüche der Betroffenen zu entscheiden.

---

[4] Lobatony, Carnival Corp. et al, No. 12-00598, (Northern District Illinois) und Scimone et al. v. Carnival Cruise Lineset al, No. 12-3496, (Fl. Cir. Ct.). Als Gruppenkläger sind dabei einerseits einzelne Passagiere, aber auch Besatzungsmitglieder aufgetreten. Zumindest für die Ansprüche der Passagiere muss eine *class action* zunächst darüber hinwegkommen, dass die Beförderungsverträge allesamt Gerichtsstandsklauseln zugunsten italienischer Gerichte enthielten. Betreffend Passagiere, die keine körperlichen Schäden davon getragen haben, hat sich die Betreiberin der Kreuzfahrtschiffe, Costa Corciere, inzwischen mit den meisten klagenden Verbraucherorganisationen und anderen Klägern auf einen großzügigen Vergleich geeinigt. Dieser erfasst aber nicht Ansprüche verletzter oder getöteter Passagiere. Zum Costa Concorida Fall auch *Hess*, in Fairgrieve/ Lein, Extraterritoriality and collective redress, Oxford Univ. Press 2012, Chapter 6, p. 107.

[5] Vgl. etwa die wegweisende Entscheidung im Bhopal-Fall: In re Union Carbide Corporations Gas Plant at Bhopal, United States Court of Appeals, 2d Cir., 1987, 809 F.2d. 195.

[6] S. hierzu u.a. *Juenger*, Festschr. Schütze 1999, 317 ff; *Huber P.*, Die englische forum non conveniens Doktrin und ihre Anwendung im Rahmen des GVÜ, 1994; *Robertson*, (1987) Law Quartely Review Vol. 103, 398 ff; *Felder*, Die Lehre vom Forum non conveniens, Diss. Konstanz 2006, Hartung-Gorre.

[7] Die folgenden Ausführungen geben im Wesentlichen die in meinen bereits in Fairgrieve/Lein, Extraterritoriality and collective redress, Oxford Univ. Press 2012, Chapter 11 veröffentlichten Überlegungen wieder.

Gefühlsmäßig kommen auch Juristen in diesen Fällen häufig zunächst einmal zu der Einschätzung, dass es - jenseits aller prozessualen und praktischen Schwierigkeiten - doch aus Gerechtigkeitsgründen vielleicht wünschbar wäre, wenn sich die Entschädigung aller Betroffenen nach demselben Recht richten würde. Gerade bei Großunfällen sind ja alle gleichzeitig vom selben Ereignis betroffen und eine unterschiedliche Handhabung der Entschädigung wäre zumindest auf den ersten Blick verwunderlich.[8] Etwas anders sieht es schon aus, wenn man Serienschäden wie Fälle der Produkthaftung betrachtet. Zwar sind auch hier die Konsumenten in verschiedenen Staaten von demselben Produktfehler betroffen, möglicherweise unterscheiden sich ihre legitimen Erwartungen an die Produktsicherheit jedoch und sie sind sich der Internationalität des Schadensfalls häufig auch gar nicht bewusst.

3. Unterschiedliches Haftungsrecht

Das gewisse Unbehagen bei der Anwendung unterschiedlicher materiell-rechtlicher Haftungsregimes auf die Ansprüche der Betroffenen resultiert natürlich aus den immer noch vorhandenen Unterschieden des materiellen Rechts – auch in Europa. Das Recht der außervertraglichen Haftung ist in der Europäischen Union mit Ausnahme der Produkthaftung – hier existiert seit 1985 eine Richtlinie, welche insoweit eine verschuldensunabhängige Haftung des Herstellers festschreibt – nicht harmonisiert. Dies gilt für „gewöhnliche" Unfallereignisse, auf die regelmäßig die allgemeinen deliktsrechtlichen Vorschriften Anwendung finden. Es gilt aber etwa auch regelmäßig bei breit gestreuten Anlegerschäden im Kapitalmarktrecht. So gibt es zum Schutz von Investoren zwar seit 2003 eine reformierte Prospekthaftungs-Richtlinie der EU[9] (die Vorgängerrichtlinie stammte bereits von 1989), diese regelt aber vornehmlich die Erstellung, behördliche Billigung und Verbreitung von Prospekten. Sie verpflichtet die Mitgliedstaaten jedoch nur, sicherzustellen, dass wenigstens Emittenten, Anbieter und Garantiegeber für falsche Prospektangaben haften, überlässt damit jedoch die Ausgestaltung der Haftung gerade dem nationalen Recht.[10]

Die Unterschiede im Deliktsrecht der Mitgliedstaaten der Europäischen Union sollten nicht unterschätzt werden. Sie zeigen sich insbesondere bei der Einstandspflicht für Dritte, bei der Beweislastverteilung (insbesondere bei der Kausalität) und bei der Schadensberechnung. Wenn wir an Großschadensereignisse wie einen Flugzeugabsturz oder dergleichen denken, wirkt sich überdies aus, dass die Frage, ob die Hinterbliebenen der Todesopfer eine immaterielle Entschädigung bekommen, in Europa noch gänzlich unterschiedlich gehandhabt wird.[11] Deutschland ist einer der wenigen Staaten, die

---

8 S. hierzu *Wagner G.* IPRax 2006, 372 ff, 378; *Wagner R.*, IPrax 1999, 210 ff, 211; *Loewenfeld*, 1989 Univ. of Illinois Law Review, 157; deutliche Ablehnung bei Palandt/*Thor*n 71. Aufl. 2012, Art. 4 Rom II-Verordnung, Rn. 14.

9 Richtlinie 2003/71/EG.

10 Art. 6 der RiLi.

11 Ausführlicher Vergleich bei *Spandl*, Schmerzensgeld für nahe Angehörige, Rechtsvergleichende Sammlung und Erörterung von Gerichtsurteilen zur Veranschaulichung möglichst vieler denkbarer Schadensfälle, Peter Lang, 2012; *Janssen*, ZRP 2003, 165 ff; *Kadner Graziano,* ZEuP 2002, 843.

ein Angehörigenschmerzensgeld grundsätzlich ablehnen (ausgenommen man erlebt die Tötung selbst mit und erleidet selbst dadurch oder durch die Benachrichtigung einen nachweisbaren Gesundheitsschaden).[12] Andere Staaten sehen dies im Ansatz anders, differieren aber in der Höhe der Beträge beträchtlich: In Italien kann der Tod naher Angehöriger bisweilen mit 150.000 Euro und mehr entschädigt werden, in Österreich erhält man etwa ein 1/10 dessen[13], dasselbe gilt für Großbritannien[14]. In Deutschland gehen – wie gesagt – Angehörige regelmäßig leer aus. Auch sonst variieren die Schmerzensgeldbeträge für Körper- und Gesundheitsschäden ganz erheblich. Wenn daher die Ansprüche der Opfer oder ihrer Angehörigen nach unterschiedlichen Rechtsordnungen beurteilt werden, ergeben sich häufig auch völlig andere Ergebnisse. Aus Sicht der Geschädigten kann es daher durchaus als ungerecht empfunden werden, wenn trotz der Tatsache, dass sie durch ein- und dasselbe Ereignis betroffen sind, die Rechtsfolgen für den Einzelnen so unterschiedlich sein können.

Das Fehlen eines einheitlichen Deliktsstatuts bei Massenunfällen oder Serienschäden tangiert aber auch die Position des Schädigers, der sich für seine Haftung auf ggf. völlig unterschiedliche Haftungsregimes und Regeln einstellen muss. Dies hat möglicherweise auch Rückwirkungen auf die Versicherbarkeit der Schäden. Schließlich – darauf wird später noch einzugehen sein – ergibt sich für das Gericht eine schwierige Situation. Selbst wenn das Verfahrensrecht grundsätzlich eine Bündelung der Ansprüche in einem Verfahren – nach dem Vorbild der *class action* – zulässt, erhebt sich die Frage, ob die damit intendierten Effekte für die Prozessökonomie nicht dadurch aufgehoben werden, dass eine Vielzahl von materiellen Haftungsregeln zur Anwendung gebracht werden muss.

II. Grundsätzlich anwendbares Kollisionsrecht

1. Grundregelung der Rom II-Verordnung

Unterstellt man einmal die Zuständigkeit eines Gerichts innerhalb der Europäischen Union, so richtet sich die Frage des anwendbaren Rechts bei einer außervertraglichen Haftung seit Februar 2009 nach der Rom II-Verordnung. Diese bietet, um es gleich vorweg zu nehmen, kaum einen Ansatzpunkt dafür, die Ansprüche aller von einem Großschadensereignis betroffenen Personen nach demselben materiellen Haftungsrecht zu beurteilen.

Die allgemeine Kollisionsnorm des Art. 4 Rom II-Verordnung beruft – vorbehaltlich von Sonderregelungen - das Recht des Staates zur Anwendung,

---

[12] Hierzu *Wagner G.*, Gutachten A für den 66. DJT 2006 „Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht, Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden".

[13] OGH, 9.9-2008, 10 Ob 81/08x (17.000 Euro Trauerschmerzensgeld für Eltern eines getöteten Kindes; 8.000 Euro für Geschwister) und OGH 16.5.2001, 2 Ob 84/01.

[14] Sec. 1A (3) Fatal Accidents Act 1976 sieht eine pauschale Entschädigung für näher bestimmte nahe Angehörige eines bei einem Unfall tödlich Verunglückten von 10.000 £ vor und erspart es dem Gericht so, den Angehörigenschmerz im Einzelfall quantifizieren zu müssen. Für sonstige Schockschäden s. Alcock and others v. Chief Constable of the South Yorkshire Police AllER 1991, 907.

in dem der Schaden eintritt. In deutscher Terminologie ist damit die Rechtsgutsverletzung gemeint, bloße Sekundärschäden spielen keine Rolle. Abweichendes gilt nach Art. 4 Abs. 2 Rom II-Verordnung, wenn Schädiger und Opfer ihren gewöhnlichen Aufenthalt gemeinsam in einem anderen Staat haben. Dann kommt dessen Haftungsrecht zur Anwendung. Damit ergibt sich folgendes Bild: Bei örtlich exakt in einem Staat zu lokalisierenden Unfällen (Flugzeugabsturz, Kreuzfahrthavarie) gilt für alle Opfer – soweit nicht ohnehin internationale Übereinkommen (insbesondere in der Luftfahrt) eingreifen – einheitlich das Recht des Unfallortes. Allerdings sind im Umweltrecht und bei Unfällen von industriellen Großanlagen in Grenznähe schon unterschiedliche Schadensorte denkbar. Im berühmten Rheinverschmutzungsfall, den der Europäische Gerichtshof[15] in den 1970er Jahren entscheiden musste, hatte die Einleitung von Salzrückständen durch die Kaliwerke in Frankreich dazu geführt, dass nicht nur französische, sondern auch holländische Blumenkulturen flussabwärts durch die Bewässerung mit Rheinwasser beschädigt wurden. Rechtsgutsverletzungen durch den Atomkraftunfall in Tschernobyl 1986 trafen auch die Gemüsebauern auf der Insel Reichenau (Bodensee) und ließen sich unschwer in weiten Teilen Europas lokalisieren. Folglich beschränkt sich die Anwendung einheitlichen Haftungsrechts nach Art. 4 Rom II-Verordnung schon auf wenige Fälle.

2. Sonderanknüpfungen

Häufig greifen Sonderanknüpfungen der Rom II-Verordnung ein. Für Umweltschädigungen verweist Art. 7 Rom II-Verordnung grundsätzlich auf das nach Art. 4 anwendbare Recht, eröffnet den Geschädigten aber die Möglichkeit, ihre Ansprüche wahlweise auf das Recht des Staates zu gründen, in dem das schadensbegründende Ereignis stattfand. Für Produkthaftungsfälle, bei denen die Rechtsgutsverletzung fast schon naturgemäß an verschiedenen Orten, oft auch in verschiedenen Staaten eintreten kann, trifft Art. 5 Rom II-Verordnung eine Regelung, die darum bemüht ist, die Interessen von Verbrauchern und Herstellern zum Ausgleich zu bringen.[16] Primär kommt das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes der geschädigten Person zur Anwendung, wenn das Produkt auch dort in Verkehr gebracht wurde. Andernfalls das Recht des Staates, in dem das fehlerhafte Produkt erworben wurde oder das Recht des Schadensortes – wiederum nur dann, wenn es auch dort vertrieben wurde. Konnte der Hersteller das Inverkehrbringen des Produktes in keiner dieser Staaten vernünftigerweise vorhersehen, haftet er nach dem Recht seines eigenen Aufenthaltsortes. Damit erscheint es zunächst ausgeschlossen, dass die Ansprüche der Produktgeschädigten aus verschiedenen Staaten des europäischen Binnenmarktes nach demselben Haftungsrecht beurteilt werden.

Für das Wettbewerbsrecht (einschließlich des Kartellrechts) und in Kapitalmarktfällen insbesondere bei der Prospekthaftung sieht das Ergebnis nicht sehr viel anders aus.[17] Art. 6 Rom II-Verordnung bestimmt, dass bei

---

[15] EuGH, Mines de Potasse d'Alsace, EuGHE 1976, 1734 = NJW 1977, 493.

[16] S. *Hartley*, 57 International and Comparative Law Quarterly, 899, 906 (2008); *Kramer X.*, 2008 Nederlands International Privaatrecht, 414 ff, 420.

[17] Hierzu eingehend *Mankowski* RIW 2008, 177ff.

Wettbewerbsverletzungen das Recht des davon betroffenen Marktes zur Anwendung kommt. Geschädigte eines sich europaweit auswirkenden Preisbindungskartells müssen ihre Ansprüche daher nach unterschiedlichem Recht geltend machen. Prospekthaftungsfälle werden – soweit die Anwendbarkeit der Rom II-Verordnung überhaupt bejaht wird – unter die generelle Norm des Art. 4 subsumiert. Damit ist wiederum das Recht des Schadensortes relevant, der für die europaweit oder weltweit betroffenen Investoren keineswegs einheitlich ist.[18] Hinzu kommt die weitere Schwierigkeit, bei bloßen Vermögensschäden den Schadensort überhaupt genau zu lokalisieren. Nach der „Kronhofer"-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (ergangen zur Zuständigkeitsfrage nach Art. 5 Nr. 3 Brüssel I Verordnung)[19] ist dies der Ort, an dem der finanzielle Schaden konkret eingetreten ist (Kontoführung), nicht etwa der Wohnsitz des Geschädigten, nur weil man argumentieren könnte, dort sei auch sein Gesamtvermögen beeinträchtigt. In der Literatur wird vielfach vorgeschlagen, stattdessen lieber anzuknüpfen an den Marktort, d.h. dort wo die betreffenden Aktien gehandelt werden, den Sitz des Emittenten oder den Ort, an dem der irreführende oder falsche Prospekt behördlich genehmigt wurde.[20] Durchsetzen konnte sich bisher keine dieser Ansichten, insbesondere weil die Rom II-Verordnung hierfür kaum eine richtige Grundlage bietet.

Im Kapitalmarktrecht hat das Anknüpfungsproblem jedenfalls für große Fälle durch eine Entscheidung des US Supreme Court im Jahre 2010 im Fall *Morrison v. National Australian Bank* besondere Brisanz erhalten. Entgegen bis dato geltender Rechtsprechung hat der Supreme Court die Zuständigkeit amerikanischer Gerichte und die Anwendbarkeit von US *securities law* für Schadensersatzansprüche ausländischer Aktionäre gegen Beklagte verneint, wenn nicht die Aktien des beklagten Unternehmens in den USA notiert oder dort erworben wurden.[21] Damit sind europäische Anleger von den ihnen vorteilhaften US-amerikanischen *class actions* ausgeschlossen, wenn nicht der amerikanische Gesetzgeber korrigierend eingreift.[22] Sie müssen ihre Ansprüche künftig also wieder vermehrt in Europa durchsetzen.

3. Escape-/Ausweichklausel des Art. 4 Abs. 3; 5 Abs. 3 Rom II-Verordnung

Die Anwendung eines einheitlichen Haftungsregimes in allen den genannten Beispielen ließe sich in der Rom II-Verordnung möglicherweise auf die sog. *escape*- oder Ausweichklausel des Art. 4 Abs. 3 stützen. Dies gilt mit

---

18 Zum sog. Mosaikprinzip vgl. u.a. *Becker/Kammin*, EuZW 2011, 503 ff; *Scholz/Rixen* EuZW 2008, 327 ff.

19 EuGH, Kronhofer v. Maier, EuGHE 2004 I, 6009 = IPRax 2005, 3 mit Anm. *v. Hein*.

20 Vgl. *Schnyder* in MünchKomm, Internationales Wirtschaftsrecht, Bd. 11, 5. Aufl. 2010, Rn. 96; *Grundmann*, RabelsZ 54, 283 ff, 307; *Kronke*, (2010) 286 RCADI (Recueil de Cours, Academie de Droit International de la Haye), 254 ff, 311.

21 Sog. f-cubed ($f^{3)}$ Fälle, s. *Morrison v Nat'l Australian Bank*, 130 S Ct 2869 (2010); ausführliche Analyse bei *Silberma*n, 'Morrison v. National Australia Bank: Implications for Global Securities Class Actions', (2010) Swiss Yearbook of Private International Law 123; *dies*. in Fairgrieve/Lein, Extraterritoriality and collective redress, Oxford Univ. Press 2012, Chapter 19.

22 Hierzu *Lehmann* RIW 2010, 841-850.

Ausnahme von Umweltschäden, für die Art. 7 ausdrücklich nur auf Art. 4 Abs. 1, nicht aber auf Abs. 3 verweist. Für Produkthaftungsfälle enthält Art. 5 Abs. 3 Rom II-Verordnung eine mit Art. 4 Abs. 3 weitgehend übereinstimmende Ausweichklausel. Diese bestimmt jeweils, dass von der eigentlich vorgesehenen Anknüpfung abgewichen werden darf, wenn die Gesamtheit der Umstände ergibt, dass die unerlaubte Handlung eine offensichtlich engere Verbindung mit einem anderen Staat aufweist. Als Beispiel wird jeweils darauf verwiesen, dass sich eine solche engere Verbindung etwa aus einer vertraglichen Beziehung zwischen den Parteien ergeben könne. Vom Verordnungsgeber ursprünglich nicht gedacht sind diese Ausweichklauseln für Fälle von Massenschädigungen, um auf alle Ansprüche dasselbe Recht zur Anwendung zu bringen. Einigkeit besteht auch darüber, dass diese Ausnahmevorschriften grundsätzlich eng auszulegen sind.[23] Gleichwohl werden sie gerade in Kapitalmarktfällen häufig bemüht, um für die Anwendung des Sitzrechts des Emittenten zu plädieren. Ähnliche Versuche finden sich für die Produkthaftung oder Großunfälle mit mehreren Schadensorten im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Rom II-Verordnung.

Tatsächlich verlangt die Anwendung der Ausweichklauseln aber eine besondere Begründung und man muss sich für die einzelnen Fallgruppen überlegen, ob es im Ergebnis wirklich wünschenswert ist, alle Geschädigten im Hinblick auf das anwendbare Recht gleich zu behandeln.

III. Wertungsgesichtspunkte für ein einheitliches Deliktsstatut

Die Anknüpfungsregeln der Rom II-Verordnung sind nicht ohne Grund so ausgefallen, wie sie sich heute darstellen. Der Verordnungsgeber versuchte, kollisionsrechtlich anerkannte Wertungsgesichtspunkte zu berücksichtigen und ihm war dabei natürlich auch grundsätzlich die Existenz von Massenschäden bewusst. Gleichwohl schuf er keine eigene Kollisionsregel für Massenunfälle oder Massenschäden. Daher ist bei Anwendung der Ausweichklauseln genau zu prüfen, ob sie hierfür herangezogen werden sollten und ob sie nicht der bewussten Interessenwertung der grundsätzlich geltenden Anknüpfungsregel zuwider laufen.

Wenn wir uns zunächst der allgemeinen Grundregel in Art. 4 Abs. 1 Rom II-Verordnung zuwenden, so weicht sie zwar deutlich vom bis dato geltenden deutschen Recht ab, welches dem Geschädigten nach der Ubiquitätsregel die Wahl zwischen dem Recht des Handlungs- und des Erfolgsortes beließ. Allerdings ist auch Art. 4 Rom II-Verordnung von dem Gedanken getragen, dem Geschädigten entgegenzukommen. Das Recht des Erfolgsortes soll seinen Kompensationserwartungen am ehesten entgegenkommen und gleichzeitig soll es dem Schädiger zumutbar sein, sein Verhalten und seine Sorgfaltsstandards diesem – ggf. fremden – Recht anzupassen, denn für ihn ist am ehesten absehbar, wie und wohin sich seine Handlungen auswirken werden. Als Beispiel mag ein Serienbetrug über das Internet dienen oder die Verabreichung verdorbener Speisen im Speisewagen eines Zuges, der durch mehrere Länder fährt. In beiden Fällen erleiden die Betroffen Vermögens-

---

[23] Palandt/*Thorn*, Art. 14 Rom II-Verordnung Rn. 14; *Junker* in MünchKomm-BGB, 5. Aufl., Bd. 10, Rom II-Verordnung Art. 4 Rn. 59 je mit Nachw.

schäden bzw. eine Gesundheitsverletzung an verschiedenen Orten. Wendet man nun die Ausweichklausel mit der Folge an, dass das Recht, mit dem der Sachverhalt eine engere Verbindung aufweist, zur Anwendung kommt, so könnte dies beispielsweise dann doch das Recht des Handlungsortes – als verbindendes Element - sein oder etwa das Recht des Staates, in dem eine Mehrzahl der Geschädigten ihren Primärschaden erleidet. In jedem Fall wäre eine bestimmte Anzahl Betroffener - bei Anwendung des Rechts des Handlungsortes sogar alle - um die legitime Erwartung der Anwendung „ihres" Schadensortsrechts gebracht und ggf. schlechter gestellt. Die Befürworter eines solchen einheitlichen Deliktsstatutes berufen sich darauf, dass eine Ungleichbehandlung der Opfer im Hinblick auf die verbindenden Elemente des Sachverhalts in gewisser Weise willkürlich sei. Die Gegner verweisen – wohl zu Recht – darauf, dass von Willkür angesichts der unterschiedlichen Auslandsverknüpfung gerade nicht die Rede sein könne.[24]

Auch bei der Produkthaftung stellt sich ein ähnliches Dilemma. Der Verordnungsgeber musste die legitimen Erwartungen an die Produktsicherheit seitens der Verbraucher und die Vorhersehbarkeit des anwendbaren Rechts für den Hersteller miteinander in Einklang bringen. Wer Produkte in ganz Europa vertreibt, soll sich zwar ggf. auf unterschiedliche Sicherheitsstandards einstellen müssen, aber nur bezogen auf Staaten, für die er mit dem Inverkehrbringen seines Produktes vernünftigerweise auch rechnen musste. Wollte man bei massenhaft auftretenden Schädigungen der Verbraucher in ganz Europa aus Gründen der Einheitlichkeit des Deliktsstatuts einfach das Recht am Sitz des Herstellers anwenden, würde dies für viele Verbraucher berechtigte Erwartungen in Sicherheitsstandards an ihrem Aufenthaltsort und am Vertriebsort enttäuschen.[25] Auch hier stellt sich also die Frage, warum der Einzelne ggf. soll in Kauf nehmen muss, dass seine materiell-rechtliche Position verschlechtert wird, nur weil sein Schaden kein Einzelfall ist, sondern massenhaft auftritt.

IV. Vereinbarungen über das anwendbare Recht und prozessuale Aspekte

1. Rechtswahlvereinbarungen

Schließlich eröffnet die Rom II-Verordnung noch eine weitere Möglichkeit, bei Massenschäden ein einheitliches Deliktsstatut anzuwenden.[26] Im Bereich der außervertraglichen Haftung ist die Vertragsfreiheit der Betroffenen zwar deutlich stärker eingeschränkt als bei vertraglichen Rechtsverhältnissen, für welche die Rom II-Verordnung freie Rechtswahl zulässt. Art. 14 Rom II-Verordnung gestattet den Parteien – Schädiger und Opfer – grundsätzlich nach Eintritt des schadensbegründenden Ereignisses eine Vereinbarung über das anwendbare Recht. Diese kann dabei allerdings durch die zwingenden Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts eingeschränkt sein,

---

[24] Zum Ganzen Palandt/*Thorn*, Art. 4 Rom II-Verordnung, Rn. 14.

[25] S. *von Hein*, ZEuP 2009, 1 ff, 28.

[26] Einzelheiten – insbesondere im Zusammenhang mit dem kollektiven Rechtsschutz - bei *Stadler*, in Fairgrieve/Lein, Extraterritoriality and collective redress, Oxford Univ. Press 2012, Chapter 11, n. 11.36-11.39.

wenn alle Elemente des Sachverhaltes in einem oder in mehreren Mitgliedstaaten der EU belegen sind, die Parteien jedoch das Recht eines Drittstaates wählen (Art. 14 Abs. 3 Rom II-Verordnung).

Aus der Tatsache, dass es sich um eine nachträgliche Rechtswahl handelt, wird schnell deutlich, vor welche Schwierigkeiten dies die Betroffenen stellt. Selbst wenn alle Geschädigten im Interesse einer schnellen Entscheidung bereit wären, sich auf eine solche Gerichtsstandvereinbarung einzulassen, stellt sich rein praktisch die Frage, wie eine solche zustande kommen kann. Dies hängt entscheidend von der Dimension des Massenereignisses ab und von der Frage, ob sich im Vorfeld des Prozesses oder für die Prozessführung selbst eine Repräsentation aller Geschädigten ergibt. Ist die Zahl der Geschädigten noch überschaubar, sind diese leicht identifizierbar und die Schäden nicht gerade im Bagatellbereich, werden sich oftmals Verbraucherorganisationen oder spontan gegründete Interessengruppen finden, welche sich die Ansprüche der Geschädigten abtreten lassen und/oder ein ausdrückliches Mandat für die Prozessführung geben lassen. So hat etwa der österreichische Verein für Konsumenteninformation (VKI) gleich nach der Havarie des Kreuzfahrtschiffs Costa Concordia angeboten, als Vertreter der Geschädigten aufzutreten und deren Ansprüche einzuklagen.[27] In Deutschland könnte eine solche Strategie nach wie vor schnell in Konflikt mit den Rechtsberatungsregeln geraten[28], in anderen Mitgliedstaaten bereitet dies weniger Probleme. Je nachdem, wie weit die Vollmacht reicht, kann sie dann auch den Abschluss einer Rechtswahlklausel umfassen.

Ungleich schwieriger bzw. unmöglich zu organisieren ist eine solche ausdrückliche Vertretungslösung, wenn die Zahl der Geschädigten besonders hoch ist und/oder sie ggf. auch gar nicht namentlich ausfindig gemacht werden können. Das wird insbesondere bei Produkt- oder Arzneimittelschäden großen Ausmaßes der Fall sein. Wenn die Geschädigten ihre Ansprüche dann individuell geltend machen müssen, wird es dem Beklagten selten gelingen, mit allen eine Rechtswahlvereinbarung zu treffen.

2. Prozessuale Lösungen über Modelle des kollektiven Rechtsschutzes

Spätestens an dieser Stelle muss man daher über prozessuale Lösungen des Problems nachdenken. Wie eingangs bereits erwähnt, gibt die US-amerikanische *class action* einfaches Instrument an die Hand, mit Hilfe dessen ein – zunächst selbst ernannter – Vertreter, der selbst Geschädigter ist, im Namen aller auf Schadensersatz klagt. Nach dem amerikanischen Modell sind alle, die aus einem solchen Verfahren nicht ausdrücklich innerhalb einer vom Gericht bestimmt Frist herausoptieren, an den Ausgang des Verfahrens – Urteil oder Vergleich – gebunden. An ihr Schweigen knüpft sich sozusagen das stillschweigende Einverständnis mit der Prozessführung des Klägers, ggf. einschließlich der Befugnis zu einer Rechtswahl.

---

[27] Im Ergebnis haben überwiegend italienische Konsumentenschutzvereinigungen mit Costa Crociere verhandelt.

[28] S. aber für die prozessuale Durchsetzung § 79 II Nr. 3 ZPO.

In Europa wird seit einigen Jahren viel über die Rezeption dieses Modells diskutiert. Gerade der *opt-out*-Mechanismus, der zu einer Zwangsgemeinschaft der Geschädigten führt, wenn diese vom Verfahren gar nicht hinreichend benachrichtigt wurden und keine Chance hatten, ihren Austritt zu erklären, stößt auf erheblichen Widerstand. Er ist – jedenfalls nach deutscher Vorstellung - weder mit dem Grundsatz rechtlichen Gehörs noch mit der Dispositionsfreiheit der Anspruchsinhaber in Einklang zu bringen.[29] Wenn überhaupt wird man sich daher wohl in Europa eher auf ein Modell einigen können, das dem umgekehrten System – einem *opt-in*-Mechanismus – folgt, bei dem zwar ein einzelner Geschädigter eine solche Sammelklage initiieren kann. Die anderen Geschädigten sind jedoch an den Verfahrensausgang nur gebunden, wenn sie ausdrücklich zu Verfahrensbeginn ihr Einverständnis erklären.

In diesem Zusammenhang werden unter dem Aspekt des Kollisionsrechts mehrere Probleme diskutiert, wenn es sich um große, grenzüberschreitende Schadensfälle handelt. Vorausgesetzt man schafft ein solches Verfahren für Sammelklagen und einen dafür einheitlichen Gerichtsstand, dann bleibt noch immer das Problem, dass die Ansprüche der Geschädigten nach verschiedenen Haftungsrechten zu beurteilen sein können.

Dies kann erstens schon der Zulassung einer Sammelklage im Wege stehen. Regelmäßig werden die Voraussetzungen dafür so definiert, dass die Ansprüche der Geschädigten gemeinsame Tatsachen- und Rechtsfragen aufwerfen müssen, um die Bündelung in einem Verfahren zu rechtfertigen und die Verkürzung der prozessualen Rechte der Gruppenmitglieder, die nicht aktiv am Verfahren teilnehmen dürfen, zu legitimieren. Hier lässt sich argumentieren, dass es schon an dieser notwendigen Gemeinsamkeit fehle, wenn das anwendbare Recht differiere und daher Einzelprozesse vorzugswürdig seien. In den USA, wo man viel Erfahrung mit solchen internationalen *class actions* sammeln konnte, geht die Tendenz daher eher dahin, die Zulassung der *class action* nicht von vorneherein zu verneinen, sondern Unterschieden im anwendbaren materiellen Recht eher durch die Bildung von *sub-classes* mit eigenen Vertretern Rechnung zu tragen. Denn häufig bleiben trotz des unterschiedlichen anwendbaren Deliktsrechts gemeinsam zu entscheidende Grundfragen, etwa nach der Verursachung durch den Beklagten.[30]

---

[29] Hierzu *Stadler*, in Steele/Van Boom, Mass Justice – Challenges of Representation and Distribution, Edward Elgar 2011, 73 ff, 74-77; *dies.*, in Cafaggi/Micklitz, New Frontiers of Consumer Protection (intersentia 2009), 305 ff; für ein *opt-in*-Modell auf europäischer Ebene auch *Hess*, in Fairgrieve/ Lein, Extraterritoriality and collective redress, Oxford Univ. Press 2012, Chapter 6, p. 107, 118; s. aber *Halfmeier* (2012) Nederlands Internationaal Privaatrecht, 176, 178-180 und *Halfmeier/Wimalasena,* JZ 2012, 649 die dafür eintreten, dass ein „opt-out"-System jedenfalls nicht die Anerkennung ausländischer Entscheidung hindern soll. Dies steht allerdings gegen die bislang noch verbreitete Ansicht in Europa, dass US *class action* Urteile wegen des opt-out Systems nicht anzuerkennen seien, hierzu ausführlich *Pinna*, 1 Erasmus Law Review (2008), Vol. 2, 31 ff, 40 ff.

[30] Grundlegend der Vorschlag des American Law Institute, Principles of Aggregate Litigation 2009, § 2.05.

Zum zweiten wird – bislang in Europa noch ohne Ergebnis – diskutiert, ob man die kollisionsrechtlichen Regeln für solche Sammelverfahren nicht anpassen müsste. Die Europäische Kommission hat dies etwa in einem Grünbuch zum kollektiven Rechtsschutz vorgeschlagen und die einheitliche Anwendung des Heimatrechts des Beklagten in Deliktsrechtsfällen befürwortet.[31] Ich halte dies für sehr bedenklich, obwohl es zweifellos dem Gericht die Arbeit in einem solchen Sammelverfahren erheblich erleichtern würde und zu schnelleren Entscheidungen führen könnte. Würde man wirklich nur für diese spezielle Verfahrenssituation das Kollisionsrecht ändern, spannt man den Wagen vor das Pferd.[32] Verfahrensrecht dient der Durchsetzung des jeweils anwendbaren materiellen Rechts. Wenn man es zulässt, aus Gründen der leichteren Verfahrensgestaltung das anwendbare Recht zu manipulieren, stellt man die Dinge auf den Kopf. Warum sollen einzelne Geschädigte gegebenenfalls eine materiell-rechtliche Schlechterstellung hinhinnehmen, nur weil sie an einem Sammelverfahren teilnehmen?[33] Wären sie in der Lage, bei ihrer *opt-in*-Entscheidung die Vorteile einer gemeinsamen Rechtsdurchsetzung gegen die möglichen Nachteile eines anderen Haftungsrechts abzuwägen? Akzeptabel wäre eine solche neue Kollisionsnorm wohl nur dann, wenn sie nicht von der Art und Weise der prozessualen Geltendmachung des Anspruchs abhinge, sondern sich allgemein auf einen Massenschaden beziehen würde, der dann allerdings erst einmal gesetzlich definiert werden müsste.

Schließlich bliebe auch hier die Frage zu beantworten, ob der Gruppenkläger, der alle Geschädigten vertritt, auch eine Rechtswahlvereinbarung im Namen aller schließen kann. Dies könnte man angesichts der Tatsache, dass man ihn grundsätzlich für befugt hält, auch einen Vergleich im Namen der Betroffenen zu schließen, für zulässig halten. Allerdings verfängt die Parallele zu einer gütlichen Beilegung des Rechtsstreits nicht ganz. Diese geht zwar erheblich weiter als die bloße Rechtswahlvereinbarung. Für eine solche vergleichsweise Einigung des Gruppenklägers mit dem Beklagten zur Beilegung des gesamten Streitfalles verlangen alle bestehenden und in der Diskussion befindlichen Regelungen aber aus guten Gründen immer eine inhaltliche Prüfung und Bestätigung dieses Vergleichs durch das Gericht. Dies geschieht gerade, um die Interessen aller Geschädigten zu wahren und einen Missbrauch oder eine Kollusion zwischen dem Klägervertreter und dem Beklagten zu vermeiden. Ob man eine solche Zustimmung auch für eine Rechtswahlklausel verlangen sollte, die einer streitigen Gerichtsentscheidung zu Grunde gelegt werden soll, wäre zu erwägen. Allerdings wird hier das Gericht vielleicht besonders geneigt sein, die Anwendung eines einheitlichen Deliktsstatuts tendenziell zu befürworten, weil dies seine Arbeit erheblich erleichtert. Schon bei der Inhaltskontrolle von Vergleichen drängt sich bisweilen der Verdacht auf, dass die Gerichte nahezu jeden Vergleich als akzeptabel betrachten, da er das Verfahren schnell beendet.

---

[31] Grünbuch über kollektive Rechtsdurchsetzungsverfahren für Verbraucher, KOM (2008), 794 endg., no. 59

[32] So bereits *Silberman*, 156 Univ. of Penn. Law Review 2022 (2001).

[33] S. schon *Stadler* in Fairgrieve/ Lein Extraterritoriality and collective redress, Oxford Univ. Press 2012, Chapter 11, no. 11.48 ff; *die*s. in Steele/Van Boom, Mass Justice – Challenges of Representation and Distribution, Edward Elgar 2011, 73 ff, 92 ff.

V. Fazit

Eindeutige Antworten auf alle diese Fragen gibt es derzeit in Europa nicht. Klar ist nur, dass die gerade erst vor wenigen Jahren in Kraft getretene Rom II-Verordnung keine Regelung für Massenschäden und –unfälle enthält und noch nicht einmal die Frage, ob eine solche überhaupt in allen Fällen wünschenswert ist, einheitlich beantwortet wird. Derzeit stellen auch nur wenige Mitgliedstaaten der EU Verfahren wie Sammelklagen zur gebündelten Durchsetzung von Ansprüchen Geschädigter gegen denselben Beklagten zur Verfügung. Die Reform prozessualer Instrumente ist auf europäischer Ebene in eine Sackgasse geraten, weil man sich auf wichtige Eckpunkte nicht einigen kann und das negative Vorbild der US-*class action* mit ihren Missbrauchsmöglichkeiten der Akzeptanz neuer Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes im Wege steht.[34] Inzwischen ist jedoch ein Wettbewerb um Standortvorteile für attraktive internationale Großverfahren entstanden. In den Niederlanden gibt es ein inzwischen vielfach genutztes Verfahren für (internationale) Vergleiche bei Massenschäden[35], welches die kollisionsrechtliche Frage bislang völlig ausblendet.[36] Das Vereinigte Königreich schickt sich an, im Kartellrecht die US-*class action* zu übernehmen sowie ein Verfahren zur Verbindlicherklärung außergerichtlich geschlossener Vergleiche nach niederländischem Vorbild[37] einzuführen, auch noch ohne genaue Vorstellung, wie man mit der IPR-Frage umgeht. Da das Kollisionsrecht nicht mehr nationales Recht ist, sondern in die Kompetenz des europäischen Gesetzgebers fällt, ist das Schicksal einer Ergänzung oder Änderung der Rom II-Verordnung eng verknüpft damit, ob man sich in Brüssel auch auf ein prozessuales Instrument für Massenschäden einigen kann. Vorzugswürdig wäre aus meiner Sicht für Großschäden eine *opt-in*-Sammelklage ohne neues Kollisionsrecht, aber mit der Möglichkeit, Untergruppen der Geschädigten nach Maßgabe des auf ihren Anspruch jeweils anwendbaren Rechts zu bilden.

---

[34] Jüngst wird allerdings davon ausgegangen, dass die Kommission im Mai 2013 doch noch einen Entwurf für Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes in Europa vorstellen könnte.

[35] Wet collectieve afwikkeling massaschade, 2005. Das Verfahren wurde bislang in 6 – teils großen internationalen – Vergleichsfällen genutzt: Gerechtshof Amsterdam 1. Juni 2006, *LJN*: AX6440 (*DES*); 25. Januar 2007, *LJN*: AZ7033 (*Dexia*); 29. April 2009, *LJN*: BI2717 (*Vie d'Or*); 29. Mai 2009, *LJN*: BI5744 (*Shell*); 15 Juli 2009, *LJN*: BJ2691 (*Vedior*); 17 Januar 2012, *LJN*: BV1026 (*Converium*).

[36] Hierzu *Stadler*, in Hodges/Stadler, Resolving Mass Disputes – ADR and Mass Settlements, Edward Elgar (2013 – im Druck), Introduction.

[37] BIS - Department for Business Innovation & Skills, Private Actions in Competition Law: A Consultation on Options For Reform (http://bis.gov.uk/assets/biscore/consumer-issues/docs/p/12-742-private-actions-in-competition-law-consultation.pdf); als Ergebnis der Konsultation veröffentlichte das BIS im Januar 2013 folgenden Vorschlag: http://www.biicl.org/files/6310_10_12_2012_urn_13_501_front_and_back_covers_22-jan-13_private_actions_in_competition_law__a_consultation_on_options_for_reform__government_~_response_pdf.pdf

Competition Law and Policy in Times of Economic Crisis: Focusing on Japanese Experiences

Toshiaki Takigawa, Osaka

I. Introduction

The European economy, and to a lesser degree the US economy, have been in the midst of economic crisis after the bursting of the property and the stock bubble in 2008, facing financial crisis, accumulated national deficits, and radically reduced consumer demand. Japan was confronted with a similar crisis on the occasion of the bursting of its bubble in 1990, and has since suffered from stagnant economy for more than two decades.

Economic crises and ensuing austere times pose challenges to competition law enforcement as well as competition policy. This paper looks into elements which call for special consideration on the part of competition law and policy agencies, with the objective of finding a balanced approach to be taken by competition agencies as well as national governments. Part I examines the industrial policy and economic regulations in times of an economic crisis viewed from the point of competition policy. Part II deals with specific issues in competition law enforcement in times of economic difficulties: exemptions; depression cartels; failing company defense in merger control.

II. Industrial policy, Regulatory Reform and Competition Policy in times of an Economic Crisis

1. To Bailout or Not to Bailout Failing Companies—Industrial Policy versus Competition Policy

Economy needs to constantly innovate, accompanied with creative destruction (as put forth by Joseph Schumpeter). Nevertheless, in times of economic difficulties, vested interests exert pressure on policy makers to temporarily preserve employment through governmental bailout of failed companies.[1] Politically easy measures, then, preserve inefficient companies in outmoded industries (i.e. non-digital photography), thus retarding industry restructuring. Notable economists pointed out that Japan's prolonged eco-

[1] John Fingleton (Head of British Office of Fair Trading) noted in 2009:"In a recession, the short-run may be prioritized." available at http://www.oft.gov.uk/shared_oft/speeches/2009/spe0109.pdf (accessed 17 January 2012), p.4.

nomic stagnation ("the lost two decades") owes at least partly to the government and banks' bailout of inefficient companies.

Bankruptcy procedure needs to be prioritized over governmental bailout, for the objective of restructuring companies deemed important for the national economy. Bankruptcy does not necessarily lead to disappearance of the company; the bankruptcy procedure allows the companies to reemerge, on condition of realizing stringent restructuring and management replacement. This appears to be a case of Japan Airlines (JAL)[2], which filed for bankruptcy in 2010, went through slimming down, and is to be enlisted on the Tokyo Stock Exchange in 2012.

The JAL case may be contrasted with the US government's bailout of the US automobile companies—GM and Chrysler. Government's bailout of failing companies gives a misguided message to companies: if you become big enough, the government will rescue you when you fail due to poor management. Short term success of preserving employment in the US automobile sector needs to be discounted from the consideration of long- run diminished vitality of the overall US economy.

In spite of the apparent success of the JAL case, Japanese government has not addressed well to the task of economic policy in times of economic difficulties. Actually, Japanese government has bailed out failing companies much more often than both the US government and the EU Commission, to the detriment of competition and vitality of Japanese economy. In case of JAL, the government bailed out JAL prior to resorting to the bankruptcy procedure (a court-led restructuring within the bankruptcy system, equivalent of Chapter 11 of the US Bankruptcy Code). The JAL bailout was conducted through the state controlled bailout vehicle-- the *Enterprise Turnaround Initiative Corporation* (ETIC)[3] , a state-controlled investment fund that has been given authority over the rebuilding endeavor. This public funding vehicle was originally created with the objective of aiding small-and-medium companies in local areas.[4] Nevertheless, ETIC (and its predecessor) has come to provide funds with big established corporations: among others, JAL, Kanebo Ltd and Misawa Homes Group.

In case of Kanebo Ltd, Kanebo was facing bankruptcy after committing "window dressing" in violation of Japanese securities law, but *Industrial Revitalization Co.* (the predecessor of ETIC), in 2004, bailed out Kanebo by

---

2 *See* Mure Dickie "JAL provides blueprint for others to follow", *Financial Times* (10 January 2012).

3 The predecessor of ETIC—*Industrial Revitalization Corporation* (*Sangyo Saisei Kiko*)—was established by the government in 2003 within *Deposit Insurance Corporation* as an extraordinary measure in times of systemic risk in Japanese finance and economy, operating until 2007. ETIC was established by the government in 2009 as a virtual successor of *Industrial Revitalization Co.* For ETIC, see http://www.etic-j.co.jp/pdf/english.pdf (accessed 19 May 2012).

4 *See* the ETIC website (id) at "Background": "Japan's local economies have long been struggling with a wide range of problems, including increasingly intense competition… [ETIC] was established to provide support by revitalizing the corporations that underpin local economies".

giving out a governmental guarantee to finances provided by private banks.[5] The infusion of the bank finance saved Kanebo Ltd from bankruptcy. Then, *Industrial Revitalization Co.* proceeded to auction off promising branches of Kanebo Ltd. The most prominent branch—cosmetics—was bought by Kao Corporation and became its subsidiary.

JAL was facing bankruptcy in 2010 due to its poor management with overcompensation to its employees. Then, ETIC bailed out JAL through a loan of up to 400 billion yen (which was provided from Japanese government to ETIC)[6], as well as another governmental guarantee to finances provided by private banks.[7] At the same time, ETIC made use of the Corporate Rehabilitation Law--an equivalent of Chapter 11 procedure in the US. Through this court- overseen rehabilitation procedure, JAL eliminated one third of its workforce and radically reduced its operation.[8]

The fact that the bailed-out companies —GM and Chrysler in the US, Kanebo and JAL in Japan—got revived and have regained profitability should not be taken as a proof of success of the bailout. This is because bailouts undermined the principle of creative destruction. Those companies could not revive without the governmental subsidies. Bailing out such companies obstructed growth of competent existing companies as well as new entries. In case of JAL, the bankruptcy procedure (restructuring program equivalent with the Chapter 11 procedure) was utilized concurrently with the governmental bailout. The concurrent use of the bankruptcy procedure should not be interpreted as eliminating vice of the bailout, because the bankruptcy procedure was utilized merely as a vehicle for the company's bailout.

Another vice of bailouts—in Japan, exercised through use of ETIC—is its opacity. Most fundamentally, no objective criteria are able to be formed on what sort of failing companies should be selected to be bailed out. On the pretext of opaque "public necessity" or "emergency", any major corporation may seek bailouts, and pressure from special interests exerted through politics makes it extremely difficult for an agency in charge of bailouts to refuse resorting to bailouts, particularly when the governmental agency was created exactly to exercise bailouts—case of ETIC in Japan ("Enterprise Turnaround" is a euphemism for bailouts). Indeed, Japan in recent years has not seen bankruptcy of any major corporation; practically all major failing companies have been bailed out.

---

[5] The governmental guarantee renders bank finance risk free, resulting in lending rate on a par with that of Japanese government bond: Source: speech by Mr. Kazuhiko Toyama (a former executive at *Industrial Revitalization Co.*) at Competition Policy Research Center (CPRC), "State Involvement in Corporate Revival and Competition Policy" (Tokyo, JFTC Conference Room, 18 May 2012).

[6] *See* Hajime Hatakeyama, "JAL No Saisei Mondai (Issues regarding the JAL Rehabilitation)", *Rippo to Chosa (Legislation and Research)* (2010), No.301, p.170, Japanese version available at http://www.sangiin.go.jp/japanese/annai/chousa/rippou_chousa/backnumber/2010pdf/20100201169.pdf (Accessed 8 June 2012).

[7] Id, and Kazuo Toyama supra note 5.

[8] *See* Gwen Robinson "JAL's kamikaze bankruptcy", ft.com/alphaville, Financial Times (19 January 2012), available at http://ftalphaville.ft.com/blog/2010/01/19/128946/jals-kamikaze-bankruptcy/ (accessed 19 May 2012).

Bailing out failing companies may be supported only as an extraordinary measure to deal with economy wide "systemic risk". Japan may have been in such a stage of systemic risk around 2003, when the government created *Industrial Revitalization Corporation*, because the accumulation of failing companies put their lenders-- Japanese banks-- to the brink of systemic collapse. However, Japan has already recovered from such systemic crisis; *Industrial Revitalization Corporation*, therefore, was terminated in 2007. Government´s creation of the current ETIC cannot be rationalized by systemic risk; the creation only reflects the government´s yielding to special interests demanding governmental bailouts. Moreover, years after 2007 , in Japan, several "private equity" companies were created, which provide, as businesses, working capital to target companies. Private equity companies, in contrast with governmental agencies, act on the basis of market mechanism. Failing companies, if they have a business potential, are able to get capital from private equity companies. Otherwise, they should go through the bankruptcy procedure.

2. Industrial Policy in Times of Economic Difficulties

Industrial policy in Japan has mostly been conducted by the *Ministry of Economy and Industry* (the METI, renamed from the MITI in 2001). Japanese industrial policy, contrary to a prevalent western perception, has mainly engaged in protecting declining industries rather than nourishing cutting-edge industries. (The industrial policies coping with declining industries make use of exemptions from competition law. This aspect of the industrial policy is covered in II.A.)

Although not as frequent as the industrial policy for protecting declining industries, the METI has engaged in industrial policy for nurturing promising industries. Nevertheless, free market economists have long highlighted incapability of bureaucrats to outguess markets in picking successful industries. This observation has proved to be true for Japan. A typical case of such failure was the METI's (at that time, the MITI's) backing of main-frame computer technology with vast subsidies to Fujitsu, Hitachi and other electric companies. In the 1980s, the main frame computer appeared to be the promising future industry. Nevertheless, markets turned out to pick personal computer and software companies as successful industry leaders.

The Japanese government has considerably diminished the role of industrial policy since entering the 1990s. Nevertheless, the METI has not ceased to engage in industrial policy for picking future successful industries. The vision paper on industrial policy put forth by the METI in 2010[9] advocates that the government reshuffles industries through selecting promising industries. This policy vision has been publicized as a key measure for increasing international competitiveness of Japanese companies, which have lagged behind not only the US companies but also the leading Korean com-

[9] Ministry of Economy, Trade and Industry, *Sangyo-Kozo Vision 2010* (Industry Structure Vision 2010), p.12, Japanese version only available at http://www.meti.go.jp/committee/summary/0004660/index.html (accessed 27 May 2011).

panies (Samsung etc.). However, industrial policy has consistently proved ineffective for invigorating Japanese economy. It is time the METI as well as the Japanese government learn that bureaucrats cannot outguess markets in picking successful industries. After Japan caught up with the advanced western economies in the 1980s, the merits of the industrial policy were lost because bureaucracy cannot override wisdom of the market after losing evident models to emulate. After the bust of the property and stock price bubbles in 1991, Japanese economy entered the prolonged recession.

Revitalization of the Japanese economy, first, necessitates sound macro- economic (fiscal and monetary) policy. Concurrently, Japan is in need of vigorous competition policy because the Japanese economy is characterized by its "dual structure": a highly productive manufacturing sector on the one hand and a less productive agriculture and service sectors on the other.[10] In order to increase productivity, Japan needs to implement regulatory reforms and competition policies, in place of an industrial policy.

3. Regulatory Reform in Times of Economic Difficulties

Japan is in need of regulatory reforms in order to increase productivity of its inefficient industries— domestic industries, particularly agriculture and service.[11] However, Japanese politics makes it difficult to overhaul regulations which have protected vested interests. This deficiency in politics is partly due to the fact that politicians, most of them coming from hereditary local magnates, are preoccupied with getting budget money for satisfying local special-interests in their voting districts, at the sacrifice of national interests. Another deficiency is the unjust (and unconstitutional) allocation of Diet (parliament) members across local districts: A disproportionately large number of Diet members has been allocated to rural areas at the expense of cities. Politicians representing rural areas are generally conservative, being averse to regulatory reforms. The political stance against change and innovation is augmented in times of economic difficulties because people tend to stick to current employment rather than moving to new industries.

Against this political background, pressure from international institutions and the US to open up the Japanese economy has historically played a vital role in realizing deregulation of industries as well as reforming regulations towards increased competition. Pressure from outside is important for Japan because Japanese politics renders it difficult to break up the status quos, with special-interest groups exerting disproportionately strong political influence. The government has been only able to defeat status quo on the pretext of obeying international obligations.

Japan's membership in the *General Agreement on Tariffs and Trade* (the GATT, the predecessor of the WTO) in 1955 has greatly contributed to

---

[10] Naohiro Yashiro, "Case Study 1 – Japan", *Regulatory Reform for Recovery: Lessons from Implementation during Crises* (OECD, 2010), p.77.

[11] The IMD *World Competitiveness Yearbook* (2012) reports that Japan is ranked at 27th among 59 countries-- available at http://www.imd.org/research/publications/wcy/upload/scoreboard.pdf (accessed 4 June 2012). This is a conspicuous decline from Japan's top tier ranking in the 1990s.

Japan's postwar rapid economic growth through reductions of tariff rates for Japan's manufactured goods. More importantly for the topic of this paper, GATT/WTO has been instrumental for the government to push back protectionist initiatives from domestic industries and politicians.

However, the liberalization movement from WTO has recently been stalled, with the Doha Round of WTO facing failure. After the marked success of pro-competition regulatory reforms performed under the leadership of Premier Junichiro Koizumi (2001-2006), Japanese politics has resumed catering to special interests. Most markedly in this trend, Japanese Diet, with the full agreement between ruling Democratic Party and opposing Liberal Democratic Party (LDP), on 27 April 2012, passed a bill scrapping a deadline for full privatization of *Japan Post*'s financial arms.[12]

In order to stem this trend, Japan needs to utilize Free Trade Agreements (FTA) for newly exerting pressure on special-interests toward pro-competition regulatory reforms. Japan has already entered 11 FTAs, but none of them contain as partners top tier economic powers: the US, EU and China. Then, recently, the Japanese government has started to negotiate FTAs respectively with the US and EU[13]: The former is within the framework of Trans-Pacific Partnership (TPP)[14]—a new FTA whose predominant member is the US.

For the Japanese government, TPP is virtually equivalent with an FTA with the US. For this reason, proponents for existing regulations have warned on the risk of being pressured into acceding to the nationalistic interests of the US, particularly in the area of agriculture and medical service. However, Japan has already experienced several trade/regulation negotiations with the US. Due to Japan's dependence on the US for its major export market as well as national defense, Japanese government has had a special weakness towards the US demand for opening up Japanese economy. The most representative of such Japan/US negotiation was the U.S.-Japan Structural Impediment Initiative (the SII).[15] Through the SII, the Japanese government pledged to loosen several anticompetitive regulations (i.e. softening of regulation on large scale retailers' opening), as well as to strengthen the competition law (the Antimonopoly Act: AMA) and its enforcement: strengthening of criminal penalties, and heavy condemnation of bid-riggings. The

---

[12] Mure Dickie "Japan fails to deliver a growth strategy", *Financial Times* (May 13, 2012). The original reform plan (set up by Premier Koizumi) obligated the government to fully privatize *Japan Post* through sales of all its government-held shares by the end of September 2017. However, the share sale was suspended by a bill in 2009. Shares of *Japan Post,* therefore, are currently held 100% by the government. By this new bill in 2012, the government is now only able (not obligated to) sell two thirds of Japan Post shares to the public.

[13] Regarding EU/Japan FTA, *see* Joshua Chaffin "Brussels to push for Japan trade deal", *Financial Times* (July 17, 2012) (Reporting that the European Commission is expected to ask EU member states for permission to launch negotiations with Japan on a free trade agreement).

[14] Former Prime Minister Naoto Kan, on October 2010, and new Prime Minister Noda, on November 2011, expressed the Government's intent to apply for the membership in TPP. Nevertheless, farmers' associations have been harshly opposing to this project.

[15] *See* Joint Report of U.S.-Japan Working Group on Structural Impediments Initiative 2 (28 June 1990); USTR, National Trade Estimate Report of Foreign Trade Barriers 107 (1990).

experience of the SII shows that Japanese government is capable of utilizing pressure from the US in order to accomplish pro-competition regulatory reforms, to the benefit of consumers and Japanese economy.

III. Competition Law Enforcement in Times of Economic Difficulties

1. Competition Law Exemption for Depressed Industries

Regarding specific considerations which are given to competition law enforcement in times of economic difficulties, the most often utilized method has been exempting depressed industries from the competition law. However, logically, no rationale can be found for exempting depressed industries from competition law enforcement. Such exemption weakens competition discipline, delaying necessary restructuring. Yet businesses, in times of economic crisis, tend to appeal to the government for exempting them from competition law, and the government often accedes to the demand as a politically feasible choice.

In Japan, from the 1950s to the 1970s, several measures exempting certain industry sectors from competition law had been implemented by the MITI (currently METI). These measures had been initiated by the industries and the MITI to prompt the Diet to inaugurate laws on industrial policy to deal with "structurally depressed industries" – principally textile industries which had lost international competitiveness. These industries had experienced long-lasting overcapacity in relation to the level of demand.

The MITI named such industrial policy targeted at the "structurally depressed industries" as the "industry adjustment policy", addressed to chronic overcapacity of several industries: initially textile industries later extended to chemical industries.[16] For this adjustment policy, the MITI routinely instructed the companies to form cartels for concertedly reducing production amounts.

Production reduction cartels are in breach of the Antimonopoly Act (AMA)—Japanese competition law. In this context, an economic ministry's guidance (without use of a mandatory law) has no legal power to exonerate the guided companies from the illegality under the AMA.[17] Nevertheless, up to around the end of the 1970s, the Fair Trade Commission of Japan (the JFTC) had been politically overwhelmed by the powerful MITI; JFTC had not ventured to attack cartels which are authorized by the MITI. More importantly, the Japanese Diet consented to the MITI in inaugurating legislations

---

[16] For information on "industrial adjustment policy" of Japan, see Itoh, M., Kiyono, K., Okuno-Fujiwara, M. & Suzumura, K. (1991) *Economic Analysis of Industrial Policy*, Academic Press, San Diego, California, Chapter 21.

[17] This is because a ministry's guidance intrinsically lacks compulsory power over companies, without penalties against non-observance. This standpoint was confirmed in the JFTC Guidelines on Administrative Guidance: The JFTC, Guidelines Concerning Administrative Guidance under the Antimonopoly Act (30 June1994), at §1 (1) ("Without exemption clauses, private conduct induced by administrative guidance is subject to the AMA application, when the conduct fulfills the conditions for illegality under the AMA."), translation available at http://www.jftc.go.jp/en/legislation_guidelines/antimonopoly_guidelines.html (accessed 27May 2011).

authorizing exemption of "structurally depressed industries" from the AMA. These cartels authorized by special laws are legally outside the coverage of the AMA.[18]

The policy question relevant today regarding the "industrial adjustment policy" is whether any rationale may be found for preferring governmental intervention to market mechanism in order to bring about industry adjustments. The market usually functions well to reduce oversupply and overcapacity in depressed industries. Notable economists pointed out that the market works to reduce oversupply in a socially desirable speed.[19] Indeed, the industrial adjustment policy in Japan has slowed down the speed of reduction in production capacity in the depressed industries because the policy slowed down exits of companies and employees from the depressed in-industries.

One may rationalize the government intervention for slowing down companies' exit from depressed (or internationally uncompetitive) industries as socially desirable for protecting employment. Such rationale has been brought up in the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) in the context of "Trade and Structural Adjustment".[20] The OECD, then, reached the position that adjustment policy needs to be in harmony with free trade; government intervention should not delay necessary structural adjustments in response to the industries' relative decline in international competitiveness. Government intervention for slowing down exits of inefficient industries hampers both domestic adjustments and international free trade. Needed are macro-economic policies to foster growth. Concurrently, labor market policies need to be improved in order to facilitate labor mobilities across occupations.

In Japan, the Japanese government and the MITI, prior to the end of the 1970s, had largely ceased to engage in anticompetitive adjustment policies. This policy change was partly induced by Japan's entry into the GATT (1955) and OECD (1964), which obliged Japan to observe free trade and investment. This obligation has hampered the Japanese government from engaging in blatantly protectionist or anticompetitive industrial policies. Without such international obligation, the Japanese government would have found it difficult not to accede to protectionist demands from domestic industries and politicians.

Moreover, Japan's rapid economic growth up to the 1970s augmented Japan's international standing, bringing increasing trade friction with the US in the 1960s and the 1970s. In this context, Japan shows a special weakness towards pressure from the US, because of the US's preeminence as Japan's export market, together with Japan's dependence on the US army for military

---

[18] For example, "*Seni Kogyo Setsubi Rinji Soch Ho* (Temporary Measure Law on Production Facilities in the Textile Industry)" was inaugurated on May, 1956, exempting the companies in the industry from application of the Antimonopoly Act.

[19] See Michael Mussa (1982) "Government Policy and the Adjustment Process", in J. Bhagwati ed., *Import Competition and Response*, University of Chicago Press, cited in Itoh et al. *supra* note 16, Chapter 21.

[20] *See* OECD (2005), *Trade and Structural Adjustment*, available at http://www.oecd.org/dataoecd/58/40/34753254.pdf (accessed 20 January 2012).

defense. Need for managing the US-Japan economic and political relations has kept the Japanese government from engaging in blatantly protectionist/ anticompetitive policies.

The aggravating US/ Japan trade frictions culminated in the U.S.-Japan Structural Impediment Initiative (1989-90),[21] which led the Japanese government to strengthen the AMA and its enforcement with the objective of opening up Japanese markets. This resulted in strengthening of fines and criminal penalties, as well as stricter condemnation of bid-riggings.

The MITI has continued to push the Diet to inaugurate industrial adjustment legislations during the 1970s and 1980s, but the legislations' anticompetitive nature has consistently been reduced. The last of special legislation exempting industries from the AMA was "Industrial Restructuring Law (Sanko-Ho)" (1983-87), which designated several industries (i.e. petrochemical industry) for industrial policies aiming at supply reduction. The Law provided companies with limited exemptions from the AMA. Nevertheless, greatly mitigating the anticompetitive nature of the exemptions, the exemptions required approval from the JFTC, preceded by the JFTC's consultation with MITI.

2. Depression Cartels and Rationalization Cartels

The Antimonopoly Act (AMA) of Japan used to contain a clause exonerating depression cartels, but the clause was repealed on occasion of the AMA amendment of 1999. Now, a defunct AMA clause on the depression cartel stipulated that the JFTC tolerates cartels on prices, production quantities, or reduction of production facilities in depressed industries, in which average production costs surpass the products' prices. These depression cartels had been exercised in the steel and textile industry.

Allowing depression cartels makes no economic sense because cartels retard exit of inefficient producers, thus slowing down the industry's restructuring. The repeal in 1999 of the depression cartel provision in the AMA was realized within a governmental policy (accomplished in the 1990s) of radically reducing exempted cartels, which include repeals of exemptions for natural monopoly and rationalization cartels. The repeal of the AMA exemptions was conducted within the government-wide economic liberalization and regulatory reforms.

Among these repealed exemptions, the repeal of the exemption for rationalization cartels needs to be scrutinized for its rationale, because rationalization cartels—cooperation in improving production and distribution—should not be treated as belonging to a same group as depression cartels. Rationalization cartels, in contrast with depression cartels, often contribute to economic efficiency and consumer welfare, on condition that they do not give rise to market power. Small and medium companies often necessitate concerted arrangement for improving production or distribution. Such

[21] *See Joint Report of U.S.-Japan Working Group on Structural Impediments Initiative* (28 June 1990); USTR, National Trade Estimate Report of Foreign Trade Barriers 107 (1990).

rationalization endeavors are especially called for in times of economic difficulties.

The AMA repeal of the rationalization cartel exemption does not mandate the JFTC to always reject rationalization cartels. The JFTC is capable of applying the AMA in ways to allow rationalization cartels; the AMA provision on concerted actions (the AMA article 2 (6)) stipulates that concerted actions among competitors are illegal only when they lead to market power ("substantial restriction of competition"). Therefore, the JFTC is expected to allow concerted actions among small/ medium companies for improving efficiencies, although we have not yet witnessed actual cases.

3. Failing Company Defense in Merger Regulation

The "failing company" defense has been put forward, in times of economic difficulties, to defend mergers which otherwise would be blocked by competition agencies as anticompetitive. The defender of the merger would insist that the merger involving a failing company would save economic loss caused by dissolution of the company's assets and human capital.

However, the failing company defense, thus put forward, ignores the fact that economy benefits from exits of failed companies; the exits put the failed companies' assets and human capital to more efficient and creative use. This merit was highlighted as "creative destruction" by Joseph Schumpeter.

The competition law agencies in US and EU do not support the failed company defense interpreted in this sense. Nevertheless, the "failing company" defense, interpreted in a different manner, has been utilized in both jurisdictions. The defense has been deemed relevant in the sense that a failing company's contribution to the merging company's market power is smaller than estimated from the failing company's market share. The failing company defense, thus interpreted, does not compromise the spirit and objective of competition laws.

The US antitrust agencies (Department of Justice and the Federal Trade Commission) explain in their common Horizontal Merger Guidelines: "a merger is not likely to enhance market power if imminent failure… of one of the merging firms would cause the assets of that firm to exit the relevant market."[22] This standpoint stems from the consumer benefit objective of the antitrust law; "If the relevant assets would otherwise exit the market, customers are not worse off after the merger than they would have been had the merger been enjoined."[23] From this stance, the Guidelines set up rigorous standards in order to secure that the alleged failing firm is actually expected to exit the market: four conditions including that the allegedly failing firm would be unable to meet its financial obligations in the near future.[24]

---

[22] The US Horizontal Merger Guidelines (2010), §11, available at http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.pdf (accessed 10 June 2012).

[23] Id.

[24] Id.

The European Commission's standpoint on the failing company defense is essentially the same as that of the US antitrust agencies. The EU Merger Guidelines explain: "The Commission may decide that an otherwise problematic merger is nevertheless compatible with the common market if one of the merging parties is a failing firm. The basic requirement is that the deterioration of the competitive structure that follows the merger cannot be said to be caused by the merger." [25]

For Japan, the JFTC basically adopts the same narrow interpretation on the failing company defense; the JFTC explains in its Business Combination Guidelines that a failing company defense is considered as one of the elements alleviating market power. The Business Combination Guidelines explain: In the case that one of the merging partners is highly likely to go into liquidation, and at the same time, a less anticompetitive measure cannot be found other than the merger, the merger generally will be considered *not* to substantially restrict competition.[26]

IV. Conclusion

Economic crisis does not necessitate softening of competition law and policy; on the contrary, it necessitates consistent application of competition law together with pro-competition regulatory reforms. Rapid and sudden worsening of economic conditions has been caused by unsound macroeconomic policies-- fiscal and monetary policies. In order to recover from economic downturn, sound macroeconomic policies are first called for. Second, sound microeconomic policies—pro-competition regulatory reforms and application of competition laws—need to be consistently maintained in order to force enterprises to restructure and engage in innovations.

Japanese experience shows that enterprises in non-competitive industries, backed by politicians, tend to demand industrial policies accompanied with exemptions from competition law. However, such anti-competitive policies retard industry restructuring. Governments need to counter protectionist moves by use of international obligations. In case of Japan, the government's international obligation under GATT and other international treaties were instrumental for the government's not acceding to protectionist pressures. Not only multilateral agreements but also bilateral free trade agreements need to be utilized in order to push back protectionist pressure and promote free trade and pro-competition policies.

---

[25] Council Regulation (EC) No 139/2004 on the Control Of Concentrations between Undertakings (2004), para. 89.

[26] The JFTC, Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination (2004, revised 2007 and 2009) at §IV.2 (8), translation available at http://www.jftc.go.jp/en/legislation_guidelines/ama/pdf/RevisedMergerGuidelines.pdf (accessed 28 May 2012).

Die AIFM-Richtlinie der EU als Reaktion auf systemische Risiken von Schattenbanken angesichts der Finanzmarktkrise*

Rüdiger Wilhelmi, Konstanz

I. Einleitung

Katastrophen sind nicht nur Naturkatastrophen. Sie können vielmehr auch in sozialen, politischen oder wirtschaftlichen Prozessen liegen. Dazu gehören etwa Bürgerkriege oder Wirtschaftskrisen, wie die noch anhaltende Finanzmarktkrise von 2007/08.

Die Rolle des Rechts bei der Bewältigung von Katastrophen bzw. Krisen betrifft nicht nur das Managen akuter Krisen, sondern auch die Prävention drohender Krisen. Es geht also nicht nur um die Frage, wie das Recht auf akute Katastrophen bzw. Krisen reagiert, indem es diese eindämmt und ihre Folgen beseitigt oder zumindest mindert. Vielmehr geht es auch darum, künftige Katastrophen bzw. Krisen bereits im Vorfeld zu vermeiden. Dies setzt insbesondere auch voraus, Lehren aus vergangenen Katastrophen oder Krisen zu ziehen, um künftige Katastrophen besser erkennen, vermeiden oder handhaben zu können.

Dieser Beitrag betrachtet demgemäß die Rolle des Kapitalmarktrechts bei Bewältigung der Finanzmarktkrise von 2007/08. Er untersucht dabei, inwieweit die AIFM-Richtlinie der EU die mit den Schattenbanken verbundenen Risiken bewältigt. Dazu wird zunächst ein Schlaglicht auf die Finanzmarktkrise seit 2007/08 geworfen. Vor diesem Hintergrund werden sodann die systemischen Risiken und die Schattenbanken näher betrachtet. Darauf aufbauend werden schließlich die überkommene Regulierung der Finanzmarktakteure, die Regulierung alternativer Investmentfonds durch die AIFM-Richtlinie der EU und die Überlegungen zur Regulierung von Schattenbanken dargestellt und bewertet, bevor der Beitrag mit einem Fazit schließt.

---

* Um Nachweise ergänzte und aktualisierte Fassung des Vortrags vom 4. Juli 2012.

II. Ein Schlaglicht auf die Finanzmarktkrise seit 2007/08

Zunächst möchte ich schlaglichtartig einige Daten zu Entstehung und Verlauf der Finanzmarktkrise seit 2007/08 und die Reaktionen darauf schildern[1]:

1. Entstehung und Verlauf der Krise

Die aktuelle Finanzmarktkrise begann 2006/07 mit dem Ende des US-amerikanischen Immobilienbooms, der zu erhöhten Ausfällen von dortigen Subprime-Hypotheken führte. Diese waren wiederum in Wertpapieren verbrieft und an den Kapitalmarkt weitergegeben worden, so dass es zu Kursverlusten an den Kapitalmärkten kam. Einen ersten Höhepunkt erreichte die Krise im Juli 2007, als daraufhin zwei Hedgefonds der amerikanischen Investment Bank Bear Stearns zusammenbrachen und in der Folgezeit große Anbieter von Hypothekendarlehen in Schieflage gerieten.

In Deutschland geriet Ende Juli 2007 die IKB-Bank durch Geschäfte ihrer Zweckgesellschaften mit Subprime-Wertpapieren in Existenznot und musste durch ihre Hauptaktionärin IKB, die dem Bund gehört, und andere Banken gerettet werden. Vier Wochen später geriet die SachsenLB in eine Krise und wurde durch die Übernahme durch die LBBW gerettet. Auch andere Banken in Europa bekamen massive Probleme und Mitte September 2007 kam es sogar zu einem Bank Run auf die britische Hypothekenbank Northern Rock, die daraufhin verstaatlicht wurde.

Der eigentliche Höhepunkt der Finanzmarktkrise – jedenfalls bisher – lag im Sommer 2008. Bereits im Frühjahr 2008 war die US-Investmentbank Bear Stearns in Schieflage geraten und musste von einer anderen Bank gerettet werden – also jene Bank, der die beiden Hedge Fonds gehörten, deren Zusammenbruch den Beginn des ersten Höhepunkts der Finanzmarktkrise markierten. Mitte Juli 2008 mussten dann die beiden riesigen halbstaatlichen US-Immobilienfinanzierer Fannie Mae und Freddy Mac gerettet werden. Mitte September drohte schließlich die sogenannte Kernschmelze des Finanzsystems, als die Investmentbank Lehman Brothers zusammenbrach und nicht gerettet wurde, sondern in Insolvenz ging. Der Versicherungsgigant AIG, der insbesondere durch Kreditausfallversicherung eng mit dem Kapitalmarkt verflochten war, wurde hingegen gerettet. Trotzdem kollabierten die weltweiten Finanzmärkte; insbesondere auch der Interbankenmarkt, so dass die Banken von ihren Refinanzierungsmöglichkeiten abgeschnitten wurden.

In der Folgezeit geriet eine Vielzahl von Banken insbesondere in den USA und in Europa in Existenznot und wurde mit Hilfe milliardenschwerer staatlicher Hilfen gerettet. Prominentestes deutsches Beispiel ist die vor allem im Immobiliengeschäft tätige bayerische Bank Hypo Real Estate, die Ende September in Schieflage geriet und vom Bund zunächst gestützt und später

---

[1] Zu Entstehung und Verlauf der Finanzmarktkrise etwa *Rudolph*, ZGR 2010, 1; Sinn, Kasino-Kapitalismus, 2. Aufl. 2011; *Zeitler*, WM 2012, 673; *Kotz*, ZBB 2012, 322; Deutsche Bundesbank, Finanzstabilitätsbericht 2012; *Illing*, Deutschland in der Finanzkrise, Wiesbaden 2013.

übernommen werden musste; eine privatwirtschaftliche Lösung über andere Banken war nicht mehr möglich. In einer anderen Liga spielt etwa die schweizerische UBS, die Mitte Oktober durch die Eidgenossenschaft gestützt werden musste.

Gleichzeitig geriet die Wirtschaft vieler Staaten in eine Rezession, auf welche die Staaten mit milliardenschweren Konjunkturprogrammen reagierten. Was als Finanzmarkt- und Bankenkrise begonnen hatte, griff damit auch auf die Realwirtschaft über und wurde so zu einer allgemeinen Wirtschaftskrise. Daneben trat dann die sogenannte Staatsschuldenkrise mit dem prominentesten Beispiel Griechenland, aber auch anderen Ländern, die mit Hilfe von Geldern des IWF und der EU gestützt werden mussten.

Auch wenn sich die öffentliche Diskussion heute vor allem auf die Staatsschuldenkrise konzentriert, sind die Finanzmarkt- und Bankenkrise, aber auch die allgemeine Wirtschaftskrise bis heute nicht ausgestanden. Die Krise hält in allen ihren Facetten an.

2. Reaktionen auf die Finanzkrise

Das Recht hat in vielfältiger Weise auf die Finanzkrise reagiert[2]. Als Sofortmaßnahmen wurden zunächst Gesetzespakete zur Rettung der Banken erlassen, die in eine akute oder drohende Schieflage geraten waren. Diese Pakete werden gegenwärtig in dauerhafte Instrumente zur Bankenrettung überführt. So hat Deutschland inzwischen etwa die §§ 48a ff. KWG über die Übertragung des Vermögens eines Kreditinstituts einschließlich seiner Verbindlichkeiten auf einen bestehenden Rechtsträger in Kraft gesetzt. Die EU-Kommission hat 2012 einen Vorschlag für einen EU-Gesetzesrahmen zur Bankenwiederherstellung und Bankenabwicklung vorgelegt[3] und eine Konsultation über einen möglichen Rechtsrahmen für die Sanierung und Abwicklung von anderen Finanzinstituten als Banken durchgeführt[4].

Daneben wurde auf nationaler und europäischer Ebene auch eine Vielzahl von neuen Maßnahmen zur Regulierung der Banken und Kapitalmärkte in die Wege geleitet. Dazu gehören insbesondere die Verschärfung und Ergänzung bestehender Instrumente, etwa die Überarbeitung des Eigenkapitalregimes durch Basel III[5] und CRD IV[6]. Weiter wurden und werden aber

---

[2] Für einen ersten Überblick etwa FSB, Overview of Progress in the Implementation of the G20 Recommendations for Strengthening Financial Stability, 19.06.2012 (http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_120619a.pdf); *Lehmann*, Grundstrukturen der Regulierung der Finanzmärkte nach der Krise, Working Papers on Global Financial Markets No. 22, 2011 (http://www.gfinm.de/images/stories/workingpaper22.pdf); *Ferran* u. a., The regulatory aftermath of the global financial crisis, 2012; *Hüther*, Kreditwesen 2013, S. 23–29.

[3] Europäische Kommission, Richtlinienvorschlag COM(2012) 280 v. 06.06.2012; dazu etwa Chattopadhyay, WM 2013, 405.

[4] Dazu die Internet-Seite der Europäischen Kommission: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2012/nonbanks_en.htm.

[5] Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Basel III: Ein globaler Regulierungsrahmen für widerstandsfähigere Banken und Bankensysteme, Dezember 2010 (rev. Juni 2011) (http://www.bis.org/publ/bcbs189_de.pdf); ders., Basel III: Mindestliquiditätsquote und Instrumente zur Überwachung des Liquiditätsrisikos, Januar 2013 (http://www.bis.org/publ/bcbs238_de.pdf).

auch neue Instrumente eingeführt, etwa die europäische Ebene der Finanzmarktaufsicht[7]. Darüber hinaus wurden und werden auch Bereiche einer Regulierung unterworfen, die bisher nicht oder kaum reguliert waren[8]. Prominentestes Beispiel sind etwa die Rating-Agenturen[9]. Am weitreichendsten ist bisher vermutlich die Einführung der EU-Richtlinie über alternative Investment Fonds (AIF) bzw. ihre Manager (AIFM), die AIFM-Richtlinie[10]. Inzwischen liegt auch ein Grünbuch Schattenbankwesen der EU-Kommission vor[11].

3. Systemische Risiken

Das Ziel dieser Regulierung ist vor allem die Vermeidung systemischer Risiken für die Finanzmärkte. Darunter versteht man Risiken, die nicht nur den unmittelbar betroffenen Marktteilnehmer treffen, sondern das gesamte Finanzsystem und ggf. auch die Realwirtschaft[12]. Auch die Regulierung von AIF und Schattenbanken wird vor allem mit der Notwendigkeit begründet, systemische Risiken für Finanzmärkte zu vermeiden; als wesentliche Faktoren für systemische Risiken werden in diesem Zusammenhang die Fristen-, Liquiditäts- und Kreditrisikotransformation sowie das Leverage angesehen[13]. Dabei geht es einerseits darum, systemische Risiken überhaupt zu erkennen. Andererseits sollen die Entstehung systemischer Risiken verhindert und bereits entstandene systemische Risiken vermindert werden. Darüber hinaus müssen auch die Auswirkungen der Regulierung auf die Finanzmärkte berücksichtigt werden.

Hinsichtlich der Notwendigkeit, systemische Risiken zu erkennen, werden umfangreiche Informationspflichten gegenüber den Aufsichtsbehörden statuiert. Bezüglich der Verhinderung der Entstehung systemischer Risiken wird allgemein zwischen dem sogenannten credit channel und dem

---

6 Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag KOM(2011) 452; dies., Richtlinienvorschlag KOM(2011) 453 vom 20.07.2011. Deutsches Umsetzungsgesetz im Gesetzgebungsverfahren BR-Drs. 510/12 und BT-Drs. 17/10974.

7 Europäische Kommission, Verordnungsvorschläge COM(2012) 511 und COM(2011) 512 sowie Mitteilung COM(2011) 510 v. 12.09.2012.

8 Übersicht über die EU-Maßnahmen zur Finanzmarktreform unter http://ec.europa.eu/internal_market/publications/docs/financial-reform-for-growth_de.pdf.

9 Europäische Kommission, Richtlinienvorschlag KOM(2011) 746 und Verordnungsvorschlag KOM (2011) 747 v. 15.11.2011.

10 Richtlinie 2011/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 08.06.2011. Deutsche Umsetzung durch KAGB BR-DRs. 791/12 und BT-Drs. 17/12294.

11 Europäische Kommission, Grünbuch Schattenbankwesen COM(2012) 102; Zusammenfassung der Antworten unter http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2012/shadow/replies-summary_en.pdf

12 *Wilhelmi/Bassler*, AIFMD, Systemic Risk and the Financial Crisis, in: Zetzsche, The Alternative Investment Fund Managers Directive, 2012, S. 21, 25.

13 FSB, Shadow Banking: Strengthening Oversight and Regulation, Recommendations of the Financial Stability Board, 27.10.2011 (http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_111027a.pdf), S. 10 ff.

market channel unterschieden[14]. Der credit channel liegt darin, dass die AIF und Schattenbanken mit den Banken direkt, insbesondere über Kreditbeziehungen verbunden sind und die Banken so das Ausfallrisiko der AIF und Schattenbanken trifft. Der market channel liegt darin, dass große AIF und Schattenbanken oder Parallelbewegungen von AIF und Schattenbanken, insbesondere im Rahmen des sogenannten Herdentriebs, negative Auswirkungen auf die Finanzmärkte haben, insbesondere zu immer schneller fallenden Kursen und schließlich zum Zusammenbruch der Kapitalmärkte führen, dem sich die Banken nicht entziehen können.

Herkömmlich sind systemische Risiken vor allem Gegenstand der Regulierung der Banken gewesen. Die Regulierung des Kapitalmarkts diente demgegenüber vorrangig anderen Zwecken. Implizit und aufgrund der bisherigen historischen Erfahrungen ist man davon ausgegangen, dass nur den Banken bzw. dem Banksektor ein systemisches Risiko innewohnt, also die spezifische Gefahr, dass sich eine Krise einzelner Institute zu einer gesamtwirtschaftlichen, nicht nur die Finanzwirtschaft, sondern auch die Realwirtschaft umfassenden Krise auswächst.

Bereits vor der aktuellen Finanzkrise hatte sich gezeigt, dass auch Nichtbanken ein systemisches Risiko eigen sein kann. Denn der Zusammenbruch des Hedgefonds LTCM 1998 drohte derartig gravierende Auswirkungen auf den Banksektor zu haben, dass er mit Hilfe einer konzertierten Aktion vor allem US-amerikanischer, aber auch deutscher Großbanken gerettet werden musste, die von der US-Zentralbank koordiniert wurde[15]. Dabei wurde befürchtet, dass die Verluste über den Kredithebel einen Zwang zum Deleveraging auslösen würde, der eine Kettenreaktion auf den internationalen Finanzmärkten zur Folge hätte.

In der aktuellen Finanzkrise wurde dann besonders deutlich, dass die herkömmlichen Schutzmechanismen nicht ausreichen. Das Risiko verbreitete sich hier nicht nur über den credit channel, sondern auch über den market channel. Das Ausmaß des systemischen Risikos wurde nicht erkannt. Die herkömmliche Bankregulierung konnte in vielen Fällen weder den Zusammenbruch von Banken verhindern, noch die damit verbundenen Auswirkungen auf das Banksystem und die Realwirtschaft hinreichend abmildern. Demgemäß wurden nicht nur neue Maßnahmen zur Bankenrettung eingeführt, sondern auch die überkommene Bankregulierung ausgebaut. Zudem werden nun auch außerhalb des Banksektors liegende systemische Risiken verstärkt in den Blick genommen, insbesondere auch die

---

[14] *Wilhelmi/Bassler*, AIFMD, a.a.O. (Fn. 12), S. 27; *Garbaravicius/Dierick*, Hedge funds and their implications for financial stability, ECB Occasional paper series (August 2005), S. 28; vgl. auch Europäische Kommission, Grünbuch, a.a.O. (Fn. 11), S. 6

[15] *Wilhelmi/Bassler*, AIFMD, a.a.O. (Fn. 12), S. 28 f.

sogenannten Schattenbanken[16]. In der aktuellen Finanzkrise ist demgemäß ein Bank Run auf Schattenbanken diagnostiziert worden[17].

III. Schattenbanken

1. Definition der Schattenbanken

Das Schattenbanksystem wird vom Financial Stability Board (FSB) als „System der Kreditvermittlung, an dem Unternehmen und Tätigkeiten außerhalb des regulären Bankensystems beteiligt sind" definiert[18]. Sein Volumen ist vor der Finanzmarktkrise von 26 Billionen US-Dollar in 2002 auf 62 Billionen US-Dollar in 2007 gestiegen, 2008 auf 59 Billionen US-Dollar gesunken und hatte 2011 aber wieder 67 Billionen US-Dollar erreicht[19]. Die Aktiva der Schattenbanken erreichen damit etwa der Hälfte der Aktiva der Banken[20]. Das System umfasst jedoch nicht nur zusätzliche Finanzierungsquellen für Fremdkapital, sondern bietet auch den Anlegern Alternativen zu Bankeinlagen, wie das Grünbuch Schattenbankwesen der EU-Kommission feststellt[21].

Zum Schattenbanksystem gehören laut Grünbuch:

> „Erstens […] Unternehmen, die außerhalb des regulären Bankensystems operieren und eine der folgenden Tätigkeiten ausüben:
>
> - Entgegennahme von Geldern mit einlageähnlichen Merkmalen,
> - Durchführung von Fristen- und/oder Liquiditätstransformation,
> - Kreditrisikotransfer und
> - Einsatz direkter oder indirekter finanzieller Hebeleffekte."
>
> Zweitens […] Tätigkeiten, die für Nichtbanken bedeutende Finanzierungsquellen darstellen könnten. Hierzu zählen Verbriefungen, Wertpapierleih- und Pensionsgeschäfte („Repos")."[22]

Pensionsgeschäfte oder Repo-Geschäfte sind dabei der Kauf oder Verkauf von Wertpapieren unter der Verpflichtung, diese zu einem späteren Zeitpunkt wieder zurück zu verkaufen oder zu kaufen, sog. Repurchase-

---

16 FSB, Shadow Banking: Scoping the Issues, A Background Note of the Financial Stability Board, 12.04.2011, S. 3 f. (http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_110412a.pdf).

17 *Gorton/Metrick*, Journal of Economic Literature 2012, 128, 132; näher für Asset Backed Commercial Paper-Programme und Conduits, Repurchase-Agreements und Geldmarktfonds *Rudolph*, zfbf 64 (2012), 846, 856, 859 u. 861 m. Fn. 35; vgl. auch *Zimmermann*, Wirtschaftsdienst 2012, 105.

18 FSB, Recommendations, 27.10.2011, a.a.O. (Fn. 13), S. 3; vgl. jetzt auch *Rehahn*, Regulierung von „Schattenbanken": Notwendigkeit und Inhalt, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht 125, April 2013, S. 10 ff..

19 FSB, Global Shadow Banking Monitoring Report 2012, 18.11.2012 (http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_121118c.pdf), S. 8.

20 ECB, Financial Stability Review June 2012, S. 10; FSB, Monitoring Report 2012, a.a.O. (Fn. 19), S. 9; vgl. auch *Bakk-Simon* u. a., Shadow Banking in the Euro Area: An Overview, ECB Occasional Paper Series 133, April 2012.

21 Europäische Kommission, Grünbuch, a.a.O. (Fn. 11), S. 2.

22 Europäische Kommission, Grünbuch, a.a.O. (Fn. 11), S. 3 f.

Agreements. Wertpapierleihgeschäft ist die darlehensweise Hingabe von Wertpapieren, also die zeitweise Übertragung von Wertpapieren mit der Abrede, dass gleiche Wertpapiere zu einem späteren Zeitpunkt zurück zu übertragen sind.

Auch wenn die Kommission damit einerseits auf Institute und andererseits auf Tätigkeiten abstellt, ist doch stets die Ausübung bankähnlicher Tätigkeiten maßgeblich. Schattenbanken sind demgemäß Finanzintermediäre, die die für die Gesamtwirtschaft wichtigen Funktionen der Fristen-, Liquiditäts-, Kredit- und Risikotransformation übernehmen, ohne Bank zu sein[23].

Dabei betrachtet das Grünbuch folgende Unternehmen als Schattenbanken:

- Geldmarktfonds, also Investmentfonds, die in liquide Geldmarktpapiere investieren, also in Schuldverschreibungen mit einer Laufzeit von regelmäßig höchstens einem Jahr,
- Investmentfonds, insbesondere Hedgefonds, die mit Fremdmitteln arbeiten, also mit einem sog. Kredithebel („Leverage"), und Kredite vergeben sowie an der Börse gehandelte Fonds, sog. Exchange Traded Fonds (ETFs),
- Finanzierungsgesellschaften und Wertpapierhäuser, die langfristige Kredite vergeben und diese nicht mit Einlagen (wie im klassischen Bankgeschäft), sondern über kurzfristige Kreditaufnahmen am Kapitalmarkt refinanzieren,
- Zweckgesellschaften von Banken, in denen diese mehrere Forderungen, etwa aus Krediten, zusammenfassen und als handelbare Wertpapiere verbriefen, sowie
- Versicherungen und Rückversicherungen, die Kreditprodukte ausgeben und garantieren.[24]

2. Sinn und Zweck der Regulierung von Schattenbanken

Laut Grünbuch komme Schattenbanken eine nützliche Rolle im Finanzsystem zu, da sie

„i) den Anlegern Alternativen zu Bankeinlagen bieten,
ii) aufgrund ihrer verstärkten Spezialisierung Mittel und Mittelbedarf wirkungsvoller zusammenführen,
iii) für die Realwirtschaft eine alternative Finanzierungsquelle darstellen, was vor allem bei einer vorübergehenden Störung des traditionellen Bankenwesens oder der traditionellen Vermarktungskanäle von Nutzen ist, und
iv) eine Möglichkeit zur Risikodiversifizierung außerhalb des Bankensystems bieten."[25]

Die EU-Kommission sieht aber auch Risiken der Schattenbanken:

---

[23] *Schaffelhuber*, GWR 2011, 488.
[24] Europäische Kommission, Grünbuch, a.a.O. (Fn. 11), S. 4.
[25] Europäische Kommission, Grünbuch, a.a.O. (Fn. 11), S. 5.

i) die Gefahr eines massiven Mittelabzugs („Run") bei einlagenähnlichen Finanzierungsstrukturen,
ii) die Akkumulierung eines hohen versteckten Fremdmittelanteils,
iii) die Umgehung von Vorschriften und Regulierungsarbitrage,
iv) ungeordnete Insolvenzen mit Auswirkungen auf das Bankensystem.[26]

Ähnlich werden Schattenbanken in der Literatur nicht nur dahingehend charakterisiert, dass sie ein öffentliches Gut bereitstellten, sondern auch, dass sie weniger reguliert seien als traditionelle Banken; wenn sie unreguliert blieben, bestehe daher die Gefahr der Regulierungsarbitrage und systemischer Risiken für das Finanzsystem[27].

Für die Regulierung sieht die EU-Kommission drei mögliche Instrumente:

i) indirekte Regulierung (Regulierung der Verbindungen zwischen dem Bankensystem und Schattenbanken),
ii) angemessene Ausweitung oder Überarbeitung der bestehenden Rechtsvorschriften und
iii) Erlass neuer, speziell für Schattenbanken und deren Tätigkeiten bestimmter Rechtsvorschriften.[28]

Im Rahmen der indirekten Regulierung geht es vor allem um die Anpassung der Eigenmittelanforderungen und der Rechnungslegungsvorschriften[29]. Bei der Ausweitung bestehender Aufsichtsvorschriften geht es vor allem um eine Überarbeitung der Finanzmarktrichtlinie (2004/39/EG). Dadurch soll die Transparenz von Nicht-Dividendenwerten erhöht werden, damit Risiken aus dem Schattenbanksystem besser erkannt werden können; zudem sollen die Interventionsbefugnisse der Aufsichtsbehörden verbessert werden, damit diese die Risiken aus dem Schattenbanksystem steuern und eindämmen können[30]. Eine direkte Regulierung sieht die EU-Kommission vor allem in der AIFM-Richtlinie und der OGAW-Richtlinie[31].

Der Regulierung des Schattenbankensystems ist das Ziel zugeschrieben worden, zu vermeiden, dass die klassischen Bankfunktionen der Kredit-, Fristen- und Liquiditätstransformation außerhalb des Banksektors stattfinde und die Regulierung der Kredit-, Fristen- und Liquiditätstransformation im Bankensektor nicht mehr greife[32]. Soweit mit Schattenbanken die gleichen Risiken verbunden seien wie mit traditionellen Banken, sollten strukturell auch die gleichen Regeln gelten[33]. Schattenbanken sollen sich zwar von den echten Banken dadurch unterscheiden, dass sie keine sekundäre Geld-

---

[26] Europäische Kommission, Grünbuch, a.a.O. (Fn. 11), S. 5 f.
[27] Schwarcz, Review of Banking & Financial Law 31 (2012), 619, 623 ff.
[28] Europäische Kommission, Grünbuch, a.a.O. (Fn. 11), S. 7.
[29] Europäische Kommission, Grünbuch, a.a.O. (Fn. 11), S. 8 f.
[30] Europäische Kommission, Grünbuch, a.a.O. (Fn. 11), S. 10.
[31] Europäische Kommission, Grünbuch, a.a.O. (Fn. 11), S. 10 f.
[32] Vgl. *Schaffelhuber*, GWR 2011, 488; vgl. auch *Poszar* u.a., Shadow Banking, Federal Reserve Bank of New York Staff Report No. 458 July 2010 (rev. February 2012), S. 4 ff.
[33] *Rudolph*, ZGR 2010, 1, 35; zurückhaltender *Rehahn*, Schattenbanken, a.a.O. (Fn. 18), S. 40 f.

schöpfung betreiben können, was gegen eine Regulierung spreche[34]; jedoch werden Forderungen gegen Schattenbanken in der Wirtschaft teilweise wie Buchgeld behandelt und begründen dann ebenfalls die Gefahr eines Runs; außerdem nehmen Schattenbanken die klassischen Bankfunktionen der Kredit-, Fristen- und Liquiditätstransformation wahr[35], was für eine Regulierung spricht.

Allerdings wird den Schattenbanken auch eine positive Funktion im Finanzsystem zugesprochen, so sollen sie etwa durch Disintermediation und Dezentralisierung die Banken umgehen und so die ökonomische Effizienz erhöhen[36]. Die Regulierung der Schattenbanken im Hinblick auf das mit ihnen verbundene systemische Risiko berge daher die Gefahr, nicht nur zu moral hazard zu führen[37], sondern auch zu Ineffizienzen[38]. Da die Regulierung der Schattenbanken jedoch vor allem an funktionsbedingte Systemrisiken anknüpft[39], spricht vieles dafür, dass ein ggf. mit den Schattenbanken verbundener Effizienzgewinn nur um den Preis erheblicher systemischer Risiken zu haben wäre, ein Preis, der angesichts der Finanzmarktkrise wohl nicht mehr gerechtfertigt ist.

Zudem erscheint es notwendig, Banken gegen Kapitalmarktrisiken abzuschirmen, da auch die Bankenkrise 2007/08 im Wesentlichen darauf beruhte, dass nicht absehbar war, inwieweit die Banken Verluste aus Kapitalmarktgeschäften erleiden würden; das Deleveraging hoch gehebelter Hedgefonds kann zu Abwertungsspiralen führen, die dann in einer Destabilisierung des Bankensystems münden; allerdings erscheint es hier angemessener, bei den Vorgaben für Banken bezüglich ihrer Anlagepolitik und die Eigenmittelunterlegung anzusetzen, wie dies in der Fortschreibung der Kapitaladäquanzrichtlinie auch geschieht[40].

Die Regulierung der Schattenbanken dient damit dazu, einerseits ein Ausweichen der überkommenen Bankfunktionen auf den Graumarkt zu unterbinden, andererseits auch den Graumarkt ausreichend zu überwachen, um potentielle Systemrisiken nicht nur rechtzeitig zu erkennen[41], sondern auch zu bekämpfen.

IV. Überkommene Regulierung der Finanzmarktakteure

Die Regulierung des Finanzmarktes hat sich in institutioneller Hinsicht bisher vor allem auf Banken und Versicherungen sowie Wertpapierfirmen bzw. Wertpapierdienstleister konzentriert und im Bereich der Anlageobjekte neben den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Richtlinien nur die klassischen Investmentfonds reguliert (OGAW bzw. MiFID). Die AIFM-Richtlinie erfasst demgegenüber nunmehr auch alle anderen Vehikel zur gemeinsamen

---

34 *Schaffelhuber*, GWR 2011, 488.
35 Vgl. auch *Schaffelhuber*, GWR 2011, 488.
36 *Schwarcz*, Review of Banking & Financial Law 31 (2012), 619, 626 ff.
37 Dazu *Rehahn*, Schattenbanken, a.a.O. (Fn. 18), S. 14 u. 41 f.
38 *Schwarcz*, Review of Banking & Financial Law 31 (2012), 619, 638 ff.
39 *Möslein*, ZBB 2013, 1, 11.
40 Vgl. auch *Schaffelhuber*, GWR 2011, 488; zur Bedeutung des Schattenbanksystems vgl. auch Deutsche Bundesbank, Finanzstabilitätsbericht 2012, S. 68 ff.
41 So *Fischer*, Kreditwesen 2012, 485.

Anlage, etwa Hedgefonds, die bisher keiner spezifischen Regulierung unterlagen. Das nunmehr vorgelegte Grünbuch Schattenbankwesen befasst sich darüber hinaus auch mit der möglichen Regulierung von Schattenbanken und ihren Aktivitäten.

1. Bankenregulierung

Ausgangspunkt der Regulierung von Finanzmarktakteuren ist die Bankenregulierung, die sich im deutschen Recht vor allem im KWG findet, das wiederum maßgeblich vom EU-Recht geprägt ist, vor allem der Bankenrichtlinie (Richtlinie 2006/48/EG) und der Kapitaladäquanzrichtlinie (Richtlinie 2006/49/EG), die auch als Capital Requirements Directives (CRD) bezeichnet werden, mit ihren Änderungen (CRD I – III)[42].

Banken – oder nach der Terminologie des Gesetzes Kreditinstitute – sind danach grundsätzlich alle Unternehmen, die gewerbsmäßig oder in einem einen kaufmännischen Geschäftsbetrieb erfordernden Umfang Bankgeschäfte betreiben (§ 1 Abs. 1 Satz 1 KWG). Zu den Bankgeschäften gehören insbesondere das Einlagengeschäft, das Kreditgeschäft und das Girogeschäft (§ 1 Abs. 1 Satz 2 KWG).

Die Banken müssen zunächst eine Reihe organisatorischer Anforderungen erfüllen. Insbesondere müssen sie ein angemessenes Risikomanagement einrichten (§ 25a KWG iVm. MaRisk; Art. 17 Bankenrichtlinie).

Die Banken unterliegen zudem Anforderungen an ihre Eigenmittel- und Liquiditätsausstattung, die auf der Bankenrichtlinie und der Kapitaladäquanzrichtlinie beruhen. Danach sind Adressausfallrisiken, Marktpreisrisiken und operationelle Risiken durch Eigenmittel zu unterlegen (§ 10 KWG). Zudem muss jederzeit eine ausreichende Liquidität gewährleistet sein (§ 11 KWG). Die Anforderungen an die Eigenmittelunterlegung und die Liquidität werden durch die Solvabilitätsverordnung und die Liquiditätsverordnung konkretisiert. Sie führen zu einer Begrenzung der Risiken, die eine Bank eingehen kann. Insbesondere die Anforderungen an die Eigenmittelausstattung sind in Reaktion auf die Finanzkrise durch Basel III deutlich verstärkt worden.

Für die Banken bestehen ferner umfangreiche Informationspflichten gegenüber den Aufsichtsbehörden, also der BaFin und der Deutschen Bundesbank. So bestehen weitreichende Anzeigepflichten bezüglicher besonderer Ereignisse (§ 24 KWG) und es sind monatlich eine Bilanzstatistik und jährlich die Jahresabschlüsse einzureichen (nach § 25 bzw. § 26 KWG). Zudem besteht die Pflicht, monatlich Kennziffern über die Eigenmittelausstattung und die Liquiditätslage zu melden (§ 10 KWG iVm. der Solvabilitätsverordnung und § 11 KWG iVm. der Liquiditätsverordnung). Darüber hinaus sind etwa Großkredite, die mindestens 10% des haftenden Eigenkapitals erreichen, der Bundesbank zu melden (§§ 13 ff. KWG), ebenso Millionenkredite (§ 14 KWG). Auch besteht eine Pflicht zur regelmäßigen Veröffentlichung von qualitativen und quantitativen Informationen über das

[42] Vgl. zur Regulierung von Banken jüngst auch *Rehahn*, Schattenbanken, a.a.O. (Fn. 18), S. 10 ff.

Eigenkapital, die eingegangenen Risiken und das Risikomanagementverfahren der Banken (§ 26a KWG).

Weiter sieht das KWG umfangreiche Einflussmöglichkeiten der Aufsichtsbehörden auf die Geschäftsführung der Kreditinstitute vor. Insbesondere bedarf das Betreiben von Bankgeschäften einer Erlaubnis (§ 32 KWG), die erlöschen oder aufgehoben werden kann (§ 35 KWG). Ferner können Geschäftsleiter abberufen werden (§ 36 KWG), Sonderbeauftragte bestellt werden (§ 45c KWG) und Maßnahmen zur Verbesserung der Eigenmittelausstattung und der Liquidität sowie zur Abstellung organisatorischer Mängel angeordnet werden (§ 45 und § 45b KWG).

Den Aufsichtsbehörden ist schließlich das Insolvenzantragsrecht vorbehalten (§ 46b KWG). Bei Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems kann statt der Insolvenz auch die Rettung des Geschäftsbetriebs der Bank durch die Übertragung des Vermögens des Kreditinstituts einschließlich seiner Verbindlichkeiten auf einen anderen Rechtsträger angeordnet werden (§§ 48a ff. KWG).

2. Regulierung der klassischen Investmentfonds

Einer Regulierung unterliegen auch die klassischen Investmentfonds oder Investmentgesellschaften, die als offenes Investmentvehikel zum öffentlichen Vertrieb auch an Kleinanleger bestimmt sind. Für sie statuiert die sog. OGAW-Richtlinie (Richtlinie 2009/65/EG), die durch das InvG umgesetzt wird, Mindestregelungen für ihre Zulassung, Aufsicht, Struktur und Geschäftstätigkeit sowie hinsichtlich der zu veröffentlichenden Informationen.

So bestehen eine Zulassungspflicht (Art. 5, 27 OGAW-RL) und bestimmte Wohlverhaltenspflichten bei der Tätigkeit der Investmentvehikel (Art. 14 OGAW-RL). Insbesondere sind die Vehikel auf bestimmte Anlagearten beschränkt (Art. 50 OGAW-Richtlinie) und die Verwaltungs- und Investmentgesellschaften müssen über ein angemessenes Risikomanagement verfügen (Art. 51 OGAW-Richtlinie). Außerdem ist die Kreditaufnahme grundsätzlich verboten (Art. 83 OGAW-Richtlinie). Schließlich besteht eine Pflicht zur Veröffentlichung des Prospekts und periodischer Berichte gegenüber Anlegern und Aufsichtsbehörden (Art. 68 ff. OGAW-RL).

3. Regulierung der Wertpapierdienstleister

Die Finanzmarkt-Richtlinie „MiFID“ sieht für Wertpapierdienstleister ebenfalls eine Zulassungspflicht vor (Art. 5 MiFID), die insbesondere eine Anfangskapitalausstattung erfordert (Art. 12 MiFID iVm CRD). Auch statuiert sie organisatorische Anforderungen, insbesondere interne Kotrollmechanismen und effiziente Verfahren zur Risikobewertung (Art. 13 MiFID) und enthält Meldepflichten über getätigte Geschäfte (Art. 25 MiFID).

Die Bankenregulierung dient zweifellos auch der Erkennung und Vermeidung systemischer Risiken. Dies ist bei der Regulierung der klassischen Investmentfonds und der Wertpapierdienstleister nicht ohne Weiteres der Fall. Allerdings bewirken dort verschiedene Regelungen faktisch ebenfalls eine Regulierung systemischer Risiken. So wirken die or-

ganisatorischen, ein Risikomanagementsystem umfassenden Anforderungen zweifellos auch auf eine Vermeidung von systemischen Risiken hin[43]. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Finanzmarktkrise gerade auch auf ein Versagen des Risikomanagements zurückgeführt wird[44]. Zudem tragen auch die Meldepflichten der MiFID über getätigte Geschäfte zur Erkennung systemischer Risiken bei.

V. Regulierung alternativer Investmentfonds durch die AIFM-Richtlinie

Zum Teil wird bereits die AIFM-Richtlinie als Regulierung des Schattenbanksystems begriffen[45].

AIF sind dabei alternative Investmentfonds, also Organismen zur gemeinsamen Anlage, die von Anlegern Kapital einsammeln, um es nach einer festgelegten Anlagestrategie zum Nutzen der Anleger zu investieren, und dabei aber keine klassischen Investmentfonds sind (Art. 4 Abs. 1 lit. a AIFM-Richtlinie). Dazu zählen insbesondere auch die berühmt-berüchtigten Hedgefonds.

Bei den AIF ist zwar umstritten, inwieweit sie zur Finanzmarktkrise von 2007/08 beigetragen haben, jedoch lässt sich nicht leugnen, dass sie diese zumindest verstärkt haben und – wie der LTCM-Fall zeigt – wohl auch auslösen können, dass mit ihnen also systemische Risiken verbunden sein können[46]. Diese systemischen Risiken resultieren insbesondere daraus, dass AIF Leveraging betreiben, also einen Kredithebel nutzen können. Darunter versteht man den erheblichen Einsatz von Fremdkapital. Dieser führt im Erfolgsfall zu größeren Gewinnen, bei Misserfolg aber nicht nur zu größeren Verlusten, sondern regelmäßig auch zum Deleveraging, also dem Zwang, erhebliche Vermögenswerte zu verkaufen, um die Kredite zu bedienen bzw. zu besichern. Ist der AIF groß genug oder verfolgen mehrere AIF eine parallele Anlagestrategie, hat das Deleveraging sinkende Marktpreise zur Folge, die zu neuen Verlusten führen, die wiederum zu weiterem Deleveraging zwingen. Es entsteht also eine Abwärtsspirale bzw. ein Teufelskreis.

Die AIFM-Richtlinie reguliert nun nicht die AIF, da diese regelmäßig „offshore“ – also außerhalb der EU – angesiedelt sind, sondern deren Manager, die in aller Regel in der EU tätig sind. Sie unterwirft die AIFM zunächst einer Zulassungspflicht und verschiedenen Informationspflichten, um systemische Risiken und Leverage zu erfassen. Weiter statuiert sie verschiedene Organisationspflichten für die AIF, insbesondere die Pflicht zur Einrichtung eines angemessenen Risikomanagements. Schließlich können die AIF Beschränkungen hinsichtlich der von ihnen eingesetzten Kredithebel auferlegt werden[47].

---

43 Vgl. *Wilhelmi/Bassler*, AIFMD, a.a.O. (Fn. 12), S. 38.
44 Vgl. *Wilhelmi/Bassler*, AIFMD, a.a.O. (Fn. 12), S. 36.
45 So etwa *Schaffelhuber*, GWR 2011, 488.
46 *Wilhelmi/Bassler*, AIFMD, a.a.O. (Fn. 12), S. 28 f.
47 *Wilhelmi/Bassler*, AIFMD, a.a.O. (Fn. 12), S. 34.

VI. Geplante EU-Regulierung der Schattenbanken

Explizit der Regulierung von Schattenbanken soll die neue Initiative der EU-Kommission dienen, zu der bisher das Grünbuch Schattenbanken vorliegt. Dabei unterscheidet das Financial Stability Board (FSB) vier verschiedene Regulierungsansätze:

1. indirekte Regulierung der Beziehungen zwischen den Banken und den Schattenbanken,
2. die direkte Regulierung von Schattenbanken als Institutionen,
3. die direkte Regulierung der Schattenbankentätigkeiten und
4. allgemeine makroprudentielle Maßnahmen, also solche, die auf den gesamten Finanzmarkt abzielen.[48]

Das Grünbuch enthält dementsprechend insbesondere erste Überlegungen zur Erfassung des Risikotransfers zwischen Banken und Schattenbanken im Rahmen der Bankenregulierung, zur Regulierung der Vermögensverwaltung, um die Risiken von Exchange Traded Funds und Geldmarktfonds zu erfassen, und zur Erfassung von Wertpapierleih- und Pensionsgeschäften, um die damit verbundene Möglichkeit des Leverage zu regulieren[49].

VII. Bewertung

Nach diesem Überblick soll eine Bewertung der Regulierung der systemischen Risiken von Schattenbanken durch die AIFM-Richtlinie versucht werden. Dabei fällt zunächst auf, dass die Regulierung durch die AIFM-Richtlinie offensichtlich unvollständig ist, wie das Grünbuch Schattenbanken der EU Kommission zeigt.

Allerdings ermöglicht es die AIFM-Richtlinie durch die darin enthaltenen umfassenden Informationspflichten gegenüber den Aufsichtsbehörden, systemische Risiken auch mit Bezug zum bisher unregulierten Markt zu erfassen. Sie dient also dem Erkennen systemischer Risiken. Jedoch bleiben insoweit Lücken. Denn die AIFM-Richtlinie erfasst nur Schattenbanken, die Organismen zur gemeinsamen Vermögensanlage sind, und auch dort nur diejenigen, die keine klassischen Investmentfonds sind. Demgemäß werden etwa Finanzierungsgesellschaften und Wertpapierhäuser, die langfristige Kredite vergeben und diese anders als Banken nicht mit Einlagen, sondern über kurzfristige Kreditaufnahmen am Kapitalmarkt refinanzieren, oder Zweckgesellschaften von Banken zur Verbriefung mehrerer (Kredit-)Forderungen, aber auch Versicherungen, die Kreditprodukte ausgeben und garantieren[50], durch die AIFM-Richtlinie nicht erfasst.

Der Verhinderung systemischer Risiken dienen vor allem die Organisationsvorschriften einschließlich der Pflicht zu einem angemessenen Risikomanagement und die Beschränkung der Hebelwirkung. Allerdings erscheint hinsichtlich des Kreditkanals eine Regulierung über die Banken

---

48 FSB, Recommendations, 27.10.2011, a.a.O. (Fn. 13), S. 4 f.

49 Europäische Kommission, Grünbuch, a.a.O. (Fn. 11), S. 13 f.; vgl. jetzt auch *Rehahn*, Schattenbanken, a.a.O. (Fn. 18), S. 35 ff.

50 Vgl. Europäische Kommission, Grünbuch, a.a.O. (Fn. 11), S. 4.

sinnvoller[51], insbesondere über die Berücksichtigung des Kreditrisikos von AIF und Schattenbanken im Rahmen von Basel III[52]. Jedoch wirken sich die mit einem übergroßen Kredithebel verbundenen Risiken auch über den Marktkanal auf die Banken aus, so dass auf eine direkte Regulierung nicht verzichtet werden kann[53]. Es fällt jedoch auf, dass die Bekämpfung systemischer Risiken jenseits des Leverage nur verhältnismäßig vage adressiert wird, indem die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung lediglich eine entsprechende Generalklausel vorsehen müssen[54].

Was fehlt, sind spezielle Regelungen für AIF, die in der Krise greifen, entsprechend denjenigen zur Bankenrettung. Zwar ist die gesamtwirtschaftliche Bedeutung des Banksektors und systemrelevanter Banken deutlich größer als die der AIF. Trotzdem ist in der Vergangenheit mit LTCM auch ein großer Hedgefonds gerettet worden, um zu verhindern, dass sich seine Krise zu einer allgemeinen Finanzkrise ausweitet. Derartige Rettungsaktionen sind im gegenwärtigen Regulierungsdesign nicht vorgesehen. Hier wird nur an die Banken direkt angeknüpft, was unter Umständen deutlich aufwendiger ist.

Die Schattenbank-Initiative sieht zum Teil ähnliche Pflichten vor wie die AIFM-Richtlinie AIFMD. Zum Teil werden aber auch andere Pflichten aufgenommen, weil es hier darum geht, diejenigen Institutionen zu regulieren, die bankähnlich agieren und damit Funktionen der Banken übernommen haben, die aufgrund ihrer gesamtwirtschaftlichen Bedeutung dort einem besonderen Schutz durch die Bankenregulierung unterworfen sind. So wird sichergestellt, dass die Funktion auch dann geschützt wird, wenn sie durch Nichtbanken ausgeübt wird.

Die AIFM-Richtlinie versucht nun, die außerhalb des Banksektors liegenden systemischen Risiken des Finanzmarktes besser zu erfassen. Sie trägt damit der Erkenntnis Rechnung, dass systemische Risiken nicht nur aus dem überkommenen Bankgeschäft resultieren, sondern auch an anderen Stellen des Finanzmarktes entstehen können, und dass die Bedeutung des Kapitalmarkts für die Kapitalanlage und Finanzierung gegenüber dem Banksektor steigt.

Demgegenüber setzt die geplante Schattenbanken-Regulierung stärker an den mit dem überkommenen Bankgeschäft verbundenen Risiken an. Sie reguliert auch Institute, die zwar keine Banken sind, aber bestimmte Geschäfte betreiben, die typischerweise Gegenstand der Tätigkeit von Banken sind und dort von deren Regulierung umfasst werden. Dabei geht es auch um die direkte Regulierung entsprechender Geschäfte, etwa Verbriefungen sowie Wertpapieranleihen und Repo-Transaktionen[55], auch wenn dies noch unter

---

[51] Zu bereits ergriffenen Reformschritten jetzt auch *Rehahn*, Schattenbanken, a.a.O. (Fn. 18), S. 26 ff.

[52] Vgl. etwa FSB, Strengthening Oversight and Regulation of Shadow Banking: An Integrated Overview of Policy Recommendations, 18.11.2012, S. 5 f.

[53] Vgl. etwa FSB, Integrated Overview, 18.11.2012, a.a.O. (Fn. 51), S. 6 ff.

[54] *Wilhelmi/Bassler*, AIFMD, a.a.O. (Fn. 12), S. 37.

[55] Vgl. etwa FSB, Integrated Overview, 18.11.2012, a.a.O. (Fn. 51), S. 10 ff.; *Möslein*, ZBB 2013, 1, 11.

den offenen Fragen geführt wird[56]. Nichtsdestotrotz reagiert die Schattenbanken-Regulierung damit auf die Verlagerung derartiger Geschäfte aus dem Banksektor in den allgemeinen Finanzmarkt. Diese Verlagerung wiederum ist auch eine Reaktion auf den zunehmenden Regulierungsdruck auf die Banken und damit gleichfalls eine Folge der unmittelbar auf die Finanzkrise reagierenden Maßnahmen. Denn die verstärkte Bankenregulierung verlagert Geschäfte von den Banken zu den Schattenbanken, bei denen ebenfalls systemische Risiken bestehen[57]. Sie reagiert letztendlich auf Lücken in der herkömmlichen Bankregulierung, die mit deren Aufgreifkriterien zusammenhängt.

VIII. Fazit

Die Regulierung von Schattenbanken ist mit erheblichen direkten Kosten und darüber hinaus mit Opportunitätskosten verbunden. Sie stellt einen Eingriff in die Gewerbefreiheit dar, deren Rechtmäßigkeit in Frage gestellt wird[58]. Trotzdem erscheint sie auf der Basis des aktuellen Erkenntnisstands insbesondere der Wirtschaftswissenschaften prima facie sinnvoll und gerechtfertigt.

Die Informationspflichten stellen einerseits einen vergleichsweise geringfügigen Eingriff dar und sind andererseits notwendig, um systemische Risiken und damit Krisen oder die Gefahr einer solchen zu erkennen. Die Einschränkung der Tätigkeit der Schattenbanken oder der mit ihnen verbundenen Banken beruht auf einem differenzierten Regulierungsansatz. Sie dient der Krisenvermeidung und erscheint angesichts der mit den systemischen Risiken verbundenen Gefahren für Dritte und die Allgemeinheit ebenfalls gerechtfertigt. Dasselbe gilt für die organisatorischen Anforderungen. Allerdings fällt auf, dass die diesbezüglichen Befugnisse der Aufsichtsbehörden häufig etwas vage formuliert sind.

Die Regelungen zum Management einer eingetretenen Krise erscheinen demgegenüber unvollständig. Zwar sind Regelungen zur Rettung von Banken zumindest in Deutschland und weiteren Staaten existent und auf EU-Ebene im Entwurfsstadium. Auch wird über die Notwendigkeit angemessener Abwicklungsregelungen für Schattenbanken nachgedacht. Für Fonds – seien es OGAW oder AIF – fehlt es hingegen an derartigen Regelungen oder Überlegungen dazu. Das überrascht nicht nur aus einer systematischen Perspektive, sondern insbesondere auch angesichts der im Fall LTCM notwendig gewordenen Rettungsaktion.

Betrachtet man das Regelungsdesign, so bleibt festzuhalten, dass die Regelungen des Schattenbankwesens zumindest auf europäischer Ebene auf vier verschiedene Rechtsakte verteilt sind, die OGAW-Richtlinie, die Finanzmarktrichtlinie, die AIFM-Richtlinie und den noch zu erlassenden Rechtsakt zur Regulierung der Schattenbanken. Insgesamt ähnelt die Regulierung der Schattenbanken damit eher einem Flickenteppich, der einerseits etliche

---

[56] Europäische Kommission, Grünbuch, a.a.O. (Fn. 11), S. 14.
[57] Europäische Kommission, Grünbuch, a.a.O. (Fn. 11), S. 3.
[58] So etwa *Schaffelhuber*, GWR 2011, 488.

Überlappungen der Regelungsbereiche enthält, andererseits aber auch Lücken.

Alles in allem lässt sich aber sagen, dass sich die Regulierung der Schattenbanken den zentralen Aufgaben der Bewältigung von Katastrophen bzw. Krisen stellt, diese bzw. die entsprechenden Gefahren zu erkennen, ihr Eintreten zu verhindern und sie bei ihrem Eintritt zu bekämpfen – auch wenn der letzte Punkt sicher noch ausbaufähig ist.

Katastrophenanleihen (Cat-Bonds)

Jens Koch/Marie-Isabel Klett, Konstanz

I. Einleitung

1. Die Versicherung als herkömmliches Instrument des Risikotransfers

Wer einen Schaden erleidet, der versucht üblicherweise, einen Ausgleich dafür zu erlangen. Diesen Ausgleich erhält er nach den Regeln des BGB über das Schadensersatzrecht. Danach kann derjenige, der durch das rechtswidrige Verhalten eines anderen einen Schaden an bestimmten Rechtsgütern erlitten hat, von diesem Schadensersatz verlangen. Dieses gesetzliche Ausgleichsmodell versagt jedoch, wenn der Schaden so hoch ist, dass der Schädiger zur Regulierung nicht in der Lage ist, oder wenn von vornherein kein verantwortlicher Schädiger identifiziert werden kann. Diese beiden Umstände sind für die Schadenstypen, die Gegenstand dieser Tagung sind, die Katastrophen, geradezu charakteristisch. In der Regel – wie etwa bei Naturkatastrophen – wird die Verantwortung schon einem bestimmten Schädiger nicht zugewiesen werden können. Ist das ausnahmsweise doch der Fall, so wird der Verursacher oftmals kaum in der Lage sein, sämtliche Schäden zu regulieren.

Gerade unternehmerische Akteure, die aufgrund der Besonderheiten ihres Geschäftsmodells besonders risikoanfällig sind, müssen diesem erwarteten Versagen des gesetzlichen Ausgleichsmodells durch präventive Gestaltungen Rechnung tragen, indem sie sich anderweitig gegen ein solches Risiko absichern. Das klassische Modell für eine solche Absicherung ist eine Versicherung. Deren Grundprinzip ist einfach: Das Risiko eines Schadenseintritts wird durch Zahlung von Versicherungsraten auf einen Versicherungsgeber abgewälzt. Das Kollektiv der Versicherungsnehmer gleicht durch die Beitragszahlungen die Schäden Einzelner aus und verteilt so das Risiko. Die Höhe der von den Einzelnen zu leistenden Beitragszahlungen richtet sich danach, wie wahrscheinlich der Eintritt und wie groß das Ausmaß des versicherten Schadens sind.

Bei der Versicherung von Katastrophen stößt aber auch dieses Instrument der Risikoverteilung an seine Grenzen. Es funktioniert nämlich nur, solange der Schaden lediglich bei einigen Versicherungsnehmern eintritt und die Gesamtheit der Schäden die Summe der Versicherungsprämien nicht übersteigt. Bei Katastrophen tritt eine Vielzahl erheblicher Schäden kumulativ auf; der Schadensumfang ist oftmals kaum überschaubar. Da sich Katastrophen zudem nicht vorhersehen lassen, ist eine Risikokalkulation nahezu unmöglich. Den Versicherungsunternehmen bliebe damit nur die

Möglichkeit, die Prämien ausgesprochen hoch anzusetzen, um sich gegen die eigene Insolvenz infolge von Großschadensereignissen abzusichern. Das würde die Versicherungen für Versicherungsnehmer aber unattraktiv machen und deshalb vom Markt nicht angenommen. Die Konsequenz ist, dass die Versicherungsunternehmen zumeist keine Versicherungen von Katastrophenrisiken anbieten.

2. Korrekturen innerhalb des Versicherungsmodells

Ein Instrument, um die Tragfähigkeit des oben geschilderten Versicherungsmodells auszudehnen, liegt in der Risikoübertragung auf andere Versicherungsunternehmen. Schon früh haben sich zu diesem Zweck Mitversicherungs- und Rückversicherungsmodelle herausgebildet. Bei der Mitversicherung schließen sich mehrere Versicherungen zusammen, um ein Versicherungsrisiko gemeinsam zu decken. Im Schadensfall wird die zu zahlende Versicherungssumme unter den Versicherern aufgeteilt.[1] So verringert sich das Risiko für jeden einzelnen Versicherer. Bei der Rückversicherung tritt das sog. Erstversicherungsunternehmen als Versicherungsnehmer auf und sichert sich bei einem Rückversicherungsunternehmen gegen bestimmte Risiken ab.[2] Dieses Modell sorgt zwar für einen Schutz des Erstversicherers; bei genauerer Betrachtung erkennt man jedoch, dass die Risiken lediglich auf ein anderes Versicherungsunternehmen verlagert werden. Dessen Kapazitäten sind aber ebenfalls beschränkt. Das Problem der Großschadensrisiken wird also letztlich nur weitergeschoben. Diese traditionellen Risikotransfermodelle der Mit- und Rückversicherung erweitern die Kapazitäten des Versicherungsmarktes daher nicht immer hinreichend und können bei Katastrophenrisiken an ihre Grenzen stoßen.

3. Alternative Risikotransfermodelle

Bereits Anfang der 90er Jahre wurden deshalb – als Reaktion auf die großen Versicherungsschäden durch Hurricane Andrew[3] und das Erdbeben von Kobe – alternative Risikotransfermodelle entwickelt, um auch diese sog. Spitzenrisiken absichern zu können. Von besonderer Bedeutung sind insofern Finanzprodukte, die es ermöglichen, die Versicherungsrisiken auf den Kapitalmarkt zu transferieren. Grundgedanke ist dabei folgender: Die Kapitalmärkte sind wegen ihrer außerordentlichen Kapazitäten wesentlich leistungsfähiger und belastbarer als der Versicherungsmarkt selbst. Zudem führt die Vielzahl von Investoren zu einer breiten Risikostreuung.[4] Deshalb ist der Kapitalmarkt auch dazu geeignet, Katastrophenrisiken zu übernehmen. Hierzu werden traditionelle Kapitalmarktprodukte an die Erfordernisse des Versicherungsmarktes angepasst.[5] Spitzenrisiken, die auf herkömmliche

---

1 *Haubner*, Grenzen der Versicherbarkeit (Im Internet abrufbar unter: http://fzk.rewi.hu-berlin.de/doc/sammelband/Grenzen_der_Versicherbarkeit.pdf), S. 6.

2 *Armbrüster*, KritV 2005, 318, 326.

3 *Greiser*, Die Verbriefung von Versicherungsrisiken, 2010, S. 116 mit Fn. 499.

4 *Täumer*, Katastrophenanleihen, Grundlagen und Fragen des Aufsichtsrechts, 2011, S. 33.

5 *Schaloske*, Das Recht der sogenannten offenen Mitversicherung, 2007, S. 17, *Haubner*, Grenzen der Versicherbarkeit (Im Internet abrufbar unter: http://fzk.rewi.hu-berlin.de/doc/sammelband/Grenzen_der_Versicherbarkeit.pdf), S. 6.

Weise nur schwer versicherbar sind, werden dadurch finanzierbar.[6] Mittlerweile finden sich viele verschiedene solcher alternativen Versicherungsprodukte, die fortlaufend verbessert und weiterentwickelt werden. Die Gestaltungsmöglichkeiten sind nahezu unbegrenzt und dementsprechend ist auch die Produktpalette kaum mehr überschaubar.

II. Die Katastrophenanleihe

1. Grundkonzeption

Im Folgenden soll eines der erfolgreichsten Modelle des alternativen Risikotransfers näher vorgestellt werden: die Katastrophenanleihe, auch bekannt als Cat-Bonds oder Act-of-God-Bonds. Sie zählen zu den Versicherungsanleihen (und sind Teil der sog. Insurance Linked Securities). Im Kern handelt es sich um normale Anleihepapiere, die an die Bedürfnisse des Versicherungsmarktes angepasst wurden.[7] Anleihen sind in ihrem kapitalmarktrechtlichen Grundmodell eine Form der Kapitalbeschaffung. Die Anleger überlassen ihr Kapital für eine vorher bestimmte Laufzeit einem Unternehmen, um dessen Kapitalbedarf zu decken. Als Gegenleistung erhalten sie eine Vergütung in Form von Zinsen. Die Rückzahlung des Kapitals und die Zinszahlung hängen daher grundsätzlich allein von der Laufzeit und der Solvenz des Emittenten ab.[8]

Das Charakteristikum von Katastrophenanleihen liegt darin, dass dieses herkömmliche Anleihemodell mit versicherungsspezifischen Risiken verknüpft wird, indem die Höhe der Zins- bzw. der Rückzahlung zusätzlich davon abhängig gemacht wird, ob ein zuvor definierter Katastrophenfall eintritt, der sogenannte trigger-event. Die Zahlungsansprüche des Investors werden also unter die auflösende Bedingung des Schadenseintritts gestellt. Das Risiko wird dadurch an die Investoren weitergegeben.[9] Tritt der Schadensfall ein, können diese – je nach Ausgestaltung – teilweise oder ggf. auch vollumfänglich ihren Rückzahlungs- und/oder Zinsanspruch[10] verlieren. Das Kapital verbleibt dann bei den Versicherungsunternehmen. Sie können es nutzen, um die katastrophenbedingten Schäden der Versicherungsnehmer zu decken. Die Investoren lassen sich dieses zusätzliche Ausfallrisiko durch Risikozuschläge vergüten.

Für die Versicherungsunternehmen ist dieses Modell schon allein deshalb attraktiv, weil der Kapitalzufluss durch Emissionserlöse schon vor Eintritt der Katastrophe erfolgt. Anders als bei einer bloßen Rückversicherung befindet sich das im Katastrophenfall zur Schadenskompensation benötigte Kapital schon vorab beim Versicherungsunternehmen und muss nicht erst noch von einem Rückversicherer bereit gestellt werden[11]. Es kommt also nicht

---

6 *Schaloske*, Das Recht der sogenannten offenen Mitversicherung, 2007, S.18.

7 *Täumer*, Katastrophenanleihen, Grundlagen und Fragen des Aufsichtsrechts, 2011, S. 49 f.

8 *Täumer*, Katastrophenanleihen, Grundlagen und Fragen des Aufsichtsrechts, 2011, S. 47.

9 *Greiser*, Die Verbriefung von Versicherungsrisiken, 2010, S. 89.

10 Zur Bedeutung der Katastrophenanleihen außerhalb des Versicherungssektors, siehe *Täumer*, Katastrophenanleihen, Grundlagen und Fragen des Aufsichtsrechts, 2011, S. 49.

11 *Täumer,* Katastrophenanleihen, Grundlagen und Fragen des Aufsichtsrechts, 2011, S. 48.

zu Liquiditätsengpässen, etwa weil der Rückversicherungsschutz infolge mangelnder Finanzreserven des Rückversicherers ausfällt;[12] dieses Ausfallrisiko ist gerade beim Transfer von Katastrophenrisiken besonders hoch.[13] Ein weiterer Vorzug ist der stabile Preis. Während Verträge mit Rückversicherern meist schon nach kurzer Zeit (meist ein Jahr) neu verhandelt werden müssen, beträgt die Laufzeit von Katastrophenanleihen im Durchschnitt vier Jahre. Dadurch sind Cat-Bonds den Marktschwankungen nicht so sehr ausgesetzt und eröffnen eine bessere Planungssicherheit. Die Versicherungsunternehmen können die Preisrisiken also diversifizieren, indem sie kurz- und langfristige Risikotransfermodelle miteinander kombinieren.[14]

Aber auch für Investoren sind Katastrophenanleihen attraktiv. Sie bringen nicht nur hohe Renditen[15] bei geringer Volatilität.[16] Sie korrelieren darüber hinaus kaum mit anderen Kapitalmarktrisiken oder untereinander.[17] Denn der Eintritt einer Katastrophe ist von sonstigen, den Kapitalmarkt beeinflussenden Faktoren unabhängig[18]. Cat-Bonds eignen sich daher bestens dazu, das Portfolio zu diversifizieren, und verhelfen zu einer besseren Risikostreuung[19]. Auch scheint das Risiko für den Investor kalkulierbar zu sein, weil der Erfolg der Investition lediglich vom Eintritt der Katastrophe abhängt. So können anhand von Statistiken und Daten zur Katastrophenwahrscheinlichkeit eigene Prognosen erstellt werden.

2. Emission einer Katastrophenanleihe

Hat ein Marktteilnehmer sich angesichts dieser Vorzüge für eine Katastrophenanleihe entschieden, muss er sich mit dem Emissionsablauf auseinandersetzen. Veranlasst wird die Emission von Cat-Bonds hauptsächlich von Versicherungsunternehmen und Rückversicherungsunternehmen selbst. Cat-Bonds sind aber nicht allein der Versicherungsbranche vorbehalten; auch Nicht-Versicherungsunternehmen können mithilfe von Katastrophenanleihen eigene Risiken auf den Kapitalmarkt transferieren. So gab Disneyland Tokyo 1999 eine Katastrophenanleihe aus, um sich gegen Erdbebenrisiken abzusichern.[20] Derzeit wird diese Form des Risikotransfers von Nicht-Versicherungsunternehmen jedoch kaum genutzt, weil die

---

12 *Täumer,* Katastrophenanleihen, Grundlagen und Fragen des Aufsichtsrechts, 2011, S. 65.

13 *Nguyen*, Vorteilhaftigkeitsanalyse von Katastrophenbonds versus traditionelle Rückversicherung, S. 3, 4.

14 Swiss RE, Sigma 2006 Nr. 7, S. 27, 28.

15 Swiss RE, Sigma 2006 Nr. 7, S. 26; *Nguyen*, Vorteilhaftigkeitsanalyse unterschiedlicher Finanzierungsformen des Gesundheitssystems auf das Arbeitsangebot, S. 2.

16 *Müller*, VW 2012, 223.

17 *Schaloske*, Das Recht der sogenannten offenen Mitversicherung, 2007, S.18; *Müller*, VW 2012, 223.

18 *Schaal*, Risikotransfer durch Katastrophenanleihen, Eine rechtsvergleichende Untersuchung der aufsichtsrechtlichen Vorgaben für die Verbriefung von Versicherungsrisiken in der Schweiz, der Europäischen Union und in Deutschland, 2010, S. 38.

19 *Haubner*, Grenzen der Versicherbarkeit (Im Internet abrufbar unter: http://fzk.rewi.huberlin.de/doc/sammelband/Grenzen_der_Versicherbarkeit.pdf), S. 6.

20 *Richter*, Moderne Finanzinstrumente im Rahmen der Katastrophen-Risk-Managements: Basisrisiko versus Ausfallrisiko, 2001, S. 5.

Emission einer Katastrophenanleihe wegen der Komplexität der Materie sehr aufwändig und mit hohen Kosten verbunden ist.[21]

Die Anleihe muss aber nicht durch die Versicherungsunternehmen selbst emittiert werden. Emittent kann auch eine eigens hierfür geschaffene Zweckgesellschaft sein, ein sog. Special Purpose Vehicle (SPV).[22] Vereinfacht dargestellt funktioniert eine solche als Sekundäremission bezeichnete Durchführung auf folgende Weise:[23] Die Zweckgesellschaft schließt mit dem transferierenden Versicherungsunternehmen einen Rückversicherungsvertrag.[24] Gleichzeitig gibt sie die Katastrophenanleihe aus. Das bei dieser Emission erzielte Kapital investiert sie in risikoarme, festverzinsliche Wertpapiere.[25] Als Rückversicherer erhält das SPV vom Versicherungsunternehmen eine Versicherungsprämie. Zusätzlich bekommt es Zinsen für die investierten Emissionserlöse. Mithilfe dieser zwei Einnahmequellen kann das SPV die Zinsen für die Cat-Bond-Investoren aufbringen.

Das Vorgehen über eine Zweckgesellschaft hat den Vorteil, dass man hierdurch eine bessere Bewertung der Anleihen durch die Ratingagenturen erzielt. Anders als bei einer Direkt-Emission durch den Versicherer selbst ist der Investor bei der Zwischenschaltung einer Zweckgesellschaft nämlich nur dem sehr geringen Insolvenzrisiko des SPVs ausgesetzt, er trägt aber nicht das Ausfallrisiko des Versicherungsunternehmens, das wesentlich höher ist.[26] Außerdem verschlechtert eine Primär-Emission die Bewertung des Versicherungsunternehmens, weil Anleihen als Fremdkapital gewertet werden und sich deshalb negativ auf das Rating auswirken.[27] Schließlich stellen Direkt-Emissionen die Versicherungsunternehmen vor zusätzliche Probleme. Weil Cat-Bonds grundsätzlich als Gewinnschuldverschreibungen eingeordnet werden,[28] kann die Emission nämlich nur erfolgen, wenn die Hauptversammlung zugestimmt hat und den Aktionären Bezugsrechte eingeräumt wurden (§ 221 AktG).[29] Initiatoren einer Cat-Bond-Emission sind damit zwar meist Versicherungs- und Rückversicherungsunternehmen, als Emittent ist aber fast immer eine Zweckgesellschaft zwischengeschaltet.

---

21 *Kamberger/ Nguyen*, Anreizwirkungen unterschiedlicher Finanzierungsformen des Gesundheitssystems auf das Arbeitsangebot, S. 6, 7; Zu den Gründen für die hohen Kosten siehe: *Nguyen*, Vorteilhaftigkeitsanalyse von Katastrophenbonds versus traditionelle Rückversicherung, S. 7 ff.

22 *Kamberger/ Nguyen*, Anreizwirkungen unterschiedlicher Finanzierungsformen des Gesundheitssystems auf das Arbeitsangebot, S. 10.

23 Zum Ablauf einer Sekundär-Emission sieh: *Haubner*, Grenzen der Versicherbarkeit (Im Internet abrufbar unter: http://fzk.rewi.hu-berlin.de/doc/sammelband/Grenzen_der_Versicherbarkeit.pdf), S. 6 f. Eine ausführliche Beschreibung findet sich auch bei: *Greiser*, Die Verbriefung von Versicherungsrisiken, 2010, S. 142.

24 *Kamberger/ Nguyen*, Anreizwirkungen unterschiedlicher Finanzierungsformen des Gesundheitssystems auf das Arbeitsangebot, S. 11.

25 *Täumer*, Katastrophenanleihen, Grundlagen und Fragen des Aufsichtsrechts, 2011, S. 52.

26 *Greiser*, Die Verbriefung von Versicherungsrisiken, 2010, S. 142.

27 *Täumer*, Katastrophenanleihen, Grundlagen und Fragen des Aufsichtsrechts, 2011, S. 52.

28 Ausführlich zur Problematik der wertpapierrechtlichen Einordnung von Cat-Bonds: *Kamberger/ Nguyen*, Anreizwirkungen unterschiedlicher Finanzierungsformen des Gesundheitssystems auf das Arbeitsangebot, S. 7 ff; *König*, VersR 1997, 1048 ff.

29 Dies gilt zumindest alle (Rück-)Versicherungsunternehmen, die in der Form der AG organisiert sind.

3. Gestaltungsmöglichkeiten

Auch bei der konkreten Ausgestaltung eines Cat-Bonds haben die Emittenten breite Spielräume. So kann insbesondere sorgfältig austariert werden, in welchem Umfang die Risiken auf die Anleger abgewälzt werden sollen; entsprechend variieren die Zinserwartungen. Die für den Investor riskanteste Gestaltungsvariante bilden die Principal-at-Risk-Bonds. Hier dient der volle Nominalbetrag der Anleihe als Haftungsmasse.[30] Der Rückzahlungsanspruch des investierten Kapitals kann also ganz oder teilweise entfallen, falls das vorher bestimmte Trigger-event eintritt. Dieses Ereignis wird meist durch einen Grenzwert definiert. Als Trigger dienen beispielsweise bestimmte Messwerte oder Schadenssummen. Weil das Risiko bei den Principal-at-Risk-Bonds ausgesprochen hoch ist, erhalten die Investoren bei den Zinszahlungen besondere Risikozuschläge, falls der Trigger nicht ausgelöst wird. Im schlimmsten Fall geht jedoch die gesamte Einzahlung verloren. So führte das Erdbeben in Japan vor einem Jahr zu einem Totalausfall für eine Anleihe, mit der die Munich RE Erdbebenrisiken an den Kapitalmarkt transferiert hatte. Weil der Schwellenwert überschritten war, erlitten die Investoren einen Totalverlust von 300 Millionen US-Dollar.[31] Weniger Risiken für die Investoren bergen die sog. Principal-Protected-Bonds. Bei dieser Konstruktion haftet der Investor nur mit dem Zinszahlungsanspruch; die Rückzahlung des investierten Kapitals ist ihm, anders als bei den Principal-at-Risk-Bonds, sicher.[32]

All diese Elemente können noch weiter variiert oder miteinander kombiniert werden. Auch bei dem Auslösemechanismus, dem Trigger, bestehen viele unterschiedliche Anknüpfungsmöglichkeiten. Neben geologischen oder meteorologischen Parametern können auch branchenweite Schadensindizes als Trigger dienen.[33] Ebenfalls möglich ist es, mehrere Trigger miteinander zu verknüpfen. Außerdem können die Zahlungsansprüche je nach Anzahl oder Intensität der Ereignisse gestaffelt werden.[34] Auch die Laufzeit ist variabel. Die Bandbreite an Konstruktionsmöglichkeiten ist nahezu unbegrenzt.

4. Zwischenfazit

Zusammenfassend lässt sich danach zu dem rein tatsächlichen Phänomen der Katastrophenanleihen Folgendes festhalten: Bei der Katastrophenanleihe werden Versicherungsrisiken verbrieft. Versicherungs- und Rückversicherungsunternehmen können dadurch Risiken auf den Kapitalmarkt übertragen, um so auch Großschadensereignisse zu schultern.

---

30 *Greiser,* Die Verbriefung von Versicherungsrisiken, 2010, S. 92.

31 FAZ, „Katastrophenanleihen locken Investoren“ vom 10.03.2012.

32 *Geiser*, Die Verbriefung von Versicherungen, 2010, S. 92.

33 *Armbrüster*, KritV 2005, 328; Swiss RE, Sigma 2004 Nr.1, S. 16. Zu den Auswirkungen der Trigger-Gestaltungen auf die aufsichtsrechtliche Behandlung von Cat-Bonds siehe: *Greiser*, Die Verbriefung von Versicherungsrisiken, 2010, S. 95 ff.

34 Zur Staffelung des Verlustumfangs und des Zinszahlungsanspruches siehe: *König*, VersR 1997, 1044 f.

Mit den herkömmlichen Risikotransfermodellen der Mit- und Rückversicherung ist das nicht möglich gewesen. Grundsätzlich ist der Spielraum der Versicherungswirtschaft bei der Gestaltung derartiger Modelle nahezu unbegrenzt.

5. Rechtliche Fragestellungen

a) Allgemeines

Hat man demnach die Katastrophenanleihe in ihrer grundsätzlichen Funktionsweise erfasst, so bleiben die rechtlichen Fragestellungen zu erörtern, die sich um dieses Institut ranken. Sie können hier nur skizzenhaft umrissen werden. Vorrangiges Ziel der Rechtsordnung muss es in dieser Interessenkonstellation sein, Kautelen bereit zu halten, die es gewährleisten, dass der Versicherungsmarkt funktionsfähig ist und bleibt.[35] Dafür ist es zunächst erforderlich, dass die Versicherungsunternehmen über genügend finanzielle Rücklagen verfügen, um die Verbindlichkeiten aus den Versicherungsverträgen zu erfüllen. Um dies sicherzustellen, unterwarf der Gesetzgeber die gesamte Versicherungsbranche bereits im Jahre 1901 durch das Versicherungsaufsichtsgesetz einer staatlichen Regulierung. Als staatliche Aufsichtsbehörde fungiert heute die BaFin (Allfinanzaufsicht). Ihre Aufgabe ist es, darüber zu wachen, ob die vom Gesetzgeber erlassenen Vorgaben eingehalten werden. Gesetzgeber und BaFin als Vollzugsorgan stellen somit sicher, dass die Versicherungsunternehmen ihre Verpflichtungen aus den Versicherungsverträgen dauerhaft und jederzeit erfüllen können (vgl. § 81 VAG). Sie sorgen also dafür, dass die Belange der Versicherten gewahrt werden.

b) Solvabilitätsvorschriften

Ein erstes wichtiges Instrument hierzu sind sog. Solvabilitätsvorschriften (vgl. § 53 c VAG). Sie sollen gewährleisten, dass die Versicherungsunternehmen über ein Sicherheitsvermögen verfügen, das über die gewöhnlichen versicherungstechnischen Rückstellungen (§ 341e I 1 HGB) hinausgeht.[36] Die Versicherungsnehmer sollen darauf vertrauen können, dass die am Markt agierenden Versicherungsunternehmen hinreichend kapitalisiert sind.[37] Den Versicherungsunternehmen steht es aber frei, ihre Solvabilitätsspanne dadurch zu senken, dass sie Verträge mit Rückversicherungen abschließen. Da sie hierdurch eigene Risiken abwälzen, können auch die Anforderungen an ihr Sicherheitskapital gesenkt werden.[38]

Bei der Emission von Katastrophenanleihen geschieht im Grunde nichts anderes. Auch hier werden Risiken auf einen Dritten übertragen. Gleichwohl blieb dieses Instrument zur Abwälzung von Risiken vom Gesetzgeber lange Zeit unberücksichtigt. Cat-Bonds waren gegenüber den konservativen Rück-

---

[35] *Schaal*, Risikotransfer durch Katastrophenanleihen, Eine rechtsvergleichende Untersuchung der aufsichtsrechtlichen Vorgaben für die Verbriefung von Versicherungsrisiken in der Schweiz, der Europäischen Union und in Deutschland, 2010, S. 4.

[36] *Täumer*, Katastrophenanleihen, Grundlagen und Fragen des Aufsichtsrechts, 2011, S.71.

[37] *Täumer*, Katastrophenanleihen, Grundlagen und Fragen des Aufsichtsrechts, 2011, S. 73.

[38] *Täumer*, Katastrophenanleihen, Grundlagen und Fragen des Aufsichtsrechts, 2011, S. 77.

versicherungsmodellen dadurch benachteiligt, dass sie bei der Ermittlung der Solvabilitätsspanne keine Vorteile brachten. Der Gesetzgeber reagierte erst im Jahre 2007 durch eine Änderung des VAG[39] und behob dadurch diesen Missstand. Katastrophenanleihen können seither im Grundsatz als ein „Rückversicherungssubstitut" behandelt werden (vgl. § 1 II 8 KapAusstG). Die Beträge aus Katastrophenanleihen werden bei der Solvabilität aber nur dann berücksichtigt, wenn das Versicherungsunternehmen dies zuvor beantragt und die BaFin zustimmt (§ 1 II 8 KapAusstG). Dies wird sie nur dann tun, wenn die Anleihe den aufsichtsrechtlichen Anforderungen an eine Rückversicherung genügt.[40] Cat-Bonds sind den Rückversicherungen also nur dann gleichgestellt, wenn ein hinreichender Risikotransfer stattfindet (§ 121e VAG). Die Frage, wann der Risikotransfer einen hinreichenden Umfang erreicht, ist indes nur schwer zu beantworten.[41] Es fehlt hier eine klare gesetzliche Regelung. Wegen des weiten vertraglichen Gestaltungsspielraums bei Cat-Bonds ist eine Prüfung des Einzelfalls unumgänglich. Die fehlende Einheitlichkeit und die Rechtsunsicherheit auf diesem Gebiet machen die Ausgestaltung von Katastrophenanleihen sehr komplex und kostspielig. Weitere Vorgaben durch den Gesetzgeber wären hilfreich. Dies würde die Cat-Bonds zugleich auch für Nicht-Versicherungsunternehmen attraktiver machen.

c) Kapitalanlagevorschriften

Das Versicherungsaufsichtsrecht schützt die Versicherungsnehmer aber nicht nur durch einen Mindestwert an Sicherungskapital. Auch hinsichtlich des gebundenen Kapitals unterliegen die Versicherungsunternehmen besonderen Kapitalanlagegrundsätzen (vgl. §§ 54 ff., 66 ff. VAG für Erstversicherungsunternehmen und § 121b VAG für Rückversicherungsunternehmen). Hier hat der Gesetzgeber ebenfalls auf die Cat-Bonds reagiert. Insbesondere unterwarf er die hierzu gegründeten Zweckgesellschaften den aufsichtsrechtlichen Vorgaben zur Kapitalanlage, um zu gewährleisten, dass auch bei einem solchen Vorgehen das gebundene Kapital im Schadensfall jederzeit verfügbar ist (siehe § 121g III VAG).

d) Solvency II

Das seit Jahren geplante Projekt Solvency II soll die rechtlichen Anforderungen an Versicherungsunternehmen weiter nach oben schrauben. Hierdurch erhofft man sich, die Stabilität des Versicherungsmarktes weiter auszubauen. Auch in Krisenzeiten soll das System leistungsfähig bleiben und die Versicherungsnehmer vor Ausfällen bewahren.[42] Konkret sollen namentlich die Eigenmittelanforderungen verschärft werden. Gleichzeitig sollen

---

[39] Achtes Gesetz zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes sowie der Änderung des Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetzes und anderer Vorschriften vom 28. Mai 2007 (BGBl. I S. 923).

[40] *Täumer*, Katastrophenanleihen, Grundlagen und Fragen des Aufsichtsrechts, 2011, S. 81.

[41] Zum Erfordernis des hinreichenden Risikotransfers siehe: *Greiser*, Die Verbriefung von Versicherungsrisiken, 2010, S. 56 ff, 100.

[42] Focus, „Neue Kapitalregeln für Versicherer beschlossen" vom 15.02.2012. (Im Internet abrufbar unter: http://www.focus.de/finanzen/news/versicherungen-neue-eigenkapitalregeln-fuer-versicherer-beschlossen_aid_714409.html).

diese europaweit angeglichen und vereinheitlicht werden. Positiv ist an dieser Entwicklung zu verzeichnen, dass auch die Katastrophenanleihen in den Blickwinkel des Gesetzgebers gerückt sind, doch bleibt zugleich zu hoffen, dass er bei der Ausgestaltung ihrer rechtlichen Rahmenbedingungen schrittweise und behutsam vorgeht und den Markt nicht in blindem Aktionismus mit einer Regulierungsflut erstickt.

III. Ausblick

Katastrophenereignisse und Terrorrisiken nehmen immer weiter zu. Die Ursachen dafür liegen nicht allein im Klimawandel oder zunehmenden weltweiten Konfliktlagen, sondern ganz maßgeblich auch darin, dass sich die Schadensanfälligkeit in den letzten Jahrzehnten deutlich erhöht hat, etwa durch die stetig dichter werdende Besiedlung gefährdeter Regionen. Zugleich steigt aber auch die Versicherungsdichte, weil immer mehr Risiken versichert werden.[43] Es steht deshalb zu erwarten, dass in der Zukunft noch deutlich mehr versicherte Großschadensereignisse auftreten werden. Damit wird auch der Kapitalbedarf der Versicherungsunternehmen weiter ansteigen und das Interesse an Instrumenten wie den Cat-Bonds weiter wachsen.[44] Die Aufgabe des Rechts wird es dabei sein, stets wachsam auf neue Entwicklungen zu reagieren. Nur wenn der Versicherungsmarkt durch Gesetze effektiv reguliert wird, bleibt der Versicherungsschutz von Katastrophen auch in Zukunft gewährleistet.

---

[43] *Armbrüster*, KritV 2005, 318, 321.

[44] *Greiser*, Die Verbriefung von Versicherungsrisiken, 2010, S. 123.

Die Rolle des Steuerrechts bei der Bewältigung von Katastrophen

Oliver Fehrenbacher, Konstanz

I. Einleitung

Auf den ersten Blick scheint das Steuerrecht bei der Bewältigung von Katastrophen nun nicht gerade im Mittelpunkt des Interesses zu stehen und die Bedeutung des Steuerrechts insoweit vielleicht sogar (zumindest) vernachlässigungsfähig. Schärft man den Blick, zeigen sich allerdings Anknüpfungspunkte im Steuerrecht, die einerseits bei der individuellen Bewältigung von Naturkatastrophen erhebliche Bedeutung haben und andererseits als Instrumente zur schnelleren Bewältigung der nationalen und internationalen Naturkatastrophen im Rahmen einer Förderung sowie Lenkung[1] durch Steuerentlastung eingesetzt werden können. Ich möchte mich hier beiden Aspekten zuwenden. Allerdings sollen steuerliche Maßnahmen zur Vorsorge und Vorbeugung von Katastrophen durch Förderung neuer Technologien außer Betracht bleiben. Der Blick soll auf die Bewältigung und damit die Nachsorge gerichtet werden.

Zur Veranschaulichung sollen zwei Beispiele dienen:

Beispiel 1 (Seite der Betroffenen):

Für die individuelle Bewältigung von Naturkatastrophen sei zunächst auf Versicherungsentschädigungen hingewiesen, die ein Unternehmer für die durch Sturm oder Hochwasser zerstörten Maschinen erhält. Wirtschaftlich wird er die Versicherungsentschädigung zur Ersatzbeschaffung der Maschinen benötigen, dabei wird die Entschädigung aber selten ausreichen, um den Ersatz auf dem aktuellen Stand der Technik und Entwicklung zu gewährleisten. Die Versicherungsentschädigung bedeutet steuerrechtlich allerdings auch eine Steigerung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmers. Insoweit unterscheidet sich der Sachverhalt nicht von einer Veräußerung der Maschinen.[2] Werden die Ersatzleistungen, soweit sie über den Buchwert des Wirtschaftsguts hinausgehen (sog. „stille Reserven"), besteuert, gehen dem Unternehmer aber Mittel zur Ersatzbeschaffung verloren. Hat er die Ersatzbeschaffung schon durchgeführt, kann die nachträgliche Steuerbelastung zu erheblichen Liquiditätsschwierigkeiten für den Unter-

---

[1] Zum Steuerrecht als Instrument zur staatlichen Lenkung vgl. *Fehrenbacher*, Steuerrecht, 4. Aufl. 2012, § 1 Rn. 3.

[2] Vgl. BFH, BStBl. II 1993, 41.

nehmer führen. Steuerrechtliche Maßnahmen zur Vermeidung der Belastung könnten insoweit Abhilfe schaffen.

Beispiel 2 (Seite der Helfer):

Neben der Seite des Betroffenen kann das Steuerrecht auch für Helfer eine Rolle spielen und insoweit Anreize schaffen oder zumindest Nachteile vermeiden.

a. Ein Unternehmer, etwa ein Hersteller von Baumaschinen, will für ein Katastrophengebiet schweres Bergungsgerät zur Verfügung stellen. Die neuesten Erdbeben in Italien oder der Türkei seien als Beispiele aus dem europäischen Raum genannt. Die entstehenden Aufwendungen durch den Transport und Einsatz der Maschinen möchte der Bauunternehmer steuerlich als Betriebsausgaben berücksichtigt haben. Als Begründung lässt sich anführen, dass durch die Fernseh- und Bildberichterstattung von den Rettungsmaßnahmen auch positive Effekte für seine Produkte erzielt werden.
b. Zur Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehungen sollen Geschäftspartner oder Arbeitnehmer in betroffenen Gebieten, etwa in Folge der Nuklearkatastrophe in Japan, mit Zuwendungen unterschiedlicher Art unterstützt werden.

Das steuerliche Problem: Unentgeltliche Zuwendungen an Geschäftspartner sind als Betriebsausgaben nur abzugsfähig, wenn sie 35 Euro pro Kalenderjahr nicht übersteigen (§ 4 Abs. 5 Nr. 1 EStG). Zuwendungen als Sponsoring-Maßnahmen oder Spenden sind nur unter strengen Voraussetzungen als Betriebsausgaben[3] bzw. im Rahmen eines begrenzten Spendenabzugs (§ 10b EStG, § 9 Abs. 1 Nr. 2 KStG)[4] zu berücksichtigen. Zudem entstehen weitere steuerliche Probleme bei den Empfängern im Hinblick auf deren Steigerung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, sofern eine konkrete Zuordnung möglich ist.

Vor dem geschilderten Hintergrund soll das Steuerrecht als Mittel zum Krisenmanagement untersucht werden. Dabei sollen zunächst die Rahmenbedingungen im Steuerrechtssystem und die einzelnen Regelungen aufgezeigt werden. Im Anschluss werden einzelne Maßnahmen erörtert, um am Ende ein Fazit zu ziehen.

II. Steuerrecht als Mittel zum Krisenmanagement

Wendet man sich den Problemen grundsätzlich zu, stellt sich die Frage, inwieweit das Steuerrecht bei der Bewältigung von Katastrophen eingesetzt werden kann. Dabei sind Naturkatastrophen von wirtschaftlichen Katastrophen zu unterscheiden. Dass auch bei letzteren das Steuerrecht gerne herangezogen wird, zeigen die Überlegungen zur Finanztransaktionssteuer.[5] Hier sollen die Naturkatastrophen im Vordergrund stehen.

---

[3] Vgl. *Wied*, in Blümich, EStG, § 4 EStG; *Fehrenbacher*, in Schnitger/Fehrenbacher, KStG, § 8 KStG.

[4] Vgl. *Hofmeister*, in Blümich, EStG, § 10b EStG; *Ellerbeck*, in Schnitger/Fehrenbacher, KStG, § 9 KStG.

[5] Vgl. dazu etwa *Möslein*, JZ 2012, 243.

Das Steuerrecht wird in Deutschland zu vielen Zwecken eingesetzt, die weit über die ursprünglich dem Steuerrecht zugedachte Aufgabe, Einnahmen zu erzielen, hinausgehen.[6] Auf die zahlreichen wirtschaftlichen und sozialen Zwecke, die vielen (ertragsteuerlichen) Steuervergünstigungen zu Grunde liegen, sei hier nur hingewiesen.[7] Bei fast jeder politischen Diskussion zur Förderung, Unterstützung oder aber der Gegensteuerung von unerwünschten Entwicklungen wird das Steuerrecht zumindest in die Diskussion eingebracht. Die aktuellen Beispiele zur Bewältigung der Finanzkrise (Finanztransaktionssteuer, Bankenabgabe[8]) oder zur Bewältigung der Energiewende seien hier nur erwähnt. In § 3 Abs. 1 AO wurde, im Rahmen der Definition, was eine Steuer ist, der Nachsatz aufgenommen, dass die Erzielung von Einnahmen auch Nebenzweck sein kann. Damit wurde ein weites Feld für „Lenkungsabgaben" eröffnet, die auch immer Begünstigungen beinhalten können. Das BVerfG geht zwar davon aus, dass, sobald der Steuergesetzgeber mit Steuertatbeständen Lenkungszwecke verfolgt, ein besonderer Rechtfertigungsdruck entsteht.[9] Im Rahmen der humanitären Hilfe und bei der Bewältigung von Krisensituationen in Form von Naturkatastrophen erscheinen die Maßstäbe des BVerfG:

- Erkennbare Entscheidung des Gesetzgebers
- Gründe des Gemeinwohls
- Zweckgerechte Ausgestaltung des Tatbestands
- Grundrechtskonform

aber ohne größere Schwierigkeiten erfüllbar. Bei der Bewältigung von Katastrophen geht es allerdings in erster Linie nicht um die Einführung einer neuen Steuer, sondern die konkrete Umsetzung einer Lenkung im geltenden Steuerrecht, wenn solche Ereignisse eintreten. Zunächst sind die verfassungsrechtlichen Aspekte zu beleuchten.

III. Rahmenbedingungen im Steuerrechtssystem

Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) hat das BVerfG bekanntlich das Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit abgeleitet.[10] Für die ertragsteuerliche Behandlung ist das am Markt erzielte (bzw. erzielbare) Einkommen als Maßstab heranzuziehen. Von den Einnahmen sind die damit im Zusammenhang stehenden Ausgaben abzuziehen (objektives Nettoprinzip). Nur auf diesem Weg wird der Maßstab für die Steuer gleichheits- und damit sachgerecht.[11] Werden bestimmte Ein-

---

6 Zu Lenkungsabgaben etwa *P. Kirchof*, in Gedächtnisschrift für Trzaskalik, 2005, S. 395; *Bergfeldt*, Lenkungsaufgaben im europäischen Finanzrecht, 2008; *Jarass*, Nichtsteuerliche Abgaben und lenkende Steuern unter dem Grundgesetz, 1999; *Mohr*, Die Lenkungssteuer, 1976; *Wernsmann*, Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, 2005.

7 Zu Rechtmäßigkeit von Steuervergünstigungen grundlegend *Jochum*, Die Steuervergünstigung, 2005.

8 Vgl. etwa *Martini*, NJW 2010, 2019.

9 BVerfGE 93, 121, 147; 110, 274, 293; 122, 210, 231 f.

10 BVerfGE 91, 319, 343 f.; 82, 60, 86.

11 Vgl. zur Konkretisierung des Prinzips der Leistungsfähigkeit auch *Lang*, in Tipke/Lang, § 4 Rn. 89 ff.

nahmen nicht berücksichtigt oder Ausgaben nicht zum Abzug zugelassen, obwohl sie wirtschaftlich mit steuerpflichtigen Einnahmen im Zusammenhang stehen bzw. durch die Tätigkeit veranlasst sind (§ 4 Abs. 4 EStG), sind entsprechende Regelungen rechtfertigungsbedürftig und müssen ihrerseits folgerichtig ausgestaltet sein.[12]

Im Hinblick auf das Beispiel 1 wäre also die Versicherungsentschädigung grundsätzlich als eine Art vertraglicher Ersatz für Markteinkommen zu versteuern und die entsprechenden Ausgaben aus Beispiel 2 wären nicht zwingend als Minderung der Bemessungsgrundlage zu berücksichtigen. Der nach § 4 Abs. 4 EStG erforderliche Veranlassungszusammenhang mit dem Unternehmen für den Abzug von Betriebsausgaben lässt sich hier nämlich durchaus in Abrede stellen. Die möglichen Regelungen bewegen sich daher in einem nicht leicht auflösbaren rechtlichen Spannungsfeld. Das schlägt sich auf die tatsächlich geschaffenen Regeln zumindest in der Anzahl nieder.

IV. Regelungen im deutschen Steuerrecht

Betrachtet man das geltende materielle Steuerrecht in Deutschland, fällt die Suche nach spezifischen Regelungen zur Bewältigung von Naturkatastrophen nämlich ernüchternd aus. Das gilt sowohl für die Betroffenen von Katastrophen als auch für die Helfer. Ein ganz ähnlicher Befund ergibt sich für Gerichtsurteile. Das ist keinesfalls ohne weiteres zu erwarten, da Katastrophen häufig im Nachgang in vielen Bereichen unter ganz unterschiedlichen Aspekten vor den Gerichten aufgearbeitet werden. Im Steuerrecht beschäftigen sich nur wenige Regelungen mit der Nachsorge von Katastrophen. Zu nennen sind hier wenige materielle Regelungen und das Steuerverfahrensrecht.

1. Spendenabzug

Eine steuerliche Förderung des humanitären Engagements im Rahmen eines wohltätigen und gemeinnützigen Verhaltens findet sich in erster Linie im Rahmen des steuerlichen Spendenabzugs (§ 10b EStG, § 9 Abs. 1 Nr. 2 KStG). Unter Berücksichtigung von Höchstbeträgen (20% des Gesamtbetrags der Einkünfte bzw. bei Körperschaften des Einkommens oder 4 Promille der Summe der gesamten Umsätze und der im Kalenderjahr aufgewendeten Löhne und Gehälter) lassen sich bei Vorlage von Bescheinigungen Zuwendungen an bestimmte Stellen bzw. Hilfsorganisationen steuerlich von der Bemessungsgrundlage abziehen. In welchen Gebieten die Zuwendungen letztlich zur Hilfe eingesetzt werden (Inland, EU/EWR, andere Staaten) ist dabei nicht entscheidend. Voraussetzung für eine Spende ist aber die Unentgeltlichkeit, also die Leistung ohne die Erwartung einer Gegenleistung. Es darf gerade kein wirtschaftlich über die Zuwendung hinausgehender Zweck verfolgt werden. Vor dem Hintergrund der engen Voraussetzungen und dem Erfordernis einer Bescheinigung eines gesetzlich bestimmten begünstigten

[12] Zur Folgerichtigkeit grundlegend BVerfGE 93, 121, 136; 93, 165, 172; 114, 1, 70.

Empfängers[13] ist die Regelung nur für einen begrenzten Bereich von Hilfen geeignet.

Probleme bereitet insoweit aber auch die Seite des von der Naturkatastrophe Betroffenen, der Zuwendungen aus solchen Spenden erhält. Werden die Spenden zur Schadensbeseitigung in einem Betrieb, etwa nach einer Flut, verwendet, stellt sich die Frage von steuerpflichtigen Einnahmen. Bei genauerer Betrachtung wird dabei regelmäßig nicht von Markteinkommen ausgegangen werden können, so dass schon nach allgemeinen Regeln ein Zufluss beim Betroffenen der Katastrophe und Empfänger der Leistung außerhalb seiner Tätigkeit, die auf Gewinnerzielung am Markt gerichtet ist, erfolgt.[14]

2. Behandlung von Spendenorganisationen

Die humanitäre Hilfe und Arbeit von bestimmten Organisationen gerade auch nach Naturkatastrophen wird im deutschen Steuerrecht über eine Steuerfreistellung gefördert. Körperschaften und Personenvereinigungen oder Stiftungen, die sowohl nach ihrem Statut als auch der tatsächlichen Geschäftsführung ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige, mildtätige und kirchliche Zwecke verfolgen (§§ 52-54 AO)[15], sind von der Körperschaftsteuer und der Gewerbesteuer ausgenommen (§ 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG, § 3 Nr. 6 GewStG). Gleichzeitig sind sie begünstigte Zuwendungsempfänger für Spenden, die bei den Spendern als Abzug von der steuerlichen Bemessungsgrundlage in beschränktem Umfang berücksichtigungsfähig sind (§ 10b EStG, § 9 Abs. 1 Nr. 2 KStG), und stellen die entsprechenden Spendenbescheinigungen aus. Um die Steuerfreistellung zu erreichen, muss sich die Organisation einem formellen Prüfungsverfahren unterziehen, das mit der Anerkennung durch Verwaltungsakt endet (Steuerbescheid oder Freistellungsbescheid). Bis zum Veranlagungsverfahren bescheinigt das Finanzamt die Gemeinnützigkeit vorläufig. Dabei soll es sich nach Ansicht der Finanzverwaltung lediglich um eine Auskunft und kein Verwaltungsakt handeln.[16]

3. Rücklage für Reinvestitionen

Die übrigen materiellen Vorschriften, die zu steuerlichen Erleichterungen im Rahmen der Bewältigung von Katastrophen beitragen können, sind allgemeiner Art. Das bedeutet, es handelt sich um allgemeine steuerliche Begünstigungsregeln, die auch für Naturkatastrophen und die Bewältigung der Folgen von solchen Katastrophen zur Verfügung stehen. Hier ist etwa die Rücklage für Reinvestitionen nach § 6b EStG zu nennen, die in bestimmten Fällen eine Besteuerung von Veräußerungsgewinnen durch die Auflösung stiller Reserven verhindert, wenn abschließend aufgezählte andere

---

[13] Vgl. *Hofmeister*, in Blümich, EStG, § 10b EStG Rn. 45.

[14] Zumindest klarstellend etwa Erlass der OFD München v. 12.11.2002, DB 2002, 2171, zur Behandlung von Spenden beim Empfänger im Rahmen der Unterstützung der Opfer einer Hochwasserkatastrophe.

[15] Zu den Zwecken vgl. etwa *Gersch*, in Klein, AO, §§ 52 – 54 mwN.

[16] AEAO zu § 59 Tz. 5.

Wirtschaftsgüter angeschafft werden.[17] Bedeutung hat die Regelung aufgrund des begrenzten Anwendungsbereichs bei Naturkatastrophen in erster Linie nur für Grundstücke und Binnenschiffe, bei denen etwa wegen erheblicher Versicherungsentschädigungen die Realisierung von stillen Reserven erfolgt.

4. Ermäßigung des Steuersatzes

Darüber hinaus kommt eine ermäßigte Besteuerung von bestimmten Versicherungsentschädigungsleistungen für entgangene und entgehende Einnahmen als sog. außerordentliche Einkünfte in Betracht (§§ 34 Abs. 2, 24 Nr. 1 EStG). Eine Entschädigung iSv. § 24 Nr. 1 EStG ist nach der Rechtsprechung des BFH dadurch gekennzeichnet, dass sie durch den Verlust oder die Verringerung steuerpflichtiger Einnahmen oder Einnahmemöglichkeiten, mit denen der Steuerpflichtige rechnen konnte, unmittelbar bedingt sein und einen Schadensausgleich bewirken muss.[18] Da sich bei Naturkatastrophen das schadenstiftende Ereignis stets durch einen ungewöhnlichen Vorfall ereignet, findet die Regelung insoweit Anwendung. Um welche der einzelnen Einkunftsarten (§ 2 Abs. 1 EStG) es sich im konkreten Fall handelt, spielt grundsätzlich keine Rolle. Solche Einkünfte können nach § 34 Abs. 3 EStG mit einem ermäßigten Steuersatz besteuert werden. Für Kapitalgesellschaften hat die Regelung aufgrund des linearen Steuersatzes allerdings keine Bedeutung. Nicht davon erfasst sind ferner die Versicherungsentschädigungen als Ersatz für den Untergang oder die Zerstörung einzelner Wirtschaftsgüter. Eine Besteuerung der insoweit realisierten stillen Reserven lässt sich aber ebenfalls vermeiden.

5. Rücklage für Ersatzbeschaffung

Im Gesetz nicht erwähnt, aber von der Rechtsprechung entwickelt[19] und von der Finanzverwaltung in den EStR als Gewohnheitsrecht anerkannt (R 6.6 EStR), ist für den Fall einer Versicherungsentschädigung als Ersatz für die Zerstörung oder den Untergang einzelner Wirtschaftsgüter die Bildung einer Rücklage für Ersatzbeschaffung. Eine Besteuerung von Gewinnen aus der Realisierung von stillen Reserven wird mit einer Rücklage für die Ersatzbeschaffung und Übertragung des Gewinns auf das Ersatzwirtschaftsgut vermieden, wenn ein Wirtschaftsgut aus dem Anlage- oder Umlaufvermögen infolge höherer Gewalt aus dem Unternehmen ausscheidet. Unter höherer Gewalt sind insoweit insbesondere die Elementarereignisse zu verstehen, die zu Naturkatastrophen führen (Überschwemmung, Sturm, Brand usw.). Im privaten Bereich, also etwa bei der Vermietung und Verpachtung von Wohnungen oder Häusern, kommt der Versicherungsentschädigung für die Substanz grundsätzlich keine steuerliche Relevanz zu, weil nur die Erträge aus der Nutzung der Substanz der Besteuerung unterliegen, nicht aber die Erträge aus der Veräußerung der Substanz.[20]

---

[17] Zu den Möglichkeiten im Einzelnen vgl. *Schlenker*, in Blümich, EStG, § 6b Rn. 181 ff.

[18] BFH, BStBl. II 1975, 634; zuletzt etwa BFH, BStBl. II 2004, 876.

[19] BFH, BStBl. II 2001, 830; BFH/NV 2010, 148.

[20] Davon ausgenommen sind nur die sonstigen Einkünfte nach §§ 22 Nr. 2, 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG innerhalb des Zeitraums von zehn Jahren.

6. Steuerverfahrensrecht

Steuerverfahrensrechtlich stehen ebenfalls allgemeine Mittel zur Bewältigung der steuerlichen Auswirkungen von Naturkatastrophen zur Verfügung, die bezogen auf den Einzelfall zu Erleichterungen führen können. Zu nennen sind insoweit zunächst die Erlassmöglichkeiten im Festsetzungs- und Erhebungsverfahren. Im Festsetzungsverfahren sind Billigkeitsmaßnahmen nach Maßgabe des § 163 AO zulässig. Die Steuer kann niedriger festgesetzt werden oder einzelne Besteuerungsgrundlagen können vollständig unberücksichtigt bleiben. Für eine Gesetzeskorrektur im Regelfall ist der Erlass als Mittel für den Einzelfall allerdings nicht geeignet. Die Entscheidung über die Billigkeitsmaßnahme stellt einen selbständigen Verwaltungsakt dar (Grundlagenbescheid). Führt nur die Erhebung von Ansprüchen aus dem Steuerschuldverhältnis im Einzelfall zur Unbilligkeit, kann der Steueranspruch ebenfalls ganz oder teilweise erlassen werden (§ 227 AO). Voraussetzung für den Erlass durch die Finanzbehörde ist die Unbilligkeit im Einzelfall. Diese lässt sich in die Rubriken sachliche und persönliche Unbilligkeit einteilen.[21] Der Erlass führt zum Erlöschen des staatlichen Anspruchs aus dem Steuerschuldverhältnis (§ 47 AO). Auf diesem Wege lassen sich bei Katastrophen in jedem Verfahrensstadium sachgerechte Lösungen erreichen.

Ferner ist im Erhebungsverfahren eine Stundung des Steueranspruchs möglich. Die Stundung ist eine Billigkeitsmaßnahme der Finanzbehörden, die auf den Zeitpunkt der Fälligkeit abstellt. Führt die Entrichtung einer Leistung, die ihre Grundlage in einem Steuerschuldverhältnis hat, im Zeitpunkt der Fälligkeit zu keiner Unbilligkeit, aber zu einer erheblichen Härte für den Schuldner und erscheint der Anspruch durch die Stundung nicht gefährdet, kann von dieser Billigkeitsmaßnahme Gebrauch gemacht werden. Die beiden Voraussetzungen: erhebliche Härte und keine Gefährdung müssen kumulativ vorliegen.[22] Das Mittel der Stundung ist daher bei der Bewältigung von Naturkatastrophen sehr gut geeignet, um auf vorübergehende Liquiditätsschwierigkeiten zu reagieren.

7. Praktischer Umgang mit den Folgen von Naturkatastrophen

Der praktische Umgang der Finanzverwaltung mit den Folgen von Naturkatastrophen ist im Besteuerungsverfahren allerdings weniger durch die vorgestellten gesetzlichen Regeln geprägt, vielmehr gibt es zur Bewältigung der Folgen einen anderen Weg, der, soweit ersichtlich, keine Fälle für die gerichtliche Klärung von Streitigkeiten übrig gelassen hat. Auf der Grundlage eines Rahmenerlasses des BMF aus dem Jahr 2002 (ergänzt in 2004 und 2005) werden bei Schäden durch Naturkatastrophen jeweils konkrete Erlasse herausgegeben, die auf der Grundlage von §§ 163, 227 AO den steuerlichen Umgang mit einzelnen steuerlichen Vorschriften festlegen. Auf der Grundlage des Rahmenerlasses sind in den letzten Jahren anlässlich von nationalen und internationalen Naturkatastrophen jeweils Erlasse ergangen, die den steuer-

---

[21] Vgl. *Fehrenbacher*, Steuerrecht, 4. Aufl. 2012, § 8 Rn. 104.
[22] Vgl. *Fehrenbacher*, Steuerrecht, 4. Aufl. 2012, § 8 Rn. 101.

lichen Umgang mit Maßnahmen im Zusammenhang mit der konkreten Naturkatastrophe näher regeln. Solche Erlasse gibt es beispielsweise zur

- Hungerkatastrophe in Ostafrika Sommer 2011[23],
- Erd- und Seebebenkatastrophe März 2011 in Japan[24] (Ereignis 11.3.),
- Flutkatastrophe im Juli 2010 in Pakistan[25],
- Hochwasserkatastrophe im August 2005 in Süddeutschland[26].

Im Folgenden soll auf den Katalog der einzelnen Instrumente beispielhaft eingegangen werden.

V. Instrumente zur Unterstützung auf Seiten der Helfer

Im Hinblick auf die Helfer geht es bei den Hilfsleistungen darum, möglichst von den strengen steuerlichen Voraussetzungen zur Berücksichtigung von Hilfen abzusehen.

1. Zuwendungen

Bei steuerlichen Zuwendungen aus den Unternehmen sind daher Erleichterungen beim Abzug von Betriebsausgaben vorgesehen:

- Zuwendungen werden unter erleichterten Voraussetzungen als Sponsoring-Maßnahme[27] behandelt,
- Zuwendungen an Geschäftspartner werden ohne betragsmäßige Beschränkungen zum Abzug zugelassen,
- Sonstige Zuwendungen werden unter erleichterten Voraussetzungen zum Abzug zugelassen, sofern sie nicht in Geld bestehen.

Die Zuwendungen werfen natürlich in Bezug auf den einzelnen Betroffenen und konkreten Empfänger die Frage nach steuerpflichtigen Einnahmen auf, die von der Finanzverwaltung in Anwendung des § 6 Abs. 4 EStG angenommen werden. Der gemeine Wert der Zuwendung ist als Einnahme zu behandeln. Das ist zwar im Grundsatz vor dem Hintergrund der Regelung kaum anders vertretbar, ist aber im Rahmen einer Billigkeit im Einzelfall stets nochmals zu überprüfen (§§ 163, 227 AO).

2. Zuwendungen an Arbeitnehmer

Werden mit Maßnahmen nicht Unternehmen oder Geschäftspartner, sondern Arbeitnehmer unterstützt, sind die Unterstützungen als steuerfrei zu behandeln, auch wenn die Voraussetzungen nach § 3 Nr. 11 EStG nicht vorliegen. Darunter fallen nach der gesetzlichen Regelung nämlich nur Bezüge aus öffentlichen Mitteln oder aus Mitteln einer öffentlichen Stiftung, die wegen Hilfsbedürftigkeit oder als Beihilfe zu dem Zweck bewilligt werden, die Erziehung oder Ausbildung, die Wissenschaft oder Kunst unmittelbar zu fördern. Für den Arbeitgeber entfällt insoweit die Lohnsteuerabführung. Be-

---

[23] BMF v. 2.8.2011, DStR 2011, 1621.
[24] BMF v. 24.3.2011, DStR 2011, 627.
[25] BMF v. 25.8.2010, DStR 2010, 1784.
[26] BMF v. 6.9.2005, DStR 2005, 1607.
[27] Zum Sponsoring als Betriebsausgabe etwa *Gosch*, in Gosch, KStG, § 9 Rn. 1225.

teiligen sich die Arbeitnehmer oder Aufsichtsräte an Hilfsaktionen, etwa bei Arbeitnehmern durch Verzicht auf angesammelte Wertguthaben, werden die Beträge dem Arbeitslohn nicht zugerechnet. Das Sozialversicherungsrecht bleibt davon aber unberührt.

3. Spendenabzug

Erleichterungen werden regelmäßig auch für den Spendenabzug angeordnet. Der Nachweis für Zuwendungen wird erleichtert, indem der Einzahlungsbeleg auf bestimmte Konten als ausreichend für die steuerliche Berücksichtigung angesehen wird. Ferner werden Vereinfachungen bzw. Abweichungen von den gesetzlichen Regeln über die Gemeinnützigkeit für Organisationen vorgesehen, die Mittel für die Opfer von Katastrophen einsammeln. Dabei wird beispielsweise auf eine Verankerung des mildtätigen Zwecks in der Satzung verzichtet, um Hilfen für Opfer von Naturkatastrophen einsammeln und zuwenden zu können. Eine vorherige Satzungsänderung in solchen Fällen zu fordern wäre sicher nicht sachgerecht. Auf eine solche Sonderaktion ist aber in einer Zuwendungsbestätigung hinzuweisen.

VI. Maßnahmen zur Unterstützung auf Seiten der Betroffenen

Auf Seiten der Betroffenen sieht der Rahmenerlass vor, dass aus dem Verlust von Unterlagen kein steuerlicher Nachteil abgeleitet wird. Ferner sind Sonderabschreibungen für Investitionen vorgesehen, die zur Wiederherstellung von Anlagen nach Naturkatastrophen vorgenommen werden. Sonderabschreibungen werden häufig als klassisches Lenkungsinstrument eingesetzt und können auch zur Beschleunigung der Wiederherstellung der Funktions- und Leistungsfähigkeit eines Unternehmens oder eines Haushalts dienen. Problem bei solchen Steuervergünstigungen ist regelmäßig das europäische Beihilfeverbot. Nach Art. 107 AEUV sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt grundsätzlich unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Hier zeigt sich aber der Unterschied zwischen Naturkatastrophen und Katastrophen als Auswirkung von wirtschaftlichen Krisen. In Fällen von Naturkatastrophen ist das Beihilfeverbot der EU nach Art. 107 Abs. 1 AEUV allerdings regelmäßig nicht problematisch. Die Ausnahmeregelung in Art. 107 Abs. 2 lit. b AEUV sieht für Beihilfen zur Beseitigung von Schäden, die durch Naturkatastrophen oder sonstige außergewöhnliche Ereignisse entstanden sind, eine Vereinbarkeit vor.[28] Als weitere Steuervergünstigung ist ferner eine erleichterte Abzugsmöglichkeit für Erhaltungsaufwendungen bis 45.000 Euro vorgesehen, die zur Wiederherstellung beschädigter Betriebsgebäude führt.

Erleichterungen ergeben sich auch im privaten Bereich. Für Aufwendungen zur Wiederbeschaffung von Hausrat und Kleidung und für die Beseitigung von Schäden an eigengenutzten Wohnungen im eigenen Haus ist eine steuerliche Berücksichtigung als außergewöhnliche Belastung vor-

[28] Vgl. *Cremer*, in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 107 Rn. 42.

gesehen, obwohl mit den Kosten ein Gegenwert verbunden ist. Nach allgemeinen Grundsätzen ist eine Belastung dann nicht gegeben, wenn mit Aufwendungen ein Gegenwert in das Vermögen des Steuerpflichtigen gelangt. Die Ausnahme für die Beseitigung der Folgen von Naturkatastrophen erscheint aber sachgerecht. Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Bundesfinanzhof auch in anderen Fallgruppen Ausnahmen zugelassen hat.[29]

VII. Fazit

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die steuerlichen Regelungen zur Unterstützung durch Hilfe bei Naturkatastrophen unter Einbeziehung der Verwaltungsmaßnahmen zwar unbürokratisch, aber in der steuerlichen Wirkung bei Spenden doch beschränkt durch einen Höchstbetrag sind. Die steuerlichen Erleichterungen im Rahmen der unternehmerischen Hilfe durch Sponsoring-Maßnahmen oder sonstige Zuwendungen sind sachgerecht, gleichwohl zeigen sich hier zumindest bei Empfängern im Inland Bedenken, wenn die Zuwendungen im Rahmen des § 6 Abs. 4 EStG als steuerpflichtige Einnahmen mit dem gemeinen Wert beim Empfänger zu versteuern sind.

Die Entlastungsmaßnahmen im Hinblick auf die Betroffenen sind davon gekennzeichnet, möglichst jede zusätzliche Steuerlast zu vermeiden. Mehr kann man aus steuerlicher Sicht nicht erwarten. Auf eine Begrenzung ist aber noch hinzuweisen: Für Steuern, die aufgrund der Harmonisierung durch europäische Richtlinien erhoben werden (Art. 113 AEUV, etwa die Umsatzsteuer), sind keine nationalen Billigkeitsmaßnahmen möglich. Die Mehrwertsteuersystem-Richtlinie gestattet es den Mitgliedstaaten nicht, von den verbindlichen Richtlinienvorschriften abzuweichen, auch nicht zur Bewältigung von Naturkatastrophen.[30] Wenn das Steuerrecht auch nur einen kleinen Beitrag zur Bewältigung von Naturkatastrophen leisten kann, so zeigt sich doch, dass Nachteile, die zu gerichtlichen Verfahren führen, praktisch nicht auftreten. Ganz anders muss die Bewertung ausfallen, wenn es um wirtschaftliche Katastrophen geht. Hier sind dem Steuerrecht aufgrund des europäischen Beihilfeverbots enge Schranken gesetzt.[31]

---

[29] BFH, BStBl. II 2010, 280; ferner *Fehrenbacher*, Steuerrecht, 4. Aufl. 2012, § 2 Rn. 283, 284.

[30] So auch die Erlasse des BMF, als Beispiel der Erlass zur Unterstützung der Opfer der Erd- und Seebebenkatastrophe in Japan, BMF v. 24.3.2011, DStR 2011, 627.

[31] Vgl. dazu die Problematik der Sanierungsklausel in § 8c Abs. 1a KStG *Fehrenbacher*, in Schnitger/Fehrenbacher, KStG, § 34 Rn. 152.

Katastrophen und Fahrlässigkeitsdelikte

– Strafrechtliche Organisationshaftung -

Keiichi Yamanaka, Osaka

I. Einführung

1. Die Katastrophe im Atomkraftwerk in Fukushima

Eine Katastrophenkette, die durch das starke Erdbeben, durch den ihm nachfolgenden Tsunami und zuletzt durch die Explosionen im Atomkraftwerk verursacht wurde, hat zu enormen Personen- und Sachschäden, zu Veränderungen des Alltags der dort noch lebenden Menschen und zu erheblichen Belastungen der Wirtschaft geführt. Die wissenschaftliche und technische Entwicklung haben den Naturkatastrophen allerdings etwas von ihrem Schicksalscharakter genommen. Die Menschheit kann Erdbeben und Tsunamis derzeit zwar noch nicht vollkommen beherrschen und entsprechende Präventivmaßnahmen ergreifen, dennoch können heutzutage zumindest ihre Entstehungswahrscheinlichkeit grob berechnet und auf dieser Grundlage Gegenmaßnahmen eingeleitet werden.

Fraglich ist allerdings, wer die Verantwortung für solche Schäden trägt, die durch eine zumindest in Ansätzen vorhersehbare Naturkatastrophe verursacht werden.

Eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit kommt nur dann in Frage, wenn von verantwortlichen Personen Sorgfaltspflichten in objektiv zurechenbarer Weise verletzt werden. Strafrechtlich relevant sind nur solche Handlungen, die objektiv pflichtwidrig sind und die Katastrophe beziehungsweise den tatbestandlichen Erfolg kausal und zurechenbar verursacht haben können. Der „Unfalluntersuchungsausschuss der Regierung“ hat als Ursache der Explosion des Reaktors Nr. 1 genannt, dass auf den Stillstand des Notkühlungssystems zu spät reagiert wurde. Denn durch den vom Tsunami verursachten Stromausfall wurde die Kühlung der Brennstäbe unterbrochen, so dass das Kühlwasser um die Brennstäbe herum sank. Die Schmelze der Reaktorkerne erfolgte 40 Minuten nach dem Freiliegen der Stäbe. Ab diesem Zeitpunkt konnte auch das Notkühlungssystem kaum noch wirken.

2. Organisationsfehler und Verantwortung

a) Fahrlässigkeit bei der ersten Katastrophe

Nach dem Handbuch für radioaktive Katastrophen sollte das Dampf-Abkühlungsgerät nach dem Erdbeben mal betrieben, mal angehalten werden[1]. Letztlich kam es zur Explosion, weil auf den Stillstand des Abkühlungsgerätes zu spät reagiert wurde[2]. Die zuständigen Arbeiter im Atomkraftwerk haben zwar die Symptome für die mangelnde Fähigkeit des Wärmetauschers erkannt, die Informationen darüber aber nicht der Leitzentrale des Atomkraftwerks mitgeteilt[3].

Allerdings kam es zu dem Reaktorunglück durch ein Zusammenspiel von verschiedenen Fehlverhalten mehrerer Personen sowie von Systemversagen. Es ist klar, dass die Verhaltensweisen des zuständigen Personals des Atomkraftwerks, die den Regeln des Handbuchs widersprechen, strafrechtlich gewürdigt werden müssen.

b) Fahrlässigkeit vor der ersten Katastrophe

Bei der Atomkatastrophe scheinen die eher im Hintergrund liegenden Ursachen noch bedeutender zu sein. Fragwürdig ist beispielsweise, ob die Sicherheitsmaßnahmen der „Tokyo-Elektrizitäts-AG“ gegen das Erdbeben und den Tsunami angemessen waren, oder ob es Mängel im „Gesetz für Sondermaßnahmen gegen Atomkatastrophen“ gab. Problematisch sind auch die Qualität des Handbuchs, die Kompetenz des technischen Beraters im Premierminister-Amt sowie die Anweisung des Premierministers als solche usw.

Obwohl Naturkatastrophen meistens nicht verhindert werden können, lassen sich die Schäden, die während oder nach einer solchen drohen, zumindest teilweise verhindern oder wesentlich reduzieren.

c) Beispiellose Erdbeben und Tsunamis?

Sucht man nach den Ursachen der Explosion in Fukushima im Vorstadium des Erdbebens und des Tsunamis, stellt sich die Frage, ob die Sicherheitsmaßnahmen gegen Erdbeben und Tsunamis ausreichend waren. Es wird vor allem gefragt, ob der gewaltige Tsunami vorhersehbar gewesen ist. Oder war die Gewalt eines derartigen Tsunamis in dieser Gegend tatsächlich „beispiellos“, „einmalig“ oder „unvorhersehbar“?

---

1 Sonderbericht des Untersuchungskomitees für die erste Fukushima-Atomkraftwerk-Katastrophe, in: Asahi-Zeitung vom 1. Mai 2012. Es gibt vier Untersuchungskomitees in Japan, nämlich der Regierung, der Tokyo-Elektrizitäts-AG, des Parlaments und einer privaten Initiative.

2 Aussage des Präsidenten des Organs für die Sicherheit von Atomkraft und Industrie (Nuclear and Industrial Safety Agency), in: Protkoll des „Untersuchungskomitees des Parlaments zur Tokyo-Elektrizitäts-AG Fukushima-Atomkraftwerk-Katastrophe“ vom 19. April 2012, Heft 9, S. 3.

3 Untersuchungs- und Prüfungsbericht des Unabhängigen Untersuchungskomitees über den Atomunfall in Fukushima (Independent Investigation Commission on the Fukushima Nuclear Accident), 2012, S. 25.

Historisch sind zwei große Erdbeben und Tsunamis für diese Gegend erfasst. Zum einen der sog. „Jogan-Tsunami“ von 896[4]. Im Beratungsausschuss des Ministeriums für Wirtschaft und Industrie hat ein Forscher 2006 über die große Gefahr von Tsunamis anhand des Jogan-Tsunamis berichtet. Zum anderen der sog. “Empo-Boso-oki- Tsunami“ vom 4. November 1677[5], der in Fukushima ein Hochwasser von etwa 3,50 – 7 m verursachte. Fraglich ist, ob der Bau und Betrieb des Atomkraftwerks in dieser Gegend zu verantworten war und Gegenmaßnahmen gegen das Erdbeben und den Tsunami überhaupt hätten ausreichen können.

d) Direktes Fehlverhalten oder fehlerhafte Hintergründe

Eine Bürgerinitiative in Fukushima hat neuerdings eine Gruppe gegründet, deren Ziel die Strafverfolgung von 32 Personen der Tokyo-Elektrizitäts-AG sowie der Regierung und Wissenschaft ist, die am Atomunfall beteiligt waren[6]. Die Gruppe hat bis zum 4. Juni 2012 etwa 1.200 Mitglieder gefunden. Als Straftatbestände kommen die fahrlässige Tötung und Körperverletzung in Betracht (§ 211 Abs. 1 jStGB) sowie die Verletzung des Umweltstrafgesetzes[7](§ 3).

Es erscheint mir allerdings schwierig[8], die Klageerhebung durch die Staatsanwaltschaft zu erreichen und die strafrechtliche Verantwortung für fahrlässige Tötungen oder Körperverletzungen zu begründen und zu beweisen.

---

4 „Jogan“ ist der Namen einer Ära (859-877). Das Erdbeben geschah vermutlich am 26. Mai 896 (am 9. Juli 869 bei julianischem Kalender). Bezüglich der Größe des Erdbebens wird eine Mindeststärke von 8. 3 vermutet.

5 „Empo“ ist auch der Name einer Ära (1673- 1681) in Edo-Zeit. „Boso-oki“ bedeutet „Auf der Höhe von Boso (etwa Chiba-Präfektur) -Halbinsel“ . Es wird eine Stärke des Erdbebens von 8. 0 vermutet. Zum “Empo-Boso-oki Tsunami vgl. *Hitoshi Takeuchi u.a.*, Survey of run-up height of Empo-Boso-oki Earthquake Tsunami on the coast from Chiba Prefecture to Fukushima Prefecture, Jishin (Earthquake) Nr. 22, 2007, S. 53-59.

6 Als Buch vgl. *Shojiro Akashi*, Strafanzeige gegen die Tokyo-Elektrizitäts-AG-Reportage über die Atomwerke-Explosion in Fukushima, 2012, Kinyoubi-AG. Beachtenswert ist die Verurteilung wegen falscher Einschätzung des Erdbebenrisikos durch Seismologen durch ein italienisches Gericht am 22. Oktober 2012 in Bezug auf das Erdbeben in L'Aquila am 6. April 2009, bei dem 309 Menschen zu Tode gekommen sind. Das Gericht hat die sieben Angeklagten wegen fahrlässiger Tötung zu Haftstrafen von 6 Jahren verurteilt.

7 „Gesetz über Straftaten gegen die Umwelt“ (seit 1971). Dieses Gesetz regelt Straftatbestände, in denen der Täter vorsätzlich oder fahrlässig Gefährdungen menschlicher Gesundheit verursacht. Dazu vgl. *Yamanaka*, Umweltkatastrophen, Massenprozesse und rechtlicher Ökologieschutz in Japan, in: *Yamanaka*, Strafrechtsdogmatik in der japanischen Risikogesellschaft, 2008, S. 73 ff.

8 Es gibt keine fahrlässigen Vermögensdelikte im japanischen StGB. Wichtig sind deswegen nur fahrlässige Tötung und Körperverletzung. Aber es gibt keine Opfer, die durch den Atomunfall direkt zum Tode gekommen sind. Bei einem Opfer, das durch Selbstmord zum Tode gekommen ist, ist die objektive Zurechnung des Todes zum Verantwortungsträgers des Atomkraftwerkes problematisch. Um ein bekanntes Beispiel zu nennen: Ein 54- jähriger Molker aus Fukushima hat am 20. Juni 2011 Selbstmord begangen. Er hat an die Wand seines neu gebauten Stalls geschrieben: “ Ich denke mir nur, wäre das Atomkraftwerk doch nur nicht gebaut worden“.

3. Bestimmung der Verantwortlichen

Die Bestimmung der Verantwortlichen für die Atomexplosion ist nicht ohne Weiteres möglich. Sucht man allgemein nach den Ursachen der Katastrophe, kommen zwei Ansätze für den Schadenseintritt in Betracht: Einerseits das möglicherweise pflichtwidrige Verhalten der verschiedenen Zuständigen, die zur Zeit der Katastrophe, also während der konkreten Gefahrensituation, für die Sicherheit des Atomkraftwerks verantwortlich waren[9]. Andererseits das Verhalten der Menschen, die für Fehler vor der konkreten Gefahrensituation verantwortlich sind, also für den dortigen Bau des Atomkraftwerks und die unzureichenden Sicherheitsmaßnahmen gegen Erdbeben und Tsunami.

Allgemein ist bei Katastrophen, bei denen viele Menschen ums Leben kommen und große Unternehmen (wie Bahn, Lebensmittelfirmen, Pharmakonzerne, Hotels) beteiligt sind, die strafrechtliche Verantwortung auch der Präsidenten und Direktoren zu hinterfragen, die die Katastrophe möglicherweise fahrlässig verursacht haben. Dabei wirken typischerweise verschiedene fahrlässige Verhaltensweisen mehrerer Beteiligter zusammen.

4. Ziel des Vortrags

In meinem Vortrag werde ich mich mit den theoretischen Problemen verschiedener Formen des Zusammenfallens von fahrlässigen Verhaltensweisen in Organisationen der modernen Gesellschaft beschäftigen[10].

II. Funktion der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit

1. Fahrlässigkeitsfälle

a) Ermittlung der Fahrlässigkeitstäter

Es geschehen in Japan immer wieder Katastrophen, die viele Menschenleben kosten: Um nur die bekanntesten Katastrophen, die vor Gerichten verhandelt wurden, zu nennen, sind Lebensmittel-Vergiftungs-Unfälle[11],

---

[9] Gemeint sind verantwortliche Personen der Tokyo-Elektriziäts-AG, der Regierung, des Premierminister-Amts und der Präfektur Fukushima. Dazu vgl. den Bericht des Untersuchungskomitee des Parlaments (National Diet of Japan, Fukushima Nuclear Accident-Independent Investigation Commission), 2012, S. 26 ff., 59 ff.

[10] Dazu vgl. meinen ins Chinesische übersetzten Aufsatz (Übersetzung von Prof. *Chou, Ching-Tung*), über „Katastrophen und Fahrlässigkeitsdelikte in der modernen Gesellschaft“, in: Law Review of Universität Kaoshung in Taiwan (erscheint demnächst).

[11] Morinaga-Trockenmilch-Vergiftungsfall (Urteil des LG Tokushima vom 28. 11. 1973, Keijisaiban Geppo 5, 11, 1473); Kanemi-Ölvergiftungsfall (Urteil des OG Fukuoka vom 25. 1. 1982, Keijisaiban Geppo 14, 1-2, 26) usw. Der Beweis der Körperverletzung ist nicht leicht. Vgl. *Yamanaka*, Die strafrechtliche Produkthaftung in der japanischen Judikatur - Eine vorbereitende Betrachtung über die Begründung der Garantenpflicht bei den Unterlassungsdelikten, in: Kansai University Review of Law and Politics, Nr. 32, 2011, S. 17 ff., bes. 20 ff.; auch in: *Yamanaka*, Geschichte und Gegenwart der japanischen Strafrechtswissenschaft (Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspolitik Bd. 26), 2012, S. 341 ff.

Eisenbahn-Unfälle[12], Gasexplosions-Unfälle[13] und Pharma-Unfälle[14] hervorzuheben. Schwierig ist dabei, das für die Katastrophe aus strafrechtlicher Sicht verantwortliche Führungspersonal zu ermitteln. Am Beispiel eines neueren katastrophalen Unfalls lässt sich dieses Problem erläutern:

b) JR-Westjapan-Eisenbahnunfall[15]

Bei einem Eisenbahnunfall, der durch einen in einer scharfen Kurve entgleisenden Zug der Fukuchiyama-Linie der JR-Westjapan-AG am 25. April 2005 verursacht wurde, gab es inklusive des Lokführers 107 Tote und mehr als 560 Verletzte. Direkte Ursachen des Unfalls waren das verspätete Bremsen des Lokführers und die zu hohe Geschwindigkeit in der Kurve. Zehn Personen inklusive der bisherigen Präsidenten und anderer Topmanager der JR Westjapan-AG kamen ins Visier der Ermittlungen. Allerdings wurde nur der ehemalige Präsident A, der für die Sicherheitsmaßnahmen zum Zeitpunkt des Umbaus der Kurve neun Jahre vor dem Unfall verantwortlich war, wegen fahrlässiger Tötung und Körperverletzung im Betrieb (§ 211 jStGB a.F.) angeklagt. Der wichtigste Streitpunkt des Verfahrens betraf die „Vorhersehbarkeit" des Unfalls und die Pflicht, ein automatisches Bremssystem zu installieren (Automatic Train Stop- Systems)[16]. Das LG Kobe hat den Angeklagten am 11. Januar 2012 mangels Vorhersehbarkeit des Unfalls freigesprochen. Im Rahmen dieses Unfalls sind weitere Topmanager von JR-Westjapan von der Staatsanwaltschaft verdächtigt worden. Gegen diese erhob die Staatsanwaltschaft letztlich aber keine Anklage. Sie wurden nur teilweise

---

[12] Shigaraki-Kogen-Bahn (SKB)-Unfall vom 14. Mai 1991 (Urteil des LG Otsu vom 24. 3. 2000, Hanrei Jiho 1717, 25). Bei Reparaturarbeiten wurde das Signal fehlerhaft gegeben. Zwei aufeinander zufahrende Züge sind deswegen zusammengestoßen und dadurch 42 Personen gestorben und 519 Personen verletzt worden. Für diesen Unfall wurden drei Angeklagte, die zur SKB gehörten und für die Signalreparatur und die Zugfahrten direkt verantwortlich waren, verurteilt. Die Beteiligten aus JR- Westjapan wurden nicht angeklagt. Schon am 11. 1. 1974 war das „Untersuchungskomitee für Luftverkehrsunfälle" gegründet worden. Nach obigem Unfall wurde das „Untersuchungskomitee für Flugzeug- und Eisenbahnunfälle" (Aircraft and Railway Accidents Investigation Commission) am 1. Oktober 2001 beim Ministerium für Land und Verkehr neu gegründet. Seit 1. 11. 2008 heißt es „Verkehrssicherheitskomitee".

[13] Außer dem Tenroku-Gasexplosions-Fall gibt es auch den „Shinetsu-Chemie-Explosions-Fall (Urteil des LG Niigata vom 9. 3. 1978, Hanrei Jiho 893, 106).

[14] In Japan wurde der Thalidomid-(Contergan)- Fall nicht vor die Strafgerichte gebracht. Vgl. *Yamanaka*, Die Bilanz des AIDS- Skandals in Japan - Strafrechtliche Haftung wegen der Produktion und ärztlichen Verschreibung von AIDS - kontaminierten Blutprodukten und wegen Aufsichtspflichtsverletzungen, in: Rengier/Yamanaka (Hrsg.), Die gegenwärtigen Aufgaben des Rechts in sich ändernden Sozialsystemen. Vorträge des 3. Trilateralen deutsch-japanisch-koreanischen–Seminars, 12-13. März 2008 in Osaka, Universität Konstanz KOPS, S. 149 ff., http://kops.ub.uni-konstanz.de/handle/urn:nbn:de:bsz:352-187531; auch in *Yamanaka* (Fn. 11), S. 317 ff.

[15] Urteil des LG Kobe vom 11. 1. 2012, in: LEX/DB.

[16] ATS hat die Funktion, den Zugführer zu alarmieren, die Geschwindigkeit zu senken oder den Zug zu stoppen, wenn er die Geschwindigkeitsgrenze überschreitet.

durch Zwangsklageerhebung aufgrund des Beschlusses des Staatsanwaltsprüfungsausschusses (Kensatsu Shinsakai)[17] angeklagt.

2. Die Tendenz zur härteren Bestrafung bei Fahrlässigkeitsdelikten

a) Fahrlässigkeitsstrafbarkeit von Topmanagern in Unternehmen

Die Forderung nach der Bestrafung von Topmanagern wegen Fahrlässigkeitsdelikten bei tödlichen Katastrophen ist in der Bevölkerung in den 1970er Jahren aufgekommen. Weil zivilrechtliche Ansprüche auf Schadensersatz bei Umweltkatastrophen gegenüber großen Unternehmen damals bejaht wurden[18], schien es Unrecht zu sein, dass die strafrechtliche Haftung für solche durch Unternehmen herbeigeführte, katastrophale Schäden verneint werden musste. In der Wissenschaft vertrat man in dieser Zeit die Lehre von der neuen Fahrlässigkeit, nach der die Fahrlässigkeit von Topmanagern auch strafrechtlich verfolgt werden kann. Als solch neuer Versuch ist z. B. die „Besorgnistheorie“[19] zu nennen, nach der es hinsichtlich der Vorhersehbarkeit ausreicht, wenn der Täter eine auch nur vage Besorgnis bezüglich der Möglichkeit des Erfolgseintritts hegt[20].

b) Tendenzen zur härteren Bestrafung im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte

In Japan sind die Stimme des Volkes und die Tendenzen in der Justiz zur härteren Bestrafung von Straftätern neuerdings immer klarer hervorgetreten. Diese Tendenzen sind nicht auf Vorsatztäter beschränkt. Für die Verkehrsunfälle mit Todes- oder Körperverletzungsfolge ist die fahrlässige Tötung im Betrieb (§ 211 jStGB a.F.), die eine Strafe von bis zu 5 Jahren Zuchthaus vorsah, reformiert worden. Auf der einen Seite ist der Straftatbestand der „Gefährdungsfahrt mit Todes- und Körperverletzungsfolge“, der im Falle der Körperverletzung mit einer Zuchthausstrafe bis zu 15 Jahren und im Falle der Tötung mit einer Zuchthausstrafe von 1 bis 20 Jahren bestraft wird, neu geschaffen worden (§ 208 a jStGB). Dieser Tatbestand ist ein neuartiges erfolgsqualifiziertes Delikt, bei dem die Grundtatbestandshandlung an sich nicht strafbar ist. Andererseits wurden die Verkehrsunfälle mit Todes- und Körperverletzungsfolge aus dem Tatbestand der fahrlässigen Tötung oder Körperverletzung im Betrieb (§ 211 Abs. 1 jStGB) herausgenommen und ein

---

[17] In Japan gilt grundsätzlich das Opportunitätsprinzip bei der Klageerhebung. Wenn sich aber der Staatsanwaltsprüfungsausschuss, der sich aus normalen Bürgern zusammensetzt, für die Klageerhebung zweimal entschieden hat, muss die Klage durch die als Staatsanwälte fungierenden Rechtsanwälte erhoben werden, „um die Berechtigung des Klagerechts zu prüfen, in dem sich die öffentliche Meinung widergespiegelt“ (§ 1 des Gesetzes betreffend den Staatsanwaltsprüfungsausschuss). Dieses Institut des „Klageerhebungsbeschlusses“ (Zwangsklageerhebung) wurde erst am 21. Mai 2009 eingeführt.

[18] Vgl. *Yamanaka*, Umweltkatastrophen, Massenprozesse und rechtlicher Ökologieschutz in Japan, in: Yamanaka (Fn. 7), S. 60 ff., bes. 65 ff..

[19] *Fujiki* war Hauptvertreter dieser Theorie. Vgl. *Yamanaka* (Fn. 7), Die japanische Fahrlässigkeitsdogmatik im Lichte des sozialen Wandels, S. 220 ff. Auch zur Lehre von der Verantwortlichkeit des Unternehmens als Organisation von *Itakura* vgl. *Yamanaka* (Fn. 7), S. 222 f.

[20] Vgl. *Yamanaka* (Fn.7), S. 220.

neuer Tatbestand für die „fahrlässige Tötung oder Körperverletzung bei der Autofahrt“ in § 211 Abs. 2 jStGB mit einer Strafandrohung bis zu 7 Jahren geschaffen.

Das Bedürfnis nach einer schwereren Bestrafung solcher Todesfälle scheint mit dieser Reform allerdings nicht befriedigt worden zu sein: Massenmedien berichten zunehmend von dem Verlangen der Hinterbliebenen nach einer harten Strafe. Das gilt auch für andere Katastrophen mit Todesfolgen. Auch im JR-Westjapan-Eisenbahnunfall war das Bedürfnis der Hinterbliebenen der Unfallopfer zur Bestrafung etwaiger Täter extrem hoch.

3. Die begrenzte Vorbeugungsfunktion der Fahrlässigkeitsdelikte

Es ist jedoch fraglich, ob die härtere Bestrafung mit Blick auf fahrlässiges Verhalten vor und während einer Katastrophe einen Präventionseffekt hätte. Bei den Fahrlässigkeitsdelikten ist es nicht möglich, dass die Verbotsnorm unmittelbar auf den Täter einwirkt, weil der Täter gegen die Verbotsnorm, die das Verhalten im alltäglichen Leben konkret vorschreibt, nicht bewusst verstößt[21]. Für die Vorbeugung ist es wichtiger, dass man geeignete Sicherheitsmaßnahmen zum Beispiel im Straßenverkehr ergreift. Auch das Risikomanagement in den Organisationen spielt eine bedeutende Rolle zur Vorbeugung von Katastrophen. Es ist ferner wichtig, dass die Menschen in Organisationen verschiedene Schutzbarrieren errichten, um die Ausweitung eines an sich unbedeutenden Unfalls zu einer Katastrophe zu verhindern. Die Untersuchung von Unfallursachen durch einen Unfalluntersuchungsausschuss hat auch für die zukünftige Vermeidung von Unfällen erhebliche Bedeutung[22]

4. Die Aufgabe der Fahrlässigkeitsdogmatik

Die Aufgabe der gegenwärtigen Fahrlässigkeitsdogmatik liegt darin, einen Ausgleich zwischen dem zweifelhaften Vorbeugungseffekt und dem Bestrafungsbedürfnis von Hinterbliebenen zu finden. Worin liegt die Ursache für das Bedürfnis nach harten Strafen? Das Rechtsgut des menschlichen Lebens erhält in der modernen Gesellschaft einen zunehmend höheren Stellenwert. Dieser Stellenwert besteht für die Opferfamilien unabhängig von einer fahrlässigen oder einer vorsätzlichen Tötung durch den Täter. Der Verursacher des Unfalls ist das Unternehmen, das zum Beispiel mit dem Betrieb der Eisenbahn erheblichen Profit gemacht hat. Für die Hinterbliebenen ist eine Bestrafung insofern von Bedeutung, als sie nicht nur individuellen

---

[21] Zur Unfallprävention und Aufgabe der Fahrlässigkeitsdelikte – mit blick auf das Medizinstrafrecht - vgl. *Yamanaka*, Vorläufige Betrachtungen zur strafrechtlichen Haftung bei ärztlichen Behandlungsfehlern in Japan, in: *Hilgendorf/Rengier* (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Heinz, 2012, S. 850 ff.

[22] Das „Schweizer-Käse-Model“ der Katastrophe nach *James Reason* (Managing the Risks of Organizational Accidents, 1997) im Behandlungsfehler-Fall scheint auch auf andere Katastrophen anwendbar zu sein. Vgl. *Ennker/Pietrowski/Kleine*, Risikomanagement in der operativen Medizin, 2007, S. 4 f.; *Paula*, Patientensicherheit und Risikomanagement, 2007, S. 52 f.; vgl. auch meinen auf japanische geschriebenen Aufsatz über „Behandlungsfehler und objektive Zurechnung“, Hogaku Ronshu Bd. 62, H. 2, 2012, S. 66 ff.

Schadensersatz erlangen, sondern auch die allgemeine Gerechtigkeit wieder hergestellt wird.

Darüber hinaus haben sie teilweise ein starkes Interesse daran, die Wahrheit über die Ursachen der Katastrophe zu erfahren, die den Tod ihres Familienmitgliedes zur Folge hatte. Sie glauben, dass dafür ein „Untersuchungskomitee für Katastrophenursachen“[23] geeigneter als das Strafverfahren ist, weil ein derartiges Komitee die Ursachen unabhängig von strafrechtlichen Ermittlungen untersuchen kann.

III. Konzeption der Organisationsfahrlässigkeit

1. Entwicklung der modernen Organisationsfahrlässigkeitsdogmatik

a) „Strukturell bedingte“ und „zufällig bedingte“ Katastrophe

In Japan werden die Katastrophentypen seit Mitte 1970 in „strukturell bedingte Katastrophen“ und in „zufällig bedingte Katastrophen“ eingeteilt[24]. Bei dem ersten Katastrophentyp wurzeln dessen Ursachen nicht nur in einer persönlichen Sorgfaltswidrigkeit, sondern auch in der modernen Sozialstruktur. Diese Katastrophen entstehen grundsätzlich im Bereich des unternehmerischen Betriebs, wo mehrere individuell Beteiligte mitwirken.

b) Konkurrenz der Fahrlässigkeitsdelikte

Seit den 1950er Jahren geschahen mehrere Eisenbahnunfälle, bei denen z. B. nicht nur (drei) Elektrizitätsbauarbeiter, die ein fehlerhaftes Werkzeug auf die Oberleitung haben fallen lassen, sondern auch Zugführer und Bahnhofsvorsteher nebeneinander fahrlässig handelten[25]. In Japan spricht man von der Konkurrenz der Fahrlässigkeitsdelikte. Eine derartige Konkurrenz findet man heute oft in Fällen medizinischer Behandlungsfehler,

---

[23] In Japan wurde am 11. Januar 1974 zum ersten Mal ein „Untersuchungskomitee für den Luftverkehrsunfall“ im Verkehrsministerium aus Anlass des ANA- Abstürzunfalls vom 30. Juli 1971 gegründet. Am 1. Oktober 2001 wurde es zum „Untersuchungskomitee für Luftverkehrs- und Eisenbahnunfälle” (Aircraft and Railway Accidents Investigation Commission) beim Ministerium für Land, Infrastruktur, Transport und Tourismus (Ministry of Land, Infrastructure, Transport and Tourism) umformiert. Man diskutiert seit langem auch über die Gründung eines „Untersuchungskomitees für medizinische Unfälle“ (vgl. dazu *Yamanaka*, in: Heinz-Festschrift, S. 847 ff.). Vgl. *Ulsenheimer,* Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl., 2008, S. 186 ff.; *Schöch*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Behandlungsfehlern, in: Roxin/Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl., S. 133 ff.; *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl.,2010, § 140, Rdn. 16.

[24] Vgl. *Fujiki,* Fahrlässigkeitsdelikte (japanisch), 1975, S. 185, 212. Zur auf Deutsch geschriebenen Literatur über die zwei Typen der Katastrophen vgl. *Yamanaka*, Die japanische Fahrlässigkeitsdogmatik im Lichte des sozialen Wandels, in: Yamanaka (Fn. 7), S. 214 ff., 215 f.

[25] Ein Beispiel ist der Sakuragicho-Zug-Unfall (Beschluss des OGH vom 15. 4. 1960, Keishu 14, 5, 591). Beim Brand des Zuges konnten die Fahrgäste die Türen des Zuges von innen nicht öffnen, so dass die Schäden erweitert wurden und 106 Personen ums Leben kamen.

bei denen fahrlässige Handlungen von Ärzten und sonstigem medizinischen Personal nebeneinander vorliegen[26].

Als ein Beispiel für die Fahrlässigkeitskonkurrenz soll der „Tenroku-Gasexplosions-Fall“[27] hervorgehoben werden: In der U-Bahnbaustelle in Tenroku in der Stadt Osaka kam es zu einer großen Gasexplosion. 79 Personen, in der Mehrzahl Fußgänger, wurden getötet und 380 Personen verletzt. Beim U-Bahnbau wurden die ausgegrabenen Gasrohre unter der Erde ohne Schutzmaßnahmen lediglich mit Drähten aufgehängt. Die Baustelle wurde mit Betonplatten bedeckt, über die man viele Kraftfahrzeuge fahren ließ. Zur Gasausströmung kam es dadurch, dass sich durch Erschütterungen eine Fuge an der Verbindungsstelle zweier Gasrohre löste. Die zuständigen Personen des Bauunternehmens, des Gaswerks Osaka und des Stadtverkehrsamtes wurden wegen fahrlässiger Tötung im Betrieb (§ 211 jStGB a.F.) angeklagt.

Dem Urteil zufolge hatte das „Bauunternehmen“ die Pflicht, die Schutzmaßnahmen zu treffen. Das „Stadtverkehrsamt“ hatte die Pflicht, sein Aufsichtsrecht angemessen auszuüben und damit den Einbau zu kontrollieren. Das „Gaswerk Osaka“ musste in jedem Falle die von ihm stammenden Gasleitungen beobachten und warten. Es hatte die Pflicht, auf der Baustelle konkret geeignete Weisungen und Ratschläge zu geben. Somit sind alle drei Organisationen dafür verantwortlich, dass das Gasrohr ohne solche Schutzmaßnahmen verlegt und dadurch die Katastrophe verursacht wurde.

c) Fahrlässigkeitskonkurrenz zwischen Täter und Opfer

In den 1960er Jahren entwickelten sich Theorien zu Fahrlässigkeitsdelikten im Rahmen von Verkehrsunfällen[28]. Eine solche Theorie stellt der Vertrauensgrundsatz dar. Die Ausdehnung des Vertrauensgrundsatzes auf die Organisationshaftung hat dazu geführt, dass der Grundsatz nicht mehr nur für die Risikoverteilung zwischen Täter und Opfer Bedeutung erlangt, sondern auch für die Reichweite der Fahrlässigkeitshaftung bei mehreren Tätern herangezogen wird[29].

---

[26] Bekannt sind Hokkaido Universität- Elektroskalpell-Fall (Urteil des OG Sapporo 18. 3. 1976, Kokeishu 29, 1, 78) und Saitama-Medizinische Universitätsfall (Beschluss des OGH vom 15. 11. 2005, Keishu 59, 9, 1558). Zum ersten Fall vgl. *Yamanaka* (Fn. 7), S. 229 f.

[27] Urteil des Landgerichts Osaka vom 17. 4. 1985, Hanrei Jiho Nr. 1165, S. 28 ff. Zum Urteil der zweiten Instanz vgl. Urteil des OG Osaka vom 22. 3. 1991, Hanrei Jiho 1458, 18. Zum Urteil der ersten Instanz vgl. *Itakura*, Kigyohanzai no Riron to Genjitsu (Theorie und Wirklichkeit der Unternehmenskriminalität), 1980, S. 103 ff.; *Yamanaka*, Gasexplosionsunfälle und strafrechtliche Verantwortung, Jurist Nr. 840, 1985, S. 26 ff.; *Nakayama*, Hogaku Seminar Nr. 375, S. 67 f.; *Maeda*, Juyo Hanrei Kaisetsu von 1985, S. 147 ff.; *Arioka*, Kindai Shobo Nr. 70, 1985, S. 144 ff.

[28] Der japanische OGH hat den Vertrauensgrundsatz bei Verkehrsunfällen erstmals im Jahre 1966 verwendet (Urteil des OGH vom 14. 6. 1966, Keishu 20, 5, 499 und vom 20. 12. 1966, Keishu 20, 10, 1212) . Vgl. *Yamanaka* (Fn. 7), S. 218 f.

[29] Bekannt ist der Elektroskalpell-Fall in der medizinischen Fakultät Hokkaido, bei dem die Aufsichtsfahrlässigkeit des Chirurgen als Teamleiter zum Fehlverhalten der Krankenschwester bei der Operation führte (oben in Fn. 28 genanntes Urteil des OG Sapporo vom 18. 3. 1976). Vgl. dazu *Yamanaka* (Fn. 7), S. 229 f.

d) Organisationsfahrlässigkeit

In den 1970er und 1980er Jahren ereigneten sich verschiedene große Katastrophen (Brandfälle, Gasexplosionen, Umweltschädigungen mit Todesfolge, Lebensmittelvergiftungsfälle). Die strukturell bedingte Fahrlässigkeit bei diesen Katastrophentypen brachte die „Besorgnistheorie" und die „Aufsichtsfahrlässigkeitstheorie" hervor, durch die eine strafrechtliche Haftung von Topmanagern in Unternehmen begründet werden kann[30].

e) Aufsichtsfahrlässigkeit

Bemerkenswert in Bezug auf die Entwicklung der Aufsichtsfahrlässigkeitstheorie sind eine Reihe von Entscheidungen des OGH seit 1990, in denen es um große Brandkatastrophen ging: Kawaji-Prince-Hotelbrand-Fall[31], Sennichi-Kaufhausbrand-Fall[32], Taiyo-Kaufhausbrand-Fall[33] und Hotel-New Japan-Brand-Fall[34]. Dabei wurden nur im Taiyo-Kaufhausbrand-Fall die Angeklagten letzten Endes freigesprochen. Im Taiyo-Kaufhaus-Fall war deshalb freizusprechen, weil die Staatsanwaltschaft formell den „leitenden Machthaber" (Kanrikengensha) und den „Brandschutzbeauftragten" (Bokakanrisha) nach § 8 des Feuerwehrgesetzes (FWG)[35] angeklagt hat. § 8 des FWG verlangt allerdings, als leitenden Machthaber den Präsidenten des Unternehmens und als Brandschutzbeauftragten den Geschäftsführer des Unternehmens zu ernennen. Beim Taiyo-Kaufhaus-Fall wurde dagegen der Chef einer Personalabteilung zum leitenden Machthaber und ein bloßer Angestellter zum Brandschutzbeauftragten gemacht. Das Gericht hat diese Personen mangels materieller Befugnisse freigesprochen.

f) Fahrlässige Mittäterschaft

Der OGH hat schon im Jahre 1953 die „fahrlässige Mittäterschaft" anerkannt[36], während das RG diese Konzeption noch verneint hatte. Nach der „Tatgemeinsamkeitstheorie"[37] für die Grundkonzeption der Mittäterschaft wurde die Möglichkeit fahrlässiger Mittäterschaft schon früher bejaht. Aber nach der herrschenden „Straftatgemeinsamkeitstheorie" wird sie vollkommen verworfen. Seit dem OGH-Urteil wandte sich die Wissenschaft jedoch intensiver der Rechtsfigur der fahrlässigen Mittäterschaft zu. Bekannt ist des Weiteren das Urteil des OG Tokyo aus dem Jahre 1992, in dem im Setagaya-

---

30 Zu diesen Theorien vgl. *Yamanaka* (Fn. 7), S. 220 ff.

31 Beschluss des OGH vom 16. 11. 1990, Keishu 44, 8, 744. Zu den Entscheidungen des LG und OG vgl. *Yamanaka* (Fn. 7), S. 245.

32 Beschluss des OGH vom 29. 11. 1990, Keishu 44, 8, 871. Zu den Entscheidungen des LG und OG vgl. *Yamanaka* (Fn. 7), S. 248.

33 Urteil des OGH vom 14. 11. 1991. Keishu 45, 8, 221.

34 Beschluss des OGH 25. 11. 1993, Keishu 47, 9, 242. Der Präsident dieses Hotels, der in Managementsangelegenheiten den Ton angab, wurde verurteilt. Er hatte keine Feuerschutztüren oder Wassersprinkler im Hotel einbauen lassen.

35 Nach § 8 Abs. 1 des FWG hat der leitende Machthaber den Feuerschutz-Verwalter zu ernennen und von ihm einen Feuerschutzplan entwerfen zu lassen.

36 Urteil des OGH vom 23. 1. 1953, Keishu Bd. 7, H. 1, S. 30.

37 Zu diesem Begriff vgl. *Yamanaka*, Gedanken zum Akzessorietätsprinzip, in: Yamanaka (Fn. 7), S. 321 ff.

Kabel-Brand-Fall[38] mit Blick auf den Ausbruch des Feuers die fahrlässige Mittäterschaft der Arbeiter bejaht wurde. Heute erkennt die herrschende Meinung eine solche Mittäterschaft an.

g) Strafrechtliche Produkthaftung

Seit etwa dem Jahre 2000 fallen in Japan die strafrechtlichen Produkthaftungsfälle auf[39]. Die strafrechtlichen AIDS-Fälle[40] veranschaulichen die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Präsidenten und Topmanagern der Pharmaunternehmen sowie von Ärzten und Amtsträgern für die Herstellung und den Vertrieb fehlerhafter Produkte. Im Warmwasseraufbereiter-Fall[41] und im Mitsubishi-Lastwagen-Fall[42] geht es um die strafrechtliche Unterlassungshaftung beim Rückruf von Produkten.

IV. Systematisierung der Fahrlässigkeitskonkurrenzen

1. Fahrlässigkeitskonkurrenzen zufälliger und organisatorischer Natur

Die Fälle der Konkurrenz der Fahrlässigkeitsdelikte[43] lassen sich grob in die der zufälligen Konkurrenz bei mehreren individuellen Handlungen und die der Konkurrenz bei arbeitsteiligen und organisierten Handlungen einteilen. In der ersten Fallgruppe, wie in den oben erwähnten Eisenbahnunfällen, entstehen die fahrlässigen Handlungen durch gemeinsame Handlungen, die unabhängig voneinander, gleichzeitig oder kurz nacheinander erfolgen. Innerhalb dieser Gruppe sind wiederum zwei Typen zu unterscheiden: Erstens der Typ der „parallelen Konkurrenz der Fahrlässigkeitsdelikte“. In diesen Fällen ist jede fahrlässige Handlung unabhängig voneinander ursächlich für den Erfolg. Wenn der Täter bewusst unsorgfältige Handlungen mitverursacht, stehen die beiden Handlungen im Verhältnis der fahrlässigen Mittäterschaft. Zweitens der Typ der „linearen Konkurrenz der Fahrlässigkeitsdelikte“. In diesen Fällen verknüpfen sich mehrere fahrlässige Handlungen zeitlich nacheinander zum Erfolg.

2. Arten der Organisationsfahrlässigkeiten

Bei der Konkurrenz von Fahrlässigkeitsdelikten in arbeitsteiligen Organisationen geht es um die „Organisationsfahrlässigkeit“. Dabei findet eine „horizontale“ und eine „vertikale“ Arbeitsteilung statt. Bei der ersteren handelt es sich wie bei der „parallelen Konkurrenz“ um „parallele

---

38 Urteil des OG Tokyo vom 23. 1. 1992, Hanrei Jiho 1419, 133.

39 Vgl. *Yamanaka* (Fn. 11), S. 341 ff.

40 Vgl. dazu *Yamanaka* (Fn. 11), S. 317 ff.

41 Urteil des OG Tokyo vom 11. 5. 2010, Hanrei Times 1328, 241. Dieser Fall ist als „Paroma-Gas-Boiler-Fall“ in Japan genannt. Vgl. *Yamanaka* (Fn. 11), S. 343 f.

42 Beschluss des OGH vom 8. 2. 2012, LEX/DB; Urteil des LG Yokohama vom 13.12. 2007, Hanrei Times 1285, 300; Urteil des OG Tokyo vom 2. 2. 2009, LEX/DB. Der OGH hat die Gefahrverwirklichung der Pflichtwidrigkeit im Erfolg bejaht. Zum Urteil der unteren Instanzen vgl. *Yamanaka* (Fn. 11), S. 360 f.

43 Vgl. meinen auf Japanisch geschriebenen Aufsatz über „Behandlungsfehler und strafrechtliche Organisationshaftung“, Hogaku Ronshu Bd. 62, H. 3, 2012, S. 1 ff.

Organisationsfahrlässigkeit“ und damit um fahrlässige Mittäterschaft. Bei letzterer geht es wie bei der „linearen Konkurrenz“ um „lineare Organisationsfahrlässigkeit“.



3. Aufsichtsfahrlässigkeit und Leitungsfahrlässigkeit

Bei der Leitungsfahrlässigkeit handelt es sich nach dem bisherigen Sprachgebrauch in Japan um sog. „Aufsichtsfahrlässigkeit“. Der auch als Aufsichtspflichtverletzung bezeichnete Fahrlässigkeitstyp hat zwei Varianten: Bei der ersten Variante handelt es sich um Aufsichtsfahrlässigkeit, bei der gefährliche Sachen, Anstalten oder personale Organisationen unter Aufsicht (sog. „Kanrikasitu“ auf Japanisch) stehen. Ich verwende in der deutschen Sprache dafür den von mir erdachten Begriff der „Leitungsfahrlässigkeit”. Für die zweite Variante ist die Aufsicht über „menschliches Verhalten“ charakteristisch. Deswegen ähnelt diese Variante der Teilnahme bei Vorsatzdelikten. Für diesen Fahrlässigkeitstyp verwende ich den Begriff der „Aufsichtsfahrlässigkeit“ im engeren Sinne.

4. Aufsichtsfahrlässigkeit als Unterlassung?

Im Rahmen der Aufsichtsfahrlässigkeit wird auch die Pflicht der Aufsichtspersonen zur Errichtung von Sicherheitssystemen diskutiert. Diese Fahrlässigkeit führt nach der herrschenden Meinung zu Unterlassungsdelikten, wenn der Täter eine solche Pflicht nicht erfüllt hat. Es gibt jedoch eine Gegenmeinung, zu der auch ich gehöre. Wenn man von einer Sicherheitserrichtungspflicht spricht, dann erscheint die Pflichtwidrigkeit als Unterlassungsdelikt. Meiner Ansicht nach liegt der Schwerpunkt der Pflichtwidrigkeit jedoch in der Systemgestaltungshaftung der Organisatoren. Der Täter trägt die Verantwortung für seine gefährliche, von ihm gestaltete Organisation, aus der der Erfolg entstanden ist.

5. Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen bei den Fahrlässigkeitsdelikten

Bei der Aufsichtsfahrlässigkeit sind zwei Fälle zu unterscheiden. Zum einen der Fall, bei dem das fahrlässige Verhalten während der konkreten Gefahrensituation erfolgt (in der kritischen Situation). Zum anderen der Fall des fahrlässigen Handelns vor dem konkreten Gefahrenzustand. Beispielsweise hat der Geschäftsführer eines großen Kaufhauses als ernannter „Brandschutzbeauftragter" bei einem Brand des Kaufhauses die Angestellten anzuweisen, die Kunden an einen sicheren Ort zu verbringen. Wenn der Geschäftsführer beim Ausbruch eines Feuers, das aus Unachtsamkeit eines Hotelgastes entstanden ist, den Angestellten nicht rechtzeitig Anweisung erteilt, hat er es in der konkreten Gefahrensituation unterlassen, entsprechende Maßnahmen zur Verhinderung zu treffen. Beim zweiten Typ erfolgt die Fahrlässigkeit in einem früheren Stadium, in dem noch keine konkrete Gefahrensituation vorliegt. Dies ist beispielweise der Fall, wenn der Geschäftsführer seine Pflicht, mit den Angestellten die vorherigen Feueralarmübungen durchzuführen, nicht erfüllt hat und dadurch Kunden bei einem Brand ums Leben kommen. Dann hat er kein Unterlassungsdelikt begangen, sondern eine Gefahrensituation geschaffen. Sein fahrlässiges Handeln ist darin zu erblicken, dass er das Sicherheitssystem gegen Brände unzureichend gestaltet und vermittelt hat. Ich bezeichne dies als „Systemgestaltungsfahrlässigkeit". Man kann es auch „Organisationsfahrlässigkeit" im engeren Sinne nennen.

Wichtig ist also, dass die Annahme eines Unterlassens eine konkrete Gefahrensituation für den Erfolgseintritt voraussetzt. Vor einer solchen Situation sind die zu einer solchen Situation führenden kausalen Handlungen als Tun einzustufen.

6. Zwei Typen der Organisationsfahrlässigkeit

a) Organisationsfahrlässigkeit „vor" und „in" der Gefahrensituation

In der Kategorie der „Aufsichtsfahrlässigkeit" gibt es ebenfalls Fahrlässigkeit „vor der konkreten Gefahrensituation" und „in einer solchen Situation". Es scheint mir angemessen zu sein, die erstere „Organisationsfahrlässigkeit im engeren Sinne" oder für die meisten Fälle „Leitungsfahrlässigkeit" zu nennen.

Bei der letzteren handelt es sich zwar auch um Organisationsfehler. Hierbei besteht das fahrlässige Verhalten allerdings aus fehlerhaften Handlungen in der kritischen Situation zum Handlungszeitpunkt, beispielsweise aufgrund des Fehlverhaltens eines Beteiligten, aufgrund fehlender Kommunikation oder aufgrund eines Missverständnisses zwischen Beteiligten. Diese Kategorie ist als „Organisationsfahrlässigkeit im weiteren Sinne" zu bezeichnen.

b) Zwei verschiedene Organisationspflichten

Die beiden Organisationsfahrlässigkeiten lassen sich durch ihre unterschiedlichen Anknüpfungspunkte für das fahrlässige Handeln unterscheiden:

Bei der Organisationsfahrlässigkeit im weiteren Sinne trifft die Obenstehenden grundsätzlich dieselbe Pflicht wie den direkten Täter, auch wenn es einen anderen Anschein haben mag. Zum Beispiel hat der Geschäftsführer, der bei einem Brand keine angemessenen Anweisungen an die Angestellten gibt, die gleiche Pflicht zur Löschung des Brandes. Nur kann der Geschäftsführer diese auch durch Anweisungen an Angestellte erfüllen. Dagegen hat der Geschäftsführer vor dem Brandausbruch eine Feuerschutzplanungs- oder Übungspflicht. Wenn er diese Pflicht verletzt, ist seine Fahrlässigkeit eine andere als die des direkten Täters. Die fahrlässige Handlung kann von der des direkten Täters unabhängig sein, auch wenn der Erfolg durch die Handlung des direkten Täters verursacht wurde. Wenn der Brand z. B. durch einen im Hotelbett rauchenden Gast fahrlässig ausgelöst wird, stellt die Fahrlässigkeit des Geschäftsführers, der pflichtwidrig keine Sprinkler in den Hotelzimmern angebracht hat, dennoch eine wichtige Ursache für den Tod vieler Menschen dar. Während die Fahrlässigkeit des direkten Täters eher als die zufällig bedingte Fahrlässigkeit bezeichnet werden kann, ist die Geschäftsführerfahrlässigkeit eher als die strukturell bedingte Fahrlässigkeit zu verstehen.

c) Risikoschaffung bei der Organisationsfahrlässigkeit

aa) Risikoschaffung im Vorstadium der Gefahrensituation

Bei der Organisationsfahrlässigkeit kann es auch vorkommen, dass die Organisationsfehler schon in einem früheren Stadium erfolgten und bis zum Stadium der konkreten Gefahrensituation fortbestanden, ohne sich in einem tatbestandlichen Erfolg realisiert zu haben. Zum Beispiel hat ein Hotel seit dem Betriebsbeginn vor 10 Jahren keine Sprinkler installiert, aber erst nach 10 Jahren kommt es zur Katastrophe. Dabei hat B das Hotel nach fünf Jahren von dem bisherigen Hotelinhaber A übernommen. Wenn man die unerlaubte Risikoschaffung aus einer ex-ante-Sicht beurteilt, wurde das Risiko einer Katastrophe bereits bei Betriebsbeginn geschaffen. Hat sich A deshalb wegen fahrlässiger Tötung strafbar gemacht? Wenn die Pflichtwidrigkeit auch bei dem Nachfolger B fortwirkt, sollte B wegen fahrlässiger Tötung bestraft werden. In diesem Fall, in dem das Risiko einer Katastrophe schon lange vor der konkreten Gefahrensituation erstmals geschaffen wurde, scheint sich das erste Risiko nicht im Erfolg zu verwirklichen.

bb) Problemlösung durch die Unterlassungskonstruktion?

In der japanischen Fahrlässigkeitsdogmatik wird diese Frage über eine Unterlassungskonstruktion zu lösen versucht. Dafür muss der Täter allerdings eine Garantenstellung innehaben. Es ist klar, dass der ehemalige Eigentümer im oben genannten Fall keine Garantenstellung mehr hat. Wenn man aber wie hier den Fall als Begehungsdelikt ansieht, so ist nicht auszuschließen, dass A ebenfalls das Risiko einer Katastrophe geschaffen hat. Andererseits kann angenommen werden, dass sich das durch A geschaffene Risiko nicht im Erfolg verwirklicht, weil bei der Entstehung der konkreten Gefahrensituation, in der der direkte Täter den unmittelbaren Anlass zum Erfolgseintritt gegeben hat, A nicht mehr derjenige ist, der die Gefahren-

situation zum Zeitpunkt des Katastrophenausbruchs pflichtwidrig aufrechterhalten hat.

cc) Problemlösung durch Vorhersehbarkeit?

Bei der Organisationsfahrlässigkeit vor der konkreten Gefahrensituation ist streitig, ob die „Vorhersehbarkeit" des Erfolgseintritts vorliegt. Bei großen Brandfällen kommt es auf die Frage an, ob z. B. der Tod einer Vielzahl von Hotelgästen durch den Brand vorhergesehen werden kann. In einigen Gerichtsentscheidungen kommt der Grundsatz zum Ausdruck, wonach der Tod als Enderfolg nicht unmittelbar vorhergesehen werden muss, sondern es ausreichend ist, wenn der Brandfall an sich vorhergesehen werden kann: „Es ist dann klar, dass man den Tod und die Verletzung vieler Menschen vorhersehen kann, wenn das Feuer einmal ausgebrochen ist"[44].

Ob sich die „Vorhersehbarkeit" auf den konkreten Erfolg oder auf den abstrakten Erfolg bezieht, ist umstritten[45]. Die Judikatur und die herrschende Meinung vertreten eine vermittelnde Ansicht, wonach die „Vorhersehbarkeit der Grundzüge des Kausalverlaufs" notwendig und genügend ist[46].

dd) Lösung mit dem Gedanken der objektiven Zurechnung

Meiner Meinung nach scheint der „Vorhersehbarkeitsbegriff" nicht allzu hilfreich zu sein, um die Problematik der strafrechtlichen Haftung der Organisationsfahrlässigkeitsfälle zu lösen. Denn bereits das Kriterium der „Vorhersehbarkeit der Grundzüge des Kausalverlaufs" ist nicht eindeutig. Vorzugswürdiger ist es, dieses Problem mit der Lehre von der objektiven Zurechnung zu lösen[47], weil die Begriffsinstrumente der unerlaubten Gefahrschaffung und Gefahrverwirklichung aus dem Begriffsfundus der objektiven Zurechnung stammen[48].

Bei der Fallgruppe der Leitungsfahrlässigkeit vor der konkreten Gefahrensituation handelt es sich materiell um die „Systemgestaltungsfahrlässigkeit"[49] in der Form des fahrlässigen Begehungsdelikts.

---

[44] Z. B. beim Urteil des OGH (Keishu 44, 8, 744) beim Kawaji-Prince-Hotel-Fall.

[45] Über die Unbestimmtheit des Vorhersehbarkeitsbegriffs vgl. *Yamanaka*, Strafrecht AT (Keiho Soron), 2. Aufl., 2008, S. 373.

[46] Herrschende Meinung in der Judikatur seit dem Urteil des OG Sapporo vom 18. 3. 1976 (oben Fn. 28). Vgl auch das Urteil des OG Osaka vom 25. 3. 1998, Hanrei Times 991, 86 beim Ikoma-Tunnel-Brandfall. Der OGH hat in diesem Fall die Vorhersehbarkeit des konkreten Kausalverlaufs für nicht notwendig erklärt (Urteil des OGH vom 20. 12. 2000, Keishu 54, 9, 1095).

[47] Zu meinem Fahrlässigkeitskonzept vgl. *Yamanaka*, Die Normstruktur der Fahrlässigkeitsdelikte, in: Vergleichende Strafrechtswissenschaft (Frankfurter Festschrift für Andrzel Szwarc zum 70. Geburtstag) 2009, S. 279 ff.(auch in: *Yamanaka,* Fn. 11, S. 169 ff.)

[48] Zur dualistischen Risikobeurteilung vgl. *Yamanaka*, Die dualistische Konzeption der „Risikoprognose" in der Straftatlehre, Kansai Review of Law and Politics , Nr. 28, 2007, S.19 ff. (auch in: *Yamanaka* Fn. 11, S. 67 ff.)

[49] Zum Begriff der „Systemgestaltungsfahrlässigkeit" vgl. *Yamanaka* (Fn. 11), S. 341, 360 f. Ich habe auch den Begriff der „Systemfahrlässigkeit" verwendet; vgl. *Yamanaka,* Strafrecht, AT, 2. Aufl., 2008, S. 395.

V. Zusammenfassung

Der Begriff der „Organisationsfahrlässigkeit“ im weiteren Sinne ist so auszulegen, dass darunter das Verteilungssystem der strafrechtlichen Fahrlässigkeitshaftung bei mehreren Beteiligten innerhalb einer Organisation oder zwischen den Organisationen zu verstehen ist. Die Organisationsfehler tauchen auf zweierlei Stufen auf: Zum einen in der Gestaltungsphase und zum anderen in der Durchführungsphase. Die Gestaltungsphase fragt nach der Fahrlässigkeit der Organisationsgestaltung im Vorstadium der konkreten Gefahrensituation (Systemgestaltungsfahrlässigkeit)[50]. In der Durchführungsphase geht es um Umsetzungsfehler der errichteten Organisation. Fehler in der Organisationsgestaltung werden in Japan als „Leitungsfahrlässigkeit” (Kanrikasitu) bezeichnet. Aber der Begriff der Leitungsfahrlässigkeit schließt die Durchführungsfahrlässigkeit nicht aus. Dagegen wird der Begriff der „Aufsichtsfahrlässigkeit“ (Kantokukashitsu) für die Aufsicht über fremde Verhaltensweisen verwendet. Deswegen entsteht die Fahrlässigkeit eigentlich in der Durchführungsphase.

Bei der Organisationsfahrlässigkeit im engeren Sinne könnte auch die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit eines im Vorfeld Beteiligten in Frage kommen. Wenn der ehemalige Präsident des Unternehmens z. B. ein neues fehlerhaftes System eingeführt hat, wird seine Verantwortung durch die Verantwortung des gegenwärtigen Präsidenten im Prinzip unterbrochen.

Erwähnt sei noch eine mit Aufsichtsfahrlässigkeitsdelikten verbundene Frage: In Japan wird neuerdings oft über die Straffreiheit der fahrlässigen Teilnahme diskutiert. Wenn zwei fahrlässig handelnde Täter nacheinander tätig sind, soll der Hintermann wegen der straffreien fahrlässigen Teilnahme nicht strafbar sein. Wenn z. B. ein Koch ein vergiftetes Essen in einem Restaurant vorbereitet und ein Kellner dieses den Gästen serviert, ist - nach dieser Meinung - nur der Kellner wegen fahrlässiger Tötung strafbar. Bei der Aufsichtsfahrlässigkeit ist der Anweisende straffrei, weil er nur fahrlässiger Anstifter ist. Meiner Ansicht nach ist der Täterschaftsbegriff bei den Fahrlässigkeitsdelikten anders als bei den Vorsatzdelikten auszulegen.

[50] Sie wird auch als „Organisationsfahrlässigkeit im engeren Sinne“ bezeichnet.

Die Rolle des Strafrechts bei Katastrophen

Rudolf Rengier, Konstanz

I. Einführung

Sucht man in strafrechtlichen Kommentaren und Lehrbüchern in den Stichwortverzeichnissen nach dem Begriff „Katastrophe“, so findet man nichts. Die Frage, welche Rolle das Strafrecht bei Katastrophen spielt, scheint also bisher jedenfalls unter dem Oberbegriff der Katastrophe wenig behandelt worden zu sein. Von einem Gebiet des Katastrophenstrafrechts kann schon gar nicht die Rede sein.

Anders liegt es demgegenüber im öffentlichen Recht. Dort ist, freilich auch erst in den letzten Jahren, das Katastrophen- oder Katastrophenschutzrecht stärker in den Mittelpunkt gerückt.[1] Soweit dabei das Verwaltungsrecht im Zentrum steht, spricht man auch von einem Katastrophenverwaltungsrecht. Man unterscheidet im öffentlichen Recht verschiedene Phasen des Katastrophenschutzes und setzt sich ebenfalls mit der Frage auseinander, was unter dem Begriff der Katastrophe zu verstehen ist. Nach allem liegt es nahe, sich dem Thema vom öffentlichen Recht her zu nähern.[2]

II. Begriff der Katastrophe

Der Begriff der Katastrophe ist vielschichtig. Es gibt Unglücke, die bloß für eine einzelne Person eine Katastrophe sein können, so wenn jemand einen geliebten Menschen oder sein gesamtes Hab und Gut verliert oder schwer erkrankt. Um solche individuelle Katastrophen geht es hier nicht. Mein Gegenstand sind Katastrophen im Bereich des Katastrophenschutzes und der Katastrophenmedizin.

Nach einer verbreiteten Definition ist eine Katastrophe ein Geschehen, das Leben oder Gesundheit zahlreicher Menschen, die Umwelt, erhebliche

---

[1] Dabei spielt das Forschungszentrum Katastrophenrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin eine führende Rolle. Siehe die von *Kloepfer* herausgegebenen „Schriften zum Katastrophenrecht“: Katastrophenrecht: Grundlagen und Perspektiven, 2008; Hochwasserschutz, 2009; Schutz kritischer Infrastrukturen, 2010; Pandemien als Herausforderung für die Rechtsordnung, 2011; Hochrisikoanlagen, 2012.

[2] Zum Folgenden insbesondere *Stober/Eisenmenger*, Katastrophenverwaltungsrecht – Zur Renaissance eines vernachlässigten Rechtsgebietes, NVwZ 2005, 121 ff.; *Kloepfer*, Katastrophenschutzrecht, VerwArch 2007, 163 ff.; *ders.*, Rechtliche Grundprobleme des Katastrophenschutzes, Sellner-Festschrift, 2011, S. 391 ff. Siehe weiter die Beiträge von *Kloepfer*, Einführung, S. 9 ff., *Stober*, Befugnisse und Kontrolle im Katastrophenschutzrecht, S. 43 ff. und *Ekardt*, Katastrophenvermeidung und Katastrophenvorsorge: Möglichkeiten, Grenzen und Vorgaben, S. 61 ff., alle in *Kloepfer* (Hrsg.), Katastrophenrecht (Fn. 1).

Sachwerte oder die lebensnotwendige Versorgung der Bevölkerung in ungewöhnlichem Maße gefährdet oder schädigt.[3] Es handelt sich also um Großschadensereignisse, die eine große Zahl von Personen betreffen und/oder besonders große Schäden anrichten. Die Katastrophenschutzgesetze der deutschen Bundesländer greifen diese Definition auf und verknüpfen sie in der Regel mit der Notwendigkeit, dass zur Bekämpfung der Katastrophe die einheitliche Leitung durch die Katastrophenschutzbehörde geboten erscheint (so etwa § 1 Abs. 2 des Landeskatastrophenschutzgesetzes von Baden-Württemberg).

Von den Katastrophenarten sind an erster Stelle Naturkatastrophen aller Arten zu nennen, z.B. Hochwasser, Schnee- und Schlammlawinen, Erdbeben, Tsunamis, Stürme und Unwetter, Seuchen.

Von solchen (primär) natürlich verursachten Katastrophen kann man (primär) menschlich verursachte Katastrophen unterscheiden. Hier lassen sich gravierende Verkehrsunfälle einordnen (Flugzeugabstürze, Gefahrgutunfälle, Zug- und Bergbahnunglücke), ferner Brände von Gebäuden sowie Unfälle im Zusammenhang mit dem Betrieb von Anlagen (Kernkraftwerke, chemische Fabriken, Bergwerke, Sporthallen und andere Bauten).

III. Katastrophenverwaltungsrecht

Aus der verwaltungsrechtlichen Perspektive stellt sich die Frage, mit welchen Mitteln

(1) drohende Katastrophen verhütet werden können bzw. zumindest ihr Ausmaß verringert werden kann, und

(2) eingetretene Katastrophen zu bekämpfen sind.

Daran anknüpfend lassen sich folgende Bereiche des Katastrophenschutzes unterscheiden:[4]

1. Die Katastrophenverhütung: Die Katastrophenverhütung kann zum einen darauf abzielen, schon den Eintritt der Katastrophe zu vermeiden. Bei Naturkatastrophen ist dies naturgemäß schwierig, aber nicht völlig ausgeschlossen, wenn man insbesondere an den Hochwasserschutz denkt. Einfacher sieht es bei den von Menschen ausgehenden Katastrophen aus. Hier können hohe Sicherheitsstandards dazu beitragen, dass Katastrophen wie der Brand eines Hochhauses oder der Einsturz einer Brücke erst gar nicht eintreten.

Wo sich wie namentlich bei Naturkatastrophen der Ausbruch nicht verhindern lässt, können gefährdete Gebiete erfasst und Maßnahmen ergriffen werden, welche die Folgen von Naturkatastrophen einschränken. Typische Beispiele stellen Ansiedlungs- und Bauverbote in hochwasser- oder erdbebengefährdeten Gebieten dar. Ebenso hierher gehören Auflagen, in Erdbebengebieten Bauten gegen Erdstöße zu schützen.

2. Die Katastrophenvorsorge: Bei der Katastrophenvorsorge geht es um die Vorbereitung der Katastrophenbekämpfung. Typische Vor-

---

[3] Wörterbuch des Zivil- und Katastrophenschutzes (www.kfv-heilbronn.de/dokumente).

[4] *Kloepfer*, Sellner-Festschrift (Fn. 2), S. 401 ff.; *ders.*, VerwArch 2007, 190 ff.

bereitungsmaßnahmen sind: Erstellung und Fortschreibung von Katastrophenschutz- und Notfallplänen; Aus- und Fortbildung der Einsatzkräfte; Anschaffung und Wartung von Einsatzmaterial (z.B. Feuerwehren); Alarmeinrichtungen; Durchführung von Katastrophenschutzübungen.

3. Die Katastrophenbekämpfung: Ist die Katastrophe ausgebrochen, so stellt sich die Aufgabe, ihre Folgen zu minimieren. Verletzte müssen geborgen und gerettet werden. Möglicherweise müssen Menschen zu ihrem Schutz evakuiert werden. Einsturzgefährdete Bauten sind zu sichern (usw.).

Die erwähnten drei Ebenen des Katastrophenverwaltungsrechts öffnen den Blick für die Fragen des Katastrophenstrafrechts. Denn wenn auf den Ebenen des Verwaltungsrechts erforderliche Maßnahmen nicht ergriffen werden und deshalb eine Katastrophe nicht verhindert oder ihr Ausmaß nicht eingeschränkt werden kann, stellt sich von alleine die Frage, wer für derartige Versäumnisse und dadurch ausgelöste katastrophale Folgen (Tote, Verletzte, Umweltschäden) strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann.[5]

IV. Diskussion von Katastrophenfällen aus strafrechtlicher Sicht

1. Tohuku-Erdbeben, Tsunamiwelle und die Katastrophe von Fukushima (2011)[6]

Die von einem Erdbeben ausgelöste gewaltige Tsunamiwelle, welche zu der Katastrophe von Fukushima geführt hat, war als solche gewiss ein Naturereignis, für dessen Folgen, insbesondere die Tötung vieler tausender Menschen, grundsätzlich niemand zur Verantwortung gezogen werden kann. Etwas anderes könnte für die Schäden gelten, die von dem von der Tsunamiwelle getroffenen Kernkraftwerk ausgegangen sind. Ich denke insbesondere an die Verseuchung des Meerwassers und an die körperlichen Verletzungen von Menschen durch die ausgetretene Radioaktivität. Dabei beurteile ich das Geschehen aus der Perspektive des deutschen Strafrechts.

Wenn das Kernkraftwerk an dieser Stelle überhaupt nicht oder nur mit strengeren Sicherheitsstandards hätte gebaut werden dürfen, der Bau aber genehmigt worden ist, könnte man an eine Strafbarkeit der Amtsträger denken, die für die Erteilung der Genehmigung verantwortlich sind. Denn wenn die Genehmigung unter diesem Blickwinkel rechtswidrig ist, kommt sie als Anknüpfungspunkt für fahrlässiges Verhalten in Betracht.

Die Rechtswidrigkeit der Genehmigung könnte sich daraus ergeben, dass sich beim Fukushima-Kernkraftwerk die bauliche Vorsorge gegen Wellen auf eine Höhe von knapp 6 Metern beschränkte. An der gleichen Küste hatte es schon 1896 und 1933 schwere Erdbeben mit hohen Tsunamiwellen ge-

---

[5] Zum Folgenden ergänzend *Schall*, Strafrechtliche Folgen von Störfällen bei Hochrisikoanlagen, in *Kloepfer* (Hrsg.), Hochrisikoanlagen (Fn. 1), S. 145 ff. Die strafrechtliche Arbeit von *Dönicke*, Strafrechtliche Aspekte der Katastrophenmedizin, 1987, greift andere Fragen auf.

[6] Zur Dokumentation siehe die Artikel „Chronologie der Katastrophe in Japan von 2011", „Nuklearkatastophe von Fukushima" und „Tohuku-Erdbeben 2011" in Wikipedia.

geben.[7] Die Wellen von 1896 waren bis zu 23 Meter hoch und forderten 27.000 Todesopfer. Die Tsunamiwellen von 1933 waren sogar bis zu 29 Meter hoch; es gab 3.000 Todesopfer. Die Tsunamiwelle von 2011 soll zum Teil bis zu 38 Meter hoch gewesen sein.

Ob die Genehmigung rechtswidrig ist und daher ihre Erteilung eine Sorgfaltspflicht verletzt, richtet sich nach den verwaltungsrechtlichen Vorgaben. Nach dem deutschen Atomgesetz ist – beziehungsweise war[8] – die Erteilung der Genehmigung unter anderem davon abhängig, dass die nach dem Stand von Wissenschaft und Technik erforderliche Vorsorge gegen Schäden durch die Errichtung und den Betrieb der Anlage getroffen ist (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 Atomgesetz). Das ist eine recht allgemeine Klausel, in der man nur schwer eine Antwort auf die Frage findet, inwieweit man bei der Genehmigungserteilung die Gefahren von Naturkatastrophen berücksichtigen muss, von denen die letzte, nämlich der Tsunami von 1933, einige Jahrzehnte zurückliegt (Fukushima ging 1971 in Betrieb). Andere Umweltverwaltungsgesetze äußern sich etwas konkreter als das Atomgesetz. Man wird diese gesetzlichen Regelungen zumindest als Auslegungsmaßstab heranziehen können. So gehört es nach § 3 Abs. 2 Nr. 3 der Störfall-Verordnung (oder: 12. Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes) zu den Pflichten des Betreibers einer gefährlichen Anlage, „umgebungsbedingte Gefahrenquellen, wie Erdbeben oder Hochwasser, zu berücksichtigen, es sei denn, dass diese Gefahrenquellen oder Eingriffe als Störfallursachen vernünftigerweise ausgeschlossen werden können." In dieser Vorschrift sind Naturkatastrophen (Erdbeben, Hochwasser) ausdrücklich erwähnt. Aber bei welchen zeitlichen Abständen Naturkatastrophen „vernünftigerweise" ausgeschlossen werden können, sagt die Vorschrift auch nicht.

Doch scheint mir mit Blick auf das Kernkraftwerk Fukushima folgende Annahme nahe zu liegen: Wenn dieses Kraftwerk ab 1971 in Betrieb genommen worden ist, muss es in den 1960er Jahren, also etwa 30 Jahre nach der Tsunami-Katastrophe von 1933 genehmigt worden sein. Die Katastrophe von 1896 lag aus der Sicht der Genehmigungsbehörde etwa 70 Jahre zurück. Im Rückblick auf diese beiden Katastrophen musste mit einer weiteren Katastrophe im Zeitraum von 30 bis 40 Jahren gerechnet werden. Da Kernkraftwerke eine vergleichbar lange Laufzeit haben, spricht aus der Perspektive des deutschen Rechts vieles dafür, dass der Bau des Kernkraftwerks Fukushima an dieser Stelle nicht hätte genehmigt werden dürfen – oder allenfalls mit strengeren Auflagen.[9]

Unter diesem Blickwinkel könnten im Lichte des deutschen Strafrechts die für die fehlerhafte Genehmigung verantwortlichen Beamten wegen fahrlässiger Körperverletzung und fahrlässiger Gewässerverunreinigung bestraft werden. Entsprechendes gilt für alle Personen (Betreiber, Manager, Arbeiter),

---

7 Siehe den Artikel „Liste von Erdbeben" in Wikipedia.

8 Es spielt im vorliegenden Zusammenhang keine Rolle, dass in Deutschland nach dem im Anschluss an die Katastrophe von Fukushima beschlossenen Atomausstieg der Bau neuer Kernkraftwerke nicht mehr genehmigt wird.

9 So auch die Bewertung von *Pamme*, Betriebliche Mechanismen der Gefahrenkontrolle bei Kernkraftwerken, in *Kloepfer* (Hrsg.), Hochrisikoanlagen (Fn. 1), S. 54 f.

die bei der Bekämpfung der Fukushima-Katastrophe Fehler gemacht und dadurch nachweisbar Radioaktivität freigesetzt haben, die Personen geschädigt und/oder das Meer verunreinigt hat.

Was die auch beim Betrieb gefährlicher Anlagen zu berücksichtigenden Hochwasserrisiken und die zeitlichen Intervalle betrifft, innerhalb der solche Risiken vernünftigerweise ausgeschlossen werden können, so hat der deutsche Gesetzgeber zunächst im Jahre 2005 den vorbeugenden Hochwasserschutz verbessert. Wenig später hat der europäische Gesetzgeber eine Hochwasserrisikomanagementrichtlinie erlassen, die der deutsche Gesetzgeber inzwischen in den § 72 ff. des deutschen Wasserhaushaltsgesetzes (WHG) umgesetzt hat. Danach sieht die Rechtslage wie folgt aus: § 74 Abs. 2 WHG unterscheidet drei Arten von hochwassergefährdeten Gebieten, nämlich solche, bei denen mit Hochwasser mit niedriger, mit mittlerer und mit hoher Wahrscheinlichkeit zu rechnen ist. Von einer mittleren Wahrscheinlichkeit geht das Gesetz aus, wenn das Hochwasserereignis in Intervallen von über 100 Jahren eintritt. Bei Intervallen, die unter 100 Jahren liegen, wird eine hohe Wahrscheinlichkeit zugrunde gelegt. Gebiete, in denen ein Hochwasserereignis statistisch einmal in 100 Jahren zu erwarten ist, gelten als Überschwemmungsgebiete und sind durch Rechtsverordnung festzusetzen (§ 76 WHG). In Überschwemmungsgebieten dürfen nach § 78 WHG grundsätzlich keine neuen Baugebiete ausgewiesen oder bauliche Anlagen errichtet werden.

Übertragen auf die Verhältnisse rund um das Kernkraftwerk Fukushima würde dies bedeuten, dass wegen der Tsunamiwellen von 1896 und 1933 sowohl aus der Perspektive der 1960er Jahre als auch aus der heutigen Perspektive von einem Überschwemmungsgebiet ausgegangen werden müsste, in dem ein Kraftwerk nicht gebaut werden darf.

Im Ergebnis kann festgehalten werden: Nach der europäischen Rechtslage könnte ein Kernkraftwerk an dem Ort des Fukushima-Kernkraftwerks allenfalls dann errichtet werden, wenn es vor sehr hohen Tsunamiwellen geschützt werden könnte.

Die geschilderte gesetzliche Konkretisierung der Hochwasserrisiken kann dazu führen, dass wegen der Änderung der Rechtslage eine für den Betrieb einer gefährlichen Anlage erteilte Genehmigung nachträglich rechtswidrig wird. Aus umweltstrafrechtlicher Sicht führt dies zu der klassischen Fragestellung, ob der zuständige Amtsträger, der die nachträglich rechtswidrig gewordene Genehmigung pflichtwidrig nicht widerruft, eine Garantenstellung inne hat und daher an sein Unterlassen strafrechtliche Konsequenzen geknüpft werden können. Die herrschende Meinung bejaht dies zu Recht. Bildet man also den hypothetischen Fall, dass der Betrieb eines Kernkraftwerks wie das von Fukushima pflichtwidrig nicht untersagt und dann eine Tsunami-Katastrophe wie die von 2011 Radioaktivität freisetzt, kann sich der zuständige Amtsträger wegen fahrlässiger Körperverletzung durch Unterlassen und fahrlässiger Gewässerverunreinigung durch Unterlassen strafbar machen.

2. Die Schlammlawine von Tyrnauz

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hatte 2008 den folgenden Fall zu entscheiden:[10]

Durch die 25.000 Einwohner zählende Stadt Tyrnauz in der russischen Republik Kabardino-Balkarien fließen zwei Flüsse, die regelmäßig Schlammlawinen verursachen. Daher haben die Behörden zum Schutz der Bevölkerung unter anderem einen 160 Meter breiten Schutzdamm errichtet, der allerdings im August 1999 von einer Geröll- und Schlammlawine schwer beschädigt wurde. Das für die Wetterüberwachung zuständige Institut machte die Regierung auf die Notwendigkeit einer sofortigen Reparatur sowie die Installation eines Frühwarnsystems aufmerksam und wies auf das erhöhte Risiko einer Schlammlawine im Sommer 2000 hin. Am 18. und 19. Juli 2000 wurde die Stadt von zwei schweren Schlamm- und Gerölllawinen getroffen. Acht Personen kamen ums Leben, viele wurden verletzt. Die Personenschäden hätten vermieden werden können, wenn die Regierung gebotene und mögliche Schutzmaßnahmen ergriffen hätte.

Da Hinterbliebene und Betroffene mit ihren Schadensersatzklagen vor russischen Gerichten keinen Erfolg hatten, wandten sie sich an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Der Gerichtshof leitet aus Art. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) die positive Verpflichtung der Staaten ab, angemessene Schritte zum Schutz des Lebens der seiner Jurisdiktion unterworfenen Personen zu unternehmen.[11] Die Vorschrift lautet: „Das Recht jedes Menschen auf Leben wird gesetzlich geschützt." Die daraus abgeleitete Verpflichtung umfasst in erster Linie die Pflicht zur Schaffung rechtlicher und administrativer Rahmenbedingungen, die wirksame Abhilfe gegen Bedrohungen des Lebens schaffen. Ferner besteht eine positive Verpflichtung, die Öffentlichkeit über lebensbedrohende Notfälle zu informieren. Im Ergebnis stellt der Gerichtshof fest, dass die russischen Behörden ihre Pflichten zum Schutz der Bevölkerung vor Katastrophen verletzt und dadurch die Personenschäden verursacht haben. Der Gerichtshof machte von der Möglichkeit Gebrauch, den verletzten Parteien eine gerechte Entschädigung gemäß Art. 41 EMRK zuzusprechen.

Im Rahmen meines Vortrags interessieren besonders die sich stellenden strafrechtlichen Fragen nach einer Haftung von Behördenvertretern wegen fahrlässiger Körperverletzung beziehungsweise fahrlässiger Tötung durch Unterlassen. Eine solche Unterlassungsstrafbarkeit, die ich wiederum aus deutscher Sicht beurteile, setzt die Existenz einer Garantenstellung voraus. Man könnte auf den Gedanken kommen, in der Schutzpflicht, die der Europäische Gerichtshof aus Art. 2 EMRK ableitet, zugleich eine strafrechtlich relevante Garantenstellung zu sehen. Aber man kann nicht Handlungspflichten, die sich aus öffentlichrechtlicher Sicht nach dem Verfassungs- oder Völkerrecht ergeben, ohne weiteres mit strafrechtlichen Garantenstellungen gleichsetzen. Zudem könnte man mit dem

---

[10] Urteil vom 20.3.2008, Kammer I, Budayeva gegen Russland, Bsw. Nr. 15.339/02 (Newsletter Menschenrechte 2008/2, S. 73 ff.).

[11] Monographisch zur Thematik *Stahl*, Schutzpflichten im Völkerrecht – Ansatz einer Dogmatik, 2012.

Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz) in Konflikt geraten, wenn man aus einer so allgemeinen Norm wie der des Art. 2 EMRK („Das Recht jedes Menschen auf Leben wird gesetzlich geschützt") strafrechtlich gebotene Handlungspflichten ableitet. Vielmehr müssen die anerkannten typischen Entstehungsgründe herangezogen werden:

Insoweit bietet es sich erstens an, an den Gedanken der Überwachungsgarantenstellung kraft Sachherrschaft und die Verkehrssicherungspflichten anzuknüpfen. Jeder Eigentümer und Besitzer hat die seinem Herrschaftsbereich unterstehenden beweglichen und unbeweglichen Sachen so zu überwachen und zu unterhalten, dass von ihnen keine Gefahren ausgehen.

Zweitens ist auf die Beschützergarantenstellung der Ordnungsbehörden hinzuweisen. Sie sind verpflichtet, alle Personen und Güter vor Gefahren zu schützen, deren Beseitigung in ihren Zuständigkeitsbereich fällt. In Deutschland ergeben sich die Zuständigkeiten in Katastrophenfällen aus den Katastrophenschutzgesetzen der Bundesländer. Örtlich zuständig ist grundsätzlich die Katastrophenschutzbehörde, in deren Bezirk eine Maßnahme durchzuführen ist, also z.B. eine bestimmte Stadt. Da der Katastrophenschutz zu den Weisungsaufgaben gehört, können auch Aufsichtsbehörden verantwortlich sein. Die höchste Aufsichtsbehörde für den Katastrophenschutz ist in Baden-Württemberg das Innenministerium der Landesregierung.

3. Die Lawinenkatastrophe von Galtür (1999)[12]

Am 23. Februar 1999 ereignete sich nicht sehr weit entfernt von Konstanz in Galtür (Tirol/Österreich) eine Lawinenkatastrophe, die 38 Bewohner und Touristen (darunter 21 Deutsche) in den Tod riss. Im damaligen Februar schneite es extrem viel; es gab sechsmal so viel Schnee wie gewöhnlich in diesem Monat. Wegen der großen allgemeinen Lawinengefahr wurde die Straße in das Tal, in dem Galtür liegt, bereits seit über zwei Wochen nahezu durchgehend gesperrt. Galtür war von der Außenwelt mehr oder weniger abgeschnitten und wurde zum Teil aus der Luft versorgt. Überall im Tal gingen Lawinen ab, freilich (noch) ohne die Ortschaft zu gefährden. Am 23. Februar gegen 16 Uhr lösten sich aber in 2700 Meter Höhe die Schneemassen und brausten als Lawine mit 400 Meter Breite ins Tal und in den Ort Galtür hinein.

Mit dem Argument, dass man in den Bergen mit Naturereignissen immer rechnen müsse, hatte die Staatsanwaltschaft Innsbruck zunächst Forderungen nach strafrechtlichen Ermittlungen abgewiegelt. Erst nach mehreren Strafanzeigen aus Deutschland wurde die Behörde aktiv. Die Anklagebehörde untersuchte nun, ob Bauauflagen eingehalten worden waren und die Gemeinde Galtür nicht rechtzeitig Evakuierungsmaßnahmen ergriffen hatte. Eine Zeuge sagte aus, er habe sich gewundert, dass die Straße vom Ortszentrum ins Skigebiet gesperrt gewesen sei, aber eine im Sperrgebiet liegende Pension nicht evakuiert worden sei. Das Haus sei von der Lawine

[12] Zur Dokumentation siehe den Artikel „Lawinenkatastrophe von Galtür" in Wikipedia mit den Links am Ende (insbesondere Nr. 3, 14 und 15).

völlig zerstört worden. Weiter wurden Vorwürfe laut, die Verantwortlichen hätten auf Warnungen vor der außergewöhnlichen Schneesituation mit Beschwichtigungen reagiert.

Die Strafanzeigen richteten sich gegen den Chef der Tiroler Landesregierung, gegen den Chef der Bezirksregierung, gegen den Bürgermeister von Galtür und gegen jedes einzelne Mitglied der 17-köpfigen Lawinenkommission des Ortes.

Nach zweijährigen Ermittlungen stellte die Staatsanwaltschaft Innsbruck die Ermittlungsverfahren ein. Sie stützte sich im Wesentlichen auf ein Gutachten eines schweizerischen Lawinenforschungsinstituts. Aus dem Gutachten, so die Argumentation, gehe hervor, dass die Katastrophe in einer flächenhaft so katastrophalen Größe nicht vorhersehbar gewesen sei. Es habe zwar Versäumnisse gegeben, diese seien jedoch strafrechtlich nicht einer individuellen Person zurechenbar. Evakuierungsmaßnahmen hätten nicht getroffen werden müssen.

Auf der anderen Seite sollen sich die schweizerischen Gutachter über die Einstellung gewundert haben. Ihrer Ansicht nach belege ihr Gutachten, dass zahlreiche Sicherheitsmaßnahmen nicht getroffen worden seien.

Aus strafrechtlicher Sicht müssen sich diese Ansichten gar nicht widersprechen. Denn um einer als Garanten verantwortlichen Person eine fahrlässige Tötung durch Unterlassen vorwerfen zu können, muss dieser Person nicht nur ein individuelles Fehlverhalten nachgewiesen, sondern es muss darüber hinaus festgestellt werden, dass im Falle ihres pflichtgemäßen Handelns die tödliche Folge nicht eingetreten wäre. Und genau da ergeben sich die Zurechnungsprobleme. Je mehr verantwortliche Personen in Betracht kommen, je mehr Zuständigkeiten es gibt, je mehr Gremien in den Entscheidungsprozess einbezogen sind, desto schwieriger wird der Nachweis, dass der Tod eines bestimmten Lawinenopfers der pflichtwidrigen Passivität einer ganz bestimmten Person zugeordnet werden kann.

Das nächste und letzte Beispiel, das ich erörtern möchte, wird die Schwäche des Fahrlässigkeitsdelikts bei zu katastrophalen Folgen führenden pflichtwidrigen Verhaltensweisen noch deutlicher hervortreten lassen.

4. Einsturz der Sporthalle von Bad Reichenhall (2006)

Am 2. Januar 2006 stürzte das schneebedeckte Dach einer Sporthalle in Bad Reichenhall ein und begrub 21 Personen, darunter 12 Kinder, unter sich. 15 Personen starben.[13]

Der Fall liefert ein erschreckendes Beispiel dafür, dass es trotz einer Fülle von Versäumnissen und trotz der Beteiligung vieler Personen lediglich gelang, eine einzige Person wegen fahrlässiger Tötung zu verurteilen. Das Unglück verursacht haben Fehler bei der Planung, beim Bau und der Instand-

[13] Zur Dokumentation des Falles: Der Spiegel 14/2006, S. 54 ff.; 30/2006, S. 38; 20/2007, S. 18; Spiegel Online 20.7.2006; 28.1.2008; 18.11.2008; 15.9.2011; 27.10.2011; Süddeutsche Zeitung vom 21.7.2006 (auch in: Der Bausachverständige 6/2006, S. 7); *Stübinger*, 2:1 für Traunstein gegen Karlsruhe, Legal Tribune Online 27.10.2011; *ders.*, ZIS 2011, 603 ff.

haltung. Ein katastrophaler Mangel lag darin, dass es keine von einem Prüfingenieur abgenommene Statikberechnung gab. Außerdem wählte der Generalunternehmer einen falschen Leim aus, der allenfalls in einem trockenen Umgebungsklima verwendbar gewesen wäre, aber nicht in einer feuchten Eishalle. So lösten sich die Klebeverbindungen und waren für den Einsturz des Daches mit ursächlich. Das Dach befand sich außerdem in einem schlechten Zustand, es war undicht und es regnete in die Halle hinein. Renovierungsanstriche gab es nicht. Wassereinbrüche wurden nicht dauerhaft beseitigt. Noch mehr Feuchtigkeit staute sich in der Halle, als die Stadt die ursprünglich nach zwei Seiten offene Halle komplett verglaste und damit die Belüftung verschlechterte.

Anfang 2000 beauftragte die Gemeinde einen Bauingenieur damit, den Sanierungsbedarf der Halle zu untersuchen. Der Gutachter bescheinigte im Ergebnis, dass sich die Tragkonstruktion in einem allgemein als gut zu bezeichnenden Zustand befinde. Unter Hinweis auf dieses Gutachten wehrten die Vertreter der Stadt Vorwürfe ab, sie hätten die Mangelhaftigkeit der Dachkonstruktion erkennen können. Der Gutachter hatte sich allerdings die Dachkonstruktion überhaupt nicht näher angesehen. Er bestritt im Übrigen, dass sich sein Auftrag darauf erstreckt hat. Die Vertreter der Stadt behaupteten das Gegenteil. Fest steht, dass der Auftrag an den Gutachter schlecht bezahlt war und man daher kaum von einem umfassenden Gutachtenauftrag ausgehen konnte.

Im Ergebnis angeklagt wurden 2008 drei Personen. Eine wurde wegen fahrlässiger Tötung verurteilt, zwei wurden von dem Vorwurf freigesprochen. Bei dem Verurteilten handelte es sich um einen Bauingenieur, der sich in der Bauphase der Sporthalle pflichtwidrig nicht den statischen Prüfbericht vorlegen ließ. Hätte er dies getan, wäre ihm aufgefallen, dass es für die Dachkonstruktion keine ausreichende statische Berechnung gegeben hat. Dann wäre die Berechnung nachgeholt und der Einsturz des Daches vermieden worden.

Bei einem der freigesprochenen Angeklagten handelte es sich um den Gutachter. Dessen Freispruch hat der Bundesgerichtshof zwar aufgehoben, die zweite Tatsacheninstanz hat ihn aber wieder bestätigt. Dem Gutachter wurde vorgeworfen, er habe es pflichtwidrig unterlassen, die Träger des Daches umfassend aus nächster Nähe zu betrachten. Daher habe er Risse und weitere Schäden nicht entdeckt und folglich den Verantwortlichen der Stadt nicht gemeldet. Freilich blieb zwischen dem Gutachter und der Stadt bis zum Schluss umstritten, ob sich der Auftrag überhaupt auf eine so intensive Untersuchung des Daches erstreckt hatte. Ferner kam dem Täter nach dem Grundsatz in dubio pro reo zugute, dass selbst dann, wenn er die Mängel entdeckt und der Stadtverwaltung gemeldet hätte, nicht angenommen werden konnte, dass die Stadtverwaltung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auf die Beseitigung der Mängel hingewirkt hätte. Denn die zuständigen Amtsträger hatten schon vor der Beauftragung des Gutachters auf zahlreiche frühere Hinweise zum schlechten Zustand des Gebäudes nicht reagiert, so dass man nicht sicher sagen konnte, dass sie auf Warnhinweise des Gutachters hin aktiv reagiert hätten.

Aus strafrechtlicher Sicht ist zur hypothetischen Kausalität des Unterlassens ergänzend zu bemerken: Auf dem Boden der Rechtsprechung und herrschenden Meinung ist ein pflichtwidriges Unterlassen nur dann kausal, wenn das hinzugedachte pflichtgemäße Verhalten den Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert hätte. Liegt das pflichtgemäße Verhalten in der Unterrichtung einer Person, so ist der Unterlassungstäter nur strafbar, wenn die zu unterrichtende Person auch eingegriffen hätte. Dieser Standpunkt führt dazu, dass sich ein Unterlassungstäter zu seiner Entlastung auch auf eine fiktive Pflichtverletzung der zu unterrichtenden Person berufen kann.[14]

Eine Minderheitsmeinung hält dies für verfehlt. Nach dieser Meinung muss im Rahmen der hypothetischen Kausalitätsprüfung von einem pflichtgemäßen Normalverhalten des Adressaten der Unterrichtung ausgegangen werden.[15] Aber eine solche Annahme stellt eine Fiktion zu Ungunsten des Unterlassungstäters dar. Deutlich wird dies vor allem dann, wenn man Konstellationen bildet, in denen das hypothetische pflichtgemäße Verhalten vom Verhalten mehrerer Personen abhängt. Man kann nicht einfach unterstellen, dass all diese Personen pflichtgemäß zusammengewirkt hätten, sondern muss dies auch feststellen. Alles andere läuft auf die versteckte Anerkennung der Risikoerhöhungstheorie im Sinne einer Risikoverminderungstheorie im Rahmen der Unterlassungskausalität hinaus. Diesen Schritt tut die ganz herrschende Meinung zu Recht nicht, weil man ansonsten das Unterlassungserfolgsdelikt in ein Unterlassungsgefährdungsdelikt umwandeln würde.

Im Ergebnis erweist sich damit das Fahrlässigkeitsdelikt als eine verhältnismäßig stumpfe Waffe, wenn es um die strafrechtliche Aufarbeitung von Katastrophen geht. Denn Katastrophen haben oft viele Ursachen und viele Verursacher. Nach dem Grundsatz in dubio pro reo bleibt dann am Ende oft nur die Feststellung, dass eine oder mehrere beteiligte Personen zwar ihre Pflichten verletzt haben, aber nicht nachgewiesen werden kann, dass im Falle ihres pflichtgemäßen Verhaltens die Katastrophe nicht ausgelöst worden wäre. Für die Angehörigen der Opfer und die überlebenden Opfer von Katastrophen ist das oft eine sehr bittere Pille, die dem Strafrecht nicht guttut.

---

[14] Zu diesem Standpunkt BGHSt 37, 126 ff.; BGH NJW 2000, 2754, 2757; 2008, 1897, 1899; 2010, 1087, 1091 f.; *Rengier*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2013, § 49 Rn. 13 ff.; *Kühl*, Strafrecht AT, 7. Aufl. 2012, § 18 Rn. 36 ff.

[15] *Lindemann*, ZJS 2008, 407 f.; *Puppe*, JR 2010, 355 ff.; *Kahrs*, NStZ 2011, 14 ff.; *Roxin*, Achenbach-Festschrift, 2011, S. 409 ff., 421 ff.; *Greco*, ZIS 2011, 674 ff., 688 ff.

Strafrechtliche Verantwortung des Autofahrers bei Verkehrsunfällen durch Bewusstlosigkeit am Steuer

Rikizo Kuzuhara, Osaka

I. Einleitung

Im April 2012 ereignete sich in Japan dreimal nacheinander eine Reihe von großen Verkehrsunfällen. Am 12.4. raste in Gion Kyoto ein Kleinwagen trotz roter Ampel in eine Kreuzung und überfuhr mehrere Menschen, meist Touristen, die gerade dabei waren, die Fußgängerüberwege zu überqueren. Der Pkw fuhr noch ca.100 m weiter und kollidierte sodann mit einem Betonmast. Durch den Unfall kamen sieben Menschen ums Leben, weitere elf Menschen wurden schwer verletzt. Der Fahrer des Pkw starb noch am Unfallort. Nach Angaben eines Angehörigen litt der Fahrer an Epilepsie und befand sich deshalb in ambulanter Behandlung.

Elf Tage später verlor ein führerscheinloser 18-Jähriger in Kameoka die Kontrolle über seinen Wagen, kam mit hohem Tempo von der Straße ab und erfasste eine Gruppe Grundschüler. Eine Schülerin sowie die schwangere Mutter einer anderen Schülerin mitsamt ihrer Leibesfrucht kamen ums Leben. Fünf andere Schüler wurden schwer, weitere drei leicht verletzt. Die Feststellungen ergaben, dass der Fahrer fast 10 Stunden ununterbrochen gefahren ist, und begründeten deshalb den Verdacht, er sei am Steuer eingeschlafen.

Am 29. April durchbrach ein Nachtreisebus auf dem Weg zu Disneyland Tokyo mit 46 Insassen in Fujioka die Leitplanken der Autobahn und kollidierte mit dem Lärmschutzwall. Die linke Seite des Busses wurde vollständig zerstört. Bilanz des Unfalls: Sieben Tote, zwölf Schwerverletzte und 25 Leichtverletzte. Der Fahrer, der ebenfalls schwer verletzt wurde, war eigenen Angaben zufolge wegen Übermüdung für einige Sekunden eingeschlafen und deshalb von der Fahrbahn abgekommen.

Unfälle dieser Art, die auf einem Bewusstseinsverlust beruhen, sei es durch Einschlafen oder einen epileptischen Anfall, zeitigen deshalb oft besonders schwere Folgen, weil die Kollision ohne jede Verzögerung, konkret, ohne jedes Vermeidemanöver im letzten Moment erfolgt.

Kriminalpolitisch stellt sich die Frage, ob man solche Vorkommnisse mit den Mitteln des Strafrechts wirksam eindämmen kann, oder ob es nötig ist, andere Maßnahmen einzuführen: Denkbar wäre der nachträgliche Entzug des Führerscheins entweder aufgrund einer regelmäßigen Mitteilung des Fahrerlaubnisinhabers über seinen Gesundheitszustand oder aufgrund einer

Anzeigepflicht des Arztes, der bestimmte Krankheiten diagnostiziert hat, die plötzliche Bewusstlosigkeit verursachen können, wie Epilepsie, Schlafapnoe oder Synkope. Diese praktisch wichtigere Frage kann ich hier aber nicht beantworten, nicht einmal behandeln. Ich beschränke mich auf die sich in solchen Konstellationen stellenden strafrechtsdogmatischen Fragen.

Die Fallgruppe birgt in dogmatischer Hinsicht zwei Probleme. Zunächst erhebt sich die Frage, ob sich der Täter überhaupt strafbar macht, da er im Zeitpunkt der Rechtsgutsverletzung bewusstlos ist. Überwindet man diese Hürde, steht man vor der Schwierigkeit, ob gegen den Täter eine Strafe verhängt werden kann, welche die enormen menschlichen Schäden angemessen abbildet.

II. Mögliche Straflosigkeit – Zurechnung über die *actio libera in causa*?

1. Da der Täter im letzten Zeitpunkt, in dem er die Kollision physisch noch vermeiden könnte, wegen seiner Bewusstlosigkeit schuldunfähig bzw. physisch unfähig ist, seiner Vermeidepflicht nachzukommen, kann die Strafbarkeit daran nicht angeknüpft werden.

In der japanischen Rechtsprechung hielten einige Gerichte niedrigerer Instanz solche Bewusstseinsstörungen für schuldausschließend und sprachen deshalb die Angeklagten, die im bewusstlosen Zustand schwere Unfälle verursachten, aufgrund des § 39 JStGB (Schuldunfähigkeit) frei[1]. Sämtliche Urteile berücksichtigten dabei das (Vor-)Verschulden mit Blick auf den Defektzustand nicht.

2. Um trotz solcher psychischer Defekte zur Strafbarkeit zu gelangen, bietet sich womöglich der Weg über die *actio libera in causa* (im Folgenden „alic") an[2]. Jedoch bereitet dieser Weg erhebliche Mühen. Bei Fahrlässigkeitsdelikten verzichtet die japanische Rechtsprechung deshalb auf die Heranziehung der „alic".

Nach der japanischen Rechtsprechung ist eine Willensfortsetzung nötig, damit man über die Figur der „alic" einen schuldunfähig handelnden Täter betrafen kann. Es handelt sich um die Fortsetzung des Willens vom Zeitpunkt der den Defektzustand herbeiführenden Handlung bis zum eigentlichen objektiv-tatbestandsmäßigen Verhalten.

Beim Vorsatzdelikt wird also „doppelter" Vorsatz gefordert[3]. Der Täter muss schon im Zeitpunkt der Herbeiführung des Defektzustandes vorsätzlich bzgl. des später im Zustand der Schuldunfähigkeit begangenen Delikts ge-

---

[1] Zu Fällen von epileptischen Krampfanfällen, Präfekturgericht Tokyo Urt. v. 19. 7. 1974 LEX/DB27917926; Präfekturgericht Kobe Urt. v. 16. 4. 2003 LEX/DB 28095285; zum Fall einer durch Hirndurchblutungsstörungen bedingten vorübergehenden Bewusstseinsstörung Oberes Landesgericht Osaka Urt. v. 17. 5.1979 LEX/DB 27921851.

[2] Zu einem Fall von verminderter Schuldfähigkeit bei einer Trunkenheitsfahrt OGH Beschl. v. 27. 2. 1968 in Entscheidungssammlung des OGH in Strafsachen (Saikosaibansho Keijisaibanreisyu, im folgenden „OGHSt") 22.2.67.

[3] In einem Fall von Raub verneint vom Präfekturgericht Osaka Urt. v. 4. 3. 1976 Hanrei-Taimuzu 341.320; in einem Fall von Körperverletzung durch Messerstich bejaht Präfekturgericht Tokyo Urt. v. 15. 7. 1997 LEX/DB 28035674.

handelt haben. Fehlt dieser Vorsatz, kann höchstens ein Fahrlässigkeitsdelikt vorliegen, auch wenn das Delikt im defekten inneren Zustand vorsätzlich begangen wurde. Dagegen ist die „Willens-Fortsetzung“ im Falle von Fahrlässigkeits-Fahrlässigkeits-Kombinationen undenkbar.

Schon im Jahre 1951 hat der Oberste Gerichtshof Japans (OGH) in einer Vorlageentscheidung erklärt, dass die fahrlässige Herbeiführung eines Vorsatzdelikts im schuldunfähigen Zustand ein Fahrlässigkeitsdelikt begründet. Der OGH hat den gesamten Verlauf vom Sichbetrinken bis hin zur Erfolgsverwirklichung als ein Fahrlässigkeitsdelikt konstruiert und dies wie folgt begründet: Wer, wie der Angeklagte, die Veranlagung habe, beim Alkoholgenuss großer Mengen in den Zustand krankhafter Trunkenheit zu geraten und darin andere Menschen der Gefahr auszusetzen, Opfer seiner Verbrechen zu werden, trage die Sorgfaltspflicht, vom Alkoholkonsum entweder Abstand zu nehmen oder die Menge des Alkoholgenusses einzuschränken, um solche Gefahren vorzeitig einzudämmen[4]. Hier spielen die "Willens"-Fortsetzung bzw. die Rechtsfigur der „alic“ keine Rolle; vielmehr wird der Fahrlässigkeitsvorwurf vorverlagert, das heißt die Sorgfaltswidrigkeit, die gefahrträchtiges Verhalten zur Folge hat, wird auf einen früheren Zeitpunkt bezogen.

Dieser Konstruktion folgen beim Fahrlässigkeitsdelikt im Allgemeinen und nicht nur bei der fahrlässigen Herbeiführung einer Vorsatztat viele Entscheidungen. Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung akzeptiert die Literatur im Prinzip, dass die „alic“ beim Fahrlässigkeitsdelikt fast überflüssig ist[5]. Die Zurechnungsstruktur bei den Fahrlässigkeitsdelikten erlaube von vornherein die Vorverlagerung des Bezugspunktes des Schuldvorwurfs. Eine Begrenzung der möglichen Tathandlungen auf solche, die eine bestimmte typisierte Gestaltung aufwiesen, enthalte das Fahrlässigkeitsdelikt nämlich nicht.

III. Inhalt und Begründung der vorverlagerten Sorgfaltspflicht

1. Auch auf die Fallkonstellation der bewusstlosen Fahrt wendet die Rechtsprechung diese Zurechnungsstruktur an. Im Fall in Gion, den ich am Anfang erwähnt habe, konnte zwar nicht geklärt werden, ob der Unfall auf einen epileptischen Anfall zurückzuführen bzw. ob der Fahrer bewusstlos war. Ende 2011 hat aber ein Präfekturgericht (die erste Instanz) einen ähnlich gelagerten Fall, der die Allgemeinheit gleichermaßen schockierte, entschieden[6]. Diese Entscheidung ist das neueste Beispiel einer Entscheidungspraxis in der japanischen Judikatur, welche den Sorgfaltsvorwurf vorverlagert.

Diesem Fall liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Der Angeklagte, Fahrer eines großen Krans, verlor wegen eines epileptischen Anfalls die

---

[4] OGH, Urt. v. 17.1.1951 OGHSt 5.1.20; ähnlich Oberes Landesgericht Osaka Urt. v. 1.11.1957 Sondermitteilung der Entscheidungen der oberen Landesgerichte in Strafsachen (Kotosaibansho Keiji Saiban Tokuho) 4.22.585.

[5] Statt vieler nur *Ida*, Kogi Keihogaku Soron (Vorlesung zum Strafrecht AT), 2008, S. 455; *Nishida*, Keiho Soron dai 2 han (Strafrecht AT 2.Aufl.), 2010, S. 285; *Yamanaka*, Keiho Soron dai 2 han (Strafrecht AT 2. Aufl.), 2008, S. 618.

[6] Präfekturgericht Utsunomiya Urt. v. 19. 12 2011 LEX/DB25480381.

Kontrolle über seinen Autokran, fuhr bewusstlos von der Straße ab und kollidierte mit einer Gruppe Grundschüler, die in einer Schlange am Straßenrand zur Schule gingen. Sechs Schüler wurden tödlich verletzt.

Das Präfekturgericht Utsunomiya verurteilte den Angeklagten wegen fahrlässiger Tötung bei einer Autofahrt (§ 211 Abs. 2 JStGB) unter Anwendung des oberen gesetzlichen Strafrahmens zu einer 7-jährigen Gefängnisstrafe mit Zwangsarbeit ohne Bewährung.

2. Die Sorgfaltswidrigkeit des Angeklagten wurde mithilfe folgender Umstände begründet: Der Angeklagte befand sich in ambulanter Behandlung und erhielt Medikamente gegen Epilepsie. Er hatte schon mehrmals Verkehrsunfälle mit menschlichen oder sachlichen Schäden verursacht, die auf Bewusstlosigkeit wegen eines epileptischen Anfalls am Steuer zurückzuführen waren. Sein Arzt hat ihm wiederholt davon abgeraten, ein Fahrzeug zu führen. Am Vortag des Unfalls hat der Angeklagte vergessen, seine Medikamente zu nehmen, wodurch die Wahrscheinlichkeit eines Anfalls signifikant erhöht wurde. Am Tattag morgens fühlte sich der Angeklagte müde und hatte erste Anzeichen eines Anfalls.

Dadurch wurde die Pflicht begründet, die Fahrt überhaupt nicht anzutreten. Mit anderen Worten, wer weiß, dass er an Epilepsie leidet, fährt ein Kraftfahrzeug nicht nur verkehrsordnungswidrig, sondern mit Blick auf eine potentielle fahrlässige Tötung latent pflichtwidrig.

Diese Sichtweise bildet seit jeher die maßgebliche Grundlage der ständigen Rechtsprechung in den Fällen des bewusstlosen Autofahrens[7]. Diesen Entscheidungen ist gemeinsam, dass Erkenntnisse des Angeklagten über die Umstände, die die Gefahr der Bewusstlosigkeit am Steuer begründen, für entscheidend gehalten wurden. Es geht immer darum, ob und wie genau der Täter über den eigenen gesundheitlichen Zustand, die Eigenschaften seiner Krankheit und Ermüdungserscheinungen Bescheid wusste.

Auch Gerichtshöfe, die sich mit dem Fall des Einschlafens oder des Sekundenschlafs während einer Autofahrt beschäftigt haben, weisen einen ähnlichen Argumentationsgang auf. Wer sich müde fühlt, die zur Übermüdung führende Arbeitssituation kennt oder schon einnickt, müsse seine Fahrt sofort unterbrechen[8].

---

[7] Zu den Fällen der Epilepsie siehe Präfekturgericht Osaka Urt. v. 26. 9. 1967 LEX/DB 27916658; Präfekturgericht Tokyo Urt. v. 22.4.1968 LEX/DB25408131; Oberer Landesgericht Tokyo Urt. v. 5. 9. 1968 LEX/DB27921598; Präfekturgericht Sendai Urt. v. 5. 2. 1976 LEX/DB27916867; Präfekturgericht Tokyo Urt. v. 25. 1. 1993 LEX/DB28019298; Präfekturgericht Osaka Urt. v. 26.9. 1994 Hanrei-Taimuzu (Rechtsprechung - Times) 881.291; Präfekturgericht Kagoshima Urt. v. 6.1. 2012 LEX/DB 2548017.

[8] Präfekturgericht Otsu Urt. v. 6. 4. 1994 LEX/DB27827534; Präfekturgericht Utsunomiya Urt. v. 13. 6. 2001 LEX/DB28065240; Präfekturgericht Chiba Urt. v. 19.11. 2001 LEX/DB28075400; Oberer Landesgericht Hiroshima Urt. v. 15.7. 2003 LEX/DB28085761 ; Präfekturgericht Nagoya Urt. v. 16.1. 2004 LEX/DB28095388; Oberes Landesgericht Tokyo Urt. v. 10. 5. 2007 LEX/DB25365670; Präfekturgericht Sendai Urt. v. 8. 6. 23 LEX/DB25480036; Präfekturgericht Nagoya Urt. v. 8. 7. 2011 LEX/DB25443780; Oberes Landesgericht Sendai Urt. v. 15.11. 2011 LEX/DB25480035; Präfekturgericht Osaka Urt. v. 23. 2. 2012 LEX/DB25480532.

Einen Pkw zu führen, obschon die Möglichkeit besteht, während der Fahrt einen epileptischen Anfall zu erleiden oder einzuschlafen, schafft sicherlich eine rechtlich missbilligte Gefahr. Es kommt zwar insbesondere im Fall von Epilepsie, wie später erörtert wird, auf die Häufigkeit der bisherigen Anfälle an. Das Risiko besteht aber an und für sich. Ein Epileptiker kann keine Fahrerlaubnis erhalten, wenn er seine Krankheit angibt. Deshalb ist die Autoführung auch „rechtlich" missbilligt. Es bleibt also nur die Frage, ob die Größe der Gefahr die Strafbarkeitsschwelle erreicht.

Die Zurechnungskonstruktion über die Vorverlagerung der Sorgfaltspflicht hat insbesondere in unserer Fallkonstellation des bewusstlosen Autofahrers deutliche Vorteile. Man braucht den Defektzustand nicht genau zu klassifizieren, muss also nicht angeben, wo er im Verbrechensaufbau eingeordnet werden muss, ob er die Zurechnungsunfähigkeit, die Handlungsunfähigkeit oder nur die physische Fähigkeit zur Pflichterfüllung betrifft. Zudem muss keine bestimmte tatbestandsmäßige Handlung im bewusstlosen Zustand begangen und festgestellt werden.

3. Im Fall des Einschlafens ist die Annahme einer missbilligten Gefahrsetzung und einer Sorgfaltspflichtsverletzung überzeugend. Ob man damit aber den Fall von Epilepsie ohne weiteres gleichstellen kann, ist fraglich. Mehrere Präfekturgerichte stellten darauf ab, dass der epileptische Anfall in ganz unbestimmten zeitlichen Abständen sowie plötzlich ausbrechen und man den Zeitpunkt des nächsten Anfalls nicht vorhersagen kann[9].

Daraus ergibt sich eine geringere Gefahr als in den Fällen des Einschlafens. Wer sich müde fühlt und gleichwohl ein Auto fährt, begibt sich bewusst in die Nähe der Gefahrrealisierung. Im Fall von Epilepsie verhält es sich anders. Die Wahrscheinlichkeit, einen Anfall zu erleiden, ist im Zeitpunkt der potentiellen Sorgfaltspflichtwidrigkeit, also im Zeitpunkt der Abfahrt, deutlich geringer, zumindest nicht so naheliegend, wie im Falle des übermüdeten Steuerns eines Kfz. Eine genaue Überprüfung der Symptomlage ist deshalb erforderlich.

In einem der oben genannten Freisprüche ging es um eine transitorische ischämische Attacke, die durch Synkopen verursacht wurde, die Hirndurchblutungsstörungen bedingten. Der Tatrichter hat den Anfall für unvorhersehbar gehalten. Auch in den Fällen von Schlafapnoe finden sich zwei Freisprüche. Entscheidend war, dass das Syndrom ohne vorherige Anzeichen tagsüber einen Sekundenschlaf auslöste und dies damals in dieser Allgemeinheit nicht bekannt war[10].

Unter den Fällen von Epilepsie müssen diejenigen Fälle, die mit dem Fall einer Störung der Gehirnblutung verwandt sind, von denen des Einschlafens unterschieden werden. Das hängt vom Anfallstyp und der Vorgeschichte des jeweiligen Täters ab. Die Urteile der japanischen ersten

---

[9] Präfekturgericht Tokyo Urt. v. 22.4.1968 (Fußn. 6); Präfekturgericht Osaka Urt. v. 26. 9. 1994 (Fußn. 6); Präfekturgericht Sendai Urt. v. 5. 2. 1976 (Fußn. 6).

[10] Präfekturgericht Nagoya Toyohashi Filiale Urt. V. 5. 11. 2008 LEX/DB2540269; in dem zugrundeliegenden Fall ist dem Angeklagten erst mit dem Gutachten der Sachverständigen im Rahmen des Strafprozesses gegen ihn bekannt worden, dass er daran litt; Präfekturgericht Osaka Urt. v. 9. 2. 2005 LEX/DB 28105108.

Instanzen, die diese Fallgruppen betreffen, scheinen mir dahin zu tendieren, den Angeklagten allein auf der Basis der festgestellten Erkrankung zu verurteilen.

IV. Angemessenes Strafmaß

1. Das Strafmaß, das gegen den verunglückten Autofahrer verhängt werden kann, ist in den letzten Jahrzehnten drastisch erhöht worden. Ziel des Gesetzgeber ist es, leichtsinnige Verhaltensweisen im Straßenverkehr einzudämmen und dem Strafbedürfnis der Allgemeinheit in Bezug auf Verkehrsdelikte gerecht zu werden. Dies hat aber einen neuen Wertungswiderspruch hervorgerufen.

Im japanischen StGB ist die einfache fahrlässige Tötung nur mit Geldstrafe bedroht. Deshalb hat man für die Verkehrsunfälle mit schwererer Folge eine qualifizierende Vorschrift geschaffen. Sie lautet „Fahrlässige Tötung bei Geschäftstätigkeiten“ (§ 211 JStGB) und sieht Gefängnisstrafe mit Zwangsarbeit bis zu fünf Jahren vor. Man hat dem Terminus „Geschäftstätigkeiten“ jegliche im Alltagsleben wiederholbare Tätigkeiten und somit auch das Führen eines Kfz subsumiert.

2. Diese „traditionelle“ Lösung war längst etabliert, als im Jahre 1998 ein weiterer qualifizierender Deliktstyp eingeführt wurde: „Gefährliche Autofahrt mit Todesfolge und Körperverletzung“[11]; die Höchststrafe liegt bei zwanzig Jahren.

Diese Strafvorschrift ist dem § 315c dStGB nachgebildet. Sanktioniert wird die vorsätzliche Verkehrsgefährdung durch Autofahrt trotz Fahruntüchtigkeit. Im Unterschied zu § 315c dStGB verlangt die japanische Regelung jedoch statt der konkreten Gefährdung des menschlichen Körpers und Lebens eine Körperverletzung oder eine Tötung.

Anders als in Deutschland, wo der auf Einschlafen basierende Unfall einem alkoholbedingten Verkehrsunfall gänzlich gleichgestellt wird, besteht in Japan ein großes Wertungsgefälle. Bei einem Unfall mit Todesfolge wegen Einschlafens unter Einfluss von Alkohol oder Drogen kann der Täter mit Freiheitsstrafe bis zu zwanzig Jahren bestraft werden. Falls das Einschlafen aber der Übermüdung zugerechnet wird, wird der Täter entsprechend der damaligen Gesetzeslage mit höchstens fünfjähriger Gefängnisstrafe bedroht, obwohl auch hier der Täter „nicht in der Lage ist, das Kraftfahrzeug richtig zu führen“ und normalerweise auch diesbezüglich vorsätzlich handelt.

Auch in der Fallgruppe des epileptischen Anfalls ist die Deliktsstruktur gleich, wenn man von der oben erörterten Lösung der Rechtsprechung ausgeht, die aufgrund der Kenntnisse über die Krankheitslage eine

---

[11] § 208 [bis] Abs. 1 JStGB: Wer ein Kraftfahrzeug führt, obwohl er unter Einfluss von Alkohol oder anderen berauschenden Mitteln nicht in der Lage ist, das Kraftfahrzeug richtig zu führen, und dadurch eine Körperverletzung eines anderen Menschen verursacht, wird mit Gefängnisstrafe mit Zwangsarbeit bis zu fünfzehn Jahren bestraft, wer den Tod eines anderen Menschen verursacht, wird mit Gefängnisstrafe mit Zwangsarbeit nicht unter einem Jahr bestraft. Wer ein Kraftfahrzeug mit einer unkontrollierbar hohen Geschwindigkeit führt, oder, obwohl er nicht tüchtig ist, die Fahrt zu kontrollieren, wird gleich bestraft.

Sorgfaltswidrigkeit schon bei Beginn der Fahrt annimmt. Der Täter führt ein Kraftfahrzeug auch in diesem Fall, obwohl er nicht in der Lage ist, das Kraftfahrzeug richtig zu führen, und verursacht den Tod eines anderen.

Übrigens sieht § 208[bis] Abs. 1 JStGB in seinem Satz 2 als zweite Variante vor, dass Autofahrer ohne Kontrolltüchtigkeit bei der Verursachung des Todes oder der Körperverletzung eines anderen Menschen gleich wie im Fall von Alkohol und Drogen bestraft werden. Indes sind Ermüdung und Krankheit keine Sache der „Tüchtigkeit". Im anfangs genannten Fall in Kameoka besaß der jugendliche Täter keinen Führerschein. Die zuständige Staatsanwaltschaft Kyoto hat entschieden, dass es unmöglich ist, dem eingeschlafenen Täter zugleich die Tatalternative der „Untüchtigkeit" und somit den § 208[bis] Abs. 1 Satz 2 Var. 2 JStGB vorzuwerfen.

Der Unterschied der Höchststrafen ist groß. Das Problem kann nur der Gesetzgeber lösen. Um das Wertungsgefälle zu relativieren, hat der japanische Gesetzgeber eine Mittelstufe geschaffen. Das ist die fahrlässige Tötung bei einer Autofahrt[12]. Der § 211 Abs. 2 JStGB, der im Jahre 2001 eingeführt wurde, bedroht die fahrlässige Tötung und Körperverletzung aufgrund einer Verletzung der bei einer Autofahrt erforderlichen Sorgfalt mit Gefängnisstrafe mit oder ohne Zwangsarbeit bis zu sieben Jahren oder mit Geldstrafe bis zu einer Million Yen. Damit wurde zwar die Unstimmigkeit, eine Sorgfaltsverletzung bei einer Autofahrt sei Geschäftsfahrlässigkeit, beseitigt. Der Wertungsunterschied wurde indes nur teilweise kleiner. Das Gefälle zwischen zwanzig und sieben Jahren ist noch immer ziemlich groß.

3. Durch die Einführung des § 208[bis] JStGB ist der Durchschnittswert der verhängten Strafen auch in der hier behandelten Fallgruppe erhöht worden. Dies ergibt sich auch ohne eine statistisch genauere Untersuchung aus dem einfachen Vergleich der Entscheidungen davor und danach. Die verhängten Strafen sind nach der Einführung der „gefährlichen Fahrt mit Todesfolge" deutlich schwerer. In der Fallgruppe des „Einschlafunfalls" mit einem Toten wurden in der Zeit der Geschäftsfahrlässigkeit höchstens zwei Jahre, nach Einführung des § 208[bis] JStGB vier bis fünf Jahre Freiheitsstrafe verhängt. Schon in der Übergangszeit wurden Taten, die vor Inkrafttreten der neuen Vorschrift begangen wurden, schwerer als vergleichbare frühere Fälle bestraft, indem man die alte Geschäftsfahrlässigkeit angewendet hat.

Diese „Kurssteigerung" spiegelt vielleicht das Strafbedürfnis der Allgemeinheit wider. Beim Unglück in Kameoka haben die Angehörigen der Opfer Anklage wegen „gefährlicher Fahrt mit Todesfolge" verlangt und hierfür eine Unterschriftsaktion gestartet, die über 200.000 Unterschriften erhielt.

Jedenfalls sollte man die Gesetzeslage dahingehend ändern, dass man gleichartige Fälle gleich schwer bestrafen kann. Dafür ist es auch erforderlich, die zur Bewusstlosigkeit am Steuer führenden psycho-physischen Defekte nach Art und Wahrscheinlichkeit genauer zu klassifizieren.

---

[12] § 211 Abs. 2 JStGB: Wer die bei der Führung eines Kraftfahrzeuges erforderliche Sorgfalt versäumt und dadurch eine Körperverletzung eines anderen Menschen oder den Tod eines anderen Menschen verursacht, wird mit Zuchthausstrafe ohne Zwangsarbeit bis zu sieben Jahren bestraft.

.

Die Rolle des Europäischen Strafrechts bei Umweltkatastrophen

Jörg Eisele, Konstanz

I. Einleitung

Die Europäische Union hat das Umweltstrafrecht seit ungefähr zehn Jahren im Blick. Hierfür gibt es zwei wesentliche Gründe. Zunächst hat die EU eine Vielzahl von Verordnungen und Richtlinien im Umweltverwaltungsrecht erlassen, deren Befolgung und effektive Durchsetzung auch mit strafrechtlichen Vorschriften abgesichert werden soll. Zum anderen machen Umweltbeeinträchtigungen bekanntlich nicht an den Grenzen der Mitgliedstaaten halt. Erinnert sei an dieser Stelle nur an die Explosion des ukrainischen Atomkraftwerks von Tschernobyl im Jahre 1986, den Chemie-Unfall bei der Firma Sandoz in Basel im Jahre 1986, bei dem im Rhein durch eine Schadstoffwelle ein Fischsterben über eine Strecke von 400 km ausgelöst wurde, an die Havarie des Öltankers Prestige im Jahr 2002, bei dem weite Teile der spanischen und französischen Atlantikküste vom ausgelaufenen Öl verschmutzt wurden, an die Explosion einer Ölplattform im Golf von Mexiko im Jahr 2010, bei der in 90 Tagen mehr als vier Millionen Barrel Öl ins Meer flossen und zuletzt auch an die Havarie des Kernkraftwerks Fukushima im Jahr 2011, das durch das leidvolle Erdbeben mit nachfolgendem Tsunami ausgelöst wurde.[1] Die EU hat angesichts solcher Ereignisse schon im Jahre 2008 eine Richtlinie über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt erlassen,[2] die durch zwei Rechtsakte über die Meeresverschmutzung durch Schiffe ergänzt wird.[3]

Ich möchte im Folgenden zunächst die Grundlagen des Umweltstrafrechts vorstellen, bevor ich dann auf Fragen der strafrechtlichen Bewältigung grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen eingehe. Dabei werde ich neben spezifischen europastrafrechtlichen Aspekten auch das Strafanwendungsrecht und das Verhältnis zu Drittstaaten in den Blick nehmen.

---

1 Zur grenzüberschreitenden Dimension der Umweltverschmutzung siehe etwa *Hecker*, ZStW 115 (2003), S. 880 ff.; *Höpfel*, FS Triffterer, 1996, S. 425 f.

2 Richtlinie 2008/99/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt, ABlEU Nr. L 328 vom 6.12.2008 S. 28.

3 Richtlinie 2005/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Meeresverschmutzung durch Schiffe und die Einführung von Sanktionen für Verstöße, ABlEU Nr. L 255 vom 30.09.2005 S. 11; Rahmenbeschluss 2005/667/JI des Rates vom 12. Juli 2005 zur Verstärkung des strafrechtlichen Rahmens zur Bekämpfung der Verschmutzung durch Schiffe, ABlEU Nr. L 255 vom 30.9.2005, S. 164.

II. Grundlagen des Umweltstrafrechts

1. Entwicklung des deutschen Umweltstrafrechts

Das Umweltstrafrecht wurde als eigenständiger Abschnitt im Jahre 1980 in das Strafgesetzbuch aufgenommen und seither mehrmals reformiert.[4] Zuvor waren umweltstrafrechtliche Vorschriften nur im Nebenstrafrecht enthalten. Sie waren dort als Annex zur jeweiligen Sachmaterie enthalten und pönalisierten Verstöße gegen die dort getroffenen verwaltungsrechtlichen Regelungen. Als Beispiele für eine solche Übernahme von Regelungen in das Strafgesetzbuch sind die Vorschriften über die Luftverunreinigung aus dem Bundesimmissionsschutzgesetz oder über Abfälle aus dem Abfallgesetz zu nennen.[5] Der Gesetzgeber nahm die Vorschriften vor allem deshalb in das Strafgesetzbuch auf, weil die nebenstrafrechtlichen Regelungen unübersichtlich und häufig auch unbekannt waren. Er verfolgte damit das Ziel, den Schutz der Umwelt durch das Strafrecht zu verbessern. Zudem sollte durch die Gleichstellung mit anderen Straftaten des Strafgesetzbuchs die Bedeutung des Umweltschutzes verdeutlicht werden.[6]

2. Schutzrichtung

Dem in §§ 324 ff. StGB geregelten Umweltstrafrecht liegt nach h.M. ein ökologisch-anthropozentrischer Schutz zugrunde.[7] Im Einklang mit Art. 20 a Grundgesetz sind demnach die Umweltgüter nicht allein um ihrer selbst willen, sondern im Hinblick auf die menschlichen Interessen an der Bewahrung der Umwelt geschützt. Ökologisch wertvolle Güter sollen also in ihrem natürlichen Bestand als elementare Lebensgrundlage für den Menschen geschützt werden.[8] So nimmt etwa § 325 Abs. 1 StGB auf die „Gesundheit eines anderen" Bezug.

3. Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts

Das deutsche Umweltstrafrecht ist eng mit dem Umweltverwaltungsrecht verzahnt. Man spricht insoweit auch von *„Verwaltungsakzessorietät"* des Umweltstrafrechts. § 325 Abs. 1 StGB zeigt diese Verzahnung deutlich,

---

4 S. nur *Cramer/Heine*, in: *Schönke/Schröder*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 28. Aufl., 2010, Vorbem. §§ 324 ff. Rn. 1 ff.

5 Jedoch finden sich auch heute noch Strafvorschriften im Nebenstrafrecht, so z.B. § 17 Tierschutzgesetz oder § 39 Pflanzenschutzgesetz.

6 BT-Drs. 8/2382, S. 9 ff., BT-Drs. 8/3633, S. 19. Dazu *Lackner/Kühl,* StGB Kommentar, 27. Aufl., 2011, Vorbem. §§ 324 ff. Rn.7; *Rengier,* NJW 1990, 2506 ff.*; Schmitz*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1. Aufl., 2003, Vorbem. §§ 324 ff. Rn. 4.

7 *Eisele*, Strafrecht Besonderer Teil 1, 2. Aufl., 2012, Rn. 1270. Näher hierzu *Saliger,* in: Satzger/Widmaier/Schmitt, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2009, Vorbem. §§ 324 ff.; *Schönke/Schröder/Heine* (o. Fn. 4), Vorbem. §§ 324 ff. Rn. 8.

8 *Bloy,* ZStW 100 (1988), S. 485 (487 ff.); *Lackner/Kühl* (o. Fn. 6), Vorbem. §§ 324 ff. Rn. 7; *Meurer,* NJW 1988, 2065 (2067); *Wessels/Hettinger*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 36. Aufl., 2012, Rn. 1057.

indem der Tatbestand die Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten erfordert.[9]

§ 330 d Abs. 1 Nr. 4 StGB definiert die „verwaltungsrechtlichen Pflichten" näher und verweist auf Rechtsvorschriften, gerichtliche Entscheidungen, vollziehbare Verwaltungsakte, vollziehbare Auflagen und den öffentlich-rechtlichen Vertrag.[10]

Soweit die Abhängigkeit der strafrechtlichen Tatbestände von Verwaltungsakten, d. h. verwaltungsrechtlichen Einzelentscheidungen (§ 35 VwVfG) gemeint ist, spricht man auch von *Verwaltungsaktsakzessorietät*.[11] Öffentlich-rechtliche Verwaltungsakte haben dabei nicht nur für die verwaltungsrechtlichen Pflichten Bedeutung, sondern auch dann, wenn der Tatbestand – wie etwa § 327 Abs. 1 StGB – an ein Handeln ohne Genehmigung anknüpft.[12]

Der Tatbestand entfällt in solchen Fällen, wenn das Handeln durch einen (begünstigenden) Verwaltungsakt gestattet ist. Insoweit dient die Verwaltungsaktsakzessorietät zugleich der präventiven Kontrolle, weil ungenehmigte Anlagen nicht betrieben werden dürfen. Es handelt sich also – öffentlich-rechtlich betrachtet – um ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, weil ein potentiell gefährliches Verhalten vorsorglich untersagt wird und nur dann zulässig ist, wenn eine behördliche Genehmigung vorliegt. Der Täter kann sich grundsätzlich auf rechtmäßige und rechtswidrige Verwaltungsakte berufen, da auch der rechtswidrige Verwaltungsakt in Deutschland öffentlich-rechtlich wirksam ist (vgl. § 43 Abs. 1 und 2 VwVfG). Die Sachlage ändert sich nach h. M. erst, wenn der Verwaltungsakt wirksam

---

[9] § 325 Abs. 1 StGB, Luftverunreinigung:
Wer beim Betrieb einer Anlage, insbesondere einer Betriebsstätte oder Maschine, unter Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten Veränderungen der Luft verursacht, die geeignet sind, außerhalb des zur Anlage gehörenden Bereichs die Gesundheit eines anderen, Tiere, Pflanzen oder andere Sachen von bedeutendem Wert zu schädigen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Der Versuch ist strafbar.

[10] § 330 d Abs. 1 Nr. 4 StGB:
Im Sinne dieses Abschnitts ist (…)
4. eine verwaltungsrechtliche Pflicht: eine Pflicht, die sich aus
a) einer Rechtsvorschrift,
b) einer gerichtlichen Entscheidung,
c) einem vollziehbaren Verwaltungsakt,
d) einer vollziehbaren Auflage oder
e) einem öffentlich-rechtlichen Vertrag, soweit die Pflicht auch durch Verwaltungsakt hätte auferlegt werden können,
ergibt und dem Schutz vor Gefahren oder schädlichen Einwirkungen auf die Umwelt, insbesondere auf Menschen, Tiere oder Pflanzen, Gewässer, die Luft oder den Boden, dient; (…)

[11] *Eisele*, Strafrecht Besonderer Teil 1 (o. Fn. 7), Rn. 1270; *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil 2, 14. Aufl., 2013, § 47 Rn. 15.

[12] § 327 Abs. 1 StGB, Unerlaubtes Betreiben von Anlagen:
Wer ohne die erforderliche Genehmigung oder entgegen einer vollziehbaren Untersagung
1. eine kerntechnische Anlage betreibt, eine betriebsbereite oder stillgelegte kerntechnische Anlage innehat oder ganz oder teilweise abbaut oder eine solche Anlage oder ihren Betrieb wesentlich ändert oder
2. eine Betriebsstätte, in der Kernbrennstoffe verwendet werden, oder deren Lage wesentlich ändert, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

zurückgenommen wird (§ 48 VwVfG) oder nichtig ist (§ 44 VwVfG).[13] Ausnahmsweise wird die Verwaltungsaktsakzessorietät in Fällen des Rechtsmissbrauches nach § 330 d Abs. 1 Nr. 5 StGB durchbrochen. Obwohl der Verwaltungsakt auch in diesen Fällen wirksam ist (§ 48 Abs. 2 Satz 3 VwVfG), wirkt er strafrechtlich nicht zu Gunsten des Täters. Ein Handeln ohne Genehmigung, Planfeststellung oder sonstige Zulassung liegt demnach auch vor, wenn diese durch Drohung, Bestechung oder Kollusion erwirkt oder durch unrichtige oder unvollständige Angaben erschlichen wurde.[14]

III. Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts auf Auslandssachverhalte

Bevor ich erörtere, ob ausländisches Verwaltungsrecht und ausländische Genehmigungen auch für das deutsche Umweltstrafrecht von Bedeutung sind, möchte ich zunächst darauf eingehen, wann deutsches Strafrecht auf Auslandssachverhalte anwendbar ist. Die Vorschriften der §§ 3 bis 7 StGB über das Strafanwendungsrecht sind Geltungsvoraussetzung und Teil des nationalen materiellen Strafrechts.[15] Sie geben nur Auskunft darüber, ob deutsches Strafrecht auf einen Sachverhalt mit Auslandsbezug anwendbar ist, ohne dass das Strafrecht anderer Rechtsordnungen dadurch ausgeschlossen wird. Es handelt sich daher um lediglich einseitiges Kollisionsrecht. Bei grenzüberschreitenden Umweltschädigungen hat dies zur Folge, dass dieselbe Tat von mehreren Staaten verfolgt werden kann, so dass sich im Einzelfall Fragen einer koordinierten Strafverfolgung sowie des Grundsatzes ne bis in idem stellen können.[16] Wird also durch ein deutsches Unternehmen in Konstanz eine Umweltverschmutzung begangen, die Auswirkungen auch in der Schweiz und in Österreich hat, so ist eine parallele Strafverfolgung durch alle drei Staaten nicht ausgeschlossen.

1. Territorialitätsprinzip (§ 3 StGB)

a) Das Strafgesetzbuch geht von dem Grundsatz aus, dass das deutsche Strafrecht nur dann uneingeschränkt für Straftaten gilt, wenn diese im Inland (§ 3 StGB – Territorialitätsprinzip) begangen wurden.[17] Für Auslandstaten kann das deutsche Strafrecht nur unter den Voraussetzungen der §§ 5 bis 7 StGB zur Anwendung gelangen. Wird also durch ein französisches Chemieunternehmen

---

[13] Dafür, dass es nicht auf die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes, sondern nur auf die materielle Rechtmäßigkeit nach Verwaltungsrecht ankommen soll, *Perschke*, wistra 1996, 161 (164 f.); *Rudolphi*, NStZ 1984, 193 (197); *Schall*, NStZ 1992, 209 (213); für eine Beurteilung allein nach strafrechtlichen Gesichtspunkten *Schünemann*, wistra 1986, 235 (239). Zum Ganzen *Schönke/Schröder/Heine* (o. Fn. 4), Vorbem. §§ 324 ff. Rn. 16 b und c; *Steindorf*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 11. Aufl., 2003, Vorbem. §§ 324 ff. Rn. 31.

[14] BT-Drs. 12/3700, S. 25. Siehe dazu etwa *Schönke/Schröder/Heine* (o. Fn. 4), § 330d Rn. 27; *v.Heintschel-Heinegg*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum StGB, 19. Ed., Stand 15.6.2012, § 330d Rn.10.

[15] *Ambos,* in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2011, Vorbem §§ 3-7, Rn. 2; *Lackner/Kühl* (o. Fn. 6), Vorbem. §§ 3-7 Rn. 2; *Schönke/Schröder/Eser* (o. Fn. 4), Vorbem. §§ 3-7 Rn. 5.

[16] Dazu *Hecker*, FS Meinhard Schröder, 2012, S. 532 (544 ff.).

[17] Vgl. ferner das Flaggenprinzip nach § 4 StGB.

in Straßburg eine Luftverschmutzung begangen, so unterfällt diese grundsätzlich nur dem deutschen Strafgesetzbuch, wenn diese als Inlandstat eingestuft werden kann. Dabei genügt für die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts nach dem Ubiquitätsprinzip des § 9 Abs. 1 StGB, dass entweder der Handlungsort oder der Erfolgsort im Inland liegt, was vor allem für grenzüberschreitende Distanzdelikte von Bedeutung ist.[18] Für den Handlungsort ist maßgeblich, dass der Täter eine auf die Tatbestandsverwirklichung gerichtete Tätigkeit im Inland entfaltet hat, was in unserem Beispielsfall bei einem in Frankreich angesiedelten Unternehmen zu verneinen wäre. Der Erfolgsort knüpft grundsätzlich an den tatbestandlich umschriebenen Erfolg an, wozu beispielsweise auch der Eintritt der konkreten Gefahr beim konkreten Gefährdungsdelikt gehört.[19]

b) Problematisch ist, ob auch potentielle und abstrakte Gefährdungsdelikte einen Erfolgsort aufweisen. Denn diese setzen keinen tatbestandlichen Erfolgseintritt voraus. So lässt es § 325 StGB genügen, dass die Tathandlung geeignet ist, eine Schädigung herbeizuführen; eine Schädigung muss hier zur Verwirklichung des Tatbestandes nicht zwingend eintreten.[20] Das wäre etwa der Fall, wenn die von der französischen Chemiefabrik verursachte Luftverschmutzung auch in Deutschland einen Schaden hätte herbeiführen können, dieser jedoch nicht eingetreten ist, weil der Wind die Emissionen in eine andere Richtung getrieben hat.

aa) Versteht man die Vorschrift des § 9 StGB entsprechend dem tatbestandlichen Deliktserfolg restriktiv, kann die Tat mangels Erfolgsorts nicht in Deutschland abgeurteilt werden.[21] Indessen werden für solche Fälle unterschiedliche Lösungsmodelle vorschlagen, die teils Korrekturen beim Handlungsort, überwiegend aber beim Erfolgsort vorsehen.[22] Der Bundesgerichtshof versteht mit Teilen der Literatur unter dem Begriff des „Erfolges“ in § 9 StGB nicht nur den tatbestandlichen Erfolg. Vielmehr soll bei potentiellen Gefährdungsdelikten der Erfolg auch dort eintreten können, wo sich die Gefährlichkeit im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut entfalten kann oder

---

[18] § 3 StGB, Geltung für Inlandstaten:
Das deutsche Strafrecht gilt für Taten, die im Inland begangen werden.
§ 9 Abs. 1 StGB, Ort der Tat:
Eine Tat ist an jedem Ort begangen, an dem der Täter gehandelt hat oder im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen oder an dem der zum Tatbestand gehörende Erfolg eingetreten ist oder nach der Vorstellung des Täters eintreten sollte.

[19] Beck-OK-StGB *v.Heintschel-Heinegg* (o. Fn. 14), § 9 Rn. 10; *Satzger*, NStZ 1998, 112, 114; *Schönke/Schröder/Eser* (o. Fn. 4), § 9 Rn. 6.

[20] § 325 Abs. 1 StGB, Luftverunreinigung:
Wer beim Betrieb einer Anlage, insbesondere einer Betriebsstätte oder Maschine, unter Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten Veränderungen der Luft verursacht, die geeignet sind, außerhalb des zur Anlage gehörenden Bereichs die Gesundheit eines anderen, Tiere, Pflanzen oder andere Sachen von bedeutendem Wert zu schädigen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Der Versuch ist strafbar.

[21] So KG NJW 1999, 3500 (3501 f.); *Lackner/Kühl* (o. Fn. 6), § 9 Rn. 2; *Satzger*, NStZ 1998, 112 (114 ff.).

[22] Vgl. näher MünchKomm-StGB-*Ambos* (o. Fn. 15), § 9 Rn. 26 ff.; *Schönke/Schröder/Eser* (o. Fn. 4), § 9 Rn. 7 b.

entfaltet hat, so dass man in meinem Beispiel zur Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts gelangen kann.[23]

bb) Teilweise wird für potentielle und abstrakte Gefährdungsdelikte – sogar unabhängig vom Eintritt eines Schadens – ein Erfolg i.S.d. § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB anerkannt und hierfür auf den Ort abgestellt, an dem die abstrakte Gefahr in eine konkrete Gefahr bzw. in einen Schaden umschlagen *kann*.[24] Für eine solche Lösung wird u.a. angeführt, dass der Unterschied des abstrakten zum konkreten Gefährdungsdelikt nur gradueller Natur sei.[25] Auch könnte sich der Täter ansonsten bewusst ins Ausland begeben, um von dort aus Taten zu begehen. Für den Schutz des Rechtsguts ist es jedoch unerheblich, von welchem Ort aus der Täter agiert.[26]

cc) Gegen solche Ansätze kann jedoch angeführt werden, dass das deutsche Strafrecht de facto sehr weitgehend auf Auslandstaten anwendbar wäre und sich mitunter sogar dem Weltrechtsprinzip annähern würde, ohne dass hierbei ein hinreichender völkerrechtlich legitimierender Anknüpfungspunkt besteht.[27] Würden alle Staaten auf diese Weise ihr Strafrecht zur Anwendung bringen, müsste ein Unternehmer zahlreiche Strafrechtsordnungen berücksichtigen, so dass er sich praktisch immer an denjenigen Staaten orientieren müsste, die die punitivsten Regelungen vorsehen.[28] Um dem völkerrechtlichen Nichteinmischungsverbot Rechnung zu tragen, ist bei potentiellen und abstrakten Gefährdungsdelikten daher ein spezifischer Inlandsbezug, d. h. ein legitimierender Anknüpfungspunkt zu fordern.[29] Der Bundesgerichtshof verlangt einen solchen spezifischen Anknüpfungspunkt bislang immerhin schon im Rahmen des § 6 StGB.[30] Dabei wird man insbesondere auf solche Anknüpfungspunkte abstellen können, die – wie etwa die deutsche Staatsangehörigkeit, der Wohnsitz oder ständige Aufenthalt in der Bundesrepublik – innerhalb des § 5 StGB vom Gesetzgeber selbst genannt werden.[31]

2. Schutzprinzip (§ 5 StGB)

Nach dem Schutzprinzip gilt das deutsche Strafrecht auch für im Ausland begangene Straftaten unabhängig vom Recht des Tatorts für bestimmte

---

[23] BGHSt 46, 212 ff.; für rein abstrakte Gefährdungsdelikte hat der BGH hingegen offen gelassen, ob auch dort ein Erfolgsort zumindest in Fällen anzuerkennen ist, in denen sich die abstrakte Gefahr realisiert hat, also in Deutschland tatsächlich ein Schaden eintritt.

[24] *Hecker*, ZStW 115 (2003), S. 880 (886); *Heinrich*, GA 1999, 72 (77 ff.); ferner LK-*Werle/Jeßberger,* in: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl., 2007, § 9 Rn. 33, 89 ff., die einschränkend einen völkerrechtlich legitimierenden Anknüpfungspunkt verlangen; *Morozinis*, GA 2011, 475 (481), verlangt, dass die abstrakte oder potentielle Gefahr tatsächlich in eine konkrete Gefährdung bzw. einen Schaden umgeschlagen hat.

[25] *Heinrich*, GA 1999, 72 (78).

[26] *Sieber*, NJW 1999, 2065 (2067).

[27] *Böse,* in: Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl., 2010, § 9 Rn. 14; *Koch*, GA 2002, 703 (707); *Lagodny,* JZ 2001, 1198 (1200), möchte bei Straftaten im Internet das Strafanwendungsrecht nur nach §§ 5 bis 7 StGB bestimmen.

[28] *Satzger,* Internationales und europäisches Strafrecht, 5. Aufl., 2011, § 5 Rn. 47; *ders.*, NStZ 1998, 112 (114); ferner MünchKomm-StGB-*Ambos* (o. Fn. 15), § 9 Rn. 31.

[29] MünchKomm-StGB-*Ambos* (o. Fn. 15), § 9 Rn. 34; *Hörnle*, NStZ 2001, 309 (310); *Werle/Jeßberger* (o. Fn. 25*)*, § 9 Rn. 33, 89 ff, Rn. 99 ff.

[30] BGHSt 46, 212 (220 ff.); dazu sogleich 3.

[31] Vgl. auch LK-*Werle/Jeßberger* (o. Fn. 25), § 9 Rn. 102; NK-*Böse* (o. Fn. 28), § 9 Rn.14.

in § 5 StGB genannte wichtige inländische Schutzgüter.[32] § 5 StGB versucht dem völkerrechtlichen Nichteinmischungsprinzip insofern Rechnung zu tragen, als er selbst legitimierende Anknüpfungspunkte für die Verfolgung von exterritorialen Sachverhalten statuiert.[33] Für Straftaten im Zusammenhang mit Umweltschädigungen sind § 5 Nr. 11 und Nr. 11 a StGB zu beachten, so dass etwa beim Verursachen einer nuklearen Explosion (§ 328 Abs. 2 Nr. 3 StGB), die Tat auch in Deutschland verfolgt werden kann, wenn der Täter Deutscher ist. Ob die Tat auch im Ausland, wo sie von dem Deutschen begangen wurde, strafbar ist, ist unerheblich.

3. Weltrechtsprinzip (§ 6 StGB)

Das Weltrechtsprinzip umfasst Rechtsgüter, deren Schutz im Interesse der Staatengemeinschaft liegt. Auf den Ort der Tatbegehung, das Recht des Tatorts und die Staatsangehörigkeit des Täters kommt es daher nicht an. Die Legitimation zur Strafverfolgung ergibt sich zunächst aus dem Charakter als universelles Rechtsgut.[34] Richtigerweise bedarf es mit der Rechtsprechung des BGH im Hinblick auf das völkerrechtliche Nichteinmischungsprinzip aber eines zusätzlichen legitimierenden Anknüpfungspunktes, der einen unmittelbaren Bezug zur Strafverfolgung im Inland herstellt.[35] Fraglich ist, ob unter die zwischenstaatlichen Abkommen i. S. d. § 6 Nr. 9 StGB auch frühere Rahmenbeschlüsse der intergouvernementalen Zusammenarbeit und möglicherweise sogar Richtlinien, die nunmehr auf Grundlage des Art. 83 AEUV erlassen werden, zu verstehen sind.[36] Eine solche Sichtweise würde auch für den Bereich des Umweltstrafrechts zu weiteren Ausdehnungen der Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts führen, soweit solche Rechtsakte künftig Regelungen über die gerichtliche Zuständigkeit enthalten. Gegen die Anwendbarkeit des § 6 Nr. 9 StGB spricht jedoch, dass – im Gegensatz zu völkerrechtlichen Verträgen – bei europäischen Rechtsakten ein Zustimmungsgesetz nicht erforderlich ist und sich der nationale Gesetzgeber ohne Umsetzung der entsprechenden Vorgaben in das nationale Recht mit der Ausdehnung gerade nicht einverstanden erklärt.[37]

---

[32] § 5 StGB, Auslandstaten gegen inländische Rechtsgüter:
Das deutsche Strafrecht gilt, unabhängig vom Recht des Tatorts, für folgende Taten, die im Ausland begangen werden:
11. Straftaten gegen die Umwelt in den Fällen der §§ 324, 326, 330 und 330a, die im Bereich der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone begangen werden, soweit völkerrechtliche Übereinkommen zum Schutze des Meeres ihre Verfolgung als Straftaten gestatten;
11 a.Straftaten nach § 328 Abs. 2 Nr. 3 und 4, Abs. 4 und 5, auch in Verbindung mit § 330, wenn der Täter zur Zeit der Tat Deutscher ist; (…)

[33] Vgl. näher die kritische Analyse bei MünchKomm-StGB-*Ambos* (o. Fn. 15), § 3 Rn.79 ff. Völkerrechtliche Bedenken verneint *Schönke/Schröder/Eser* (o. Fn. 4), § 5 Rn.2.

[34] MünchKomm-StGB-*Ambos* (o. Fn. 15), § 3 Rn. 92; *Satzger* (o. Fn. 29),§ 5 Rn 73; *Schramm*, Internationales Strafrecht, 2011, Kap. 1 Rn. 57.

[35] So BGHSt 45, 65 (66 und 68); BGH StV 1999, 240; dagegen *Schönke/Schröder/Eser* (o. Fn. 4), § 6 Rn. 1 ; für eine differenzierte Betrachtung MünchKomm-StGB-*Ambos* (o. Fn. 15), § 3 Rn. 102. Siehe schon oben 1 b cc.

[36] Für Rahmenbeschlüsse NK-*Böse* (o. Fn. 28), § 6 Rn. 19.

[37] So MünchKomm-StGB-*Ambos* (o. Fn. 15), § 3 Rn. 112.

4. Eingeschränktes aktives Personalitätsprinzip

In § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB ist das eingeschränkte aktive Personalitätsprinzip normiert.[38] Bei Straftaten durch deutsche Staatsangehörige ist im Hinblick auf das völkerrechtliche Nichteinmischungsprinzip erforderlich,[39] dass die Tat auch am Tatort mit Strafe bedroht ist; eine Ausnahme gilt nur, soweit der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt.

Wäre also an einer Umweltstraftat in Südkorea oder Japan ein Deutscher beteiligt, könnte dieser auch dann in Deutschland bestraft werden, wenn die Tat keinerlei Auswirkungen in Deutschland hat, aber diese in Deutschland sowie in Südkorea bzw. Japan strafbar ist. Deutsche Strafverfolgungsorgane müssten also bei der Frage der Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts südkoreanisches bzw. japanisches Strafrecht prüfen. Dabei sind grundsätzlich auch ausländische Straffreistellungsgründe zu berücksichtigen. Eine Grenze ist erst dort zu ziehen, wo diese Gründe anerkannten Rechtsgrundsätzen des Völkerrechts widersprechen, was etwa bei willkürlicher Amnestie denkbar ist. Insoweit steht die Anerkennung ausländischer Straffreistellungsgründe unter dem Vorbehalt eines inter-internationalen ordre public.[40]

IV. Europäisiertes Umweltstrafrecht

Sollte in einer ersten Stufe die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts bejaht werden, so ist in einer zweiten Stufe zu fragen, wie sich europarechtliche Vorschriften auf die Tatbestände auswirken.

1. Entwicklung und Kompetenzen im Überblick

a) Erste Ansätze zu einer Angleichung des Umweltstrafrechts auf europäischer Ebene wurden zunächst außerhalb der Europäischen Union durch die Konvention des Europarates zum Schutz der Umwelt durch Strafrecht aus dem Jahr 1998 unternommen[41]. Die Konvention enthält als völkerrechtlicher Vertrag einen Katalog von Vorgaben für Strafvorschriften, die dann in nationales Recht transformiert werden müssen. Die Konvention wurde bislang von vierzehn Staaten unterzeichnet, darunter auch Deutschland. In Kraft tritt sie, wenn sie durch mindestens drei Staaten ratifiziert worden ist. Über zehn Jahre nach der Unterzeichnung wurde sie bislang lediglich von Estland ratifiziert[42]. Dennoch kommt dieser Konvention erhebliche Bedeutung zu, da sie Anstoß für eigene Bemühungen der EU war.

---

[38] § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB, Geltung für Auslandstaten in anderen Fällen:
Für andere Taten, die im Ausland begangen werden, gilt das deutsche Strafrecht, wenn die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist oder der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt und wenn der Täter
Nr. 1 zur Zeit der Tat Deutscher war oder es nach der Tat geworden (…)

[39] MünchKomm-StGB-*Ambos* (o. Fn. 15), § 3 Rn. 42.

[40] Siehe *Satzger* (o. Fn. 29), § 5 Rn. 94 f.

[41] Convention on the Protection of Environment through Criminal Law
CETS No.: 172; dazu *Möhrenschlager*, wistra 1999, S. VI – VIII; *ders.*, wistra 2003, S. VI.

[42] Der aktuelle Stand der Unterzeichnungen und Ratifikationen ist beim Europarat unter http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=8&CL=ENG abrufbar (letzter Abruf: 7.8.2012).

b) Zu beachten ist, dass die EU grundsätzlich keine eigene Kriminalstrafgewalt besitzt. Sie kann daher keine unmittelbar wirkenden Strafvorschriften durch Verordnungen erlassen und kann auch nicht durch eigene Gerichte Kriminalstrafen verhängen[43]. Vielmehr können den Mitgliedstaaten in Richtlinien (Art. 288 AEUV) lediglich Vorgaben für Straftatbestände und Sanktionen gemacht werden, die dann vom Gesetzgeber in nationales Recht umgesetzt werden müssen. Die EU besitzt nach dem Prinzip der limitierten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 EUV) in Art. 83 Abs. 2 AEUV[44] eine sog. Annexkompetenz, aufgrund derer sie in bereits harmonisierten Gebieten, wozu auch das Umweltrecht (vgl. Art. 191 ff. AEUV) gehört, den Mitgliedstaaten flankierende Strafvorschriften vorgeben darf.[45]

2. Gründe für den Erlass der EU-Richtlinie

In der Richtlinie wird zur Begründung ihres Erlasses ausgeführt, dass Umweltstraftaten in steigendem Maße über die Grenzen der Staaten hinausgehen, in denen sie begangen werden. Mit den strafrechtlichen Regelungen soll zudem eine gesellschaftliche Missbilligung zum Ausdruck gebracht werden, die über verwaltungsrechtliche Sanktionen und zivilrechtliche Schadensersatzleistungen hinausgeht.[46] Außerdem erfordere ein wirksamer Umweltschutz abschreckende Sanktionen für umweltschädigende Tätigkeiten. Gemeinsame europäische Regeln erleichterten zudem die Anwendung wirksamer Ermittlungsmethoden und Amtshilfeverfahren. So ist etwa mithilfe des Europäischen Haftbefehls eine Überstellung des Beschuldigten in einen anderen Mitgliedstaat zum Zwecke der Strafverfolgung auch im Bereich der Umweltkriminalität möglich.

---

[43] Vgl. etwa EuGH Rs. 186/87 – Cowan/Trésor public – , Slg. 1989, 195 (221 f.); BGHSt 25, 190 (193 f.); BGH NJW 1995, 2174 (2175); *Eisele,* JZ 2001, 1157; *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 94 f.; *Schröder*, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht, 2002, S. 103 ff.*; Schünemann*, GA 2004, 193 (195); *Sieber*, ZStW 103 (1991), 957 (969 ff.); *Vogel*, JZ 1995, 331 (332). Abw. etwa *Appel*, in: Dannecker (Hrsg.), Lebensmittelstrafrecht und Verwaltungssanktionen in der Europäischen Union, 1994, S. 165 (178 f.), der bei materieller Kompetenz der EG für einen Regelungsbereich eine Annexkompetenz zur Einführung von Sanktionen bejaht.

[44] Art. 83 Abs. 2 AEUV:
Erweist sich die Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten als unerlässlich für die wirksame Durchführung der Politik der Union auf einem Gebiet, auf dem Harmonisierungsmaßnahmen erfolgt sind, so können durch Richtlinien Mindestvorschriften für die Festlegung von Straftaten und Strafen auf dem betreffenden Gebiet festgelegt werden. Diese Richtlinien werden unbeschadet des Artikels 76 gemäß dem gleichen ordentlichen oder besonderen Gesetzgebungsverfahren wie die betreffenden Harmonisierungsmaßnahmen erlassen.

[45] Die Europäische Union hat mit der eingangs angesprochenen Richtlinie zum Schutz der Umwelt bereits vor dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon auf Grundlage des früheren EGV im Jahre 2008 davon Gebrauch gemacht. Richtlinie 2008/99/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt, ABlEU Nr. L 328 vom 6.12.2008 S. 28.

[46] ABl. 2008 Nr. L 328, S. 28, Erwägungsgrund 3.

3. Inhaltliche Ausgestaltung

a) In Art. 3 der Richtlinie werden die Mitgliedstaaten angehalten, bestimmte Handlungen unter Strafe zu stellen, wenn sie rechtswidrig sind und vorsätzlich oder zumindest grob fahrlässig begangen werden. Zu nennen sind (lit. a) exemplarisch die Einleitung, Abgabe oder Einbringung einer Menge von Stoffen oder ionisierender Strahlung in die Luft, den Boden oder das Wasser, die den Tod oder eine schwere Körperverletzung von Personen oder erhebliche Schäden hinsichtlich der Luft-, Boden- oder Wasserqualität oder an Tieren oder Pflanzen verursacht oder verursachen kann. In Art. 2 lit. a wird dann die Rechtswidrigkeit näher bestimmt und dafür auf EU-Recht sowie das Recht der Mitgliedstaaten verwiesen, das auf Harmonisierungsmaßnahmen beruht.[47]

b) Infolge dessen hat der deutsche Gesetzgeber mit Wirkung zum 14.12.2011[48] in § 330 d Abs. 2 StGB eine neue Vorschrift eingeführt.[49] Diese stellt für Fälle, in denen die Tat in einem anderen Mitgliedstaat der EU begangen worden ist, einer deutschen verwaltungsrechtlichen Pflicht, Genehmigung usw. entsprechende Pflichten, Genehmigungen auf Grund einer Rechtsvorschrift eines Mitgliedstaats der EU oder auf Grund eines Hoheitsakts eines anderen Mitgliedstaats der EU gleich. Dies gilt jedoch nur,

---

[47] Art. 2, Begriffsbestimmungen:
Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck
a) „rechtswidrig" einen Verstoß gegen:
i) einen in Anhang A aufgeführten und gemäß dem EG-Vertrag erlassenen Rechtsakt oder
ii) einen in Anhang B aufgeführten und gemäß dem Euratom-Vertrag erlassenen Rechtsakt, im Falle von Tätigkeiten, die durch den Euratom-Vertrag geregelt sind, oder
iii) ein Gesetz, eine Verwaltungsvorschrift eines Mitgliedstaats oder eine Entscheidung einer zuständigen Behörde eines Mitgliedstaats, das oder die der Umsetzung oder Anwendung der unter den Ziffern i oder ii genannten Rechtsakte der Gemeinschaft dient;
(…)

[48] Fassung aufgrund des Fünfundvierzigsten Strafrechtsänderungsgesetzes zur Umsetzung der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt vom 06.12.2011 BGBl. I, S. 2557

[49] § 330 d Abs. 2 StGB, Begriffsbestimmungen:
Für die Anwendung der §§ 311, 324 a, 325, 326, 327, 328 stehen in Fällen, in denen die Tat in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union begangen worden ist,

1. einer verwaltungsrechtlichen Pflicht,

2. einem vorgeschriebenen oder zugelassenen Verfahren,

3. einer Untersagung,

4. einem Verbot,

5. einer zugelassenen Anlage,

6. einer Genehmigung und

7. einer Planfeststellung

entsprechende Pflichten, Verfahren, Untersagungen, Verbote, zugelassene Anlagen, Genehmigungen und Planfeststellungen auf Grund einer Rechtsvorschrift des anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union oder auf Grund eines Hoheitsakts des anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union gleich. Dies gilt nur, soweit damit ein Rechtsakt der Europäischen Union oder ein Rechtsakt der Europäischen Atomgemeinschaft umgesetzt oder angewendet wird, der dem Schutz vor Gefahren oder schädlichen Einwirkungen auf die Umwelt, insbesondere auf Menschen, Tiere oder Pflanzen, Gewässer, die Luft oder den Boden, dient.

soweit damit ein Rechtsakt der EU angewendet oder umgesetzt wird, so dass es sich um Bereiche handeln muss, die schon Gegenstand einer Harmonisierungsmaßnahme waren.

c) Freilich muss man sehen, dass ein solches Ergebnis bei Richtlinien schon vor der Gesetzesänderung im Wege der sog. unionsrechtskonformen Auslegung geboten war, weil das nationale Recht der Mitgliedstaaten im Lichte des Unionsrechts auszulegen ist und dem Unionsrecht zur Wirksamkeit zu verhelfen hat.[50] Und Verordnungen gelten ja ohnehin unmittelbar im nationalen Recht. Der deutsche Gesetzgeber spricht daher in der Gesetzesbegründung auch von dem klarstellenden Charakter der Neuregelung.[51] Verstößt also der Betreiber einer französischen Chemiefabrik gegen französisches Verwaltungsrecht, das auf harmonisiertem EU-Recht beruht, so kann er sich – vorausgesetzt, dass das deutsche Strafrecht anwendbar ist – auch nach § 325 StGB strafbar machen. Und umgekehrt ist eine Strafbarkeit etwa ausgeschlossen, wenn er eine nach französischem Recht wirksame Genehmigung besitzt. Für die Wirksamkeit kommt es dabei ebenfalls allein auf das ausländische Recht an.[52] Anders wäre dies aber z.B. im Rahmen der Verursachung von Lärm nach § 325 a StGB, weil diese Vorschrift nicht der Umsetzung von EU-Recht dient und in § 330 d Abs. 2 StGB deshalb auch nicht genannt wird.[53] Hier gelten diejenigen Grundsätze, die auch für Drittstaaten außerhalb der EU Anwendung finden.

d) Interessant ist, dass der Gesetzgeber die Missbrauchsklausel für Bestechungs- und Kollusionsfälle, wie sie für das deutsche Recht in § 330 d Abs. 1 Nr. 5 StGB normiert ist[54], in Abs. 2 nicht erwähnt und sich dazu in den Materialien auch nicht äußert.[55] Daher wird vertreten, dass ausländische Genehmigungen selbst dann in Deutschland als wirksam anzusehen sind, wenn sie durch Bestechung erschlichen wurden.[56] Eine solche Lösung war aber europarechtlich bei der Umsetzung nicht geboten, weil die Richtlinie nur Mindestvorschriften vorsieht und Art. 193 AEUV ausdrücklich ein höheres nationales Schutzniveau zulässt[57] und wird von denjenigen, die europäisches Recht schon bislang berücksichtigen wollten, auch nicht vertreten.[58] Man

---

50 *Kemme*, Das Tatbestandsmerkmal der Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten in den Umweltstraftatbeständen des StGB, S. 466. Zu Besonderheiten vgl. *Schönke/Schröder/Heine* (o. Fn. 4), § 326 Rn. 12 c.

51 BT-Drs. 17/5391, S. 11.

52 *Heger*, HRRS 2012, 211 (218).

53 § 324 StGB knüpft nach seinem Wortlaut nicht an verwaltungsrechtliche Pflichten an und ist daher ebenfalls nicht genannt. Die Grundsätze gelten auch im Rahmen der Rechtswidrigkeit; *Lackner/Kühl* (o. Fn. 6), § 324 Rn. 8.

54 § 330d Abs. 1 Nr. 5 StGB, Begriffsbestimmungen:
Im Sinne dieses Abschnitts ist (…)
Nr. 5 ein Handeln ohne Genehmigung, Planfeststellung oder sonstige Zulassung:auch ein Handeln auf Grund einer durch Drohung, Bestechung oder Kollusion erwirkten oder durch unrichtige oder unvollständige Angaben erschlichenen Genehmigung, Planfeststellung oder sonstigen Zulassung.

55 *Heger*, HRRS 2012, 211 (218).

56 *Heger*, HRRS 2012, 211 (218 f.). Dies würde immerhin dem in der EU gültigen Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung von Hoheitsakten anderer Staaten entsprechen.

57 MünchKomm-StGB-*Schmitz* (o. Fn. 6), § 330d Rn. 26.

58 *Hecker*, FS Meinhard Schröder (o. Fn. 16), S. 531 (532); *Schönke/Schröder/Heine* (o. Fn. 4), § 330d Rn. 40.

könnte deshalb möglicherweise daran denken, die Gleichstellung in Abs. 2 nur auf die deutschen Vorschriften, Genehmigungen usw. in Abs. 1 Nr. 4 zu beziehen und Nr. 5 als allgemeine Vorschrift zu sehen, soweit man dabei keine Bedenken hinsichtlich des in Art. 103 Abs. 2 GG verankerten Grundsatzes nulla poena sine lege hat.

V. Berücksichtigung von ausländischem Verwaltungsrecht von Drittstaaten

Soweit es sich um Bereiche des Umweltrechts handelt, die nicht Gegenstand von Harmonisierungsmaßnahmen der EU sind, kennt das Strafgesetzbuch keine besondere Regelung. Dasselbe gilt auch für Staaten außerhalb der Europäischen Union. Klar ist jedenfalls, dass der Betrieb ausländischer Anlagen nicht an den deutschen verwaltungsrechtlichen Vorschriften gemessen werden kann, weil deren Geltung auf das Bundesgebiet beschränkt ist.[59] Im Übrigen ist sehr streitig, ob ausländisches Recht im Rahmen des deutschen Umweltstrafrechts zu beachten ist.

1. Berücksichtigung ausländischer verwaltungsrechtlicher Pflichten

a) Teilweise wird aus völkerrechtlichen Gründen gefordert, dass sich die verwaltungsrechtlichen Pflichten nach dem Recht desjenigen Staates bestimmen, auf dessen Hoheitsgebiet die schädigenden Handlungen vorgenommen werden.[60] Dies führt dazu, dass etwa der Betreiber eines emittierenden Betriebs in der Schweiz bei von ihm verursachten Unfällen nach § 325 StGB verurteilt werden kann, wenn er gegen verwaltungsrechtliche Pflichten der Schweiz verstößt.

b) Richtigerweise erfasst aber der Begriff der verwaltungsrechtlichen Pflichten ausländisches Recht nicht.[61] Das ergibt sich zwar nicht schon allein aus dem Grundsatz der Unanwendbarkeit ausländischen öffentlichen Rechts, wonach die Bezugnahme auf ausländisches öffentliches Recht eine Ausübung fremder Souveränität darstelle.[62] Denn ein solcher Grundsatz wird heute von der weit überwiegenden Auffassung in dieser Allgemeinheit nicht mehr anerkannt.[63] Dafür, dass ausländisches Recht nicht erfasst wird, spricht allerdings die Einfügung des § 330 d Abs. 2 StGB, der gerade eine Sonderregelung für harmonisiertes Umweltverwaltungsrecht der EU trifft. Zudem knüpfen einige der Straftatbestände ausdrücklich an deutsches Verwaltungsrecht an. So wird etwa in § 327 Abs. 2 Nr. 1 StGB und § 329 Abs. 1 StGB ausdrücklich das Bundesimmissionsschutzgesetz erwähnt. Das Umweltstrafrecht ist damit bewusst mit dem deutschen Umweltverwaltungsrecht verzahnt und bietet so ein abgestimmtes System, das dem ultima-ratio Ge-

---

59 *Hecker*, ZStW 115 (2003), S. 880 (891); *Kemme*, Das Tatbestandsmerkmal der Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten in den Umweltstraftatbeständen des StGB, S. 458.

60 *Martin*, Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen, 1989, S. 308; *ders.*, ZRP 1992, 19 (22).

61 Zum Ganzen *Hecker*, ZStW 115 (2003), S. 880 (893 f.).

62 So aber *Günther-Nicolay,* Die Erfassung von Umweltstraftaten mit Auslandsbezug durch das deutsche Umweltstrafrecht gemäß §§ 324 ff. StGB, S. 316.

63 Siehe nur Staudinger/*Fezer/Koos,* BGB, EGBGB Internationales Kartellprivatrecht, Rn.100 ff. m.w.N.

danken des Strafrechts Rechnung trägt. Verwaltungsrechtlich erlaubtes Handeln soll keine Strafbarkeit begründen. Die Verknüpfung mit ausländischem Verwaltungsrecht könnte hingegen dazu führen, dass ein Verhalten bei grenzüberschreitenden Schädigungen pönalisiert wird, das bei rein innerstaatlichen Sachverhalten weder im Ausland noch im Inland strafbar wäre. So mag das Schweizer Unternehmen gegen verwaltungsrechtliche Pflichten beim Betreiben der Anlage im Heimatland verstoßen, ohne dass dort das Verhalten strafbar ist. Kommt es aufgrund des Territorialitätsprinzips zur Anwendbarkeit deutschen Strafrechts, ist eine beidseitige Strafbarkeit nicht erforderlich, so dass die Straffreiheit in der Schweiz einer Pönalisierung in Deutschland nicht entgegensteht. Das deutsche Strafrecht würde dann für die Sanktionierung an die Pflichtverletzung in der Schweiz anknüpfen, selbst wenn der Betrieb derselben Anlage in Deutschland im Einklang mit den Regelungen des Umweltverwaltungsrechts stünde.

c) Dagegen dürften entsprechende Sachverhalte im Rahmen der Europäischen Union, wo nunmehr auf ausländisches Recht abgestellt werden muss, selten vorkommen, weil das Umweltverwaltungsrecht in diesen Bereichen harmonisiert sein muss.[64] Zudem macht die Richtlinie zum strafrechtlichen Schutz der Umwelt deutlich, dass Betreiber das gesamte europäisierte Recht zu berücksichtigen haben.

2. Berücksichtigung ausländischer Genehmigungen

Mit der eben besprochenen Problematik verwandt, davon jedoch zu unterscheiden, ist die Frage, ob eine nach ausländischem Recht erteilte Genehmigung zu beachten ist. Das Problem stellt sich etwa, wenn ein ausländisches Unternehmen zwar nach deutschem Umweltverwaltungsrecht pflichtwidrig handelt, das Verhalten jedoch durch eine Genehmigung des ausländischen Staates legalisiert ist. Während es sich bei der Frage der Verweisung auf ausländisches Strafrecht im Ergebnis um eine Erweiterung der Strafbarkeit handeln würde, geht es hier um eine Einschränkung der Strafbarkeit. Es geht hier auch um die Frage der Verwaltungs*akt*sakzessorietät und nicht um die Verwaltungs*recht*sakzessorietät.

a) Die Maßgeblichkeit ausländischer Genehmigungen wird in der Literatur mit dem Hinweis verneint, es gebe keine Pflicht zur Anerkennung ausländischer Hoheitsakte.[65] Daran ist richtig, dass die ausländische Genehmigung auch nicht per se eine Legalisierungswirkung für das deutsche Recht entfaltet. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass aus einer fehlenden Verpflichtung zur Anerkennung nicht gleichzeitig die fehlende Anerkennung selbst folgt.[66]

b) Nach anderer Ansicht sind ausländische Genehmigungen zugunsten des Täters zu berücksichtigen. Aufgrund des in Art. 103 Abs. 2 GG nieder-

---

[64] BT-Drs- 17/7674, S. 13.

[65] *Günther-Nicolay*, Die Erfassung von Umweltstraftaten mit Auslandsbezug durch das deutsche Umweltstrafrecht gemäß §§ 324 ff. StGB, 2003, S. 317.

[66] nsoweit auch *Martin*, Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen, S. 332 f.

gelegen Grundsatz „nulla poena sine lege“ soll selbst dann keine Durchbrechung dieser Akzessorietät vorzunehmen sein, wenn die Zulassung der Anlage im Ausland nicht mit Völkerrecht vereinbar ist.[67] Denn das Völkerrecht bindet nur die jeweiligen Staaten, nicht aber den Anlagenbetreiber, der auf die Zulassung seiner Anlage durch den Heimatstaat vertraut.[68] Jedoch wird man hier zumindest den bereits angesprochenen § 330 d Abs. 1 Nr. 5 StGB im Falle der Bestechung oder Kollusion berücksichtigen müssen, falls das ausländische Recht Akte, die auf solchen Handlungen beruhen, überhaupt für wirksam erachtet.[69]

VI. Schluss

Die Harmonisierung des Umweltstrafrechts durch die genannte Richtlinie ist auf Ebene der Europäischen Union trotz gewisser Mängel ein erster wichtiger Schritt zur Bewältigung transnationaler Umweltkriminalität. Weitere Schritte könnten durch ein Übereinkommen des Europarates und völkerrechtliche Abkommen, die über die EU hinausgehen, erreicht werden. Dabei wird darauf zu achten sein, dass – anders als in der EU-Richtlinie – auch die Strafanwendungsrechte mit in den Blick genommen werden, um extensive Anwendungen auf reine Auslandssachverhalte zu vermeiden.

---

[67] *Jünemann,* Rechtsmissbrauch im Umweltstrafrecht, 1998, S. 160. Anders *Wimmer*, ZfW 1991, 141 (149). Für letztere Ansicht kann man anführen, dass es ja gerade darum geht, in welchem Umfang ausländische Genehmigungen überhaupt Berücksichtigung finden; es geht also nicht um die Beschränkung einer zwingend zu beachtenden Genehmigung.

[68] *Hecker*, ZStW 115 (2003), S. 880 (891); *ders.*, FS Meinhard Schröder (o. Fn. 16), S. 531 (532).

[69] *Hecker*, FS Meinrad Schröder (o. Fn. 16), S. 531 (532). Näher *Schönke/Schröder/Heine* (o. Fn. 4), § 330 d Rn. 40. Für eine generelle Berücksichtigung wirksamer ausländischer Genehmigungen *Kemme*, das Tatbestandsmerkmal der Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten in den Umweltstraftatbeständen des StGB, S. 462. Die Frage, ob auch ein nationaler ordre public Berücksichtigung finden kann, kann hier nicht vertieft werden; für das Privatrecht *Sonnenberger*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5.Aufl., 2010, Einl. EGBGB Rn. 397.

Beihilfe zur Urheberrechtsverletzung durch Veröffentlichung eines sog. P2P-Programms im Internet? – Der japanische Winny-Fall

Hirokazu Kawaguchi, Osaka

I. Einführung

Sowohl in Deutschland als auch in Japan ist die Frage, ob auch sog. „neutrale Handlungen" Hilfeleistungen im Sinne von § 27 StGB bzw. „Hōjo" (Beihilfe) im Sinne von § 63 jap. StGB darstellen können, sehr umstritten[1] . Dabei handelt es sich um alltägliche, vor allem um berufstypische Verhaltensweisen, die - kausalistisch gesehen - die Begehung einer Haupttat begünstigen können. Ein aktueller Anlass der umfangreichen japanischen Debatte über diese Problematik ist der sog. „Winny-Fall". Am 19. Dezember 2011 hat der oberste Gerichtshof (Saikōsai) den Angeklagten, einen Programmierer einer P2P (Peer-to-Peer) „file-sharing" (Tauschbörsen) Software namens „Winny"[2], die enorme Schäden, insbesondere Urheberrechtsbeeinträchtigungen, verursachte, rechtskräftig freigesprochen. Im Folgenden werden die drei Entscheidungen zum Winny-Fall (II.) und die Meinungen der Juristen (III.) dazu dargestellt und analysiert. Zum Schluss werde ich eine eigene Lösung der Problematik vorschlagen (IV.).

II. Die Winny-Fall-Entscheidungen

Der Winny ist wohl das in Japan bekannteste Datentauschprogramm. Es war unter den Internet-Benutzern in Japan sehr verbreitet und es gab viele und vielfältige Fälle seines Missbrauchs[3]. Neben Urheberrechtsverletzungen verursachte der Winny auch Behörden- und Unternehmensgeheimnisverrat, weil einige Beamte und Angestellte auf ihren Computern Winny installierten und benutzten. Aber weil in solchen Fällen die Benutzer keinen Vorsatz zum Geheimnisverrat oder zur Untreue hatten, gab es nur zwei Fälle, in denen Urheberrechtverletzungen durch Winny-Benutzer strafrechtlich verfolgt wurden. Während die Benutzer rechtskräftig verurteilt wurden, wurde der Programmierer von Winny, der wegen Beihilfe angeklagt worden war, nur in

---

1 Vgl. zur deutschen Diskussion zusammenfassend *Fischer* StGB 60. Aufl. (2013), § 27 Rn. 16 ff.; *Hillenkamp* 32 Probleme aus dem Strafrecht, AT, 14. Aufl. 2012, 28. Problem, S. 202 ff.; zur japanischen Diskussion *Yamanaka* Jakobs-FS, 2007, S. 767 ff.; *ders*. Keiho Soron (Strafrecht AT), 2. Aufl. 2008, 911 ff.

2 Ausführliche technische Angaben des Programms findet man unter der deutschen Wikipedia, http://de.wikipedia.org/wiki/Winny.

3 Vgl. *Sonoda* Keijiho Journal Nr. 22 (2010), 40 ff.

der ersten Instanz verurteilt (1.), jedoch in der zweiten (2.) sowie der dritten und obersten (3.) freigesprochen.

1. Urteil des Bezirksgerichts Kyoto vom 13. Dezember 2005[4]

Der Angeklagte K wurde wegen des folgenden Sachverhalts angeklagt: K programmierte ein File-Sharing-Programm, Winny, mit der sog. P2P-Technologie, veröffentlichte es im Web und verbesserte es mehrmals. A und B downloadeten Winny und benutzten es, indem sie viele Fernsehsendungen und Spielfilme ohne Genehmigung ihrer Urheber, also urheberrechtswidrig, benutzten.

Die erste Instanz, das Bezirksgericht (BG) Kyoto, verurteilte den Angeklagten wegen Beihilfe zu urheberrechtswidrigen Taten. Zur Begründung führte das Gericht aus, dass der Winny selbst zwar eine wertneutrale Technologie sei, der Angeklagte aber von dem Umstand wusste, dass ein File-Sharing-Programm wie Winny in der Wirklichkeit weitgehend urheberrechtswidrig benutzt wird, und in diesem Wissen die jeweils neueste Version des Winnys veröffentlichte. Entscheidend sei die konkrete Nutzungsrealität der Technologie in der Gesellschaft und die diesbezügliche subjektive Einstellung des Anbieters.

Die meisten Strafrechtler begrüßten das Urteil. Die Lösung der ersten Instanz ist m. E. ähnlich wie Roxins Theorie des Sonderwissens[5]. Sie bejaht zwar die Neutralität von Winny, begründet die Verurteilung aber damit, dass der Gehilfe genau wusste und hinnahm, dass Winny meistens auch zu illegalen Zwecken benutzt wird.

2. Urteil des Obergerichts Osaka vom 8. Oktober 2009[6]

Dagegen hat die zweite Instanz den Angeklagten freigesprochen. Ihrem Urteil zufolge ist eine Beihilfe zu Taten einer unbestimmten Anzahl von Leuten zwar möglich, aber nur unter bestimmten Bedingungen. Zu berücksichtigen seien erstens „die wirklichen Benutzungssituationen der betreffenden Technologie in der Gesellschaft", zweitens die diesbezügliche Kenntnis und drittens die „subjektive Einstellung beim Anbieten". „Im Allgemeinen", so das Gericht, „kann der Anbietende nicht als Gehilfe eingestuft werden, wenn er nicht weiß, wie der Täter das angebotene Programm benutzt, oder wenn ihm nur die Möglichkeit bewusst ist, dass es zu Straftaten benutzt wird." Darüber hinaus sei es nötig, „um Beihilfe bejahen zu können, dass der Angeklagte beim Anbieten des Programms empfohlen hat, es ausschließlich oder hauptsächlich zur illegalen Anwendung zu benutzen. ... Der Angeklagte war sich bei der Veröffentlichung von Winny zwar bewusst, dass es möglich oder wahrscheinlich ist, dass es zu urheberrechtswidrigen strafbaren Taten benutzt wird, aber es kann nicht festgestellt werden, dass er im Internet empfohlen hat, es ausschließlich oder hauptsächlich zur illegalen

---

4 BG Kyoto, Hanrei Times Nr. 1229, 105 ff.

5 *Roxin* LK 11. Aufl. 1992, § 27 Rn. 17 ff; *ders.* Strafrecht AT II 26/218 ff. Vgl. Auch *Schünemann* LK 12. Aufl. 2007, § 27 Rn. 17 ff.; *Rengier* Strafrecht AT 3. Aufl. 2011 § 45 Rn. 101 ff.

6 OG Osaka, abgedruckt in: Quarterly Keiji-Bengo Nr. 61 (2010), 183 ff.

Anwendung zu benutzen. So kann der Angeklagte nicht als Gehilfe bestraft werden." Die StA hat dagegen Revision eingelegt.

Die Anmerkungen der Strafrechtler sind eher kritisch. So favorisiert *Onogami* das mit „der herkömmlichen Theorie"[7] begründete Urteil der ersten Instanz und kritisiert die Theorie der neutralen Handlung wegen der unklaren Abgrenzungskriterien. Auch *Matsumiya*[8] bemängelt das Urteil der zweiten Instanz: Nach ihm sei nicht die subjektive Seite, sondern die objektive Neutralität der Handlung entscheidend. Auch in der Rechtsprechung werde dies anerkannt (er zitiert den sog. Ölhandelssteuer-Fall[9] und einen neueren Untreue-Fall, in dem es um eine Beteiligung an Untreue durch sozialadäquate Handlungen geht[10]). In beiden Winny-Urteilen sind nach *Matsumiya* objektive Neutralitätskriterien angewandt worden. Während die erste Instanz schon die Neutralität der Veröffentlichung und des Anbietens von Winny im Internet verneint, glaubt die zweite Instanz, dass es einer „aktiven Verbrechensfördungshandlung" bedürfe, um eine strafbare Beihilfe zu bejahen. Aber *Matsumiya* bezweifelt, dass die Handlung des Angeklagten neutral ist, weil über 40 % der im Winny-Netzwerk getauschten Software nach Auffassung der zweiten Instanz ohne Genehmigung der Copyright-Inhaber getauscht worden ist. Ferner meint er, auch wenn Winny technisch ausgezeichnet sei, bedeute dies nicht, dass es auch neutral sei. Ein Wissenschaftler, der solche Programme erfinde, dürfte nicht seine soziale Verantwortung vergessen, betont *Matsumiya*. Also orientiert er sich zwar am objektiven Neutralitätskriterium, bezweifelt aber die Neutralität wegen der konkreten Nutzungswirklichkeit des Winnys[11].

Obwohl ich seinen objektiven Ansatz für richtig halte, glaube ich, dass die Neutralität einer Technologie von der objektiven Eigenschaft *der Technologie selbst* her zu beurteilen ist, nicht von deren Nutzungsrealität. Wenn sich z. B. ein Programm nur für illegales urheberrechtsverletzendes Kopieren eignet, ist es keine neutrale Technologie. Aber bei der P2P-Technologie von Winny ist dies nicht der Fall. Winny ist also trotz der Nutzungsrealität per se eine neutrale Technologie. M.E. urteilen sowohl die erste als auch die zweiten Instanz in diesem Punkt richtig. Anders als die erste begründet die zweite Instanz, das Obergericht Osaka, seinen Freispruch aber damit, dass man, um den Programmierer eines Computerprogramms wie Winny als Gehilfen verurteilen zu können, mehr verlangen müsse als nur das Wissen und die Hinnahme der illegalen Benutzung; strafbar sei nicht bereits das Programmieren und Anbieten einer solchen Technologie, sondern erst eine aktive Aufforderung, das Programm zu illegalen Zwecken zu benutzen. Ich glaube, dass das Urteil der zweiten Instanz im Ergebnis richtig ist[12]. Sie betont die Neutralität von Winny und verneint die Beihilfestrafbarkeit des

---

7 *Onogami* Waseda Hogaku Bd. 84 Nr. 4 (2010), 137 ff. m. w. N. Vgl auch *Ishii* Chiba Daigaku Hougaku Ronshu Bd. 19 Nr. 4 (2005), 141.

8 *Matsumiya* Hogaku Seminar Nr. 663 (2010), 123

9 Vgl. dazu *Yamanaka* (Fn. 1) Jakobs-FS, S. 773 f.

10 Vgl. *Matsumiya* Keiho Soron Kogi (Strafrecht AT) 4. Aufl. (2009), S. 291.

11 *Toyota* Keijiho Journal Nr. 22 (2010), 51 ff. bezweifelt auch die Neutralität vom Winny angesichts dessen konkreter Nutzungswirklichkeit.

12 *Shimada* Keijiho Journal Nr. 22 (2010), 59 ff. hält auch den Freispruch im Ergebnis für richtig. Er nimmt aber einen urheber(straf)rechts-spezifischen Rechtsfertigungsgrund an.

Angeklagten wegen dessen Sonderwissen. Das ist eine ähnliche Lösung wie die von *Jakobs*[13] und seinen Schülern *Lesch*[14] und *Caro John*[15].

Allerdings will das Obergericht Osaka die Strafbarkeit wegen Beihilfe bejahen, falls der Anbieter von Winny von den Urheberrechtsverletzungen nicht nur weiß und diese hinnimmt, sondern sie empfiehlt oder dazu aktiv auffordert. Wenn der Anbieter des Programms im Internet dazu auffordert, sein an sich neutrales Programm nur zu illegalen Zwecken zu benutzen, und jemand dadurch zur illegalen Verwendung des Programms bestimmt wird, stellt dies jedoch keine Beihilfe dar, sondern eine Anstiftung[16]. Wenn dagegen der Täter durch die Beeinflussung des Anbieters nicht „bestimmt", sondern nur psychisch beeinflusst wird[17], bliebe die Strafbarkeit wegen psychischer Beihilfe ausgeschlossen, weil die Aufforderung des Anbieters zur illegalen Anwendung des Programms an dessen Neutralität – und damit an dem für die Beihilfe entscheidenden Umstand – nichts ändert.

3. Beschluss des Obersten Gerichtshofs vom 19. Dezember 2011[18]

Nach zwei Jahren hat der Oberste Gerichtshof (OGH) den Freispruch des Obergerichts Osaka bestätigt. Aber zwischen den beiden Entscheidungen gibt es Unterschiede in den Begründungen. Zunächst geht auch der OGH von der Neutralität von Winny aus. Während sich das Obergericht Osaka – wie gesehen – hauptsächlich an objektiven Kriterien orientierte, stellt der OGH wieder wie das Bezirksgericht Kyoto auf die subjektive Seite ab. Jedoch genügt es nach dem OGH nicht, dass sich der Angeklagte im Zeitpunkt der Veröffentlichung von Winny im Internet damit abfindet, dass es unter den Benutzern von Winny urheberrechtsverletzende Nutzer gibt. Vielmehr fordert der OGH für die Bestrafung des Angeklagten als Gehilfen, dass es erstens eine (objektive) höhere Wahrscheinlichkeit gibt, dass „unter den Benutzern der Software so viele Urheberrechtsverletzungen verbreitet sind, dass man sie nicht mehr als Ausnahmefall betrachten kann", und dass zweitens „der Anbieter um diese Wahrscheinlichkeit wissend und diese hinnehmend die Software veröffentlicht und anbietet." Der OGH hat festgestellt, dass es unter den Benutzern von Winny mehr als 40 % Urheberrechtsverletzungen gab, und dass damit „unter den Benutzern der Software so viele urheberrechtsverletzende Nutzungen verbreitet sind, dass man sie nicht mehr als Ausnahmefall betrachten kann." Daher hat er die objektive Wahrscheinlichkeit bejaht. Aber nach der Mehrheitsmeinung der Richter des dritten Senats des OGH fehlte der Beweis, dass der Angeklagte um diese Wahrscheinlichkeit

---

[13] *Jakobs* ZStW 89 (1977), 1 ff. Vgl. auch *ders*., System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 77 ff.; *ders*., FS-Lampe, 2003, S. 561 ff.; *ders*. Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991, 24/13 ff.

[14] *Lesch* JA 2001, 986 ff. Vgl. auch *ders*., Der Verbrechenbegriff, 1999, 257 ff.; ders. Das Problem der sukzessiven Beihilfe, 1992, S.162 ff.

[15] *Caro John* Das erlaubte Kausieren verbotener Taten- Regressverbot, 2007, S. 92 ff.

[16] Zum Begriff „bestimmen" *Fischer* (Fn. 1) § 26 Rn. 3.

[17] Nach der sog. Unrechtspaktheorie ist eine psychische Beeinflussung nur dann Anstiftung, wenn der Täter seinen Entschluss in Abhängigkeit vom Willen des Beeinflussenden fasst und durchhält (so *Jakobs* Strafrecht AT 2. Aufl. 1991, 22/22; *Puppe* GA 1984, 113).

[18] In: http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20111221102925.pdf; nun abgeruckt in: Keishu Bd. 65 Heft 9 S. 1380-1609 (230 Seiten!).

wusste. Nur der Richter *Takehiko Otani* vertritt die Gegenmeinung: Der Angeklagte habe um diese Wahrscheinlichkeit gewusst; deshalb fehle es nicht am Vorsatz der Beihilfe.

Ich glaube, dass das Kriterium des OGH sowohl praktisch als auch theoretisch ungeeignet ist[19]. Insbesondere erklärt das Gericht nicht, warum für die Beihilfestrafbarkeit strengere Erfordernisse für den Vorsatz gelten sollen. Denn der Angeklagte wusste schon, mindestens zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der korrigierten Version von Winny, dass es unter den Anwendern einige, nicht wenige, Missbräuche gab. Wenn man sich am subjektiven Ansatz orientiert, müsste dies zur Annahme einer strafbaren Beihilfe reichen. Ferner könnten auch die Anbieter der verbreiteten CD oder DVD Copyprogramme (sog. „Brennprogramme") auf Grundlage des Kriteriums „weite Verbreitung von urheberrechtsverletzenden Nutzungen" als Gehilfen bestraft werden; denn sie wissen sehr wohl, dass die Urheberrechtsverletzung durch die Brennprogramme keine Ausnahmefälle sind[20]. Auch hier könnte man darauf hinweisen, dass nur nach *objektiven* Kriterien bestimmt werden kann, was ein Täter wusste.

III. Zusammenfassung

In Deutschland gibt es auch Kritik gegen den hier vertretenen objektiven Ansatz. „Objektivierende Ansätze haben", nach *Seher*[21], „bislang keine funktionsfähigen Abgrenzungskriterien zu formulieren vermocht. ... Der speziellen Interessenlage dieser Personen ist mithin durch das Erfordernis direkten Vorsatzes bezüglich der Haupttat Rechnung zu tragen." Auch die Rechtsprechung des BGH beruht, im Anschluss an Roxin[22], auf einer Lösung im subjektiven Tatbestand, nach der berufstypische, an sich neutrale Handlungen ihren „Alltagscharakter" verlieren, „wenn das Handeln des Haupttäters auf die Begehung einer strafbaren Handlung abzielt und der Hilfeleistende dies positiv weiß."[23] Aber dieses höhere subjektive Erfordernis ist eher von

---

19 Vielleicht könnte man auch das Kriterium des OGH als ein objektives Neutralitätskriterium unter Berücksichtigung der konkreten Nutzungswirklichkeit verstehen, wie es *Matsumiya* (Fn. 8) und *Toyota* (Fn. 11) deuten.

20 Vielleicht könnte man die Produzenten von oft missbrauchten Waffen als weiteres Beispiel nennen.

21 *Seher* JuS 2009, 796.

22 *Roxin*, wie Fn 5. Ähnliche, aber noch differenzierendere Kriterien schlägt *Yamanaka* (Fn. 1) S. 775 ff. vor. Vgl. auch *Kudlich*, Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten, 2004 (dazu *Pawlik* GA 2006, 240 ff.), der eine verwandte Position wie die Roxins und des BGH mit ausführlicheren Begründung vertritt.

23 So *Fischer* (Fn. 1) Rn. 18 m. w. N. BGHSt 46, 112: „Zielt das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf ab, eine strafbare Handlung zu begehen, und weiß dies der Hilfeleistende, so ist sein Tatbeitrag als Beihilfehandlung zu werten (...). In diesem Fall verliert sein Tun stets den "Alltagscharakter"; es ist als "Solidarisierung" mit dem Täter zu deuten (...) und dann auch nicht mehr als sozialadäquat anzusehen (...). Weiß der Hilfeleistende dagegen nicht, wie der von ihm geleistete Beitrag vom Haupttäter verwendet wird, hält er es lediglich für möglich, daß sein Tun zur Begehung einer Straftat genutzt wird, so ist sein Handeln regelmäßig noch nicht als strafbare Beihilfehandlung zu beurteilen, es sei denn, das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten war derart hoch, daß er sich mit seiner Hilfeleistung die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein ließ." Dazu kritisch *Lesch* JR 2001, 383 ff. Vgl. auch BGH NStZ 2000, 34.

topischer als von systematisch-theoretischer Natur, denn schon nach dem von Roxin und der ganz herrschenden Meinung vertretenen Rechtsgüterschutzgedanken wäre der Angeklagte im Winny-Falls stets wegen Beihilfe zu bestrafen, denn das Handeln des Haupttäters zielte ganz klar auf die Begehung einer rechtsgutsschädigenden Handlung (Urheberrechtsverletzung) ab, was der Angeklagte positiv wusste.

Dieses Ergebnis scheint mir aber viel zu freiheitsbeschränkend zu sein[24]. So wird zu Recht darauf hingewiesen, dass in Japan wegen des laufenden Strafprozesses gegen den Angeklagten K die Entwicklung der P2P-Technologie nicht weitergeführt wurde, und Japan darum in diesem Bereich gegenüber der internationalen Konkurrenz das Nachsehen gehabt habe[25]. Noch aus einem weiteren Grund halte ich den objektivierenden Ansatz für richtig, und zwar ohne Rücksicht auf die konkrete Nutzungswirklichkeit. Mit *Lesch* kann man sagen: „Nach dem in allen freiheitlichen Gesellschaften geltenden Prinzip der Selbstverantwortung ist grundsätzlich jeder für die Folgen seines Verhaltens ausschließlich selbst zuständig. Vollzieht jemand ein Verhalten, das ein anderer aufgreift und willkürlich ins Deliktische fortsetzt, geht ihn diese Weiterung deshalb nichts an. Insoweit gilt ein Regressverbot. Dies bedeutet, dass sich der Ersthandelnde das normverletzende Verhalten des Zweithandelnden jedenfalls nicht so ohne weiteres aufdrängen lassen muss."[26] Das Sonderwissen ändert an diesem Prinzip des Regressverbots nichts[27]. Daher sollte der Anbieter einer als solcher neutralen Software wie Winny auch dann nicht als Gehilfe bestraft werden, wenn er von der sehr hohen Wahrscheinlichkeit des Missbrauchs wusste (also Sonderwissen hatte)[28].

---

[24] *Pawlik* (Fn. 19) 241 weist zu Recht auf die „latente Illiberalität des Rechtsgüterschutzdenkens" hin.

[25] *Nobuo Ikeda* in seinem Blog vom 24. Dezember 2011 (http://ikedanobuo.livedoor.biz/archives/ 51763340.html).

[26] *Lesch* JA 2001, 991. *Lesch* und *Wohlers* (SchwZStR 1999, 425 ff und NStZ 2000, 169 ff.) schlagen die Lehre vom (objektiveren) deliktischen Sinnbezug/Solidarisierung vor, die nach *Maihold*, Fallrepetitorium Strafrecht AT 2. Aufl. 2008, S. 192 in der Schweiz die herrschende Lehre ist. Vgl. BGE 119 IV 289 (Antilopenfleisch-Fall). *Hillenkamp* (Fn. 1) S. 205 ff. nennt eher (subjektivere) Theorie von *Roxin*, wie Fn. 5, „Theorie vom deliktischen Sinnbezug".

[27] Das sieht die herrschende Meinung, wie Fn. 5, anders.

[28] Das Ergebnis der hiesigen Ansicht zu dem Winny-Fall deckt sich weitgehend mit demjenigen von *Sonoda* (Fn. 3), S. 40 ff., der aber ausschließlich mit dem Aspekt des erlaubten Risikos argumentiert. Die neueren Anmerkungen (z.B. *Kadota*, Hogakuseminar Nr. 686 [2012] 127; *Maeda*, Keisatsugakuronshu Bd. 65 Heft 3 S. 140 ff.; *Anazawa*, Quarterly Keiji-Bengo Nr. 70[2012], 99 ff.; *Shimada* Keijiho Journal Nr. 32 [2012], 142 ff.; *Sakuma*, NBL Nr. 979, 30 ff.; *Nagai*, Sinhanrei-Watch Nr. 11[2012], 151) konnte ich hier nicht mehr berücksichtigen.

Internationalization of Criminal Law and Criminalization in International Law

Taira Nishi, Osaka

I. Introduction

International legal norms providing the punishment of individuals for their behaviors can be categorized into two different genealogies: Internationalization of criminal law and criminalization in international law.

Criminalization in the international law: In order to ensure that state organs or individuals working for the state comply with international law, it is at times required to hold them accountable by criminal law.

Internationalization of the criminal law: International cooperation and coordination has been institutionalized so that criminal activities of international nature can be prosecuted within the jurisdiction of the state which has the will and competence to prosecute them.

During the first half of twentieth century, the criminalization in international law began with prosecutions of individuals for their activities in wars, namely, in an act of state (war criminals). And even today, one century later, most international norms are based upon the idea of regulating the behavior of state organs and the legality of acts of state.. Only in this genealogy the norms of the international criminal law have developed in the strict and proper sense, i.e., international legal rules which immediately put the criminal responsibility on individuals.

The internationalization of criminal law has been promoted to avoid leaving those criminals unpunished, who should in the eyes of the concerned states be rigorously prosecuted and punished, for the reason of lack of proper jurisdiction or an appropriate extradition regime. Namely, it is the international cooperation regime in which some kind of offender, such as a hijacker, is to be surely prosecuted in some state on the basis of the criminal law of the state.

II. Criminalization in International Law

The idea of international criminal law in the strict sense, according to which individuals are held immediately accountable for their criminal wrongdoing, did not fit with the classic conception of international law, which exclusively regulates relations between states. For example, when a soldier of a state A plunders private property of civilians in a state B, the responsibility for the illegal act is ascribed to the state A in the classic international law.

It is possible that the soldier is punished under the (military) criminal law of the state A, or of the state B when the soldier falls into its jurisdiction. But the individual is not prosecuted on the basis of international law.[1]

The classic international law also embodies the concept of "war crimes". But ""war crimes" in the classic sense mean the illegitimate acts in war which make the soldiers, or their commanders, lose the prisoner-of-war status and therefore exposes them to punishment before national courts in case of a capture by a belligerent state.[2] The international legal rules concerning the "war crimes" in this sense do not mean the norms which immediately provide the responsibility of individuals, but those which allow the state to prosecute the captured individuals who would otherwise enjoy the prisoner-of-war status and be immune from responsibility for their hostile acts.

It was beyond the classic conception of inter-state law to put any obligations immediately on individuals through a rule based on criminal responsibility, although it was possible that an international treaty obligates state parties to adopt the measures necessary to prohibit those acts of individuals which constitute the violation of its stipulation.[3] The departure from this conception is the beginning of international criminal law.

After the First World War, the Allied Powers attempted to establish the individual criminal responsibility for the violation of international law in two ways. First, the prosecution of a person who takes leadership in waging aggressive war, and second, the prosecution of those who are responsible for violations of the laws and customs of war, such as murder or torture of civilians, and cruel treatment of prisoners of war. Article 227 of Versailles Peace Treaty (1919) provides the establishment of an international tribunal to try the German emperor for "a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties." Such a motion is remarkable in the history of international law, because it aimed at prosecuting an individual for his acts which would have been recognized as legitimate acts as a state organ in the classic conception of international law. Articles 228 to 238 of the Peace Treaty obligated Germany to hand over offenders against the laws and customs of

---

1 „Zur Strafe darf der Sieger nur die töten, welche ein strafbares Verbrechen begangen haben, z.B. die Seeräuber, die Spione oder Marodeurs. Aber diese Art der Tötung setzt ein strafgerichtliches Verfahren voraus, wenn auch vielleicht das summarische des Standrechts. Das ist nicht mehr Kampfesrecht, sondern Strafrecht" (*J.C.Bluntschli*, Das moderne Völkerrecht der zivilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt, 2.Auflage, 1872, p.38).

2 „In contradiction to hostile acts of soldiers by which the latter do not lose their privilege of being treated as members of armed forces who have done no wrong, war crimes are such hostile or other acts of soldiers or other individuals as may be punished by the enemy on capture of the offenders" (*L. Oppenheim*, International Law, vol.2, 1906, pp.263-264).

3 For example, the first paragraph of Article 28 of the Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armies in the Field (Geneva, 6 July 1906) reads: "In the event of their military penal laws being insufficient, the signatory governments also engage to take, or to recommend to their legislatures, the necessary measures to repress, in time of war, individual acts of robbery and ill treatment of the sick and wounded of the armies, as well as to punish, as usurpations of military insignia, the wrongful use of the flag and brassard of the Red Cross by military persons or private individuals not protected by the present convention".

war to the Allied Powers so that they could be tried by their military tribunals. Although prosecution against violations of the laws and customs of war in enemy countries is not novel, the provision clearly signifies the departure from the classic concept of a peace treaty. Before the First World War, peace treaties, in principle, included or presupposed the clause of a general amnesty for each party´s nationals concerning individual criminal responsibility arising out of warfare.[4]

Two attempts after the First World War ended in failure, but their spirit was embodied in two military tribunals after the Second World War. It is not necessary at this point to say much about the famous tribunals at Nuremberg and Tokyo. But one thing should be reconfirmed in regard to criminalization in the international law. One could reasonably state that, before the beginning of the Second World War, the aggression was already prohibited by the so-called Kellog-Briand Pact (1928) which most states had ratified until 1939, and by the rule of customary international law which had crystallized in the Pact. However, it would be wrong to either deduct an individual or a criminal responsibility from this Pact. The crime of aggression was first introduced by the Charter of the Nuremberg Tribunal, and has been severely criticized from the viewpoint of *nulla poena sine lege*.

Anyway, the three categories of crimes established by the Charter, *i.e.*, the crimes against peace (the crime of aggression), the crimes against humanity, and the violation of the laws and customs of war (war crimes in the technical sense), are directly related to war which was, of course, an act of the belligerent states. Among the three categories, the crimes against humanity were defined in Article 6 (c) of the Charter as including any inhumane acts against civilians in time of peace.[5] But in the practice of the Tribunal, the crimes against humanity were "applicable only in time of war or in connection with war and destined primarily, if not exclusively, to protect the inhabitant of foreign countries against crimes committed, in connexion with aggressive war, by the authorities and organs of the aggressor state."[6] Hence, the principal purpose of criminalization in the Nuremberg Tribunal was to regulate acts of states in warfare by pointing out that individuals functioning as state organs are not immune from criminal responsibility for war activities.

After the Second World War, the prohibition of crimes against humanity continued even in time of peace. In 1948, the most serious type of crimes against humanity was defined as an independent category of crime and forbidden for the first time in general terms in a multilateral international treaty. Article 1 of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide explicitly confirms that genocide is a crime under international law

---

4 *Verdross*, "Die Amnestieklausel in den Friedensverträgen," Karl Strupp ed., Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie, vol.1, 1924, pp.38-40; *Franz Liszt*, Das Völkerrecht: systematisch dargestellt, 1898, p.215.

5 „Crimes against humanity: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated."

6 *Egon Schwelb*, "Crimes against Humanity," British Yearbook of International Law, vol. 23 (1946), p.206.

"whether committed in time of peace or in time of war." As to crimes against humanity in general, it is well accepted today by theories and practices that they no longer presuppose the linkage with armed conflicts.[7]

However, such independency of genocide and crimes against humanity from warfare does not mean that those crimes lose their connection with acts of states or other organization. The principal protected interest of genocide is the right of a national, ethnic, racial or religious group to their physical and social existence.[8] Therefore, the mental element of the crime requires that "the perpetrators have acted with specific intent to destroy a protected group as such in whole or in part."[9] Although it is not inconceivable that a few individuals commit an isolated offence with such specific intent, there will be more or less an organized extermination campaign of one group against another in a typical case. The contextual element of crimes against humanity requires that the individual criminal acts are committed "as a part of a widespread or systematic attack against any civilian population."[10] The "attack" does not mean a military attack, but it needs to be carried out "pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such attack."[11]

From a historical point of view, the criminalization in international law has been motivated by the requirement of effective measures for implementation of international legal obligation of states. It is for the purpose of suppressing cruel or inhumane acts of states in warfare that the individuals who carry out the acts in the scene are punished directly under international law. Although international criminal law is regarded as an autonomous legal system which puts obligations independently on individuals, it still holds the genealogical character. The international criminal law obliged individuals to refrain from cruel or inhumane acts in the situation of serious collisions between states or other organizations so that such collisions do not turn into catastrophes which could threaten the peace and security of the world.

III. Internationalization of Criminal Law

The traditional regime of an international cooperation that deals with criminal procedure consists of extradition and other judicial assistance. When the authority of a state requires a criminal investigation or arrest of a suspect in the territory of another state, the former state should ask the authority of the territorial state for judicial assistance, because a state does not have the competence to enforce its law in the territory of a foreign state. A territorial state is not generally obliged under international law to cooperate with other states in criminal procedure, *e.g.*, to extradite a suspect who fled onto its territory from foreign states. Only according to particular treaties a state is obligated to give judicial assistance to other states. The treaties of extradi-

---

7 *Claus Kreß*, "Völkerstrafrecht der dritten Generation gegen transnationale Gewalt Privater?" in Gerd Hankel ed., Die Macht und das Recht: Beiträge zum Völkerrecht und Völkerstrafrecht am Beginn des 21. Jahrhunderts, 2008, pp.335-336.

8 *Gerhard Werle*, Principle of International Criminal Law, 2005, p.192.

9 *Ibid.*, p.207.

10 Article 7(1) of the Rome Statute of the International Criminal Court.

11 Article 7(2)(a) of the Rome Statute of the International Criminal Court.

tion and judicial assistance aim at a reciprocal assurance of state interests and usually contain restrictions, such as the requirement of double criminality, and immunity of nationals of the territorial state. This regime of extradition and judicial assistance was not fit to ensure the prosecution of a crime which causes international grave concern, especially international terrorism. A territorial state sometimes hesitated to surrender terrorists to a victim state because of its political interest.

Therefore, multilateral international treaties have been concluded since the cold war era making sure that of some kinds of terrorist acts such as hijacking, hostage-taking, and terrorist bombings are prosecuted. These treaties have developed the special principle of criminal jurisdiction, which is called "*aut dedere aut judicare*." This principle consists of two different aspects: firstly, the extension of the prosecution regime of the concerned state whose legal interests are injured, and secondly, the creation of the jurisdiction founded on international legal interests. The structure of this principle is to be outlined in the three points.

(1) Establishment of criminal jurisdiction by concerned states

The anti-terrorism treaties provide the definition of the concerned offences,[12] such as hijacking, hostage-taking, crimes against internationally protected persons, and terrorist bombings, and require the state parties to take appropriate measures of criminalization of these offences in their national laws.[13] Furthermore, they obligate the parties to establish the jurisdiction over the offences on the basis of the generally accepted principles of jurisdiction, namely the territorial principle and the nationality

[12] For example, Article 1 of the Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation reads,
1. Any person commits an offence if he unlawfully and intentionally:
(a) performs an act of violence against a person on board an aircraft in flight if that act is likely to endanger the safety of that aircraft; or
(b) destroys an aircraft in service or causes damage to such an aircraft which renders it incapable of flight or which is likely to endanger its safety in flight; or
(c) places or causes to be placed on an aircraft in service, by any means whatsoever, a device or substance which is likely to destroy that aircraft, or to cause damage to it which renders it incapable of flight, or to cause damage to it which is likely to endanger its safety in flight; or
(d) destroys or damages air navigation facilities or interferes with their operation, if any such act is likely to endanger the safety of aircraft in flight; or
(e) communicates information which he knows to be false, thereby endangering the safety of an aircraft in flight.
2. Any person also commits an offence if he:
(a) attempts to commit any of the offences mentioned in paragraph 1 of this Article; or
(b) is an accomplice of a person who commits or attempts to commit any such offence."

[13] Article 3 of the above Convention: "Each Contracting State undertakes to make the offences mentioned in Article 1 punishable by severe penalties"

principle.[14] In some treaties, a more controversial principle of jurisdiction is introduced, *e.g.*, the passive nationality principle in Article 6 (2) (a) of the International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings (1997).

(2) Reinforcement of extradition regime

In the framework of the existing regime of extradition, the parties are obligated to extradite a suspect staying in their territory to a state which has criminal jurisdiction over the concerned crimes. From this follows that the concerned terrorist crimes should be regarded as extraditable offences both in any extradition treaties already concluded between state parties and in each internal legal system.[15] Concerning these terrorist crimes, refusal of extradition for the reason of granting political asylum is not admitted.

(3) Subsidiary principle of universal jurisdiction

The before mentioned two points concern the foundation of the international legal cooperation regime that assures the prosecution of some kinds of terrorist crimes by the states which have some "point of contact" to the crime and more or less an established jurisdiction over it. For an exceptional case which is not covered by this cooperation regime, the anti-terrorism treaties have introduced a subsidiary jurisdiction based on the universality principle. Namely, each contracting state "shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offence in the case where the alleged offender is present in its territory and it does not extradite him."[16] That means the territorial state should set up jurisdiction over the offence

---

[14] Article 5 of the above Convention: "1. Each Contracting State shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offences in the following cases:
(a) when the offence is committed in the territory of that State;
(b) when the offence is committed against or on board an aircraft registered in that State;
(c) when the aircraft on board which the offence is committed lands in its territory with the alleged offender still on board;
(d) when the offence is committed against or on board an aircraft leased without crew to a lessee who has his principal place of business or, if the lessee has no such place of business, his permanent residence, in that State."

[15] For example, Article 8 of the Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft:
"1. The offence shall be deemed to be included as an extraditable offence in any extradition treaty existing between Contracting States. Contracting States undertake to include the offence as an extraditable offence in every extradition treaty to be concluded between them.
2. If a Contracting State which makes extradition conditional on the existence of a treaty receives a request for extradition from another Contracting State with which it has no extradition treaty, it may at its option consider this Convention as the legal basis for extradition in respect of the offence. Extradition shall be subject to the other conditions provided by the law of the requested State.
3. Contracting States which do not make extradition conditional on the existence of a treaty shall recognize the offence as an extraditable offence between themselves subject to the conditions provided by the law of the requested State.
4. The offence shall be treated, for the purpose of extradition between Contracting States, as if it had been committed not only in the place in which it occurred but also in the territories of the States required to establish their jurisdiction in accordance with Article 4, paragraph 1."

[16] Article 4(2) of the above Convention.

even if there has not been any jurisdiction founded upon the internationally accepted principles, *i.e.*, the territorial principle, the nationality principle, the passive nationality principle, and the protective principle.

According to this principle´s structure, each state party is legally obligated either to extradite a suspect to another state which has jurisdiction over the crime, or, "without exception whatsoever and whether or not the offence was committed in its territory, to submit the case without undue delay to its competent authorities for the purpose of prosecution, through proceedings in accordance with the laws of that State."[17] This system of *aut dedere aut judicare* is the international cooperation which presupposes the traditional principles of criminal jurisdiction of a concerned state on the one hand and the subsidiary principle of universality concerning the terrorist crimes which injure the general interest of international society, on the other.

IV. Criminalization and Internationalization

1. Assimilation

In spite of their upbringings, the rules that have developed through the criminalization in international law and the ones which evolved due to the internationalization of criminal law have acquired a similar character.

International criminalization began with the prosecution of those individuals who had carried out their condemnable state acts, *i.e.*, aggression, persecution policy against certain group, and serious violation of the laws and customs of war. The main purpose of the criminalization was to effectively regulate state acts in war. Since the international criminal law has been established nowadays as an autonomous criminal legal system based on the principle of individual responsibility, its linkage to the state act is to be denied in this sense. The rules of international criminal law define the individual acts which injure the general interests of the international society, and stipulate the punishment of individuals on the basis of individual responsibility, not for discharge of state responsibility in the international humanitarian law. The international criminal law has been thus cut off from its genealogy of criminalization in international law.

On the other hand, the internationalization of the criminal law has developed on the foundation of the regime of reciprocal judicial assistance between states, through institutionalizing inter-state cooperation to assure the prosecution of serious crimes of international character. However, as far as the universality principle has been established concerning the jurisdiction over the concerned crimes in the multilateral conventions, these crimes are deemed to injure not only the legal interest of the state but also that of the international society. In this point, internationalization of the criminal law goes beyond the sphere of inter-state cooperation of judicial assistance for the purpose of protecting the state interest. Certainly, these crimes are not prosecuted and punished immediately on the basis of international law, but

[17] Article 8(2) of the International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings.

according to each national law. But recent anti-terrorism treaties tend to define the concerned offences in detail.[18]

Two groups of international legal norms stipulating the criminal responsibility of different genealogies have thus come to include the rules on criminal acts of individuals which injure the general interest of the international society. To that extent both groups have assimilated with each other.

2. Differences

In spite of this assimilation, there remain important differences. The international criminal law in the strict sense, i.e. the rules developed through criminalization in the international law, is clearly different from the ordinary criminal law in critical points. Firstly, it mainly focuses on the offences committed as part of activities of a state or an organization. Therefore, some particular legal questions play a much more important role here, such as the contextual elements and the superior orders. Secondly, the international criminal law was originally formed with the foundation of military tribunals for the purpose of punishment of offences concerning the war, and its main objects are still today acts in armed conflicts. The crime of aggression and the war crimes (in the technical sense) are exclusively acts related to war. The crimes against humanity and the genocide are applicable in a situation of collision in peace time, but, of course, also applicable in war. In contrast, application of the ordinary criminal law is to be excluded, at least in its important part, in warfare, no matter how the exclusion may be legally constructed. Needless to say, combatants who killed enemy soldiers in war are not punished for murder according to the ordinary criminal law. The combatants on both sides are immune from criminal responsibility in each state for participation in "legitimate" hostilities, even when the war in which they take part is an "unjust" war. Therefore, the anti-terrorism conventions, which are based on the international cooperation in the sphere of the ordi-

[18] For example, Article 2 of the International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings defines the offence as following:
1. Any person commits an offence within the meaning of this Convention if that person unlawfully and intentionally delivers, places, discharges or detonates an explosive or other lethal device in, into or against a place of public use, a State or government facility, a public transportation system or an infrastructure facility:
a. With the intent to cause death or serious bodily injury; or
b. With the intent to cause extensive destruction of such a place, facility or system, where such destruction results in or is likely to result in major economic loss.
2. Any person also commits an offence if that person attempts to commit an offence as set forth in paragraph 1 of the present article.
3. Any person also commits an offence if that person:
a. Participates as an accomplice in an offence as set forth in paragraph 1 or 2 of the present article; or
b. Organizes or directs others to commit an offence as set forth in paragraph 1 or 2 of the present article; or
c. In any other way contributes to the commission of one or more offences as set forth in paragraph 1 or 2 of the present article by a group of persons acting with a common purpose; such contribution shall be intentional and either be made with the aim of furthering the general criminal activity or purpose of the group or be made in the knowledge of the intention of the group to commit the offence or offences concerned."

nary criminal law, exclude the possibility of their application in armed conflicts which are to be regulated by international humanitarian law and international criminal law.[19]

It is sometimes discussed whether the jurisdiction of the International Criminal Court should be extended to the crimes regulated by the anti-terrorism conventions. The question concerns the possibility of the integration of two groups of international norms of different genealogies. I don't think the integration is categorically impossible as far as they have common nature at least in some points. However, one should not ignore their differences which originated in their genealogies.

[19] Cf. Article 3(2) of the Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft (1970), Article 12 of International Convention Against the Taking of Hostages (1979), Article 19 of the International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings (1997).