

Table of Contents

Vorwort / Preface		v
<i>Knut Wolfgang Nörr</i>	Deutschland im Blickfeld Japans: die Wirtschaftsordnung 1860 bis 1914	1
<i>Yoshiaki Kurumisawa</i>	Wirtschaftsordnung und Rechtsentwicklung in der japanischen Modernisierung	17
<i>Hiroshi Oda</i>	Long-Term Continuous Contracts in Japan	31
<i>Karsten Schmidt</i>	Does Commercial Law Have a Future?	43
<i>Etsuro Kuronuma</i>	Corporate Directors' Liabilities Towards Shareholders	51
<i>Holger Fleischer</i>	Liability of Managing Directors under German Stock Corporation Law	61
<i>Tatsuo Uemura</i>	Corporate Governance and the Capital Market (Especially Takeovers)	73
<i>Katsunori Kai</i>	Unternehmenstätigkeit und strafrechtliche Sanktionen – Vergleich der Corporate Compliance in Japan und Deutschland	85
<i>Thomas Rönna</i>	Corporate Compliance und Strafrecht in Deutschland	107
<i>Mariko Kawano</i>	Legal Problems of Fighting Piracy: The Japanese Perspective	129
<i>Doris König</i>	Legal Problems of Fighting Piracy: The German Perspective	145
Autorenverzeichnis / Authors' Profiles		155

Vorwort

Die deutsch-japanischen Beziehungen standen im Jahr 2011 im Zeichen des Jubiläums „150 Jahre Freundschaft Japan-Deutschland“. Die beiden Nationen Japan und Deutschland (zunächst Preußen) verbindet seit anderthalb Jahrhunderten eine historisch unbelastete genuine Freundschaft, wie sie in den internationalen Beziehungen der Bundesrepublik einmalig sein dürfte. Japan ist nach wie vor eine der führenden asiatischen Nationen und verfügt als einzige unter diesen seit mehr als einhundert Jahren über ein modernes westlich geprägtes Rechtssystem. Lange Zeit war es der einzige nicht westliche Staat, der wirtschaftlich und politisch auf Augenhöhe mit den westlichen Industriestaaten stand; dabei blieb das Land jedoch historisch und kulturell asiatisch geprägt.

Am 21. und 22. Oktober 2011 hat das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, in Zusammenarbeit mit der Bucerius Law School, Hamburg, der Deutsch-Japanischen Juristenvereinigung e.V., dem japanischen Generalkonsulat in Hamburg und dem Center of Excellence der Waseda-Universität in Tokyo das rechtsvergleichende Symposium „Deutschland und Japan: Zwei Ökonomien im rechtlichen Dialog“ in seinem Räumen ausgerichtet. Die Beiträge zu dieser Tagung werden vorliegend in überarbeiteter Form präsentiert. Der thematische Bogen der teils auf Deutsch, teils auf Englisch gehaltenen Vorträge spannt sich von dem ideengeschichtlichen Hintergrund der Modernisierung der Wirtschaftsordnungen und des Rechts in der zweiten Hälfte des 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts in Deutschland und Japan über Fragen des Handelsrechts und der Haftung von Unternehmensleitern, über verschiedene Aspekte der Corporate Governance und die in beiden Ländern zunehmend dringlichere Problematik der Corporate Compliance bis hin zu aktuellen Fragen der Bekämpfung der Piraterie.¹

Harald Baum

Hamburg, im August 2012

¹ Ein Tagungsbericht findet sich in der Zeitschrift für Japanisches Recht 32 (2011) 321-328.

Preface

2011 marked the anniversary of 150 years of Japanese-German friendship. Both nations – with Prussia representing Germany at the beginning – have enjoyed a genuine friendship unhampered by history for one and a half centuries. This relationship is unique for the Federal Republic of Germany. Among the leading Asian nations, Japan alone boasts a modern, Western-influenced legal system that has prevailed for over one hundred years. For many years it was the only non-Western economy that stood on par with the Western industrial nations; at the same time the country remained Asian in its historical and cultural character.

From October 20 to 21, 2011, the Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg, in cooperation with the Bucerius Law School, Hamburg, the German–Japanese Association of Jurists and the Center of Excellence of Waseda University, Tokyo, organized the conference ‘Germany and Japan: A Legal Dialogue between Two Economies’. The symposium was held on the premises of the Max Planck Institute under the auspices of the Japanese Consulate General in Hamburg. The contributions to that conference, partly in German and partly in English, are presented here in an edited version. The topical arch ranges from the conceptual historical background for the modernisation of the economy and the legal order in both nations in the late 19th and early 20th century, to questions of commercial law, corporate governance and director liability, and to the pressing problem of corporate compliance and the up-to-date issue of anti-piracy measures.¹

Harald Baum

Hamburg, August 2012

1 For a conference report, see *Journal of Japanese Law* 32 (2011) 321-328.

Deutschland im Blickfeld Japans: die Wirtschaftsordnung 1860 bis 1914

Knut Wolfgang Nörr

- I. Von ungleichen und gleichen Verträgen
- II. Die deutsche Wirtschaftsordnung im Blickfeld Japans vor der Wende von 1878/79
- III. Nach 1878/79
- IV. Anhang: Die Soziale Frage, der Verein für Socialpolitik und sein Pendant in Japan

I. VON UNGLEICHEN UND GLEICHEN VERTRÄGEN

Als das Königreich Preußen im Jahr 1861 einen Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag mit „Seiner Majestät dem Taikuhn von Japan“, wie die Titulatur des Shogun lautete, abgeschlossen hat, befand es sich im Kielwasser anderer westlicher Nationen und anderer Verträge der Tokugawa-Zeit: Verträge, die sich ihrerseits, beginnend mit dem Vertrag von 1858 zwischen Japan und den USA, die ungleichen Verträge mit China zum Vorbild genommen hatten. Für Preußen handelte es sich ähnlich den anderen westlichen Mächten in erster Linie um die Öffnung eines neuen Absatzmarktes; daneben spielten politische Erwägungen im Wettbewerb der Nationen eine nicht unbedeutende Rolle. Dem gerade aus der Isolation erwachenden Japan war die Zielvorstellung der Gewinnung neuer Märkte eher fremd; umso mehr traf das Land die einseitige Ausrichtung der Verträge in seinem Selbstbewusstsein und seinem Ringen um Geltung und Prestige.

a) Bei aller Einseitigkeit der Verträge ist freilich festzuhalten, dass sich die westlichen Mächte und so auch Preußen auf ein Mindestmaß der Öffnung des Landes beschränkten, soweit es ihnen eben für den reibungslosen Ablauf von Handel und Schifffahrt erforderlich schien, begleitet allerdings von einem generellen Misstrauen in die Einstellung der japanischen Bevölkerung und mit ihr möglicherweise der Amtsträger gegenüber den Fremden sowie in die Verlässlichkeit der Institutionen und hier besonders der Gerichte oder ganz allgemein der Rechtsordnung. Der Vertrag von 1861 begann mit der politisch-diplomatischen zweiseitigen Anerkennung der Bewegungsfreiheit des jeweiligen diplo-

matischen Vertreters und des Generalkonsuls im anderen Land¹, womit für Japan die Verneinung einer solchen Freiheit für alle anderen Personen, für Preußen die implizite Verweisung auf das allgemeine Fremden- oder Ausländerrecht verbunden war. Der nächste Vertragsartikel bestimmte die Öffnung (zunächst) dreier Städte und Häfen². Die mit der Niederlassung in den Hafenstädten verbundenen Fragen wurden näher geregelt. Im Rahmen der von den westlichen Mächten und so auch von Preußen durchgesetzten Exterritorialität unterlagen von preußischen an japanischen Untertanen begangene Straftaten sowie Zivilklagen von Japanern gegen Preußen der Gerichtsbarkeit des preußischen Konsuls; im umgekehrten Fall waren jeweils die japanischen Gerichte zuständig³. Klagte also ein preußischer Kaufmann gegen seinen japanischen Vertragspartner, hatte er die japanischen Gerichte anzurufen. Nicht geregelt war die Frage, nach welchem Recht bei Klagen von Japanern gegen Preußen der Konsul zu entscheiden hatte. Hierfür ist das – vier Jahre später erlassene – Gesetz über die Gerichtsbarkeit der Konsuln in Preußen heranzuziehen, wonach im Konsulatsbezirk die Geltung des preußischen Rechts fingiert wurde, jedoch in handelsrechtlichen Verhältnissen vorzugsweise das dort „erweislich geltende Handelsgewohnheitsrecht“ anzuwenden sei⁴: sodass auf diesem Wege japanische Gepflogenheiten, soweit vom Kläger bewiesen, in die Entscheidungsfindung des Konsuls einfließen konnten; allerdings muss die praktische Bedeutung der Vorschrift offen bleiben. Auf die inneren Verhältnisse Japans zur Tokugawa-Zeit zugeschnitten waren jene Bestimmungen, die den Japanern erlaubten, die eingeführten Waren zu kaufen, über sie frei und unbelastet von Transitzöllen zu verfügen⁵; denn Handels- und Gewerbefreiheit waren erst in der Meiji-Periode eingeführt worden.

Neben der – partiellen – Exterritorialität gelten als Kennzeichen der Ungleichheit der Verträge mit den westlichen Mächten die einseitig wirkende Meistbegünstigungsklausel⁶ und die Einseitigkeit in der Festlegung von Ein- und Ausfuhrzöllen. Von Historikern und Politologen pflegt besonders das Zollregime als den inneren Verhältnissen Japans abträglicher Faktor eingeschätzt zu werden; und betrachtet man die persönlichen Umstände von Teilen der Bevölkerung, dann lässt sich das negative Urteil ohne weiteres nachvollziehen. Aus volkswirtschaftlicher Sicht hingegen werden auch gegenteilige Ansichten vertreten und zwar von Ökonomen unterschiedlichster Richtung: so von Karl Rathgen, der der Historischen Schule nahe stand (er lehrte 1882-1890 an der Tokyo University und war zu seiner Zeit unübertroffen in der Kenntnis und Analyse der Volkswirtschaft Japans), in einer Publikation aus dem Jahr 1911⁷:

1 Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten 1864, S. 461-483, Art. 2.

2 Art. 3.

3 Art. 5 und 6.

4 Siehe Bundes-Gesetzblatt des Norddeutschen Bundes 1867, S. 144-156, § 16. Ebenso später, wenn auch ohne Beweisführungsregel, im Gesetz über die Konsulargerichtsbarkeit vom 10.7.1879 (RGBl S. 197-206), § 3, Abs. 2.

5 Art. 8, Abs. 3; Art. 14.

6 Art. 19.

7 K. RATHGEN, Die Japaner in der Weltwirtschaft (2. Aufl. 1911) 24.

„(...) Aber wie viel teurer wäre dieser Erziehungsprozeß für das ganze Volk geworden, wenn man auf dem anderwärts beliebten Wege gewerblicher Schutzzölle den ganzen inländischen Produktions- und Konsumtionsprozeß verteuert hätte. Japan ist ein einzigartiges Beispiel industrieller Erziehung ohne Schutzzölle und hat gelehrt, dass es auch ohne diese geht“;

so ferner von Milton Friedman (der hier nicht vorgestellt zu werden braucht), der gerade am Beispiel Japans die segensreiche Wirkung niedriger Einfuhrzölle auf die ökonomische Entwicklung unterentwickelter Länder hervorhob⁸. Friedman hat hierbei die niedrigen Zollsätze dem System des Freihandels zugeordnet: was in der Wirkung natürlich seine Richtigkeit hat, im Motiv und Impetus allerdings im Falle Japans nicht den Tatsachen entsprach, haben ja die westlichen Mächte die Verträge nicht im Geist des Freihandels abgeschlossen (allein schon der von ihnen ausgeübte militärische Druck widersprach ihm eklatant). Übrigens bestimmten auch auf japanischer Seite Vorstellungen vom Freihandel als einem Formprinzip der Wirtschaft und von den Vorteilen, die er allen Beteiligten zugute kommen lässt, nicht die Richtung der Politik; und solches ist auch, trotz manchen akademischen Debatten, für die folgenden Jahrzehnte nicht zuletzt in den Kreisen der Entscheidungsträger festzustellen, die aus Gründen nationaler Würde und nationalen Prestiges gegen die ungleichen Verträge gekämpft haben.

b) Die deutsche Seite ist ihrer Rolle als Nachzügler auch fürderhin treu geblieben. Als durch eine Konvention, die Japan mit Großbritannien, Frankreich, den USA und den Niederlanden 1866 abgeschlossen hat, die früheren Verträge teilweise revidiert wurden, folgte drei Jahre später ein Vertrag zwischen Japan und, auf deutscher Seite, dem Norddeutschen Bund und den übrigen Mitgliedern des Deutschen Zoll- und Handelsvereins, der an die Stelle des Abkommens von 1861 trat, dessen Bestimmungen jedoch vielfach wörtlich übernommen wurden. An Neuerungen hat der Vertrag die Zahl der geöffneten Hafenstädte vermehrt⁹ und, bezogen auf die inneren japanischen Verhältnisse – die einschlägigen Reformen der Meiji-Periode waren noch nicht angelaufen – die Befreiung von Handels- und Gewerbebeschränkungen erweitert; unter anderem sollten nun auch die japanischen „Fürsten“ und ihre Leute mit den Deutschen ungehindert Handel treiben dürfen¹⁰. Schließlich wurde allen Japanern erlaubt, zum Zweck der Ausbildung oder zu Zwecken des Handels nach Deutschland zu reisen¹¹; dass sie hierfür einen Pass benötigten, war eine Selbstverständlichkeit, wurde aber ausdrücklich erwähnt, um klarzustellen, dass die japanische Seite die Kontrolle über die Auslandsreisen ihrer Untertanen behalten und ausüben wird. Was die Ein- und Ausfuhrzölle angeht, so wurden die Sätze im allgemeinen gemindert, im übrigen das Zollsystem geändert:

8 Zitiert bei T. ITO, *The Japanese Economy* (1992) 28.

9 Bundes-Gesetzblatt des Norddeutschen Bundes 1870, S. 1-24, Art. 3.

10 Art. 8 und 14.

11 Art. 9, Abs. 4.

stellten die Zölle im Vertrag von 1861 ausschließlich Wertzölle dar, ausgedrückt in Prozenten des jeweiligen Warenwerts, so ging der Vertrag zum erheblichen Teil auf spezifische, das heißt in nach Waren genau aufgelisteten Geldsummen festgelegte Zölle über. Bei den Wertzöllen blieb es bei einem Auffangzollsatz für beides, die Ein- und die Ausfuhr.

c) Fast drei Jahrzehnte mussten ins Land gehen, bis sich Japan der ungleichen Verträge entledigen konnte, und das auch erst in zwei Schritten. Die Führung hatten mit Verträgen von 1854 wiederum Großbritannien und die USA übernommen, das Deutsche Reich folgte zwei Jahre später. Für Japan stand im Vordergrund die Beseitigung der exterritorialen Zugeständnisse, man könnte auch sagen: Kapitulationen. Die bisher verwaltungsrechtlich abgesonderten Niederlassungen der Ausländer wurden den nächsten japanischen Gemeinden einverleibt¹². Die jurisdiktionelle Exemption in Form der Konsulargerichtsbarkeit wurde aufgehoben und die japanische Gerichtsbarkeit auch über Ausländer in vollem Umfang hergestellt¹³. Als Gegenleistung gewissermaßen hat sich Japan bestimmten Grundsätzen des Freihandelssystems gefügt, wie sie seit dem bahnbrechenden britisch-französischen Handelsvertrag von 1860, auch als Cobden-Vertrag bekannt geworden, zwischen den Handelsnationen in Geltung und beispielsweise auch im Handelsvertrag von 1862 zwischen Frankreich und den Staaten des Deutschen Zollvereins niedergelegt waren. Hierzu zählten vor allem die Freiheiten – im jeweiligen Vertragsland – der Niederlassung, des Erwerbs von Vermögen und der Verfügung hierüber, des Handels, der industriellen Betätigung und der Schifffahrt¹⁴. Ferner wurde in allen im Vertrag geregelten Angelegenheiten, zu denen nicht zuletzt Abgaben welcher Benennung auch immer gehörten, der Grundsatz der Gleichbehandlung mit Inländern festgelegt und die Meistbegünstigungsklausel nicht mehr auf die deutsche Seite beschränkt¹⁵. Die Gleichbehandlung mit Inländern versagte Japan freilich nach wie vor in Hinblick auf den Eigentumserwerb an Grundstücken, doch konnten Erbpacht- und Erbbaurechte (*Emphyteuse*, *Superficium*), übrigens auch Grundpfandrechte erworben werden¹⁶. Was die Regelung der Zölle angeht, erhielt Japan volle Autonomie über den Ausfuhrzoll, während der Einfuhrzoll (wiederum ausschließlich Wertzölle) für eine Anzahl von Positionen erhalten, Japans Autonomie also insoweit eingeschränkt blieb, doch widersprach diese Regelung – sieht man von den Unterschieden in der Motivation ab – an sich nicht dem Freihandelsprinzip, stellte ja auch der vorgenannte Cobden-Vertrag einen solchen asymmetrischen Vertrag dar, weil sich die britische Seite mehr oder weniger vollständig dem Freihandelsprinzip und dem ihm korrespondierenden Finanz- und Ausgleichszollsystem verschrieben hatte, während Frankreich erst noch den Übergang

12 RGBI 1896, S. 715-731, Art. 18.

13 Art. 1, Abs. 2; Art. 20.

14 Art. 1 und 3.

15 Art. 16 und passim.

16 Art. 3, Abs. 2; Protokoll, Nr. 2; Notenwechsel, unter 1.

von einem monopolistischen Prohibitiv- und Hochzollsystem zu einem System gemäßigter Schutzzölle zu bewältigen hatte. Unser Vertrag von 1896 enthielt im übrigen keinen Auffangzollsatz mehr, sodass den hierdurch geschaffenen Freiraum (mit General- im Gegensatz zum Konventionaltarif) nun auch Japan mit protektionistischen Zöllen zu füllen beginnen konnte¹⁷. Alles in allem war, wenn auch nicht ohne gewisse Beschränkungen, das Freihandelsprinzip im Verhältnis der westlichen Mächte zu Japan zum Durchbruch gelangt: mit enormer Verspätung allerdings und zu einem Zeitpunkt bereits ubiquitären Protektionismus.

Der Vertrag sollte nach drei Jahren in Kraft treten, vorausgesetzt dass – und hier wurde ein für Handelsverträge ungewöhnliches Junktim geschaffen – dass die in Vorbereitung befindlichen japanischen Kodifikationen bis dahin in Kraft getreten sind¹⁸. Für die deutsche Seite (wie schon vorher die britische usw.) ging es um ein Stück Rechtsicherheit für deutsche Beklagte nach Aufhebung der Konsulargerichtsbarkeit, für manche Vertreter auf japanischer Seite mag das Junktim ein willkommenes außenpolitisches Druckmittel zur Verabschiedung der Gesetzbücher bedeutet haben: der sogenannte Kodifikationsstreit lag noch nicht lange zurück. In der Tat sind dann, nachdem Japan bereits früher moderne Kodifikationen im Straf-, Strafprozess-, Gerichtsverfassungs- und Zivilprozessrecht erhalten hatte, 1898 das Zivil- und 1899 das Handelsgesetzbuch in Kraft getreten.

d) Den zweiten und letzten Schritt der Befreiung von den ungleichen Verträgen in ihren noch bestehenden Resten bildeten die Verträge Japans von 1911 mit den USA, Großbritannien und dann auch dem Deutschen Reich. Die Einfuhr bestimmter Waren nun auch nach Deutschland wurde in den Zolltarif eingeschlossen. Aus dem Regelwerk des Freihandels wurde neu das Recht der wirtschaftlichen Betätigung von Aktien- und anderen Gesellschaften ohne die Notwendigkeit einer zusätzlichen Autorisierung durch das Gastland aufgenommen¹⁹. (Der Eigentumserwerb an japanischen Grundstücken war freilich weiterhin beschränkt²⁰.) Da jedoch der Zolltarif nur noch eine geringe Zahl eingeführter Waren betraf, konnte nun auch Japan in nicht geringem Umfang Schutzzollpolitik betreiben.

17 Vgl. Protokoll, Nr. 3, Abs. 5.

18 Art. 21; Notenwechsel, Erwiderung des japanischen Gesandten.

19 RGBl 1911, S. 477-503, Art. 9.

20 Vgl. Art. 1, Nr. 3 und 5.

II. DIE DEUTSCHE WIRTSCHAFTSORDNUNG IM BLICKFELD JAPANS VOR DER WENDE VON 1878/79

Im Vertrag von 1869 war, wie wir gesehen haben, allen Japanern die Möglichkeit eingeräumt worden, zu Ausbildungs- oder zu Handelszwecken nach Deutschland zu reisen. Das war eines der Wege, die deutschen Verhältnisse kennenzulernen; einen anderen Weg bildete die Lektüre einschlägiger Schriften im Original oder in Übersetzung, einen dritten die Information und Beratung durch deutsche Sachverständige, die nach Japan eingeladen waren. Welcher Weg auch beschritten worden ist: mit wachen Augen, aber auch ohne sich blenden zu lassen, hat man die Zustände und Entwicklungen betrachtet und regelmäßig die angemessenen Folgerungen gezogen.

In Hinblick auf unser Thema der Wirtschaftsordnung hätten die japanischen Beobachter wie ihre deutschen Zeitgenossen vermutlich der in der heutigen Forschungsliteratur für den Zeitraum von 1860 bis 1914 vorgenommenen deutlichen Aufteilung in zwei Phasen zugestimmt, deren Trennstrich die wirtschaftspolitische Wende von 1878/79 gebildet hat. Für die Jahre vorher können wir von einer liberalen Phase, einer Phase mit erkennbarem Formprinzip sprechen, für die Zeit danach können wir es nicht mehr.

a) Wenden wir uns zunächst der ersten Phase zu, so lässt sich, unbeschadet aller Abbremsungen und Gegenschlägen, als prägendes Merkmal der Verwirklichungsdrang und Verwirklichungsprozess des freien Wirtschaftsprinzips feststellen, also des wirtschaftlichen Formprinzips, das der Markt- und Wettbewerbswirtschaft nach Lehre und praktischer Umsetzung zugrunde liegt, oder dem Freihandel, wenn man den Außenaspekt hervorheben will. Die Komponenten einer Marktwirtschaft waren grundsätzlich gegeben: Freies Privateigentum (freilich mit Resten gebundenen Grundeigentums), Berufs- und Gewerbefreiheit, Freizügigkeit, Vertrags- und Vereinigungsfreiheit einschließlich der Freiheit, sich zu verschulden, Freiheit des Wettbewerbs. Mit wirtschaftlichen Einwirkungen der öffentlichen Hand war natürlich auch im freiheitlichen Wirtschaftssystem zu rechnen, seien sie aus dem Merkantilismus erhalten geblieben oder im Zuge der Industrialisierung erforderlich geworden, doch besaßen sie Maß und Ziel und erreichten (noch) nicht die Qualität des eine Wirtschaftsperiode allein oder neben anderen prägenden Merkmals. Soweit sich die marktwirtschaftliche Ordnung in der Gesetzgebung offenbarte, sei nur an zwei Gesetze des Norddeutschen Bundes erinnert, an die Gewerbeordnung von 1869 und die Aktienrechtsnovelle zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch (ADHGB) von 1870. Und was den Freihandel angeht, so hatten wir schon den Handelsvertrag zwischen den Staaten des Deutschen Zollvereins und Frankreich von 1862 erwähnt, dem sich Verträge mit anderen Ländern anschlossen; nur wenig später ging dann zunächst der Zollverein und danach das Reich in autonomer Gestaltung zum Finanz- und Ausgleichszollsystem über mit nur noch wenigen schutzzollartigen Tarifen.

b) Wenn nun die Frage nach den japanischen Erkundungen und Folgerungen in der marktwirtschaftlich-freihändlerischen Ordnungsphase der deutschen Wirtschaft aufgeworfen wird, so ist zu bedenken, dass die inneren Verhältnisse des deutschen Raums erst nach der Meiji-Reform ins engere Blickfeld der Japaner geraten sind. Das gilt in besonderem Maße für unser Thema der ökonomischen Konzepte und Realien. Hier hatten schon in der Tokugawa-Periode die angelsächsischen Länder und Frankreich das gründlichste Beobachtungsfeld geboten, Deutschland konnte insoweit nur noch wenig oder nichts mehr beitragen. Als in den Anfangsjahren der Meiji-Reform die Bodenbefreiung durchgeführt, die feudalen Schranken der wirtschaftlichen Betätigung aufgehoben und Freizügigkeit von Menschen, Waren und Kapital hergestellt wurden, hatte es sich, wenn überhaupt ein Vorbild vonnöten war, um gemeinsames Gedankengut der westlichen Nationen gehandelt, nicht beschränkt auf das eine oder andere Land. Die freiheitlichen Elemente haben sich aber in Japan, auf einmalige Weise, mit einem geradezu merkantilistischen Wirtschaftsverhalten des Staats verbunden, weshalb auch die großen Lehren und Ordnungsvorstellungen der klassischen Schule in Japan letztlich nicht Fuß fassen konnten. An eine hiermit verwandte Erscheinung sei erinnert, dass nämlich auch in Japan der Einzelne, wie es in der liberalen Gedankenwelt postuliert wird, zum selbständigen und eigenverantwortlichen Handeln ermutigt wurde – die japanische Übersetzung des Buches *Self-Help* von Samuel Smiles soll in einer Million Exemplaren verkauft worden sein²¹ –, dass dann aber das autonome Verhalten sich in die tradierten Werte der Gruppenbezogenheit und Gemeinwohlorientierung einzufügen hatte. Von deutschen Ökonomen ist in unserer ersten Phase der Entwicklung sicherlich Friedrich List mit seiner Lehre vom Erziehungszoll bekannt geworden, auch wenn sich seine Werke erst in den 1880er Jahren in Japan verbreitet haben²² (die Einführung des Erziehungszolls wäre natürlich an den ungleichen Verträgen gescheitert).

III. NACH 1878/79

Soweit unser kurzer Abriss der ersten Phase der deutschen Entwicklung und der Resonanz Japans hierauf. Die zweite Phase wurde durch den wirtschaftspolitischen Umbruch von 1878/79 eingeleitet. Freilich muss man in Hinblick auf die wirtschaftsliberalen Postulate näher hinsehen. Denn ein erheblicher Teil hiervon blieb auch danach erhalten: Privateigentum, Berufsfreiheit und Freizügigkeit, Gewerbefreiheit in ihrer staatsgerichteten Bedeutung, Vertrags- und Vereinigungsfreiheit. Jedoch kollabiert sind die Wettbewerbsfreiheit und das Freihandelsprinzip; ferner vermehrten und verdichteten sich die Einwirkungen der öffentlichen Hand auf das wirtschaftliche Geschehen. Aus beiden Gruppen, den liberalen und den illiberalen Antriebskräften, ging das Phänomen der wirt-

21 S. HIRAKAWA, in: M.B. Jansen (Hrsg.), *The Cambridge History of Japan*, vol. 5 (1989) 482.

22 B.K. MARSHALL, *Capitalism and Nationalism in Prewar Japan: the Ideology of the Business Elite* (1967) 17.

schaftlichen Macht und der sie verkörpernden Gestaltungen hervor: aus der Vertragsfreiheit und Freizügigkeit des Kapitals das Großunternehmen und der Konzern, aus dem Niedergang der Wettbewerbsfreiheit das Kartell. Und der Staat hat nicht mehr nur einseitig intervenierend gehandelt, sondern ist zum nicht unerheblichen Teil in Absprache, ja auf Antrieb der Wirtschaft legislativ oder administrativ tätig geworden.

a) Einiges aus dem vorangehend Erwähnten sei näher betrachtet. Mit der 1873 beiderseits des Atlantiks ausgebrochenen Wirtschaftskrise begannen sich vielerorts, aber in Deutschland besonders gründlich die zollprotektionistischen Kräfte zu regen. Noch war freilich in den politischen Entscheidungsträgern die Mehrheit wirtschaftsliberal eingestellt; so bedurfte es erst eines Revirements in der Riege der Minister und einer Verschiebung der Mehrheitsverhältnisse im Reichstag, die mit der Wahl 1878 stattgefunden hat. Für Bismarck gaben außer handels- vor allem finanzpolitische Gründe den Ausschlag, standen ja dem Reich außer den – niedrigen – indirekten Steuern an Einnahmen im wesentlichen nur die Zölle zur Verfügung; im übrigen musste es sich mit der Rolle eines „Kostgängers der Bundesstaaten“ zufrieden geben. 1878 bekannte sich der Reichskanzler öffentlich zum neuen Kurs in der Wirtschaftspolitik, im darauf folgenden Jahr wurde das neue Zolltarifgesetz verabschiedet²³. Es regelte den Einfuhrzoll unter anderem für Eisen und Eisenwaren, Maschinen, Textilien, Getreide und Holz (während Kohle zollfrei eingeführt werden konnte).

Unter den oben apostrophierten protektionistischen Kräften, die die Wende von 1878/79 herbeigeführt haben, ragten die großen wirtschaftlichen Interessenverbände hervor. Nach gewissen Vorläufern schlossen sich 1876 Unternehmen und Fachverbände vor allem der Schwer- und der Baumwollindustrie zum „Centralverband Deutscher Industrieller“ zusammen; im selben Jahr wurde als Repräsentation der Agrarinteressen die „Vereinigung der Steuer- und Wirtschaftsreformer“ gegründet. Beiden Verbänden gelang es, eine machtvolle Plattform für den Dialog zwischen Wirtschaft und Regierung, Wirtschaft und Parlament, Wirtschaft und Parteien zu schaffen. Dieser Dialog war vonseiten der Wirtschaft ein Dialog des Kalküls und der Interessen, vonseiten der Politik ein Dialog der Programme und der Staatsräson. Beide Seiten standen sich in Augenhöhe gegenüber und der Staat handelte nicht, wie bisweilen in der Forschungsliteratur zu lesen ist, aus Schwäche, sondern aus berechnender Stärke (zumindest in unserer Periode, während für die Weimarer Republik anderes gelten mag). Übrigens hatte der volle Namen des Industrieverbands „Centralverband Deutscher Industrieller zur Beförderung und Wahrung nationaler Arbeit“ gelautet, womit man mit einiger Verspätung das Schlagwort von der *défense du travail national* französischer Protektionisten aus den 1840 Jahren übernommen hat.

23 RGBI 1879, S. 207.

b) Welche Bedeutung nun die japanischen Beobachter der deutschen Entwicklungen dem Umbruch von 1878/79 beigemessen haben, lässt sich im Einzelnen wohl nicht mehr feststellen. Jedenfalls fiel der Vorgang in ungefähr dieselbe Zeit, als sich in Japan in verstärktem Maße der Blick auf Deutschland gelenkt hatte; erinnert sei nur an die Vorbereitung der Meiji-Verfassung und an die Entscheidung gegen ein parlamentarisches System nach britischem und für das monarchische Prinzip nach preußisch-deutchem Muster. In diesem Zusammenhang sei ganz allgemein bemerkt, dass die Redeweise von westlichem Vorbild oder westlichen Einflüssen oder der Rezeption westlicher Institutionen nicht immer den Kern der Vorgänge trifft, wie gerade das Beispiel der Verfassung zeigt; denn hier handelte es sich, als man in Japan die preußische Verfassungsurkunde von 1850 studierte, um die Suche nach Bestätigung und Bekräftigung von Vorstellungen und Absichten, die aus autochthon-indigenen Entwicklungen hervorgingen, um das Suchen und Auffinden zur Rechtfertigung dienender Parallelen eher als um zu importierendes Gedankengut eines fremden Landes. Wie immer dem sei, wenn das den Umbruch von 1878/79 begleitende Zusammenspiel von politischen Instanzen und Wirtschaftsverbänden die Grenze zwischen Staat und Gesellschaft, um diesen Aspekt kurz anzusprechen, verschwimmen und ins Ungewisse geraten ließ, dann hatte es sich um einen Vorgang gehandelt, der auf japanischer Seite Befremden nicht auslösen konnte, weil Grenzziehungen der erwähnten Natur in Japan kaum Anhänger gefunden haben, die Verflechtung von Staat und Wirtschaft vielmehr gegen kein irgendwie geartetes Prinzip verstieß, übrigens auch auf keinem Prinzip beruhte, sondern von den jeweiligen Umständen geleitet war und stets bestimmte Zwecke im Auge hatte. So hat auch die 1880 eingetretene Privatisierungswelle wenig daran geändert, dass sich der japanische Staat kaum anderer Mittel der Intervention bediente als sie dem Staat in Deutschland oder in anderen westlichen Nationen zur Verfügung stand (wir verwenden den eingebürgerten Begriff der Intervention, obwohl er das Phänomen der gegenseitigen Abstimmung zwischen Staat und Wirtschaft nicht erkennen lässt). Dass in den Erscheinungsformen der Koordination von Staat und Wirtschaft auch Unterschiede zwischen Japan und dem Westen anzutreffen sind, liegt auf der Hand; so sind es in Japan nicht Interessenverbände, vielmehr – um im Bereich vergleichbarer Dimensionen zu bleiben – die Großunternehmen selbst gewesen, die sich des Zugangs zur Regierung, zur Bürokratie und zu den parlamentarischen Parteien erfreuten, allen voran die *zaibatsu*, Konglomerate in einer Form, von der bekanntlich ihrerseits keine Entsprechungen in den Unternehmensstrukturen des Westens zu finden sind.

c) Zu den hervorstechendsten Merkmalen der Phase nach der Wende von 1878/79 gehörte (auch wenn die Kausalitäten nicht unbestritten sind) die Vermachtung der Wirtschaft in Form der Kartelle. Natürlich waren wettbewerbsbeschränkende Absprachen und Einrichtungen keine neue Erscheinung, sie erlebten aber im Windschatten des Protektionismus einen wirtschaftstypologisch und wirtschaftspolitisch signifikanten

Aufschwung. Wirtschaftstypologisch trug das Kartellwesen entscheidend dazu bei, dass Marktwirtschaft und Freihandel zwar nicht als Gegebenheiten im Sinne möglicher Alternativen, wohl aber als gestaltendes Formprinzip der Wirtschaft in den Hintergrund gedrängt wurden. Wirtschaftspolitisch haben die Kartelle die Grenzen einzelwirtschaftlichen Verhaltens und Wirkens überschritten und sich in Größen volks- und nationalwirtschaftlichen Zuschnitts und Gewichts verwandelt. (In der Öffentlichkeit am bekanntesten waren das Rheinisch-Westfälische Kohlensyndikat, der Stahlwerksverband und das Kalikartell.) Um einem zeitgenössischen Ökonomen das Wort zu erteilen²⁴:

„Unsre Industriellen müssen es aufgeben, zu glauben, die Bedingungen, unter denen sie Kartelle schließen, die Art, wie diese ihre Macht gebrauchen, sei ihre reine Privatangelegenheit. Eine Vereinigung, welche einen ganzen Zweig des nationalen Wirtschaftslebens monopolistisch beherrscht, welche durch ihr Bestehen den obersten Grundsatz unseres seitherigen Wirtschaftsrechts thatsächlich aufhebt, ist aus der Sphäre des Privaten herausgetreten und steht im Bereich des öffentlichen Interesses. Der Staat kann ihr gegenüber nicht gleichgültig, nicht unthätig bleiben.“

Kritik wurde von allen Seiten an den Kartellen und ihrem Verhalten geübt, die Öffentlichkeit innerhalb und außerhalb der Kreise der Wirtschaft war beunruhigt. Aber ein Verbot der Kartelle wurde von den Wenigsten gefordert, man zerbrach sich vielmehr den Kopf über die Art und Weise und die Mittel, wie den ärgsten Auswüchsen des Kartellwesens entgegenzutreten, ob durch wirtschaftspolitische Vorkehrungen oder auf privat- oder auf verwaltungsrechtlichem Wege zu reagieren sei. Aber eben nur auf Auswüchse und Missbräuche in der Ausübung kartellistischer Macht, nicht gegen die Machtkörper als solche. Diese fanden sich im Gegenteil legitimiert durch die herrschenden Strömungen der Zeit, durch den „Zeitgeist“, wenn man so will, konkretisiert in (mindestens) drei konzeptionellen und realen Erscheinungen.

Zum einen kam dem Kartell die in der damals im deutschen Raum herrschende Historische Schule mit ihrer Lehre von den Wirtschaftsstufen zugute, der Lehre vom geschichtlichen Ablauf als einem organisch-evolutionären und zielgerichteten Prozess; in ihm seien die Kartelle eingefügt als keine willkürlichen, sondern geschichtlich notwendige Erscheinungsformen im Einklang mit den großen Entwicklungstendenzen der Wirtschaftsordnung, mit dem Fortschreiten zu jeweils unvermeidlich höheren Organisationsformen der Volkswirtschaft. Einen zweiten rechtfertigenden Grund fand das Kartell im Kollektivismus, der im zeitgenössischen Denken und in der Realität den Individualismus in die Defensive zu drängen begann; so wurden die Kartelle auf eine Stufe mit den Genossenschaften gestellt und hat das Reichsgericht in seiner Leitentscheidung²⁵

24 Karl Bücher auf der Tagung des Vereins für Socialpolitik 1894, s. Verhandlungen der am 28. und 29. September 1894 in Wien abgehaltenen Generalversammlung des Vereins für Socialpolitik über die Kartelle und über das ländliche Erbrecht, S. 153.

25 Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ) 38.155 (1897).

die „Regelung“ des freien Spiels wirtschaftlicher Kräfte durch die Kartelle unter dem Gesichtspunkt der genossenschaftlichen Selbsthilfe legitimiert. Und ein Repräsentant der Historischen Schule, Gustav Schmoller²⁶, maß den Kartellen, in denen ein „demokratisch-genossenschaftliches“ Prinzip walte, eine „psychologisch-sittliche Bedeutung“ zu, weil sie „durch genossenschaftlichen Vertrag, durch Unterordnung, durch Einsicht in die Notwendigkeit, durch den Sieg gewisser gemeinsamer Interessen über Eigensinn und kurzichtigen Egoismus“ zustande kämen; Kartelle verkörperten also nicht nur volkswirtschaftlich, sondern sogar sittlich den Fortschritt der Zeit, in der man lebte. Drittens fiel die Entwicklung der Kartelle in eine Periode des staatlichen Machtbewusstseins und der hieraus fließenden staatlichen Machtpolitik; der Staat bedürfe einer kraftvollen Volkswirtschaft, die ihrerseits der Kartelle nicht entbehren könne; im Wettstreit der Nationen um den Weltmarkt nähmen sie die Stellung von industriellen Kampforganisationen gegen die ausländische Konkurrenz und besonders die transatlantischen Trusts ein, weshalb auch eine auf Deutschland beschränkte Unterdrückung der Kartelle außer Betracht zu bleiben habe.

d) Dass dem Beobachter aus Japan die deutschen Kartelle in ihren institutionellen Gestaltungen und ihrem Auftreten verborgen geblieben wären, kann man sich kaum vorstellen. In seinem Heimatland hatte sich die Kartellbildung zwar erst seit den 1920er Jahren in eine auffallende Erscheinung verwandelt, doch existierten schon in unserer Periode wettbewerbsbeschränkende Einrichtungen. Nachdem zu Beginn der Meiji-Reform das System der Gilden zunfähnlichen Musters abgeschafft worden war, bildeten sich nach und nach vielerorts ähnliche Vereinigungen (*dōgyō kumiai*) zunächst aus eigenem Antrieb, dann aufgrund einer Verordnung von 1884, in der die bisherigen Vereinigungen legalisiert und Neugründungen unter bestimmten Voraussetzungen ermöglicht wurden; diese Gebilde haben sich unter anderem kartellistischer Praktiken bedient²⁷. Darüber hinaus bestanden Branchenkartelle wie die der Baumwollspinnereien und der Papierfabriken²⁸.

Aber Wettbewerbsbeschränkungen haben in Japan in unserer Periode kaum jemanden beunruhigt. Weder gab es Initiativen zu einer die Missbräuche abstellenden Gesetzgebung (geschweige denn ein Antitrust-Recht nach amerikanischem Muster) noch eine offizielle Untersuchung wie die vom deutschen Reichstag angeordnete Kartell-Enquete von 1903 noch eine nennenswerte Befassung der Gerichte mit dem Thema noch profes-

26 Verhandlungen des Vereins für Socialpolitik über die finanzielle Behandlung der Binnenwasserstraßen, über das Arbeitsverhältnis in den privaten Riesenbetrieben und das Verhältnis der Kartelle zum Staate, 1906, S. 254.

27 K. RATHGEN, Japans Volkswirtschaft und Staatshaushalt (1891) 399-401; Marshall (oben Fn. 22) 24-27.

28 J. MURAKAMI, Das japanische Unternehmen im Wandel der Wirtschaftsverfassung, in: H. Coing et al. (Hrsg.), Staat und Unternehmen aus der Sicht des Rechts (Deutsch-japanisches Symposium) (1994) 9.

sionelle Debatten ähnlich den im Verein für Socialpolitik oder auf den Deutschen Juristentagen geführten. Und wären die japanischen Autoren mit den deutschen Verhältnissen vertraut gewesen, dann hätten sie nach allem, was wir wissen, die erwähnten Rechtfertigungen *mutatis mutandis* eher gebilligt als sich von ihnen distanziert.

IV. ANHANG: DIE SOZIALE FRAGE, DER VEREIN FÜR SOCIALPOLITIK UND SEIN PENDANT IN JAPAN

Eine Wirtschaftsordnung wird nicht nur durch Protektionismen und wirtschaftliche Vermachtungserscheinungen verändert und gestaltet, sondern auch durch die „Soziale Frage“ in ihren vielfältigen Formen und Folgen. Ein Strauß von Themen tut sich auf, die zu behandeln jedoch eines eigenen Vortrags bedürften; wir können hier nur knappste Hinweise geben.

a) Ideen und Programme können auf verschiedene Weise vorgestellt und verbreitet werden, eine hiervon ist die Veranstaltung von Tagungen und Kongressen. Die Anhänger des Freihandels hatten sich 1858 zum „Kongreß deutscher Volkswirthe“ zusammengeschlossen mit dem Ziel, sogenannte Wanderversammlungen, das heißt öffentliche Veranstaltungen an immer anderen Orten im deutschen Raum abzuhalten²⁹. Man gab sich kein festgefügtes Programm und sah die Richtung und die Absichten zur Genüge in der Bezeichnung des Kongresses verkörpert, weil mit dem Begriff der Volkswirthe vielfach schlichtweg die Anhänger der Lehre von jenen Naturgesetzen bezeichnet wurden, welche die wirtschaftlichen Einrichtungen zu gestalten und den Gesetzgeber anzuleiten hätten; Gewährsmänner waren die bekannten Namen Adam Smith, Frédéric Bastiat, John Stuart Mill. Mit Theorien und wissenschaftlich ausgetragenen Kontroversen befasste sich der Kongress jedoch eher am Rande, er nahm sich vielmehr vor, praktische Fragen des Tages zu behandeln und politisch durchsetzbare Forderungen zu stellen; Adressat der Verhandlungen und Beschlüsse waren demnach Regierung und Beamtenschaft sowie vor allem die Presse und andere Multiplikatoren der öffentlichen Meinung.

Aber nicht alle Fragen des Tages wurden mit derselben Aufmerksamkeit behandelt. So erwuchs dem Kongress mit dem unter der Ägide Gustav Schmollers 1872/73 gegründeten Verein für Socialpolitik ein ernst zu nehmender Konkurrent, ja sich selbst als solcher betrachtender Gegner. Auch hier war die Bezeichnung Programm: Überlegungen zu fördern, die der Lösung der Sozialen Frage zugute kommen können (und zugleich dem revolutionären Sozialismus das Wasser abgraben sollen). Adressat der Überlegungen war vornehmlich der Staat, weil nur er letztlich Abhilfe durch Gesetzgebung und Verwaltung schaffen könne, womit die Gründer des Vereins, der historisch-ethischen

29 K.W. NÖRR, Globalisierung, Freihandel, staatliches Recht: Spiegelungen im deutschen Raum um 1860, in: H.-D. Assmann et al. (Hrsg.), Markt und Staat in einer globalisierten Wirtschaft (Japanisch-deutsches Symposium) (2010) 17 f.

Schule angehörend oder mit ihr sympathisierend, die Staatsferne der Freihändler aufs Korn nahmen. Um aus dem Aufruf zur Gründung des Vereins zu zitieren³⁰:

„Wir sind der Ueberzeugung dass das unbeschränkte Walten theilweis entgegen-gesetzter und ungleich starker Einzelinteressen das Wohl der Gesammtheit nicht verbürgt, dass vielmehr die Forderungen des Gemeinns und der Humanität auch im wirthschaftlichen Leben ihre Geltung behaupten müssen, und dass das wohl-erwogene Eingreifen des Staates zum Schutz der berechtigten Interessen aller Betheiligten zeitig wachzurufen ist. Diese staatliche Fürsorge sehen wir nicht als Nothbehelf oder als unvermeidliches Uebel an, sondern als Erfüllung einer der höchsten Aufgaben unserer Zeit und unserer Nation. In ernster Durchführung dieser Aufgaben wird sich der Egoismus des Einzelnen und das nächste Interesse der Klassen der dauernden und höheren Bestimmung des Ganzen unterordnen.“

Der Aufruf war zurückhaltend formuliert, hatten ihn ja Beteiligte mit unterschiedlichen Konzeptionen zur Sozialen Frage unterzeichnet; erinnert sei nur einerseits an Lujo Brentano und seine kollektiv-gewerkschaftliche, aber auch antiprotektionistische Einstellung, und andererseits an den Etatisten und Staatssozialisten Adolph Wagner.

Mit größerer Emphase ist dann Schmoller aufgetreten, den wir ja schon in der Kartelldebatte angehört hatten, und der nun in der Rede zur Eröffnung der ersten Versammlung des Vereins³¹ vom tiefen Zwiespalt zwischen Unternehmer und Arbeiter, besitzender und nicht besitzender Klasse, von den Zweifeln an den im Kongress der Volkswirte vertretenen Doktrinen sprach; der wie die Mehrheit der Initiatoren zwar die Aufgaben des Staats je nach den geschichtlichen Verhältnissen bald enger, bald weiter fasste, niemals aber den Staat, wie es das Naturrecht und die Manchester-Schule halten würden, als ein notwendiges und möglichst zu beschränkendes Übel betrachten wollte, und hieran anknüpfend den Staat als das „großartigste Institut zur Erziehung des Menschengeschlechts“ zelebrierte. Im weiteren Verlauf der Rede hat Schmoller die Versöhnung der „unteren Klassen“ mit der Gesellschaft und den Staat als drängende Aufgabe herausgestellt und sich zu dem Ideal, wie er es nannte, bekannt, einem immer größer werdenden Teil des Volkes zur Teilnahme an den Gütern der Kultur, an Bildung und an Wohlstand zu verhelfen.

b) Nach dem Vorbild, das der Verein für Socialpolitik geboten hat, wurde nun auch in Japan kurz vor der Jahrhundertwende – um dieselbe Zeit, als der Bann der ungleichen Verträge gebrochen war – von Schülern des an der Tokyo University lehrenden Ökonomen Noburu Kanai ein Pendant mit dem Namen *Shakai Seisaku Gakkai* gegründet³².

30 Abgedruckt in: Verhandlungen des Vereins für Socialpolitik am 12. und 13. October 1873, 1874, s.p.

31 Verhandlungen der Eisenacher Versammlung zur Besprechung der socialen Frage am 6. und 7. October 1872, 1873, S. 1-6.

32 Dieser Absatz beruht im wesentlichen auf K.B. PYLE, Advantages of Followership: German Economics and Japanese Bureaucrats, 1890-1925, in: Journal of Japanese Studies 1 (1974)

(Von einer entsprechenden Parallelgründung in Japan zum Kongress deutscher Volkswirte hat man nie etwas vernommen.) Die Vereinigung zählte bald die große Mehrzahl der Ökonomen an den Universitäten und in der Beamtenschaft zu ihren Mitgliedern. Man übernahm mit dem Vorbild auch viele der dort vertretenen und gepflegten Vorstellungen, fügte aber – getreu der Devise der Historischen Schule, wonach es keine abstrakte, von Ort und Zeit, von Geschichte und Kultur unabhängigen Sachverhalte gäbe – einige weitere Aspekte, von Kanai und seiner Schule formuliert, hinzu. Zum einen handele es sich für Japan, dessen Industrialisierung noch weniger weit fortgeschritten sei als in den westlichen Nationen, in erster Linie um präventiv zu treffende Vorkehrungen, weil dann verhindert würde, dass die Soziale Frage dieselbe Brisanz entwickeln wird wie es im Westen der Fall ist. Zweitens sei, um eine Radikalisierung der Arbeiterschaft nicht aufkommen zu lassen, der Bildung eines Klassenbewusstseins entgegenzutreten; dem habe eine Art von ideologischer Lenkung (*shisō zendō*) in der Erziehung und in den schulischen Einrichtungen zu dienen. Drittens schließlich – und hier kamen von Kumazō Kuwata, einem Schüler Kanais, angestellte Beobachtungen zum Zuge – richte sich die Soziale Frage in Japan im Gegensatz zum Westen nicht so sehr auf die Stadt mit ihren Industrien, sondern das Land, das Dorf, die Landwirtschaft, auf die wirtschaftliche und soziale Lage besonders der Pächter und kleinen Bauern.

Soweit unsere Skizze zur Sozialen Frage. Wie sich zeigte, hat Japan also auch hier, wie in anderen Bereichen der Wissenschaft und Politik, die Anregungen, die es vom Ausland aufgenommen hatte, den eigenen Verhältnissen angeglichen, in sie eingefügt, und auf diese Weise zu einem neuen Ganzen, zur selbstbewusst-unverwechselbaren Einheit gefunden: dem Lande Form und Festigkeit trotz allen Brüchen bis zum heutigen Tag verschaffend.

127; zusammengefasst in: M.B. Jansen (Hrsg.), *The Cambridge History of Japan*, vol. 5 (1989) 704-710.

SCHRIFTTUM

- H. BAUM / E. TAKAHASHI, Commercial and Corporate Law in Japan: Legal and Economic Developments after 1868, in: W. Röhl (Hrsg.), History of Law in Japan since 1868 (2005) 330.
- K.E. BORN, Wirtschafts- und Sozialgeschichte des Deutschen Kaiserreichs (1867/71-1914) (1985).
- C. BURHOP, Wirtschafts- und Sozialgeschichte des Kaiserreichs 1871-1918 (2011).
- P. DUUS (Hrsg.), The Cambridge History of Japan, Vol. 6, The Twentieth Century (1988).
- L. GALL, Europa auf dem Weg in die Moderne 1850-1890 (1984).
- W. GERLOFF, Die deutsche Zoll- und Handelspolitik von der Gründung des Zollvereins bis zum Frieden von Versailles (1920).
- V. HENTSCHEL, Wirtschafts- und Sozialgeschichte des modernen Japans 1: Die japanische Industrialisierung: Voraussetzungen, Grundlagen, Durchsetzung (1600-1929) (1986).
- E.R. HUBER, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Band IV: Struktur und Krisen des Kaiserreichs (2. Aufl. 1982).
- T. ITO, The Japanese Economy (1992).
- M.B. JANSEN (Hrsg.), The Cambridge History of Japan, Vol. 5, The Nineteenth Century (1989).
- M.B. JANSEN / G. ROZMAN (Hrsg.), Japan in Transition: from Tokugawa to Meiji (1986).
- W.W. LOCKWOOD, The Economic Development of Japan: Growth and Structural Change 1868-1938 (1954).
- DERS. (Hrsg.), The State and Economic Enterprise in Japan: Essays in the Political Economy of Growth (1965).
- B.K. MARSHALL, Capitalism and Nationalism in Prewar Japan: the Ideology of the Business Elite 1868-1941 (1967).
- J. MURAKAMI, Das japanische Unternehmen im Wandel der Wirtschaftsverfassung, in: H. Coing et al. (Hrsg.), Staat und Unternehmen aus der Sicht des Rechts (Deutsch-japanisches Symposium) (1994) 1.
- K.W. NÖRR, Die Leiden des Privatrechts: Kartelle in Deutschland von der Holzstoffkartellentscheidung zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (1994).
- DERS., Die Republik der Wirtschaft: Recht, Wirtschaft und Staat in der Geschichte Westdeutschlands, Teil I: Von der Besatzungszeit bis zur Großen Koalition (1999).
- DERS., Kodifikation und Wirtschaftsordnung im Deutschland des 19. Jahrhunderts: ein Fall von benign neglect?, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 23 (2001) 51.
- DERS., Globalisierung, Freihandel, Staatliches Recht: Spiegelungen im deutschen Raum um 1860, in: H.-D. Assmann et al. (Hrsg.), Markt und Staat in einer globalisierten Wirtschaft (Japanisch-deutsches Symposium) (2010) 11.
- E. PAUER, Die Rolle des Staates in Industrialisierung und Modernisierung, in: G. Foljanty-Jost (Hrsg.), Der schlanke japanische Staat (1995) 28.
- K.B. PYLE, Advantages of Followership: German Economics and Japanese Bureaucrats, 1890-1925, in: Journal of Japanese Studies 1 (1974) 127.
- K. RATHGEN, Japans Volkswirtschaft und Staatshaushalt (1891).

- DERS., *Die Japaner in der Weltwirtschaft* (2. Aufl. 1911).
- P.-CH. SCHENCK, *Der deutsche Anteil an der Gestaltung des modernen japanischen Rechts- und Verfassungswesens: deutsche Rechtsberater in der Meiji-Zeit* (1997).
- M. STOLLEIS, *Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht*, in: *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 11 (1989) 129.
- H.-P. ULLMANN, *Interessenverbände in Deutschland* (1988).

Wirtschaftsordnung und Rechtsentwicklung in der japanischen Modernisierung

Yoshiki Kurumisawa

- I. Wirtschaftsordnung und Recht der *Meiji*-Zeit (1868-1911)
 1. Einführung des Privateigentums an Grundstücken zu Beginn der *Meiji*-Zeit
 2. Entstehung des Grundbesitzums durch die sog. „ursprüngliche Akkumulation“
 3. Kapitalismus von oben – die strukturelle Verbindung von Kapitalismus und Grundbesitzertum
 - II. Die Rezeption des Rechts europäischer Länder
 1. Politischer Hintergrund der Rezeption des Rechts
 2. Diskrepanz zwischen Konzeption und Realien: Rechtliche Vorstellungen ohne entsprechende soziale Beziehungen
 3. Selektive Rezeption
 4. Eigentümlichkeit des japanischen Rechts und der Rechtswissenschaft
 - III. Die Wirtschaftsordnung der *Taishō*-Zeit (1912-1925)
 1. Verselbständigung des japanischen Kapitalismus nach dem Ersten Weltkrieg
 2. Klassenkonflikt in den Städten und ländlichen Gebieten
 3. Das Zivilgesetz als Schutzmantel feudalistischer Verhältnisse
 4. Streben nach einer Reform des Grundbesitzums von oben
 - IV. Begründung einer freien Rechtswissenschaft und Rechtssoziologie im Japan der *Taishō*-Zeit
 1. Erkenntnis der Diskrepanz zwischen staatlichem und gelebtem Recht
 2. Vorschlag einer neuen Richtung der Rechtswissenschaft – Sozialisierung des Rechts durch Normsetzung von unten
 - V. Hat Japan eine „eigentümliche“ Rechtskultur?
 - VI. Unternehmensgesellschaft und Recht in der *Shōwa*-Zeit (bis 1989)
- Schlusswort

Die deutsche Kultur hat verschiedene Bereiche der japanischen Gesellschaft deutlich geprägt. Das Recht und die Rechtswissenschaft sind dafür ein typisches Beispiel.

Die deutsche Rechtswissenschaft hatte vor dem II. Weltkrieg einen so starken Einfluss auf die japanische Rechtswissenschaft ausgeübt, dass man im Gelehrtenkreis zu sagen pflegte, wer nicht deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft studiert habe, sei kein Rechtswissenschaftler. Nach dem Krieg ist zwar der Einfluss der USA deutlich stärker geworden, es wäre jedoch unmöglich, die im Boden tief verwurzelte deutsche Rechtskultur in Japan auszulöschen.

Im Folgenden soll ein grober Überblick über das Verhältnis zwischen Recht und Gesellschaft in der *Meiji*-, *Taishō*- und *Shōwa*-Zeit, den Einfluss der deutschen Rechtswissenschaft sowie die Aufgabe unserer Rechtswissenschaft gegeben werden.

I. WIRTSCHAFTSORDNUNG UND RECHT DER *MEIJI*-ZEIT (1868-1911)1. *Einführung des Privateigentums an Grundstücken zu Beginn der Meiji-Zeit*

Unter der absolutistischen *Tokugawa*-Regierung hatten Bauern ein ausschließliches Nutzungsrecht an ihren Grundstücken, verfügten jedoch über kein Privateigentum daran. Die Zentralregierung hatte Kauf und Verkauf von Reisfeldern und Ackerland verboten, um die Entstehung lokaler Gegenmächte durch Akkumulation von Boden zu verhindern. Der Erhalt kleiner bäuerlicher Betriebe war damit eine sehr wichtige Aufgabe der Herrscher. Grundsteuern wurden demgemäß nicht den individuellen Bauern, sondern den Dorfgemeinschaften auferlegt, um über eine gemeinsame Haftung den Ertrag dieser Steuern stabil zu halten.

Die *Meiji*-Regierung erneuerte dieses alte fiskalische System durch eine Steuerreform:¹ Die Staatsfinanzen speisten sich zu Beginn der *Meiji*-Zeit hauptsächlich aus Grundsteuern, da andere Gegenstände der Besteuerung wie Einkommen, Konsum oder Einfuhr usw. nicht wirklich existierten. Nun übertrug die Regierung den Bauern Privateigentum an den von ihnen kultivierten Flächen. Damit wurden sie zu Eigentümern von Reisfeldern und Ackerland und folglich zu Steuerzahlern gemacht; zugleich wurde auch das Verbot des Verkaufs von Reisfeldern und Ackerland aufgehoben. Fortan wurde der Steuerbetrag mit der Formel "Steuersatz \times Bodenpreis" bestimmt. Den Bodenpreis wollte die Regierung anfangs mit dem Verkehrswert ansetzen, aber dies war unmöglich, weil nur wenig Handel mit landwirtschaftlich genutzten Flächen getrieben wurde. Sie bestimmte deswegen den Bodenpreis mithilfe des Ertragswertes, den sie je nach Boden in Abhängigkeit von seiner Produktivität ermitteln musste. Dies führte nicht nur zu hohen Verwaltungskosten, sondern auch zu starkem Widerstand der Bauern, die den Preis möglichst niedrig angesetzt wissen wollten. Angesichts der Bauernunruhen musste die Regierung auch den Steuersatz von 0,03 auf 0,025 senken.

Das Privateigentum wurde für Bauern zu einem großen Motivationsfaktor bei der Produktion. Die Regierung musste damals eine Menge nicht einlösbares Papiergeldes ausgeben, um die Kosten für die Niederschlagung innerer Aufstände zu decken, was zu einer inflationären Konjunktur und zum Anstieg der Reispreise führte. Hierdurch erhielt das Leben in den Dörfern einen enormen Aufschwung, nicht nur wirtschaftlich, sondern auch kulturell. Junge, reiche Bauern versammelten sich, um gemeinsam die europäische Literatur des Zeitalters der Aufklärung zu lesen und das moderne wirtschaftliche und politischen Denken zu begreifen. Aus dieser Lernbewegung² ging eine politische Bewegung hervor: Sie behauptete, dass der Steuerzahler ein Recht habe, darüber zu entscheiden, wozu der Staat das von ihm bezahlte Geld verwenden soll. Um dieses Recht auszuüben, wurde von der Regierung die Einrichtung eines Parlaments gefordert, dessen

1 M. FUKUSHIMA, *Chiso kaisei no kenkyū* [Studium der Grundsteuerreform] (Tokyo 1977).

2 M. KAINŌ, *Nihon ni okeru seiji katei to shoyū-ken* [Eigentumsrecht im politischen Kontext in Japan], in: Ders., *Kainō michitaka chosaku-shū IV* [Gesammelte Werke von Michitaka Kainō IV] (Tokyo 1977) 281 ff.

Abgeordnete durch demokratische Wahlen gewählt werden. Obwohl die Regierung diese Bewegung mit Gewalt zu unterdrücken versuchte, musste sie der Einrichtung eines Parlaments letzten Endes doch zustimmen.

2. *Entstehung des Grundbesitzums durch die sog. „ursprüngliche Akkumulation“*

Die Bauern konnten diesen Aufschwung nicht sehr lange genießen. Im Jahr 1881 (*Meiji* 14), nach dem Sieg der Regierung in den inneren Kriegen, zog Finanzminister *Matsukata* Papiergelder ohne Deckung ein und setzte eine Deflationspolitik durch. Damit stürzten die Reispreise ab. Zudem führte die Regierung eine Gemeindesteuer ein; gleichzeitig hatten die Bauern mit einer Missernte wegen Frostschadens zu kämpfen. Kleine und mittlere Bauernhöfe gerieten in finanzielle Schwierigkeiten.

Wenn ein Bauer seine Grundsteuer nicht zahlen konnte, konnte die Behörde sein Land zwangsversteigern lassen. Er lief dann Gefahr, zu einem Landstreicher zu werden. Um das zu vermeiden, musste er sein Land einem Darlehensgeber, z.B. einem Großbauern oder einem Wucherer, verpfänden. Wenn er das Geld und die Zinsen nicht zurückzahlen konnte, ging das Eigentum am Land endgültig auf den Geldverleiher über, und dieser verpachtete das Land dem Bauern dann zu hohen Zinsen, d.h. der ehemalige Eigentümer baute weiterhin auf demselben Land an. Durch derartige Prozesse, die man als „ursprüngliche Akkumulation“ bezeichnen kann, entstand der Klassenunterschied zwischen Grundeigentümern einerseits und Pächtern andererseits.

Die vom Grundeigentümer geforderten Pachtzinsen, die manchmal sogar die Hälfte des Gesamtertrags des Pächters überstiegen, gehörten nicht in die Kategorie kapitalistischer, sondern feudalistischer Zinsen. Der Grundbesitzer erzielte die hohen Pachtzinsen durch außerwirtschaftlichen Zwang. Andererseits musste er die Pächter im Notfall schützen. Beispielsweise hatte er die soziale Pflicht, bei Missernten ihre Zinslast etwas zu erleichtern oder eine Totenfeier abzuhalten, wenn eines ihrer Familienmitglieder gestorben war. Die Pächter mussten dagegen Frondienst beim Grundbesitzer leisten.

Man bezeichnet diesen patriarchalischen Herrschaftstypus als eine „pietätische Beziehung“ oder „warmherzige Herrschaft“, in der Recht überhaupt keine Rolle spielte.³

3. *Kapitalismus von oben – die strukturelle Verbindung von Kapitalismus und Grundbesitzertum*

Der japanische Kapitalismus begann mit dem Aufkommen der Textilindustrie, deren notwendige Produktionsmittel, nämlich Kapital und billige Arbeitskräfte, hauptsächlich aus den ländlichen Regionen stammten:

Wegen der hohen Pachtzinsen war der landwirtschaftliche Betrieb der Pächter stets ungesichert. Die Pächter mussten deshalb ihre Töchter jahrelang in der Textilindustrie

3 Zum gesamten Abschnitt E. NORO, *Nihon shihon shugi hattatsu-shi* [Entwicklungsgeschichte des Kapitalismus in Japan] (Tokyo 1954).

gegen sehr niedrigen Lohn arbeiten lassen. Damit halfen sie der Familie und sparten Lebenshaltungskosten. Die hohe Pacht bestimmte gleichsam den niedrigen Lohn.

Die Grundbesitzer zahlten ihre Grundsteuern aus den Pachteinnahmen und investierten den Rest nicht etwa in den Agrarsektor, sondern in die Industrie; sie kauften Wertpapiere, die die Textilindustrie ausgab, und genossen hohe Dividenden. Der Staat subventionierte die Industrie zudem mithilfe der von den Grundbesitzern entrichteten Grundsteuern. Folglich flossen die Früchte der Arbeit der Pächter auf zwei Wegen vom Agrarsektor in die Industrie und verwandelten sich in Kapital, dessen Gewinn teilweise als Dividenden in den Agrarsektor zurückfloss. Durch diesen Kreislauf wurden Grundbesitz und Kapital in den 1890er Jahren strukturell miteinander verbunden. Mit anderen Worten: der japanische Kapitalismus war in seiner Frühzeit vom feudalistischen Grundeigentum abhängig.

Auf dieser wirtschaftlichen Basis beruhte der absolutistische *Meiji*-Staat, der die wirtschaftlichen Interessen des Grundbesitzertums einerseits und des Industriekapitals andererseits vertrat und damit die Industrie von oben förderte.⁴

II. DIE REZEPTION DES RECHTS EUROPÄISCHER LÄNDER

1. *Politischer Hintergrund der Rezeption des Rechts*

Wie oben erwähnt, gab es zu Beginn der *Meiji*-Zeit keine wirtschaftliche Basis, für die moderne Gesetzbücher erforderlich gewesen wären. Trotzdem strebte die *Meiji*-Regierung danach, so schnell wie möglich moderne Gesetzbücher nach dem Vorbild europäischer Länder zu kodifizieren. Dahinter steckte eine politische Absicht:⁵

Gegen Ende des Ancien Régime schloss die *Tokugawa*-Regierung Verträge mit verschiedenen europäischen Nationen und den Vereinigten Staaten von Amerika ab, die nicht auf einer Gleichberechtigung der Partner beruhten. Die *Meiji*-Regierung erkannte die Ungleichheit dieser Verträge, die der früheren Regierung kaum bewusst gewesen war. Sie betrachtete es als wichtige Aufgabe, durch Revision der Verträge die Abschaffung der konsularischen Gerichtsbarkeit, die Wiederherstellung der Zollautonomie usw. und damit die Statuierung der Souveränität Japans zu erreichen. Unerlässliche Bedingung dafür, dass Japan von den Weltmächten eine international rechtlich gleichgestellte Position zuerkannt würde, war die Kodifizierung moderner, von den europäischen Ländern anerkannter Prozessgesetze und materiellrechtlicher Kodizes. Hierzu war die Rezeption des europäischen Rechts erforderlich. Die Regierung entsandte eine Mission mit Staatsbediensteten und Wissenschaftlern in europäische Länder, um deren Rechtssysteme untersuchen zu lassen, und berief einige ausländische Juristen, wie *Gustave*

4 Zum gesamten Abschnitt M. NAKAMURA, *Kindai nihon jinushi-sei-shi kenkyû* [Geschichte des Grundbesitzertums in modernen Japan] (Tokyo 1979).

5 M. FUKUSHIMA, *Hô no keiju to shakai keizai no kindai-ka (3)* [Rezeption des Rechts und Modernisierung von Wirtschaft und Gesellschaft 3], in: *Hikaku Hôgaku* 6-1 (1969) 19 ff.

Émile Boissonade, Carl Friedrich Hermann Roesler, Hermann Techow, Otto Rudorff und *Albert Mosse* und andere mehr, um von ihnen Rechtsberatung zu erhalten. Dagegen wurde das Gewohnheitsrecht Japans weitgehend ignoriert; es herrschte die generelle Tendenz vor, die ausländische (Rechts-)Kultur sehr zu achten und die einheimische geringzuschätzen.

1882 begannen die zähen Verhandlungen zur Revision der Verträge mit den Westmächten und erst 1894, also kurze Zeit nach der Veröffentlichung der ersten neuen Gesetzbücher, wurden neue Verträge abgeschlossen. Wichtigste Motivation der Regierung für die damaligen Kodifizierungen war die Festschreibung der Souveränität Japans durch die Revision der ungleichen Verträge. Die Forderung nach Marktwirtschaft war demgegenüber nicht so stark.

2. *Diskrepanz zwischen Konzeption und Realien:*

Rechtliche Vorstellungen ohne entsprechende soziale Beziehungen

Recht ist sicherlich ein Resultat menschlichen Denkens. Aber ist es nur ein gedankliches Konstrukt, wie z.B. das Elysium oder die Hölle?

Auf diese Frage hat bereits *Eugen Ehrlich* eine Antwort gegeben, und zwar in seinem Hauptwerk "Grundlegung der Soziologie des Rechts"⁶. Die Vorstellung „Recht“ in unserem Geist sei nichts anderes als ein Reflex von sinnlich Wahrnehmbarem in der Wirklichkeit, nämlich der Rechtstatsache. Ehrlich nannte als Rechtstatsachen die Übung, die Herrschaft, den Besitz und die Willenserklärung.

Später hat ein sowjetischer Rechtstheoretiker, *Evgenij Bronislavovich Pashukanis*, diesen Gedanken weiterentwickelt.⁷ Recht sei nichts anderes als eine bestimmte menschliche Beziehung zwischen Subjekten im Rahmen eines privaten Interessengegensatzes. Diese bestimmte menschliche Beziehung stamme aus dem Warenaustauschprozess, in dem Waren nur durch die Vermittlung des Willensverhältnisses zwischen deren Eigentümern getauscht werden könnten. Dieses Willensverhältnis sei als ein wesentlicher Bestandteil des Warenaustausches nichts anderes als ein Rechtsverhältnis. In einer Gesellschaft, die vom Warenaustausch charakterisiert ist, herrsche das Recht. Wenn der Warenaustausch aus der Gesellschaft verschwinde, so werde auch das Recht aussterben.

6 E. EHRlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts (Berlin 1967) 68: "Recht und Rechtsverhältnis ist ein gedankliches Ding, das nicht in der greifbaren, sinnlich wahrnehmbaren Wirklichkeit, sondern in den Köpfen der Menschen lebt. ... Aber wie sonst überall, so sind auch hier unsere Vorstellungen aus einem Stoffe geformt, den wir der greifbaren, sinnlich wahrnehmbaren Wirklichkeit entnehmen. Es liegen ihnen stets Tatsachen zugrunde, die wir beobachtet haben. Solche Tatsachen müssen vorhanden gewesen sein, bevor im menschlichen Hirn überhaupt der Gedanke an Recht und Rechtsverhältnis aufzudämmern begann."

7 E. PASHUKANIS, Allgemeine Rechtslehre und Marxismus: Versuch einer Kritik der juristischen Grundbegriffe. Aus dem Russischen von Edith Hajós, eingeleitet von Alex Gruber und Tobias Ofenbauer (Freiburg im Breisgau 2003).

Zwar hatte es auch im Japan des 19. Jahrhunderts einen Warenaustausch gegeben, wie etwa beim Handel zwischen *Daimyô* (Feudalherren), Großhändlern in *Edo* (Tokyo) und Exporteuren in Osaka. Aber dieser betraf nur einen äußerst begrenzten Teil der Gesellschaft. Denn die alte Regierung kontrollierte die freie Entwicklung des Handwerks und der Handelsgewerbe im ländlichen Gebiet sehr streng.⁸

Die Rezeption des europäischen Rechts ohne die entsprechenden sozialen und wirtschaftlichen Realitäten brachte verschiedene Probleme mit sich. Die Übersetzung der eingeführten Rechtsbegriffe war außerordentlich schwierig, weil es schon an den entsprechenden japanischen Wörtern fehlte. Insbesondere war es für Japaner schwer, die Idee des subjektiven Rechts, die ein wesentlicher Bestandteil der modernen westlichen bürgerlichen Gesellschaft ist, zu verstehen. Die Regierung hatte schon 1871 eine Kommission zur Kodifizierung der Gesetzbücher einberufen. In der Abteilung für das Zivilgesetzbuch übersetzte ein Wissenschaftler den Terminus *droit civil* als *民権* (*minken*). *Min* bedeutet Volk, *ken* bedeutet Macht. Viele Mitglieder der Kommission, die ehemalige *Samurai* waren, fragten mit Argwohn, warum Untertanen Macht haben sollten?⁹ Niemand war in der Lage, die Vorstellung eines subjektiven Rechts als ein bestimmtes Verhältnis zwischen den Bürgern sowie zwischen Bürgern und Staat zu verstehen.

Ausländische Juristen, die für die Beratungen bei der Kodifikation von der Regierung berufen worden waren, beobachteten, dass der Stellenwert des Rechts in der japanischen Kultur sehr niedrig war. Dementsprechend war auch der soziale Status der Juristen in Japan niedrig.

3. *Selektive Rezeption*¹⁰

Das Jahrzehnt von 1880 bis 1890 war die Zeit der Kodifizierung. In der ersten Phase war die Rezeption nicht selektiv; viele ausländische Juristen wurden berufen, um an der Kodifikation teilzunehmen. Französische Juristen verfassten die Entwürfe des Strafgesetzes¹¹, des Strafprozessgesetzes¹² und des Zivilgesetzes (nachfolgend auch: ZG)¹³, dagegen verfassten deutsche Juristen diejenigen des Handelsgesetzes¹⁴, des Zivilprozess-

8 T. MIZUBAYASHI, *Hôken-sei no saihei to nihonteki shakai no kakuritsu* [Neuaufbau des Feudalismus und Gestaltung der Gesellschaft im japanischen Stil] (Tokyo 1987) 368 ff.

9 M. FUKUSHIMA, *Hô no keijû to shakai keizai no kindai-ka* (2) [Die Rezeption des Rechts und die Modernisierung von Wirtschaft und Gesellschaft 2], in: Hikaku Hôgaku 4-2 (1967) 8 ff.

10 DERS., *Hô no keijû to shakai keizai no kindai-ka* (3), 34 ff.

11 *Keihô*, Gesetz Nr. 45/1907 i.d.F. des Gesetzes Nr. 26/2010; dt. Übers.: K. SAITÔ / H. NISHIHARA, Das abgeänderte japanische Strafgesetzbuch (Berlin 1954).

12 *Keiji soshô-hô*, Gesetz Nr. 131/1948 i.d.F. des Gesetzes Nr. 26/2010.

13 *Minpô*, Gesetz Nr. 89/1896 und Nr. 91/1898 i.d.F. des Gesetzes Nr. 78/2006; dt. Übers.: A. KAISER, Das japanische Zivilgesetzbuch in deutscher Sprache (Köln 2008) (Stand 2008).

14 *Shôhô*, Gesetz Nr. 48/1899 i.d.F. des Gesetzes Nr. 57/2008 (ersetzte das gleichnamige Gesetz Nr. 32/1890); dt. Übers.: O. KLIESOW / U. EISELE / M. BÄLZ, Das japanische Handelsgesetz (Köln 2002) (Stand 2001).

gesetzes¹⁵ und des Gerichtsgesetzes¹⁶. Dabei richteten sie das japanische Recht jeweils gänzlich nach ihrem Heimatrecht aus. Die Arbeitsteilung war zudem eher zufällig. Es war für die *Meiji*-Regierung fast gleichgültig, woher die jeweilige Kodifikation kam, aber es war wichtig, dass überhaupt moderne Kodifikationen existierten.

Demgegenüber gestaltete die Regierung die Verfassung anders aus als die übrigen Kodifikationen, weil die Staatsgründung für sie die wichtigste Angelegenheit war. Japan sollte weder eine Republik noch eine konstitutionelle Monarchie sein, sondern ein absolutistisches Gebilde wie Preußen oder Österreich. Deshalb war die Rezeption westlicher Modelle bei der Verfassungskodifizierung sehr selektiv.

In der zweiten Phase wirkte ein solches Prinzip der Selektion auch auf das Zivilgesetz ein. *Boissonade* entwarf das japanische Zivilgesetz ursprünglich nach dem stark von demokratischen Ideen geprägten Code civil. Die japanischen Rechtswissenschaftler des öffentlichen Rechts kritisierten dies heftig, da die Einführung des Zivilgesetzes die Staatstreue und Kindesliebe der Untertanen gefährde. Unter starkem Einfluss des ersten Entwurfs des deutschen BGB wurde daher Boissonades Zivilgesetz umgeschrieben. Das Zivilgesetz ist dann 1898 als Mischung des Code civil und des ersten Entwurfs des BGB entstanden.

4. *Eigentümlichkeit des japanischen Rechts und der Rechtswissenschaft*

Die Eigentümlichkeit der Staatsform, des Rechts und der Rechtswissenschaft in der *Meiji*-Zeit kann ganz grob wie folgt zusammengefasst werden:

Die Souveränität lag beim *Tennô* (Kaiser), nicht beim Volk. Nach der staatsrechtlichen Lehre hatte das Volk zwar eigene öffentliche Rechte, aber diese seien lediglich vom *Tennô* zur Erleichterung der Herrschaft verliehen. Das Verhältnis zwischen Staat und Volk wurde nicht als Rechtsverhältnis konstruiert.

Die Verwaltung unterwarf sich nicht der Judikative, d.h. Verwaltungsstreitigkeiten sollten nicht von ordentlichen Gerichten abgeurteilt werden, sondern nur von Verwaltungsgerichten, weil die Legitimität von Verwaltungsakten als aus sich heraus geschaffen angesehen wurde.

Nach der extrem konservativen Staatstheorie war der *Tennô* nicht Staatsorgan, sondern höchste Macht über allen Staatsorganen und Quelle nicht nur der rechtlichen, sondern auch der moralischen Legitimation. Das japanische Recht war insofern kein geschlossenes, selbstreferenzielles, modernes Rechtssystem, als es seine Legitimität nicht aus sich selbst heraus gewann, sondern von außerhalb des Rechtes speiste.

Die Privatrechtsdogmatik war im Bereich des Warenverkehrs zwar relativ weit entwickelt. Aber sie wirkte auch beim Erhalt der feudalistischen sozialen Ordnung mit,

15 *Minji Soshô-hô*, Gesetz Nr. 109/1996 i.d.F. des Gesetzes Nr. 95/2007; dt. Übers.: C. HEATH / A. PETERSEN, *Das japanische Zivilprozeßrecht* (Tübingen 2002); H. NAKAMURA / B. HUBER, *Die japanische ZPO in deutscher Sprache* (Köln 2006).

16 *Saiban-shô-hô*, Gesetz Nr. 59/1947 i.d.F. des Gesetzes Nr. 71/2008.

indem sie auf Konflikte zwischen Grundbesitzern und Pächtern oder zwischen Kapitaleigentümern und Lohnarbeitern die Vorschriften des Zivilgesetzes direkt anwandte, denn das Zivilgesetz billigt dem Eigentum an Grundbesitz und Kapital starken Schutz zu.

III. DIE WIRTSCHAFTSORDNUNG DER *TAISHÔ*-ZEIT (1912-1925)

1. *Verselbständigung des japanischen Kapitalismus nach dem Ersten Weltkrieg*

Mit dem Konjunkturaufschwung infolge des Ersten Weltkrieges entwickelte sich der japanische Kapitalismus zum Monopolkapitalismus. Der Anteil der Einkommenssteuer an den gesamten Staatsfinanzen überstieg nun den der Grundsteuer. Die Steuerpolitik hatte früher Dividenden von der Besteuerung befreit, um den wirtschaftlichen Anreiz für Grundbesitzer nicht zu schwächen, aber durch die Steuerreform von 1920 wurden sie ebenfalls steuerpflichtig. Dies zeigt deutlich, dass der Kapitalismus in Japan nach dem Weltkrieg nicht mehr vom Grundbesitzum abhängig war.

2. *Klassenkonflikt in den Städten und ländlichen Gebieten*

Während in der Leichtindustrie die Arbeitskräfte vorwiegend aus Bauerndörfern stammten, waren für die Schwerindustrie Arbeiterfamilien typisch, die über Generationen in den Städten gelebt hatten. Die Arbeiterklasse verbündete sich demgemäß in den Städten, in denen die Arbeiter in Streit mit den Fabrikanten gerieten.

Zwar war der Pachtbetrieb mit der Vergrößerung der Nachfrage der Städte nach Agrarprodukten langsam vorangeschritten, aber die hohen Pachtzinsen hatten doch weiterhin seine Stabilisierung und Weiterentwicklung verhindert. In der zweiten Hälfte des Jahrzehnts 1910-1920 entstanden Streitigkeiten zwischen Grundbesitzern und Pächtern¹⁷. Von einer regionalen Unruhe ausgehend, verbreitete sich der Streit zum landesweiten Klassenkampf. Bis dahin hatte das Recht wegen der oben genannten „warmherzigen Herrschaft“ in den Dörfern fast keine Rolle gespielt. Aber der Zusammenbruch dieser Herrschaftsstruktur durch Pachtstreitigkeiten zwang die Grundbesitzer, vor Gericht zu ziehen.

3. *Das Zivilgesetz als Schutzmantel feudalistischer Verhältnisse*

Die Verfassung und das Zivilgesetz schützten das Eigentum, wie gesagt, sehr stark. Im Gegensatz dazu wurden die Rechte der Pächter im Schuldrecht nur schwach ausgestaltet:

17 NÔCHI SEIDO SHIRYÔ SHÛSEI HENSAN I'IN-KAI [Redaktionskommission für die Materialsammlung zur landwirtschaftlichen Bodenverfassung] (Hrsg.), *Nôchi seido shiryô shûsei dai-2-kan* [Materialsammlung zur landwirtschaftlichen Bodenverfassung, Bd. 2] (Tokyo 1969).

Verkaufte der Grundeigentümer das verpachtete Land einem Dritten und war die Pacht nicht ins Grundbuch eingetragen, so hatte der Pächter nach dem Zivilgesetz gegen den neuen Eigentümer keinerlei Ansprüche (Art. 605 ZG). Für die Eintragung des Pachtrechts ins Grundbuch war die Zustimmung des Eigentümers nötig; normalerweise erteilte er diese aber nicht. Er konnte den Pachtvertrag ohne Einhaltung einer Frist, was damals im ländlichen Gebiet üblich war, jederzeit kündigen (Art. 617 ZG).

Die Privatrechtswissenschaft stand damals in Japan stark unter dem Einfluss der deutschen Begriffsjurisprudenz. Wenn der Richter bei Pachtstreitigkeiten nach positivistischer Rechtsdogmatik das Recht seinem Wortlaut nach anwendete, obsiegte stets der Grundeigentümer; der Pachtbetrieb war immer von dessen Willkür abhängig. So wirkten die Regeln des Zivilgesetzes auf den Erhalt der feudalen Verhältnisse zwischen Grundeigentümer und Pächter hin¹⁸.

4. *Streben nach einer Reform des Grundbesitzums von oben*

Die Regierung konnte den Pachtstreitigkeiten nicht mehr tatenlos zusehen, weil sie sich zu einer Krise des japanischen Kapitalismus zu entwickeln drohten. Sie setzte 1920 ein Überprüfungs Komitee für Pachtstreitigkeiten ein, in dem sog. „aufgeklärte Staatsbedienstete“ ein Landpachtrecht entwarfen, das das Eigentumsrecht des Verpächters zum Teil beschränkte und damit die Rechte der Pächter stärkte¹⁹. Dies war in Japan der erste Versuch, die landwirtschaftlichen Bodenrechte als Sonderrechte auszugestalten. Trotz des wirtschaftlichen Niedergangs des Grundbesitzums war dessen politischer Einfluss aber noch so stark, die Annahme des Entwurfs als Gesetz zu verhindern.

IV. BEGRÜNDUNG EINER FREIEN RECHTSWISSENSCHAFT UND RECHTSOZIOLOGIE IM JAPAN DER *TAISHÔ*-ZEIT

1. *Erkenntnis der Diskrepanz zwischen staatlichem und gelebtem Recht*

Professor *Izutarô Suehiro* war ein prominenter Privatrechtsgelehrter der *Taishô*- und *Shôwa*-Zeit. Nach der Veröffentlichung seines Buches „Schuldrecht“ im Jahre 1917, das höchstes Niveau nach Art und Weise deutscher Begriffsjurisprudenz zeigte, begab er sich nach Chicago, nicht nach Deutschland, wohin er eigentlich wollte, wegen des Weltkrieges jedoch unglücklicherweise nicht gelangen konnte. Dieses Unglück wirkte sich für ihn jedoch glücklich aus. Denn er lernte in Chicago die *case method* kennen, die für ihn völlig neu und so ergreifend war, dass er die ihm vertraute, deutsche Rechtsdogmatik

18 Y. WATANABE, *Hô-shakai-gaku to hô-kaishaku-gaku* [Rechtssoziologie und Rechtsdogmatik] (Tokyo 1959).

19 NÔCHI SEIDO SHIRYÔ SHÛSEI HENSAN I'IN-KAI [Redaktionskommission für die Materialsammlung zur landwirtschaftlichen Bodenverfassung] (Hrsg.), *Nôchi seido shiryô shûsei dai-4-5-kan* [Materialsammlung zur landwirtschaftlichen Bodenverfassung, Bd. 4-5] (Tokyo 1968).

verwarf. Nach dem Krieg fuhr er nach Europa, unter anderem um die CGT (*Confédération Générale du Travail*) in Frankreich zu besuchen, an der Pariser Friedenskonferenz teilzunehmen, Eugen Ehrlich in Zürich zu besuchen und die freie Rechtslehre und Rechtssoziologie kennenzulernen.

Nach Japan zurückgekommen, kritisierte er die dort herrschende Rechtswissenschaft und zeigte eine neue Aufgabe auf:²⁰ Recht bestehe aus zwei Kategorien, und zwar aus dem „Recht als Sein“ und dem „Recht als Sollen“. Wenn man nur die Gesetze und das ausländische Schrifttum läse, könne man das tatsächlich in der Gesellschaft geltende „Recht als Sein“ nicht erkennen. Credo war also, die Rechtsbegriffe anhand der Tatsachen zu überprüfen; „Recht als Sollen“ könne man nur aufgrund des „Rechts als Sein“ konstruieren. Suehiro erkannte damit die Diskrepanz zwischen staatlichem und gelebtem Recht in der japanischen Gesellschaft.

Nach dem Scheitern der Pachtgesetzgebung entwarf das oben genannte Komitee das Gesetz zur Schlichtung von Pachtstreitigkeiten.^{21, 22} Die Grundeigentümer widersprachen diesem nicht mehr. Suehiro fragte sich, warum sie gegen das Gesetz nichts einzuwenden hatten: Wenn sie vor Gericht zu 100 % obsiegt, so konnten sie doch stets ihre Ansprüche durchsetzen – wieso nahmen sie das Schlichtungsgesetz trotzdem hin, obwohl es sie mehr oder weniger zu Kompromissen zwingen würde? Seine Antwort auf die Frage lautete wie folgt:²³ Setzte ein Grundbesitzer vor Gericht sein Verlangen konsequent durch, so müsste er üble Nachrede in seinem Dorf fürchten. Dies zu vermeiden und den guten Ruf aufrechtzuerhalten sei ein Grund, warum die Grundbesitzer dem Gesetz zustimmten.

Suehiro beobachtete an diesem Beispiel eine Diskrepanz zwischen dem Zivilgesetz als staatlichem Recht, welches die Grenze zwischen Recht und Unrecht klarstellt, einerseits und dem gelebten Recht, das einen Maßstab von Gut und Böse im Dorf aufstellt und tatsächlich das Handeln der dortigen Bevölkerung regelt, andererseits.

2. *Vorschlag einer neuen Richtung der Rechtswissenschaft – Sozialisierung des Rechts durch Normsetzung von unten*

Suehiro war ein Mitglied des oben genannten Komitees. Er war Zeuge der Ohnmacht des Staates geworden, welcher unter dem Druck der Grundeigentümer das Landpachtgesetz nicht hatte durchsetzen können. Gleichzeitig hatte er in europäischen Ländern eine Tendenz dahingehend festgestellt, dass die Zeit der Monopolisierung der Gesetz-

20 I. SUEHIRO, *Bukken-hô jo-kan* [Sachenrecht Teil 1] (Tokyo 1921) Einleitung.

21 *Kosaku chôtei-hô* (1924, aufgehoben).

22 M. ADACHI, *Kosaku chôtei-hô* [Schlichtungsgesetz für Pachtstreitigkeiten], in: N. Ukai (Hrsg.), *Kôza nihon kindai-hô hattatu-shi: shihon shugi to hô no hatten 7* [Kurs Entwicklungsgeschichte des modernen Rechts in Japan: Entwicklung des Kapitalismus und des Rechts 7] (Tokyo 1959) 39 ff.

23 I. SUEHIRO, *Nôson hôritsu mondai* [Rechtsprobleme in der Dorfgemeinschaft] (Tokyo 1924).

gebung durch den Staat vorüberging und eher eine autonome gesellschaftliche Gesetzgebung ihren Einfluss geltend machte.

Er schlug eine Verbesserung der Pachtbedingungen und eine Verstärkung der Rechte der Pächter mittels Kollektivverhandlungen vor. Kollektiv vereinigte Pächter hätten eine bessere Verhandlungsposition gegenüber den Grundbesitzern.

Damit kritisierte Suehiro die Abstraktheit des Zivilgesetzes, auf dessen Bühne Menschen als abstrakte individuelle Rechtssubjekte unter der Maske der gleichen Rechtsperson (*persona*) erschienen. Er versuchte, das konkrete normative Verlangen der Gesellschaft, das hinter der abstrakten bürgerrechtlichen Gleichheit verdeckt sei, durch autonome Normsetzung in der Gesellschaft ins Recht einfließen zu lassen. Diese neue Richtung der Rechtswissenschaft galt damals zwar nicht als herrschend, hat aber einen großen Einfluss auf die Entwicklung der Rechtswissenschaft in der Nachkriegsgesellschaft Japans ausgeübt.

V. HAT JAPAN EINE „EIGENTÜMLICHE“ RECHTSKULTUR?

Die Eigentümlichkeit der japanischen Rechtskultur ist immer ein wichtiges Thema der Rechtssoziologie in Japan gewesen.²⁴

Professor *Takeyoshi Kawashima*, der in der japanischen Rechtswissenschaft der Nachkriegszeit eine führende Rolle spielte, untersuchte das Vorbild des modernen Rechtsbewusstseins in Europa und stellte im Vergleich dazu eine Besonderheit des Rechtsbewusstseins der Japaner fest:²⁵ Nach dem europäischen Vorbild befolge der Bürger das Recht von sich aus, nicht unter Druck von außen. Denn das wirtschaftliche *Gesetz*, dass eine Ware nur gegen andere gleichwertige Ware ausgetauscht werden könne, spiegle sich in der Vorstellung des Warensubjektes als *Sollen* (*pacta sunt servanda*). Das Bewusstsein der am Warenaustausch Beteiligten könne als Rechtsbewusstsein unabhängiger Subjekte bezeichnet werden, welche dem Anderen gegenüber jedes Interesse als Recht behaupteten und respektierten. In diesem Bewusstsein gebe es eine klare Trennung und Spannung zwischen der Wirklichkeit und der Norm. Es werde selbstverständlich erwartet, dass die Norm sich ohne Kompromiss gegen den gesellschaftlichen Widerstand durchsetzen könne.

Demgegenüber fehle es den Japanern an einem diesem Vorbild vergleichbaren Rechtsbewusstsein. Die gesellschaftlichen Strukturen im japanischen Dorf vor dem II. Weltkrieg seien durch die Verbindung der patriarchalischen, vertikalen Herrschaft des Grundbesitzums und der dorfgemeinschaftlichen, horizontalen Normsetzung geprägt. Unter

24 Vgl. NIHON HÔ-SHAKAI GAKKAI [Japanische Gesellschaft für Rechtssoziologie] (Hrsg.), *Hô-ishiki no kenkyû* [Studium des Rechtsbewusstseins] (Tokyo 1983); DIES., *Hô-ishiki no kenkyû-zoku* [Studium des Rechtsbewusstseins, Fortsetzung] (Tokyo 1984); DIES., *Hô-ishiki no genjo o megutte* [Zur gegenwärtige Lage des Rechtsbewusstseins] (Tokyo 1985).

25 T. KAWASHIMA, *Takeyoshi kawashima chosaku-shû 4 – Hô-ishiki* [Gesammelte Werke von Takeyoshi Kawashima IV: Rechtsbewusstsein] (Tokyo 1982) 112 ff.

dieser doppelten Beschränkung werde das individuelle, subjektive Rechtsbewusstsein der Bewohner unterdrückt. Dieses fehlende Rechtsbewusstsein sei ein Grund für die generelle Tendenz zur Prozessvermeidung bei Japanern. In Streitfällen würde durch den Ortsvorsteher oder den Ältesten vermittelt, so dass Konflikte nicht vom Dorf wegverlagert würden, denn dies wäre eine Schande für die Dorfgemeinschaft. Weil es somit nur wenig Platz für das Recht gebe, seine Rolle zu spielen, gebe es eine spannungslose Beziehung zwischen Norm und Wirklichkeit. Recht könne sich nicht gegen Verstöße durchsetzen, sondern gehe mit der Wirklichkeit Kompromisse ein.

Kawashima hat das fehlende Rechtsbewusstsein dem verzögerten Modernisierungsprozess in Japan zugeschrieben. Zwar hatten in der *Taishō*-Zeit die Pächter zum ersten Mal die Möglichkeit einer Befreiung von der „warmherzigen Herrschaft“ und ihre Selbstständigkeit als Rechtssubjekte erlebt, aber Japan sollte bald darauf den Weg in den Krieg und zur nationalen Mobilmachung beschreiten.

Durch einige versöhnende Regelungen in der Gesetzgebung der Kriegszeit und die nationale Mobilmachung wurde die rechtliche Lage der Pächter einigermaßen verbessert und gleichzeitig das Grundbesitztum erhalten. Interessanterweise übte die deutsche Rechtswissenschaft auch in dieser Zeit einen deutlichen Einfluss auf die japanische aus.

Erst unter der Regierung der alliierten Besatzungsarmee wurden die großen *zaibatsu* (Holdinggesellschaften in Familienbesitz) entflochten und eine Aufteilung des Grundbesitzums durchgeführt. Aber das Bewusstsein der Bevölkerung änderte sich nicht von heute auf morgen. Kawashima konstatierte für Japan noch bis Anfang der 1960er Jahre das Fehlen eines dem europäischen vergleichbaren Rechtsbewusstseins. Er prognostizierte allerdings, dass die japanische Gesellschaft mit dem Wirtschaftswachstum die durch die verzögerte Modernisierung verursachten Besonderheiten beseitigen und sich dem modernen europäischen Vorbild annähern werde²⁶.

VI. UNTERNEHMENSGESELLSCHAFT UND RECHT IN DER *SHŌWA*-ZEIT (BIS 1989)

Einige Nachfolger von Professor Suehiro haben – zusammen mit sozialen Bewegungen – darauf hingewirkt, dass Grundrechte durch Rechtsanspruch vor Gericht justiziabel werden sollten. Beispielsweise wurde in der Privatrechtslehre eine Theorie im Bereich der unerlaubten Handlungen entwickelt, nach der Personen, die durch industrielle Umweltverschmutzungen in ihrer Gesundheit geschädigt wurden, einen Ersatzanspruch gegen den Verursacher haben.

Trotz dieser Bestrebungen und Kawashimas Prognose ist die Zahl der Zivil- und Verwaltungsprozesse in Japan im Vergleich zu den europäischen Ländern aber immer noch deutlich geringer.

Die Arbeitszeiten sind in Japan erheblich länger als in Deutschland und die Urlaubszeit wesentlich kürzer. Das japanische Wort *karōshi* (Tod durch Überarbeitung) ist welt-

26 KAWASHIMA (Fn. 25) 226 ff.

weit bekannt geworden. Versetzungen in einen vom eigenen Wohnort weit entfernten Zweigbetrieb belasten das Familienleben. Trotz all dieser Belastungen arbeitet die Arbeiterschaft Japans aus eigenem Antrieb. Während *Tennô Hirohito* vom September 1988 bis Januar 1989 erkrankt war, „verschleierte“ sich Japan gleichsam mit einer *jishuku* (自肅), d.h. mit einer „Selbstzurückhaltung“ von oben nach unten: Die Regierung verschob den Besuch von Staatsgästen, viele Veranstaltungen wie Feiern, Feste, Hochzeiten, Schulsportfeste, die Siegesparade des *Yokozuna*, der an der Spitze der *Sumô*-Rangliste steht, usw. wurden abgesagt. 90 Millionen Menschen haben sich in ein Buch eingetragen, um die Genesung des *Tennô* zu erbitten. Kann man diese Phänomene heutzutage noch damit erklären, dass die japanische Gesellschaft noch nicht modernisiert ist? Oder wie kann man das sonst verstehen?

Eine Erklärung hierzu gibt die Theorie von der „Unternehmensgesellschaft“²⁷: Als Eigentümlichkeiten japanischer Unternehmen können die „Anstellung auf Lebenszeit“, die am Senioritätsprinzip orientierte Entlohnung und die nicht sektorell, sondern innerhalb des einzelnen Unternehmens organisierten Gewerkschaften - d.h. Unternehmensgewerkschaften im Gegensatz zu deutschen Industriegewerkschaften, die ähnlich den Betriebsräten in Deutschland agieren -, aufgezählt werden. Die Vorstandsmitglieder kommen zumeist aus der Belegschaft des Unternehmens, das heißt alle Angestellten haben die gleiche Chance, Vorstandsmitglied zu werden. Die Unternehmen organisieren häufig jeweils aus fünf bis sieben Arbeitnehmern bestehende kleine Gruppen, in die alle Arbeitnehmer eintreten und miteinander um Vorschläge für die Verbesserung des Produktionsprozesses oder der Qualität der Produkte wetteifern sollen (z.B. *QC*, *ZD OJT* usw.). Wenn ein Vorschlag einer dieser Gruppen im Unternehmen angenommen wird, bedeutet dies für die Mitglieder der Gruppe eine gute Chance auf Gehaltserhöhung und Beförderung und ihre Motivation zur Teilnahme wächst. Je mehr Gewinn das Unternehmen erzielt, desto mehr Gehalt kann der Arbeitnehmer bekommen. Japanische „Arbeiter“ versuchen nicht, durch solidarischen Kampf zusammen mit den Beschäftigten anderer Unternehmen gegen „das Kapital“, sondern gerade durch den Kampf gegen diese ihre Lebensqualität zu erhöhen. Das japanische Unternehmen ist damit als eine Gemeinschaft für die Arbeiterschaft anzusehen. Der Arbeitnehmer kann seine Identität nur durch Zugehörigkeit zu einem Unternehmen absichern; das Unternehmen ist für ihn die wichtigste Gemeinschaft und seine Normen sind für ihn auch die wichtigsten Regeln. Universale Normen oberhalb des Unternehmens sind für ihn nicht von Belang.

Wenn der einzelne Mensch so in das Unternehmen aufgesogen wird, „verschwindet“ er gleichsam aus der bürgerlichen Gesellschaft. Hierdurch bleiben in der Gesellschaft nur Unternehmen wahrnehmbar, die nun statt der Bürger die Gesellschaft als eine „Unternehmensgesellschaft“ konstruieren. In einer solchen autoritären Unternehmensgesellschaft ist es für den Arbeitnehmer schwierig, als unabhängiger Bürger subjektive

27 Vgl. TOKYO DAIGAKU SHAKAI GAKU KENKYÛ-SHO [Institut für Sozialwissenschaft der Universität Tokyo] (Hrsg.), *Gendai shakai* [Schriftenreihe Japanische Gesellschaft der Gegenwart Bd. 1-7] (Tokyo 1991-1992).

Rechte auszuüben. Klagt ein Arbeitnehmer gegen sein Unternehmen, so riskiert er, als Verräter an der Gemeinschaft betrachtet zu werden. Seine Aktivitäten außerhalb des Unternehmens, insbesondere sein politisches Engagement, werden auch von der Zielsetzung des Unternehmens determiniert. So sind z.B. die 90 Millionen Einträge für den *Tennô* als Folge von Anweisungen von Unternehmen erklärbar, welche sich nicht den Vorwurf mangelnder Treue zum *Tennô* ausgesetzt sehen wollten. Soziale Regelungen werden leicht als Bremse für Investitionen von Unternehmen angesehen und deshalb möglichst vermieden. Die Unabhängigkeit des Staates von der Macht der Wirtschaft ist nur schwach ausgebildet.

Die kapitalistische Entwicklung der Nachkriegsgesellschaft Japans hat zwar deren vormoderne Sozialstruktur abgeschafft. Aber sie hat gleichzeitig die japanische Gesellschaft als Unternehmensgesellschaft geformt, die behindert hat, dass Bürger und Staatsbürger als unabhängige Rechtssubjekte eine Zivilgesellschaft aufbauen²⁸.

SCHLUSSWORT

Deutschland und Japan mussten von der „Stunde Null“ an einen Neubeginn wagen. Nur diese beiden Länder kennen das Wort „Nachkriegsgesellschaft“. Sie haben den als Wunder bezeichneten Wiederaufbau realisiert. Trotz aller Gemeinsamkeiten sind aber deutliche Unterschiede nicht zu übersehen.

Bedingung für das Wirtschaftswachstum beider Länder war die Versöhnung des Antagonismus zwischen Kapital und Lohnarbeit. In Deutschland hat dabei das Recht eine große Rolle gespielt. Die Interessen der Arbeitnehmer können durch verschiedene rechtliche Instrumente, wie beispielsweise die Tarifautonomie, den Betriebsrat und die Arbeitnehmermitbestimmung und anderes mehr, gut repräsentiert werden. Ein fast paritätisches Verhältnis von „Kapital“ und Arbeitnehmern ist durch Gesetze, also den politischen Willen des Volkes, hergestellt worden.

Demgegenüber wurde eine solche Versöhnung in Japan bereits gesellschaftlich realisiert; es gab dabei für das Recht keinen Raum, eine Rolle zu spielen. Eine Folge hiervon war die autoritäre Herrschaft der Unternehmen gewesen. Wir müssen auch darauf aufmerksam machen, dass die Katastrophe in *Fukushima* unter dieser Herrschaft entstanden ist. Die Überwindung der Unternehmerherrschaft und der Übergang von der Unternehmensgesellschaft zu einer reifen Zivilgesellschaft durch das Recht ist die wichtigste rechtswissenschaftliche Aufgabe für uns. Dabei bleibt die deutsche Rechts- und Sozialwissenschaft die von uns zu berücksichtigende akademische Autorität.

28 S. HIROWATARI, *Nihon shakai no hôka* [Die Verrechtlichung der japanischen Gesellschaft], in: M. Iwamura u.a. (Hrsg.), *Kôza gendai no hô 15* [Schriftenreihe zum Recht der Gegenwart Bd. 15] (Tokyo 1997) 143 ff.

Long-Term Continuous Contracts in Japan

Hiroshi Oda

- I. Prevalent Form of Contracts between Companies in Japan
- II. The Doctrine of Good Faith and Fair Dealing
- III. Earlier Judgments
- IV. Interim Relief against Termination
- V. Two Supreme Court Judgments
- VI. Post-1998 Judgments
- VII. Balancing of Interests by the Court
- VIII. Concluding Remarks

I. PREVALENT FORM OF CONTRACTS BETWEEN COMPANIES IN JAPAN

Contracts between Japanese companies are often ‘relational’ contracts, i.e. contracts with long-standing partners that have been in place for decades. Distributorship agreements and arrangements between parts and components suppliers and manufacturers are examples of such contracts. In order to be adaptable to changing circumstances, they cannot provide for details. Terms such as price, volume and delivery dates need to be renegotiated and adjusted from time to time. Differences between the parties are to be settled in an amicable way rather than resorting to litigation. This, to a certain extent, explains why inter-company contracts in Japan are said to be short and general. These contracts are called long-term continuous contracts (*chōki keizokuteki keiyaku*) in Japanese.¹

Despite the terminology, long-term continuous contracts are usually valid for only a year, or at the best, three years. What makes these contracts long term is the automatic renewal clause. In a typical such contract, there is a clause to the effect that the contract shall be automatically renewed unless either party expresses an intention to terminate no later than one month before the end of the valid period. This right of termination is seldom exercised, and therefore the contract tends to continue for years.

The benefit of the relationship is mutual. For instance, large manufacturers have nurtured the relationship with part and components producers to ensure product quality requirements and timely delivery by transferring technology and by providing finance. A similar relationship exists between suppliers/manufacturers and distributors. Distribu-

¹ In general on this topic, see H. NAKADA, *Chōki keizokuteki keiyaku no kenkyū* [Study on Long-Term Continuous Contracts] (Tokyo 2000).

tors are not mere wholesalers or retailers, but entities integrated into the distribution network of the manufacturer (supplier). They closely cooperate with the manufacturer (supplier) for the promotion of the product.

However, such a mutually dependent relationship tends to be exclusive and therefore came to be criticised by prospective new entrants into the market. In the US-Japan semiconductor dispute, the US government urged Japan to open up the parts and components market; as a result, the Japanese electronics industry had to agree to purchase 30% of its parts and components from overseas instead of from its established suppliers. On the distribution side, with the emergence of discount retailers, there was a move by manufacturers to terminate the relationship with these discounters. The US-Japan Structural Impediments Initiatives Talk of 1989/1990 addressed this system, resulting in the JFTC (Japanese Fair Trade Commission) Guidelines on the Distributions Systems and Business Practice.²

Furthermore, as the recession worsened in the 1990s, some manufacturers opted to abandon the long established relationship and moved for a more cost-effective partner. Thus, the long-term stable relationship between Japanese companies has gradually eroded.

The problem of whether such long-term continuous contracts can be unilaterally terminated has been an issue since the early 1970s. In light of the freedom of contract, it is up to the parties to decide whether to conclude a contract or renew it and, if they are to enter into a contract, to choose the counterparty. If the parties have clearly agreed to an automatic renewal clause, then the clause should be valid and the party should be able to terminate the contract with an appropriate notice.

The perception of the businesspeople was rather different. In a survey of 130 companies, when given a hypothetical case of a supplier in a distributorship agreement refusing to renew a contract which had been renewed for 10 years, while only 6.1% of the respondents replied that the refusal to renew had no legal effect, 54% responded that compensation should be paid, and 23% replied that the contract should continue for some time, during which the parties should negotiate settlement.³

Termination of long-term continuous contracts was disputed in court as early as the 1970s. These disputes mainly involved long-standing distributorship arrangements. Now there is established case law to the effect that parties to a long-term continuous contract are not entirely free to refuse renewal of such contracts. Lower court judgments require either a reasonable ground or a compelling ground to refuse renewal of a contract which had been in place for many years and had been automatically renewed. This is based upon the doctrine of good faith and fair dealing. The issue now is not whether such contracts can be freely terminated, but more what constitutes a compelling or reasonable ground.

2 See www.jftc.go.jp.

3 S. KITAYAMA, The Result of the Domestic Survey on the Long-Term Contracts, in: NBL No. 629 (1997) pp. 56-58.

II. THE DOCTRINE OF GOOD FAITH AND FAIR DEALING

The doctrine of good faith and fair dealing (*Treu und Glauben*) has its origin in Germany. The Japanese Civil Code was prepared in the 1890s primarily based upon the first draft of the German BGB. Although this provision was introduced into the Japanese Code during the post-Second World War reform, in court practice the doctrine had been applied since the 1920s.⁴ Unlike the BGB, in which the provision is located in the part of the Law of Obligations, the Japanese Civil Code accommodates this doctrine at the very beginning of the Code:

Rights shall be performed and duties be performed in good faith and a fair manner (Art. 1, para. 2)

This is in line with the Swiss Civil Code, which was enacted in 1912 (Art. 2, para. 1).

In Japan this doctrine is quite extensively used by the courts. In order to attain fair and equitable results, the courts often read terms into contracts that are not explicitly provided or create duties that are not directly derived from the statutes. *Culpa in contrahendo* has been acknowledged in various cases by resorting to this doctrine.⁵ The duty of the employer to care for employees, which has no explicit statutory basis, was created by the court on the basis of this doctrine.⁶ Statutory rights can be restricted by this doctrine, too. By resorting to this doctrine, the Supreme Court ruled that the state is not entitled to claim that the application for government aid by a victim of the nuclear bomb was time-barred while this person was out of the country.⁷

III. EARLIER JUDGMENTS

An example of an earlier judgment on a long-term continuous contract involved a sole distributorship contract. This was a contract without a fixed period. After three years, due to a disagreement over the rate of the commercial margin, the supplier terminated the supply. However, during the three-year period, the distributor had made a significant investment and marketed the product as its primary merchandise, built sales facilities, paid for advertisements, and developed the market. Termination resulted in a 'free ride' of the efforts of the distributor by the supplier. The distributor sued the supplier for the non-performance of obligation and sought compensation.

4 M. YASUNAGA, in: T. Taniguchi/K. Ishida (eds.), *Shinpan chūshaku minpō* (1) [New Commentary on Civil Law] (Revised edition, Tokyo 2002) p. 78.

5 Judgment of the Supreme Court, 27 February 2007, in: Hanrei Jihō No. 1964, p. 45.

6 Judgment of the Supreme Court, 8 July 1976, in: Minshū 30-7-689.

7 Judgment of the Supreme Court, 6 February 2007, in: Minshū 61-1-122. For a comprehensive review of the scope of application of this doctrine, see YASUNAGA *supra* note 4, pp. 110-148.

The Nagoya High Court ruled that where a distributor has made some reasonable investment, unless there is a significant act of bad faith or a significant reason which makes it impossible for the parties to continue the relations (a 'compelling ground'), stability of contractual relationship is required, and a unilateral termination of the contract is impermissible, unless there is a reasonable period of notice which enables the loss to be recovered or reasonable compensation. It should be noted that there is an explicit provision in the Civil Code regarding lease which allows a contract without a fixed period to be terminated at any time. Although the Court referred to the provisions on lease as a typical long-term contract, it simply ignored this particular provision. The Court based this conclusion on the doctrine of good faith and fair dealing. The Court ordered the supplier to pay compensation equivalent to one year's profit.⁸

In another case, the supply contract had no fixed period but had been in place for three years. After three years, the supplier refused to supply goods and the retailer initiated an action in court against the supplier for compensation. The Court found that this agreement qualified as a long-term continuous contract. As such, since there was no act of bad faith on the part of the distributor or circumstances indicating that the continuation of the contract could not be expected, the Court concluded that the supplier was in breach for terminating the supply.⁹ The Court ordered the supplier to pay compensation.

Contracts addressed in these cases were not typical long-term contracts; rather they were contracts without a fixed period which had continued for some time; renewal was not at issue. The courts acknowledged that the supplier was not completely free to refuse supply, but instead of invalidating the termination of the contract by the supplier merely ordered the supplier to pay compensation. However, the decision of the Sapporo High Court in 1987 changed this situation.

IV. INTERIM RELIEF AGAINST TERMINATION

This was a case between a large supplier, Ford Tractor Hokkaido, and a regional sole distributor. The parties concluded a sole distributorship agreement in 1971 on the sale of agricultural equipment. The contract was renewed in 1982. In the renewed contract, there was a clause which provided that the effective term of the contract was one year, but it was renewable for another year unless either party objected up to three months before the expiration of the contract. The contract had been automatically renewed until 1987, when the manufacturer decided to sell its products by itself and notified the refusal to renew the contract three month before its expiration. The distributor sought an injunction preventing the manufacturer from selling its products except to the distributor. The first instance court did not grant the injunction by interpreting the contract literally

8 Judgment of the Nagoya High Court, 29 March 1971, in: *Hanrei Jihō* No. 634, p. 50.

9 Judgment of the Tokyo High Court, 24 December 1984, in: *Hanrei Jihō* No. 1144, p. 89.

and finding that the contract had actually been terminated by the supplier serving a notice.

The High Court reversed the decision of the lower court. The Court ruled that despite the existence of an explicit provision to the effect that the contract could be terminated with a three-month advance notice, the contract cannot be terminated by the mere existence of such a clause. Whether the contract can be terminated in such a way has to be determined by taking into account the background to the conclusion of the contract, the nature of the contract, the benefit and loss on the part of the parties by the termination of the contract and other special circumstances.

The Court took into consideration the following:

- automatic renewal of the contract without objection was indeed the original intention of both parties;
- since the equipment is fairly expensive, it requires a long period of sales promotion (1.5-3.0 years);
- the distributor has to hold a large amount of equipment as an inventory;
- the distributor had invested a lot in the ‘software’ side of the equipment, such as research and development as well as dissemination of information, and this has contributed to its sale;
- for the equipment, distributors are all linked to a specific manufacturer and it is impossible for the distributor to find a new supplier; and
- as a result of the intended termination, the distributor will lose all its sales network and incur a loss of 140 million yen for disposing of the inventories.

The Court ruled that the clause that allows termination with three months’ notice should be interpreted to be a clause for the party to terminate the contract in cases where the continuation of the contract is harsh on the party, and when there are circumstances which make the termination of the contract inevitable. The Court did not find this to be the case. The Court specifically pointed out that the necessity for the rationalisation of the business as argued by the supplier does not constitute a justifiable ground for termination.¹⁰

The rule that the manufacturer/supplier cannot freely terminate the contract despite the existence of an automatic renewal clause in the contract was thus supported by the Court. However, in this case, the Court did not derive this conclusion directly from any doctrine. Instead, the Court based its conclusion on its rather fictitious interpretation of the contract, which was rather different from the explicit wording of the contract.

While the above case involved an interim measure, in 1996, the Osaka High Court ruled on a case where the validity of the termination was contested.

In this case, the manufacturer had been supplying a chemical product to the distributor for 27 years. The contract was for one year but automatically renewed unless either

10 Decision of the Sapporo High Court, 30 September 1987, in: Hanrei Jihō No. 1258, p.76.

party objected. After 27 years, the supplier refused to renew the contract, so the distributor brought an action in court.

The first instance court found the termination by refusal to renew to be valid. The High Court ruled that the contractual relationship between the parties had been automatically renewed repeatedly without any disruption, and therefore this should be regarded as a continuous contractual relationship. In such cases, according to the Court, in light of the provisions of the Civil Code on long-term employment contracts and lease contracts, unless there is a destruction of mutual trust or other compelling reasons, such contracts cannot be rescinded or refused renewal.

The Court proceeded to examine whether there was a compelling ground for refusal to renew the contract. The Court found that while the parties had cooperated for the expansion of the sale and had worked together to fend off inexpensive imports and thus built a relationship of mutual trust, the distributor had begun importing inexpensive products by itself and, above all, had failed to report this to the manufacturer despite the contractual requirement. Even after this fact came to be known to the manufacturer, the distributor failed to give reasons and continued the import. Under such circumstances, there was a compelling ground for the manufacturer to refuse renewal of the contract.¹¹

It should be noted that there was one case where the Court pointed out that just because the given contract was a long-term continuous contract did not always mean that it should always be renewed. However, in this case, there was no automatic renewal clause in the contract.¹²

In some of the above cases, the courts did not explicitly refer to the doctrine of good faith and fair dealing. Nevertheless, commentators were of the view that only this doctrine could justify such conclusions of the court.¹³

V. TWO SUPREME COURT JUDGMENTS

As demonstrated above, the case law on the termination of long-term continuous contracts developed on the basis of the High Court and district court judgments. There was no Supreme Court judgment on this matter. However, in 1998, the Supreme Court ruled on two cases on distributorship agreement. These were disputes between a manufacturer of cosmetic products and its distributor.

In the first case (*Shiseido*), there was a distributorship agreement with selected retailers that was valid for one year but renewable for another year unless either party objected. During this period, the contract could be terminated with three months' notice. The contract had been renewed every year since 1962.

11 Judgment of the Osaka High Court, 25 October 1996, in: Hanrei Jihō No. 1595, p. 71.

12 Judgment of the Tokyo High Court, 20 October 1992, in: Hanrei Taimuzu No. 811 (1992) 149.

13 K. IWAKI, in: K. Yunoki / T. Takagi (eds.), *Shinpan chūshaku minpō* (14) [New Commentary on Civil Law (14)] (Tokyo) p. 93.

There was a requirement in the contract that the distributor should sell Shiseido products (cosmetics) face to face to customers. The distributor, which came to be known over the years as a discounter, failed to comply with this requirement and sold the products off the premises by visiting customers, despite repeated warnings from Shiseido. The parties reached an agreement settling the dispute, but the terms of the settlement were not observed. Shiseido terminated the contract with a three-month notice.

The distributor brought an action in court on the ground that this was an abuse of rights and was against the doctrine of good faith and fair dealing.

The first instance court ruled that in a continuous supply contract such as this, even if there is a termination clause, a compelling reason is required for termination. The court found that the requirement of face-to-face sale is intended for resale price maintenance; therefore, the failure to comply with the requirement does not serve as a ground for termination.

The second instance court upheld this judgment and ruled that a compelling reason such as an unfaithful act on the part of the distributor that makes it difficult to continue is needed to terminate the contract. However, the court concluded that the requirement of face-to-face sale was prima facie reasonable as a means of selling the products, and insofar as the same term is required of other distributors, it is not against the mandatory requirements of law. Therefore, a repeated breach of this requirement was an unfaithful act which justified termination.

The distributor appealed on the ground that the requirement of face-to-face sale was against competition law (in Japan, Law against Private Monopolisation). The Supreme Court ruled that the requirement of the face-to-face sale was not an unfair practice. The Court referred to the freedom of choice of the sales policy or the method of sale by manufacturers and wholesalers which should be respected in principle, and ruled that the requirement had some degree of reasonableness for the sale and insofar as the same requirement is imposed on other distributors, such a requirement does not affect fair competition.¹⁴

The Supreme Court ruled on a similar case on the same day.¹⁵ The facts are similar to those in the *Shiseido* case. The distributorship contract was first concluded in 1964, was probably renewed many times and was due to expire in 1999. There was a requirement of 'counselling sale' in the contract with which the distributor, a known discount shop, failed to comply. In this case, there was also an alleged breach of the sale by the distributor to other distributors. The supplier terminated the contract. The distributor brought an action in court on the same grounds as in the *Shiseido* case.

14 Judgment of the Supreme Court, 18 December 1998, in: Hanrei Jihō No. 1664, p. 3.

15 Judgment of the Supreme Court, 18 December 1998, in: Hanrei Jihō No. 1664, p. 14.

The first instance court ruled that a compelling reason was not needed to terminate this contract; on the other hand, it found that the requirement of counselling sale may constitute unfair trade practice and partly acknowledged the distributor's claim.

The second instance court found that unless there was a breach of the doctrine of good faith and fair dealing or other general clauses, termination was allowed without a justifiable reason. The court ruled in conclusion that the termination could not be regarded as a measure for preventing discount sale, the requirement for counselling sale had some reasonableness, and the prohibition of the sale to other distributors was not against the competition law, while the breach on the part of the distributor amounted to the destruction of mutual trust, and found the termination to be justifiable.

The ruling of the Supreme Court was more or less the same as that in the *Shiseido* case. The Court found that there was certain reasonableness in the requirement of the counselling sale. It should be noted that the Supreme Court judgments may have been influenced by the decision of the European Commission on selective distribution.

These two judgments are occasionally quoted for supporting the view that the case law regarding the termination of a long-term continuous contract has now been rejected by the Supreme Court. This represents a sceptical view of the case law in that parties should be allowed to agree on what they want to agree, and the courts should not interfere with the contracts in this manner. However, both cases involved the termination contracts during their effective terms on one of the grounds stipulated in the contract. Furthermore, since the ground for the appeal to the Supreme Court was limited to competition law matters, the Court did not really address the issue of whether the Supreme Court requires a reasonable ground or a compelling reason for terminating long-term contracts.

VI. POST-1998 JUDGMENTS

Regardless of these Supreme Court judgments, the lower courts still continue to require compelling grounds or reasonable grounds to terminate long-term continuous contracts.

In 1999, a long-term sales agreement was at issue between an importer of US-made razor blades, Gillette, and a Japanese wholesaler.¹⁶ The relationship had been on-going for over 30 years. There was no written contract at the time when the parties started business in 1968, but in 1986 they concluded a written agreement which was renewed every year. Some years later, the importer notified the wholesaler that it would not renew the contract anymore and duly served a notice. The manufacturer cited alleged unfaithful acts by the wholesaler, namely the fact that it neglected the sale of Gillette products while promoting competitors' products. According to the manufacturer, the

16 Tokyo District Court 5 February 1999, in: Hanrei Jihô No. 1690, p.87

wholesaler failed to promote Gillette products and to convey product information to the retailers.

The Tokyo District Court ruled that where a continuous supply contract has been in operation for a long period by repeated renewals, and if the distributor (or wholesaler) has invested in personnel and installations for the sale of the product in expectation of the continuation of the relationship, there is a need for stability. In such cases, the refusal to renew the contract by the supplier should be placed under some restriction based upon fairness or the doctrine of good faith and fair dealing. A reasonable ground is required to justify termination.

Then the court examined whether there was a reasonable ground in this case. The Court found that there were instances where the wholesaler favoured Gillette's competitors to Gillette; in fact, the wholesaler sold six times as many Schick products as Gillette products. The Court also examined whether the wholesaler had actually made an investment for selling Gillette products. Although the wholesaler claimed that it had invested a lot in developing a sales network and advertising, there was no proof that they were solely for Gillette products.

The Court took into account that the wholesaler was the largest for the product in Japan, the relationship between the importer and the wholesaler in this case was on an equal footing, and that it could not be said that by the termination of the contract, the wholesaler would become unable to recover the investment. On the other hand, there were circumstances which enabled one to suspect that the wholesaler was not keen enough in the sale of Gillette products. There was no reason to believe that the importer had an unjustifiable profit by terminating the contract; on the contrary, it must have been a serious commercial decision on the part of the importer to terminate dealing with the largest wholesaler of the product in Japan. Thus, although there was no firm and direct evidence that the wholesaler was particularly inactive in selling Gillette products, it could be concluded that there was a certain reasonableness in the refusal of renewal by the importer. Therefore, the refusal to renew the contract is neither against the doctrine of good faith and fair dealing or against the law.

In another case, a company that supplied materials to a pharmaceutical company terminated a contract which had been in place for six years. The Court ruled that 'for a long term continuous contract of this kind to be terminated, on the basis of the doctrine of good faith and fair dealing, there has to be a compelling ground such as an act in bad faith on the counterparty which makes the continuation of the trading relationship untenable'. The Court did not find any 'special circumstance' justifying termination.¹⁷

There were two cases involving car distributorship for imported cars in the early 2000s. In the first case regarding the distributorship of Land Rover, the Court acknowledged that the termination of the contract was restricted by the doctrine of good faith

17 Judgment of the Kyoto District Court, 28 August, 2000, in: Hanrei Jihō No. 1737, p. 41 (*Kao case*).

and fair dealing, but took into consideration that the manufacturer assisted the distributor in entering into a distributorship contract with the company which took over the sale from Austin Rover and was also paid some compensation for the loss of another product, and found the termination not to be against the doctrine of good faith and fair dealing.¹⁸

In another case involving Audi products, the Court ruled that if a party has made investments presupposing the continuation of the relationship, regardless of the contractual clause on the period of the contract, the opposite party is under an obligation on the basis of the doctrine of good faith and fair dealing to cooperate with the distributor for the continuation of the relationship. The refusal to renew may comprise abuse of rights or is not allowed on the basis of the doctrine of good faith and fair dealing. However, in this case, the Court did not find any reason to believe that the distributor's investment was totally lost due to the termination. The Court ruled that there was no abuse of rights or breach of the doctrine of good faith and fair dealing.¹⁹

Finally, at the High Court level, there was a judgment regarding a newspaper distributorship. The newspaper company terminated a distribution contract with a distributor. The Court ruled that in order for a long-term continuous contract to be terminated, there must be a justifiable ground – i.e. the distributor was in serious breach of the contract and had damaged the mutual trust in a way which makes it difficult to continue the trade relationship. The Court found no such circumstances and concluded that the termination was lawful.²⁰

VII. BALANCING OF INTERESTS BY THE COURT

The rule that parties are not entirely free to terminate a long-term continuous contract may be said to be established by case law and is still applicable after the 1998 Supreme Court judgments. Either a compelling ground or, at the minimum, a reasonable ground is required to justify termination. However, as seen from the above cases, the courts do not always find the termination to be unjustifiable. It depends on the particular circumstances involved in each case. The courts take various factors into consideration and weigh them.

Japanese courts do not apply law or doctrines in a deductive manner. The court will take various factors into consideration to reach an equitable solution of a specific case. The courts' starting point is that some justification is required to terminate a long-term continuous contract, but when determining whether there is a justifiable ground, the court will try to balance different interests.

18 Judgment of the Tokyo District Court, 16 October 2003.

19 Judgment of the Tokyo District Court, 31 May 2004.

20 Judgment of the Fukuoka High Court, 19 June 2007, in: *Hanrei Taimuzu* No. 1265 (2007) 253.

According to an authoritative commentary, factors considered by the courts in cases on the termination of long-term continuous contracts include:

- the circumstances which led to the conclusion of the contract; namely whether it was intended to be a continuous relationship and to what extent the supplier created the expectation on the part of the distributor that it would be a long-term contract;
- the status of the parties in the market and the relative bargaining power between the parties;
- the extent of investment by the distributor in the sale of the product;
- the length of the relationship;
- the contribution of the distributor to the increase in the sale of products;
- the circumstances or reasons which led to termination; any special advantage accorded to the supplier by termination;
- the behaviour of the supplier throughout the process of dissolution of the relationship; whether there was sufficient advance notice, renegotiation of terms, etc.; and
- the expected loss of the distributor.

VIII. CONCLUDING REMARKS

Over the years, Japanese courts have developed a rule that requires some justification, either a compelling ground or a reasonable ground, for a party to terminate a long-term continuous contract. This was without a specific statutory basis and often against explicit contractual clauses which allowed termination. Such an approach was made possible by resorting to the doctrine of good faith and fair dealing accommodated in the Civil Code.

The approach of the courts can be characterised as a social policy consideration, which has been traditionally expressed in cases involving tenancy contracts and employment contracts as the protection of tenants and employees. The consideration is based upon the policy of protecting the parties in a weaker bargaining position. The courts adopted the same approach in supplier/distributor relations by requiring a compelling ground or a reasonable ground for termination. In recent years, this approach has been criticised by some people who contend that in commercial relations, a party's freedom of business and freedom of contract must be respected. After all, in commercial relations, as a rule, parties are on equal footing, a party's choice should be respected, and therefore, once accommodated in the contract, termination should not be restricted. On the other hand, it can be argued that out of fairness, some adjustment is needed, since, after all, no parties in commercial transactions are on an equal footing in reality.

However, if one looks at the case law carefully, the concern that the courts are interfering with commercial freedom seems to be ill-founded. In principle, the courts, based upon the doctrine of good faith and fair dealing, require that termination should be

restricted in one way or another. Then, the courts proceed to balance various factors and circumstances in each case. Social policy considerations such as the protection of a distributor without a strong bargaining position may be taken into account at this stage, but it is not the sole factor to be considered. If, for example, the investment by the distributor based upon the expectation for continuation is not significant, the distributor may not be protected. Whether the supplier unfairly benefits from termination (free ride) is an important factor. If the supplier offered some alternative sources of supply, that may be considered. Thus, the rule that suppliers are not entirely free to terminate the relationship is not against the freedom of business; it merely prevents some excess. It is an instrument for accommodating the equitable solution of disputes where the application of commercial/business rules result in unfairness.

Finally, it should be stressed that it would be erroneous to presuppose that a certain conclusion can be directly deducted from the doctrine of good faith and fair dealing. The doctrine allows the courts to deviate from the contractual provisions or even statutes, but the courts then balance relevant interests and reach their own conclusion.

Does Commercial Law Have a Future?

Karsten Schmidt

- I. General Observations
 - 1. Two 150th Anniversaries
 - 2. Commercial Codes in Japan and Germany
 - 3. Congruence of Commercial Law and Commercial Codes?
- II. The Concepts of National Commercial Codes
 - 1. Historical Background
 - 2. Attempts to Define Commercial Law
 - 3. Commercial Law and Consumer Protection Law in Civil Law Countries
- III. The Shape and Future of Commercial Law
 - 1. Commercial Codes: Going Down the Drain?
 - 2. Commercial Law as a Concept: Does It Exist?
 - 4. From Commercial Law towards Business Law

I. GENERAL OBSERVATIONS

1. *Two 150th Anniversaries*

It is not by accident that I proposed this subject for today's discussion. Commemorating 150 years of diplomatic relations between two economies – Japan and Germany – means commemorating 150 years of vital international trade between two countries. In 1861 these countries had not yet taken leading positions in global politics and commerce, but they have done so during this 150-year period in various respects and – as a priest at a wedding ceremony would say – in good days and in bad (in our case, even sombre) days.¹ On the whole, however, this period has been fruitful, indeed.

It is my privilege to take part in this conference on the instruments of our friendly cooperation: the Treaty of 1861, international trade, and international commercial law. And it is my particular pleasure to introduce to you a second birthday child born in 1861: the German Uniform Commercial Code (*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch*). This code was enacted ten years prior to the foundation of the German Kaiserreich and decades prior to our Civil Code. The Uniform Commercial Code of 1861 was produced by a nationwide delegates' conference. In the absence of central national legis-

¹ For the period between the First World War and the end of the Second World War, see BAUM/TAKAHASHI, in: Röhl (ed.), *History of Law in Japan since 1868*, 2005, pp. 330, 362 et seqq.

lation, it was passed by the parliaments of the separate German states and later transformed into national law.² In 1897 it was brought in line with the new Civil Code after having left indelible footprints in German civil law jurisdiction. The result is the German *Handelsgesetzbuch*,³ and this commercial code is nothing but a remnant of the Uniform Commercial Code of 1861. This means: It is as old as the treaty celebrated this year.

2. *Commercial Codes in Japan and Germany*

My subject reveals a number of parallels between our countries. The Civil Codes – both in Japan and Germany – are from 1896,⁴ and they were immediately followed by the Commercial Codes in the respective countries (1899 in Japan, 1897 in Germany).⁵ The history of our commercial codes is a history of decreasing influence. As I will point out later, a similar phenomenon can be verified with respect to many civil law countries. This observation leads to these questions: Does commercial law have a future? Has it lost its compelling force? Has it even lost its justification as a special subject of legislation, legal policy and academic research?

This was no concern in the 19th century. On the eve of birth of the German *Handelsgesetzbuch*, the famous commercial law professor *Levin Goldschmidt* tried to explain the inspiring impact of commercial law with a famous metaphor:⁶ Private law is a river flowing through a valley, inhabited by people like you and me. Above the river we notice a majestic glacier: commercial law! And the secret source of the flowing water down in the valley – civil law in progress – is just the glacial stream pouring down from the summit of commercial law and nourishing what in the end soaks the ground of our civil law community.

Today, however, this wonderful metaphor might take a disillusioning turn. Travelling through the Alps and looking for the gigantic glaciers of the past, you will hardly find anything left but some dirty alpine meadows hardly covered by ice and producing a weary brook beneath. If this is what the global warming period has made of the glacier, it raises the question: Did something similar happen to commercial law?

3. *Congruence of Commercial Law and Commercial Codes?*

Speaking about commercial law might address different issues. At first glance, it could mean merely talking about commercial codes. The consequences would be: First, where

2 See RAISCH, *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts*, 1965, pp. 47 et seq.

3 *Handelsgesetzbuch* of 10.5.1897, *Reichsgesetzblatt* p. 219.

4 KOZUKA, in: Baum/Bälz (ed.), *Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht*, 2011, p. 141, 143.

5 *Ibid.*

6 GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, 3rd ed. 1891, pp. 11 et seq.

there is a commercial code, there is commercial law. Second, commercial law is what can be read in a commercial code. And third, it is up to national legislation to decide whether commercial law exists and which provisions belong to commercial law.

If this were true, (re)integrating commercial law rules into the Civil Codes would mean abolishing commercial law. As you may know, Italy took this step in 1942.⁷ Consequently, the *Codice Civile* could be regarded as proof of the non-existence of commercial law in Italy. And with respect to England it would imply that there is no commercial law at all due to the traditional absence of a commercial code. However, when looking at English textbooks, we can find some interesting reflections about the existence of commercial law. Professor Goode asks this in his distinguished textbook:⁸

The absence of anything resembling a commercial code makes this question harder to answer than might be imagined. If by commercial law we mean a relatively self-contained, integrated body of principles and rules peculiar to commercial transactions, then we are constrained to say that this is not to be found in England.

And Professor Bradgate comments,⁹ ‘Goode’s initial question is, of course, rhetorical. Commercial law exists, even if its ambit cannot be precisely described.’

I share this view in my textbook on German *Handelsrecht*,¹⁰ pointing out that the existence of a commercial code is misleading students and academics about the fact that there is no coercive congruence between the commercial code and commercial law. This means that a commercial code may indicate, but only indicate, the existence and range of commercial law as a legal issue as long as we are convinced of the conceptual justification of commercial law as such. It will, however, never discharge us from the difficult task of exploring what commercial law is about. As a result, the question is the same in both common law countries and civil law countries. It aims at the nature of commercial law and the idea behind it. Does this idea exist?

II. THE CONCEPTS OF NATIONAL COMMERCIAL CODES

1. *Historical Background*

a) The idea of commercial law is much older than the relevant codes as products of the 19th century.¹¹ In the early Renaissance, the trading centres in northern Italy, Germany, France, England and the Netherlands promoted translocal commerce. Simultaneously, big business needed – and produced! – a set of rules for translocal and transnational

7 See TROIANO, in: Grundmann/Zaccaria (eds.), *Einführung in das italienische Recht*, 2007, p. 111.

8 MCKENDRICK (ed.), *Goode on Commercial Law*, 4th ed., 2009, p. 1347.

9 BRADGATE, *Commercial Law*, 3rd ed., 2000, p. 3.

10 KARSTEN SCHMIDT, *Handelsrecht*, 5th ed., 1999, pp. 16 et seq.

11 See RAISCH (Fn. 2), pp. 47 et seqq.

trade that found increasing acceptance as *lex mercatoria*.¹² Consequently, commercial law was – in contrast to the patchwork of political units – a translocal and even transnational affair ... depending on translocal recognition. The range of commercial law in this early period was never clearly defined by any authority, neither by the trading profession nor by academics or law courts and definitely not by legislation. But that did not matter. Nobody really cared about the definition of commercial law. Its existence and its relevance, however, were generally accepted. In my proper words, one might summarise this under the slogans ‘Commercial law is what commercial law does’ and ‘Commercial law does what it is asked for by business and trade’.

b) Things changed when legislation took possession of commercial law. The Prussian *Allgemeines Landrecht* of 1794 already contained some provisions about merchants as an advanced class of citizens and their staff and agents.¹³ Real codification of commercial law took place after 1800, starting with the French *Code de Commerce* of 1807¹⁴ and continuing throughout the whole century in many countries.¹⁵ Codification, however, raised the question of whether there is any legitimacy behind the separation of civil and commercial codes. In most civil law legislations, a commercial code was no longer anything more than an appendix to civil law. As a result, legislation had to draw a line between both subject matters and consequently define: What is commercial law? From then on this question was a practically relevant challenge both for academic discussion and legal policy.

2. Attempts to Define Commercial Law

a) Contemplating the attempts of 19th century legislation to draw this separating line between commercial law and civil law, later research identified two competing concepts called *objektives System* (in my translation: the ‘instrumental approach’) and *subjektives System* (in my translation: the ‘entrepreneurial approach’).¹⁶

The instrumental approach (*objektives System*) appears rather natural: it is based on the existence of particular rules about the sale of goods, distribution and agency, transport of goods, financial transactions, etc. The aim of commercial law, from this perspective, should be to provide reliable rules for the benefit of production, trade and service.

12 See the author’s contribution to the 2005 Tokyo conference in: Murakami/Marutschke/Riesenhuber (ed.), *Globalisierung und Recht. Beiträge Japans und Deutschlands zu einer internationalen Rechtsordnung im 19. Jahrhundert*, 2006, pp. 153 et seqq.

13 *Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten 1794*, §§ 475 ff. II 8 (= sec. 475 et seqq., part II, title 8).

14 See SONNENBERG / DAMMANN, *Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht*, 3rd ed., 2008, pp. 1 et seqq., 29 et seqq.

15 See RAISCH (Fn. 2), pp. 25 et seqq.

16 See KARSTEN SCHMIDT, *Zerfällt das Handelsgesetzbuch?*, *Festschrift Horn*, 2006, pp. 557 et seqq.

This approach may be observed in common law and *lex mercatoria*, for example, but even in Spain as a civil law country.

The entrepreneurial approach (*subjektives System*) tackles the delimitation issue in a different way: it attempts to define the relevant addressees of commercial law rules doing business (*Kaufmann, Unternehmer, commerçant*). Their business – and only their business – as entrepreneurs is affected by commercial law. The challenge, therefore, is to define what an entrepreneurial business is.

Given this difference between the respective approaches, the following question is raised: Does national law commit itself to the first one or to the second?

b) The French and Spanish commercial codes are said to adhere to the instrumental approach, focusing on *actos de comercio* or *actes de commerce*. However, both legislations contain rules addressing the *comerciante* and the *commerçant* respectively.¹⁷ In contrast to this approach, the German *Handelsgesetzbuch* is said to adhere to the entrepreneurial approach focusing on elaborate definitions of the so-called merchant (*Kaufmann*).¹⁸ These old-fashioned definitions reflecting the business world of the 19th century have been modernised by case law during the last decades, in particular by a reform bill of 1998, which shows that legislation still favours the entrepreneurial approach.¹⁹ The Turkish commercial code, which has recently been subject to a fundamental reform, follows this path.²⁰ Many provisions of the German *Handelsgesetzbuch*, however, contain nothing but special rules about commercial contracts. And perhaps this may hold true with respect to the Japanese code as well. As far as I had been informed in the past, this code adheres to the entrepreneurial approach. Recently, however, I learnt from Professor *Kozuka*'s impressive contribution to the distinguished handbook edited by Harald Baum and Moritz Bälz that the major approach focuses on commercial transactions. In addition, however, there are commercial transactions governed by the commercial code due to the profit motive of the parties or even due to their profit-driven entrepreneurial activity.²¹ This appears to me to be close to the entrepreneurial definition. So, in the end, this legislative approach seems to be a mixed system, too.

In my view, the theoretical juxtaposition of two approaches, which are meant to exclude each other but never reach this aim, tells a lot about what commercial law is: it consists of particular provisions and unwritten rules deviating from the general line of civil law, and these rules can partly be justified by the addressee's involvement in busi-

17 E.g. Artt. 1 et seqq. Código de Comercio and Artt. 1, 6 Code de Commerce.

18 Sec. 1 et seqq.

19 See KARSTEN SCHMIDT (Fn. 10), pp. 48 et seqq.

20 For the details, see a publication on "Zwei Systeme – zwei Begriffe: kaufmännisches Unternehmen und Handelsgewerbe" by Duygu Damar (to be published in 2012); see also the recent presentation of the Turkish commercial code presented by Ünal Tekinalp at the Max Planck Institute conference on 29 October 2011 in Hamburg.

21 KOZUKA, in: Baum/Bälz (ed.), *Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht*, 2011, p. 141, 145.

ness as such (the entrepreneurial approach) and partly by the need of entrepreneurial entities for specific rules about business transactions (the instrumental approach). This means that the existence of commercial law cannot be explained as a mono-causal phenomenon. And it means, in addition, that the shape of commercial law as a body of rules will never be as consistent as criminal law or civil procedure, for example, or even civil law.

3. *Commercial Law and Consumer Protection Law in Civil Law Countries*

During the last decades, however, a powerful competitor appeared on the scene and quickly gained ground in private law. The relationship between commercial law and civil law has become an even more difficult task since consumer protection, originating in national case law, is subject to increasing legislative activities in the EU and national policy. In Germany, most of the consumer protection rules had initially been enacted in small-sized separate acts, but were inserted in the Civil Code in the course of further legislation. This raises the question: What effect does this development have on commercial law? In the German Commercial Code there is an obviously outdated provision claiming applicability of commercial law even in consumer cases. Sec. 345 reads as follows: 'The provisions concerning commercial transactions apply in the same manner for both parties to a legal transaction that is a commercial transaction for at least one of the two parties, to the extent that these provisions do not provide otherwise.' Does this mean that commercial law tries to hijack consumer law? Obviously not.²² It indicates that it is up to legislation to align the commercial code with current developments in the civil code, including consumer protection law. The general attention for consumer protection issues, however, should not make the legal profession lose sight of the still relevant need for modern commercial law rules, both national and international.

III. THE SHAPE AND FUTURE OF COMMERCIAL LAW

1. *Commercial Codes: Going Down the Drain?*

In most countries we observe a dramatic split-off of company law provisions out of the commercial codes. Japan is a most impressive example for that. The modernised company law code of 2005/2006 aggregated the provisions about partnerships and corporate forms outside the commercial code.²³ The same phenomenon can be observed in many countries, such as Argentina and Spain. Argentina is a very good illustration for this

22 See KARSTEN SCHMIDT, BGB-Verbraucherrecht und Handelsrecht, in: Schulze/Schulte-Noelke (ed.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 2001, pp. 143 et seqq.

23 See DERNAUER, Die japanische Gesellschaftsrechtsreform 2005/2006, ZJapanR 2005, pp. 123 et seqq.

phenomenon: The commercial code is older than the civil code.²⁴ Originally it contained – but in the course of the 20th century expelled – maritime law, insurance law, company law, securities law and the lion's share of the accounting provisions, to name a few. In Germany, stock corporation law was a dominant part of the commercial codes of 1861 (ADHGB)²⁵ and 1897 (HGB),²⁶ but shifted to separate Stock Corporation Acts in 1937²⁷ and 1965.²⁸ And the Limited Liabilities Company Code has been a separate act from the very beginning in 1892.²⁹ Austria did the same with the law of commercial agents³⁰ and other subjects before the Commercial Code was transformed and renamed as an Entrepreneurial Code in 2005.³¹

Obviously, this worldwide development in civil law countries leads to the question: Does it indicate a decline of commercial law altogether?

2. *Commercial Law as a Concept: Does It Exist?*

Looking for encouraging projects, the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) necessarily comes to our minds. UNCITRAL certainly does produce concepts that qualify as commercial law issues, the most popular being the CISG. Yet an underlying general concept of the shape of commercial law as a legal discipline will hardly be found.

The need for a conceptual basis of commercial law can be shown by a look into the most elaborate German textbooks on the issue of this contribution, written by *Claus-Wilhelm Canaris* (Munich) and myself.

Claus-Wilhelm Canaris states in his most acknowledged academic textbook on German commercial law that commercial law as an integrated concept does not exist.³² As an issue of legal education it is useless and only survives due to the existence of the Commercial Code.³³ In *Canaris'* eyes, the set of rules laid out in the Commercial Code should be distributed on the relevant chapters of the Civil Code or the respective acts of company or competition law, for example.³⁴ And this would be the end of commercial law as a merely transitional discipline which had definitely done its duty in the past.³⁵ If he is right, the academic profession should liquidate commercial law as an undertaking,

24 See KARSTEN SCHMIDT, *Handelsrecht* (Fn. 10), pp. 43 et seqq.

25 Artt. 207 et seqq.

26 Sec. 178 et seqq.

27 Aktiengesetz of 30.1.1937, Reichsgesetzblatt, p. 107.

28 Aktiengesetz of 6.9.1965, Bundesgesetzblatt, p. 1089.

29 Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung of 20.4.1892, Reichsgesetzblatt, p. 477.

30 Handelsvertretergesetz of 1.3.1993, Bundesgesetzblatt No. 88/1993.

31 Unternehmensgesetzbuch of 1.1.2007, Bundesgesetzblatt No. 120/2005.

32 CANARIS, *Handelsrecht*, 24th ed., 2007, pp. 10 et seqq.

33 *Ibid.*, p. 13.

34 *Ibid.*, p. 16.

35 *Ibid.*, p. 16 (*transitorische Materie*).

produce a final account, and then close the books. If there is no justifying idea behind this issue, what is the sense of working on it in legal research?

My position, in contrast, is a different one. The re-integration of commercial law rules in the Civil Code would, in my eyes, not mean abolishing the concept of commercial law, if there is such a concept.³⁶ And this concept – as has already been pointed out – focuses on the identification of rules for business entities and business transactions.

4. *From Commercial Law towards Business Law*

In my eyes, the focus of our legal subject should be defined in a more modern perspective.³⁷ The basic idea of commercial law, consisting of

- entrepreneurial rules and
- legal instruments for production, trade and distribution,

is still expedient and workable. The focus on entrepreneurial rules, however, is no longer based on the traditional stereotype of merchants as natural persons but on organised corporate entities. This concept is close to what Japan has learned from the famous commercial law professor *Karl Wieland*,³⁸ whose textbook on *Handelsrecht*, published in 1921, still has to be regarded as the dawn of modern business law.³⁹ Despite the ongoing separation of commercial codes and company law codes, commercial law and company law can coexist in closer proximity under the roof of business law. There is a natural link between company law rules, mainly consisting of corporate finance and governance on the one hand, and commercial law rules dealing with trade and protection of businesses on the other. If I am right in this respect, and if we are courageous enough to cope with the needs of business, my answer to the question in the title of my presentation is: Yes. Commercial law does have a future, if it is open to change and modernisation. If not, its decline will continue.

36 KARSTEN SCHMIDT, *Handelsrecht* (Fn. 10), pp. 9 et seqq.

37 Ibid; see also KARSTEN SCHMIDT (ed.), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 3rd ed., 2010, vor § 1 No. 5 et seqq.

38 See BAUM/TAKAHASHI, in: Röhl, *History of Law in Japan since 1868*, 2005, pp. 330, 379 et seq.

39 See KARSTEN SCHMIDT, *Morgenröte des Unternehmensrechts? Ein Streifzug durch Wielands 'Handelsrecht' von 1921*, *Basler Juristische Mitteilungen*, issue 2/2008, pp. 61 et seqq.

Corporate Directors' Liabilities Towards Shareholders

Etsuro Kuronuma

- I. Introduction
- II. To Whom Should Corporate Directors Owe Fiduciary Duties?
 - 1. Departure from Dogmatic Thoughts
 - 2. Purpose of Corporate Law
 - 3. Ambiguous Meaning of 'Corporate Value' in Corporate Value Report and Case Law
- III. Different Views on Corporate Directors' Duties
 - 1. Corporate Value as a Total Value of the Company for Shareholders and Other Constituencies
 - 2. Corporate Value as a Market Capitalization of the Company
 - 3. Common Interests of Shareholders
 - 4. Recent Case Involving an MBO
- IV. Other Considerations
 - 1. When Minority Shareholders Are Involved
 - 2. When a Partial Bid Is Made
- V. To Whom Should Corporate Directors Be Liable?
 - 1. Statutory Provisions on Directors' Liabilities Towards a Third Party
 - 2. Direct Pursuit for Damages of Indirect Loss
- VI. Temporary Conclusions

I. INTRODUCTION

Corporate directors' liabilities are major tools to secure the performance of directors' duties. Corporate directors' duties are major tools to keep directors' interests aligned with corporate interests or shareholders' interests in order to reduce agency costs and to secure efficient management of business. Directors' liabilities have been a major subject in corporate law, and the subject is broad and profound.

This essay examines two basic issues related to corporate directors' duties and liabilities towards shareholders. First it analyses views on the party to which corporate directors' fiduciary duties are directed by assessing situations where shareholders depart from the corporate relationship voluntarily or involuntarily. Second, it analyses how each view on directors' duties makes use of statutory provisions of the Company Act to pursue directors' liabilities, including a look at some technical problems on direct pursuit of directors' liability by each shareholder.

In this essay, *corporate directors* refers to both managing directors (regardless of whether they are executive officers or directors) and directors who supervise the performance of managing directors of publicly held stock companies.

II. TO WHOM SHOULD CORPORATE DIRECTORS OWE FIDUCIARY DUTIES?

1. *Departure from Dogmatic Thoughts*

It has been a tradition to think that corporate directors owe fiduciary duties not to their shareholders but to their company. The underlying dogma is that there is a contractual relationship between the company and its directors, whereas there is no direct legal relationship between corporate directors and shareholders. However, corporate law scholars began to notice many situations where corporate interests diverged from shareholders' interests, spawning some debate among scholars and practitioners on this subject.¹

2. *Purpose of Corporate Law*

The issue of the party to which the duties of directors are directed relates to the issue of the purpose of corporate law. On the latter issue, we can find two theories of maximization of corporate value and maximization of shareholder value. Because shareholders' interests are residual, shareholders' interests increase as corporate interests increase. Corporate value thus coincides with shareholder value in most cases. However, when existing shareholders are squeezed out in the process of corporate reorganizations,² shareholder value often differs from corporate value. While shareholder value under a reorganization process is measured by the value that shareholders get for their stock, the corporate value of the transaction is measured by the value of corporate assets as a going concern. Nonetheless, case law and literature have been commingling the two terms of shareholder value and corporate value on purpose (or without purpose).

3. *Ambiguous Meaning of 'Corporate Value' in Corporate Value Report and Case Law*

The first literature to use the term 'corporate value' was the Corporate Value Report of the Corporate Value Study Group in 2005.³ The concept of the report is quite simple. If a takeover proposal increases corporate value, directors of the target company should not take defensive measures against the takeover attempt. If a takeover proposal decreases corporate value, directors of the target company should take defensive measures against the takeover attempt. But 'corporate value' was not defined in the report. The Ministry of Economy, Trade, and Industry (METI) and the Ministry of Justice jointly

1 Y. OHTA / M. YANO, *Taikô-teki baishû teian e no taiyô ni saishite no torishimari-yaku no kôdo junsoku (1)-(3)* [On the rule of conducts in the case where directors react to competitive bids for corporate control (1)-(3)], *Shôji Hômu* No. 1884, p. 15, No. 1885, p. 38, No. 1889, p. 50 (2009-2010).

2 Corporate reorganizations mean mergers and stock-for-stock exchanges, which are often preceded by tender offers in this context.

3 Corporate Value Study Group, *Corporate Value Report (2005)*, available at http://www.meti.go.jp/policy/economy/keiei_innovation/keizaihousei/pdf/houkokusyo_hontai_eng.pdf.

published 'Guideline Regarding Takeover Defense' (hereafter, the Guideline) based on the Corporate Value Report.⁴ In the Guideline, the term 'corporate value' is replaced by the terms 'corporate value and shareholders' common interests'. But the two terms were not defined in the Guideline and the difference between the two terms is still unclear.

The first Supreme Court decision to employ the term 'corporate value' was the Bull-Dog Sauce Decision of August 7, 2007.⁵ When required to decide whether a defensive measure by a target company violated the principle of equality of shareholders, the Supreme Court decided as follows:

[I]n cases where, by the taking of control of the company by a specific shareholder, the corporate value and the interest of the company, and ultimately the common interest of shareholders would be harmed, treating the above shareholder in a discriminatory manner in order to prevent this from happening is not immediately against the underlying idea of the principle of the equality of shareholders, unless it is against the idea of fairness and lacks reasonableness.

Whether corporate value is different from the common interest of shareholders is still ambiguous in the Supreme Court decision.

III. DIFFERENT VIEWS ON CORPORATE DIRECTORS' DUTIES

1. *Corporate Value as a Total Value of the Company for Shareholders and Other Constituencies*

If one thinks that corporate directors should perform their duties to maximize total value of shareholders, creditors, employees, consumers and other constituencies of the company and uses the term 'corporate value' to indicate this value, then 'corporate value' is clearly different from 'shareholder value'. I call this notion 'Constituency Theory'. The Guideline says, 'A joint-stock corporation aims to enhance its corporate value and ultimately shareholder interests by respecting its relationship with various stakeholders, such as its employees, suppliers, and customers.' One might derive the Constituency Theory from the Guideline.

2. *Corporate Value as a Market Capitalization of the Company*

Corporate takeovers sometimes have destructive effects on the target company. Suppose that market capitalization of A Company was 5 billion yen. Bidder X subjectively thought

4 MINISTRY OF ECONOMY, TRADE, AND INDUSTRY / MINISTRY OF JUSTICE, Guideline Regarding Takeover Defense for the Purpose of Protection and Enhancement of Corporate Value and Shareholders' Common Interests (2005), available at http://www.meti.go.jp/policy/economy/keiei_innovation/keizaihousei/pdf/shishin_hontai.pdf.

5 Minshû Vol. 61 no. 5, p. 2215, engl. translation available at <http://www.courts.go.jp/english/judgments/text/7007.08.07-2007.-Kyo-.No.30.html>.

she could raise the value of A Company up to 7 billion yen by replacing incumbent management, and she paid 6 billion yen to all the shareholders of A. Yet the value of A Company under X's management is objectively expected to be 3 billion yen. While the Corporate Value of A Company decreases by X's takeover, former shareholders of A Company are happy with the payment of 6 billion yen. Proponents of corporate value as market capitalization would require corporate directors to defend against value-decreasing takeovers. I call this notion 'Market Capitalization Theory'.

Under Market Capitalization Theory, when a takeover increases corporate capitalization by replacing employees, such a takeover attempt is welcomed, even if the decrease in existing employees' interest is larger than the increase in corporate value. In such a case, indeed, the increase of corporate value might be achieved only by abusive deprivation of employees' interests. I understand there are some arguments against Market Capitalization Theory from the standpoint of Constituency Theory.

The Tokyo High Court decision on Nippon Broadcasting System seems to employ Market Capitalization Theory.⁶ In this case, a target management planned a share option issue to frustrate a hostile takeover attempt without shareholders' approval. The Tokyo High Court held that under special circumstances which would justify a share option issue from the viewpoint of protecting the interests of the company's shareholders as a whole, such a share option issue would not constitute an unfair issue, even if made principally for the purpose of maintaining or securing control of the company by a particular shareholder. Among examples of special circumstances, the court provides four examples:

- (1) where the buyer has no true intention of managing the company, and has the sole purpose of forcing the company and its supporters to take the shares back at an intended price (known as a 'greenmail' case);
- (2) where the buyer aims to conduct a 'scorched earth' policy of management towards the company, whereby it has the intellectual property, know-how and trade secrets transferred to itself or to its group companies;
- (3) where the buyer aims to divert the company's assets as a source of funds to repay the debts of the buyer or its group companies; and
- (4) where the buyer aims to sell off the company's high-value assets that are not pertinent to the company's business for the time being.

In the Nippon Broadcasting System case, the acquirer did not try to get all the outstanding shares of the target company. The court would like to protect minority shareholders who remain in the target company. However, it seems possible to read this decision to mean that directors have rights and duties to protect a company from an acquirer who decreases corporate value after the acquisition.

⁶ Tokyo High Court, Judgment of March 23, 2005, Hanrei Jihô No. 1899, p. 56. An English summary is available at 2 University of Tokyo Soft Law Review, 112 (2010) (also available at <http://www.gcoe.j.u-tokyo.ac.jp/publications/UTsoftlaw2.pdf>).

3. *Common Interests of Shareholders*

In the case described in (2), one might think that directors of A Company should not take defensive measures against X because X's plan maximizes the common interests of existing shareholders of A Company. I call this view 'Shareholder Value Theory'. Commentators might be divided over what directors of A Company should do to perform their duty to maximize shareholder value. Nonetheless, Shareholder Value Theory clearly differs from Market Capitalization Theory in that the former does not take into account the value of the company after acquisition. Even if A's directors invite a competing offer from Y, which proposes to pay 5.5 billion yen to shareholders, and the corporate value of A Company is reasonably expected to be 6 billion yen under Y's management, the directors still should not obstruct X's attempt under Shareholder Value Theory.

The argument against Shareholder Value Theory would be that the social costs of persuading corporate directors to look after existing shareholders only are so large that the efficient economy of a country would be lost. A counter argument to this would be that no rule could prevent wealthy people from wasting their money in our free economy.

One thing that must be made clear is that the notion that corporate directors should prefer shareholder value to corporate value does not solve the question of allocation of interests among classes of shareholders. For example, Company A issues class B stock and class C stock, where the value of each share issue is 2.5 billion yen respectively before a merger proposal is made. Two proposals are made to the management of A Company from X and Y. Proposal X is to give X stock worth 2 billion yen to class B shareholders and to squeeze out class C shareholders by paying 4 billion yen in total, whereas Proposal Y is to give X stock worth 3 billion yen to class B shareholders and to squeeze out class C shareholders by paying 2 billion yen in total. Shareholder Value Theory does not necessarily require directors of A Company to accept proposal X, which increases shareholder value by 1 billion yen.

4. *Recent Case Involving an MBO*

One judgment discussed the duties of directors who were faced with a management buyout (MBO).⁷ In a case where directors of a target company were brought action by shareholders and required to pay damages to them (known as the Rex Holdings Case), the Tokyo District Court held as follows: (1) directors have a duty of due care (Company Act Art. 330, Civil Code Art. 644) as well as a duty of loyalty towards the company; (2) as a for-profit corporation, each company purports to pursue the common interests of shareholders through the increase of corporate value in general; (3) therefore, directors of a stock company have a duty to care about the common interests of shareholders. This judgment is the first to decide on the duty of directors in the face of MBO, although the

⁷ Tokyo District Court, Judgment of April 1, 2011, Kin'yû Shôji Hanrei No. 1363, p. 48.

judgment itself rejected the plaintiff's claim that the directors breached their duty of due care and loyalty. Though the court still connected the common interests of shareholders to corporate value, the substance of the shareholder's claim was that the price of the tender offer was too low. In addition, the tender offer price has nothing to do with the value of the company after an MBO. Therefore, directors' duty to care about the common interest of shareholders in this judgment means that the duty of directors towards shareholders is to increase shareholder value.

IV. OTHER CONSIDERATIONS

1. *When Minority Shareholders Are Involved*

In most takeover cases, an acquirer purchases as much stock as possible by a tender offer at the first stage. Then the acquirer merges with the company by stock-for-stock exchange or merger at the second stage. In such situations, there are no *common* interests of shareholders at the second stage, because the major shareholder (acquirer) and minor shareholders have different interests to each other. The major shareholder at the second stage has special interests as an acquirer that other shareholders do not have. Directors of a company should have a duty to care about the interests of shareholders who do not have a special relationship with the company other than as shareholders. Therefore, shareholder value should mean the amount of consideration that shareholders other than an acquirer get through a tender offer and subsequent mergers.

2. *When a Partial Bid Is Made*

When an acquirer makes a partial tender offer, it will be difficult to calculate the value that existing shareholders expect to get. But it will still not be impossible to calculate it, and Shareholder Value Theory can be applied to the case of a partial bid. The Financial Instruments and Exchange Act permits partial bids when the acquirer's holding rate of equity securities after the tender offer does not exceed two-thirds.⁸ On the other hand, courts tend to require the amount of consideration that target shareholders get in the second-stage merger transaction to be as much as the tender offer price in order to reduce the coercive effect of a two-tier tender offer.⁹

8 Art. 27-13(4) of Financial Instruments and Exchange Act [*Kin'yū shōhin torihiki-hō*], Law No. 65/2006 as amended by Law No. 32/2010; Art. 14-2-2 of Financial Instruments and Exchange Order [*Kin'yū shōhin torihiki-hō shikō-rei*], Order No. 321/1965 as amended by Order No. 137/2010.

9 Tokyo District Court, Judgment of March 31, 2009, Hanrei Jihō No. 2040, p. 135.

V. TO WHOM SHOULD CORPORATE DIRECTORS BE LIABLE?

1. *Statutory Provisions on Directors' Liabilities Towards a Third Party*

Proponents of Corporate Value Theory would explain that if a corporate director breaches her duty to a company, she is liable to the company for damages caused by the breach of her duty. This is what Article 423 para. 1 of the Company Act provides. It is also possible for a director's breach of duty to cause an individual shareholder's loss directly while not causing a company's loss. For such a case, Article 429 para. 1 provides that if directors are with knowledge or grossly negligent in performing their duties, such directors shall be liable to a third party for damages arising as a result thereof. For example, when a company issues new stock to a third party on a condition advantageous to the third party, existing shareholders suffer a loss in their share value; however, the company gains capital by the misconduct, so the company suffers no loss. In such a situation, the Supreme Court recognized that 'the third party' of Article 429 para. 1 includes shareholders, so damaged shareholders can pursue directors' liability towards them.¹⁰ Because Article 429 para. 1 attributes directors' liabilities towards a third party to their breach of duties towards the company, directors' direct liabilities towards individual shareholders would not be inconsistent with Corporate Value Theory.

Shareholder Value Theory also uses Article 429 para. 1 of the Company Act as a means of implementing directors' duties towards shareholders. For that purpose, 'their duty' should be read to include both duty to a company and duty to shareholders as a whole.

2. *Direct Pursuit for Damages of Indirect Loss*

Apart from situations where corporate value and shareholder value diverge, suppose that a company suffered a loss by a director's mismanagement, and shareholders as a whole also suffered a loss in the form of a decrease in the value of their shares. Is it permissible for each shareholder to pursue directors' liability directly based on Article 429 para. 1 of the Company Act?

The Tokyo High Court, which dealt with this issue, held as follows.¹¹ When shareholders of a publicly held company suffer a loss caused equally by a declining stock price reflecting bad business performance of the company and by negligent misconduct of directors, shareholders who pursue directors' liability must use derivative suits unless special circumstances exist. The reason each shareholder's direct claims are rejected is that if a company recovers the loss by a derivative suit, each shareholder's loss also disappears.

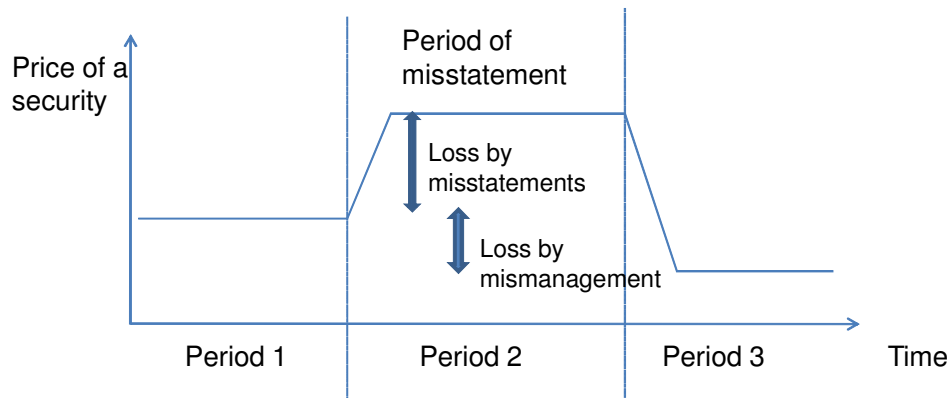
However, this conclusion is not always justified. Suppose that a company made public its bad performance after a long period of hiding that bad performance. Shareholders

10 Supreme Court, Judgment of September 9, 1997, Hanrei Jihô No. 1618, p. 138.

11 Tokyo High Court, Judgment of January 18, 2005, Kin'yû Shôji Hanrei No. 1209, p. 10.

who purchased the company's stock during the periods when the performance was misstated can pursue directors' liability based either on Article 24-4 of the Financial Instruments and Exchange Act or on Article 429 para. 1 of the Company Act; they can even pursue company liability based either on Article 21-2 of the Financial Instruments and Exchange Act or on Article 350 of the Company Act. Shareholders who purchased the stocks before misstatements were made and still hold the stocks can bring derivative suits against corporate directors and recover their loss if they succeed. In contrast, those shareholders who bought their stock before misstatements were made and sold them after the misstatements became public cannot bring derivative suits because they are no longer shareholders of the company. Nor can they get a remedy by derivative suits brought by existing shareholders (see *Figure 1*).

Figure 1



Type of shareholders	Methods of recovery
Purchased stocks in period 2 and held them until period 3 began	Can pursue liabilities of directors and the company
Purchased stocks in period 1 and hold them until the present	Can bring a derivative suit for directors' liability against the company
Purchased stocks in period 1 and sold them in period 3	Can bring a direct suit against directors, or nothing?

The arguments above lead us to conclude that shareholders who suffered indirect loss but cannot get a remedy by derivative suits should be entitled to pursue direct liability of directors.¹²

Counter arguments can be made against the above theory. Directors who breached a duty to their company and who paid all the damages to the company are still obliged to pay former shareholders' damages (double liabilities). The reason double liabilities arise is that shareholders who purchased stocks after the company's bad performance was made public receive profits by the directors compensating the company's damages. Theoretically, the double liability problem should be addressed by permitting directors who performed their duty of paying damages to receive back the profits of enriched shareholders. Practically, because directors' liability to their company is joint and several, it is unthinkable for a director to perform her duty of paying damages both to her company and to the former shareholders.

VI. TEMPORARY CONCLUSIONS

This question – to which party corporate directors owe fiduciary duty – is rooted in the purpose of corporate law and difficult to answer. I do not have a clear answer to it, but my impression is that making directors perform their duty to maximize shareholder value would provide an appropriate mechanism to the law of corporations in adjusting the various interests of parties surrounding a company. Because no one performs a fiduciary duty to two or more parties, the interests of creditors, employees and other constituencies should be protected through legislation addressed to a company itself or through express or implied contracts between a company and each party above. The same is true as a duty of directors of a company that issues plural classes of equity securities.

As far as liability provisions are concerned, two provisions on directors' liability towards a company and towards a third party inherited characteristics of civil law tradition. In addition to those provisions, Japan introduced shareholder derivative suits from US law in 1950, which has deepened the discussion on directors' liability as well as complicated it. It seems important to recognize that the directors' liability provision (Art. 429 para. 1 of the Company Act) is broad enough to provide remedial means to various different parties, such as shareholders and creditors. Therefore, we should construct effects and requirements of the provision through analysing the function it should perform in relation to each situation where it is applied.

12 E. KURONUMA, *Torishimari-yaku no tōshi-ka ni taisuru sekinin* [Directors' Liability towards Investors], *Shōji Hōmu* No. 1740, p. 17 (2005).

Liability of Managing Directors under German Stock Corporation Law

Holger Fleischer

- I. Introduction
- II. Legal Framework for Liability of Managing Directors
 - 1. Liability to the company (“internal” liability”)
 - 2. Liability to creditors or shareholders (“external” liability”)
- III. Taxonomy of Managing Directors’ Duties
 - 1. Duty of care
 - a) Duty to act lawfully
 - b) Duty of care in the narrow sense (and business judgment rule)
 - c) Duty to monitor
 - 2. Duty of loyalty
 - a) Duty to not compete
 - b) Duty of confidentiality
 - c) Duty of loyalty in the narrow sense
- IV. Elements of a Cause of Action against Managing Directors
 - 1. Breach of duty
 - 2. Fault (and reliance on experts)
 - 3. Damage to the company
 - 4. Causation
 - 5. Burden of proof
- V. Enforcement of the Company’s Claim for Damages
 - 1. Supervisory board
 - 2. Shareholders
 - 3. Creditors or insolvency administrator
- VI. Conclusion

I. INTRODUCTION

Legal rules for directors’ liability in German stock corporations had long been “law in the books”. Court decisions were rare and the risk of incurring personal liability appeared to be minimal. This has changed dramatically over the last years. Today, liability disputes between directors and their companies seem to abound, and in many instances are covered on the front pages of business newspapers.¹

1 See FLEISCHER, Aktuelle Entwicklungen der Managerhaftung, NJW 2009, 2337; more comprehensively in ‘English’ FLEISCHER, The Responsibility of Management and its Enforcement, in Ferrarini/Hopt/Winter/Wymeersch (eds.), Reforming Company and Takeover Law in Europe, 2004, p. 373 et seq.; most recently also GUBITZ/NIKOLEYCIK/SCHULT,

Here are some examples of high profile cases that have recently been decided or are still pending in the German courts:

- After discovering schemes of corruption and bribery, blue chip companies like the engineering and electronics multinational Siemens or the truck maker MAN are suing their former executives for lack of oversight.
- Liability suits have also been prepared against former directors of the German bank IKB which almost faced insolvency in the wake of the worldwide financial crisis because of large investments in the U.S. securitisation market.
- The insolvency administrator of the German retailer Arcandor has asserted liability claims against former managers who allegedly received excessive executive compensation.
- Former managers of the Bayern LB, a state-owned Bavarian bank, are being taken to court for a failure to conduct a proper due diligence procedure before buying a controlling stake in Hypo Alpe Adria, an Austrian lender that had to be nationalised last year.

As most liability suits are settled silently outside the courtroom, these cases are only the tip of the iceberg.

II. LEGAL FRAMEWORK FOR LIABILITY OF MANAGING DIRECTORS

Before moving to the details of directors' liability, it might be helpful to briefly outline the broader legal framework.² A specific feature of German stock corporation law is the separation between a management board ("Vorstand") and a supervisory board ("Aufsichtsrat"). The management board consists of inside directors only and is responsible for running the day-to-day business of the firm. The supervisory board is exclusively made up of outside directors, that is, representatives elected by the shareholders or appointed by the employees of the firm. My following remarks will only address the liability of managing directors.

1. *Liability to the Company ("internal" liability)*

To examine this topic, it is first important to understand the general rule that directors' duties are owed to the company itself, and that it is primarily the *company* which has the task of, and the responsibility for, enforcing them. Reflecting this concept, § 93 II of

Manager Liability in Germany. Director Liability of Members of Management and Supervisory Boards of German Companies, 2012.

2 For a reliable source in 'English' WIRTH / ARNOLD / MORSHÄUSER / GREENE, Corporate Law in Germany, 2d ed. 2010; see also V. DRYANDER / RIEHMER (eds.), Being a Board Member in Germany: A manual for English-speaking members of management boards and supervisory boards of German AG, GmbHG and SE, 2011.

German Stock Corporation Act stipulates the “internal” liability of managing directors vis-à-vis the company: “Members of the management board who fail to comply with their duties shall be jointly and severally liable *to the company* for any resulting damage.” In case law and doctrinal writing, this concept is also known as the “principle of channelling liability” through the company (“Prinzip der Haftungskanalisation”): The company, and not its creditors or shareholders, is entitled and responsible for asserting damage claims against members of the management board.³

2. *Liability to Creditors/Shareholders (“external” liability)*

“External” or direct liability of managing directors towards creditors or shareholders of the company according to German Stock Corporation Law, is confined to exceptional cases such as fraud. An important example is the case law concerning the liability of managing directors for releasing false statements about the situation of the company in publicly distributed information. In the famous Infomatec case in which shareholders bought stock relying on incorrect ad hoc announcements of the company, the Federal Court of Justice decided in 2004 that managing directors incur personal liability pursuant to § 826 of the Civil Code for false ad hoc reports.⁴ This section of German tort law provides that a person who deliberately and in violation of good morals causes damage to another person is obliged to pay damages. This paper however, will not cover “external” liability and confine itself to the more important field of “internal” liability.

III. TAXONOMY OF MANAGING DIRECTORS’ DUTIES

From the common law systems we know the difference between the duty of care and the duty of loyalty.⁵ This taxonomy of directors’ duties has now also come to be widely accepted in German legal doctrine.⁶

1. *Duty of Care*

Under the broad heading “duty of care”, commentators usually discuss three distinct duties: the duty to act lawfully, the duty of care in the narrow sense and the duty to monitor.⁷

3 See BGH NZG 2012, 992, 994; BGHZ 125, 366, 375 f.; FLEISCHER, in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2d ed. 2010, § 93 n° 307; FLEISCHER, in: Münchener Kommentar zum GmbH-Gesetz, 2011, § 43 n° 335.

4 See BGHZ 160, 134; BGHZ 160, 149.

5 See KRAAKMAN / ARMOUR / DAVIES / ENRIQUES / HANSMANN / HERTIG / HOPT / KANDA / ROCK, The Anatomy of Corporate Law, 2d ed. 2009, p. 79-80, 173-174.

6 See FLEISCHER, in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2d ed. 2010, § 93 n° 6; FLEISCHER, in: Münchener Kommentar zum GmbH-Gesetz, 2011, § 43 n° 7.

a) *Duty to Act Lawfully*

It should go without saying that managing directors have a general obligation to avoid violating regulatory laws. However, managing directors sued for setting up a cartel or a corruption scheme defend themselves by contending that they acted in the interests of the company. After all, they argue, violating the law can be profitable and should be a permissible choice under the business judgment rule, given the high anticipated profits and the low detection rate of cartels and corruption schemes. This idea is similar to, and borrowed from, the theory of efficient breach in contract law. The German Federal Court of Justice, in two recent criminal cases involving Siemens and the energy giant RWE, explicitly rejected the idea of an efficient breach of public law: The law, they argued, cannot, and should not, adopt a deliberate policy to encourage its own violation.⁸

b) *Duty of Care in the Narrow Sense (and Business Judgment Rule)*

The duty of care in the narrow sense is the most fundamental duty of managing directors. It is defined in § 93 I AktG as requiring them to act with the diligence of a prudent businessman in the affairs of the company. Clear cut violations include distributions of corporate assets contrary to the provisions of the Stock Corporation Act, the repayment of contributions to shareholders or the granting of corporate loans to third parties without adequate securities. Interesting case law is also evolving in the M & A context where it is generally regarded as a breach of duty when managing directors acquire a target company in a share or asset deal without a proper due diligence procedure.⁹ A nice illustration is the disastrous decision of the BayernLB to take over Hypo Alpe Adria – a deal in which BayernLB lost more than four billion euros. Here, the liability claim of the company is based on the ground that BayernLB managers should not have concluded the acquisition of Hypo Alpe Adria in the way they did, taking into account all the information available (in particular due diligence, purchase price, purchase agreement and the acquisition procedure).

On the other hand, it is pretty clear that managing directors need some sort of protection if business decisions turn out to be wrong: Part of consciously taking chances in business is the danger of false assessments and miscalculations, to which every manager is exposed, no matter how responsible his actions. In order to ensure that managers can take reasonable risks without a constant fear of lawsuits, U.S. law has developed the

7 See FLEISCHER, in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2d ed. 2010, § 93 n° 12; FLEISCHER, in: Münchener Kommentar zum GmbH-Gesetz, 2011, § 43 n° 12.

8 See BGH NJW 2011, 88, 92 (Siemens/AUB); BGH NZG 2010, 1190, 1192 (RWE); FLEISCHER, Aktienrechtliche Legalitätspflicht und „nützliche“ Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern, ZIP 2005, 141.

9 See OLG Oldenburg NZG 2007, 434, 436; FLEISCHER, in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2d ed. 2010, § 93 n° 87; FLEISCHER, in: Münchener Kommentar zum GmbH-Gesetz, 2011, § 43 n° 100.

business judgment rule. This rule was adopted by the German Federal Court of Justice in its 1997 ARAG/Garmenbeck decision¹⁰ and recently codified in the German Stock Corporation Act. According to § 93 I 2 AktG, there is no breach of duty if the managing directors, at the time of taking an entrepreneurial decision, had good reason to assume that they were acting on the basis of adequate information for the benefit of the company. This provision establishes a safe harbour rule for managing directors.¹¹ In practice, its two most important conditions are (1) that the measure in question is a business or entrepreneurial decision and (2) that the managing directors were acting on the basis of adequate information, taking into account the importance of the business measure in question.¹² The latter requirement was allegedly missing in the case of BayernLB/Hypo Alpe Adria although the acquisition of a company is generally an entrepreneurial decision within the scope of the business judgment rule. Other examples of entrepreneurial decisions include the launch of a new product or major investments in a new technology. A case on point is the 2007 Deutsche Telekom decision of the Federal Court of Justice¹³: In an auction held by the German Federal Government in 2000, Deutsche Telekom acquired a license for mobile telecommunication according to the UMTS standard for more than 8 billion euros. The investment turned out to be unsuccessful, to say the least, but the Court could find no breach of duty because the management decision was well prepared and the UMTS technology, at that time, seemed particularly promising. Evidence of this, the Court said, could also be found in the fact, that all competitors of Deutsche Telekom participated in that auction and that outside banks were willing to finance the acquisition with major loans.

c) Duty to monitor

A third application or variation of the duty of care is the duty of oversight: It requires managing directors to monitor the activities of employees. Legislators and courts have constantly expanded these oversight duties over the years and emphasized their organisational dimension. According to § 91 II AktG, newly enacted in 1998, the management board must introduce appropriate measures, in particular setting up a monitoring system, in order to ensure that any developments endangering the continued existence of the company may be identified early on.

Going beyond early warning systems, it is now widely accepted that companies with a significant risk exposure have to establish a company- or even group-wide compliance system. This requirement has found its way into the German Corporate Governance Code in 2007: Section 4.1.3 requires the management board to ensure that all provisions of law and the enterprise's internal policies are abided by and that it strives to achieve

10 See BGHZ 135, 244.

11 See FLEISCHER, Die „Business Judgment Rule“: Vom Richterrecht zur Kodifizierung, ZIP 2004, 685, 688-689.

12 See FLEISCHER, in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2d ed. 2010, § 93 n° 66 et seq., 73 et seq.

13 See BGHZ 175, 365, 368 et seq.; FLEISCHER, Das UMTS-Urteil des BGH, NZG 2008, 371.

their compliance by group companies. Section 5.3.3 adds that the supervisory board shall set up an audit committee, *inter alia*, to handle risk management and compliance. To illustrate the magnitude of this compliance requirement for listed companies: Siemens has increased the number of employees within the compliance function from 83 in 2006 to 170 in 2007 and 621 in 2010.

2. *Duty of Loyalty*

a) *Duty to not compete and duty of confidentiality*

Unlike the duty of care, the duty of loyalty has only been codified by the German Stock Corporation Act in a rudimentary fashion: § 88 I AktG prohibits management board members from competing with the company in its line of business during their employment, and § 93 I 3 AktG stipulates a statutory duty of confidentiality. The general concept, however, is not mentioned in the Act which has caused considerable difficulties in shaping the duty of loyalty.

b) *Duty of loyalty in the narrow sense*

Over the years, contributions from comparative law scholarship have helped to fill in the gaps and to flesh out the law of fiduciary obligations. The duty of loyalty has since become firmly entrenched in the case law¹⁴, and the German Code of Corporate Governance highlights some of its most important features, for instance, a duty to disclose conflicts of interest to the supervisory board without delay and to inform the other members of the management board thereof.¹⁵

Another important example is the corporate opportunities doctrine which the courts began to shape in the 1970s, relying heavily on comparative insights. This has now developed into a rich body of case law and extensive academic writing.¹⁶ In defining a corporate opportunity, similar tests have emerged as under U.S. law. An often-cited decision of the Federal Court of Justice has rejected a distinction between business opportunities offered to the director in his corporate capacity and those offered to him in a private context.¹⁷ The rationale behind this seems to be that fiduciary duties are indivisible and that a managing director is always on duty (“ein Geschäftsführer ist immer im Dienst”).¹⁸

14 See FLEISCHER, in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2d ed. 2010, § 93 n° 113 et seq.

15 See sec. 4.3.4 of the German Corporate Governance Code.

16 See FLEISCHER, in: Münchener Kommentar zum GmbH-Gesetz, 2011, § 43 n° 175 et seq.

17 See BGH NJW 1986, 585, 586.

18 Critical of this FLEISCHER, Gelöste und ungelöste Fragen der gesellschaftsrechtlichen Geschäftschancenlehre, NZG 2003, 985, 989.

IV. ELEMENTS OF A CAUSE OF ACTION AGAINST MANAGING DIRECTORS

Moving on to the requirements for managing directors' liability, there are four distinct elements which I will briefly outline in order: (1) breach of duty, (2) fault, (3) damage to the company and (4) causation.

1. *Breach of duty*

With respect to a breach of duty, I can refer to the duty of care and duty of loyalty explained above.¹⁹

2. *Fault*

In Germany, as in most other jurisdictions, there is no strict liability for managing directors. Liability requires the intentional or negligent breach of directors' duties. This standard is *objective* in the sense that a director will not succeed with the defence that he has acted with such care as he would apply in his own affairs. Moreover, the standard is *compulsory* and cannot be modified by the articles of association or in the individual contract with the director.²⁰ In theory, the breach of a duty and the question of whether it occurred negligently, must be neatly distinguished. In practice, these two questions often merge into one.²¹

There is at least one area, however, where the negligence requirement retains an individual importance: In two recent cases, managing directors violated their duty of care by not filing for insolvency in due time or by disregarding the statutory conditions for a company's acquisition of its own shares. In response to damage claims by the company, they argued that they relied on expert advice from an auditor or corporate counsel. The courts have shown themselves willing to accept this defence under certain conditions. In 2009, the Higher Regional Court of Stuttgart held that a managing director is not negligent if (a) he relied on the opinion of an independent and sufficiently qualified expert who (b) has been provided with all relevant facts of the case and (c) this opinion withstands a plausibility check by the managing director.²² The Federal Court of Justice has confirmed this line of reasoning in two most recent decisions.²³

19 See III 1. and 2.

20 See FLEISCHER, in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2d ed. 2010, § 93 n° 3; more scope for private ordering using indemnification clauses for managing directors is left in the GmbH; see FLEISCHER, in: Münchener Kommentar zum GmbH-Gesetz, 2011, § 43 n° 298 et seq.

21 See FLEISCHER, in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2d ed. 2010, § 93 n° 255.

22 See OLG Stuttgart NZG 2010, 141.

23 See BGH NZG 2011, 1271, 1272 et seq. (ISION); BGH NZG 2012, 672, 673; FLEISCHER, Vertrauen von Geschäftsleitern und Aufsichtsratsmitgliedern auf Informationen Dritter – Konturen eines gesellschaftsrechtlichen Vertrauensgrundsatzes, ZIP 2009, 1397; FLEISCHER, Vorstandshaftung und Vertrauen auf anwaltlichen Rat, NZG 2010, 121.

3. *Damage to the Company and Causation*

As a third and fourth requirement, the company must have suffered damages as a consequence of the breach of duty. In the aforementioned cases of illegal cartels and corruption schemes, a difficult and still unresolved question is whether the fines and penalties imposed on the company according to § 130 of the Administrative Offences Act (“Gesetz über Ordnungswidrigkeiten”) are recoverable from the managing directors personally under § 93 II AktG.²⁴ This is no by no means a trivial question: Siemens, for example, had to pay a fine in the amount of 395 million euros.

4. *Burden of Proof*

In deviation from general law principles, § 93 II 2 AktG stipulates a partial reversal of the burden of proof: The company only has to prove that (a) there was an action or omission by the respective member of the management board, and (b) that it has suffered damage as the result of such action or omission. The managing director, on the other hand, has the burden of proving that (a) he acted with the diligence of a prudent businessman and (b) that his action or omission did not constitute a breach of duty.²⁵

5. *Interim Result*

Looking at these requirements for a cause of action, one can safely say that the liability regime for managing directors under the German Stock Corporation Act is of considerable rigor: Managing directors are liable even for slight negligence, and they face a partial reversal of the burden of proof. Only the business judgment rule offers them some sort of protection. However, as we all know from comparative experience, the sting in the tail of a liability clause is found largely in its enforcement.

V. ENFORCEMENT OF THE COMPANY’S CLAIM FOR DAMAGES

This brings me to the last point of this paper: Who is entitled to assert the company’s damage claim against the managing directors? The answer is threefold:

1. *Supervisory Board*

First, it is within the responsibility and competence of the supervisory board to pursue damage claims against managing directors. For a long time, the prevailing opinion in Germany held that the supervisory board had broad discretion as to the enforcement of the company’s damage claim. This changed due to the ARAG/Garmenbeck decision of

²⁴ See FLEISCHER, in: Münchener Kommentar zum GmbH-Gesetz, 2011, § 43 n° 263.

²⁵ See BGHZ 152, 280, 284.

the Federal Court of Justice from 1997²⁶, perhaps the most influential case in German Stock Corporation Law within the last fifteen years. In this decision, the court developed a three-prong test for the assertion of damage claims by the supervisory board:

- (1) The function of the supervisory board as monitor of the work of the management board gives it a duty to verify in its own responsibility the existence of the stock corporation's claims for damages against members of the management board.
- (2) If the supervisory board reaches the conclusion that the management board is liable for damages, it has to assess whether and to what extent legal action would allow for compensation of the damages based on careful and proper risk analysis.
- (3) If, according to the supervisory board's assessment, the stock corporation does have valid claims for damages, then the supervisory board has to initiate legal proceedings as a general rule. It may only deviate from this general rule as an exception, if important reasons for the good of the company militate against this and if those reasons outweigh the reasons that militate in favour of the legal proceedings, or are at least equivalent. Aspects other than those for the good of the company, that personally affect members of the management board, may only be considered by the supervisory board in exceptional cases.

Despite this clear language from the Federal Court of Justice, supervisory boards in the real world are still reluctant to take action against managing directors, mostly for two reasons: To begin with, a lawsuit could bring up evidence that the supervisory board failed to perform its own role, namely to control the management board. Moreover, members of the supervisory board are often former managing directors and may for reasons of collegiality shy away from pursuing the company's claim.

2. *Shareholders*

Generally, individual shareholders cannot bring a damage claim on behalf of the company or in their own right. However, § 148 AktG allows shareholders with a 1% holding to bring a damage claim in their own name. In practice, this avenue is rarely pursued due to the cumbersome process and the fact that any compensation goes to the company.

3. *Creditors or insolvency administrator*

According to § 93 V 1 AktG, creditors of the company may also claim damages for amounts outstanding and otherwise unrecoverable from the company. In practice, the scope of this provision is limited. Where insolvency proceedings have commenced, it is the insolvency administrator who exercises the company's right.

26 See BGHZ 135, 244.

VI. CONCLUSION

Summing up, one can safely say that public awareness of directors' liability as well as the willingness to raise claims against managing directors have been growing over the last years. The legal provisions of personal liability are no longer a blunt sword. High profile and widely published cases are definitely developing a significant preventative function. A good yardstick for this is the rising interest in, and importance of, D&O insurance.²⁷ Insurance premiums reflecting the growing liability risk are approaching an all-time high.

²⁷ See FLEISCHER, in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2d ed. 2010, § 93 n° 225 ff.; FLEISCHER, in: Münchener Kommentar zum GmbH-Gesetz, 2011, § 43 n° 374 et seq.

ANNEX:

*§ 93 Stock Corporation Act
(Duty of care and responsibility of members of the management board)²⁸*

“(1) The members of the management board shall apply the due care of a diligent and conscientious manager in managing the company. There is no breach of duty if the member of the management board, in the case of an entrepreneurial decision, could reasonably assume to be acting on the basis of adequate information and for the benefit of the company. The members of the management board shall keep confidential information and secrets of the company, namely trade or business secrets which they obtained knowledge of from their activity on the management board [...]”

(2) Members of the management board who fail to comply with their duties shall be jointly and severally liable to the company for any resulting damage. In the event of a dispute as to whether or not they applied the due care of a diligent and conscientious manager, they shall bear the burden of proof. If the company obtains insurance covering a member of the management board against risks from their professional activity for the company, a deductible of at least ten percent of the damage at least up to the level of one-and-a-half times the fixed yearly compensation of the member of the management board shall be provided for.

(3) The members of the management board shall in particular be liable if, contrary to the provisions of this Act,

1. contributions are repaid to shareholders,
2. the shareholders are paid interest or granted a share in the profits,
3. own shares of the company or another company are subscribed to, acquired, pledged or redeemed,
4. shares are issued before the issue price has been paid in full,
5. corporate assets are distributed,
6. payments are made in contravention of sec. 92 para. 2,
7. remunerations are paid to supervisory board members,
8. credit is granted,
9. new shares are issued at a contingent capital increase for a purpose other than that specified or before the price therefore has been paid in full.

²⁸ Translation taken from WIRTH/ARNOLD/MORSHÄUSER/GREENE, *Corporate Law in Germany*, 2d ed. 2010, p. 330 et seq.

(4) The members of the management board shall not be liable to the company for damages if the action was taken on the basis of a lawful resolution of the general meeting. The fact that the supervisory board approved the action shall not exclude liability for damages. The company may only waive or compromise claims for damages three years after such claims arise and then only if the general meeting grants its consent and no objection is raised in the minutes by a minority of shareholders whose aggregate holding amounts to one tenth of the registered share capital. The time limit shall not apply if the party liable for the damage is illiquid and enters into a composition with his creditors in order to avert insolvency proceedings or if the liability for damages is regulated in an insolvency plan.

(5) The company's claim for damages may also be asserted by creditors of the company to the extent that said creditors are unable to obtain fulfilment of their claims from the company. In cases other than those pursuant to para. 3, however, the foregoing shall only apply if the members of the management board have grossly breached the duty of care of a diligent and conscientious manager; para. 2 sentence 2 shall apply accordingly. The liability for damages is not excluded vis-à-vis the creditors by a waiver or composition by the company or by the fact that the act which caused the damage is based on a resolution of the general meeting. If insolvency proceedings have been commenced against the assets of the company, the insolvency administrator or the custodian shall exercise the company's rights against members of the management board for the duration of such proceedings.

(6) Claims arising from these provisions shall become time-barred after five years."

§ 116 Stock Corporation Act

*(Duty of care and responsibility of supervisory board members)*²⁹

"Sec. 93 with the exception of para. 2 sentence 3 on the duty of care and responsibility of the members of the management board shall apply accordingly to the duty of care and responsibility of the members of the supervisory board. The members of the supervisory board are under a particular obligation not to disclose any details concerning confidential reports they obtain and confidential discussions. They shall in particular be liable for damages if they determine an unreasonable compensation (sec. 87 para. 1)."

²⁹ Translation taken from WIRTH / ARNOLD / MORSHÄUSER / GREENE, *Corporate Law in Germany*, 2d ed. 2010, p. 383.

Corporate Governance and the Capital Market (Especially Takeovers)

Tatsuo Uemura *

- I. Introduction
- II. The Securities and Exchange Act as Market Law
- III. Basic Concept of Publicly Traded Company Laws
- IV. What Does Maximizing Shareholder Value Mean?
- V. What Is Corporate Governance?
- VI. Long Continuing Debate in Japan on the Essential Characteristics of Joint-Stock Companies
- VII. Corporate Mergers and Acquisitions

I am very happy to have the opportunity to address this symposium today. Currently, I am serving as the director of Waseda University's Global Center of Excellence, Institute for Corporation Law and Society, which is a co-organizer of this very meaningful symposium. Although I am serving as a leader of the aforementioned research program, I myself am not a globalized individual at all, and have opted for the very parochial approach of distributing my paper in English and presenting in Japanese. Given the cost of translation, I am quite sure that my presentation is the most expensive one today.

You may ask how someone like me can pursue a research career in the field of comparative law. The answer is that we in Japan have been studying foreign laws for the past 150 years and have developed a complete range of fully nuanced Japanese terms that correspond to the European terminologies of jurisprudence and social sciences. Moreover, we have formulated our own laws as the product of a veritable melting pot of foreign laws, and we continue to take our study of foreign laws very earnestly. The fact of the matter is that comparative law research has become an essential and core element of our Japanese culture. I stand before you as one of the prime beneficiaries of this historical process.

One of the salient features of the study of jurisprudence in Japan is that we are able to investigate the legal systems of various foreign countries in the Japanese language. It is estimated that 70% of all the terminologies of jurisprudence and social sciences currently in use in the Chinese and Korean languages were invented and first used by

* The lecture format has been maintained.

Japanese scholars. This is a testimony to the contribution of Japanese jurisprudence and law studies to the Asian region.

However, what Japan itself absorbed and conveyed to others originated in Germany, the 'father' of modern jurisprudence. Therefore, my presentation today is filled with a sense of gratitude to the Max Planck Institute and to Germany itself.

I. INTRODUCTION

For the following reason, I have chosen Corporate Governance and the Capital Market as the subject of my presentation today. While the joint-stock company system contains the necessary mechanisms for utilizing the capital market, the Japanese still lack a deep understanding of the attendant benefits and risks. We also lack operating know-how on managing the joint-stock company system as an integral element of the capital market. To cope with this shortcoming, the Japanese found it necessary to commit themselves to countering the European advantage of experiential knowledge with a healthy dose of theoretical knowledge.

In reality, it is difficult to fully utilize a joint-stock company system that bears the weight of the securities market on its back without having experienced the failures that result from speculative bubbles and the runaway securities market. If left without the benefit of such bitter experiences, the general tendency is to become overly dependent on an optimistic view of the self-correcting mechanisms of the market and to become heedless of the legal foundations and management know-how that allow the market to function in the first place.

Europe has made use of past failures in this area to design a relatively stable legal system that opts for a restrictive framework of company law and avoids excessive dependence on market mechanisms. The United States, on the other hand, has taken a different approach. Although the United States did formulate an elaborate scheme of securities regulations immediately after its grand failure at the end of the 1920s, it later returned to emphasizing freedom in the markets, which eventually led to another failure. This cycle has been repeated time and again, giving the impression that the United States is caught in an endless drama of trial and error in which it swings between the two poles of market regulation and deregulation in a process that is predictably punctuated by repeated failures.

Japan and China do not have the luxury of time needed to gain the experiential knowledge that Europe and the United States have accumulated through repeated failures. And in fact, if Japan and China were to traverse these cycles, the impact on the rest of the world could be extremely severe.

This brings me to the question: What logic has Japan employed in generating the theoretical knowledge that it needs? As a starting point, I would like to outline my personal views on this matter.

II. THE SECURITIES AND EXCHANGE ACT AS MARKET LAW

First of all, Japan's capital market legislation (the Securities and Exchange Act enacted in 1948, which was revised and renamed the Financial Instruments and Exchange Act in 2007) can be characterized as legislation that concerns itself with the capital market. In other words, it functions as a market law.

Post-war Japan went through a period when indirect finance played a dominant role in corporate finance while direct finance was assigned a very subsidiary role. During this early post-war period, the Securities and Exchange Act functioned essentially as a law for regulating the securities companies. The provisions of this law concerning disclosure, accounting and other matters were seen to complement the inadequacies of the Companies Act. Consequently, the Securities and Exchange Act was deemed to be similar in nature to the Companies Act. Because almost all of the provisions of the Securities and Exchange Act during this period pertained to equities, it was quite natural to interpret the Securities and Exchange Act to constitute an aspect of company law. In other words, just as exchange law came under the Civil Code and commercial transaction law came under the Commercial Code, the general tendency was to view the Securities and Exchange Act as a body of rules under private law that pertained to the exchange of securities. Because the Securities and Exchange Act itself constituted private law, there was no notable theoretical tension during this period between the Companies Act and the Securities and Exchange Act as private law.

However, as the Japanese economy completed its recovery and rose to new heights, the period of dependence on the leadership of the bureaucracy, banks and corporate executives eventually came to an end. With the rapid diversification of values, the principal role steadily shifted in the direction of market-oriented thinking. As a result, the Securities and Exchange Act came to be viewed increasingly as a securities 'market law' instead of just a securities 'exchange law'. Consequently, all of the various systems that existed under the Securities and Exchange Act (systems that traditionally had been presented as means for the protection of investors) were now explained as systems devised for achieving the purpose of maintaining the functions of the capital market.

Thus, Article 1 of the Financial Instruments and Exchange Act of 2007 defines the purpose of this law to include ensuring the 'full utilization of functions of the capital market' and 'fair price formation'. It is possible that Japan was the first country in the world to adopt such a direct and straightforward definition of the purpose of its capital market legislation. In this process, capital market legislation came to be viewed not as private law but as economic law.

To illustrate this point, let us examine the disclosure system. In the current environment, it is no longer satisfactory to explain the purpose of disclosure to be the protection of investors who are at a disadvantage due to limited access to information. Instead, it is explained that by revealing the true value of the objects of transaction, the disclosure system facilitates investment decisions based on accurate information, and that the

cumulative force of these investment decisions leads to fair price formation. (Time does not allow me to consider other systems.)

I find, in the stated purpose of the Financial Instruments and Exchange Act, Japan's commitment to avoiding the experiences of Europe and the United States in this area, and its firm intention to jump straight into an understanding of the purpose of capital market regulations and of various related systems in the hope of avoiding or minimizing potential failures.

Thus, the 'market-law structure' of the capital market, and particularly the securities market, reflects the intent to grasp and incorporate beforehand the various elements necessary for proper management of a highly developed capital market. As such, an effort is made to understand capital market legislation as a form of *Idealtypus*. Looking at the problem from this perspective, we see that the joint-stock company system contains mechanisms that allow it to bear the pressures of the capital market at its largest scale, and that it is also adaptable to the capital market at its largest scale. Here I would like to present certain segments of the logical conclusion that can be derived from this understanding.

III. BASIC CONCEPT OF PUBLICLY TRADED COMPANY LAWS

The first problem here is to consider what constitutes the inherent characteristics of a joint-stock company that has positioned itself in the securities market. By this I mean publicly traded companies and companies that are subject to the provisions of capital market legislation. (In Japan and the United States, there is a slight difference between companies that are required to disclose annual reports and other information and companies that are publicly traded.) In other words, we need to consider companies that are subject to the demands and provisions of capital market legislation on a day-to-day basis. Specifically, such demands and provisions include disclosure (including the timely disclosure of information as required by stock exchanges), accounting, audit, and internal control systems and compliance systems for preventing securities fraud.

As compliance with these demands and provisions of capital market legislation relates to corporate governance (executives and business management systems), compliance with capital market legislation constitutes one of the basic responsibilities of the executives of such companies. In my view, joint-stock company law delineates a system that seeks to achieve harmony between the market and democracy. While problems specific to company law that are centred on the requirements of democracy are certainly important, it is also obviously important to develop a clear awareness of the relation with the capital market.

Capital market legislation assumes its principal agents to be investors, which include investors as both buyers and sellers. Consequently, to be in compliance with capital market legislation, corporate executives are responsible for disclosing information to unspecified buyers. This responsibility is by no means limited to shareholders, which is a

title given to individuals after they have purchased shares in the company. Under the laws governing publicly traded companies, shareholders are also perceived as investors who are sellers. In fact, shareholders' greatest concern is whether the company has disclosed accurate information and implemented proper accounting and audit procedures, rather than whether they are able to exercise the right to vote.

In joint-stock companies that are integrated into the capital market and constitute public companies in the true sense, the first layer of governance is 'governance for investors' who consist of a large body of unspecified individuals. Built upon this is a second and overlapping layer of 'governance for shareholders'. Here, the investor as buyer can be replaced with a notion of a large number of unspecified citizens. As such, publicly traded company laws can be said to pertain to companies that are open to the citizens. (In the United Kingdom, while 'company' can also denote a non-profit corporation, a 'public company' that is open to the public means a for-profit corporation which takes on the responsibility of paying dividends to the people and preserving the value of its shares. It is notable that in the Financial Services and Markets Act of the United Kingdom, the concept of 'investor' has been dropped in favour of 'consumer'.)

In a publicly traded company, an investor decides on becoming a shareholder after examining the company's mission statement and information concerning its business performance. As such, the discussion does not always begin with the shareholder. Rather, the discussion is predicated on the disclosure of the company's purpose, its mission, and business results, and goes back to the point where investors or members of the public, acting through the capital market, assess the information that has been disclosed by the company.

In a capitalist market economy, the consumer goods, capital goods, jobs, services, R&D activities, and other elements that are required in supporting the livelihood of the people are basically supplied by private enterprises through a process of market competition. In this framework, companies endeavour to maximize the realization of their own business objectives and missions, while the market is charged with the task of evaluating the results of these efforts. Investment is rewarded through dividends and share prices if it has made a contribution to maximizing the realization of the company's mission, but is not rewarded if such a contribution has not been made. For investment by capital or shareholders, it is this contribution that provides the most important *Merkmal* for judging the results of an investment. Within these bounds, the maximization of shareholder profit is by no means the objective of corporate management.

Nonetheless, this does not imply that shareholders and their interests can be ignored. From the perspective of the company, shareholders that have evaluated the company's performance and decided to invest their capital in the company are to be thanked and efforts naturally must be made to respond to the expectations of shareholders. As a result, progress made toward maximizing the realization of the company's mission can be consistent with maximizing the profit of shareholders. However, this does not mean that the purpose of corporate management is to maximize the profit of shareholders.

IV. WHAT DOES MAXIMIZING SHAREHOLDER VALUE MEAN?

In Japan, there is a relatively widespread view that the purpose of corporate management is the maximization of shareholder value. Suppose this objective is clearly prioritized over the purposes explicitly mentioned in the articles of incorporation. It is my contention that such a course of action can in certain instances constitute a violation of the articles of incorporation.

Be that as it may, the crux of the issue here is how the shareholder is specifically envisioned in various countries. In Europe and the United States, thanks to their long historical experiences, shareholders are generally envisioned to comprise individuals and citizens or institutional investors who are deemed to be equivalent to individuals on account of the rigorous fiduciary duties that they have to individuals. Where this vision is widespread, at least on a conceptual level, the shareholder is an individual who is a sovereign member of society. Hence, I believe it is acceptable to say that shareholder sovereignty or a shareholder-centric model exists in such countries. As the prime actor in society, the individual becomes a consumer when he or she purchases something, a worker when he or she takes a job, and a shareholder when he or she purchases stocks. It is as simple as that. If we take this to be a social norm that exists in the background, there is very little reason to be obsessed with the term 'maximizing shareholder value'. (However, as one who has learned from Europe, the rampaging behaviour of shareholders in private placement funds and anonymous funds created for small groups of the rich tempts me to ask my 'teacher' whether this is consistent with the European values and social norms that we have been studying all along, and whether this is symbolic of European progress or decadence.)

On the other hand, in the case of Japan, large segments of Japan's shareholders are actually nonfinancial companies (reflecting the prevalence of cross-shareholding). As for China, the state remains the principal shareholder. Advocating shareholder sovereignty in an underdeveloped capitalist environment of this type can be risky and dangerous because those who rule the company would be tempted to emphasize the concept of shareholder sovereignty in a manner completely unrelated to any conception of respect for individuals or citizens as sovereign members of society. In this context, of the two elements of the joint-stock company system, which consist of the market and democracy, undue emphasis would be placed on the logic of the market. What I mean to say is that in such an environment, instead of focusing on the sovereign members of society as shareholders, logical affirmation would be given to those who are able to buy on the market (those in possession of large sums of money or those capable of gathering large sums of money) as sovereign members of corporate society.

V. WHAT IS CORPORATE GOVERNANCE?

What happens when the power and authority of 'being able to buy on the market' is overestimated? The outcome is that democracy, the second element of the joint-stock company system, is minimized. While the joint-stock company system provides a framework facilitating the utilization of the capital market, joint-stock companies must comply with certain democratic controls as the suppliers of goods and services needed in maintaining the lives of the people.

While the Dutch East India Company was formed in 1602 as a corporation with no shareholders' general meeting, it is said that the inclusion of a shareholders' general meeting in the British East India Company reflects the influence of Cromwell's democratic reforms. In societies such as Japan and China where there is very little attachment to the concept of shareholders as individuals, it is necessary to emphasize the democratic aspect of the joint-stock company system. (The significance of 'socialist' in China's formulation of its socialist market economy was supposed to be that the market economy was going to be by the people and for the people.)

Let me move on to the question: What is corporate governance? My answer is that corporate governance revolves around the discussion of the sources of the legitimacy of the right of management or rule of the company. Very few Japanese corporate executives can satisfactorily reply to the question, 'What is your right of management derived from?' One possible response would entail a search for pedigree, a position that states, 'I was appointed by the board of directors, and the board of directors was elected by the shareholders, who are the owners of the company.' A sense of security is found by going back to the distant past and the authority of shareholders as owners of the company. Such a response has in its background a very simplistic conception that claims that the righteous are in the majority in the securities market, and the securities market is designed to allow the righteous to emerge victorious. It is with this conception in mind that so much emphasis is placed on the authority of the shareholders' general meeting.

However, there must be a reason that, as seen in the case of the United States, the number of resolutions adopted in the shareholders' general meetings tends to be small in countries with highly developed capital markets. Highly developed capital markets cease to be a forum for communicating intentions and evolve into a mechanism functioning simply for the purpose of exchanging capital as a form of commodity. In extreme cases, as seen in the operation of the Berle-Means model in the United States, ownership and management are separated, and the shareholders who exercise the right to vote in the shareholders' general meeting are merely those investors who happen to hold the shares at a certain point in time in an uninterrupted series of transactions occurring in the secondary market.

While the existence of this type of shareholder certainly does not detract from the significance of the shareholder's identity as an individual or a citizen, equating the shareholders' general meeting to a 'freeze frame picture' of the secondary market does effec-

tively reduce its significance as a management organ charged with the function of supervising management. However, it is this erosion of importance that highlights the importance of corporate governance systems. In this environment, the right of management finds its justification in the relatively strict governance systems (systems that provide for the removal of executives) that come together to affirm in unison that 'current executives have been given a vote of confidence'. Thus, the basis for the right of management and the justification for rule reside within rationally designed governance systems.

The capital market is ruled by the logic of the material. Hence, by identifying it as the world of the material, the capital market allows us to see humanity in its true and pure form. I believe the role of the corporate governance system is to discover and regain humanity in its true form within the framework of a joint-stock company that carries the weight of this kind of capital market on its shoulder; and as such, the corporate governance system provides justification for the delegation of the right of management.

VI. LONG CONTINUING DEBATE IN JAPAN ON THE ESSENTIAL CHARACTERISTICS OF JOINT-STOCK COMPANIES

You may find it surprising that in Japan, discussions of the essential characteristics of joint-stock companies go back to the pre-war era. Originally, under the influence of German jurisprudence, the commonly accepted view in Japan was that shares did not represent claims or property rights but symbolized membership in an incorporated association. In other words, shares constituted membership rights (*Mitgliedschaftsrechte*).

However, as the securities market developed and expanded in later years, Japan came under the strong influence of US notions of separation of ownership and management. In this environment, discussions of corporate governance gained momentum and gave rise to myriad theories. For example, under the doctrine of the denial of membership rights, shares were seen to combine two dissimilar rights: the right to claim the distribution of profits; and the right to vote, which one is obligated to exercise in good faith for the benefit of the company. Then there was the view that a stock certificate is no more than a claim, while the right to vote constitutes a non-transferable right that attaches to an individual regardless of the number of shares held. In yet another interpretation, the joint-stock company was viewed to be a fund management organization and an incorporated foundation committed to realizing profits (wherein the acquisition of shares constitutes an investment contract entered into with the company, and as a mechanism for protecting investors, the shareholders' general meeting is not different from the bondholders' meeting).

Reviewing these theories today, one is struck by the fact that almost all types of governance theories can be found here. However, it should be noted that these discussions were being carried out during the early post-war period when Japan's securities market remained in the ashes. This meant that these remained theoretical discussions

captured in the literature of the time, and did not reflect the realities of the market. This allowed the traditional doctrine of *Mitgliedschaftsrechte* to resurface in later years and to become the generally accepted view in Japan. Although the highly varied theories on the essential characteristics of joint-stock companies mentioned above reflected the on-going development of the securities market and the emergence of the public stockholder, these theories were limited by the fact that they were not conducted with adequate knowledge of the Securities and Exchange Act and the securities market.

The situation in Japan today calls for the proper management of the joint-stock company system as predicated on the securities market. By adding the logic of the securities market to Japan's very advanced discussions of the past, I hope to develop new theories of publicly traded company laws.

VII. CORPORATE MERGERS AND ACQUISITIONS

My presentation today mentions 'especially takeovers' in its subtitle. But I am afraid that I have used up most of my time in general discussions. An old Japanese proverb (which we have borrowed from China) explains what I have done: 'offering mutton but selling dog's meat'. So, in the time left to me, I would like to share some of my thoughts on what can be deduced concerning corporate takeovers from the preceding discussions.

First of all, it should be noted that Japan does not have a comprehensive body of rules governing corporate takeovers that can be compared to the City Code on Takeovers and Mergers of the United Kingdom. Nor does Japan have the blatant anti-takeover laws of some US states that are designed to guard local companies from takeover. However, Japan has moved significantly in the direction of excessive deregulation and liberalization as found in the Delaware General Corporation Law. As a result, hostile takeovers have become relatively commonplace. For this reason, Japanese law firms have gone into the business of devising 'takeover defences' in the form of shareholder rights plans. These defence packages are being sold to companies at very high prices. So we see that companies that pay large amounts to the government in taxes are purchasing packaged rules and procedures for defence from law firms. It is very strange that Japanese society views this phenomenon with so little unease.

Such defence packages typically take the following approach. When the acquiring company has purchased about 20% of the outstanding shares of its target company, an independent committee is formed in the target company to judge whether to support the takeover. If the independent committee chooses to oppose the takeover, the company puts a shareholder rights plan into operation that is designed to repulse the takeover by adopting discriminatory measures against the acquiring company. I believe this approach would be subject to serious criticism in other countries. However, given that there are no other viable countermeasures to protect against hostile takeovers, the Japanese courts have to a certain degree shown a willingness to recognize the validity of this approach.

In the United States, there are other options available in fending off unwelcome acquisitions. One is to lobby Congress for the passage of a specific bill, and another is to invoke the anti-takeover provisions contained in state corporation laws. Thus, the United States effectively protects its own companies from takeover even while it goes on the offensive in other countries under the banner of deregulation and liberalization. Japan does not have a presidential system (under a parliamentary cabinet system, most Japanese laws are drafted and sponsored by the government). This means that the Japanese government cannot resort to the excuse that 'the legislature is to blame', nor does it have the option of claiming that company laws come under the jurisdiction of states. Seen from the Japanese perspective, the United States speaks with a forked tongue on two separate levels, a situation that leaves much to be envied. The Japanese structure is well designed for constantly making excuses.

There has been considerable debate in Japan regarding the effectiveness of anti-takeover defensive measures under company law. In my opinion, this question ultimately depends on who the acquiring party is. If the acquirer has a very bad reputation and is poorly behaved, even the most slipshod countermeasures would be judged effective. On the other hand, if the acquirer is a distinguished company with an excellent reputation, even the most carefully devised defences would be judged ineffective. When so much depends on the identity and features of the counterparty, it is risky to debate the problems of company law with no reference to the character of the specific counterparty. That is to say, such an approach runs the risk of leading to countermeasures capable of warding off all comers on the premise that shareholders are essentially evil. This would represent a serious deterioration of company law theory.

Personally, I believe that the first subject to be discussed must be the character of the acquiring party. In this context, the acquiring party must be able to successfully argue that, if acquiring control of the company, it is capable of more fully realizing the objectives and mission of the target company than the current management. In a mature civil society, it is normally not possible to consummate a hostile takeover of a company that is universally supported by society, which I think is perfectly acceptable. Moreover, I believe that a company has the right to rebuff a takeover when the acquiring party is unable to satisfactorily show that it is capable of making a better contribution to the maximum realization of the company's mission. Based on the perception that corporate acquisitions are generally good, there is a strong feeling in Japan that a company should be able to reject a takeover bid only when the bidder is an abusive acquirer (greenmailers and others). However, I do not share this view.

Finally, I would like to say a few words about an 'incredible defensive measure'. I do so half in jest and half seriously. Japan stands out in the entire world as home to many old and established companies. (Japan has nearly 20,000 companies with histories exceeding 100 years; more than 900 companies with histories exceeding 200 years; about 430 companies that are more than 300 years old; and about 10 companies that are more than 1,000 years old. The oldest existing Japanese company is a 1,400-year-old firm

specializing in temple carpentry and construction.) On the other hand, we have the United States, which is a country with a history of less than 300 years, and a corporate valuation method that uses the same method (such as the discounted cash flow method) to assess the value of centuries-old businesses as the value of companies established just a month ago. I firmly believe that we cannot permit our centuries-old businesses to be bought up according to this standard. Therefore, I am recommending that Japan grow a second tongue and use this to designate all Japanese companies with histories of more than 300 years as 'important cultural treasures', thereby in principle rendering them impervious to all takeover bids. It is with this modest proposal that I wish to close this presentation of a patriot and lover of his home country.

Thank you.

Unternehmenstätigkeit und Strafrechtliche Sanktion

– Ein Vergleich der Corporate Compliance in Japan und Deutschland –

Katsunori Kai *

- I. Einleitung
 - II. Empirische Untersuchung auf Grundlage einer Umfrage unter Unternehmen in Japan im Jahr 2010
 - III. Theoretische Überlegungen zu Unternehmenskriminalität und Compliance-Programmen in Japan und Deutschland
 - IV. Zusammenfassung
- Anhang

I. EINLEITUNG

Probleme bei bestimmten Unternehmenstätigkeiten und deren strafrechtliche Sanktionierung sind nicht nur in Japan, sondern auch in Deutschland ein ebenso wichtiges und wie aktuelles Thema. In beiden Staaten mit ihrer großen wirtschaftlichen Aktivität werden bisweilen zweifelhafte Unternehmenstätigkeiten und damit einhergehend verschiedene Arten der Wirtschaftskriminalität aufgedeckt. Aus rechtshistorischer Perspektive bestehen in Japan und Deutschland Gemeinsamkeiten im Hinblick auf das Strafgesetz und die Strafrechtswissenschaft. Zudem unterhält die japanische Strafrechtswissenschaft eine enge Beziehung zur deutschen. So besteht etwa hinsichtlich des Themas der Unternehmenskriminalität eine Zusammenarbeit zwischen unserer *Waseda*-Universität und dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg im Breisgau.¹

Der Schwerpunkt meines Vortrags liegt auf der Bedeutung von *Compliance*-Programmen in der Strafrechtswissenschaft. Der Begriff *Compliance*-Programme, d.h. unternehmensinterne Maßnahmen zur Vermeidung von Straftaten, kommt aus den USA und seine Bedeutung ist vielfältig. Selbst wenn *Compliance*-Programme formell befolgt

* Die um Fußnoten ergänzte Vortragsfassung ist beibehalten.

1 Vgl. U. SIEBER, Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht, in: Sieber (Hrsg.), Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag (Köln 2008) 449 ff.; M. ENGELHART, Sanktionierung von Unternehmen und Compliance. Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA, (Berlin 2010); H. OTTO, Ethik, rechtlicher Rahmen und strafrechtliche Sanktionen beim unternehmerischen Handeln, in: Amelung/Günther/Kühne (Hrsg.), Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag (Stuttgart 2010) 375 ff.

werden, kann dadurch die Unternehmenskriminalität nicht ausgeschlossen werden (siehe etwa die Skandale *Enron* 2001 in den USA, *Parmalat* 2003 in Italien, *Mannesmann* 2005 und *Siemens* 2008 in Deutschland, *Livedoor* und *Murakami-Fund* 2005 sowie *Olympus* 2011 in Japan). Allerdings kann die Existenz von *Compliance*-Programmen in solchen Fällen unter Umständen als Rechtfertigungsgrund, Entschuldigungsgrund oder als Kriterium für die Strafzumessung in Betracht gezogen werden.

In unserer Forschungsgruppe an der *Waseda*-Universität untersuchen wir gegenwärtig die strafrechtliche Bedeutung von *Compliance*-Programmen. Diese Untersuchung konzentriert sich auf zwei Aspekte, erstens einen theoretischen und zweitens einen empirischen, der auf eine Umfrage unter Unternehmen in Japan aus dem Jahr 2010 zurückgeht.

Im Folgenden möchte ich über die Ergebnisse unserer Forschung berichten und sodann auf Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen Japan und Deutschland hinweisen. Dabei versuche ich, eine vergleichende Betrachtung der *Corporate Compliance* in Japan und Deutschland vorzunehmen.

II. EMPIRISCHE UNTERSUCHUNG AUF GRUNDLAGE EINER UMFRAGE UNTER UNTERNEHMEN IN JAPAN IM JAHR 2010

Wir haben den ersten Teil der Untersuchung auf Grundlage einer Umfrage unter Unternehmen mit dem Titel „Unternehmerische Sozialverantwortung (*Corporate Social Responsibility*, CSR) und *Compliance*-Programme etc.“ im Jahr 2004 in Japan durchgeführt. Dieses Projekt war von dem sogenannten „21st Century Center of Excellence (COE), *Waseda Institute for Corporation Law and Society*“ in Zusammenarbeit mit dem Kabinettsbüro (*Naikaku-fu*) initiiert worden und war seinerzeit der weltweit erste Versuch dieser Art. Dabei sind wir der Frage nachgegangen, worin die Bedeutung der „sozialen Verantwortung der Unternehmen“ und der *Compliance*-Programme für die Strafrechtswissenschaft liegt.

Gegenstand der Untersuchung waren die an der Ersten Sektion der Börse in Tokyo (*Tokyo Stock Exchange*, TSE) notierten 3.100 Aktiengesellschaften. Von etwa 30 % dieser Unternehmen erhielten wir Antworten (insgesamt 947). Daraufhin richteten wir im Jahr 2005 ein internes und ein internationales Symposium aus. Bei letzterem haben sich auch Prof. Dr. *Ulrich Sieber* (Direktor am Freiburger Max-Planck-Institut), Herr *Albrecht Schäfer* (Vizepräsident von Siemens in Deutschland) und Rechtsanwalt *Daniel Plaine* (USA) an der Diskussion beteiligt. Das Symposium war sehr nützlich und fruchtbar.²

2 Zu den Ergebnissen vgl. M. TAGUCHI / K. KAI u.a. (Hrsg.), *Kigyô hanzai to konpuraiansu puroguramu* [Unternehmenskriminalität und Compliance Programme] (Tokyo 2007); K. KAI / M. TAGUCHI (Hrsg.), *Kigyô katsudô to keiji kisei no kokusai dôkô* [International Trends in Corporate Activity and Criminal Regulations] (Tokyo 2008); K. KAI (Hrsg.), *Kigyô katsudô to keiji kisei* [Corporate Activity and Criminal Regulations] (Tokyo 2008).

Danach führten wir eine neue Untersuchung auf Grundlage einer weiteren Umfrage unter Unternehmen zum Thema „Die gegenwärtige Situation der Compliance und ihre Aufgaben: Compliance der Unternehmen und Grundzüge ihrer rechtlichen Regelung“ im Jahr 2010 durch. Federführend dabei war die Strafrechtsgruppe des „*Global Center of Excellence (Global COE), Waseda Institute for Corporation Law and Society*“. Ziel war diesmal, die Änderungen in den *Compliance*-Programmen japanischer Unternehmen in den vorhergehenden sechs Jahren zu untersuchen. Befragt wurden 2.496 an der an der Ersten Sektion der Börse in Tokyo notierten Gesellschaften, von denen 448, d.h. 17,95 %, geantwortet haben.³

In meiner Analyse lässt sich zusammenfassend sagen, dass zwar die Rücklaufquote der Antworten nicht so hoch war wie bei der ersten Befragung, dass aber dafür die Qualität der Antworten sehr gut war. Wir haben eine Vielzahl von offen und sorgfältig abgefassten Beschreibungen der Praxis in den Unternehmen erhalten. Auch die Antworten in den Fragebögen sind sehr interessant. Zwar ist in Japan in den Jahren 2000 bis 2006 ein System der *Compliance* formell etabliert worden, wozu vor allem der „*Whistleblower Protection Act*“⁴ beigetragen hat (vgl. Fragen 7-2, 7-3). Jedoch ist dieses System inhaltlich bis jetzt noch nicht ausreichend ausgestaltet worden. Insbesondere lässt sich oft nicht verhindern, dass die Unternehmensleitungen ihre Befugnisse überschreiten.

Zu dem sog. „*leniency program*“, d.h. der Kronzeugenregelung, gab es viele positive Rückmeldungen, welche dieses als ein wirksames Instrument einschätzten (vgl. Frage 20). Das Konzept stammt aus den USA und ist in Japan erstmals mit der Reform des Antimonopolgesetzes⁵ im Jahr 2005 eingeführt worden; wie dieses Konzept in Deutschland bewertet wird, ist mir nicht genau bekannt.

Im Hinblick auf die rechtlichen Sanktionen scheint mir die Differenzierung zwischen strafrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Sanktionen sehr interessant zu sein. Vor allem die Beziehung zwischen „*surcharge*“ und Strafe ist komplex (vgl. Fragen 24 bis 26). Die „*surcharge*“ ist der Geldbuße des deutschen Ordnungswidrigkeitengesetzes (OwiG) ähnlich, genau genommen aber doch anders. Sie ist eine Art der Verwaltungssanktion und wird vor allem im Bereich des Antimonopolrechts und des Handels mit Finanzprodukten bei Verstößen sehr hoch angesetzt (sog. „japanischer *Sarbanes Oxley Act*“). Die befragten Unternehmen haben sie einerseits inhaltlich als Strafe verstanden und für wirksam gehalten, um Straftaten von Unternehmen vorzubeugen (vgl. Fragen 26, 28).

3 Vgl. dazu die Details am Ende des Fragebogens zur *Corporate Compliance*, der hiernach abgedruckt ist.

4 *Kôeki tsûhû-sha hogo-hô*, Gesetz Nr. 122/2004; engl. Übers. unter <http://www.japaneselawtranslation.go.jp> (Stand 2009; abgerufen am 7.6.2012).

5 *Shiteki dokusen no kinshi oyobi kôsei torihiki no kakuho ni kansuru hôritsu* [Gesetz über das Verbot privater Monopolisierung und die Sicherung des freien und lautereren Wettbewerbs], Gesetz Nr. 54/1947 i.d.F. des Gesetzes Nr. 51/2009; engl. Übers. unter <http://www.japanese-lawtranslation.go.jp> (Stand 2009; abgerufen am 7.6.2012).

Andererseits wurde jedoch die kritische Meinung geäußert, dass die „*surcharge*“ gegen den Grundsatz des Verbots der doppelten Bestrafung verstoße. Als strafrechtliche Sanktionen werden neben einer Geldbuße ferner die Veröffentlichung des Firmennamens, Bewährung für das Unternehmen, die Löschung aus dem Register und anderes mehr angegeben (vgl. Frage 27).

In diesem Zusammenhang möchte ich auch auf die juristische Person eingehen: In Japan existiert für juristische Personen keine direkt anzuwendende allgemeine Strafnorm. Eine Mehrheit der Antworten auf unsere Umfrage befürwortet jedoch die Bestrafung juristischer Personen (55 %; vgl. Frage 29). Auch in der japanischen Literatur ist diese Ansicht im Vordringen.⁶ Allerdings bin ich persönlich anderer Ansicht, weil in Japan bereits ein System der parallelen Strafbarkeit des direkten Täters und des Unternehmers bzw. – in gewissen Fällen nach dem Nebenstrafrecht – des Unternehmens als juristischer Person existiert. Nach meiner Kenntnis gibt es auch im deutschen Strafgesetzbuch keine direkte Vorschrift zur Bestrafung juristischer Personen, es finden sich allenfalls Sanktionsvorschriften im Ordnungswidrigkeitengesetz (vgl. §§ 30, 130 OWiG).⁷ Dieser Standpunkt ist im Hinblick auf das Schuldprinzip angemessen, wenngleich immer mehr Staaten juristische Personen unmittelbar dem Strafgesetz unterwerfen.

Die Zahl der Unternehmen, die *Compliance*-Programme eingeführt haben, hat zugenommen (vgl. Fragen 1 bis 11). Allerdings scheinen diese in Japan nicht immer effektiv zu funktionieren, wie jüngst der Fall *Olympus* im Jahr 2011 gezeigt hat. Die Rechtsnatur der *Compliance*-Programme ist in der Literatur umstritten.⁸

Damit lassen sich die Ergebnisse unserer Untersuchung in fünf Punkten zusammenfassen:

1. Es besteht eine gewisse Tendenz zur Verfestigung der *Compliance*, der *Corporate Social Responsibility* und des Gebrauchs des *Whistleblower Protection Acts*, diese sind jedoch in ihrer Wirkung insgesamt noch nicht befriedigend.
2. Das *Leniency*-Programm wird unterschiedlich bewertet, die positiven Antworten überwiegen jedoch.
3. Der konkrete Inhalt von *Compliance* oder von *Compliance*-Programmen wird je nach Art und Umfang der unternehmerischen Tätigkeit unterschiedlich interpretiert.
4. In Bezug auf rechtliche Regelungen und Sanktionen wird einerseits die Wirksamkeit der „*surcharge*“ anerkannt, andererseits aber eine Bestrafung auch juristischer Personen gewünscht.

6 Vgl. insbesondere R. HIGUCHI, *Hôjin shobatsu to keihô riron* [Die Bestrafung juristischer Personen und die Strafrechtstheorie] (Tokyo 2009).

7 Zum OWiG in Deutschland ENGELHART (Fn. 1).

8 Vgl. KAI (Fn. 2, dritter Titel).

5. In Bezug auf das Wesen strafrechtlicher Regelungen muss der Frage weiter nachgegangen werden, ob Unternehmenskriminalität allein mit dem geltenden Recht ausreichend geahndet werden kann⁹ oder ob eine allgemeine Bestrafung juristischer Personen *de lege ferenda* eingeführt werden sollte.¹⁰

III. THEORETISCHE ÜBERLEGUNGEN ZU UNTERNEHMENSKRIMINALITÄT UND COMPLIANCE-PROGRAMMEN IN JAPAN UND DEUTSCHLAND

Die strafrechtliche Bedeutung von *Compliance*-Programmen ist in Japan umstritten. Nach meiner Beurteilung entfalten diese auf den folgenden fünf Ebenen Relevanz:

1. Ebene der Rechtswidrigkeit

Compliance-Programme lassen sich als Rechtfertigungsgrund qualifizieren. Beispielsweise könnte bei einem Fahrlässigkeitsdelikt ein *Compliance*-Programm Teil der objektiven Sorgfaltspflicht sein.¹¹ So könnte etwa eine bestimmte Handlung rechtmäßig gewesen sein, wenn die im Unternehmen bestehenden *Compliance*-Programme in dem betreffenden Fall umgesetzt wurden, weil damit die objektive Sorgfaltspflicht erfüllt wurde. Allerdings ist es nicht ausreichend, eine Handlung zu rechtfertigen, wenn dabei die Sorgfaltspflicht nur formalistisch beachtet wurde.

2. Ebene der Schuld bzw. der Verantwortlichkeit

Über die Dogmatik des Fahrlässigkeitsdelikts besteht in Japan auch heute noch Uneinigkeit: Vor allem nach der klassischen Theorie ist die Fahrlässigkeit Teil der Schuld und damit ist der subjektive Aspekt der Vorhersehbarkeit des Eintritts einer Folge von Bedeutung. Auch ich vertrete diesen Standpunkt. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass zum Beispiel ein ehemaliger Direktor des Unternehmens *JR-West* in einem Prozess zum Eisenbahnunfall von *Amagasaki* (Entgleisung auf der *JR-Fukuchiyama*-Linie im Jahr 2005) am 11. Januar 2012 freigesprochen wurde,¹² weil er keine Kenntnis der konkreten Gefahr gehabt habe und damit der Eintritt des Erfolgs für ihn nicht vorhersehbar gewesen sei. Dieser Prozess stand im Brennpunkt des öffentlichen Interesses, weil bei dem Unfall 107 Fahrgäste sowie das Zugpersonal zu Tode gekommen waren. Der Freispruch hat insbesondere die Hinterbliebenen der Opfer emotional

9 Vgl. K. KAI, *Kôporêto gabanansu to keiji kisei* [Corporate Governance und strafrechtliche Regelungen], in: Kai (Fn. 2, dritte Titel) 204 ff.

10 Vgl. HIGUCHI (Fn. 6), der nicht nur eine Organisationsfahrlässigkeit, sondern auch einen Organisationsvorsatz für möglich hält.

11 Vgl. T. KAWASAKI, *Kigyô no keiji sekinin* [Die strafrechtliche Verantwortung von Unternehmen] (Tokyo 2004); vgl. auch SIEBER (Fn. 1) 469 ff.

12 Distriktgericht Kobe v. 11. Januar 2012, Fall Nr. 2009 wa 695 (*Anm. d. Red.*).

stark betroffen. Ich halte dieses Urteil jedoch für richtig, weil wir uns der Grenzen des Strafrechts, wie *Sieber* betont,¹³ vor allem beim Fahrlässigkeitsdelikt bewusst sein müssen.

Zudem lässt sich auch bei Vorsatzdelikten an den Schuldausschließungsgrund des Verbotsirrtums und Probleme hinsichtlich des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit sowie der Unzumutbarkeit usw. denken, falls hierfür ein adäquater Grund besteht.

3. Ebene der Strafzumessung

Compliance-Programme lassen sich auch im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigen. Ursprünglich entstammt dieser Gedanke dem „*sentencing-program*“ in den USA. Daher sollte die Einordnung von *Compliance*-Programmen auf dieser Ebene am besten gelingen. Dies kann von einer Strafmilderung bis hin zum Absehen von der Strafe reichen. So gesehen ist auch das oben genannte „*Leniency-Konzept*“ funktional eine Art *Compliance*-Programm.

4. Ebene der Anklageerhebung

Diese Funktion der *Compliance*-Programme zeigt sich in Japan auch auf Ebene der Anklage, wo die Staatsanwaltschaft Ermessen hinsichtlich der Erhebung bzw. des Absehens von einer Anklage hat (sog. Opportunitätsprinzip im Gegensatz zum deutschen Legalitätsprinzip).

5. Ebene der Gesetzgebung

Compliance-Programme können auch auf gesetzgeberischer Ebene, insbesondere im Verwaltungs- und Nebenstrafrecht im Zusammenhang mit Unternehmenskriminalität und *Corporate Governance* eine Rolle spielen.

IV. ZUSAMMENFASSUNG

Abschließend möchte ich die Ergebnisse meiner Betrachtung kurz wie folgt zusammenfassen. Ausgestaltung und Berücksichtigung von *Compliance*-Programmen sind auf drei unterschiedliche Weisen vorstellbar:

1. Es kann gemeinsame *Compliance*-Programme für sämtliche unternehmerischen Tätigkeiten geben. Wir müssten diese in grundsätzliche Richtlinien oder möglicherweise in ein Gesetz für *Corporate Governance*, unter Umständen sogar in strafrechtliche Regelungen festschreiben.

13 U. SIEBER, Grenzen des Strafrechts—Grundlagen und Herausforderungen des neuen strafrechtlichen Forschungsprogramms, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 2007, 1 f.

2. Ferner sind spezielle *Compliance*-Programme für bestimmte unternehmerische Tätigkeiten vorstellbar (z.B. für Finanzgeschäfte, Handel, Baugewerbe usw.). Diese Art von *Compliance*-Programmen dürfen wir nicht ignorieren. Sie können bei den jeweiligen Tätigkeiten wichtige Instrumente der Selbstkontrolle darstellen.
3. Schließlich können sich einzelne Unternehmen ausführliche *Compliance*-Programme geben. Solche Programme sind sehr wichtig und nützlich für eine gute *Corporate Governance*; sie bestimmen die Unternehmenskultur mit.

Die Gesamtheit dieser Regeln macht die Aufgabe von *Compliance*-Programmen aus. Damit können diese Programme, wie oben dargelegt, die folgenden fünf Funktionen haben:

1. Rechtfertigungsfunktion,
2. Entschuldigungsfunktion,
3. Funktion des Absehens von der Anklage,
4. Strafbefreiungs- oder Strafmilderungsfunktion, und
5. Förderung der Gesetzgebung.

Um diese Aufgaben zu verwirklichen, müssen wir unseren Blick vom Wirtschaftsstrafrecht hin zum Unternehmensstrafrecht wenden. Hierbei müssen wir uns der Grenzen strafrechtlicher Sanktionen bewusst sein, um so ein neues System aus dem Zusammenspiel von *soft law* und *hard law* errichten zu können.

ANHANG

Questionnaire on Corporate Compliance

Organizer: The Global COE WASEDA Institute for Corporation Law and Society
Researcher: Commercial Law Center, Inc.
Collaborator: The Economic and Social Research Institute of the Cabinet Office of Japan

20 December 2010

We will adopt thoroughgoing measures to maintain confidentiality when we make use of this completed questionnaire. We will adopt exhaustive measures to prevent the name of your company from being identified when we publish the total results. *Your answers and name are never made public*: the results, separated from your company's name, will be summed up in the form of "Answers of XX are YY percent," and so on. Your answers and the accompanying data that is collected will be used strictly for purposes of academic research.

Please pay attention to the following when you fill in this questionnaire:

1. Please enter the relevant matters/details in the thick-bordered box and choose the related number(s) for the multiple-choice questions (1, 2, 3, ...). Please answer on an unconsolidated basis.
2. Some questions need to be answered only by some of the responding companies and others need to be answered by all companies.

Name of your company	Respondent	Division/department section
Location of your company (Office where you answered)		Contact address (telephone number, e-mail)

Capital (Yen) (n=448)

– 5 billion	5 billion – 10 billion	10 billion – 50 billion	50 billion – 100 billion	100 billion –	Not clear/ no answer
159 (35.5%)	81 (18.1%)	138 (30.8%)	28 (6.3%)	40 (8.9%)	2 (0.4%)

Number of Employees (n=448)

– 1,000	1,000 – 5,000	5,000 – 10,000	10,000 –	Not clear/ no answer
193 (43.1%)	181 (40.4%)	36 (8.0%)	35 (7.8%)	3 (0.7%)

Main Industry

(Plural answers are not accepted) (n=448)

1. Foods	21 (4.7%)	2. Textiles & apparels	14 (3.1%)
3. Pulp & paper	5 (1.1%)	4. Chemicals	32 (7.1%)
5. Pharmaceutical	10 (2.2%)	6. Oil & coal products	2 (0.4%)
7. Rubber products	5 (1.1%)	8. Glass & ceramics	7 (1.6%)
9. Iron & steel	6 (1.3%)	10. Nonferrous metals	8 (1.8%)
11. Metal products	9 (2.0%)	12. Machinery	34 (7.6%)
13. Electric appliances	33 (7.4%)	14. Transportation equipment	20 (4.5%)
15. Precision instruments	8 (1.8%)	16. Other products	20 (4.5%)
17. Fishery, agriculture & forestry	0 (0.0%)	18. Mining	0 (0.0%)
19. Construction	32 (7.1%)	20. Wholesale trade	38 (8.5%)
21. Retail trade	41 (9.2%)	22. Real estate	9 (2.0%)
23. Land transportation	3 (0.7%)	24. Marine transportation	1 (0.2%)
25. Air transportation	0 (0.0%)	26. Warehousing & harbor transportation services	7 (1.6%)
27. Information & communication	21 (4.7%)	28. Electric power & gas	9 (2.0%)
29. Services	18 (4.0%)	30. Banks	17 (3.8%)
31. Securities & commodity futures	2 (0.4%)	32. Insurance	1 (0.2%)
33. Other financing business	9 (2.0%)	Not clear	6 (1.3%)

I. COMPLIANCE

Since the twentieth century, compliance has been taken seriously. Please answer the following questions on compliance. In this questionnaire, compliance includes not only compliance to laws and regulations, but also to the protection of corporate ethics. The compliance program includes not only rules of compliance but also training, inspection, and so on.

Question 1: What kinds of matters do you focus on when implementing the compliance program? Please choose each relevant matter (plural answers are possible). If an answer is not represented, please choose “Other matters” and fill in the blank space. (n=448)

1. Illegal cartel	154	(34.4%)	2. Obstruction of auctions	157	(35.0%)
3. Contact with the same trader	115	(25.7%)	4. Dumping	92	(20.5%)
5. Resale price maintenance	89	(19.9%)	6. Deferring payment for subcontractor	285	(63.6%)
7. False indication of commodity	182	(40.6%)	8. Violation of patent	180	(40.2%)
9. Violation of similar trademarks	65	(14.5%)	10. Defective merchandise	220	(49.1%)
11. Bribery (include overseas)	154	(34.4%)	12. Violation of reporting obligation to authorities concerned	184	(41.1%)
13. Camouflage of employment relationship	132	(29.5%)	14. Violation of the duty to protect privileged information	278	(62.1%)
15. Fair advertisement	152	(33.9%)	16. Avoidance of conflicts of interest	166	(37.1%)
17. Prohibition of discrimination against a colleague	148	(33.0%)	18. Other matters	70	(15.6%)

※ the number (percentage) of checks

Question 2: Do you carry out in-house education of your employees to promote compliance (including e-learning, new employee training, director training, and so on)? (n=448)

1. A few times a year	282	(62.9%)	2. Once a year	122	(27.2%)
3. Seldom	36	(8.0%)	4. Not at all	6	(1.3%)
Not clear/no answer	2	(0.4%)			

Question 2-1: If you chose 1, 2, or 3 in Question 2, do you remember the date when your education system was established? (n=442)

1. After 2006	159 (36.0%)	2. 2001 – 2005	201 (45.5%)
3. Before 2000	79 (17.9%)	Not clear/no answer	3 (0.7%)

Question 3: For all companies: How do you try to inform your employees of your compliance program? Please choose the relevant means. If an answer is not represented, please choose “Other matters” and fill in the blank space. (Plural answers are possible) (n=448)

1. Training, seminar	370 (82.6%)	2. Corporate trainer system	30 (6.7%)
3. E-learning	159 (35.5%)	4. Pamphlet	240 (53.6%)
5. Intranet, e-mail	316 (70.5%)	6. Opinion poll on compliance by outsider	28 (6.3%)
7. Monitoring	117 (26.1%)	8. Not especially	12 (2.7%)
9. Other means	41 (9.2%)	※ the number (percentage) of checks	

Question 4: How do you try to inform the shareholders of your company of your compliance program? (Plural answers are possible) (n=448)

1. Homepage	249 (55.6%)	2. Securities report	236 (52.7%)
3. Corporate governance report	218 (48.7%)	4. Business report	143 (31.9%)
5. Other means	78 (17.4%)	6. We don't inform	50 (11.2%)
		※ the number (percentage) of checks	

Question 5: Do you try to inform consumers of your compliance program? (n=448)

1. Enough	30 (6.7%)	2. A little	164 (36.6%)
3. Little	160 (35.7%)	4. Not at all	86 (19.2%)
Not clear / no answer	8 (1.8%)	Average	2.69

Question 6: Do you have a specific third-party audit system to check the effectiveness of your compliance program for preventing possible scandals? (n=448)

1. Yes	77 (17.2%)	2. No, but planned to have	20 (4.5%)
3. No	348 (77.7%)	Not clear/no answer	3 (0.7%)

Question 7: For all companies: A few years have passed since the Whistleblower Protection Act of 2005 has been in force. Do you have a specific system to find and prevent illegal conduct of individual employees or of your corporation itself by non-compliance (by establishing an anonymous compliance hotline inside or outside your company, the procedure for that report, and so on)? (n=448)

1. Yes	442	(98.7%)	2. No	4	(0.9%)
Not clear/no answer	2	(0.4%)			

If you chose “Yes,” please answer Question 7-1 – Question 7-3.

Question 7-1: What kind of division/department/section is it? (Plural answers are possible) (n=442)

1. Legal (affairs) division/department/section	105	(23.6%)
2. Audit division/department/section	70	(15.8%)
3. Compliance division/department/section	273	(61.5%)
4. In-house lawyer (except 1 and 2)	4	(0.9%)
5. Outside lawyer	240	(54.1%)
6. Other division/department/section	126	(28.4%)

Question 7-2: Do you remember the date when your prevention system was established? (n=442)

1. After 2006	214	(48.2%)	2. 2001-2005	206	(46.4%)
3. Before 2000	20	(4.5%)	Not clear/no answer	4	(0.9%)

Question 7-3: What do you think about the effects/influences of the Whistleblower Protection Act of 2005 on the operation of this system? (n=442)

1. It has made the operation of the system run smoothly.	56	(12.6%)
2. It has made the procedure complicated.	2	(0.5%)
3. It has enabled us to establish the system.	145	(32.7%)
4. It hasn't influenced much.	220	(49.5%)
5. Other	8	(1.8%)
Not clear/no answer	13	(2.9%)

Question 8: For all companies: Does your compliance program include a specific procedure through which an employee who wants to report a possible violation of compliance can do so (a hearing procedure and so on)? (n=448)

1. Yes	335	(74.8%)	2. No	109	(24.3%)	Not clear/no answer	4	(0.9%)
--------	-----	---------	-------	-----	---------	---------------------	---	--------

Question 9: If your compliance program includes such a specific procedure, does it have any provisions governing how your employee will be dealt with according to their status in your company (employee with no title, decision-maker on the relevant conduct, director, representative director, and so on) (for example, distinction of the division/department/section in charge)? (n=448)

1. Yes 89 (19.9%) 2. No 350 (78.1%) Not clear/no answer 9 (2.0%)

Question 9-1: If it is convenient, could you explain this specific procedure?

.....

Question 10: What is the most desirable method for establishing a specific system to prevent the violation of laws and regulations? (n=448)

1. By each corporation 310 (69.2%) 2. By industry group 27 (6.0%)
3. Guidelines by administrative agency 95 (21.2%) Not clear/no answer 16 (3.6%)

Question 11: Please explain the characteristics of your compliance program, if any:

.....

II. CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY (CSR)

The following questions concern not only compliance but also corporate social responsibility (CSR).

Question 12: Please choose three matters on which you place great importance, and rank these matters: (n=448)

A. Not being concerned with anti-social organizations	190 points	B. Prohibition of discrimination	146 points
C. Disclosure	232 points	D. Global environmentally friendly business policy	420 points
E. Normalization	4 points	F. Welfare, health, and safety of employees	125 points
G. Protection of intellectual property	32 points	H. Support of pro-environment group	10 points

I. Protection of privacy	32 points	J. Preservation of traditional culture	7 points
K. Safe products/services	418 points	L. Development of human resources	94 points
M. Respect for human rights	95 points	N. Prevention of corruption	16 points
O. Fair competition	130 points	P. Contribution to community	212 points
Q. Community investment	8 points	R. Other matters	47 points

※ First: 3 points; second: 2 points; third: 1 point

Question 13: Do you have a rule to inquire whether your foreign business partners have respect for CSR? (n=448)

1. At all times	23	(5.1%)	2. Sometimes	106	(23.7%)
3. Hardly	154	(34.4%)	4. Not at all	147	(32.8%)
Not clear/no answer	18	(4.0%)	Average	2.98	

Question 13-1: If you have such a rule, what kinds of matters do you inquire of your counterparts? Please choose the relevant answer (plural answers are possible). (n=283)

A. Not being concerned with anti-social organizations	91	(32.2%)	B. Prohibition of discrimination	21	(7.4%)
C. Disclosure	65	(23.0%)	D. Global environmental-friendly business policy	94	(33.2%)
E. Normalization	5	(1.8%)	F. Welfare, health, and safety of employees	36	(12.7%)
G. Protection of intellectual property	61	(21.6%)	H. Support of pro-environment group	5	(1.8%)
I. Protection of privacy	24	(8.5%)	J. Preservation of traditional culture	3	(1.1%)
K. Safe products/services	97	(34.3%)	L. Development of human resources	11	(3.9%)
M. Respect for human rights	46	(16.3%)	N. Prevention of corruption	30	(10.6%)
O. Fair competition	68	(24.0%)	P. Contribution to community	22	(7.8%)
Q. Community investment	2	(0.7%)	R. Other matters	15	(5.3%)

※ the number (percentage) of checks

Question 14: Please explain the characteristic of your compliance program, if any:

.....

III. DAMAGE INCURRED OR EXPERIENCE AS A VICTIM IN A BUSINESS PROCESS

These questions relate to your experience as a victim of other corporations' violations of the laws and regulations.

Question 15: Have you suffered damage (more than one hundred million per corporation) resulting from other corporations' violations of the laws and regulations in the past five years (since 2006)? (n=448)

1. Yes 26 (5.8%) 2. No 413 (92.2%) Not clear/no answer 9 (2.0%)

Question 15-1: If you chose "Yes," that damage was suffered from (n=26)

1. A domestic corporation 13 (50.0%) 2. A foreign corporation 7 (26.9%)
3. Both 6 (23.1%)

Question 15-2: Have you participated in other corporations' violations of laws, or been almost forced to do so? (n=448)

1. Yes 50 (11.2%) 2. No 341 (76.1%) Not clear/no answer 57 (12.7%)

Question 16: If you chose "Yes" in Question 15, could you explain the cause through which you have suffered? Please choose all related causes. If the related cause is not listed, please choose "Other causes" and fill in the blank space. As you answer this question, please make a distinction between damage from domestic corporations and foreign corporations. (n=26)

Damage from Domestic Corporation

1. Illegal cartel	1	(3.8%)	2. Obstruction of auctions	2	(7.7%)
3. Contact with the same trader	0	(0.0%)	4. Dumping	1	(3.8%)
5. Resale price maintenance	0	(0.0%)	6. Deferring payment for subcontractor	1	(3.8%)
7. False indication of commodity/service	5	(19.2%)	8. Violation of patent	3	(11.5%)
9. Similar trademarks	2	(7.7%)	10. Defective merchandise	6	(23.1%)

11. Being forced to give unlawful benefit	0	(0.0%)	12. Violation of reporting obligation to authorities concerned	0	(0.0%)
13. Camouflage of employment relationship	0	(0.0%)	14. Not being concerned with anti-social organizations	0	(0.0%)
15. Violation of company secret	0	(0.0%)	16. Other causes	0	(0.0%)

※ the number (percentage) of checks

Damage from Foreign Corporation

1. Illegal cartel	1	(3.8%)	2. Obstruction of auctions	0	(0.0%)
3. Contact with the same trader	0	(0.0%)	4. Dumping	0	(0.0%)
5. Resale price maintenance	0	(0.0%)	6. Deferring payment for subcontractor	0	(0.0%)
7. False indication of commodity/service	1	(3.8%)	8. Violation of patent	4	(15.4%)
9. Similar trademarks	6	(23.1%)	10. Defective merchandise	4	(15.4%)
11. Being forced to give unlawful benefit	0	(0.0%)	12. Violation of reporting obligation to authorities concerned	0	(0.0%)
13. Camouflage of employment relationship	0	(0.0%)	14. Not being concerned with anti-social organizations	0	(0.0%)
15. Violation of company secret	0	(0.0%)	16. Other causes	2	(7.7%)

※ the number (percentage) of checks

Question 17: If you chose "Yes" in Question 15, how do you evaluate the civil remedies for compensation for damage? (n=26)

Domestic

1. Very satisfied	0	(0.0%)	2. Somewhat satisfied	13	(50.0%)
3. Hardly satisfied	3	(11.5%)	4. Not satisfied	3	(11.5%)
Not clear/no answer	7	(26.9%)	Average	2.47	

Foreign

1. Very satisfied	1	(3.8%)	2. Somewhat satisfied	4	(15.4%)
3. Hardly satisfied	5	(19.2%)	4. Not satisfied	1	(3.8%)
Not clear/no answer	15	(57.7%)	Average	2.55	

Question 17-1: If you are dissatisfied with such civil remedies, please give a concrete explanation, including foreign cases.

.....

Question 18: If you chose “Yes” in Question 15, have you taken this complaint or accusation into consideration when you were involved in a criminal case as a victim? (n=26)

1. Yes 7 (11.5%) 2. No 16 (61.5%) Not clear/no answer 3 (11.5%)

Question 18-1: If you chose “Yes,” do you have the criterion of/policy on the complaint or accusation? (n=26)

1. Yes 2 (7.7%) 2. No 10 (38.5%) Not clear/no answer 14 (53.8%)

Question 18-2: Are you satisfied with the processing by the authorities concerned with your complaint? (n=26)

1. Very satisfied	0	(0.0%)	2. Somewhat satisfied	3	(11.5%)
3. Hardly satisfied	3	(11.5%)	4. Not satisfied	2	(7.7%)
Not clear/no answer	18	(69.2%)	Average	2.86	

Question 18-3: If you were dissatisfied with this processing, please provide an explanation in the following blank:

.....

IV. IDEAL SANCTION SYSTEM

The following questions are for all companies. These questions are closely related to developments in the amendments of the laws concerned, such as the Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade (APPMFT) and the Financial Instruments and Exchange Act (FIEA). These question relate to your opinion about such developments.

Question 19: As a result of the amendment of APPMMFT, the amount of surcharge was increased (10 percent of the sales amount for a large company, except 3 percent for a retail business or 2 percent for a wholesale business; and 4 percent of the sales amount for a small and medium-sized enterprise, except 1.2 percent for a retail business or 1 percent for a wholesale business). What do you think about this amount of surcharge? (n=448)

1. Too large	68 (15.2%)	2. Appropriate	347 (77.5%)
3. Too small	10 (2.2%)	Not clear/no answer	23 (5.1%)

Question 19-1: Please explain the reason for your opinion, if any:

.....

Question 20: As a result of the amendment of APPMMFT, the so-called Leniency Program was introduced. In the Leniency Program, the surcharge shall be reduced or waived in cases where the corporation that committed the violation voluntarily submits reports and materials regarding the facts pertaining to the relevant violation to the Japan Fair Trade Commission (JFTC). (For the first applicant among corporations that committed violation, the relevant surcharge shall be waived. For the second, 50 percent of the relevant surcharge shall be reduced, and for the third, 30 percent of that shall be reduced. After the JFTC's investigation start date, 30 percent of the relevant surcharge shall be reduced up to three applicants.) What do you think of the Leniency Program? (n=448)

1. Very highly esteemed	131 (29.2%)	2. Somewhat highly esteemed	247 (55.1%)
3. Hardly esteemed	45 (10.0%)	4. Not esteemed at all	5 (1.1%)
Not clear/no answer	20 (4.5%)	Average	1.82

Question 20-1: Please explain the reason for your opinion, if any:

.....

Question 21: While revealing the true facts takes first priority when an administrative investigation based on APPMMFT is carried out, it is said that the right to have counsel present during interrogation, the right to remain silent, and so on should be taken into consideration. What do you think of this opinion? (n=448)

1. These rights should be guaranteed.	241 (53.8%)	2. These rights do not need to be guaranteed.	31 (6.9%)
3. We can't choose between 1 and 2.	155 (34.6%)	Not clear/no answer	21 (4.7%)

V. EXPERIENCE REGARDING LEGAL DISPOSITION

This final question relates to your experience regarding legal disposition.

Question 22: If you faced legal (i.e., administrative or criminal) disposition for your alleged violation of laws, would you announce that fact to the public? (n=448)

1. Yes	204	(45.5%)	2. No	3	(0.7%)
3. Not yet decided	226	(50.4%)	Not clear/no answer	15	(3.3%)

Question 22-1: If you chose “Yes,” what would be your criteria and decision-making process for the publication/disclosure of the fact?

.....

Question 23: Have you faced administrative disposition (order to suspend business, disposition that suspends participation in a bid, order to improve business activities, order to pay surcharge, and so on) since 2006? (n=448)

1. Yes	82	(18.3%)	2. No	335	(74.8%)
3. Unknown/decline to answer	23	(5.1%)	Not clear/no answer	8	(1.8%)

Question 23-1: If possible, please list the facts of your case, the statute applied, and the category and details of the administrative disposition:

.....

Question 24: Since 2006, has your company itself or an individual employee been assessed criminal sanctions for violating a business-related criminal statute? (n=448)

1. Yes	31	(6.9%)	2. No	373	(83.3%)
3. Unknown/decline to answer	37	(8.3%)	Not clear/no answer	7	(1.6%)

Question 24-1: If possible, please list the facts in your company’s or your employee’s case, the penal statute applied, the offense, and the category and degree of the penalty:

.....

Question 24-2: At what stage do you take disciplinary action against an individual employee for violating a business-related criminal statute? (n=448)

1. Arrest	60 (13.4%)	2. Institution of prosecution	66 (14.7%)
3. Decision	28 (6.3%)	4. Final and binding decision	119 (26.6%)
Not clear/no answer	175 (39.1%)		

Question 25: Do you think it is appropriate to refrain from prosecuting corporations that have tried to comply with laws or to apply dual criminal liability provisions but to levy milder sentences on such corporations, taking their efforts to comply with the laws into consideration? (n=448)

1. Refrain from prosecution	86 (19.2%)	2. Milder sentencing	270 (60.3%)
3. Neither	54 (12.1%)	Not clear/no answer	38 (8.5%)

Question 26: As a result of the enactment of FIEA, surcharges and fines for insider trading, unfair trade practices, and so on have been increased. What do you think about the deterrent effects of such an increase on corporations' violations of the laws? (n=448)

1. Very effective	97 (21.7%)	2. Somewhat effective	310 (69.2%)
3. Hardly effective	29 (6.5%)	4. Not effective at all	0 (0.0%)
Not clear/no answer	12 (2.7%)		

Question 27: In Japan, the existing criminal sanction system utilizes only monetary fines as the basic and primary penalty imposed upon convicted corporations. What do you think about the future course of this criminal sanction system? (n=448)

1. Only a fine is enough.	185 (41.3%)
2. "Publication of the convicted corporation's name," "probation to the convicted corporation," "exclusion of the convicted corporation from the bid," and so on need to be added to the criminal sanctions.	232 (51.8%)
Not clear/no answer	31 (6.9%)

Question 27-1: If you think that other penalties or new types of corporate crimes (for example, corporate bribery) need to be introduced, please detail those below: (n=448)

.....

Question 28: From the viewpoint of the corporation, which is more effective in deterring a corporation from violating the laws: a surcharge of one million yen (an administrative sanction) or a fine of one hundred million yen (a criminal sanction)? (n=448)

1. Surcharge	293 (65.4%)	2. Fine	115 (25.7%)
Not clear/no answer	40 (8.9%)		

Question 29: In foreign countries, provisions that punish judicial persons have increased. On the other hand, in Japan, there are no provisions that punish judicial persons themselves (excluding dual criminal liability provision). What do you think about introducing such provisions into the Japanese criminal sanction system? (n=448)

1. Preference for punishment of judicial persons themselves	248 (55.4%)
2. Preference for punishment of natural persons as in the existing system	161 (35.9%)
Not clear/no answer	39 (8.7%)

VI. OTHERS

Question 30: If you have anything to say regarding the topic of this survey, please write it below:

.....

Thank you very much!

Please return this completed questionnaire by *20 December 2010*.

Basic Data on "Questionnaire on Corporate Compliance"

[Organizer/ Researcher/ Collaborator]

Organizer: The Global COE WASEDA Institute for Corporation Law and Society

Researcher: Commercial Law Center, Inc.

Collaborator: The Economic and Social Research Institute of the Cabinet Office of Japan

[Period of Research] 25 November 2010 – 31 January 2011

[The number of companies polled]

Companies listed on the first section of the Japanese exchanges (2,496 companies)

[The number (percentage) of responding companies] 448 companies (17.95%)

Corporate Compliance und Strafrecht in Deutschland

Thomas Rönna

- I. Einführung
- II. Compliance als Beispiel einer insbesondere auf Strafrecht reagierenden Selbstregulierung
- III. Auswirkungen von Compliance auf die Strafrechtsanwendung
 1. Entlastungseffekte:
Verminderung von Strafbarkeitsrisiken durch Compliance
 2. Belastungseffekte:
Verschärfung von Strafbarkeitsrisiken durch Compliance
 3. Kritische Bewertung
- IV. „Internal Investigations“: Mitarbeiterbefragungen im Konflikt mit dem *nemo-tenetur*-Grundsatz
- V. Fazit

I. EINFÜHRUNG

Corporate Compliance – auch in der mir thematisch vorgegebenen Verknüpfung mit dem Strafrecht – ist heute in aller Munde – weltweit! Gerade haben wir vom Kollegen *Kai* gehört, was japanische Unternehmen mittlerweile alles tun, um „compliant“ zu sein. Das ist in Deutschland in der jüngeren Vergangenheit nicht anders gewesen. Die Furcht der Unternehmen vor hohen Vermögensschäden und massiven Reputationsverlusten, ausgelöst durch Korruptionsstraftaten, Kartellabsprachen oder sonstige Regelverstöße von Mitarbeitern und Führungskräften ist groß. Viele Unternehmen betreiben daher spätestens seit der Aufarbeitung der medial stark ausgeschlachteten „Siemens-Affäre“ einen gewaltigen Aufwand, um zivil- und strafrechtliche Haftung zu vermeiden bzw. im Verdachtsfall durch breit angelegte „Internal Investigations“ für Aufklärung zu sorgen und dadurch die Ermittlungsbehörden milde zu stimmen.¹ Auf Seiten derjenigen Dienstleister, die die Compliance-Management-Systeme installieren oder die Untersuchungen durchführen, klingelt seitdem kräftig die Kasse. Mittlerweile hat sich eine Beratungsindustrie aufgebaut, die nicht nur Großunternehmen, sondern auch kleine und mittlere

1 Jüngere Zahlen zum deutlichen Ausbau von Präventionsmaßnahmen in Großunternehmen präsentiert BUSSMANN, in: FS Achenbach, 2011, S. 57 f. (unter Rückgriff auf eine gemeinsam mit *PricewaterhouseCoopers* alle zwei Jahre durchgeführte Studie zur Wirtschaftskriminalität); zu den Motiven für Compliance DERS. (a.a.O.), S. 57, 64 ff.

Unternehmen mit entsprechenden – nicht selten überdimensionierten – Compliance-Programmen versorgt.² Die auf diesem Feld zu beobachtende dynamische Entwicklung, mit dem Ziel, Klassenbester im Bereich Compliance zu sein, lässt manchmal ganz vergessen, wozu Wirtschaftsunternehmen eigentlich angetreten sind: Im Wettbewerb um den Kunden durch innovative Produkte einen möglichst hohen Marktanteil zu erzielen! „Compliance as part of corporate responsibility is our number one priority“, formulierte 2007 Herr Löscher, CEO der Siemens AG, in einer zugegeben schwierigen Unternehmensphase – technischer Fortschritt kam in der Auflistung der Unternehmenswerte damals nur auf den letzten von drei Plätzen.³

Gleichzeitig hat sich die Sanktionierung von juristischen Personen in Form der *Vermögensabschöpfung* bei Regelverstößen ihrer Mitarbeiter zu einem *echten Geschäftsmodell* für die Justiz entwickelt, das Haushaltspolitikern vor Freude die Tränen in die Augen treibt. Wer – wie etwa 2010 das Bundesland Bayern – über 1 Milliarde Euro allein durch die Verhängung von Verbandsgeldbußen einnimmt, läuft Gefahr, süchtig zu werden – und wartet nur noch auf den nächsten Schuss!

Schon wird – zu Recht – von einer „*Fiskalisierung des Strafverfahrens*“ gesprochen!⁴ Wenn betroffene Unternehmen in ihrer Verteidigung gegen Korruptions- und andere Vorwürfe mit vernünftigem Vortrag zu Sachverhalts- oder Rechtsfragen bei der Justiz gar nicht mehr durchdringen, sondern sich stattdessen im Rahmen eines Deals von weiterer Rufschädigung und damit einhergehenden nachteiligen und (u.U. existenzgefährdenden) Auswirkungen auf ihr Tagesgeschäft freikaufen müssen, nimmt der Rechtsstaat Schaden!

Dieser recht kritische Einstieg in mein Referat beleuchtet natürlich nur eine kleine – aus meiner Sicht aber erwähnenswerte – Facette des großen Themas „Corporate Compliance“.⁵ Es gibt heute – um es deutlich zu sagen – zu Recht breiten Konsens darüber, dass eine dem Unternehmen angemessene Compliance unabdingbarer Teil moderner Unternehmensführung ist!⁶ In Zeiten einer immer stärker verrechtlichten Welt, in der

2 Zu den Auswüchsen von Compliance-Beratungen zuletzt KRAUSE, StraFo 2011, 437, 446 (gipfelnd in „Längst hat diese Praxis einen neuen Bedarf geschaffen: Compliance der Compliance“); eine skeptische Grundhaltung zu übertriebener Compliance findet sich etwa auch bei ARZT, in: FS Stöckel, 2010, S. 15 ff. („Siemens: vom teuersten zum lukrativsten Kriminalfall der deutschen Geschichte“) und KUHLEN, in: Maschmann (Hrsg.), Corporate Compliance und Arbeitsrecht (Mannheimer Arbeitsrechtstag 2009), 2009, S. 11, 21 ff.

3 Nachw. bei ARZT, in: FS Stöckel, 2010, S. 15, 16 f.

4 STRATE, StV 2006, 368 ff. (hinsichtlich der Abschöpfung von Verbrechenngewinnen); SALIGER/SINNER, ZIS 2007, 476, 480 (im Kontext von Geldauflagen gem. § 153a StPO); krit. auch N. NESTLER, JA 2012, 88 ff.: Strafverfahren zwischen Wirtschaftlichkeit und Legalitätsprinzip.

5 Vgl. dazu nur das fast 1.200 Seiten starke, von *Hauschka* herausgegebene Handbuch Corporate Compliance, 2. Aufl. 2010.

6 Statt vieler BUSSMANN, in: FS Achenbach, 2011, S. 57, 63: „Die Zunahme von Compliance-Programmen ist unabwendbar“; KREMER, in: FS Uwe H. Schneider, 2011, S. 701 f.: „Corporate Compliance als Pflichtaufgabe eines jeden Unternehmens.“

auch und gerade das Wirtschaftsleben durch eine Fülle kaum mehr überschaubarer nationaler wie internationaler Regeln gelenkt wird, gibt es für Unternehmen gute Gründe, auf den *Rechtsgehorsam* ihrer Mitarbeiter ein besonderes Auge zu werfen – sprich: „compliant“ zu sein –, um teuren Überraschungen à la „Siemens“ (mit Bußgeld- und Anwaltskosten von jeweils über 1 Milliarde Euro) aus dem Weg zu gehen.⁷

Besteht ein zentrales Ziel von Compliance also darin, die Haftungsrisiken von Unternehmen zu vermeiden, lässt sich kaum leugnen, dass das *Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht* hierfür eine reichlich sprudelnde Quelle darstellt.⁸ Compliance-Verantwortliche tun also gut daran, diese Rechtsbereiche intensiv zu studieren. Damit bin ich bei meinem Thema: „Corporate Compliance und Strafrecht in Deutschland“. Dazu könnte man viel, sehr viel sagen. Erste Habilitations- und Promotionsschriften zu „Criminal Compliance“ versuchen neben einer Flut von Aufsätzen, diesem facettenreichen – und im europäischen Kontext recht jungen Phänomen – auf den Grund zu gehen.⁹ Ich will und kann in meinem kleinen Vortrag daher nur zwei Aspekte herausgreifen, die mir in diesem Zusammenhang interessant und auch mit internationalem Publikum diskussionswürdig erscheinen. Zunächst soll es in einem ersten Teil um die Wechselwirkung von Compliance und Strafrecht gehen, also um die Frage, wie das Strafrecht Compliance beeinflusst und, umgekehrt, wie Compliance-Aktivitäten auf das Strafrecht zurückwirken. Ich werde mich hier an Gedanken anlehnen, die ich schon im Rahmen der Ringvorlesung zu Ehren von *Karsten Schmidt* anlässlich seines 70. Geburtstages im November 2010 vorgetragen habe.¹⁰ In einem kürzeren zweiten Teil wird das in Deutschland im Fahrwasser der Aufarbeitung der „Siemens“- und anderer Korruptionsaffären derzeit heftig diskutierte Instrument der „Internal Investigations“ unter dem Aspekt einer problematischen Selbstbelastung der Mitarbeiter angesprochen.

7 Dazu ARZT, in: FS Stöckel, 2010, S. 15, 16; auch KORTE, in: FS Samson, 2010, S. 65, 77 und NÖTZEL, in: FS Gauweiler, 2009, S. 491, 501 f.

8 Überblick zu den „Business and Personal Risks“ bei BOCK, *Criminal Compliance*, 2011, S. 263 ff.; DERS., ZIS 2009, 68 ff.; weiter PAPE, *Corporate Compliance – Rechtspflichten zur Verhaltenssteuerung von Unternehmensangehörigen in Deutschland und den USA*, 2011, S. 24 ff.

9 Vgl. die Habilitation von DENNIS BOCK, *Criminal Compliance*, 2011 sowie die 2010 erschienenen Dissertationen von MARC ENGELHART, *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance. Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA* und CHARLOTTE RAU, *Compliance und Unternehmensverantwortlichkeit*; die Flut von Aufsatzveröffentlichungen lässt sich gut an deren Literaturverzeichnissen ablesen.

10 RÖNNAU, in: *Begegnungen im Recht. Ringvorlesung der Bucerius Law School zu Ehren von Karsten Schmidt anlässlich seines 70. Geburtstages*, 2011, S. 237, 241 ff. Der dort vorhandene umfangreiche Fußnotenapparat erlaubt es, mich hier auf die Angabe weniger (ggf. nur zusätzlicher) aktueller Belege zu beschränken.

II. COMPLIANCE ALS BEISPIEL EINER INSBESONDERE AUF STRAFRECHT REAGIERENDEN SELBSTREGULIERUNG

Fragt man zunächst nach der Bedeutung des Strafrechts für Corporate Compliance und dessen Ausgestaltung, ist Folgendes festzuhalten:

In der Sache geht es bei Criminal Compliance um *privat veranstaltete Kriminalprävention*. Die Bemühungen um die Sicherstellung der Einhaltung von Strafgesetzen und aufsichtsrechtlicher Regeln, um den Aufbau innerer Kontrollmechanismen und interner Verhaltensstandards sollen als wirkungsvolle Ergänzung *neben* die vom Staat mit seinen Strafnormen betriebene Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität treten. Vor diesem Hintergrund handelt es sich bei Compliance-Maßnahmen nach vorherrschender Ansicht um ein *wichtiges Element der Selbstregulierung bzw. Selbststeuerung* im Vorfeld der bislang mit Kriminalprävention allein verbundenen strafrechtlichen *Fremdregulierung*.¹¹ Das Prinzip der Compliance beruhte ursprünglich auf dem Gedanken einer freiwilligen Selbstverpflichtung, die – wenn sie funktioniert – das Bedürfnis für staatliches Recht entfallen lässt.¹² Mittlerweile gibt es allerdings in Bereichen wie dem Bank- und Wertpapiergeschäft, die vom Gesetzgeber unter verschiedenen Gesichtspunkten als besonders risikobehaftet eingestuft werden, eine staatlich-private Ko-Regulierung oder auch „regulierte Selbstregulierung“ genannt: Staatliche Vorschriften schaffen hier mehr oder weniger detaillierte Vorgaben oder Anreizstrukturen für die Selbstregulierung und/oder machen Maßnahmen der Selbstregulierung verbindlich.¹³

In Anlehnung an *systemtheoretische Überlegungen* sind Unternehmen als selbstreflexive autopoetische Systeme anzusehen. Sie steuern sich selbst über ihre Compliance-Regeln und Unternehmensverfassungen. In diesem Kontext stellt man sich den Einfluss des Strafrechts auf die Unternehmensrichtlinien im Grundsatz wie folgt vor:¹⁴

11 S. nur THEILE, ZIS 2008, 406, 411; DERS., wistra 2010, 457; DERS., StV 2011, 381, 382; BUSSMANN, in: FS Achenbach, 2011, S. 57, 66 f.

12 Zur Entwicklung des Compliance-Ansatzes in Deutschland s. ENGELHART, Sanktionierung (Fn. 9), S. 496 ff. (zu den USA auf den S. 285 ff.); krit. zu diesem „neuen“ steuerungstheoretischen Konzept BOCK, Criminal Compliance (Fn. 8), S. 222 ff. Zu den historischen Ursprüngen der Compliance EUFINGER, CCZ 2012, 21 f.

13 Im Überblick SIEBER, in: FS Tiedemann, 2008, S. 449, 456 f. und PAPE, Corporate Compliance (Fn. 8), S. 97 ff., 138 ff.; jüngst BUSSMANN, in: FS Achenbach, 2011, S. 57, 66: „Selbstregulierung der unternehmensinternen Wirtschaftskriminalprävention ist der eigentliche Bedeutungskern von Compliance.“

14 Nach THEILE, ZIS 2008, 406, 412 f. (zu den Grundannahmen der Systemtheorie DERS., Wirtschaftskriminalität und Strafverfahren, 2009, S. 59 ff.); weiterhin SCHÜNEMANN, in: FS Tiedemann, 2008, S. 429, 438; KÖLBEL, in: Duttge (Hrsg.), Tatort Gesundheitsmarkt. Rechtswirklichkeit – Strafwürdigkeit – Prävention, 2011, S. 87, 95 ff., 102 ff. Die beschränkte gegenseitige Beeinflussungsmöglichkeit der Systeme „Recht“ und „Wirtschaft“ betonend FATEH-MOGHADAM, in: Steinberg/Valerius/Popp (Hrsg.), Das Wirtschaftsstrafrecht des StGB, 2010, S. 25, 41 ff.

Die Beobachtung ihrer strafrechtlichen Umwelt bringt Unternehmen dazu, die im Unternehmen vorhandenen Erwartungsstrukturen (insbesondere die der Profiterzielung) denen der systemexternen strafrechtlichen Umwelt soweit anzunähern, dass strafrechtliche Elemente in wirtschaftliche Kommunikation einfließen. Der Transfer strafrechtlicher Rationalität in die Welt der Wirtschaft – Stichwort: *strukturelle Kopplung* – erfolgt dann konkret dadurch, dass sich strafrechtliche Ver- und Gebote nunmehr in Gestalt von Unternehmensrichtlinien in wirtschaftlichen Programmen wiederfinden und das Verhalten der Unternehmensmitarbeiter beeinflussen. Soweit die Theorie, deren Umsetzung nach ersten Erfahrungen stark von der gelebten Unternehmenskultur und insbesondere von der Vorbildfunktion des Managements abhängt.¹⁵

Zur Frage, was Unternehmen bei der Einführung und Weiterentwicklung eines effektiven kriminalpräventiven Compliance-Programms beachten müssen, sollen oder können, gibt es eine immer weiter anschwellende Flut von Veröffentlichungen, die stark um Organisationsfragen kreisen und daher sehr technisch daherkommen.¹⁶ Zum Kern der Aufgabe gehört es jedenfalls, die Pflichten, die sich den Gesetzen und der Rechtsprechung entnehmen lassen, sorgfältig zu ermitteln, mit Blick auf das Risikoprofil des einzelnen Unternehmens zu konkretisieren und durch zweckmäßige Maßnahmen für deren Befolgung zu sorgen. Da das geltende deutsche Strafrecht – anders als das vieler anderer europäischer Länder und auch der USA¹⁷ – bisher keine Unternehmensstrafbarkeit kennt,¹⁸ knüpft die Sanktionierung von Unternehmenskriminalität bei uns primär an die individual-strafrechtliche Verantwortlichkeit der Unternehmensmitarbeiter an. Aus dem Kreis einschlägiger Tatbestände und Haftungsfelder will ich hier nur einige prominente nennen:

Da wäre zunächst die recht voraussetzungsvolle *Unterlassungs(garanten)haftung des Geschäftsherrn* für betriebsbezogene Straftaten seiner Mitarbeiter, die sog. *Geschäfts-*

15 Dazu etwa BUSSMANN, in: FS Achenbach, 2011, S. 57, 67 ff.; PAPE, Corporate Compliance (Fn. 8), S. 179, 184 und *passim* (Schlüsselfaktor: Führungsverhalten der Unternehmensleitung [nach Auswertung verschiedener US-amerikanischer Studien]).

16 S. nur die Beiträge in HAUSCHKA (Hrsg.), Corporate Compliance (Fn. 5), §§ 15-45 und die „maximal mögliche Kurzdefinition“ zur Aufgabe der Compliance-Funktion von BÜRKLE, in: Looschelders/Michael (Hrsg.), Düsseldorfer Vorträge zum Versicherungsrecht, 2010, S. 1, 3: „Rechtskonformität durch Organisation“.

17 Zu strafrechtlichen Sanktionen gegen Unternehmen im US-amerikanischen Recht der Überblick von PERSCHKE, in: FS Achenbach, 2011, S. 317 ff. und PAPE, Corporate Compliance (Fn. 8), S. 75 ff.

18 Der Konvergenzdruck wird allerdings immer größer (dazu KELKER, in: FS Krey, 2010, S. 221 ff.). Vgl. jüngst den Vorschlag der EU-Kommission v. 20.10.2011 (KOM [2011] 654 endgültig) für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über strafrechtliche Sanktionen für Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (gestützt auf Art. 83 Abs. 2 AEUV) in Entsprechung eines Ansatzes, der in der Mitteilung (der EU-Kommission) „Auf dem Weg zu einer europäischen Strafrechtspolitik: Gewährleistung der wirksamen Umsetzung der EU-Politik durch das Strafrecht“ v. 20.9.2011 (KOM [2011] 573 endgültig) dargelegt ist. Erste kritische Einschätzung dazu von VEIL / KOCH, WM 2011, 2297, 2306.

herrenhaftung. Deren Berechtigung ist zwar umstritten, von der heute h.M. aber zu Recht anerkannt.¹⁹ Wer also als Unternehmensführer oder Compliance-Verantwortlicher, auf den die Überwachungspflichten delegiert werden, von der bevorstehenden Bestechung eines Mitarbeiters der Einkaufsabteilung erfährt, muss versuchen, die Korruptionstat zu verhindern, will er sich nicht neben dem Mitarbeiter selbst wegen Bestechung durch Unterlassen strafbar machen.²⁰ Ein besonderes Haftungsrisiko geht in der Praxis vom erheblich anspruchloseren Tatbestand der Aufsichtspflichtverletzung gem. § 130 OWiG aus. Danach handelt ordnungswidrig, wer – vorsätzlich oder fahrlässig – als Betriebsinhaber oder dessen Vertreter die erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen unterlässt, sofern eine betriebsbezogene Zuwiderhandlung begangen wird, die durch gehörige Aufsicht verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre. Zu den erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen gehören auch die Bestellung, sorgfältige Auswahl und Überwachung von Aufsichtspersonen – also ein Teil dessen, was heute unter dem Topos „Compliance“ verlangt wird. Anspruchloser als die Geschäftsherrenhaftung ist § 130 OWiG deshalb, weil der Aufsichtspflichtige nur hinsichtlich seines Aufsichtsversagens schuldhaft handeln muss, während die Zuwiderhandlung des Mitarbeiters als objektive Ahndbarkeitsbedingung die Ordnungswidrigkeit lediglich auslöst. Zumindest der Anfangsverdacht nach § 130 OWiG ist schnell gegeben, liegt es doch in der „Natur der Sache“, dass die von der Staatsanwaltschaft ermittelten Taten aus dem Unternehmen heraus durch schärfere Kontrollen „wesentlich erschwert“ worden wären.²¹

Als Quelle strafbarkeitsbegründender Risiken in vorderster Front stehen auch die Delikte, bei denen sich wegen ihrer *Unbestimmtheit* über eine Abgrenzung des erlaubten vom unerlaubten Handeln in einer *weiten Grauzone* trefflich streiten lässt.²² Genannt

19 Zum Meinungsstreit und den ausgetauschten Argumenten s. RÖNNAU / F. SCHNEIDER, ZIP 2010, 53, 54, 56; FATEH-MOGHADAM (Fn. 14), S. 25, 35 ff.; zuletzt SCHWARZ, wistra 2012, 13, 15 ff. Zu den Auswirkungen des BGH-Urteils (v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44 = NJW 2009, 3173) zur Garantenstellung des Compliance-Beauftragten aus Sicht der Unternehmenspraxis HASTENRATH, CCZ 2011, 32 ff. (in Form der Vorstellung von Ergebnissen einer Umfrage unter Compliance-Verantwortlichen). Jüngst *für* die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, BGHSt 57, 42, 45, Rn. 13 = NJW 2012, 1237 (m. krit. Bespr. von MONSDORFER / TRÜG, StV 2012, 432 ff. und POGUNTKE, CCZ 2012, 158 ff.): „Zwar kann sich aus der Stellung des Betriebsinhabers bzw. Vorgesetzten je nach den Umständen des einzelnen Falles eine Garantenpflicht zur Verhinderung von Straftaten nachgeordneter Mitarbeiter ergeben. Diese beschränkt sich indes auf die Verhinderung betriebsbezogener Straftaten und umfasst nicht solche Taten, die der Mitarbeiter lediglich bei Gelegenheit seiner Tätigkeit im Betrieb begeht.“

20 Zur Unterlassungshaftung wegen Nichteinrichtung einer angemessenen Compliance-Organisation SCHAEFER / BAUMANN, NJW 2011, 3601, 3603 f. m.w.N.; ablehnend etwa THEILE, wistra 2010, 457 ff.; zur Untreuestrafbarkeit bei fehlendem oder unzureichendem Risikomanagementsystem i.S.v. § 91 Abs. 2 AktG HELMRICH, NZG 2011, 1252 ff. (abzulehnen jedenfalls mangels *unmittelbar* eintretendem Vermögensnachteil).

21 VOLK, NJW Spezial 2009, 422.

22 Zu Recht betont von KUHLEN, in: Corporate Compliance und Arbeitsrecht (Fn. 2), S. 11, 13 ff.

seien hier vor allem der Untreuetatbestand sowie Korruptionsdelikte wie die Angestelltenbestechung gem. § 299 StGB oder die aktive Amtsträgerbestechung nach § 334 StGB, die bei Anwendung auf Sachverhalte mit internationalem Bezug z.T. kaum vorhersehbare Ergebnisse hervorbringt.²³

Am meisten fürchten Unternehmen natürlich die *Verbandsgeldbuße* gem. § 30 OWiG sowie den *Drittempfängerverfall* nach § 73 Abs. 3 StGB bzw. § 29a Abs. 2 OWiG. Beide Instrumente der Vermögensabschöpfung richten sich *direkt gegen die juristische Person* und wurden von der Justiz bzw. den Kartellbehörden in allen größeren Korruptions- und Kartellverfahren der letzten Jahre mit großem Erfolg – sprich: zur Erlangung z.T. extrem hoher Sanktionsgelder – eingesetzt.²⁴

Führungskräften ist vor diesem Hintergrund nur zu raten, im Zweifel von einer eher weiten – d.h. punitiven – Auslegung auszugehen, um auf der sicheren Seite zu sein. Denn ist das Kind erst einmal in den Brunnen gefallen, also die Rechtsgutsverletzung bzw. -gefährdung eingetreten oder die betriebsbezogene Straftat oder Ordnungswidrigkeit von Mitarbeitern begangen worden, droht der sog. *hindsight bias*: Menschen – und damit auch Richter und Staatsanwälte – neigen nach verhaltenspsychologischen Erkenntnissen dazu, ihr nachträglich erworbenes Wissen an die Stelle der für die strafrechtliche Beurteilung maßgeblichen *ex ante*-Sicht zu setzen. Aufgrund dieses sog. *Rückschaufehlers* fällt dann die *ex post*-Kontrolle der einzuhaltenden Sorgfaltsmaßstäbe strenger aus als es für den Handlungszeitpunkt angebracht gewesen wäre.²⁵

Das alles ist schon länger bekannt und nicht erst seit der Compliance-Diskussion Thema der strafrechtlichen Auseinandersetzung. Neu ist aber die Qualität, mit der Compliance-Programme auf diese Anforderungen reagieren. Denn was darin an Anstrengungen unternommen wird, um „compliant“ zu sein, geht z.T. weit über das hinaus, was Gesetz und Rechtsprechung dem redlichen Unternehmer abverlangen.²⁶

So ist die Praxis nicht nur international tätiger Konzerne dazu übergegangen, ein Unternehmensleitbild als eine Art „Grundgesetz“ der Firma zu formulieren, in dem Fairness und Regelbefolgung, aber auch viele andere Aspekte wie Umweltschutz oder sozia-

23 Der am 1.7.2011 in Kraft getretene UK Bribery Act 2010 (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>) hat wegen seines weiten Anwendungsbereichs (ausreichend, dass das Unternehmen [zumindest auch] im Vereinigten Königreich Geschäfte betreibt) korruptives Fehlverhalten aus Unternehmen heraus noch riskanter gemacht; dazu SCHEINT, NJW-Spezial 2011, 440, KOPPEL/EHLING, BB 2011, 2115, 2116 f., KLENGEL/DYMEK, HRRS 2011, 22 f., DEISTER/GEIER, CCZ 2011, 12 ff., DEISTER/GEIER/REW, CCZ 2011, 81, 82, 84, WALTHER/ZIMMER, RIW 2011, 199, 202 und HUGGER/RÖHRICHT, BB 2010, 2642 ff.

24 Dazu die Nachw. in Fn. 7.

25 Ebenso KUHLEN, in: Corporate Compliance und Arbeitsrecht (Fn. 2), S. 11, 21; zum Phänomen des sog. *hindsight bias* s. FLEISCHER, in: Spindler/Stilz, Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl. 2010, § 83 Rn. 60.

26 Vgl. u.a. NEZMESKAL-BERGGÖTZ, CCZ 2009, 209; KOCK, ZIP 2009, 1406 ff. m.w.N. Zu dem facettenreichen Panorama an Zielen und Werten, die – weit über die gesetzlichen Strafvorschriften hinaus – durch Compliance-Programme geschützt werden, s. SIEBER, in: FS Tiedemann, 2008, S. 449, 454 ff.

le Belange zum Ziel gemacht werden, nicht selten flankiert von sog. „Mission Statements“ bzw. „Commitments“ des Top-Managements. Darüber hinaus gibt es bestimmte organisatorische Vorkehrungen – zur Korruptionsbekämpfung etwa das Rotations- und Vier-Augen-Prinzip –, regelmäßig tagende Audits, Whistle-Blower-Systeme, Amnestieprogramme und vieles mehr.

Unisono wird betont, Compliance-Programme müssten professionell – bei Großunternehmen zumeist in Form der Einrichtung einer Compliance-Organisation – und möglichst unter Heranziehung externer Berater betrieben werden. Als Marschrichtung wird von vielen dann „Null-Toleranz“ vorgegeben.

Aus alledem folgt: Der Inhalt der einzuhaltenden Standards zielt auf „Best Practice“ und damit auf ein überobligationsmäßiges Verhalten.²⁷ Das ist – wie noch zu zeigen sein wird – unter strafrechtlichen Gesichtspunkten risikoreich.

III. AUSWIRKUNGEN VON COMPLIANCE AUF DIE STRAFRECHTSANWENDUNG

Nach dieser Skizze zur Bedeutung straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlicher Normen für ein ebenfalls Kriminalprävention betreibendes unternehmensinternes Schutzkonzept soll im Weiteren – gleichsam in umgekehrter Richtung – untersucht werden, wie Compliance die Strafrechtsanwendung beeinflusst.

1. Entlastungseffekte: Verminderung von Strafbarkeitsrisiken durch Compliance

Compliance zielt zunächst einmal auf *entlastende Effekte* für das Unternehmen; allein diese Stoßrichtung rechtfertigt wirtschaftlich den erheblichen Aufwand. Gelingt es, durch die Einführung und Durchsetzung von Unternehmensrichtlinien Führungskräfte und nachgeordnete Mitarbeiter von der Begehung einschlägiger Straftaten und Ordnungswidrigkeiten abzuhalten, fehlt es an der *Anknüpfungstat*, deren Vorliegen in Deutschland – das bisher keine Unternehmensstrafbarkeit kennt – notwendige Voraussetzung für den Ausspruch von Verbandsgeldbußen oder Drittvermögensverfall ist. Sind die Unternehmensrichtlinien auf „Best Practice“ ausgerichtet, gibt es zudem – wenn sie beachtet werden – eine vernünftige Gewähr dafür, dass Strafbarkeit auch in problematischen Grauzonen nicht auftritt.

Von Straf- bzw. Bußbarkeit verschont bleiben in der Regel auch Führungskräfte, die – obwohl Unternehmensmitarbeiter Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten i.S.v. § 130 OWiG begangen haben – auf die Installation eines effektiven Compliance-

27 Gefordert von HAUSCHKA / GREEVE, BB 2007, 165, 173 (als Abwehrstrategie gegen „staatlich überwachte Selbstregulierung“); mit einem kritischen Unterton festgestellt von KUHLEN, in: Corporate Compliance und Arbeitsrecht (Fn. 2), S. 11, 24; zust. BOCK, Criminal Compliance (Fn. 8), S. 234 ff.; Vor- und Nachteile abwägend BEHRINGER, in: Behringer (Hrsg.), Compliance Kompakt, 2. Aufl. 2010, S. 31, 44 f.

Programms vertrauen durften.²⁸ Sowohl die Geschäftsherrenhaftung als auch die Ahndung wegen unterlassener Aufsicht scheiden dann regelmäßig aus. Hier soll – so viel nur als Hinweis – die Evaluation von Compliance-Maßnahmen durch Wirtschaftsprüfer auf der Basis jüngst veröffentlichter IDW-Prüfungsgrundsätze (PS 980) oder durch den TÜV Rheinland (der Compliance-Programme sogar zertifiziert) nach der Vorstellung der in Konkurrenz stehenden Anbieter weitere Sicherheit bringen.²⁹ Niemals auszuschließen ist eine Fahrlässigkeitshaftung, wenn Gerichte bei Regelverstößen von Mitarbeitern nachträglich meinen, die Prävention sei ungenügend gewesen. Notwendig ist es dafür allerdings den Handelnden nachzuweisen, dass das tatbestandsmäßige Risiko für sie im Einzelfall zumindest erkennbar war. Beim Vorwurf, das Compliance-Programm sei nicht ausgreifend genug ausgelegt oder ineffektiv organisiert, mögen weiterhin *Verbotsirrtümer* für eine gewisse Entlastung sorgen. Natürlich enthält ein Compliance-Programm auch keinen Freibrief für Vorsatztäter, die es im Unternehmen auf allen Ebenen immer geben wird.

Sind Straf- oder Bußgeldverfahren tatsächlich eingeleitet worden, können unternommene Compliance-Anstrengungen im Rahmen der Einstellung aus Opportunitätsgründen nach den §§ 153, 153a StPO oder strafmildernd gemäß § 46 StGB berücksichtigt werden.³⁰ Anders als in den USA auf der Basis der seit 1991 geltenden – und mehrfach verschärfte – sog. *Sentencing Guidelines* gibt es dabei jedoch keinen Automatismus.³¹ Dass es für Rechtsordnungen mit einer Unternehmensstrafbarkeit konstruktiv erheblich einfacher ist, in Fällen von geeigneten Compliance-Programmen Sanktionsrabatte zu gewähren, sei hier nur erwähnt.³² Die Debatte um die Einführung einer Unternehmens-

28 Näher SIEBER, in: FS Tiedemann, 2008, S. 449, 470 f.

29 Ausführlicher zur Prüfung oder Zertifizierung eines Compliance-Management-Systems GÖRTZ, BB 2012, 178 ff.; WITTHUS/HEIN, CCZ 2011, 125 ff. (auf den S. 127 ff. zur entlastenden Wirkung eines CMS-Prüfberichts); auch BÖTTCHER, NZG 2011, 1054 ff. m.w.N. (1057: „Im Ergebnis kann den Prüfungsstandards und deren Anwendung keine grundsätzliche Exkulpationswirkung zugesprochen werden.“); zum Entwurf des IDW PS 980 bereits KLINDT/PELZ/THEUSINGER, NJW 2010, 2385, 2387 und RIEDER/JERG, CCZ 2010, 201 ff.

30 KUHLEN, in: Corporate Compliance und Arbeitsrecht (Fn. 2), S. 11, 24; BOCK, Criminal Compliance (Fn. 8), S. 361.

31 Ausführlich zur (möglichen) Bedeutung von Compliance-Programmen (im Rahmen des ahndenden Teils der Verbandsgeldbuße gem. § 30 OWiG) ENGELHART, Sanktionierung (Fn. 9), S. 440 ff., 654 ff. (auf den S. 162 ff. zur Bedeutung von Compliance-Maßnahmen für die United States Sentencing Guidelines); zur Entlastungswirkung implementierter Präventionsmaßnahmen nach dem UK-Bribery-Act 2010 s. SCHEINT, NJW-Spezial 2011, 440, KLENGEL/DYMEK, HRRS 2011, 22, 25, DEISTER/GEIER, CCZ 2011, 12, 15 ff., DEISTER/GEIER/REW, CCZ 2011, 81, 86 ff., WALTHER/ZIMMER, RIW 2011, 199, 202 ff. KNAUER ZWH 2012, 41, 43, PÖRNBACHER/MARK, NZG 2010, 1372, 1374 f. und HUGGER/RÖHRICH, BB 2010, 2643, 2644 ff. HUGGER/PASEWALDT, CCZ 2012, 23 f.

32 Näher SIEBER, in: FS Tiedemann, 2008, S. 449, 450, 467 f., 481 f.: (Verbandsstrafbarkeit enthält „Anreizstruktur zur Einführung von Compliance-Programmen mit Hilfe der Strafzumessung“).

strafbarkeit nimmt derzeit auch in Deutschland wieder Fahrt auf.³³ Nicht zuletzt verspricht man sich von einer Standardisierung der Strafzumessung wie in den USA unter Rechtssicherheitsgesichtspunkten erhebliche Vorteile.³⁴

2. *Belastungseffekte: Verschärfung von Strafbarkeitsrisiken durch Compliance*

Die Existenz von Unternehmensrichtlinien kann sich strafrechtlich aber auch *gegen* die Betroffenen wenden. Auf diese – bisher kaum diskutierten – belastenden Effekte von Compliance-Maßnahmen möchte ich jetzt Ihren Blick lenken.

a) *Hinweise aus der strafrechtlichen Rechtsprechung*

Eine erste Kostprobe dafür hat die Rechtsprechung in Sachen Siemens/ENEL geliefert, als das LG Darmstadt 2007 die untreuerechtlich bedeutsame Pflichtwidrigkeit der Einrichtung und Nutzung von Schmiergeldkassen durch den später verurteilten Bereichsvorstand der AG „ohne Weiteres“ aus den dieses Verhalten untersagenden Compliance-Vorschriften ableitete.³⁵ Als unter diesem Aspekt strafbarkeitsrisikoerhöhend könnte sich auch das viel beachtete Utz-Claassen-Urteil des 1. BGH-Strafsenats aus dem Jahre 2008 entpuppen. Das Gericht hatte dort bei der Konkretisierung der Unrechtsvereinbarung i.S.d. § 333 StGB, also des Verknüpfungszusammenhangs von Vorteilsgewährung und Amtsträgerentscheidung, anhand von Indizien maßgeblich auf die innerbetriebliche Transparenz abgestellt.³⁶ Daraus folgt, dass mit steigenden Anforderungen an die Transparenz auch für die Mitarbeiter das Risiko wächst, gegen entsprechend strenge Compliance-Vorschriften zu verstoßen und sich damit strafbar zu machen.

b) *Dogmatische Einfallstore für Belastungen durch Compliance*

Wie sich Compliance-Programme – gerade in Form der „Best Practice“ – auch zum Nachteil von Unternehmen und ihrer Mitarbeiter auswirken können, lässt sich am besten dort aufzeigen, wo die Verhaltensmaßstäbe in Anknüpfung an die gelebte Praxis formu-

33 S. nur die 4. ECLE-Tagung „Unternehmensstrafrecht“ v. 18./19.11.2011 in Frankfurt/Main, die sich ausschließlich diesem Thema widmete, und den Beschluss der Justizministerinnen und Justizminister auf der Herbstkonferenz am 9.11.2011 in Berlin, in dem unter TOP II.2 die Bundesministerin der Justiz aufgefordert wurde, u.a. eine Regelung zur „Verbandsstrafe“ vorzulegen (sympathisierend VOGEL, JA 2012, Heft 1 Editorial).

34 Vgl. BOCK, wistra 2011, 201 ff.

35 LG Darmstadt, Urt. v. 14.5.2007 (Az. 712 Js 5213/04 – 9 KLS), BeckRS 2007, 16611. Der BGH (St 52, 323, 335) folgert – in gleicher Sache – aus den Compliance-Vorschriften, dass der Zentralvorstand mit dem Einrichten schwarzer Kassen nicht einverstanden war, und bejaht daher ebenfalls eine Pflichtwidrigkeit. Zu untreuerechtlichen Gefahren vor diesem Hintergrund auch SEIER, in: Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2012, 5. Teil 2. Kap. Rn. 293.

36 BGHSt 53, 6, 19 ff.

liert werden. Für Führungskräfte ist es – wie ausgeführt – rational, sich vor dem Hintergrund weiter und unbestimmter Vorschriften wie dem Untreuetatbestand oder den Korruptionsvorschriften, aber auch den Fahrlässigkeitsdelikten und der Aufsichtspflichtverletzung gem. § 130 OWiG, einer weiten, damit aber sicheren Tatbestandsauslegung anzuschließen. Wird diese Haltung in unternehmensinternen Richtlinien umgesetzt, ist es voraussichtlich nur noch eine Frage der Zeit, bis sich auch die Ermittlungsorgane und Gerichte an dieser Praxis orientieren und sie für ein in der Situation ordnungsgemäßes Verhalten von Unternehmensmitarbeitern voraussetzen.³⁷

Der angesprochene Transfer der Unternehmenswirklichkeit in die Strafrechtsdogmatik erfolgt dann einmal über die *Grunddefinition der Sorgfaltswidrigkeit*. In Anlehnung an § 276 Abs. 2 BGB handelt danach sorgfaltswidrig, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Zur Bestimmung der objektiven Sorgfaltspflichten orientierten sich die Rechtsprechung und h.L. am Leitbild eines besonnenen und umsichtigen Teilnehmers des Verkehrskreises, in dem der Täter handelt.³⁸ Bei allem Streit um die normativen Details der Festlegung gibt es aber weitgehend Konsens darüber, dass die tatsächlich aufgewandte Sorgfalt der Teilnehmer des Verkehrskreises – wie immer man diesen auch zuschneidet – den Maßstab wesentlich mitprägt.³⁹

Mit ähnlichem Mechanismus arbeiten – zweitens – *Spezialtatbestände*, die wie etwa verschiedene Korruptionsnormen bei der Bestimmung der Unrechtsvereinbarung auf die „lautere Praxis“ abstellen, die wiederum durch die „Verhaltensregeln beteiligter Kreise“ inhaltlich wesentlich aufgefüllt wird.⁴⁰ Branchenbezogenen Kodizes, wie sie z.B. in der Pharmabranche üblich sind, kommt in der Rechtsanwendung hier große Bedeutung zu.⁴¹ Dass gelebte – und daher für einen bestimmten Verkehrskreis als umsetzbar und zumutbar ausgewiesene – Praktiken auch die Anwendung des § 130 OWiG als „geborene Compliance-Norm“ beeinflussen werden, liegt sehr nahe.

37 KUHLEN, in: Corporate Compliance und Arbeitsrecht (Fn. 2), S. 11, 25. Den Einfluss der Compliance-Programme auf die Konturierung der Sorgfaltsmaßstäbe betonen auch LUCIUS, CCZ 2008, 186, 187; THÜMMEL, CCZ 2008, 141, 144; VOLZ, CCZ 2008, 22, 23; BEHRINGER, in: Behringer (Fn. 27), S. 31, 45.

38 Für die stg. Rspr. nur BGHSt 7, 307, 309 f.; BGH NSTZ 2003, 657, 658; NSTZ 2005, 446, 447; aus der Lit. etwa STERNBERG-LIEBEN, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 15 Rn. 135 m.w.N.

39 Zur Bedeutung von Verkehrsnormen für die Konkretisierung des Fahrlässigkeitsmaßstabes näher DUTTGE, in: MünchKomm-StGB, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 15 Rn. 136 ff. Eine krit. Analyse der maßfigur-orientierten Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabes liefert KUHLEN, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989, S. 101 ff.

40 Vgl. HEINE, in: Schönke/Schröder (Fn. 38), § 331 Rn. 29 m.w.N.; KUHLEN, in: NK-StGB, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 331 Rn. 88. Besonders deutlich wird die Anknüpfung bei § 299 StGB, sofern zur Bestimmung der „unlauteren Bevorzugung“ auf die Vorschriften des Wettbewerbsrechts (insbes. des UWG) abgestellt wird (s. dazu nur RENGIER, in: FS Tiedemann, 2008, S. 837 ff. und RÖNNAU, in: Achenbach/Ransiek [Fn. 35], 3. Teil 2. Kap. Rn. 38).

41 Näher KUHLEN, in: FS Hassemer, 2010, S. 875 ff.; auch SCHAEFER / BAUMANN, NJW 2011, 3601, 3603.

3. Kritische Bewertung

Stimmt diese Beobachtung, ist zu erwarten, dass sich im Wege einer „Normsetzung durch Praxis“⁴² die Anforderungen an die Unternehmen und ihre Mitarbeiter erheblich verschärfen und damit die Strafbarkeitsrisiken deutlich zunehmen werden. Schon sagt man hier einen „sich selbst validierenden Zirkel“ voraus⁴³ und unterstreicht vor dem skizzierten Hintergrund die „Ambivalenz unternehmerischer Selbstverpflichtung“.⁴⁴

Aber – so könnte der *advocatus diaboli* nun einwenden – ist denn der im Wechsel zwischen gelebter Praxis und normativer Maßstabsbildung zu erwartende „Aufschaukelungsprozess“ nichts Gutes, Positives? Immerhin verstärkt er doch die Anstrengungen der Unternehmen zur verbesserten Regelbefolgung durch die Mitglieder der Gesamtorganisation, erhöht insgesamt das Schutzniveau und führt bei Adaption durch die Gerichte zu mehr Rechtssicherheit für alle Beteiligten!

Das ist im Grundsatz alles richtig. Auch gibt es keinen Grund, Unternehmen pauschal für ihre vielfach beachtlichen Compliance-Bemühungen zu kritisieren. Sie haben dazu häufig gar keine Alternative. Wer als Unternehmensverantwortlicher nach den zahlreichen (Korruptions-)Skandalen in einschlägigen Branchen nichts in Sachen Compliance unternimmt, handelt z.T. gesetzeswidrig, jedenfalls in hohem Maße fahrlässig. Meine Skepsis betrifft (wie die von *Kuhlen* u.a.) allein *überzogene Compliance-Programme* – auch und gerade wegen ihrer strafrechtlichen Konsequenzen. Dazu im Folgenden einige *neuralgische Punkte*:

- Zunächst lässt sich kaum übersehen, dass Unternehmen, die strenge und weit ausgreifende Unternehmensrichtlinien implementieren, damit den Boden für die Strafbarkeit ihrer eigenen Mitarbeiter bereiten.⁴⁵ „Best Practice“ verschärft nicht nur den Sorgfaltsmaßstab, sondern bestimmt beim Untreuetatbestand auch das Treueverhältnis zwischen Vermögensinhaber und Treupflichtigem und damit die strafrechtliche Verbotszone als solches maßgeblich mit.⁴⁶ Angesichts diffuser Ziele von Compliance-Programmen – hier findet sich vom Eigenmarketing bis hin zum Schutz von Menschenrechten alles – besteht die ernst zu nehmende Gefahr, dass Regelverstöße zur Untreuestrafbarkeit führen, obwohl die Schutzrichtung des Tat-

42 SIEBER, in: FS Tiedemann, 2008, S. 449, 470.

43 KUHLEN, in: Corporate Compliance und Arbeitsrecht (Fn. 2), S. 11, 26; zust. BOCK, Criminal Compliance (Fn. 8), S. 235.

44 KREUDER, CCZ 2008, 166, 169; zust. BOCK, Criminal Compliance (Fn. 8), S. 213; auch SCHORN, WM 2011, 1689, 1694.

45 RÖNNAU, StV 2009, 302, 307; KUHLEN, in: Corporate Compliance und Arbeitsrecht (Fn. 2), S. 11, 27: „Selbstverstrickung der Unternehmen und ihrer Führungskräfte in bisher nicht bestehende strafrechtliche Risiken“; ROTSCH, ZIS 2010, 614, 616.

46 THEILE, ZIS 2008, 406, 411; RÖNNAU, in: FS Tiedemann, 2008, S. 713, 721; DERS., StV 2011, 753, 755; SEIER, in: Achenbach/Ransiek (Fn. 35), 5. Teil 2. Kap. Rn. 293.

bestandes eine ganz andere ist. Auch vor diesem Hintergrund sollte möglichst sparsam geregelt werden!⁴⁷

- Teure und innovative Selbstverpflichtungskataloge können sich weiterhin nicht alle Unternehmen leisten. Kleine und mittelständische Betriebe, die nicht in der Lage sind, die z.T. erheblichen Kosten dafür aufzubringen – soll heißen: sie auf ihre Kunden abzuwälzen –, sind da schnell überfordert. Für ihre Mitarbeiter besteht zudem die Gefahr, dass sie an den Sorgfaltsmaßstäben derjenigen gemessen werden, die in diesem Bereich besonders aktiv waren.⁴⁸ Der Justizpraxis stellt sich hier die Aufgabe, durch einen angemessenen Zuschnitt von Verkehrskreisen unter Berücksichtigung der Erforderlichkeit und Zumutbarkeit der Maßnahmen überzogene Anforderungen zurückzuschneiden.
- Der Versuch einer *Regelbefolgungsoptimierung* kann auch zu Konflikten mit Arbeitnehmerrechten (insbes. dem Persönlichkeitsrecht) führen, wie uns die Fälle „Lidl“, „Deutsche Bahn“ und „Deutsche Telekom“ jüngst deutlich vor Augen geführt haben.⁴⁹
- Schließlich ist nicht abzustreiten, dass über Unternehmensrichtlinien und ihre Absicherung durch Compliance-Maßnahmen soziale Kontrolle und damit nicht selten erheblicher Druck ausgeübt wird. Da effektive Präventionsprogramme unter strafrechtlichen Gesichtspunkten vornehmlich der Entlastung der Führungskräfte dienen, könnte sich hier unter der Hand eine *Zwei-Klassen-Gesellschaft* etablieren.⁵⁰ Die Unternehmen müssen also aufpassen, dass sie in ihren Mitarbeitern nicht den potenziellen Rechtsbrecher sehen und ihn durch Compliance-Maßnahmen vom Unternehmen entfremden.

47 RÖNNAU, StV 2009, 302, 307; KUHLEN, in: Corporate Compliance und Arbeitsrecht (Fn. 2), S. 11, 28 ff.; KREUDER, CCZ 2008, 166, 172.

48 KUHLEN, in: Corporate Compliance und Arbeitsrecht (Fn. 2), S. 11, 27.

49 Zu faktischen und rechtlichen Grenzen von Compliance-Programmen SIEBER, in: FS Tiedemann, 2008, S. 449, 477 ff.

50 Dazu THEILE, ZIS 2008, 406, 417 f.; HEFENDEHL, JZ 2006, 119, 124; auch KÖLBEL, MSchKrim 91 (2008), 22, 34 und BOCK, Criminal Compliance (Fn. 8), S. 226: „Es zeichnet sich ein Trend zur Kontrolle und Überwachung mündiger Bürger ab.“

IV. „INTERNAL INVESTIGATIONS“: MITARBEITERBEFRAGUNGEN IM KONFLIKT MIT DEM *NEMO-TENETUR*-GRUNDSATZ

Damit komme ich zum zweiten, kleineren, Teil meines Vortrags – den unter dem Aspekt der Selbstbelastungsfreiheit problematischen Mitarbeiterbefragungen im Rahmen sog. „Internal Investigations“.

Die am Anfang skizzierte – das staatliche Normenprogramm ergänzende – *Privatisierung der Kriminalprävention* durch Compliance-Richtlinien hat – so ist zu beobachten – eine staatliche Ermittlungsbehörden entlastende *faktische Privatisierung der Strafverfolgung* im Schlepptau.⁵¹ Unternehmen gehen bei dem Verdacht, dass sich ihre Mitarbeiter in größerem Umfang gesetzeswidrig verhalten haben, zunehmend dazu über, unter Einschaltung externer Berater – zumeist größerer Anwaltskanzleien oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaften – interne Untersuchungen durchzuführen.

Im spektakulärsten – und bisher nicht nur in der deutschen Geschichte sicherlich teuersten – Kriminalfall „Siemens“⁵² waren es im Einvernehmen mit der New Yorker Security Exchange Commission (SEC) von der Siemens AG beauftragte Anwälte der US-amerikanischen Kanzlei Debevoise & Plimpton, die in großer Zahl für viele Monate ins Unternehmen kamen und zur Aufklärung eines Korruptionsverdachts in einem hierzulande bisher so nicht bekannten Umfang privat ermittelten. Das (Haupt-)Motiv für die Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden und die Durchführung derartiger kostenintensiver Eigenuntersuchungen liegt auf der Hand: Die Unternehmen versuchen auf diese Weise, die gegen sie gerichteten – und insbesondere nach US-Recht exorbitant hohen – Sanktionen abzuwenden oder jedenfalls stark abzumildern.⁵³ *Neu* war für die deutschen Juristen und Unternehmen im Fall „Siemens“, dass sie auf *eigenem Territorium* mit einer Prozesskultur konfrontiert wurden, die von einem völlig anderen Ermittlungsansatz ausgeht. Erwartet wird von amerikanischer Seite im Gegenzug für Sanktionsrabatte eine *umfassende Kooperation* mit den staatlichen Ermittlungsbehörden,⁵⁴

51 In diesem Sinne WASTL/LITZKA/PUSCH, NStZ 2009, 68, 70; BENZ/KLINDT, BB 2010, 2977, 2979; J. JAHN, CCZ 2011, 139, 141; FRITZ, CCZ 2011, 156; KNAUER, ZWH 2012, 41.

52 ARZT, in: FS Stöckel, 2010, S. 15, 16; ausführlich zur (Prozess-)Geschichte im Fall „Siemens“ WOLF, in: Graeff/Schröder/Wolf (Hrsg.), Der Korruptionsfall Siemens, 2009, S. 9 ff., ENGELHART, Sanktionierung (Fn. 9), S. 2 ff. und JAHN, StV 2009, 41 f.

53 „Maßgeblich für die ‚Erfolgsgeschichte‘ der Internal Investigation (nach US-Recht) ist ein Sanktionssystem, das ‚institutionalisiert‘, also in abstrakt-genereller Form, Anreize und Drohungen (‚carrot and stick‘) enthält, die eine Durchführung von in bestimmter Weise ausgestalteten Internal Investigations nahe legen sollen“ (BEHRENS, RIW 2009, 22, 26). Näher zu den Gründen für die Kooperationsbereitschaft betroffener Unternehmen KNAUER/BUHLMANN, AnwBl 2010, 387, 388; auch DANN/SCHMIDT, NJW 2009, 1851, MOMSEN, ZIS 2011, 508, 511 und GERST, CCZ 2012, 1 f. Zum Nutzen einer Kooperation des Unternehmens mit der Staatsanwaltschaft im Compliance-Bereich s. KREMER, in: FS Uwe H. Schneider, 2011, S. 701, 702 ff.

54 Vgl. BEHRENS, RIW 2009, 22, 31; WASTL/LITZKA/PUSCH, NStZ 2009, 68, 69; WYBITUL, BB 2009, 606; DANN/SCHMIDT, NJW 2009, 1851, 1852 („clash of cultures“); MINOGGIO, Firmenverteidigung, 2. Aufl. 2010, Rn. 115 ff.; TRÜG, wistra 2010, 241, 248 („faktische

die eine uneingeschränkte Offenlegung der Aufklärungsergebnisse ebenso umfasst wie – jedenfalls bis vor kurzem (2008) – die vollständige Befreiung der beauftragten Anwälte von ihrem Schweigerecht (sog. *Attorney-Client* bzw. *Legal Privilege*).⁵⁵ Dass derjenige, der die „Aufklärungsmusik“ bestellt, sie auch bezahlen muss, ist nach diesem Modell selbstverständlich. In den *nach* „Siemens“ von bayerischen Staatsanwälten geführten Strafverfahren in Sachen „MAN“ und „Ferrostaal“ war deutlich zu spüren, dass dieses „Ermittlungsklima“ ansteckend wirkt. Über die dabei erzielten Abschöpfungserfolge hatte ich Ihnen schon berichtet.

Kernelement der „Internal Investigations“ sind nun Befragungen von Mitarbeitern als zentrale „Wissensträger“.⁵⁶ In – verharmlosend – sog. „Interviews“ sollen diese zu strafrechtlich relevantem Verhalten im Unternehmenskontext Informationen preisgeben, die im Zusammenhang mit dem Untersuchungsgegenstand (etwa Korruptionsvorwürfen) stehen. Die Ergebnisse werden häufig an die Strafverfolgungsbehörden weitergegeben. Nicht selten finden die Befragungen im Rahmen von „Amnestieprogrammen“ statt, in denen den Mitarbeitern für umfassende Auskünfte von Unternehmensseite der Verzicht auf Kündigung, Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen und die Übernahme von Anwaltskosten versprochen wird.⁵⁷ Die Zusage von Vergünstigungen im staatlichen Strafverfahren liegt natürlich außerhalb der Reichweite der Unternehmen.⁵⁸

Die *Konfliktlage* für die Mitarbeiter, um deren Auflösung gerungen wird, ergibt sich nun aus Folgendem:

Zivilrechtlich entspricht es ganz h.M., dass für den Mitarbeiter eine in Form arbeitsrechtlicher Sanktionen⁵⁹ *erzwingbare*⁶⁰ *Aussagepflicht* gegenüber seinem Unternehmen

Pflicht, sich selbst zu überführen“); DERS., StV 2011, 471, 483; KNAUER, ZWH 2012, 41, 43; auch VON ROSEN, BB 2009, 230 ff.

55 Näher zum Verzicht auf das Anwalts- und Beratungsgeheimnis WEHNERT, NJW 2009, 1190 ff. und ENGELHART, Sanktionierungen (Fn. 9), S. 256 ff.; weiterhin BEHRENS, RIW 2009, 22, 28; WYBITUL, BB 2009, 606, 607.

56 Vgl. GÖPFERT / MERTEN / SIEGRIST, NJW 2008, 1703 (Mitarbeiter als „Wissensträger“); FRITZ / NOLDEN, CCZ 2010, 170, 174 (Arbeitnehmer [sind die] „wichtigste Informationsquelle für Missstände im Unternehmen“); LÜTZELER / MÜLLER-SARTORI, CCZ 2011, 19 („direkte Befragung des Mitarbeiters [ist] das Mittel der ersten Wahl“); weiterhin KNIERIM, StV 2009, 324, 325, 328; WASTL / LITZKA / PUSCH, NStZ 2009, 68, 69, 72; THEILE, StV 2011, 381.

57 Näher WEISSE, in: Moosmayer/Hartwig (Hrsg.), Interne Untersuchungen. Praxisleitfaden für Unternehmen, 2012, S. 58 ff.; weiterhin MOOSMAYER, Compliance. Praxisleitfaden für Unternehmen, 2. Aufl. 2012, S. 100 f., 130; BRESSLER / KUHNKE / SCHULZ / STEIN, NZG 2009, 721 ff.; PFORDTE, in: FS ARGE Strafrecht des DAV, 2009, S. 740, 748 f.; GÖPFERT / MERTENS / SIEGRIST, NJW 2008, 1703, 1704; SCHÜRRLE / OLBERS, CCZ 2010, 178, 181 f.; JAHN, StV 2009, 41, 42; SIEG, in: FS H. Buchner, 2009, S. 859, 870 f.

58 WASTL / LITZKA / PUSCH, NStZ 2009, 68, 71; MOOSMAYER, Compliance (Fn. 57), S. 93; KREMER, in: FS Uwe H. Schneider, 2011, S. 701, 708.

59 Dazu näher GÖPFERT / MERTEN / SIEGRIST, NJW 2008, 1703, 1706 f.; LÜTZELER / MÜLLER-SARTORI, CCZ 2011, 19, 24 f.; auch DANN / SCHMIDT, NJW 2009, 1851, 1854.

jedenfalls insoweit besteht, wie die begehrten Informationen seinen unmittelbaren Tätigkeitsbereich betreffen – bei überwiegendem Interesse des Arbeitgebers an der Erlangung der Informationen sogar darüber hinaus.⁶¹ Das soll auch dann gelten, wenn sich der Mitarbeiter bei seiner Aussage selbst der Begehung einer Straftat bezichtigen müsste.⁶²

Der im *nemo-tenetur-Grundsatz* zum Ausdruck gebrachte Schutz vor Zwang, sich aktiv selbst belasten zu müssen, wie er für das Strafverfahren etwa in den §§ 55 (Auskunftsverweigerungsrecht des Zeugen), 136 Abs. 1 S. 2, 136a Abs. 1, 3, 243 Abs. 5 S. 1 StPO (Beschuldigtenschweigerecht) ausgewiesen und auch in anderen staatlichen Verfahren gesetzlich anerkannt ist, kommt in privatrechtlichen Beziehungen wie dem Arbeitgeber-/Arbeitnehmerverhältnis grundsätzlich nicht zum Tragen.⁶³ Mangels gesetzlicher Aussageverweigerungsrechte entfällt damit auch eine formelle Belehrung.⁶⁴

-
- 60 Ob eine gerichtlich festgestellte Auskunftspflicht auch *vollstreckbar* ist, wird wegen ihres höchstpersönlichen Charakters streitig diskutiert; unter Hinweis auf § 888 Abs. 3 ZPO *dagegen* etwa GRUBER, in: MünchKomm-ZPO, Bd. 2 (§§ 511-945), 3. Aufl. 2007, § 888 Rn. 21, 3; RIEBLE, ZIP 2003, 1273, 1279; *für* eine Vollstreckbarkeit gem. § 888 Abs. 1 ZPO aber BITTMANN/MOLKENBUR, wistra 2009, 373, 375; KNAUER/BUHLMANN, AnwBl 2010, 387, 389; MOMSEN, ZIS 2011, 508, 513; DERS./GRÜTZNER, DB 2011, 1792, 1795; GERST, CCZ 2012, 1, 3; BÖHM, WM 2009, 1923, 1925 („Auskunftserteilung als unvertretbare Handlung stellt Hauptanwendungsfall des § 888 Abs. 1 ZPO dar“).
- 61 Vgl. MENGEL/ULLRICH, NZA 2006, 240, 243; MENGEL, Compliance und Arbeitsrecht, 2009, S. 118 ff.; GÖPFERT/MERTEN/SIEGRIST, NJW 2008, 1703, 1705; JAHN, StV 2009, 41, 43 f. (aber kritisierend); LÜTZELER/MÜLLER-SARTORI, CCZ 2011, 19, 20; UWE H. SCHNEIDER, NZG 2010, 1201, 1204; MOMSEN/GRÜTZNER, DB 2011, 1792, 1795; RÜBENSTAHL, WiJ 2012, 17, 21 f.; KNAUER, ZWH 2012, 81, 84 – jew. m.w.N.
- 62 Gehört die Auskunftspflicht zur vertraglich geschuldeten Arbeitsaufgabe gem. den §§ 666 i.V.m. 675 BGB (analog), entfällt diese nicht schon deshalb, weil der Arbeitnehmer sich ansonsten einer strafbaren Handlung bezichtigen müsste (BGHZ 41, 318, 322; DILLER, DB 2004, 313, 314; BÖHM, WM 2009, 1923, 1924 und RÜBENSTAHL, WiJ 2012, 17, 21 m.w.N.). Wird sie dagegen aus der arbeitsvertraglichen Treuepflicht gem. den §§ 611, 241 Abs. 2 BGB hergeleitet, gibt es eine dem Grundsatz von Treu und Glauben entnommene *Zumutbarkeitsgrenze*, die im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung festzulegen ist. Dabei ist auch das Recht des Arbeitnehmers, sich nicht selbst belasten zu müssen, zu berücksichtigen (BGH NJW-RR 1989, 614, 615; BAG NJW 2009, 1897, 1898; auch BAGE 81, 15, 21 ff.; GÖPFERT/MERTEN/SIEGRIST, NJW 2008, 1703, 1705), ohne jedoch das Ergebnis zu präjudizieren (vgl. LAG Hamm, Urt. v. 3.3.2009 – 14 Sa 1689/08, BeckRS 2009, 74015; WISSKIRCHEN/GLASER, DB 2011, 1392, 1394; BÖHM, WM 2009, 1923, 1924 f. m.w.N.); für ein weitergehendes Schweigerecht etwa RUDKOWSKI/GLASER, NZA 2011, 612, 613 f.; BAUER StV 2012, 277, 279 und I. ROXIN, StV 2012, 116, 121 m.w.N.
- 63 Vgl. – *pars pro toto* – THEILE, StV 2011, 381, 383 und KNAUER/BUHLMANN, AnwBl 2010, 387, 389 f. Zudem: Die Parteien eines Zivil- und Arbeitsgerichtsverfahrens sind nicht berechtigt, die Unwahrheit zu sagen, weil sie sich selbst belasten könnten; statt vieler ZÖLLER, ZPO, 28. Aufl. 2010, § 138 Rn. 3 m.w.N. und FRITZ/NOLDEN, CCZ 2010, 170, 173.
- 64 LÜTZELER/MÜLLER-SARTORI, CCZ 2011, 19, 23; RUDKOWSKI, NZA 2011, 612; SCHÜRRLE/OLBERS, CCZ 2010, 178, 179; BITTMANN/MOLKENBUR, wistra 2009, 373, 377; PFORDTE, in: FS ARGE Strafrecht des DAV, 2009, S. 740, 752; SALVENMOSER/SCHREIER, in: Achenbach/Ransiek (Fn. 35), 15. Teil Rn. 174; THEILE, StV 2011, 381, 383; I. ROXIN, StV 2012, 116, 119; RÜBENSTAHL, WiJ 2012, 17, 25 m.w.N.

Allerdings kommt dem in den Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG verankerten allgemeinen Persönlichkeitsrecht, auf das der Selbstbelastungsschutz überwiegend gestützt wird,⁶⁵ auch unter Privaten und damit zugunsten betroffener Mitarbeiter Bedeutung zu. Es findet seine Grenzen aber in den legitimen Interessen des Unternehmers (insbes. der Beweisnot des Arbeitgebers). In der damit notwendigen Abwägung verdienen die Interessen des Mitarbeiters keinesfalls immer den Vorzug. Denn es gibt für das Unternehmen eine Reihe plausibler Gründe, das aus seiner Sicht aussichtsreiche – und im Vergleich mit anderen Kontrollmaßnahmen wie etwa Videoüberwachung oder umfassenden Whistle-Blowing-Systemen auch verhältnismäßige – Aufklärungsinstrument einzusetzen.⁶⁶ Die damit prinzipiell zu akzeptierende Auskunftspflicht besteht nach vorherrschender Ansicht dann nicht nur gegenüber dem Unternehmen, sondern in gleichem Umfang auch gegenüber den von diesem beauftragten externen Rechtsanwälten.⁶⁷

Bei dieser Ausgangslage liegt das *eigentliche Problem* in den Folgen der Auskunftspflicht für ein parallel geführtes oder anstehendes Strafverfahren.⁶⁸ Der interviewte Mitarbeiter ist hier in einer überaus misslichen Situation.⁶⁹

-
- 65 S. BVerfGE 56, 37, 41 f.; 95, 220, 241; BVerfG, Beschl. v. 31.3.2008 – 2 BvR 467/08, BeckRS 2008, 35240. Ausführlich zur den Rechtsgrundlagen des Verbots des Selbstbelastungszwanges ROGALL, in: SK-StPO, 14. Erg.-Lfg. (Juli 1995), Vor § 133 Rn. 131 ff. m. zahlr. w. Nachw.
- 66 THEILE, StV 2011, 381, 383 m.w.N. Ein generelles Auskunftsverweigerungsrecht im Falle der Gefahr einer strafrechtlich relevanten Selbstbezeichnung existiert also nicht, s. BÖHM, WM 2009, 1923, 1924 f.; FRITZ/NOLDEN, CCZ 2010, 170, 175 f.; KNAUER, ZWH 2012, 81, 84. Nach Ansicht des BGH und zweier Arbeitsgerichte soll sich der allgemein vertraglich zur Auskunft Verpflichtete nicht auf sein Recht auf Selbstbelastungsfreiheit berufen können, so BGHZ 41, 318, 322; BGH NJW 1990, 510, 511; ArbG Saarlouis ZIP 1984, 364, 365; LAG Hamm, Urt. v. 3.3.2009 (Fn. 62); anders aber etwa OLG München, NZG 2009, 665, 668 und JAHN, StV 2009, 41, 43 f. – beide zu „Siemens“; weiterhin HIEBL/BECKER, in: Widmaier (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 2006, § 30 Rn. 97 f.; MASCHMANN, AUA 2009, 72, 76; RIEBLE, ZRP 2003, 1273, 1277 m.w.N.
- 67 Statt vieler GÖPFERT/MERTEN/SIEGRIST, NJW 2008, 1703, 1706 (unter Betonung der erhöhten Gefahrenlage, wenn die Anwälte nicht nur an die Unternehmensleitung, sondern auch an die SEC und das Department of Justice [DOJ] sowie die Staatsanwaltschaft berichten), BITTMANN/MOLKENBUR, wistra 2009, 373, 376 f. und THEILE, StV 2011, 381, 384. Krit. zum Bestehen einer Aussagepflicht gegenüber unternehmensinternen Ermittlungsteams (wie im Falle „Siemens/SEC“) JAHN, StV 2009, 41, 44 f.; zu Internal Investigations nach Aufforderung durch US-Behörden (in Form eines Erfahrungsberichts) auch WYBITUL, BB 2009, 606 ff.
- 68 Erst mit der Weitergabe der Informationen an die Strafverfolgungsbehörde und ihre Verwertung in einem Strafverfahren entsteht die Situation, vor der der *nemo-tenetur-Grundsatz* allein schützen will. Ausführlich zur Konfliktsituation BENZ, Selbstbelastungen in außerstrafrechtlichen Zwangslagen, 2005 (noch ohne Berücksichtigung der Compliance-Thematik).
- 69 Zum Folgenden knapp und gut THEILE, StV 2011, 381, 384 m.w.N.; zur enormen Drucksituation, in der sich der befragte Mitarbeiter befindet, auch – statt vieler – DE VRIES, Kriminalistik 2011, 83, 88 („in dieser Situation hätte ich alles unterschrieben“ [als Zitat eines Zeugen vor Gericht]); PFORDTE, in: FS ARGE Strafrecht des DAV, 2009, S. 740, 744 ff.; KNAUER/BUHLMANN, AnwBl 2010, 387, 388 ff. Die Thesen des Strafrechtausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer zur Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen

Auch wenn das Unternehmen auf eine Strafanzeige verzichtet und die Mitwirkung des Mitarbeiters im Rahmen einer Amnestie belohnt, wirken sich diese Vergünstigungen auf das staatliche Strafverfahren vor dem Hintergrund des Legalitätsprinzips grundsätzlich nicht aus. Eine vom Unternehmen unter Hinweis auf die Kooperation angeregte wohlwollende Behandlung des Falles durch die Ermittlungsbehörden ist jedenfalls nicht berechenbar. Das Zeugnisverweigerungsrecht des befragenden Anwalts nach § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO bietet dem Mitarbeiter ebenfalls keinen Schutz. Es wurzelt in der Mandatsbeziehung des Anwalts zum Unternehmen, das diesen ohne Weiteres von der Schweigepflicht entbinden kann und dies in aller Regel auch tun wird, um sich in der Öffentlichkeit als schonungsloser Aufklärer zu präsentieren.⁷⁰ Weil private Ermittler anders als die Staatsanwaltschaft gem. § 160 Abs. 2 StPO nicht nach entlastenden Umständen suchen müssen, besteht zudem die Gefahr recht einseitiger und verzerrter Ermittlungsergebnisse.⁷¹

Zwar kann sich der beschuldigte Mitarbeiter im Strafverfahren auf sein Schweigerecht berufen. Das nützt ihm aber wenig, wenn die begehrten Informationen über die Zeugenaussagen der mit den internen Untersuchungen befassten Anwälte in das Verfahren eingeführt werden.⁷² Mit gleicher, für den Beschuldigten negativer Stoßrichtung hat im Oktober 2010 das LG Hamburg entschieden, dass die durch interne Ermittlungen einer Anwaltskanzlei gewonnenen Ergebnisse mangels eines „mandatsähnlichen Vertrauensverhältnisses“ zwischen dieser und dem Mitarbeiter keinem Beschlagnahmeverbot unterliegen, also von den staatlichen Strafverfolgungsbehörden ausgewertet werden können.⁷³

Wer in dieser Situation, in der staatliche und private Ermittlungen zusammentreffen, die dabei auftretenden Interessenkollisionen nicht einseitig zu Lasten des Unternehmensmitarbeiters auflösen will, muss ernsthaft über ein *Beweisverwertungsverbot* und dessen *Reichweite* nachdenken.⁷⁴ Zwar kommen strafprozessuale Beweisverwertungs-

dem Unternehmensanwalt und den Arbeitnehmern bei internen Unternehmensuntersuchungen sind abgedruckt in: BRAK-Mitt. 1/2011, 16 ff.; Besprechung dazu von SIDHU/VON SAUCKEN/RUHMANSEDER, NJW 2011, 881 ff.

70 GERST (CCZ 2012, 1, 4 f.) schlägt deshalb eine individuelle Mandatierung des Anwalts durch den Mitarbeiter vor. Wer den Anwalt bezahlt und ob ein solches Vorgehen den Interessen des Unternehmens ausreichend Rechnung trägt, bleibt bei ihm allerdings offen.

71 KNIERIM, StV 2009, 324, 325; auch BRUNHÖBER, GA 2010, 571, 578.

72 Vgl. PFORDTE, in: FS ARGE Strafrecht des DAV, 2009, S. 740, 752; THEILE, StV 2011, 381, 384 f.; DE VRIES, Kriminalistik 2011, 83, 88.

73 LG Hamburg (Beschl. v. 15.10.2010 – 608 Qs 18/10), NJW 2011, 942 = StV 2011, 148, 150 m. krit. Anm. JAHN/KIRSCH (verfassungskonforme Auslegung des Beschlagnahmeverbots gem. § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO ist – auch nach Inkrafttreten des zum 1.2.2011 geänderten § 160a StPO – auf das Vertrauensverhältnis zwischen dem Nichtbeschuldigten und seinem Rechtsanwalt zu erstrecken), FRITZ, CCZ 2011, 156 ff.; MOMSEN/GRÜTZNER, DB 2011, 1792, 1796 f.; SCHUSTER, NZWiSt 2012, 28, 29 f.; WESSING, ZWH 2012, 6, 9 f.; I. ROXIN, StV 2012, 116, 120; KNAUER, ZWH, 2012, 81, 88 und VON GALEN, NJW 2011, 945.

74 Ausführlich zum Stand der Lehre von den Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverboten im deutschen Strafverfahrensrecht JAHN, Gutachten C für den 67. DJT 2008.

verbote bei Beweismittelgewinnung durch Private nur dann in Betracht, wenn deren Verhalten dem Staat zuzurechnen ist.⁷⁵ Das ist hier sehr zweifelhaft und lässt sich allenfalls – wenn überhaupt – in Situationen enger Kooperationsabsprachen zwischen Unternehmen und Ermittlungsbehörden oder bei unzulässiger Dritteinwirkung (auch ausländischer) Behörden annehmen.⁷⁶ Aber selbst bei festgestellter staatlich veranlasster Ermittlungstätigkeit Privater – mag diese zudem unzulässig oder rechtswidrig sein – ist die obergerichtliche Rechtsprechung bei der Anerkennung von Verstößen gegen das *nemo-tenetur-Prinzip* wegen der die Wahrheitserforschung und freie Beweiswürdigung begrenzenden Wirkung äußerst zurückhaltend.⁷⁷ Der auf den Mitarbeitern durch die „Internal Investigations“ lastende Druck wird da regelmäßig nicht ausreichen.⁷⁸

Abhilfe schaffen kann hier aber ein *selbständiges Beweisverwertungsverbot*,⁷⁹ das direkt auf die Verfassung, hier die Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG, zu stützen ist.⁸⁰ Der traditionelle, auf ein Schweigerecht begrenzte Anwendungsbereich des *nemo-tenetur-Prinzips* muss dabei zwar auf Fälle erweitert werden, in denen der Beschuldigte nicht einmal passiv die Verwertung von Aussagen erdulden muss, zu denen er im Rahmen der „Internal Investigations“ verpflichtet war. Ohne diese Erweiterung würde aber das Prinzip der Selbstbelastungsfreiheit – wie *Theile* richtig betont – zu einer bloßen „Hülle

75 Der Staat muss einen „maßgeblichen Beitrag zur Handlung der Privatperson geleistet und damit einen hinreichenden Zurechnungsgrund gesetzt“ haben (GODENZI, GA 2008, 500, 503 m.w.N.). Nachw. zur Zurechnungskonstruktion der h.M. bei JAHN, StV 2009, 41, 45.

76 Dazu JAHN, StV 2009, 41, 45; PFORDTE, in: FS ARGE Strafrecht des DAV, 2009, S. 740, 755 f.; auch WASTL/LITZKA/PUSCH, NStZ 2009, 68 ff., DANN/SCHMIDT, NJW 2009, 1851 ff. und KNAUER/BUHLMANN, AnwBl 2010, 387, 390.

77 Vgl. zuletzt (Verwertbarkeit von Daten auf angekaufter CD [Liechtenstein]) BVerfG StV 2011, 65, 66 („Beweisverwertungsverbot [stellt] Ausnahme [dar], die nur nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Ernstfall anzuerkennen ist“) m. zahlr. Nachw.; krit. dazu TRÜG, StV 2011, 111, 116 ff.

78 S. JAHN, StV 2009, 41, 45 (auf Basis der h.M. Ablehnung eines Verwertungsverbots verständlich); THEILE, StV 2011, 381, 385. Hintergrund: Weil das Gebot der Selbstbelastungsfreiheit nur Schutz vor staatlich verursachten Zwangslagen garantiert, sind Drucksituationen, die aus dem sozialen oder beruflichen Umfeld des Beschuldigten erwachsen, im Hinblick auf *nemo tenetur* prinzipiell unbeachtlich.

79 Ein *unselbständiges Beweisverwertungsverbot* (= Verbot, das sich aus dem Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften ergibt, s. ROGALL, ZStW 91 [1979], 1, 3; JÄGER, GA 2008, 473, 474) kommt im Kontext der Internal Investigations nur in Betracht, wenn die Methoden der privaten Ermittler unrechtmäßig waren, diese also insbes. die befragten Mitarbeiter i.S.v. § 240 StGB genötigt hatten (die §§ 136 Abs. 1 S. 2, 136a Abs. 1 StPO sollen nach h.M. auf private Ermittlungsgehilfen keine Anwendung finden, vgl. BGH NStZ 2011, 596, 597 m.w.N. und LESCH, in: KMR-StPO, Bd. 2 (§§ 94-150), 21. Erg.-Lfg. (Okt. 1999), § 136 Rn. 30 und § 136a Rn. 11). Zum Diskussionsstand bei den *selbständigen Beweisverwertungsverboten* (die nicht von der Bejahung einer Gesetzesverletzung abhängig, sondern zu meist direkt dem Verfassungsrecht zu entnehmen sind) JAHN, Gutachten 67. DJT (Fn. 74), C 78 ff.

80 So THEILE, StV 2011, 381, 385; dagegen (weil schon keine Auskunftspflicht des Arbeitnehmers besteht) BAUER, StV 2012, 277, 279.

ohne Inhalt“ verkommen.⁸¹ Die Riege derjenigen, die hier für ein Beweisverwertungsverbot eintreten, wird daher zu Recht immer größer.⁸² Denn: Es stellt einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht dar, wenn vom Mitarbeiter erzwingbare Informationen, die im Rahmen unternehmensinterner Untersuchungen zu einem ganz bestimmten Zweck gesammelt werden, später in einem Strafverfahren gegen ihn verwendet und letztlich zweckentfremdet werden.⁸³

Eine unterschiedliche Behandlung der Auskünfte im Zivil- und Strafrecht lässt sich auch in der Sache überzeugend begründen: Legitime Interessen des Unternehmers, die es im Zivilrecht gegen Mitarbeiterinteressen abzuwägen gilt und die in diesem Bereich im Ergebnis zu einem Selbstbelastungszwang führen können, gibt es im Strafverfahren nicht. Hier steht der staatliche Strafanspruch, der nicht um jeden Preis durchzusetzen ist, gegen das aus der Subjektstellung des Beschuldigten abzuleitende Schweigerecht. Die *Gemeinschaftsgebundenheit des Individuums* mag zwar – wie es das BVerfG 1981 im berühmten Gemeinschuldnerbeschluss ausgeführt hat – eine Selbstbelastungen einbeziehende Verpflichtung zur Aussage im Interesse Privater rechtfertigen.⁸⁴ Die Grenze dieser Gemeinschaftsgebundenheit ist aber dort erreicht, wo der Einzelne sich innerhalb eines Strafverfahrens selbst belasten oder die Verwertung einer außerstrafrechtlich erzwungenen Aussage im Strafverfahren erdulden müsste.

Viel spricht dann auch dafür – ohne das hier näher ausführen zu können –, dieses Beweisverwertungsverbot durch ein *nachwirkendes Beweisverwendungsverbot* zu flan-

81 THEILE, StV 2011, 381, 385.

82 Anhänger eines Verbots der Beweisverwertung im Strafverfahren sind in der Rspr. – ohne nähere Begründung – das LAG Hamm, Urt. v. 3.3.2009 (Fn. 62); ArbG Saarlouis, ZIP 1984, 364, 365; aus der Lit. WASTL/LITZKA/PUSCH, NSTZ 2009, 68, 73 f.; BITTMANN/MOLKENBUR, wistra 2009, 373, 378; BÖHM, WM 2009, 1923, 1926 ff.; DANN/SCHMIDT, NJW 2009, 1851, 1855; PFORDTE, in: FS ARGE des DAV, 2009, S. 740, 754 ff.; BEULKE, Strafprozessrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 481; MINOGGIO, Firmenverteidigung (Fn. 54), Rn. 1274 ff.; VON GALEN, NJW 2011, 945; FRITZ, CCZ 2011, 156, 159 f.; LÜTZELER/MÜLLER-SARTORI, CCZ 2011, 19, 24; I. ROXIN, StV 2012, 116, 120; auch DE VRIES, Kriminalistik 2011, 83, 88 – die Herleitung des Verbots bleibt auch hier bei den Autoren häufig vage. Ausdrücklich auf einen Verstoß gegen die *Grundsätze des fairen Verfahrens* stützen das Verwertungsverbot KNAUER/BUHLMANN, AnwBl 2010, 387, 390 ff. (da die vorhandenen Vorschriften den Beschuldigten im Einzelfall nur unzureichend schützen und die Korrektur eines ansonsten unbilligen und mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht zu vereinbarenden Verfahrens unter Rückgriff auf den *fair-trial*-Gedanken geboten ist); KNAUER, ZWH 2012, 81, 86; zust. MOMSEN, ZIS 2011, 508, 513 ff.; DERS./GRÜTZNER, DB 2011, 1792, 1795; dagegen LG Hamburg, NJW 2011, 942, 944 (mit dem wenig überzeugenden Argument, die Mitarbeiter seien mit dem Abschluss des Arbeitsvertrages freiwillig eine „vertragliche Verpflichtung zur möglichen Selbstbelastung“ eingegangen; ebenso SIDHU/VON SAUCKEN/RUHMANNSEDER, NJW 2011, 881, 883; I. ROXIN, StV 2012, 116, 120.

83 Überzeugend hier und im Weiteren THEILE, StV 2011, 381, 385; auch WASTL/LITZKA/PUSCH, NSTZ 2009, 68, 73 (Verwertbarkeit ist auf konkrete Erhebungszwecke beschränkt).

84 BVerfGE 56, 37, 49 f.

kieren⁸⁵ – mit der Folge, dass die Erkenntnisse aus den zivilrechtlich geschuldeten Informationen keine Grundlage für weitere strafrechtliche Ermittlungen zur Schaffung selbständiger Beweismittel bilden dürfen, wenn der Betroffene damit nicht ausdrücklich einverstanden ist. Derartige Verbote stellen im deutschen Recht zwar eine Ausnahme dar. Ohne diese Absicherung liefe jedoch das Verbot der Verwertung von Informationen, die bei „Internal Investigations“ in großer Menge anfallen und als Ansatzpunkte für Ermittlungen aufgegriffen werden könnten, weitgehend leer. Die Unsicherheiten für die Betroffenen sollten daher durch eine eindeutige gesetzliche Regelung – vergleichbar § 97 Abs. 1 S. 3 InsO – beseitigt werden.⁸⁶

V. FAZIT

Damit bin ich am Ende meiner Ausführungen und fasse die Kernaspekte in *zwei Punkten* zusammen:

1. Corporate Compliance als Form ergänzender privater Kriminalprävention sollte mit Augenmaß erfolgen, um den skizzierten „Aufschaukelungsprozess“ der Verhaltensstandards mit den daraus resultierenden strafrechtlichen Risiken nicht unnötig zu beschleunigen. Die Chance, durch Unternehmensrichtlinien Handlungsspielräume selbst zu definieren, kann sonst schnell ins Gegenteil umschlagen.
2. Die Privatisierung der Strafverfolgung durch „Internal Investigations“, wie sie derzeit zu beobachten ist, darf strafrechtlich nicht zu Lasten des zivilrechtlich auskunftspflichtigen Unternehmensmitarbeiters gehen. Ein auf das Allgemeine Persönlichkeitsrecht gestütztes Beweisverwertungsverbot, das im Sinne eines Verwendungsverbots auch Fernwirkung entfaltet, wäre die angemessene Antwort darauf.

85 THEILE, StV 2011, 381, 385 f.; ebenfalls für eine „Fernwirkung“ des Verwertungsverbots BÖHM, WM 2009, 1923, 1926 ff., FRITZ, CCZ 2011, 156, 159 f. (in analoger Anwendung des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO bzw. des Gemeinschuldnerbeschlusses) und GERST, CCZ 2012, 1, 3; näher dazu im Kontext des § 97 Abs. 1 InsO HEFENDEHL, wistra 2003, 1, 6 ff.; auch WASTL/LITZKA/PUSCH, NStZ 2009, 68, 73 f.; gegen eine Fernwirkung aber BITTMANN/MOLKENBUR, wistra 2009, 373, 378 und RÜBENSTAHL, WiJ 2012, 17, 30.

86 Eine gesetzliche Lösung zum strafrechtlichen Schutz des Mitarbeiters fordern PFORDTE, in: FS ARGE des DAV, 2009, S. 740, 756; BRUNHÖBER, GA 2010, 571, 588; auch MOMSEN, ZIS 2011, 508, 516; VON GALEN, NJW 2011, 945; KNAUER, ZWH 2012, 81, 86.

Legal Problems of Fighting Piracy: The Japanese Perspective

Mariko Kawano

- I. Introduction: Enactment of Japan's Anti-Piracy Act
- II. Main Provisions of the Anti-Piracy Act
- III. Purposes of the Anti-Piracy Act
- IV. Definition of 'Acts of Piracy' in the Anti-Piracy Act
 - 1. Importance of 'Private Ends' and Universal Jurisdiction Clauses
 - 2. Differences from the Definition of Article 100 of the UNCLOS
- V. Anti-Piracy Measures Undertaken by the JCG and the SDF
 - 1. Competence of the JCG
 - 2. Competence of the SDF
 - 3. JCG and the SDF in the Operations against Acts of Piracy
- VI. Use of Arms
 - 1. Use of Arms by Officers and Assistant Officers of the JCG and in the Course of their Operations against Acts of Piracy
 - 2. Use of Arms by the SDF Officers
 - 3. Use of Arms by the JCG Officers and by the SDF Officers
- VII. Apprehension and the Transfer of Suspects
 - 1. Competence of JCG Officers for Apprehension or Arrest
 - 2. Treatment of Suspects
 - 3. Transfer of Criminals by the US Navy to Japan and Emerging Problems
- VIII. Concluding Remarks

I. INTRODUCTION: ENACTMENT OF JAPAN'S ANTI-PIRACY ACT

On July 2009, Japan enacted the Act on Punishment of and Measures against Acts of Piracy (hereafter referred to as the Anti-Piracy Act), Act No. 55.¹

The direct motive for the enactment of this Act was the necessity for a legal basis to enable Japanese officers to contribute to international cooperative operations against

1 For a provisional English translation of this Act, please see *Japanese Yearbook of International Law*, Vol. 53 (2010), pp. 838-843. Extracts from the minutes of the discussions in the Diet can be found with A. KANEHARA, 'Japanese Legal Regime Combating Piracy: The Act on Punishment of and Measures against Acts of Piracy', *ibid.*, pp. 469-489. The backgrounds of the enactment of this Act and related legal issues are explained in M. OKANO, 'Is International Law Effective in the Fight against Piracy?', *ibid.*, pp. 178-201. See also in Japanese, K. AKATANI, *Kaizoku kōi no shobatsu oyobi kaizoku kōi hen o taishō ni kansuru hōritsu*, Jurisuto, No. 385 (2009), pp. 62-68.

piracy, in particular, those operations combating piracy in the waters off the coast of Somalia and the Gulf of Aden in accordance with the resolutions of the Security Council of the UN. However, this Act does not provide for a special legal grounds for the specific operations of the self-defense forces (hereafter referred to as the SDF) in the vicinity of Somalia. Instead, it provides for a general legal framework to enable Japanese officers to take measures against piracy in accordance with international law, in particular, the UN Convention on the Law of the Sea (hereafter referred to as the UNCLOS). Therefore, its contents take into consideration the special situations in the vicinity of Somalia and the contribution to the international community in general.²

When Japan ratified the UNCLOS, several legislative measures were needed to comply with the convention's obligations. The Japanese government found that it provides for only the obligation to cooperation as far as measures against acts of piracy are concerned and that it was not necessary at present to enable Japanese officers to take measures against piracy or to punish the act of piracy in accordance with the UNCLOS. Therefore, it decided not to enact a new legislation for the measures against piracy.³

Despite this decision at the time of the ratification of the UNCLOS, arguments continued about the necessity of maintaining the maritime security and enhancing the competence of Japanese officers in this area because of the seriousness of piracy or armed robberies at sea. The Basic Act on Ocean Policy, which came into being in 2005, emphasized the importance of maritime transportation and the maintenance of security and order at sea. The formulation of the Basic Plan on Ocean Policy pursuant to that act provides that 'necessary steps be taken for ensuring the peace and security of Japan and ensuring maritime order' and states the necessity of a regime for suppressing and regulating offending acts such as piracy on the high seas in accordance with international law.⁴

The seriousness of piracy in the waters off the coast of Somalia and the resolutions adopted by the Security Council⁵ have made the Japanese government consider even more seriously its contribution to international operations in that sea area. This area is of vital importance for the transportation of natural resources to Japan. Therefore in 2008, the Japanese government established a committee to examine a new act for combat against piracy in 2008.

2 Minutes of the Special Committee on Combating Piracy and Terrorism, House of Representatives, 171st Session, No. 4 (17 April 2009), pp. 2-3, No. 6 (22 April 2009), p. 2 and No. 7 (23 April 2009), p. 2.

3 Minutes of the Special Committee on Combating Piracy and Terrorism, House of Representatives, 171st Session, No. 3 (15 April 2009), p. 2 and No. 7 (23 April 2009), p. 2.

4 Minutes of the Special Committee on Combating Piracy and Terrorism, House of Representatives, 171st Session, No. 3 (15 April 2009), p. 13.

5 On 2 June 2008, the Security Council adopted the first resolution, resolution 1816 (2008), to authorize the interested members to take enforcement measures in this sea area (S/RES/ 1816 (2008)).

The committee recommended that, given the urgency of the situation, the government enact the Anti-Piracy Act and send the officers and fleets of the Maritime Self-Defense Forces (hereafter referred to as the MSDF) to the area off the coast of Somalia on a provisional basis pursuant to Article 82 of the Self-Defense Forces Act (hereafter referred to as the SDF Act). The difference between the operations under the Anti-Piracy Act and those pursuant to Article 82 will be examined later. Based on the basic principles presented by this committee, the Cabinet decided to enact a new law to form the legal basis for operations against acts of piracy.

In this paper, following a brief overview of the Japanese Anti-Piracy Act, some salient issues relating to this Act will be discussed.

II. MAIN PROVISIONS OF THE ANTI-PIRACY ACT

The Anti-Piracy Act contains thirteen provisions and six supplementary provisions. Here I will briefly examine the contents of its main provisions.

Article 1 provides for the purposes of this Act. The purposes are to prescribe punishment for acts of piracy under Japanese law, to provide necessary legal grounds for an appropriate and effective response by Japan to acts of piracy, and thereby to maintain public safety and order at sea.

As the Japanese economy relies heavily on maritime transportation for its imports and exports, the safety of maritime navigation is of vital importance for Japan's economy and the nation.

Article 2 provides for the definition of the acts of piracy under the present Act. This is a key provision outlining the actions to be taken by the Japan Coast Guard (hereafter referred to as the JCG) and the Self-Defense Forces (hereafter referred to as the SDF) under this Act. As the salient features of the definition in this provision will be discussed later, I should simply note here that the definition, in principle, corresponds largely to that provided by Article 100 of the UNCLOS.

Articles 3 and 4 provide for punishment for acts of piracy pursuant to this Act. Under the present Act, not only the commission of the act of piracy but also the attempt of that act constitute the crime of piracy. A person who commits an act of piracy shall be punished by imprisonment, and the punishment is graver than the ones for the crimes under the Criminal Code of Japan which are committed in the course of the act of piracy.

Articles 5 and 6 provide for the competence of the JCG to take measures against acts of piracy. Pursuant to Article 5, the JCG is designed to play the primary role in the operations against acts of piracy. In accordance with Article 6, a coast guard official and an assistant coast guard official may use their weapons, provided that the perpetrator disobeys the coast guard's commands to stop and continues the acts of piracy by navigating the ship, and that there are sufficient grounds to believe that there are no other means to stop the navigation of that ship, to the extent that is reasonably required in the circumstances.

Articles 7 and 8 provide for the competence of the SDF. Although the present Act accords the primary competence to take measures against acts of piracy to the JCG, it permits the SDF to take necessary actions against acts of piracy in cases where the situation requires more forceful measures. As the function of the SDF is considered to be complementary to the operations of the JCG, Article 7 provides for strict conditions for the operations of the SDF. First, an order by the Minister of Defense, with the approval of the Prime Minister, is required. Second, there is extraordinary necessity. Upon obtaining the approval of the Prime Minister, the Minister of Defense shall, after consultation with the heads of the relevant administrative organs, draw up and submit to the Prime Minister the guidelines for the response operations. Four items are normally required to obtain the approval of the prime Minister. However, in cases where there is an urgent need to take measures against an on-going (or imminent) act of piracy, it is sufficient for the Minister of Defense to provide only an outline of the necessary actions to the Prime Minister.

The four items required to obtain the Prime Minister's approval are: 1) necessity of the action set forth in the preceding paragraph (hereafter referred to as the Anti-Piracy Response Operations); 2) the area of the sea where the SDF undertake the Anti-Piracy Response Operations; 3) the scale, formation, equipment, and terms of the unit of the Self-Defense Forces which the Minister of Defense orders to take the Anti-Piracy Response Operations; and 4) other important matters relevant to the Anti-Piracy Response Operations.

Article 8 provides for the competence of the Maritime Self-Defense officials at the rank of petty officer 3rd class or higher of Maritime Self-Defense Forces that are ordered to take the Anti-Piracy Response Operations. The relevant provisions of the Japan Coast Guard Act (Article 16, paragraph 1 of Article 17, and Article 18) shall apply, *mutatis mutandis*, to the execution of these duties. Paragraph 3 of the same provision provides for the obligation of the Prime Minister to report to the Diet without delay the required information about the Anti-Piracy Operations undertaken with his/her approval.

Article 9 provides for the application of Japanese laws with regard to the execution of the duties by Japanese public officials outside of Japan related to measures against acts of piracy prescribed in Article 5 to Article 8.

Article 10 provides that the heads of the relevant administrative organs shall cooperate with the Commandant of the Japan Coast Guard and the Minister of Defense on measures against acts of piracy, so as to achieve the objective of Article 1.

These are the main provisions of the Anti-Piracy Act. At the end of this introduction of the Act's salient provisions, it is necessary to emphasize that all of the operations under this Act are designated as police operations and that it is primarily up to the JCG to take measures against acts of piracy with the MSDF deemed to play a complementary role in the operations against piracy.

III. PURPOSES OF THE ANTI-PIRACY ACT

There are four purposes of the Anti-Piracy Act:

First, cooperation with anti-piracy operations under international law, particularly the UNCLOS; second, protection of the vessels regardless of the flag; third, criminalization of acts of piracy and instigation of required legal grounds for an appropriate and effective response to such acts; and finally, maintenance of public safety and order at sea.

IV. DEFINITION OF 'ACTS OF PIRACY' IN THE ANTI-PIRACY ACT

Article 2 defines acts of piracy as follows: 'Acts committed for private ends on the high seas or in territorial seas, as well as in the internal waters of Japan, by the crew or the passengers of a ship (except for warships and other ships owned or operated by a government of State).'

1. *Importance of 'Private Ends' and Universal Jurisdiction Clauses*

As I have already pointed out, the definition provided in Article 2 is, in principle, formulated pursuant to Article 100 of the UNCLOS.

The 'private ends' clause is one of the most essential elements in the definition of acts of piracy both in the UNCLOS and in the Anti-Piracy Act. Moreover, this element plays a particularly important role in the Japanese legal system. As far as these acts of piracy are pursued for private ends, the persons engaging in those acts are never considered to be state organs, and the measures taken against them do not constitute the 'use of force' but can be considered as measures for law enforcement against private individuals.

In common with the UNCLOS's definition of acts of piracy, the Anti-Piracy Act makes no reference to the nationality of the vessels or of the victims or the nature of the cargos. This enables Japanese officers to exercise universal jurisdiction in response to acts of piracy.

2. *Differences from the Definition of Article 100 of the UNCLOS*

Although the basic formulation of the definition in the Anti-Piracy Act corresponds with that used by the UNCLOS, there are some differences that mainly reflect the attempts to establish a municipal legal system for the measures against acts of piracy.

a) *More Detailed and Concrete Specification of the Acts of Piracy*

One of the differences is that the definition in Article 2 is more detailed and specified in order to satisfy the strict requirement of the principle of *nulla poena sine lege* in the Japanese criminal law system. For such purposes, it was necessary to concretize the modalities of the acts that constitute the crime and the punishment responding to each modality in a strict way.

b) *Sea Areas and the Acts of Piracy under the Anti-Piracy Act*

While acts of piracy in the UNCLOS are limited to those undertaken on the high seas, such acts under the Anti-Piracy Act encompass ones undertaken in Japanese territorial waters and internal waters.

Three reasons underlie the decision for the present Act to apply to the territorial waters and internal waters. First, the government considered that Japan is under the obligation to take effective measures against piracy in its territorial waters and internal waters as it seeks to conform with international law. It took the view that measures taken in its territorial and internal waters constitute part of Japan's efforts to eliminate acts of piracy. Second, the application of this act to the territorial or internal waters was required to ensure the fairness of the punishments conferred for the crime of piracy under this Act and for the crimes provided in the Criminal Code. It is certain that the Criminal Code provides for the punishment for the respective acts amounting to acts of piracy – for example, murder, attempted murder or robbery. However, the punishments under the Anti-Piracy Act are more severe than the punishment for the responding crimes under the Criminal Code in consideration of the nature of pirates as *hostis humani generis*. It was necessary to ensure the balance, in terms of the gravity of the punishments, between the acts of piracy committed on the high seas and the equivalent crimes committed in the territorial waters and in the internal waters.⁶ Third, the present Act provides for the competence and conditions for the JCG and SDF officers to use arms during the course of their operations against acts of piracy. Those competences and conditions should be equivalent both on the high seas and in Japan's territorial or internal waters. One final point should be made with regard to the sea area covered under the Act. This Act is not applicable to acts committed in the territorial waters or internal waters of a foreign state. However, if a foreign state makes a request or provides consent to the Japanese government to pursue operations against acts of piracy in the sea areas of that state, Japanese officers are not precluded from taking measures pursuant to this Act.⁷

c) *Exclusion of the Act of Piracy by Airplanes*

Although the UNCLOS's definition of acts of piracy includes the acts undertaken by airplanes, the Anti-Piracy Act excludes these. The reasoning underlying their exclusion was that 1) there is no precedent for acts of piracy by airplanes and 2) it is assumed unlikely

6 In the Criminal Code of Japan, Article 1, paragraph 2 provides that the crimes committed in the vessels flying a Japanese flag on the high seas are punished pursuant to Japanese law. Article 3-2 provides for the application of Japan's Criminal Code to certain serious crimes committed on the high seas by a foreign national against a Japanese national. These provisions constitute the basis for the punishment of only a part of the act of piracy.

7 Minutes of the Committee on Diplomacy and Defense, House of Councilors, 171st Session, No. 16 (4 June 2009), p. 22.

that acts of piracy would be conducted by airplanes because of technical difficulties at the present stage.⁸

V. ANTI-PIRACY MEASURES UNDERTAKEN BY THE JCG AND THE SDF

One of the main features of the Anti-Piracy Act is that it has opened up the way for Japanese officers to take measures abroad. There were many discussions about which organ should undertake responsibility for the anti-piracy operations. In the end, the decision was based upon deliberate considerations of the competence of the relevant organs.

Generally speaking, there is fairly strong objection to sending SDF officers abroad because of the experience of World War II and Article 9 of the Constitution. Another important element was that the primary motive for the legislation of this Act was the necessity for Japan to contribute to the international operations against piracy off the coast of Somalia. It was obvious that the operations in this region would practically involve the protection of civil vessels navigating the area by crime deterrence and law enforcement measures.

In Japan, the operations for the prevention of crimes and law enforcement are mainly undertaken by the JCG. Therefore, it might be possible to argue that the JCG should be designated to have the competence to respond to the criminal acts even if they are committed in the area far from Japan. However, at the same time, it was fully appreciated that the areas requiring protection are some distance from Japan and that the pirates acting in these areas are heavily equipped with weapons. To respond to such extraordinary situations, fleets and aircrafts would have to be able to undertake long navigations and be sufficiently equipped. The resolutions of the Security Council and the response of interested states played an important role in the decision of the Japanese government to send the MSDF to the area.

In consideration of these elements, the Anti-Piracy Act confers the primary responsibility for anti-piracy measures on the JCG. The act also paved the way for the SDF to be deployed in exceptional circumstances where additional back-up is required.

The competence of the JCG and the SDF and their relationship will be discussed later with some reference to the basic functions of these two organs in the Japanese legal system.

1. *Competence of the JCG*

Article 5 of the Anti-Piracy Act provides that the primary responsibility for the policing operations against acts of piracy shall be undertaken by the JCG.⁹ It is necessary to see

⁸ Minutes of the Special Committee on Combating Piracy and Terrorism, House of Representatives, 171st Session, No. 6 (22 April 2009), p. 11 and Minutes of the Committee on Diplomacy and Defense, House of Councilors, 171st Session, No. 16 (4 June 2009), p. 22.

the status of the JCG in Japan to understand the background of this provision. Article 2 of the JCG Act provides for the basic functions of the JCG.¹⁰ According to it, the principal function of JCG is to undertake law enforcement measures to maintain the order at sea. Although the JCG mainly operates in the vicinity of Japan, its operations are not limited legally or geographically pursuant to Article 2 of the JCG Act to a specific sea area.¹¹ Thus, the JCG is permitted to undertake compulsory measures during its policing operations pursuant to Article 18 of the JCG Act.¹² It should also be added that pursuant

9 Minutes of the Special Committee on Combating Piracy and Terrorism, House of Representatives, 171st Session, No. 3 (15 April 2009), p. 11 and No. 4 (17 April 2009), p. 9.

10 Article 2 of the JCG Act provides as follows:

'The Japan Coast Guard shall, for the purpose of ensuring safety and order at sea, perform the duties concerning enforcement of laws and regulations at sea, maritime search and rescue, prevention of maritime pollution, prevention and suppression of crimes at sea, detention and arrest of criminals at sea, regulation of vessels' traffic at sea, services concerning hydrography and aids to navigation, and other services for ensuring maritime safety and the services concerning matters incident thereto' (translation by the author).

11 Minutes of the Special Committee on Combating Piracy and Terrorism, House of Representatives, 171st Session, No. 3 (15 April 2009), p. 31 and No. 6 (22 April 2009), p. 19.

12 Article 18 provides as follows:

'When a Coast Guard Officer witnesses a crime being about to be committed at sea, or when human life or body is likely to be endangered, or property is likely to be seriously damaged in a dangerous situation such as a natural disaster, a disaster at sea, collapse of a structure or explosion of an explosive where immediate action is needed, he may take any of the following measures, besides those specified in other laws and ordinances

(1) To make a vessel start or stop proceeding, or suspend her departure;

(2) To make a vessel deviate from her pre-determined route, or to make her move to a designated place;

(3) To make the crew, passengers or other persons on board disembark the vessel or to restrict or prohibit their disembarkation;

(4) To cause the cargo to be discharged or to restrict or prohibit its discharge;

(5) To restrict or prohibit traffic between vessels or between vessels or between a vessel and shore;

(6) To stop any act that is likely to endanger human life or body, or seriously damage property at sea, besides the above itemized measures.

2. When a Coast Guard officer considers it obvious that a crime will be committed at sea, based on his reasonable judgment from the appearance of a vessel, the way she sails, the abnormal behavior of crew members, passengers or other persons on board or other circumstances, or when he considers that public order is likely to be considerably disturbed at sea and finds no other proper measures available, he may take the measure mentioned in item (1) or item (2) of the preceding paragraph.'

(There is no official translation for the JCG Act. This is the text translated by the Ship and Ocean Policy Foundation, <http://nippon.zaidan.info/seikabutsu/2001/00500/contents/00021.htm>, last visited on 20 August 2012.)

Professor KANEHARA translates this provision in a different way:

'1. When a crime is about to be committed, or when there exist dangerous situations, such as natural calamity, a disturbance, destruction of construction, explosion of dangerous substances, a JCG officer can take the following measures on the condition that there are ap-

to Article 31 of the JCG Act,¹³ a coast guard officer and an assistant coast guard officer (hereafter referred to as the JCG officer) are, as fixed by the Commandant of the Japan Coast Guard, permitted to perform the duties of a judicial police official under the Code of Criminal Procedure. The SDF Act does not contain an equivalent provision, and consequently it is only the JCG officers who are competent to perform this function. Therefore, when the SDF participate in operations under the Anti-Piracy Act, coast guard officers or assistant officers must be on board to apprehend, arrest or detain the suspects. The JCG has the competence to take law enforcement actions outside of the territorial jurisdiction of Japan, although its work is mainly undertaken in areas near the shore areas.

2. Competence of the SDF

The Anti-Piracy Act has opened the way to send the SDF to combat piracy. In fact, even in the absence of the Anti-Piracy Act, the SDF may undertake maritime policing operations under Article 82 of the SDF Act in order to protect Japanese nationals and their property. Under the measures taken pursuant to Article 82, the SDF has the competence to protect any vessels flying the Japanese flag, vessels flying a foreign flag with a Japanese crew, or vessels flying a foreign flag operated by Japanese companies or carrying Japanese cargos and playing an important role in the Japanese economy. In the operations pursuant to Article 82, it is very important to be able to protect vessels flying a foreign flag but having some relations with Japanese nationals. According to the data of

prehensions about risk to lives or bodies, or about serious damage to property, and that it is an emergency, in addition to the measures prescribed in other laws and regulations:

- (1) Order a vessel to start or stop, or prevent its departure;
- (2) Order a vessel to change its course, or prevent its departure;
- (3) Order the landing of the crew, passengers and those who are in the vessel, or prohibit or restrict their landing;
- (4) Order unloading, or prohibit or restrict unloading;
- (5) Prohibit or restrict communication with the land or another vessel;
- (6) Take restraining measures, in addition to the measures prescribed above in this paragraph, when there are apprehensions about risk to lives or bodies, or about serious damage to property.

2. A JCG officer can take measures prescribed above as (1) and (2) in paragraph 1 of this Article on the condition that there are no other appropriate measures, when judging from the appearance of a vessel, the manner of navigation and abnormal behavior of the crew, passengers and other on the vessel, and other circumstances, it is reasonably expected that a crime is clearly about to be committed or that there is apprehension about a serious disturbance to public order.'

(*op. cit.*, *supra* note 1, pp. 481-482)

13 Article 31 of the JCG Act provides as follows:

'In regard to crimes committed at sea, a Coast Guard officer and an assistant Coast Guard officer shall, as fixed by the Commandant of the Japan Coast Guard, perform the duties of a judicial police official as provided by the Code of Criminal Procedure (Law No. 131 of 1948).' (Text translated by the Ship and Ocean Policy Foundation, *op. cit. supra* note 12.)

2010, Japanese shipping companies operate 2,742 vessels in international transportation. However, only 119 vessels fly the flag of Japan.¹⁴ Therefore, to protect the interests of Japanese nationals and their property, it is necessary to extend the protection offered to vessels flying a foreign flag. It should be noted that Article 82 enables the SDF to take measures abroad solely to protect Japanese or Japan-related vessels. The operations under the Anti-Piracy Act are clearly demarcated from such measures, and the SDF is authorized to respond to any act of piracy committed against a vessel, regardless of its nationality.¹⁵ The operations are subject to strict conditions outlined in Article 7. Therefore, the last sentence of Paragraph 1 of Article 7 explicitly provides that ‘in this case, the provision of Article 82 of the Self-Defense Forces Act shall not apply’. The SDF Act was also amended and a new provision, Article 82-2, was inserted to provide the basis for the operations under the Anti-Piracy Act.¹⁶

The government expressed its view that

‘... the SDF operations under the Anti-Piracy Act will mainly be escorting convoys and patrols by airplane to suppress and make pirate ships disperse. In addition, the SDF is authorized to conduct boarding inspections in accordance with Article 17 of the Coast Guard Act that applies, *mutatis mutandis*, to it. The procedures for the boarding inspection generally involve issuing warning shots toward the target to stop the ship and approaching to it.’¹⁷

3. JCG and the SDF in the Operations against Acts of Piracy

In the conclusion, I should emphasize that the operations provided for by the Anti-Piracy Act are considered to be policing operations, which are clearly distinguished from military operations. The former are undertaken in accordance with the principles of international law, and the Anti-Piracy Act provides the basis for such operations in the Japanese municipal system. The characterization as policing operations plays an important role in the justification for the operations of the SDF and even of the JCG, and influences the scope of the use of arms by the officers in the course of operations pursuant to the present Act. Otherwise, it might have been very difficult to persuade the Japanese public and other neighbouring states to recognize the enactment of this Act.

14 NIHON KAIJI KŌHŌ-KAI, *Shipping Now, 2011-2012, Volume for the Data (2011)*, p. 14.

15 Minutes of the Special Committee on Combating Piracy and Terrorism, House of Representatives, 171st Session, No. 4 (17 April 2009), pp. 18-19 and No. 7 (23 April 2009), p. 2.

16 Minute of the House of Councilors, 171st Session, No. 16 (4 June 2009), p. 21.

Article 82-2 provides as follows:

‘The Minister for Defense may order units of the SDF to take measures to combat acts of piracy in accordance with the Act on Punishment and Measures against Acts of Piracy’ (translated by the author).

17 Minutes of the Special Committee on Combating Piracy and Terrorism, House of Representatives, 171st Session, No. 4 (17 April 2009), p. 13.

VI. USE OF ARMS

1. *Use of Arms by Officers and Assistant Officers of the JCG and in the Course of their Operations against Acts of Piracy*

Article 6 allows the JCG officers to use arms in the course of their policing operations. Under this provision, there are two cases where the officers may use arms. One relates to Article 7 of the Law Concerning the Execution of Duties of Police Officials where *mutatis mutandis* shall be applied pursuant to paragraph 1 of Article 20 of the JCG Act. The second is where ‘the perpetrator disobeys other measures to deter and continues the acts of piracy by navigating the ship and there are sufficient grounds to believe that there are no other means to stop the navigation of that ship, to the extent reasonably required in the circumstances’. The latter case is considered to be particularly important to take effective measures to stop a pirate vessel and to deter flagrant acts of piracy in an urgent situation.¹⁸

The expression regarding the second case for the use of arms follows the precedent of the modified expression of Article 20 of the JCG Act. Prior to the amendment of the Act in 2001, Article 20 simply provided for the use of arms pursuant to Article 7 of the Police Official Duties Execution Act,¹⁹ as applied, *mutatis mutandis*. In 1999, the SDF found two suspicious vessels in the Sea of Japan. The vessels failed to comply with an order to stop. The speed of navigation of the suspicious vessels was so high that the JCG fleets could not respond to the situation. As a result, the SDF took the measures pursuant

18 Minutes of the Plenary Meeting, House of Councilors, 171st Session, No. 24 (27 May 2009), p. 7; House of Representatives, 171st Session, No. 3 (15 April 2009), p. 16 and Minutes of the House of Councilors, 171st Session, No. 16 (4 June 2009), p. 29.

19 Article 7 of the Police Official Duties Execution Act provides as follows:
‘Police officers may use their weapons if there is a reasonable ground to deem it necessary for apprehension of a criminal or the prevention of the criminal’s escape, self-protection or protection of others or suppression of resistance to the execution of their official duty, within the limits judged reasonably necessary from the circumstances. They shall not cause harm to individuals except for self-defense provided in Article 36 of the Criminal Code, for averting present danger provided in Article 37 of the Criminal Code, or in the following cases:

1. *A police officer has reasonable grounds to believe that there is no other measure to prevent the acts of the suspect or those of a third person; to apprehend the suspect when the suspect resists the execution of his/her official police duties or tries to escape; or when a third person resists him/her in order to assist the escape of that suspect in cases where that suspect is actually committing a serious crime corresponding to the death penalty, life imprisonment with work, or imprisonment with work or without work for more than three years; or there are reasonably sufficient grounds that the suspect has committed such a serious crime, or*

2. *the police officer has reasonable grounds to believe that there is no other measure to prevent the acts of the suspect or of a third person or to arrest the suspect when he/she arrests the suspect with the arrest warrant or executes a subpoena or a detention warrant and the suspect resists the execution of the official police duties or tries to escape, or a third person resists him/her to assist the escape of that suspect’*(translation by the author).

to Article 82 of the SDF Act for the first time.²⁰ Although the SDF responded to the situation in this case, the experience made the government realize the serious situation in the territorial waters of Japan and the ineffectiveness of the use of arms by the JCG at sea only in accordance with the rules for the police on land.

Due to the unique features of official duties at sea, the strict requirements under the former Article 20 of the JCG Act cannot always be satisfied during operations responding to an urgent situation such as that which occurred in 1999 in the Japan Sea. Therefore, Paragraph 2 was newly inserted into Article 20 to enable JCG officers to use arms when responding to a special situation at sea is required. According to this paragraph, JCG officers may use arms to interrupt the navigation of a foreign vessel. The purpose of such an amendment is to ensure the effectiveness of the inspection with a view to preventing serious crimes in the future. This paragraph sensibly reflects the respect for the right of innocent passage of vessels flying a foreign flag.

I should repeat that the purpose of the latter part of Article 7 is to ensure the effectiveness of the use of arms in the face of flagrant acts of piracy. It is fundamentally different from the purpose of paragraph 2 of Article 20 of the JCG Act, which is aimed at preventing crimes in the future.²¹ At the same time, the use of arms pursuant to Article 6 of the Anti-Piracy Act is allowed only when necessary and reasonable in response to a specific situation. It does not allow the use of arms *ipso facto* against the acts of piracy. In reality, the use of arms is undertaken in the course of police operations; therefore, warning shots should first be fired and, in cases where the suspect vessel does not obey the order to stop, shots should be fired to disable the vessel.²²

2. Use of Arms by the SDF Officers

Article 8 of the Anti-Piracy Act provides that Article 6 of the same Act is applied *mutatis mutandis* to the use of arms by SDF officers. It should be noted that one particular paragraph refers to the use of arms by SDF officers. It should also be noted that Paragraph 3 of Article 8 provides that Article 82, Paragraph 2, of the SDF Act is applied to the use of arms pursuant to the present Act. Article 82, Paragraph 2 requires the order of a senior officer in cases where arms are used not for the purposes of self-defense or averting present danger under Articles 36 and 37 of the Criminal Code. This provision also stipulates the constraints on the use of arms by SDF officers.

20 The JCG pointed out the ineffectiveness of its equipment to respond to this case (<http://www.os-dream.com/jcg/hushinsentaisaku.html>, last accessed on 20 August 2012).

21 Minutes of the Committee on Diplomacy and Defense, House of Councilors, 171st Session, No. 16 (4 June 2009), p. 30.

22 Minutes of the Special Committee on Combating Piracy and Terrorism, House of Representatives, 171st Session, No. 3 (15 April 2009), p. 31 and Minutes of the Committee on Diplomacy and Defense, House of Councilors, 171st Session No. 16 (4 June 2009), pp. 29-31.

3. *Use of Arms by the JCG Officers and by the SDF Officers*

The use of arms pursuant to Articles 6 and 8 is undertaken in the course of the exercise of policing jurisdiction of Japan and for the purposes of law enforcement measures against acts of piracy. I have already highlighted the importance of the private ends in the definition of the act of piracy, where armed private individuals undertake criminal acts for personal gain. Therefore, as far as arms are used for the purposes of policing operations under the Anti-Piracy Act, their use of arms does not conflict with Article 9 of the Constitution.²³ It should also be noted that the policing operations by JCG officers using arms are not considered to conflict with Article 25 of the JCG Act.²⁴ Although the JCG officers are permitted to use arms under basically the same conditions as the SDF officers, the use of arms by both organs are undertaken in the course of policing operations.²⁵

VII. APPREHENSION AND THE TRANSFER OF SUSPECTS

1. *Competence of JCG Officers for Apprehension or Arrest*

As I have already explained, only JCG officers have the authority to apprehend, arrest or detain a suspect; SDF officers do not have such authority. Although operations under the Anti-Piracy Act are mainly focused on the prevention and deterrence of acts of piracy, JCG officers may apprehend, arrest or detain offenders.

In relation to operations off the coast of Somalia, MSDF fleets are sent to combat acts of piracy. JCG officers are on board to assist should it be necessary to apprehend, arrest or detain suspects. The issue of apprehension or arrest and the decision to hand the suspects over to another interested state or to prosecute them in Japan may become a real problem.

23 Minutes of the Special Committee on Combating Piracy and Terrorism, House of Representatives, 171st Session, No. 3 (15 April 2009), p. 29 and Minutes of the Committee on Diplomacy and Defense, House of Councilors, 171st Session, No. 16 (4 June 2009), p. 20.

Article 9 of the Constitution provides as follows:

'(1) Aspiring sincerely to an international peace based on justice and order, the Japanese people forever renounce war as a sovereign right of the nation and the threat or use of force as means of settling international disputes.

(2) In order to accomplish the aims of the preceding paragraph, land, sea, and air forces, as well as other war potential, will never be maintained. The right of belligerency of the State will not be recognized.'

24 Article 25 of the JCG Act provides as follows:

'Nothing in this Act shall be construed to permit the Japan Coast Guard or its personnel to be trained or organized as a military establishment or to function as such.'

(This is the text translated by the Ship and Ocean Policy Foundation, <http://nippon.zaidan.info/seikabutsu/2001/00500/contents/00021.htm>, last visited on 2 September 2011.)

25 These points were deliberately explained in the Special Committee on Combating Piracy and Terrorism of the House of Representatives (Minutes of that Committee, No. 3 (15 April 2009), p. 19.

2. *Treatment of Suspects*

The treatment of suspects apprehended by the JCG officers depends upon the gravity of the acts committed and the situations in which those acts were committed.²⁶

In cases where the suspect has committed a serious crime such as killing or causing the deaths of Japanese nationals, the person is transferred to Japan via Djibouti to be prosecuted in Japan. The transit of the person arrested and the escorting personnel is provided for in 15 (e) in the Exchange of Notes between the government of Japan and the government of the Republic of Djibouti concerning the status of the Self-Defense Forces of Japan, etc. in the Republic of Djibouti.²⁷ In situations where the suspect has committed other less serious crimes, the government may decide to extradite that person to another interested state. In such cases, the government takes into consideration issues such as the seriousness of the injuries to lives and property, the nature of the crime, the operations of the SDF and their impacts on acts of piracy, and others.²⁸

3. *Transfer of Criminals by the US Navy to Japan and Emerging Problems*

To highlight issues pertaining to the transfer of criminals, I will comment on the first case where four criminals were handed over by the US Navy to Japan on 9 March 2011. On 5 March 2011, these four criminals hijacked a tanker flying the flag of the Bahamas in the northeast off the coast of Somalia in the Indian Ocean. That tanker was operated by a Japanese company. No crew on board suffered any injury because they escaped into the shelter in that vessel. The US Navy and the Turkish Navy took measures against this crime and the offenders surrendered the following day. Japan sent a prosecutor to Oman who escorted them to Japan on an aircraft belonging to the JCG.²⁹

The Japanese government intends to prosecute those persons under the Anti-Piracy Act. As of 1 September 2011, however, several difficulties had prevented the prosecution from commencing.

26 Minutes of the Special Committee on Combating Piracy and Terrorism, House of Representatives, 171st Session, No. 4 (17 April 2009), p. 19 and Minute of the House of Councilors, 171st Session, No. 16 (4 June 2009), p. 21.

27 15 (e) of the Exchange of Notes between Japan and Djibouti provides as follows: *'The Personnel of the Forces and the Personnel of the Coast Guard transiting through the territory of the Republic of Djibouti to escort persons arrested by them shall be authorized to apply the necessary measures of restraint with respect to these persons. Such transit shall be carried out in close cooperation with the competent authorities of the Republic of Djibouti'* (Japanese Yearbook of International Law, Vol. (2010), p. 717).

28 Minutes of the Special Committee on Combating Piracy and Terrorism, House of Representatives, 171st Session, No. 3 (15 April 2009), p. 8 and No. 6 (22 April 2009).

29 *Somaria oki de migara kakuho no kaizoku, nihon he iso he*, <http://www.asahi.com/international/update/0308/TKY20110308169.html> (last visited on 3 September 2011).

VIII. CONCLUDING REMARKS

In Japan, there is a strong objection regarding the operations undertaken by the SDF abroad. Therefore, the drafters of the Anti-Piracy Act took care of this issue in a very sensible way of characterizing the operations pursuant to that Act as a policing function. They also decided to accord the primary responsibility for the operations to the JCG and to restrict the role of the SDF only to cases where its contribution was extremely necessary. Moreover, these considerations were purportedly highlighted in the discussions in the Diet.

When Japan considered its contribution to the problems of piracy at sea in Southeast Asia – particularly in the Straits of Malacca and Singapore – it focused on seeking cooperation of the coastal states and enhancing their capacity for policing operations at sea under their jurisdiction. These efforts have been successful in that region. However, the government fully realized that the approach in Southeast Asia was not effective to respond to the problems off the coast of Somalia.

In the Basic Act on Ocean Policy of 2005, the importance of the safety of maritime transportation to Japanese society was emphasized. Since then, Japan has taken measures to enhance the operations at sea to ensure the safety and stability of maritime transportation. In addition to the importance of maritime transportation, the Basic Act also refers to the importance of maintenance of the order and security of the territorial waters of Japan. In these contexts, there are strong arguments for the enhancement of the capacity of the JCG. The JCG published a report on the issue of enhancement of the JCG on 26 August 2011, realizing, however, that the proposed enhancement will take time. Currently, the JCG is not sufficiently equipped to be able to take effective measures against acts of piracy in the vicinity of Somalia. Moreover, even after the JCG has attained a certain level of enhancement, there will be situations that require operations with measures that cannot be undertaken by the JCG in an effective way.

It should be admitted that combating piracy should not be restricted to operations with enforcement measures at sea. The actual cause of piracy is the poverty of the people on land, and we cannot find a real solution to the problem without addressing poverty. To prevent piracy, it is necessary to provide various types of aid to the people in Somalia. At the same time, we need effective measures to combat piracy.

Legal Problems of Fighting Piracy: The German Perspective

Doris König

Piracy off the coast of Somalia has been a growing concern over the last five years. The only proposition agreed upon by all observers is that no easy answer can be found to the rising numbers of attacks on merchant marines. This year rising violence has been a special concern. Abducted seafarers report beatings, simulated drowning, mock executions, and being used as human shields by pirates.¹ Cases of actual killings of hostages have been reported, as in the case of the US American yacht *Quest*, which carried missionaries sailing the waters off the coast of Somalia, all four of whom were killed.² The total numbers of attacks are also on the rise. The statistics show that 2011 is headed to become another record year of piracy: 230 attacks, 26 successful hijackings with a total of approximately 450 hostages, including 15 dead, making Somalia the worldwide hot spot of modern-day piracy.³ Over the years, it has become clear that Somali piracy is no Robin Hood-type crime committed by people merely protecting their resources. In contrast, it is a transnationally organized crime committed by gangs that entertain close-to-professional logistical structures in Somalia itself and have quickly learned to adapt to protective strategies.

One of these strategies has been the deployment of military navies by several countries. In the European Union's Operation ATALANTA,⁴ launched in the framework of the European Common Security and Defence Policy (CSDP), the current total strength is 19 ships and airplanes.⁵ Germany has currently sent 600 soldiers to the area, while the mandate of the *Bundestag* (the Federal Parliament) allows up to 1400 troops to be

-
- 1 K. HURLBURT, The Human Cost of Piracy, Oceans Beyond Piracy Working Paper, 6.6.2011, www.oceansbeyondpiracy.org, 9 et seq.
 - 2 'US Court Sentences Somali Pirates to Life over Attack', AFP, 22.8.2011.
 - 3 International Chamber of Commerce, Commercial Crime Services, Piracy News & Figures, updated on 1.12.2011, www.icc-ccs.org.
 - 4 Council Decision 2010/766/CFSP of 7 December 2010 amending Joint Action 2008/851/CFSP on a European Union military operation to contribute to the deterrence, prevention and repression of acts of piracy and armed robbery off the Somali coast, Official Journal of the European Union, 11.12.2010, L 327/49.
 - 5 Current Total Strength of EU-NAVMFOR ATALANTA, www.consilium.europa.eu.

deployed.⁶ Support of ATALANTA and participation in the struggle against piracy in general, however, goes far beyond EU member states. For instance, Norway, Croatia and the Ukraine have provided staff officers or even warships to the European operation, and multinational organizations as well as nation states such as Japan, China, India, Malaysia, Russia and Taiwan are also contributing to the security of merchant navies and vessels of the World Food Programme in the area.⁷ This massive undertaking bears immense challenges for all participating nations. An extraordinary operational challenge is the vast area in which pirate groups attack. The EU operation ATALANTA covers a mission area of 2,000,000 square nautical miles, which is the equivalent to ten times the area of Germany.⁸ Constitutional barriers to an international deployment of armed forces also represent challenges for some of the participating countries, with Japan and Germany as well-known examples. Similarities in the history of the last century are mainly the reason for these constitutional limitations. Since both Germany and Japan as export nations are extremely dependent on safe maritime transport, both had to find legal solutions to participate in the combat against piracy despite these constraints. Japan adopted a new Anti-Piracy Act, which allows the Japanese Self-Defence Forces to take part in anti-piracy operations overseas under certain fairly strict conditions.⁹ In Germany, we have been discussing the possibilities of amending our constitution and creating a legal basis for so-called out-of-area military operations for years. But the necessity to adapt the constitution to new challenges and to adopt a general law on the deployment of German armed forces abroad, which would then include navy anti-piracy operations, has not yet been fully understood by politicians and the German public.

To understand the German constitutional problems properly, the historical background must be taken into account. At the Conference of Yalta in February 1945, the demilitarization of Germany, to be executed after the end of the 2nd World War, was agreed upon.¹⁰ Accordingly, in Potsdam ‘the complete disarmament and demilitarization of Germany and the elimination or control of all German industry that could be used for military production’¹¹ was ordered. However, the beginning Cold War in 1949 quickly led to Germans patrolling the borders in armed fashion.

6 D. NEUERER, CDU will Anti-Piraten-Kampf drastisch verschärfen, *Handelsblatt*, 14.7.2011, www.handelsblatt.de.

7 See EUNAVFOR Somalia, <http://www.eunavfor.eu/about-us/mission>.

8 Ibid.

9 See M. KAWANO, Legal Problems of Fighting Piracy: The Japanese Perspective (in this volume).

10 Cf. I. COUZIGOU, Yalta Conference (1945), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2010), online edition at www.mpepil.com, visited on 13.12.2011; W. BENZ, ‘Yalta, Potsdam and the Emergence of the Cold War: An Overview from Germany in the Light of the Latest Research’, in: Council of Europe, *Crossroads of European Histories: Multiple Outlooks on Five Key Moments in the History of Europe*, 2006, 279 et seq.

11 Tripartite Agreement by the United States, the United Kingdom and Soviet Russia concerning Conquered Countries, August 2, 1945; quoted part reprinted in: S. WOLFF, *The German Question since 1919: An Analysis with Key Documents*, 2003, 184.

In 1955, the *Bundeswehr* – the German armed forces – was officially founded, and in 1956 Germany's Basic Law (*Grundgesetz* – GG) was amended to institute a military draft. In 1968, Article 87a GG was inserted as part of the so-called state of emergency amendment (*Notstandsverfassung*), which was primarily concerned with the use of the armed forces within Germany in a state of emergency.¹² To this day, Article 87a GG contains the constitutional basis for the deployment of troops.¹³ Its first two paragraphs read:

- (1) The Federation establishes Armed Forces for defence purposes....
- (2) Apart from defence, the Armed Forces may only be used to the extent explicitly permitted by this Basic Law.

Like the corresponding provision in the Japanese constitution, this provision aims at strictly limiting the use of the German armed forces to defence purposes, thus eliminating Germany's capability to wage a war of aggression once again. It also expresses the inspiration of the German people after the 2nd World War to become a peaceful nation within the international community and to abstain from military activities as far as possible.¹⁴ Article 87a has to be interpreted, however, in concordance with Article 24 (2) of the Basic Law. In contrast to Article 87a GG, Article 24 (2) GG was part of the Basic Law since its adoption in 1949:

- (2) For the maintenance of peace, the Federation may enter a system of mutual collective security; in doing so it shall consent to such limitations upon its sovereign powers as will bring about a peaceful and lasting order in Europe and among the nations of the world.

In view of these provisions, it was generally agreed that the German armed forces were permitted to take part in self-defence operations in Germany and within the territories of its NATO allies. There was much political and scholarly debate, however, concerning so-called out-of-area operations, e.g. outside Germany and the treaty area covered by NATO. In its ground-breaking AWACS judgment of 1994 which dealt with the constitutionality of the participation of German troops in UN peace-keeping operations in the Adriatic, Bosnia-Herzegovina and Somalia, the Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*) stated that Article 24 (2) GG contains a military option.¹⁵ In

12 See D. KÖNIG, Putting an End to an Endless Constitutional Debate? The Decision of the Federal Constitutional Court on the 'Out of Area' Deployment of German Armed Forces, *German Yearbook of International Law* 38 (1995), 103 (at 113), with further references.

13 For a comprehensive overview of the textual history, see O. DEPENHEUER, Art. 87a, in: Maunz/Dürig, *Grundgesetz*, 62. Erg.Lief. 2011.

14 For a comparison of the legal provisions in Japan, Germany and the USSR, see L.F. DAMROSCH, Constitutional Control of Military Actions: A Comparative Dimension, *AJIL* 85 (1991), 92 (99 et seq.). She speaks of 'the basic antiwar philosophy behind the two clauses' (i.e. the Japanese 'Renunciation of War' clause and its German equivalent), at 99.

15 BVerfGE 90, 286 (345 et seq.).

the Court's opinion, the permission to enter a collective security system includes the authorization to fulfil all the tasks typically arising from membership in such a system. Accordingly, it allows the use of the armed forces within the framework of collective security systems, e.g. peace-keeping operations based on Security Council resolutions. The decision to deploy troops is, however, not left to the government. Since the armed forces have to be firmly integrated into the democratic constitutional order, the German *Bundestag* has to give its prior explicit consent to such a mission.¹⁶

Taking a closer look at the structure of this legal regime under the Basic Law, it becomes apparent that the German armed forces may be used *first* and foremost for defence purposes (i.e. individual and collective self-defence), and *secondly* in those cases in which the Basic Law explicitly permits its use, including the use within the framework of a 'system of mutual collective security' in accordance with Article 24 (2) GG. What at first sight seems to be a sensible compromise – weighing a country's need to defend itself and the political sensitivity of troop deployment abroad, while giving credit to the value of international cooperation – has in fact caused fierce political debates and, what is worse, has proven to be a minefield of legal insecurity on numerous occasions. There are several controversial issues in the debate, the most important of which I will now take up one by one.

The *first* issue concerns the scope of application of Article 87a GG. When it was introduced in the German Basic Law in Part VIII on the 'Enforcement of Federal Laws and the Federal Administration', the systematic structure of the Basic Law suggested that it was intended to govern the use of the *Bundeswehr* within the German borders.¹⁷ It was certainly inconceivable at that time that German armed forces were once again to be deployed in other countries to conduct combat operations, a taboo that was broken only much later with Germany's participation in the NATO humanitarian intervention in Kosovo in 1999. Does the historic intention of the drafters lead us to conclude that Article 87a GG covers only the use of the armed forces within German territory, and that, as a consequence, out-of-area deployment is subject to international law only?¹⁸ Or do we draw from the inclusive wording of this article that it governs out-of-area deploy-

16 The need for explicit parliamentary consent was elaborated by BVerfGE 90, 286 (384 et seq.) and is not expressly stipulated in the Basic Law; see DEPENHEUER, *supra* note 13, para. 143; for more details, see KÖNIG, *supra* note 12, 124 et seq.; M. ZÖCKLER, Germany in Collective Security Systems: Anything Goes?, EJIL 6 (1995), 274 (at 282 et seq.).

17 See EPPING, in: BeckOK, Art. 87a GG, para. 18 et seq.

18 See G. NOLTE, Bundeswehreinsätze in kollektiven Sicherheitssystemen, ZaöRV 54 (1994), 652 (655 with further references); R. WOLFRUM, Terrorismus-Bekämpfung auf See, HANSA 140 (2003), 12 (14 et seq.) is of the opinion that in view of its main objective, namely to prevent acts of aggression against other states, Art. 87a GG is not applicable to the fight against piracy; see also R. WOLFRUM, Fighting Terrorism at Sea: Options and Limitations under International Law, in: Frowein, et al. (Hrsg.), Negotiating for Peace, Liber Amicorum Tono Eitel, 648 (656 et seq.); M. ALLMENDINGER / A. KEES, Störtebekers Erben, NZWehrR 2008, 60 argue for a restrictive interpretation in this specific case relying on the fact that anti-piracy operations were clearly not in the minds of the drafters.

ments as well?¹⁹ The German Federal Constitutional Court evaded this question in its AWACS judgment of 1994,²⁰ considering Article 24 (2) GG the only relevant constitutional basis for the out-of-area deployment of German troops under UN control.²¹ Accordingly, it did not touch upon the controversial question whether Article 87a GG is applicable to out-of-area operations. In contrast, the German Federal Administrative Court (*Bundesverwaltungsgericht*) is of the opinion that each deployment of the German armed forces is regulated by Article 87a GG, and that Article 24 (2) GG is a provision explicitly allowing out-of-area operations.²² The wording as well as the object and purpose of Article 87a GG point to a broader interpretation of its scope, i.e. out-of-area operations are within its scope of application.

The *second* issue refers to the concept of ‘use’ or ‘deployment’ (*Einsatz*) of the armed forces. It is generally agreed that merely technical, logistical and humanitarian support for UN or other operations does not fall under the term ‘deployment’.²³ Apart from these cases, the meaning of the term ‘deployment’ is not clear. Let me use the case at hand as an example: Is the operation against Somali pirates such a deployment of troops, or could it be argued that piracy is a crime, and actions against piracy are law enforcement actions that are distinct from military actions, while Article 87a GG covers military actions only? This position has been taken by some scholars who strictly distinguish between genuinely military and law enforcement action.²⁴ This seems to be the same line of argument taken to distinguish law enforcement action under the Japanese Anti-Piracy Act from the use of (military) force in the sense of Article 9 of the Japanese constitution. Taking into consideration the legislative history and the objective of Article 87a GG – namely, the regulation and control of any kind of enforcement action by the German armed forces as part of the executive power²⁵ – it seems, however, preferable to see law enforcement actions conducted by the military included in the term ‘deployment’. This argument is even more convincing when military means are used.²⁶

19 See EPPING, in: BeckOK, Art. 87a GG, para. 18

20 BVerfGE 90, 286 et seq.

21 See KÖNIG, supra note 12, 117 et seq.

22 BVerwG, NVwZ-RR 2007, 257 (259).

23 See KÖNIG, supra note 12, 111.

24 See U. FASTENRATH, Zur Verfassungsmäßigkeit unilateraler Pirateriebekämpfung durch die Deutsche Marine, in: Hestermeyer/König et al. (eds), *Coexistence, Cooperation and Solidarity, Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, vol. 2, 2012, 1935 (1944 et seq.); M. STEHR, UN-Resolution 1816 – neue internationale Dimension der Pirateriebekämpfung, citation in K. BRAUN/T. PLATE, *Rechtsfragen der Bekämpfung der Piraterie im Golf von Aden durch die Bundesmarine*, DÖV 2010, 203 (at 205, footnote 14).

25 BVerwG, NVwZ-RR 2007, 257 (260); M. SCHULTZ, Die Auslandsentsendung von Bundeswehr und Bundesgrenzschutz zum Zwecke der Friedenswahrung und Verteidigung, *Völker- und verfassungsrechtliche Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes zum Einsatz deutscher Streitkräfte vom 12. Juli 1994*, 1998, 160 et seq.; EPPING, in: BeckOK, Art. 87a, para. 17; M. BOTHE, *Völkerrecht und Verfassungsrecht*, FAZ v. 30.06.2008, 9.

26 DEPENHEUER, supra note 13, para. 102 et seq.

The *third* issue regards the notion of ‘defence’ (*Verteidigung*). How should this concept be interpreted and where do we draw the line? The German navy operating in ATALANTA may be seen as defending vital German commercial interests and the security of supply chains. It seems, though, extremely doubtful whether Article 87a GG can really be interpreted to mean that the German armed forces can be deployed to protect German trade interests all over the world. However, could it be ‘defence’ to assist a German-flagged merchant vessel being attacked by a pirate skiff? Is the attack on a German-flagged vessel not at least similar to an attack on the country itself? The object and purpose of Article 87a GG – to restrict the use of the armed forces to defence operations in order to prevent a resurgence of German militarism after the 2nd World War – imply a rigid interpretation of the term ‘defence’ that reduces it to situations covered by the provision on individual and collective self-defence, as codified in Article 51 of the UN Charter. In this context, let me point out that we do not have an authorization comparable to that in Article 82 of the Japanese Self-Defence Forces (SDF) Act, which allows SDF measures abroad to protect vessels flying the Japanese flag or being otherwise closely connected to Japanese interests.

Once it is settled that (1) Article 87a GG applies to out-of-area operations, (2) the troops are actually deployed in the sense of Article 87a GG, and (3) the operation against Somali pirates is not for defence purposes, an explicit permission in the Basic Law is needed according to Article 87a (2) GG. Since the German armed forces act within an international framework, Article 24 (2) GG is pertinent; as already mentioned, this allows military operations that form part of a ‘system of mutual collective security’. Determining what kind of international military cooperation is covered by this term, though, has proven to be challenging. For decades, scholars of constitutional law fought over the correct meaning of this term. Many were of the opinion that only classical collective security systems are covered, i.e. systems to deter and combat the use of force by one member of the system against other members. Defence alliances targeted at the use of force by external aggressors would have been left out.²⁷ In the AWACS judgment, the Constitutional Court chose the more extensive interpretation that covers both kinds of security systems.²⁸ Nowadays, it is agreed that the United Nations – and thus actions based on Security Council resolutions – as well as NATO form such a system.²⁹ A different question that seemed settled before but has arisen again by an *obiter dictum* in the German Constitutional Court’s judgment on the Treaty of Lisbon, however, is whether the EU can already be characterized as a ‘system of mutual collective security’. Whereas the German government and parliament implicitly acknowledged the EU as a collective security system, the Constitutional Court and some scholars seem to raise

27 For details, see KÖNIG, *supra* note 12, at 112 et seq.; ZÖCKLER, *supra* note 16, at 276 et seq.

28 BVerfGE 90, 286, at 347 et seq.; confirmed by BVerfGE 104, 151, at 209 et seq.; 121, 135, at 157.

29 BVerfGE 90, 286, at 349 et seq.

some doubts.³⁰ In view of the development of the Common Security and Defence Policy in the Treaty of Lisbon, a good argument can be made, however, in favour of the European Union having already grown into a ‘system of mutual collective security’ in the sense of Article 24 (2) GG.³¹

Moreover, it is a topic of debate which provisions of the Basic Law can serve as explicit permissions in the sense of Article 87a (2) GG. This issue is especially relevant in cases where collective action has not yet been agreed upon. Before Operation ATALANTA was started in December 2008, there was a lot of discussion over whether the German navy could take unilateral action against Somali pirates on the basis of Article 25 GG, which states that ‘the general rules of public international law constitute an integral part of federal law’. This provision has been interpreted to mean that in all cases in which customary international law permits military action, the German armed forces may be deployed.³² This would certainly allow unilateral military action against piracy, which can be based on a customary international law regime (codified in Article 100-107 UNCLOS). Can the very general reference in Article 25 GG, however, be taken to fulfil the requirement set up by Article 87a (2) GG – *explicit* permission? The wording as well as the object and purpose of Article 87a (2) GG are not in favour of such a broad interpretation. Therefore, unilateral action against piracy by the German navy cannot be based on Article 87a (2) in connection with Article 25 GG.³³

As if matters were not complicated enough, an underlying principle of the use of military force is the separation between police powers and military action. It guarantees that police powers and military actions are strictly separated. This doctrine is a response to the practice of paramilitary police units in the Third Reich. It is another contentious debate among legal scholars whether the separation doctrine (*Trennungsgebot*) applies to out-of-area operations or whether it is only applicable to the internal use of the

30 BVerfGE 123, 267, at 361: ‘Auch wenn die Europäische Union zu einem friedenserhaltenden regionalen System gegenseitiger kollektiver Sicherheit im Sinne des Art. 24 Abs. 2 GG ausgebaut würde...’ (translation: Even if the European Union were to be further developed into a peacekeeping regional system of mutual collective security within the meaning of Article 24(2) of the Basic Law...); see M. TRÉSORET, *Seepiraterie*, 2011, 551.

31 See, e.g., S. SCHMAHL, *Die Bekämpfung der Seepiraterie*, AöR 136 (2011), 44 (84); BRAUN / PLATE, *supra* note 24, at 207 et seq.; D. KÖNIG, *Der Einsatz von Seestreitkräften zur Verhinderung von Terrorismus und Verbreitung von Massenvernichtungswaffen sowie zur Bekämpfung der Piraterie: Mandat und Eingriffsmöglichkeiten*, in: Andreas Zimmermann et al., *Moderne Konfliktformen – Humanitäres Völkerrecht und privatrechtliche Folgen*, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 44 (2009), 203 (231 et seq.), with further references.

32 J. FROWEIN, *Deutschlands Marine darf schon jetzt Piraten verfolgen*, Spiegel Online, 26.11.2008, available at <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,592618,00.html>.

33 This conclusion is shared by SCHMAHL, *supra* note 31, at 83; BRAUN / PLATE, *supra* note 24, at 206; S. SCHIEDERMAIR, *Piratenjagd im Golf von Aden*, AöR 135 (2010), 185 (215 et seq. and footnote 173); A. FISCHER-LESCANO, *Bundesmarine als Polizei der Weltmeere*, *Völker-, europa- und verfassungsrechtliche Grenzen der Pirateriebekämpfung*, NordÖR 2009, 49 (53).

German armed forces. If this principle were rigidly applied to out-of-area operations, then their actions would be strictly constrained to military measures.³⁴ Accordingly, it has been argued that the German navy is not competent to arrest pirate suspects and transfer them to states in the region, such as Kenya and the Seychelles, for detention and prosecution. Such measures are clearly in the realm of law enforcement and fall within the competence of the German federal police (*Bundespolizei*), which acts in maritime areas beyond the territorial sea as a coast guard.³⁵ Currently, however, it is not adequately equipped to combat piracy off the Somali coast. This seems to be more or less the same situation as in Japan. In order to enable the German armed forces to participate in multilateral military operations in the framework of a collective security system, the better argument can be made for not applying the separation doctrine to out-of-area operations. Otherwise, the mandates for international cooperative actions which usually do not distinguish between police and military powers cannot be fulfilled.³⁶ In the case of combating piracy, an additional argument against the applicability of this doctrine is Germany's obligation under Article 100 of the UN Convention on the Law of the Sea to 'cooperate to the fullest possible extent in the repression of piracy on the high seas'.

To sum up, the German navy is only allowed to operate against Somali pirates within a system of mutual collective security – namely, within the EU Operation ATALANTA, as authorized by the *Bundestag*. Apart from assistance in the case of an imminent attack (Art. 98 UNCLOS), unilateral action is not permitted. One of the practical consequences is that the German navy may not free vessels that are already in the hands of pirates outside of the operational area of ATALANTA, because parliamentary consent is restricted to action within this area. This case arose when the German-flagged vessel *Taipan* was seized by Somali pirates outside of the ATALANTA area. Fortunately, the Netherlands' navy was closer to the vessel and up for the task of freeing the ship, but this example shows the negative consequences of the current legal situation. It would have been a breach of the Constitution had the German navy freed the *Taipan* – a vessel of the German merchant marine. In conclusion, under current constitutional law the German navy is able and equipped to operate against pirates, but is bound by constitutional shackles, whereas the German federal police is competent by law to operate, but does not have the means to do so – a paradoxical situation.

34 Ibid., at 54 et seq.; A. FISCHER-LESCANO / T. TOHIDIPUR, Rechtsrahmen der Maßnahmen gegen Seepiraterie, NJW 2009, 1243 (1246); SCHMAHL, supra note 31, at 88 et seq.; BRAUN / PLATE, supra note 24, at 208 et seq.

35 Cf. § 6 (1) of the Federal Police Act (*Bundespolizeigesetz*), which states in translation: 'Without prejudice to the competence of other authorities or the armed forces, the federal police takes those measures at sea outside the territorial sea to which the Federal Republic of Germany is entitled under international law. This does not apply to measures that are assigned by federal law to other authorities or agencies or that are reserved solely for warships.'

36 See also SCHIEDERMAIR, supra note 33, at 217.

To solve these pressing issues, a constitutional amendment seems necessary to clarify the tasks of the *Bundeswehr*, which have certainly changed significantly in recent years, and to give legal certainty to political decision-makers, military personnel and alliance partners. This conclusion has been agreed upon by many, yet it remains politically extremely controversial, as mainly conservative politicians are pushing for a package deal and also want to extend the mandate of the *Bundeswehr* within German borders, e.g. in the case of a terrorist attack. In addition to a constitutional amendment, the competencies of the federal police and the German armed forces need to be clarified by national legislation and adjusted to meet the realities of today's multilateral missions. Perhaps Japan's new Anti-Piracy Act could serve as a role model for the urgently needed German legislation in this field.

The last issue I want to mention is whether new legislation is needed permitting German soldiers to arrest pirate suspects and transfer them to third countries for criminal proceedings. Under German constitutional law, each state act that restricts basic rights, such as the right to liberty, of the person concerned, has to be authorized by legislation. Since such legislation does not exist, it has been argued that the mandate given to the German navy by the *Bundestag* is sufficient. This mandate refers to the pertinent Security Council Resolutions, the Council Joint Action adopted by the EU and to the 1982 UN Convention on the Law of the Sea. Article 105 UNCLOS states that 'every State may seize a pirate ship...or a ship...under the control of pirates, and arrest the persons and seize the property on board. The courts of the State which carried out the seizure may decide upon the penalties to be imposed....' It is far from clear, though, whether this provision allows the capturing state to transfer pirate suspects to a third state.³⁷ Consequently, it is doubtful whether the mandate can be regarded as a sufficient authorization in this respect.³⁸ Therefore, a good argument can be made that specific legislation is needed to authorize such arrests and transfers.

One final remark: It is in good order in a democratic society to have controversial political debates and ask for parliamentary authorization before deploying the armed forces out-of-area, but it is certainly beyond that democratic process to burden military personnel with the accusation that the operation they are conducting and in which they

37 Against this proposition, E. KONTOROVICH, *International Legal Responses to Piracy off the Coast of Somalia*, ASIL Insights, Vol. 13 (2), 6.2.2009; A. FISCHER-LESCARNO / L. KRECK, *Piraterie und Menschenrechte*, AVR 47 (2009), 481-524 (514). In favour of it, J.A. ROACH, *Countering Piracy off Somalia: International Law and International Institutions*, AJIL 104 (2010), 397-416 (404); A. VON ARNAULD, *Die moderne Piraterie und das Völkerrecht*, AVR 47 (2009), 454-480 (469). For a general evaluation of the legal issues of such transfers, see R. GEIß / A. PETRIG, *Piracy and Armed Robbery at Sea*, 2011, 186 et seq.

38 The Administrative Court of Köln left this question unanswered when it rendered its judgment on the legality of the transfer of piracy suspects to Kenya on 11. November 2011 (Az. 25 K 4280/09) and refers only to Art. 105 UNCLOS; concerning this question, see also R. ESSER / S. FISCHER, *Festnahme von Piraterieverdächtigen auf Hoher See – Geltung des § 127 StPO im Rahmen der Operation Atalanta*, ZIS 13/2009, 771-783; FISCHER-LESCARNO / KRECK, *supra* note 37, 502 et seq.

might put their lives at risk is in fact a breach of the German Constitution. It is the responsibility of the German government and the legislature to remedy this unacceptable situation.

Autorenverzeichnis / Authors' Profiles

Prof. Dr. Harald Baum

Harald Baum is Senior Research Fellow and Head of the Japan Law Department at the Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg; Professor at the University of Hamburg; Research Associate at the European Corporate Governance Institute, Brussels; Vice-president of the German-Japanese Association of Jurists. Graduation from Freiburg University in 1977; doctorate and Habilitation at the University of Hamburg in 1984 and 2004 respectively; admission to the Hamburg bar in 1981. He joined the Institute in 1985; 1990-91 guest researcher at the Kyoto University (AvH / JSPS postdoctoral fellowship); 2005 Visiting Professor at the University of Tokyo. He has authored and edited numerous books and articles on business law, corporate governance, and capital markets in Germany, the EU, Japan, and the U.S.; executive founding editor of the Journal of Japanese Law. Member of the Académie Internationale de Droit Comparé, the German Society of International Law et al.

Prof. Dr. Holger Fleischer

Holger Fleischer studied law and economics in Cologne. First State Examination in Law, 1990. Doctoral dissertation completed at the University of Cologne ("Subordination of Shareholder Loans in Company Law" – translated from German original), 1992. Master of Laws (LL.M.), University of Michigan Law School, Ann Arbor, 1993. Diplom-Kaufmann at the University of Cologne, 1994. Second State Examination in Law, 1995.

Research Assistant at the Institute for Labour and Business Law in Cologne under Prof. Dr. Herbert Wiedemann from 1995-1999, incorporating research stays in Brussels, Milan, Paris and London. Post-doctoral dissertation (Habilitation), 1999; the text published in 2001 ("Information Asymmetries in Contract Law: A Comparative and Interdisciplinary Study on the Scope and Limits of Precontractual Duties of Disclosure" – translated from German original) was subsequently voted one of the year's most outstanding legal works (see, NJW 2002, 3593 und JZ 2003, 37)

Winter Semester 1999/2000, Interim Professor at the University of Bayreuth. Declined Civil Law Professorship at Bayreuth and accepted an appointment at Göttingen. 2000-2003 Chair for Civil, Commercial and Business Law and Comparative Law. From 2003-2009 Professor at the University of Bonn, initially as Director of the Institute for Tax Law and from 2005, as Director of the Institute for Commercial Law and Business Law. Director at the Max Planck Institute for Comparative and International Private Law in Hamburg since 1 April 2009.

Prof. Dr. Katsunori Kai

Katsunori Kai is Professor at the Waseda Law School, Waseda University (Criminal Law & Medical Law); Director, Criminal Law Society of Japan; Chairperson of the Board of Directors, Japanese Association of Medical Law; Director, Japan Association for Bioethics. 1977 graduation from Faculty of Law, Kyushu University; 1982 qualification for doctoral course, Kyushu University Graduate School of Law; 1982 Assistant, Faculty of Law, Kyushu University; 1993 Professor, Faculty of Law, Hiroshima University; 2002 doctoral degree (Jurisprudence) at Hiroshima University; 2004 Professor, Law School of Waseda University (to present). Major writings in Japanese include 'Study of Maritime Traffic Crimes' (2001), 'Euthanasia and Criminal Law' (2003), 'Death with Dignity and Criminal Law' (2004), 'Road to Medico Criminal Law I' (2004, 2006), 'Principle of Culpability and Criminal Negligence Theory' (2005), 'Protection of Human Subjects and Criminal Law' (2005), 'Assisted Reproductive Medicine and Criminal Law' (2010).

Prof. Mariko Kawano, LL.M. (University of Cambridge)

Mariko Kawano is Professor of International Law, Waseda University, School of Law; Advisor of the Headquarters for the Ocean Policy. Education: University of Tokyo (1979-1983), BA, Graduate School of Law, University of Tokyo, MA (1983-1985) and Graduate School of Law, University of Cambridge, LL.M. (Pegasus Scholarship) (1988-1989). Principal Publications in English or in French include: 'L'affaire du thon à nageoire bleue et les chevauchements de juridictions internationales', *Annuaire Français du droit international*, Vol. 49 (2003), pp. 516-543; *Judge Shigeru Oda and the Path to Judicial Wisdom* (Brill, 2006) (with E. McWhinney); 'The Role of Judicial Procedures in the Process of the Pacific Settlement of International Disputes', 346 *Recueil des cours* 9 (2009).

Prof. Dr. Doris König, M.C.L. (University of Miami)

Doris König is Professor of Public Law, European and International Law at Bucerius Law School in Hamburg since October 2000. She studied law at Kiel University from 1975 to 1980. In 1981/82 she participated in a post-graduate study programme at the University of Miami School of Law, gaining the post-graduate degree of Master of Comparative Law (M.C.L.). Her main research interests are in the field of the international law of the sea, international environmental law, international human rights law and European Union law. Since 2004 she is a member of the Advisory Committee of Public International Law at the German Foreign Office, and Chair of the International Foundation for the Law of the Sea (IFLOS) in Hamburg. As of October 2012, she will serve as President of Bucerius Law School.

Prof. Etsuro Kuronuma

Etsuro Kuronuma is Professor at the Waseda University, Waseda Law School. Education: LL.B. University of Tokyo, Department of Law, 1984; Research Associate, University of Tokyo, Department of Law, 1984; Associate Professor, Nagoya University, School of Law, 1987; Visiting Scholar, University of California School of Law (Boalt Hall), 1990-1992; Associate Professor, Kobe University, School of Law, 1993; Professor, Kobe University, School of Law, 1997; Professor, Waseda University, Waseda Law School, 2004. Memberships: International Law Association, Committee on International Securities Regulation; Japan Association of Private Law; The Institute of Maritime Law in Japan; Air Law Institute of Japan; Financial Services Agency, Financial System Council. Books in Japanese include 'Function and Regulation of the Securities Markets' (2002); 'American Securities Regulation' (2d ed., 2004); 'Introduction to Financial Instruments and Exchange Law' (co-authored, 2d ed. 2009); Commentaries on Financial Instruments and Exchange Act (co-edited, 2010).

Prof. Yoshiaki Kurumisawa

Yoshiaki Kurumisawa is Professor of Sociology of Law, Agricultural Law and Nature Protection Law at the School of Law, Waseda University, Tokyo, since April 1993. His main research interests are in the field of theoretical and empirical socio-legal studies, the comparative study on the agricultural land law, and the studies of the commons. He was a Visiting Scholar of Center for Interdisciplinary Research at the University of Bielefeld from September 1998 to August 1999 and of Institute for European Environmental Law at the University of Bremen from October 2011 to September 2012. From October 2012 he will serve as Director of Institute for Comparative Law at Waseda University.

Prof. emeritus Dr. Dres. h.c. Knut Wolfgang Nörr

Study of law at the U of Heidelberg and Munich; examination 1957. Doctor of Law 1960. Postgraduate Catholic U, Washington DC, 1960/61. Bar examination 1963. Habilitation 1966, U of Munich. Full Professor (Tenure) 1966, U of Bonn. Ditto U of Tübingen, since 1971. (Other offers: U of Augsburg; Director of Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt a.M.; U of Vienna, Austria; U of California, Berkeley.) Several charges at the U of Tübingen, int. al. Dean of the Law Faculty, Director of its Library; Member of the Administrative Board of the U.; Member, Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt a.M.; Heidelberg Academy of Sciences; Corresponding Member, Academy of Siena; Academy of Messina; Chairman, German-East Asia Forum, Tübingen/Stuttgart/Hohenheim, 1988-2002; Max Rheinstein Visiting Professor, U of Chicago, 1988; Member, Institute for Advanced Study Princeton, 1989 and 1993; Visiting Professor, U of California, Berkeley, 1997; Visiting Professor, Tulane U, New Orleans, 1998; Fellow, International Institute for Advanced Study, Kyoto, 2002; Honorary Degree,

U of Siena, Italy; Toin U of Yokohama, Japan; Permanent Professor, Toin U of Yokohama. Books (int.al.): *Yoroppa hōshi nyūmon: Kenri-hogo no rekishi* (A history of legal protection in Europe, 3.ed. 2004); *Die Republik der Wirtschaft: Recht, Staat und Wirtschaft in der Geschichte Westdeutschlands*, 1999; *Die Leiden des Privatrechts: Kartelle in Deutschland von der Holzstoffkartellentscheidung zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, 1994; *Iudicium est actus trium personarum: Beiträge zur Geschichte des Zivilprozeßrechts in Europa*, 1993; *An der Wiege deutscher Identität nach 1945: Franz Böhn zwischen Ordo und Liberalismus*, 1993; *Eher Hegel als Kant: zum Privatrechtsverständnis im 19. Jahrhundert*, 1990; *Zwischen den Mühlsteinen: eine Privatrechtsgeschichte der Weimarer Republik*, 1988; *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß der Frühzeit: Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*, 1967; *Kirche und Konzil bei Nicolaus de Tudeschis*, 1964.

Prof. Dr. Hiroshi Oda (LL.D Tokyo)

Professor Oda is the Sir Ernest Satow Professor of Japanese Law at the University of London (UCL) and professor at the College d'Europe (Brugge). He held the chair of Russian law at the University of Tokyo before moving to London. He has held various visiting positions, including a visiting professorship at Cornell Law School, University of Munich, University of Vienna, Hitotsubashi University, and Waseda University (the last three continuing). He is a qualified attorney in Japan as well as solicitor (England and Wales) and practices Japanese and Russian law in London and Tokyo. He represents Japan in the ICC Court of Arbitration in Paris. He is the author of *Russian Commercial Law* 2nd edition (Martinus Nijhof) and *Japanese Law*, 3rd edition (Oxford University Press). Professor Oda was awarded the Order of Friendship from President Medvedev of the Russian Federation in 2012 for the contribution in the area of commercial law.

Prof. Dr. Thomas Rönnau

Der 1962 geborene Thomas Rönnau absolvierte 1987 sein Erstes Juristisches Staatsexamen und promovierte 1990 in Kiel über das Thema „Absprachen im Strafprozeß“. Nach dem Zweiten Juristischen Staatsexamen im Jahr 1992 und einer Tätigkeit als Volljurist in der Rechtsabteilung eines norddeutschen Großunternehmens kehrte er 1994 als Assistent an die Universität Kiel zurück und habilitierte sich dort Mitte 1999 mit einer Arbeit über die „Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht“. Seit Herbst 2000 ist Prof. Rönnau Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Strafprozessrecht an der Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaften – in Hamburg. In dieser Zeit lehnte er Rufe an die Universität Göttingen (2005) und Münster (2006) ab. Die Forschungsschwerpunkte von Prof. Rönnau liegen neben dem Strafrecht Allgemeiner Teil (Unrechts- und Schuldlehre [hier insbes. Einwilligungs- und Notwehrdogmatik]) im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts. Er beschäftigt sich hier in Monographien, Kommentie-

rungen, wissenschaftlichen Aufsätzen und Vorträgen mit dem Untreue- und Betrugsstatbestand, dem GmbH-Strafrecht, der (Wirtschafts-)Korruption und dem Recht der Vermögensabschöpfung ebenso wie mit dem Insolvenzstrafrecht oder Straftaten bzw. Ordnungswidrigkeiten aus dem UmwG oder dem WpÜG. Seit vielen Jahren ist Prof. Rönna in diesem Bereich auch gutachterlich sowie in Fortbildungsveranstaltungen tätig.

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt

Karsten Schmidt is President of the Bucerius Law School in Hamburg. A doctorate in 1972 was followed 1975/76 by a post-doctorate (“Habilitation”) in Bonn in the subjects of civil law, commercial law, business law, competition law and civil procedural law. Following a professorship at Göttingen University (1976) he held professorial chairs at the Universities of Hamburg (1977 to 1997) and Bonn (1997-2004). He was appointed President of Bucerius Law School in 2004 (Vice President from 2000 to 2004). He is a senior member of the „Akademie der Wissenschaften in Hamburg“ and a member of the Academia Scientiarum et Artium Europaea, Salzburg, as well as a corresponding member of the Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Cordoba/Argentina and a Honorary Fellow of the Institute for Advanced Legal Studies, London. He holds the honorary doctorates of the Universities of Athens (Greece) and Vienna (Austria) since 2002 and of the German Leuphana University since 2012. In 2006 he was awarded the Order of Merit of the Federal Republic of Germany (Bundesverdienstkreuz Erster Klasse). Prof. Schmidt has written textbooks, monographs, various legal commentaries and numerous academic articles. He is editor and editorial board member of distinguished law journals, both national and international.

Prof. Dr. Tatsuo Uemura

Tatsuo Uemura is Professor at the School of Law at Waseda University and Waseda Law School, Director of Global COE, Waseda Institute for Corporation Law and Society, Waseda University Global COE, and former Dean of Faculty of Law at Waseda University (four years until September 2010). He received a Ph.D. in Law, Waseda University (1977). Memberships: Member of Corporation Law Subcommittee of Justice Ministry’s Legislative Council; Member of NHK Management Committee and NHK Audit Committee; Member of Advisory Board of Tokyo Stock Exchange Regulation; Council Member of Science Council of Japan; Governor of Society for the Economic Studies of Securities; External Director of Shiseido Co., Ltd.; Member of the Council of Meiji Yasuda Life Insurance Company; Governor of Japan Investor Protection Fund; Member of the Council of Japan Securities Research Institute; Head of the Council of Qualification Examination for Securities Broker Sales Representatives (Japan Securities Dealers Association). Award: 2004 Osumi Kenichiro Award for the book “Corporate Law Reform – the Concept of Public Company Law –“ (Iwanami Shoten, Tokyo 2002).