

**Recht als Verwirklichung
individueller Ansprüche in Japan**

Diskurse und Anwendungen

Herausgegeben von Moritz Bälz

Carl Heymanns Verlag 2018

ZEITSCHRIFT FÜR JAPANISCHES RECHT
JOURNAL OF JAPANESE LAW

SONDERHEFT 9 / SPECIAL ISSUE 9 (2018)

Executive Editors

Prof. Dr. HARALD BAUM
Max Planck Institute for Comparative and
International Private Law
Mittelweg 187
D-20148 Hamburg
E-mail: baum@mpipriv.de

Prof. Dr. MARC DERNAUER
Chūō University
Faculty of Law
742-1 Higashi Nakano, Hachiōji-shi
192-0393 Tōkyō, Japan
E-mail: dernauer@tamacc.chuo-u.ac.jp

Prof. Dr. MORITZ BALZ
Goethe University Frankfurt
Faculty of Law
Theodor-W.-Adorno-Platz 4
D-60629 Frankfurt am Main
E-mail: baelz@jur.uni-frankfurt.de

Prof. Dr. GABRIELE KOZIOL
Kyōto University
Graduate School of Law
Yoshida Honmachi, Sakyō-ku
606-8501 Kyōto, Japan
E-mail: koziol@law.kyoto-u.ac.jp

Editorial Assistance:

JANINA JENTZ (*Final Editing and Layout*)

Verlag / Publisher: Carl Heymanns Verlag – a brand of Wolters Kluwer Germany, Luxemburger
Straße 449, D-50939 Köln, phone: +49 221-943 73-7000; Internet: www.heymanns.com;
Customer Service: phone: +49 2631-801-2222, e-mail: info-wkd@wolterskluwer.de

Nachdrucke, auch auszugsweise, sowie fotomechanische Vervielfältigungen, auch von Teilen dieses
Hefes, gleichgültig in welcher Anzahl, auch für innerbetrieblichen Gebrauch, und die Einspeicherung
und Ausgabe von Daten des Inhalts dieses Hefes in Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen sind
nicht gestattet.

All rights reserved; no part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or
transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise,
without the prior written permission of the Publisher.

Bezugspreis: Das Sonderheft kann über den Verlag zum Preis von 69,- € zzgl. Versandkosten bezogen
werden. Mitglieder der Deutsch-Japanischen Juristenvereinigung e.V. können das Sonderheft zum
Vorzugspreis von 59,- € zzgl. Versandkosten beziehen.

Subscription price: The special issue can be purchased from the publishers for € 69 plus postage.
Members of the German-Japanese Association of Jurists may buy the special issue for the preferential
price of € 59 plus postage.

Anzeigenverkauf / Advertisement Sales: Janosch Kleibrink, Phone: +49 221-943 73-7797,
e-mail: janosch.kleibrink@wolterskluwer.com

Anzeigendisposition / Advertisement Disposition: Wolters Kluwer Germany, Advertisements, Karin
Odening, Luxemburger Str. 449, D-50939 Köln, phone: +49 221-943 73-7760,
e-mail: anzeigen@wolterskluwer.com. Price list No. 11, 1 January 2018.

Druckerei / Printed by: rewi Druckhaus, Reiner Winters GmbH, Wissen

© 2018 Deutsch-Japanische Juristenvereinigung e.V. & Max-Planck-Institut für ausländisches und
internationales Privatrecht / German-Japanese Association of Jurists & Max Planck Institute for
Comparative and International Private Law

ISBN 978-3-452-228921-6

www.ZJapanR.de

Vorwort

Ein wiederkehrender Topos in der Auseinandersetzung mit dem japanischen Recht und seinen Eigenheiten ist die Frage, ob Recht in Japan in ähnlicher Weise wie in den Rechtsordnungen Kontinentaleuropas und des Common Law als Durchsetzung subjektiver Rechte begriffen und gelebt wird. Diese durchaus vielschichtige Frage diente als Oberthema der Sektion Recht auf dem 16. Deutschsprachigen Japanologentag, der vom 25. bis 28. August 2015 an der Ludwig-Maximilians-Universität in München stattfand. Aus den Referaten dieser Sektion sind die Beiträge des vorliegenden Sonderhefts hervorgegangen. Sie sollen den außerordentlich fruchtbaren Austausch im Rahmen der Sektion dokumentieren, vertiefen und einem breiten Fachpublikum zugänglich machen.

Es versteht sich von selbst, dass sich die Frage, inwieweit eine schwächer verwurzelte Vorstellung von subjektiven Rechten tatsächlich als ein Charakteristikum des japanischen Rechts gelten kann, nicht abschließend beantworten lässt. Die folgenden sieben Beiträge und der vorangestellte Problemaufriss sollen die Diskussion vielmehr vorantreiben, indem sie die Fragestellung ausdifferenzieren, aus unterschiedlichem Blickwinkel historisch beleuchten und konkrete Anschauungsbeispiele sowohl aus dem Bereich des Allgemeinen Zivilrechts, als auch aus speziellen Rechtsgebieten bieten.

Der Herausgeber dankt den Veranstaltern des Japanologentags, allen Referenten und Diskutanten der Sektion Recht und natürlich besonders den Autoren der folgenden Beiträge. Die Veröffentlichung dieses Sonderhefts wurde ermöglicht durch Mittel des Forschungsprojekts „Protecting the Weak: Entangled processes of framing, mobilization and institutionalization in East Asia“ am Interdisziplinären Zentrum für Ostasienstudien (IZO) der Goethe Universität Frankfurt. Der VolkswagenStiftung gilt Dank für die Förderung dieses Projekts (AZ 87 382) im Rahmen ihrer Initiative „Schlüsselthemen für Wissenschaft und Gesellschaft“. Frau Janina Jentz ist schließlich für die wie immer sorgfältige und geduldige Bearbeitung der Manuskripte zu danken.

Moritz Bälz, Frankfurt am Main, im August 2018

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	iii
--------------	-----

Subjektive Rechte in Japan: politische Einforderung – gesetzliche Gewährung – prozessuale Durchsetzung. Ein Problemaufriss <i>Moritz Bälz</i>	1
---	---

I. Historische Perspektive

Das Ringen um staatliche Souveränität und das Wirtschaftsrecht des Stärkeren. Europa und der Markenschutz in Japan und Ostasien, 1884–1923 <i>Harald Fuess</i>	23
---	----

Translation subjektiver Rechte und die Bewegung für Freiheit und Bürgerrechte (<i>jiyū minken undō</i>) <i>Hiroki Kawamura</i>	45
--	----

II. Allgemeines Zivilrecht

Die Rolle des öffentlichen Rechts beim Schutz von Vertragspartnern in Japan <i>Marc Dernauer</i>	67
--	----

Aggressive Rechtsdurchsetzung in Japan. Die Eintreibung und Rückforderung wucherischer Darlehenszinsen <i>Julius Weitzdörfer</i>	115
--	-----

III. Spezielle Rechtsgebiete

<i>Shareholder Value</i> und die Durchsetzung von Aktionärsinteressen in Japan <i>Harald Baum</i>	143
Ein Kampf ums Recht. <i>Cause Lawyering</i> für die Interessen temporärer Arbeitsmigrant*innen in Japan <i>Daniel Kremers</i>	171
Subjektive Rechte auch für Tiere? Aktuelle Debatten und Prognosen über das Tierschutzrecht in Japan <i>Kazushige Doi</i>	211
Autoren	237

Subjektive Rechte in Japan: politische Einforderung – gesetzliche Gewährung – prozessuale Durchsetzung

Ein Problemaufriss

*Moritz Bälz**

- I. Eine untergeordnete Rolle für subjektive Rechte?
- II. Zielsetzung und Inhalt des vorliegenden Bandes
- III. Vorschlag für eine Strukturierung des Themas
 1. Allgemeine Überlegungen zur Fragestellung
 2. Unterscheidung verschiedener Ebenen
 3. Politische Einforderung: Rahmung politischer Interessen als individuelles Recht
 4. Gesetzliche Gewährung: Verankerung subjektiver Rechte im materiellen Recht
 5. Prozessuale Durchsetzung: individuelle Ansprüche und Justiznutzung
- IV. Verhältnis der drei Ebenen und vorläufiges Fazit

I. EINE UNTERGEORDNETE ROLLE FÜR SUBJEKTIVE RECHTE?

Wer der Frage nachgeht, was das japanische Recht gegenüber westlichen Rechtsordnungen auszeichnet, stößt rasch auf die eine oder andere Variante der These, Recht¹ in Japan werde weniger als Durchsetzung subjektiver Rechte oder *rights* begriffen und gelebt. So hat *Kawashima* seit den 1960er Jahren durch seine auch außerhalb Japans wirkmächtigen Studien zum japanischen Rechtsbewusstsein die These populär gemacht, Japanern fehle aufgrund einer aus der Vormoderne überkommenen Kollektiv- und Konsensorientierung traditionell die Vorstellung subjektiver Rechte (*dentōteki ni nihon-jin ni ,kenri‘ no kan‘nen ga kakete iru*).² Dies spiegele sich nicht nur darin, dass die Rechte der Parteien eines japanischen Vertrages, wenn überhaupt, tendenziell wenig detailliert und präzise schriftlich fixiert würden,³ sondern

* Prof. Dr. iur., LL.M. (Harvard), Professor für Japanisches Recht und seine kulturellen Grundlagen, Goethe-Universität Frankfurt am Main.

1 Meist blicken die Kommentatoren dabei primär auf das Privatrecht, das auch in diesem Band im Mittelpunkt steht.

2 T. KAWASHIMA, *Nihon-jin no hō-ishiki* [Das Rechtsbewusstsein der Japaner] (Tōkyō 1967) 15.

3 T. KAWAHIMA, *The Legal Consciousness of Contract in Japan*, *Law in Japan. An Annual* 7 (1974) 1, 15.

erkläre auch zu einem guten Teil, weshalb Japaner weniger geneigt seien, ihre Rechte vor Gericht durchzusetzen, und stattdessen außergerichtlichen, informellen Streitbeilegungsmechanismen den Vorzug gäben.⁴ *Rahn* hat – für den deutschsprachigen Raum kaum weniger einflussreich – beschrieben, dass das japanische Rechtsdenken die sozialetische Dankespflicht (*giri*) als das japanische Gegenstück zum subjektiven Recht bzw. Anspruch in der westlichen Rechtsauffassung verstehe. Während ein Anspruch auf einem abstrakten Tatbestand gründe, allgemein und eindeutig geregelt sei und dementsprechend entweder bestehe oder nicht bestehe, beruhe *giri* auf einer konkreten zwischenmenschlichen Beziehung und der Moral, sei stark einzelfallabhängig und unbestimmt und werde dementsprechend flexibel gehandhabt. Nur wo *giri* nicht greife, erfolge ein Rückgriff auf das Recht.⁵

Häufig wird Japan in diesem Zusammenhang als Gegenpol zu den Vereinigten Staaten beschrieben, welches das andere Extrem darstelle. *Henderson* etwa hat die überragende Bedeutung von *legalistic rights* für die Rolle des Rechts und seine Bedeutung für den Individualismus der US-amerikanischen Gesellschaft als einen zentralen Unterschied zu Japan ausgemacht. Bei ihm heißt es:

„For Americans, individualism means legalistic rights implemented by justiciable law, lawsuits, and lawyers. [...] At the other pole, the Japanese [...] are normally submerged in, and highly disciplined by, their social groupings, family, school, company, nation, and the like outside the justiciable law.“⁶

Aber auch aus deutscher Sicht hält beispielsweise *Menkhaus* für die Rechtsstaatlichkeit Japans noch heute für bedeutsam,

„dass Recht als objektives Ordnungskriterium des Staates auch in Japan zwar von alters her bekannt ist, aber subjektives Recht, d.h. als kodifizierter und auch durchsetzbarer Anspruch auf etwas, erst westlichen Rechtsvorstellungen folgend im 19. Jahrhundert eingeführt wurde und damit noch relativ jungen Datums ist.“⁷

4 T. KAWASHIMA, Dispute Resolution in Japan, in: von Mehren (Hrsg.), Law in Japan. The Legal Order in a Changing Society (Cambridge, Mass. 1963), 41, 43 ff. Zur berühmten Debatte über die Erklärung der geringen Prozessdichte in Japan siehe auch unten III.5.

5 G. RAHN, Rechtsdenken und Rechtsauffassung in Japan (München 1990) 406; DERS., Recht und Rechtsmentalität in Japan, in: Baum/Drobniig (Hrsg.), Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht (Berlin u.a. 1994) 1, 12.

6 D. F. HENDERSON, Security Markets in the United States and Japan: Distinctive Aspects Molded by Cultural, Social, Economic, and Political Differences, Hastings International and Comparative Law Review 14 (1991) 263, 264.

7 H. MENKHAUS, Rechtsstaat Japan? Konstitutive Elemente und Gefährdungen, in: Wördemann/Yamaguchi, Länderbericht Japan. Die Erarbeitung der Zukunft (Bonn 2014) 213, 226.

Lassen sich demnach zahlreiche Stimmen⁸ finden, die dem japanischen Recht eine schwächere Ausprägung des Konzepts subjektiver Rechte bzw. *rights* bescheinigen, ist diese Sicht doch nicht unwidersprochen geblieben. Namentlich *Feldman* argumentiert, dass *rights* für die Lösung von Konflikten auch in Japan durchaus eine zentrale Rolle spielten. Die gängige Kontrastierung eines *rights-obsessed America* mit einem Japan, in dem die Verfolgung solcher *rights* angeblich unvereinbar mit rechtlichen, politischen und sozialen Normen ist, sei vor dem Hintergrund einer verzerrten amerikanischen Selbstwahrnehmung entstanden und zu einem Gutteil ein kultureller Mythos.⁹ *Feldman* stützt seine These auf eingehende Studien zu Auseinandersetzungen im Bereich der Gesundheitspolitik – konkret über Fragen des *informed consent*, der Entschädigung von AIDS-infizierten Blutern und der Anerkennung des Hirntods.¹⁰ Wie er belegt, werden in deren Rahmen Interessen in erheblichem Maße als Rechte gerahmt artikuliert und politisch verfochten.

Auch die Behauptung, Rechte hätten im vormodernen japanischen Recht keine Rolle gespielt, wird von manchen Kennern der Materie durchaus bestritten. *Haley* etwa schreibt – offenbar unter dem Eindruck von *Steenstrups*¹¹ Arbeiten zum Recht der Tokugawa-Zeit –

„By the end of the eighteenth century, Japan enjoyed legal recognition in all but name and protection of a wide variety of property, contract, and commercial rights.“¹²

Ähnlich sieht *Takayanagi* die Unterschiede weniger in der praktischen Handhabung individueller Rechtspositionen als in der theoretischen Ausarbeitung des Konzepts von Rechten. Er formuliert:

„The pivotal point in the nineteenth-century European legal science of private law was the concept of a „right“ – *subjektives Recht, droit subjectif*. [...] Theoretically, civil justice during the Tokugawa period was administered as a matter of grace, not of right. Practically, however, certain categories of interests were regularly protected by legal process. A jurist might, therefore, have worked out a scheme of rights based on the

8 Die Liste ließe sich noch fortsetzen, siehe die Nachweise bei E. FELDMAN, *The Ritual of Rights* (2000) 1.

9 FELDMAN (Fn. 8) 1 ff.; DERS., *Patients' Rights, Citizens' Movements, and Japanese Legal Culture*, in: Nelken (Hrsg.), *Comparing Legal Cultures* (Aldershot u.a. 1997) 215.

10 FELDMAN (Fn. 8) 53 ff.

11 C. STEENSTRUP, *A History of Law in Japan until 1868* (Leiden u.a. 1991) 108 ff. 1991 hatte *Haley* selbst noch die These vertreten, vor dem Einfluss des westlichen Rechts habe es in China, Japan und Korea nur Pflichten, keine Rechte gegeben. J. O. HALEY, *Authority without Power* (New York 1991) 11.

12 J. O. HALEY, *Japan: A Society of Rights?*, in: Linnan (Hrsg.), *Legitimacy, Legal Development and Change* (Surrey u.a. 2012) 251, 254.

categories of remedies which had regularly been recognized. But, in contrast to Europe, no such juristic attempts had been made.¹³

Für die zweite Hälfte des Zwanzigsten Jahrhunderts ist – ungeachtet der im internationalen Vergleich niedrigen Prozessdichte in Japan – gut dokumentiert, dass die gerichtliche Durchsetzung individueller Ansprüche in bestimmten Bereichen gezielt, und nicht selten auch erfolgreich, als politische Strategie genutzt worden ist. Beispielsweise hat Upham für die großen Umweltprozesse gezeigt, dass Opferorganisationen nicht nur Schadenersatz in von politischen Protesten flankierten Gerichtsverfahren erstritten, sondern durch die hartnäckige Verfolgung individueller Ansprüche zugleich zum sozialen Wandel beigetragen haben.¹⁴

II. ZIELSETZUNG UND INHALT DES VORLIEGENDEN BANDES

Vor dem Hintergrund dieser Debatten will der vorliegende Band dazu beitragen, die Rolle subjektiver Rechte im japanischen Recht besser zu verstehen. Die folgenden sieben Abhandlungen bieten neues empirisches Material aus ganz unterschiedlichen Rechtsgebieten, um anhand konkreter Anschauungsbeispiele eine differenzierte Sicht darauf zu gewinnen, wie subjektive Rechte in Japan konzeptionell begriffen und praktisch gelebt werden. Der vorliegende Problemaufriss stellt den Einzelstudien eine Reihe allgemeiner Überlegungen voran (sogleich III.1.). Sodann unterbreitet er einen Vorschlag, wie sich die Leitfrage stärker strukturieren lässt, indem drei verschiedene Ebenen unterschieden werden (III.2.), nämlich diejenige der politischen Einforderung (III.3.), diejenige der gesetzlichen (oder gerichtlichen) Gewährung (III.4.) und diejenige der prozessualen Durchsetzung (III.5.). Abschließend wird auf das Verhältnis der drei Ebenen eingegangen und ein vorläufiges Fazit gezogen (IV.).

Den Beginn der folgenden Beiträge machen zwei historische Abhandlungen. Zunächst ruft Kawamura in Erinnerung, dass im Japan der 1860er Jahre der heute für subjektive Rechte geläufige Begriff *kenri* (権利) erst gebildet werden musste.¹⁵ Dieses Fehlen eines Begriffs im vormodernen Japan wird vielfach als Beleg dafür verwendet, dass zu dieser Zeit auch

13 K. TAKAYANAGI, A Century of Innovation: The Development of Japanese Law, 1868–1961, in: von Mehren (Fn. 4) 5, 24.

14 F. UPHAM, Law and Social Change in Postwar Japan (Cambridge/Mass. 1987). Für weitere Beispiele siehe den interessanten Sammelband von P. G. STEINHOFF (Hrsg.), Going to Court to Change Japan. Social Movements and the Law in Contemporary Japan (Ann Arbor 2014).

15 H. KAWAMURA, Translation subjektiver Rechte und die Bewertung für Freiheit und Bürgerrechte (*jiyū minken undō*) (in diesem Heft S. 45).

eine Vorstellung von Rechten noch nicht existierte.¹⁶ Kawamura beleuchtet den durchaus komplexen Prozess der Schöpfung und Verbreitung dieses Begriffs mit besonderem Blick auf die sogenannte Bewegung für Freiheit und Bürgerrechte (*jiyū minken undō*), indem er die Genese des Begriffs *kenri* als Translationsprozess deutet. Fuess' Beitrag zum Entstehen eines Markenschutzes in Japan und Ostasien in den Jahren 1884 bis 1923 argumentiert sodann, dass die Geschichte des japanischen Rechts allein unter dem Paradigma einer selektiven Übernahme westlicher Rechtsvorstellungen nur unzureichend verstanden werden kann. Einzubeziehen seien vielmehr dynamische, internationale und nationale Verhandlungsprozesse. Er weist darauf hin, dass die Politik der westlichen Mächte in dieser Zeit keineswegs immer von dem Gedanken getragen war, Markenrechte in Ostasien stärker zu verankern. Mitunter traten diese – von eigenen wirtschaftlichen Interessen geleitet – sogar für das Gegenteil ein.¹⁷

Für das geltende allgemeine Zivilrecht finden sich im Anschluss zwei Beiträge mit tendenziell gegenläufiger Stoßrichtung. Dernaueer zeigt durch seine eingehende Betrachtung des japanischen Vertragsrechts, dass für dieses die Verwaltungsbehörden und das öffentliche Recht eine erstaunlich prominente Rolle spielen und damit einhergehend die Bedeutung der privaten Rechtsverfolgung aufgrund subjektiver Rechte in der Tat geringer ausfällt, als man dies aus westlicher Sicht in diesem Kerngebiet des Privatrechts erwarten würde.¹⁸ Dagegen führt Weitzdörfer speziell für Verbraucherdarlehen aus, dass insoweit eine sehr ausgeprägte Bereitschaft der Schuldner wucherischer Darlehen zu beobachten ist, ihre Rückforderungsansprüche wegen überzahlter Zinsen vor den Gerichten einzuklagen. Die japanischen Gerichte sahen sich dadurch zeitweise mit einer wahren Klagewelle konfrontiert. Aber auch die von Weitzdörfer ebenfalls thematisierten Praktiken der Darlehensgeber, ihre Forderungen aggressiv – durchaus nicht nur mit den Mitteln des Rechts – einzuziehen, sind, wie er argumentiert, geeignet, das Bild einer von Harmoniestreben und Konfliktvermeidung geprägten Rechtskultur in Japan in Frage zu stellen.¹⁹

Auch die Beiträge aus den speziellen Rechtsgebieten im dritten Abschnitt des vorliegenden Bandes bieten in Hinblick auf die Rolle subjektiver Rechte ein durchaus gemischtes Bild: Ein weiteres Beispiel für intensi-

16 Eingehend FELDMAN (Fn. 8) 16 ff., der dies selbst für eine Fehlvorstellung halt.

17 H. FUESS, Das Ringen um staatliche Souveränität und das Wirtschaftsrecht des Stärkeren. Europa und der Markenschutz in Japan und Ostasien, 1884–1923 (in diesem Heft S. 23).

18 M. DERNAUER, Die Rolle des öffentlichen Rechts beim Schutz von Vertragsparteien in Japan (in diesem Heft S. 67).

19 J. WEITZDÖRFER, Aggressive Rechtsdurchsetzung in Japan: Die Eintreibung und Rückforderung wucherischer Darlehenszinsen (in diesem Heft S. 115).

ve Inanspruchnahme der Gerichte in Japan sind zunächst die Aktionärsklagen, die *Baum* in seinem Beitrag zum Shareholder Value und der Durchsetzung von Aktionärsinteressen thematisiert. Er konstatiert, dass das japanische Recht starke und durchsetzbare Rechte der Aktionäre kennt, auch wenn sich dies – scheinbar paradox – bislang nicht in einer starken *shareholder value*-Orientierung der Unternehmensführung niederschlägt.²⁰ *Kremers* beleuchtet mit dem *cause lawyering* für Arbeitsmigranten sodann ein weiteres Feld, in dem – der (vermeintlichen oder tatsächlichen) Streitaversion von Japanern zum Trotz – individuelle Ansprüche politisch artikuliert und gerichtlich hartnäckig verfochten werden. Bemerkenswert an diesem Beispiel ist, dass dabei Gerichtsprozesse zugleich gezielt als politische Strategie eingesetzt werden, um die Gesellschaft zu verändern.²¹ Zu einer weniger ausgeprägten Neigung, Recht primär in Form individueller Rechte zu denken, passen andererseits wieder die Beobachtungen von *Doi* im abschließenden Beitrag zum Tierschutz in Japan. Denn er kommt zu dem Ergebnis, dass international diskutierte Ansätze, den Tierschutz auf ein Konzept von Tierrechten zu gründen, im japanischen Recht noch sehr begrenzten Wiederhall gefunden haben.²²

III. VORSCHLAG FÜR EINE STRUKTURIERUNG DES THEMAS

1. Allgemeine Überlegungen zur Fragestellung

Manchem mag die Frage, ob das japanische Recht weniger in der Form subjektiver Rechte begriffen und gelebt wird, essentialistisch anmuten.²³ Hier geht es aber nicht darum, das japanische Recht unter Ausblendung von Binnendifferenzierungen auf einen möglichst kleinen gemeinsamen Nenner zu bringen oder einen unwandelbaren Kern desselben zu identifizieren. Die Rolle subjektiver Rechte dient hier vielmehr nur als Linse für die Betrachtung des japanischen Rechts. Inwieweit der Blick durch diese Linse primär Unterschiede, oder aber Gemeinsamkeiten mit westlichen Rechtsordnungen offenbart, ist durchaus offen. Das Abschichten verschiedener Teilfragen und die Betrachtung von Anschauungsbeispielen aus ganz unterschiedlichen

20 H. BAUM, Shareholder Value und die Durchsetzung von Aktionärsinteressen in Japan (in diesem Heft S. 143).

21 D. KREMERS, Ein Kampf ums Recht – *Cause Lawyering* für die Interessen temporärer Arbeitsmigrant*innen in Japan (in diesem Heft S. 171).

22 K. DOI, Subjektive Rechte auf für Tiere? Aktuelle Debatten und Prognosen über das Tierschutzrecht in Japan (in diesem Heft S. 211).

23 Vgl. die Skepsis gegenüber Ansätzen, die eine irgendwie geartete „Essenz“ des japanischen Rechts ermitteln wollen, bei B. ARONSON, My Key Phrase for Understanding Japanese Law: Japan as a Normal Country ... with Context, Michigan State International Law Review 22.3 (2014) 815.

Bereichen sollen gerade auch bisweilen ausgeblendete Schattierungen sichtbar machen. Soweit tatsächlich Besonderheiten des japanischen Rechts identifiziert werden, soll damit nicht behauptet werden, dass das japanische Recht deshalb einzigartig, jedenfalls nicht „einzigartiger“ als andere Rechtsordnungen ist.

Wer sich unserer Leitfrage nähert, hat – wie auch in mehreren der eingangs wiedergegebenen Zitaten aufscheint – die historische Dimension einzubeziehen.²⁴ Sowohl das Recht als auch die Einstellungen zum Recht sind in Japan historisch gewachsen und einem stetigen Wandel unterworfen, ebenso wie die westlichen Rechtsordnungen ihr jeweiliges Konzept der subjektiven Rechte oder der *rights* erst herausgebildet haben.²⁵ Es geht also nicht um unveränderliche Mentalitäten oder gar biologische Gegebenheiten. Viele Vertreter der These, dass das Bewusstsein subjektiver Rechte in Japan traditionell schwach ausgeprägt sei, führen dies auf historische Faktoren zurück. So ist das vormoderne Japan Teil der Einflusssphäre des chinesischen Rechts, für welches verbreitet konfuzianistische Vorstellungen von gesellschaftlicher Harmonie, ein Verständnis von Recht primär im Sinne von Verwaltungs- und Strafrecht (japanisch *ritsuryō*) und nur schwach ausgebildete Institutionen zur Beilegung privater Streitigkeiten als charakteristisch genannt werden.²⁶ Dabei darf allerdings die Eigenständigkeit der Entwicklung in Japan nicht übersehen werden. Dort bildete sich schon im Zehnten und Elften Jahrhundert ein komplexes System von Nutzungsrechten an Land (sog. *shiki*) heraus, die mit der Zeit auch übertragbar wurden.²⁷ Dass die Obrigkeit nur sehr begrenzt Interesse zeigte, bei der Beilegung privater Streitigkeiten aktiv zu werden, entspricht freilich auch der gängigen Sicht für Japan.²⁸

Andererseits erwarten auch prominente Vertreter der These, dass die Vormoderne in einem besonderen japanischen Recht(e)bewusstsein nach-

24 Hierzu FUESS (Fn. 17) (in diesem Heft S. 23) und KAWAMURA (Fn. 15) (in diesem Heft S. 45).

25 Für das deutsche Verständnis des subjektiven Rechts siehe C. SOKOLOWSKI, Der so genannte Kodifikationenstreit in Japan (München 2010) 562 ff.

26 J. O. HALEY, Law and Culture in China and Japan: A Framework for Analysis, Michigan Journal of International Law 27 (2005–2006) 895, 906 ff. Für China auch U. KISCHEL, Rechtsvergleichung (München 2015) § 9 Rn.15. Eine Übereinstimmung zwischen Legisten und Konfuzianern ist nach Kischel, dass beiden der Gedanke, dass individuelle Rechte durch das Recht zum Ausgleich gebracht würden und über sie vor staatlichen Instanzen gestritten werden könnte, völlig fremd ist.

27 J. O. HALEY, Law's Political Foundations. Rivers, Rifles, Rice, and Religion (Cheltenham 2016) 108 f.

28 Etwa HALEY (Fn. 26) 906; H.-P. MARUTSCHKE, Einführung in das japanische Recht (München, 2. Auflage 2010) 24.

wirke, wie insbesondere Kawashima, dass sich dieses Bewusstsein im Zuge der weiteren Modernisierung verändern werde.²⁹ Er leugnete eine historische Dynamik also keineswegs, mag uns heute die von den Modernisierungstheorien der Nachkriegszeit geprägte implizite Annahme, dass Japans Modernisierung dem Pfad des Westens folgen werde, auch suspekt sein. Nach Rahn wird in Japan von Rechtsnormen zunehmend dort Gebrauch gemacht, wo traditionelle Sozialnormen wie bei den großen Umweltprozessen ihre Wirksamkeit verloren haben.³⁰ Man könnte mit Blick auf den Beitrag von Weitzdörfer in diesem Heft die Frage stellen, inwieweit die Klagen auf Rückzahlung wucherischer Darlehenszinsen sich als ein weiteres Beispiel hierfür deuten lassen. Jedenfalls muss die Leitfrage auch dahingehend formuliert werden, ob eine etwaige schwache Orientierung an subjektiven Rechten in Japan sich in den letzten Jahrzehnten gewandelt hat und ob das, was einmal als Charakteristikum gelten konnte, daher heute möglicherweise weitgehend verschwunden ist. Man denke nur an die umfassende Reform des Justizsystems in den 2000er Jahren, die nach den Empfehlungen der Justizreformkommission aus dem Jahre 2001, welche als Blaupause für die Reform diente, als zentrales Ziel verfolgte, den Rechtssuchenden in Japan eine erleichterte Durchsetzung ihrer Rechte zu ermöglichen. In den Empfehlungen heißt es insoweit

„In order for the people to easily secure and realize their own rights and interests, and in order to prevent those in a weak position from suffering unfair disadvantage in connection with the abolition or deregulation of advance control, a system must be coordinated to properly and promptly resolve various disputes between the people based on fair and clear legal rules.“³¹

Terminologisch ist *kenri* (権利), das heute im Japanischen für subjektive Rechte gebräuchliche Wort, wie bereits erwähnt, unstrittig eine Schöpfung der zweiten Hälfte des Neunzehnten Jahrhunderts, welche sich erst nach einer durchaus verschlungenen Entwicklung durchgesetzt hat.³² Das besagt natürlich noch nicht, dass es das Konzept als solches nicht schon früher

29 KAWASHIMA (Fn. 4) 57.

30 RAHN, Rechtsdenken (Fn. 5) 409.

31 JUSTICE SYSTEM REFORM COUNCIL, *Recommendations of the Justice System Reform Council: For a Judicial System to Support Japan in the 21st Century* (2001), <http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/eng-dex.html>, Chapter I, Part 2, sub 1. Zur Rolle von *rights* in den Reformen seit den 1990er Jahren siehe auch H. N. SCHEIBER, Introduction, in: Scheiber/Mayali, *Emerging Rights in Japanese Law* (Berkeley 2007) xi, xiii f. sowie im selben Band E. A. FELDMAN, *Legal Reform in Contemporary Japan*, ebda., 1, 6 ff.

32 D. R. HOWLAND, *Translating the West. Language and Political Reason in Nineteenth-Century Japan* (2002) 122 ff.; FELDMAN (Fn. 8) 16; SOKOLOWSKI (Fn. 25) 203 ff. und 561 ff.; KAWAMURA (Fn. 15) (in diesem Heft S. 45, 50).

gab. So betont Feldman, dass etwa die Bauernaufstände der Tokugawa-Zeit davon zeugten, dass es schon zuvor zumindest ähnliche Konzepte im japanischen Recht gegeben habe.³³ An diese hätten Reforme wie Yukichi Fukuzawa mittels des neuen Terminus *kenri* anknüpfen können:

„The translation of ‘rights’ into Japanese provided a new way of understanding, linking and describing certain behaviors and relationships that were previously separate.“³⁴

Ob schon im vormodernen Japan subjektive Rechte existierten, dürfte jedenfalls zum Teil eine Frage der Definition sein. Die Bauernaufstände der Tokugawa-Zeit sind gewiss Beispiele einer deutlichen Artikulation individueller Interessen und damit im weiten Sinne von Rechten. Sie unterscheiden sich aber doch von der Berufung auf abstrakt definierte Ansprüche oder gerichtlich durchsetzbare *legalistic rights*, wie sie Rahn bzw. Henderson ihren oben erwähnten Einschätzungen zugrunde legen. Man mag daher Feldman entgegenhalten, dass er einen sehr weiten, schon etwas konturlosen Begriff der *rights* verwendet.³⁵ Andererseits ist es bekanntlich problematisch, mit dem im eigenen Recht entwickelten Kategorien an ein fremdes Recht heranzutreten. Da Konzepte wie das der subjektiven Rechte oder *rights* sich in einem spezifischen historischen Kontext herausgebildet haben und nicht universal sind,³⁶ kann von vornherein nicht erwartet werden, eine exakte Entsprechung im japanischen Recht zu finden.³⁷

Interessant ist es deshalb, wenn auch Feldman Unterschiede ausmacht zwischen der Artikulation von *rights* in Japan und in den USA. Obwohl *rights* in Japan deutlich prominenter artikuliert würden als gemeinhin angenommen, so würden sie doch vor allem dort mit Nachdruck eingefordert, wo nicht nur einzelne Individuen, sondern Gruppen von Betroffenen, etwa Opferverbände, aktiv werden.³⁸ Der Beitrag von Kremers im vorliegenden Band scheint dies für den Kampf der Arbeitsmigranten zu bestätigen.³⁹

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Gegenüberstellung von Japan einerseits und einem homogenen „Westen“ – hier wie so oft – wesentli-

33 FELDMAN (Fn. 8) 20 und 26.

34 FELDMAN (Fn. 8) 32.

35 Vgl. die Rezension von Feldmans Buch durch J. SANDERS, *Contemporary Sociology* 31.3 (2002) 340, 341 sowie SOKOLOWSKI (Fn. 25) 575 in Fn. 386.

36 Eingehend SOKOLOWSKI (Fn. 25) 562 ff.; vgl. ferner HALEY (Fn. 12) 252 f.; TAKAYANAGI (Fn. 13) 24.

37 Vgl. die pointierte Aussage zur Frage, ob es im vormodernen China „Recht“ im westlichen Sinne gegeben hat bei HALEY (Fn. 26) 895: „To ask whether a culturally bound, Eurocentric definition of law existed in China is almost as silly as asking whether a Chinese emperor reigned in Rome.“

38 FELDMAN (Fn. 8) 163.

39 KREMERS (Fn. 21) (in diesem Heft S. 171).

che Unterschiede zwischen den westlichen Rechtsordnungen ausblendet. Subjektive Rechte im deutschen Recht, *rights* etwa in den Vereinigten Staaten oder auch *droit subjectif* im französischen Recht sind keine exakten Entsprechungen.⁴⁰ Die politische Artikulation von Interessen in Form von Rechten und die typische Verfolgung von Ansprüchen vor den Gerichten sind ebenfalls ersichtlich unterschiedlich innerhalb des „Westens“.⁴¹ Auch wenn der vorliegende Band die Thematik primär im deutsch-japanischen Verhältnis aufgreift, ist dieser Hinweis nicht zuletzt dort von Bedeutung, wo auf die reichhaltige US-amerikanische Literatur zu diesem Themenkreis zurückgegriffen wird, die in puncto *rights* möglicherweise besonders dazu neigt, in Japan das Gegenmodell zum Eigenen zu erblicken.⁴²

2. Unterscheidung verschiedener Ebenen

Vorgeschlagen wird im Folgenden, die Leitfrage nach der Rolle subjektiver Rechte oder *rights* in Japan stärker zu konturieren, indem drei verschiedene Ebenen unterschieden werden. Der Meinungsstand ist insoweit nämlich – abgesehen von den angesprochenen definitorischen Unterschieden – auch deshalb diffus, weil die Kommentatoren, wenn sie von der (geringen oder doch nicht so geringen) Bedeutung subjektiver Rechte oder *rights* für das japanische Recht sprechen, sehr unterschiedliche Perspektiven einnehmen. Man kann den Blick primär auf die Einstellung zum Recht richten, also darauf, inwieweit individuelle Interessen in Form subjektiver Rechte oder *rights* begriffen, rhetorisch formuliert und politisch artikuliert werden (sogleich 3.). Man kann aber auch primär fragen, inwieweit Gesetzgebung und Rechtsprechung individuelle Interessen durch die Anerkennung subjektiver Rechte schützen und damit im materiellen Recht verankern (4.). Schließlich kann man auf die Realität der Durchsetzung dieser Rechte schauen, die nicht zuletzt von den Institutionen des Justizsystems, insbesondere den Gerichten abhängt (5.). Es erscheint daher sinnvoll die drei Ebenen der politischen Einforderung, der Gewährung durch Gesetzgebung oder Rechtsprechung und der prozessualen Durchsetzung voneinander zu trennen.

Eine etwas andere Kategorisierung findet sich bei Feldman, der zwischen einer kulturellen, einer politischen und einer rechtlichen Dimension von *rights* unterscheidet.⁴³ Unter der kulturellen Dimension, die er *cultural*

40 Siehe nur KISCHEL (Fn. 26) § 5 Rn. 65 ff. Dieser betont, dass materielle Ansprüche im von prozessualen *writs* geprägten Common Law ursprünglich weit weniger zentral waren als im kontinentaleuropäischen Recht.

41 Man denke nur an die bekannte Studie von R. A. KAGAN, *Adversarial Legalism. The American Way of Law* (Cambridge, Mass., 2001).

42 Vgl. FELDMAN (Fn. 8) 3 f.

43 FELDMAN (Fn. 8) 4 f.

myths about rights nennt, fasst er die Frage, inwieweit eine Gesellschaft *rights* Bedeutung beimisst. Bei der politischen Dimension (*the politics of rights*) geht es ihm darum, wie gesellschaftliche Akteure politische Anliegen als *rights* rahmen, um ihre Interessen zu artikulieren und für diese zu mobilisieren. Was schließlich die rechtliche Dimension betrifft, so setzen *jurisprudential rights* nach Feldman voraus, dass sie gesetzlich verankert und/oder gerichtlich geschützt sind. Dass vorliegend eine andere Systematisierung eingeführt wird, hat einen doppelten Grund: Zum einen mag für Feldman, dem es in seiner Studie primär um die kulturelle und politische Dimension geht,⁴⁴ eine Unterscheidung dieser beiden Ebenen naheliegen. Beide liegen indes so nahe beieinander, dass dies jedenfalls nicht zwingend erscheint. Dass eine Gesellschaft individuellen Rechtspositionen einen hohen Stellenwert einräumt, zeigt sich gerade daran, dass Rechte eine gängige Form sind, um Interessen zu artikulieren. Demgegenüber erscheint es sinnvoll, – anders als Feldman aus US-amerikanischer Sicht – zwischen der gesetzgeberischen oder gerichtlichen Anerkennung von Rechten einerseits und ihrer prozessualen Durchsetzung andererseits zu unterscheiden. Das deutsche Recht, dessen Dogmatik auch das japanische Zivilrecht stark geprägt hat, unterscheidet bekanntlich scharf zwischen dem subjektiven Recht als Bestandteil des materiellen Zivilrechts und seiner zivilprozessualen Durchsetzung.⁴⁵ Zudem ist es gerade für Japan ein wesentlicher Aspekt der Diskussion über die Rolle subjektiver Rechte, weshalb diese, auch wo sie fraglos bestehen und an und für sich justitiabel sind, nicht häufiger und energischer eingeklagt werden.⁴⁶ Daher wird hier vorgeschlagen, die prozessuale Durchsetzung von der Gewährung von Rechten getrennt zu betrachten.⁴⁷

Die hier vorgeschlagene Dreiteilung soll im Folgenden noch etwas näher entfaltet werden. Dabei kann es nicht darum gehen, alle möglichen Aspekte zu benennen, geschweige denn umfassend zu analysieren. Es soll vielmehr

44 FELDMAN (Fn. 8) 5.

45 Eingehend auch mit Blick auf die Rezeption in Japan SOKOLOWSKI (Fn. 25) 562 ff.

46 Hierzu unten unter III.5.

47 Diese Unterscheidung scheint auch dort sinnvoll, wo eine Gewährung von Rechten nicht durch den Gesetzgeber, sondern durch die Gerichte in Rede steht. Zwar kann man, wo die japanischen Gerichte eine als Recht formulierte Norm als individuell nicht einklagbar interpretieren, wie etwa im Falle des sog. Existenzrechts (*seizonken*) des Art. 25 der Verfassung, gleichermaßen von einer fehlenden Durchsetzbarkeit oder von einer fehlenden Gewährung sprechen. Umgekehrt sind jedoch Fälle denkbar, in denen die Rechtsprechung ein einklagbares Recht an und für sich anerkennt, von der Möglichkeit einer gerichtlichen Geltendmachung aber – sei es aus kultureller Aversion, sei es aufgrund von Justizzugangshürden oder anderer institutioneller Faktoren – nur selten Gebrauch gemacht wird.

aufgezeigt werden, wie sich diese Kategorisierung fruchtbar machen lässt und welcher weiteren Aspekte der Leitfrage sich die künftige Forschung annehmen könnte.

3. *Politische Einforderung: Rahmung politischer Interessen als individuelles Recht*

Auf der politischen oder, wenn man so will, politisch-moralischen Ebene, geht es darum, inwiefern politische Interessen in Japan rhetorisch als individuelle Rechte artikuliert werden, um auf diese Weise eine moralische Konfrontation zu suchen, Öffentlichkeit herzustellen, die Medien zu erreichen oder Gleichgesinnte zu mobilisieren.⁴⁸ Auch in Japan gibt es selbstverständlich zahlreiche Beispiele, in denen sich Akteure im Rahmen politischer Auseinandersetzung einer Rhetorik der Rechte bedienen. Doi beleuchtet in diesem Band das Beispiel der Tierrechte, wo dies sogar für nicht-menschliche Akteure gefordert wird, wenn auch in Japan bislang weniger ausgeprägt als in manchen anderen Gesellschaften.⁴⁹

Eine solche Einforderung individueller Rechte setzt eine entsprechende Begrifflichkeit voraus. Hier lässt sich also die Frage verorten, was es bedeutet, dass der heute für das subjektive Recht geläufige Terminus *kenri*, wie im vorliegenden Band Kawamura näher ausführt,⁵⁰ erst in der zweiten Hälfte des Neunzehnten Jahrhunderts gebildet wurde. Auch wenn der Sache nach bestimmte private Rechtspositionen schon im Recht des vormodernen Japans praktisch durchsetzbar gewesen sein mögen, erscheint es angesichts der Tatsache, dass ein Wort für subjektives Recht erst unter westlichen Einfluss gebräuchlich wurde, schwierig davon zu sprechen, dass Interessen in der Form von Rechten eingefordert wurden.⁵¹

Ein Beispiel der Artikulation politischer Interessen in Form von Rechten stellt jedenfalls die Bewegung für Freiheit und Bürgerrechte dar.⁵² Dass Rechte in jüngerer Zeit in den politischen Auseinandersetzungen im Gesundheitssektor eine prominente Rolle spielen, hat Feldman überzeugend nachgewiesen.⁵³ Wie er zeigt, wurde dabei teilweise an soziale Bewegun-

48 Vgl. allgemein R. PEERENBOOM, Preface: Overview of the project goals, methodology, and structure, in: ders., *Asian Discourses on the Rule of Law: Theories and implementation of the rule of law in twelve Asian countries, France and the U.S.* (London u.a. 2004), x, xiii: „Nowadays, rights are increasingly the medium through which different factions struggle for power“.

49 DOI (Fn. 22) (in diesem Heft S. 211).

50 KAWAMURA (Fn. 15) (in diesem Heft S. 45).

51 Vgl. oben unter I. m.Nachw.

52 Hierzu KAWAMURA (Fn. 15) (in diesem Heft S. 45).

53 FELDMAN (Fn. 8) sowie DERS. (Fn.9).

gen der 1960er und 1970er Jahre angeknüpft, die ihre Interessen stark als Rechte gerahmt artikulierten und die Anerkennung sog. „neuer Rechte“ (*atarashii kenri*) vor Gericht zu erstreiten suchten.⁵⁴ So wurde vor dem Hintergrund der negativen Auswirkungen der Hochwachstumsphase ein sog. Recht auf Umwelt (*kankyō-ken*) postuliert.⁵⁵ Gegen die Verschattung ihres Wohnraums wehrten sich Bürger, indem sie ein Recht auf Sonnenschein (*nisshō-ken*) geltend machten. In den 1970er Jahren glaubten manche schon ein neues Paradigma neuer Rechte zu erkennen. Die entsprechenden sozialen Bewegungen verloren ihren Impetus später jedoch wieder weitgehend.⁵⁶ Gleichwohl lassen sie sich als Beispiele dafür betrachten, wie auch in Japan in politischen Auseinandersetzungen die *symbolic power of rights assertion*⁵⁷ genutzt wird, selbst wenn Haley die These vertreten hat, es gehe diesen Bewegungen ungeachtet der Rhetorik am Ende mehr um den Schaden für die Gemeinschaft als um individuelle Rechte.⁵⁸

Ein auffälliger Gebrauch von Rechten als rhetorisches Mittel betrifft den Begriff des Menschenrechts (*jinken*). Verschiedene Beobachter stellen fest, dass man in Japan mit dem Vorwurf, ein Verhalten des Staates (oder gar Privater) stelle eine Menschenrechtsverletzung dar, besonders schnell bei der Hand ist.⁵⁹ Feldman spricht hier von einem *extraordinary broad use of rights rhetoric in Japan*.⁶⁰ Man kann dies aber auch in dem Sinne deuten, dass derartige Verhalten weniger von einem ausgeprägten Bewusstsein solcher Rechte als davon zeugt, dass die Inanspruchnahme dieser Rechten noch eine neue Erfahrung ist.⁶¹

Auch für das Japan der Gegenwart gibt es anekdotische Belege dafür, dass die Artikulation der eigenen Interessen als individueller Anspruch mit einem sozialen Stigma verbunden ist. Aufmerksamkeit hat etwa ein Fall erregt, in dem die Eltern eines im Teich des Nachbargrundstücks ertrunkenen Jungen von den Nachbarn Schadenersatz erstritten, sich in der Folge jedoch massiven sozialen Anfeindungen wegen ihres „egoistischen“ Vorgehens gegenübersehen.⁶² Auch als sich ein Fukushima-Opfer aus Verzweiflung über den Verlust ihrer Heimat das Leben nahm und die Familie da-

54 FELDMAN (Fn. 9) 222 ff.

55 RAHN, Rechtsdenken (Fn. 5) 297 m.Nachw.

56 Vgl. FELDMAN (Fn. 8) 38 ff.

57 FELDMAN (Fn. 8) 51.

58 HALEY (Fn. 12) 257: „What matters was the harm to the community, not the right of the individual.“

59 RAHN, Rechtsdenken (Fn. 5) 409; FELDMAN (Fn. 9) 216 f.

60 FELDMAN (Fn. 8) 9.

61 Im letzteren Sinne RAHN, Rechtsdenken (Fn. 5) 409.

62 S. KAKIUCHI, Access to Justice in Japan (Tōkyō 2007), online unter <http://www.asianlii.org/jp/other/JPLRes/2007/1.html#fnB16>, sub 1.b)-1.

raufhin den Tod der Mutter erfolgreich als Nuklearschadenersatz gegenüber TEPCO als Betreiber des Unglücksreaktors geltend machte, stieß das im gesellschaftlichen Umfeld der Familie offenbar auf starke Ablehnung.⁶³ Wie verbreitet in Japan eine solche Stigmatisierung derjenigen ist, die auf „ihr gutes Recht pochen“, ist empirisch natürlich schwer feststellbar.

Ein gewisser Konsens scheint unter den Beobachtern insoweit zu bestehen, als die Artikulation subjektiver Rechte oder *rights* in Japan, auch wenn deren Bedeutung unterschiedlich eingeschätzt wird, jedenfalls hinsichtlich ihrer Art eigene Charakteristika aufweist. Das Wort *kenri* selbst wird, wie auch Feldman einräumt,⁶⁴ eher selten benutzt. *Expressis verbis* auf die eigenen Rechte zu pochen sei, so seine Erklärung, strategisch unklug, da man die Beziehung beschädige und die Chance für eine umfassende Lösung vergebe.⁶⁵ Auch wolle man nicht egoistisch erscheinen.⁶⁶ Wenn Feldman schreibt, eine öffentliche, aggressive Geltendmachung von Rechten bleibe denjenigen Konflikten vorbehalten, bei denen keine Hoffnung mehr bestehe, zumindest oberflächlich eine harmonische Beziehung fortzusetzen und eine informelle Einigung zu erzielen,⁶⁷ so lässt sich dies durchaus mit Rahns Sicht unter einen Hut bringen, dass die Durchsetzung dessen, was einem rechtlich zusteht, gegenüber der *giri*, der sozialetischen Dankespflicht, erst dann zum Zuge kommt, wenn die Beziehung nicht geknüpft werden kann oder zerrüttet ist.⁶⁸ Möglicherweise macht der Charakter eines Gerichtsverfahrens als letztes Mittel dieses sogar besonders geeignet, um durch einen Prozess Aufmerksamkeit auf das eigene Anliegen zu lenken und den Beklagten moralisch unter Druck zu setzen. Eine Rhetorik der Rechte ist, so die Hypothese Feldmans, besonders dort zu beobachten, wo es nicht nur um den Einzelnen geht, sondern eine Gruppe von Betroffenen ihre Interessen gemeinsam artikuliert.⁶⁹ Dies scheint Haleys These zu bestätigen, dass es letztlich mehr um die Gemeinschaft geht.⁷⁰ Es harmoniert aber auch mit der Beobachtung, dass der bemerkenswerte Boom bei den

63 M. BÄLZ/H. KAWAMURA, Schadenersatz bei Suizid eines Nuklearopfers. Zur Entscheidung des Distriktsgerichts Fukushima vom 26. August 2014, ZJapanR/J.Japan.L. 39 (2015) 261, 287.

64 FELDMAN (Fn. 8) 5.

65 ID.

66 FELDMAN (Fn. 8) 162.

67 FELDMAN (Fn. 8) 5; DERS. (Fn. 9) 217.

68 RAHN, Rechtsdenken (Fn. 5) 406.

69 FELDMAN (Fn. 8) 163: „Most often, rights are asserted on behalf of groups, once people with similar concerns are united. Rights assertion itself is one way to create a group of litigants; until there is a critical mass, however, the public, insistent assertion of rights is unlikely.“

70 Siehe oben bei Fn. 58.

Aktionärsklagen zu einem nicht unwesentlichen Teil nicht durch die Interessen einzelner Geschädigter, sondern durch Anwaltsnetzwerke und damit primär gesellschaftspolitisch getrieben ist.⁷¹ Vielleicht ist dies auch ein weiterer Grund dafür, dass bei den Gruppenklagen der Opfern von Umweltkatastrophen – unabhängig vom Ausmaß des individuellen Schadens – häufig Pauschalbeträge für alle Kläger gefordert werden.⁷²

4. *Gesetzliche Gewährung: Verankerung subjektiver Rechte im materiellen Recht*

Die zweite Ebene betrifft die gesetzliche Verankerung subjektiver Rechte im materiellen Recht bzw. die Anerkennung von Rechten durch die Rechtsprechung. In welchem Maße ein Gesetzgeber individuelle Interessen schützt, indem er sie als (zumindest konzeptionell) durchsetzbare Ansprüche normiert (oder sie umgekehrt einschränkt oder gar abschafft), ist das Ergebnis des gesellschaftlichen Meinungskampfes und rechtspolitischer Entscheidungen. Der resultierende „Bestand“ an Rechten in den Gesetzen ist folglich von Rechtsordnung zu Rechtsordnung unterschiedlich. Letzteres gilt auch für die Anerkennung oder Einschränkung von Rechten durch die Gerichte im Wege der Interpretation und Rechtsfortbildung. Ob das japanische Recht heutzutage insgesamt weniger Rechte anerkennt als andere Rechtsordnungen, könnte nur ein umfassender Vergleich erhellen. Einige allgemeine Beobachtungen können trotzdem auch für die zweite hier betrachtete Ebene an dieser Stelle angestellt werden:

Die Nachkriegsverfassung (*Nihon-koku kenpō*, nachfolgend auch JV) von 1946 stellt für das japanische Recht nicht nur allgemein als Beginn der zweiten großen Phase des westlichen Einflusses, sondern speziell auch für die Rolle subjektiver Rechte eine wichtige Zäsur dar. Zwar enthielt schon die preußisch inspirierte Meiji Verfassung (*Dai-nihon teikoku kenpō*) von 1889 einen durchaus umfangreichen Grundrechtekatalog. Die darin enthaltenen Rechte waren aber – wie die gesamte Verfassung – nicht als angeborne Rechte, sondern als „Geschenk“ des Tennō konzipiert und wurden im Übrigen nur im Rahmen des einfachen Rechts gewährt. Demgegenüber erklärt Art. 11 JV – ersichtlich unter US-amerikanischem Einfluss – die Grundrechte ausdrücklich als ewige und unverletzliche Rechte. Obwohl dieser starke Akzent auf individuellen Rechten manchem Konservativen in

71 BAUM (Fn. 20) (in diesem Heft S. 143, 153 m. Nachw.)

72 Siehe zu dieser Praxis, die vornehmlich Schwierigkeiten bei der Schadensberechnung geschuldet ist, H. KAWAMURA, Das Verhältnis von Recht und Technik in Japan aus Perspektive der Haftung von Unternehmen und Staat für technikbedingte Masseschäden am Beispiel von Minamata, Asbest und Fukushima, ASIEN 140 (Juli 2016) 74, 86 f. und 98.

Japan auch heute noch ein Dorn im Auge ist, ist die allgemeine Akzeptanz der Verfassung in der Bevölkerung groß und die Verankerung der Grundrechte in der Verfassung dürfte auch für das Rechtsbewusstsein von kaum zu überschätzender Bedeutung sein. Allerdings hat besonders der Oberste Gerichtshof bei der Durchsetzung der Grundrechte über Jahrzehnte starke richterliche Selbstbeschränkung geübt.⁷³

Letzteres heißt indes nicht, dass nicht auch in Japan die Rechtsprechung für die Anerkennung neuer (oder die Ausweitung bestehender) Rechte eine wichtige Rolle spielen würde.⁷⁴ Die Anerkennung eines Rechts auf Umwelt und eines Rechts auf Sonnenschein wurden bereits erwähnt.⁷⁵ Ein weiteres Beispiel sind verschiedene Patientenrechte.⁷⁶ Wie Weitzdörfer in diesem Band ausführt, war es ferner der Oberste Gerichtshof, der die Welle der Klagen, mit denen Verbraucher wucherische Kreditzinsen zurückforderten, zu einer wahren Flut ansteigen ließ, indem er einen Rückzahlungsanspruch auch für „freiwillig“ gezahlte Zinsen anerkannte.⁷⁷ Auch finden sich durchaus Beispiele, in denen die Gerichte kreativ, wenn nicht aktionistisch vorgegangen sind, um Rechte zu begründen. Interessant sind etwa die Fälle, in denen die deliktische Generalklausel des Art. 709 des Zivilgesetzes (nachfolgend ZG)⁷⁸ im Lichte internationaler Konventionen ausgelegt wurde, um zu einem Schadenersatzanspruch wegen Diskriminierung zu gelangen.⁷⁹ Abgelehnt hat es der Oberste Gerichtshof in Japan dagegen in jüngerer Zeit (implizit), ein Recht auf Vergessenwerden anzuerkennen, wie es international intensiv diskutiert wird.⁸⁰ Besonders ausgeprägt erscheint im japanischen Recht die Bereitschaft der Rechtsprechung, bestehende Rechte gestützt auf das Verbot des Rechtsmissbrauchs – prominent normiert in Art. 1 Abs. 3 ZG – einzuschränken.⁸¹ Bekannte Beispiele sind die Angemessenheitskontrolle bei der Kündigung von Arbeitsverträgen und von Sukzessivlieferungsverträgen. Jedenfalls im Vergleich mit Deutschland großzügig erscheint die japanische Rechtsprechung bei der Anerkennung von

73 S. MATSUI, Why is the Japanese Supreme Court so Conservative? *Washington University Law Review* 88 (2011) 1375; A. EBIHARA, Individualschutz durch Verfassung? *ZJapanR/J.Japan.L.* 7 (1999) 55.

74 Vgl. J.O. HALEY/V. TAYLOR, Rule of Law in Japan, in: Peerenboom (Fn. 48) 455.

75 Siehe oben unter III.3.

76 FELDMAN (Fn. 9) 224 f.

77 WEITZDÖRFER (Fn. 19) (in diesem Heft S. 115, 120 f.)

78 *Minpō*, Gesetz Nr. 89/1896.

79 Zu einem solchen Fall T. WAKABAYASHI, Hate Speech and Legal Restrictions in Japan, *ZJapanR/J.Japan.L.* 38 (2014) 249.

80 F. NAGANO, Das Recht auf Vergessenwerden aus japanischer Sicht, *Ritsumeikan Law Review* 35 (2017) 185.

81 Hierzu im Zusammenhang mit *rights* auch HALEY (Fn. 12) 256.

Schadenersatzansprüchen aus Staatshaftung wegen pflichtwidrig unterlassenen staatlichen Handelns.⁸² Eine Haftung des Staates wurde insbesondere bei großen Umweltverschmutzungsskandalen,⁸³ aber beispielsweise auch in Asbestfällen, bejaht.⁸⁴ Bemerkenswerterweise werden aber etwa auch Klagen, die familienrechtliche Reformen durchsetzen wollen, auf einen Staatshaftungsanspruch gestützt.⁸⁵

Für das Vertragsrecht zeigt im vorliegenden Band der Beitrag von Dernauer, dass in einem so zentralen Bereich, in dem man dies aus westlicher Sicht nicht unbedingt erwarten würde, der Schutz von Interessen in erheblichen Maße durch Eingriffsbefugnisse der Verwaltung und weniger durch die Normierung und Durchsetzung privater Rechte erfolgt.⁸⁶ Er interpretiert dies als Ausdruck eines stärker dirigistischen und paternalistischen Staatsverständnisses.⁸⁷ Den Zusammenhang zwischen dem dirigistischen Regulierungsmodell und einer tendenziell geringeren Rolle der individuellen Rechtsverfolgung sehen auch die Empfehlungen der Justizreformkommission von 2001. Denn sie prognostizieren für die Zukunft als Folge der Deregulierungsreformen der 1990er Jahre und einer schwächeren *ex ante*-Regulierung durch die bislang übermächtige Verwaltung einen verstärkten Bedarf nach Streitbeilegung durch private Rechtsdurchsetzung. In den Empfehlungen heißt es

„In order for the people to easily secure and realize their own rights [*kenri*] and interests, and in order to prevent those in a weak position from suffering unfair disadvantage in connection with the abolition or deregulation of advance control, a system must be coordinated to properly and promptly resolve various disputes between the people based on fair and clear legal rules.“⁸⁸

82 Siehe allgemein zur Staatshaftung B. ELBEN, Staatshaftung in Japan. Eine rechtsvergleichende Darstellung unter besonderer Berücksichtigung von *gyōsei shidō* (Hamburg 2001).

83 Zur Haftung des Staates im Fall Minamata siehe J. O. HALEY, Case 14: Civil Law – State Compensation Law – State Liability – Extinctive Prescription, Supreme Court, 2nd Petty Bench, 15 October 2004, in: Bälz/Dernauer/Heath/Petersen-Padberg (Hrsg.), *Business Law in Japan – Cases and Comments. Intellectual Property, Civil, Commercial and International Private Law. Writings in Honour of Harald Baum* (Alphen aan den Rijn 2012) 123 ff.

84 KAWAMURA (Fn. 72); zu den Asbestfällen auch M. BÄLZ/H. KAWAMURA, Staatshaftung für Asbestschäden. Zur Entscheidung des Distriktgerichts Tōkyō vom 5. Dezember 2012, ZJapanR/J.Japan.L. 36 (2013) 117.

85 Zu zwei prominenten Fällen aus jüngster Zeit G. KOZIOL, Befristetes Wiederverheiratsverbot für Frauen und Verbot der Führung getrennter Nachnamen für Ehepartner. Zu zwei neuen verfassungsrechtlichen Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs in Japan, ZJapanR/J.Japan.L. 43 (2017) 51.

86 DERNAUER (Fn. 18) (in diesem Heft S. 67).

87 ID. S. 113.

5. Prozessuale Durchsetzung: individuelle Ansprüche und Justiznutzung

Damit ist zugleich die dritte Ebene angesprochen, auf der sich die Rolle subjektiver Rechte oder *rights* im japanischen Recht betrachten lässt, nämlich deren Durchsetzung mittels des Justizsystems:

Spontan in den Sinn kommt hier vielen Lesern die schon klassische Debatte über die geringe Prozessdichte in Japan. Die Zahl der Zivilprozesse ist in Japan gemessen an der Einwohnerzahl im internationalen Vergleich auffallend gering, auch wenn es über die Zeit beträchtliche Schwankungen gibt und zwischen den Rechtsgebieten erhebliche Unterschiede bestehen. Letzteres demonstriert in diesem Band Weitzdörfer mit seiner eingehenden Behandlung der Klagewelle bei den Verbraucher kreditstreitigkeiten in jüngerer Zeit.⁸⁹ Ob die insgesamt geringe Justiznutzung primär Ausdruck eines aus der Vormoderne überkommenen Rechtsbewusstseins,⁹⁰ Resultat institutioneller Schwächen des Justizsystems⁹¹ oder aber Folge politischer Steuerung ist,⁹² gehört zu den am intensivsten diskutierten Fragen des japanischen Rechts. Ob die Justizreform der 2000er Jahre hier mittelfristig einen grundlegenden Wandel herbeiführen wird, ist bisher durchaus offen. Dieser Themenkreis muss hier nicht nochmals aufbereitet werden.⁹³ Herausgegriffen seien vielmehr nur zwei Einzelaspekte:

Hingewiesen sei zum einen darauf, dass prominente Autoren Schwächen des Justizsystems nicht zuletzt im Bereich der Zwangsvollstreckung ausgemacht haben. Dies führe dazu, dass private Recht in vielen Fällen nur schwer durchgesetzt werden könnten.⁹⁴ Manche sehen in der Ineffektivität der Zwangsvollstreckung etwa in Räumungsfällen sogar einen Grund für

88 JUSTICE SYSTEM REFORM COUNCIL (Fn. 31) Chapter 1, Part II, sub 1.; ausführlich M. BÄLZ, Mehr Freiheit wagen im Japanischen Recht. Die Folgen für das Justizsystem, in: Dutta/Heinze (Hrsg.), „Mehr Freiheit wagen“: Beiträge zur Emeritierung von Jürgen Basedow (Tübingen 2018) 349.

89 WEITZDÖRFER (Fn. 19) (in diesem Heft S. 115).

90 So die Sichtweise, die insbesondere durch Kawashima populär geworden ist, siehe KAWASHIMA (Fn. 4).

91 Grundlegend J. O. HALEY, The Myth of the Reluctant Litigant and the Role of the Judiciary in Japan, *Journal of Japanese Studies* 4 (1978) 359.

92 Siehe u. a. F. UPHAM, Weak Legal Consciousness as Invented Tradition, in: Vlastos (Hrsg.), *Mirror of Modernity: Invented Traditions of Modern Japan* (Berkeley 1998) 48.

93 Zusammenfassend auch H. BAUM/M. BÄLZ, Of Traditional Values and Modernity: A New Japanese Litigiousness?, in: Hansen/Schüssler-Langeheine (Hrsg.), *Patent practice in Japan and Europe: Liber amicorum for Guntram Rahn* (Alphen aan den Rijn 2011) 3.

94 HALEY (Fn. 91). Für eine historische Betrachtung siehe F. J. BENNET, The Decent of Civil Execution Institutions in Japan, *ZJapanR/J.Japan.L.* 13 (2002) 124.

die Stärke des organisierten Verbrechens in Japan, das diese Lücke im System nicht ganz uneigennützig zu füllen wisse.⁹⁵

Zum anderen verdient die Rolle der alternativen Streitbeilegung Erwähnung. Insbesondere Formen der konsensualen, nicht strikt regelgebundenen Streitbeilegung haben in Japan eine lange, wenn auch nicht ungebrochene Tradition.⁹⁶ Sie zielen aber primär nicht auf die Durchsetzung subjektiver Rechte, sondern auf Konfliktlösung. In seiner umfassenden Studie zum sogenannten Kodifikationenstreit hat *Sokolowski* die These vertreten, dass sich das aus dem kontinentaleuropäischen Recht übernommene subjektive Recht nicht nur als Fremdkörper erst allmählich in einem langwierigen Assimilationsprozess gegen das traditionelle japanische Rechtsbewusstsein durchsetzen musste (was er „Assimilation von unten“ nennt). Der japanische Gesetzgeber habe auch – insbesondere seit den 1920er Jahren – durch Ausbau verschiedener Schlichtungsverfahren (*chōtei*), die ab den 1930er Jahren sogar weitgehend obligatorisch waren, die Spannung zwischen dem rezipierten Recht und der sozialen Wirklichkeit zu überbrücken versucht und damit die subjektiven Rechte zu einem erheblichen Teil ihrer Durchsetzbarkeit beraubt („Assimilation von oben“).⁹⁷ Wenn die Justizreform des vergangenen Jahrzehnts auch die private Mediation – freilich auf freiwilliger Basis und bislang auch mit überschaubaren praktischen Auswirkungen – zu stärken sucht, könnte dies die Rolle subjektiver Rechte im japanischen Recht auf der Ebene der Durchsetzung ebenfalls abschwächen.

IV. VERHÄLTNIS DER DREI EBENEN UND VORLÄUFIGES FAZIT

Die vorstehend skizzierte Kategorisierung soll die Diskussion der Leitfrage nach der Rolle subjektiver Rechte in Japan strukturieren. Sie soll dagegen nicht suggerieren, dass es zwischen den Ebenen nicht vielfältige Wechselbeziehungen gibt. Häufig zielt etwa eine Rahmung eigener Interessen als Recht langfristig auf eine gesetzliche oder gerichtliche Anerkennung. Ein gewährtes Recht ist zumeist nicht viel wert, sofern es sich nicht notfalls effektiv durchsetzen lässt. Wie im Hinblick auf die Verfassung schon angesprochen wurde, wirkt auch die gesetzliche Verankerung von Rechten auf das Bewusstsein von und die Einstellung zu Rechten zurück. Angesprochen

95 C. MILHAUPT/M. D. WEST, The Dark Side of Private Ordering: An Institutional and Empirical Analysis of Organized Crime, *University of Chicago Law Review* 67 (2000) 41. Hierzu auch WEITZDÖRFER (Fn. 19) (in diesem Heft S. 115, 151 ff.)

96 H. BAUM, Mediation in Japan. Development, Forms, Regulation and Practice of Out-of-Court Dispute Resolution, in: Hopt/Steffek (Hrsg.), *Mediation: Principles and regulation in comparative perspective* (Oxford 2013) 1013.

97 SOKOLOWSKI (Fn. 25) 594 ff.

wurde, dass Gerichtsprozesse auch in Japan mitunter nicht primär zur Durchsetzung privater Rechte angestrengt werden, sondern um sozialen Wandel und gesetzgeberische Reformen, nicht zuletzt die gesetzliche Verankerung von Rechten anzustoßen.

Schon dieser knappe Problemaufriss hat gezeigt, dass es für die weitere Erforschung der Leitfrage eine Vielzahl unterschiedlicher Ansatzpunkte gibt und dass der vorläufige Befund durchaus ein heterogenes Bild ergibt. Vieles stützt die These, dass subjektive Rechte oder *rights* im japanischen Recht eine tendenziell schwächere, jedenfalls – wenn man an die Tendenz zur kollektiven Artikulation von Rechten denkt – andere Rolle spielen als in westlichen Rechtsordnungen. Aber es lassen sich doch auch etliche Beispiele finden, die diese Sicht in ihrer Allgemeinheit in Frage stellen. Die eingehenden Untersuchungen in den folgenden Beiträgen können uns hier jedenfalls für einzelne Bereiche einer differenzierten Sicht näherbringen.

I. Historische Perspektive

Das Ringen um staatliche Souveränität und das Wirtschaftsrecht des Stärkeren

Europa und der Markenschutz in Japan und Ostasien,
1884–1923

*Harald Fuess**

- I. Fragestellung: Warum verdienen Handelsmarken rechtlichen Schutz?
- II. Historischer Kontext: Der Anfang des Markenschutzes in Europa und den Vereinigten Staaten
- III. Markenschutz in Japan als Nationale Rechtsgeschichte
 1. Japanische Vorgeschichte des modernen Markenschutzes
 2. Japans Gesetzesentwicklung von der Meiji- bis zur Taishō-Zeit
- IV. Globalhistorische Perspektive zur Geschichte des Markenschutzes in Ostasien
 1. Japans Markenschutz und nationale Souveränität
 2. Die ausländischen Mächte und der Markenschutz in China und Korea
 3. Die japanische Kolonialisierung Koreas und der Markenschutz
- V. Fazit: Markenschutz und der imperiale Wettbewerb in Ostasien

I. FRAGESTELLUNG: WARUM VERDIENEN HANDELSMARKEN RECHTLICHEN SCHUTZ?

Heute werden Handelsmarken weltweit durch Gesetze geschützt und das Grundprinzip, dass es sich bei solchen Kennzeichnungen um einen rechtlich schützenswerten Besitzstand handelt, erscheint grundsätzlich nicht kontrovers. Die entscheidenden Fragen beziehen sich häufig darauf, wie eine Marke definiert wird und welche Systeme zu ihrer Erfassung national und international eingesetzt und anerkannt werden. Grundsätzlich entwickelten sich seit dem 19. Jahrhundert zwei Rechtstraditionen, einmal eine kontinentaleuropäische mit Registrierungssystemen von Kennzeichen wie in Deutschland und zum anderen eine angelsächsische, in der die wirtschaftliche Benutzung einer Marke eher ihre Schutzwürdigkeit etablierte.¹

* Professor für Kultur- und Wirtschaftsgeschichte, Exzellenzcluster „Asien und Europa im globalen Kontext“, Universität Heidelberg und Project Professor, Top Global University Program, Kyōto University.

1 Auch in England konnten Firmen ihre Marken ab dem Trade Marks Registration Act von 1875 registrieren lassen und bis 1914 stellten sie 165.263 Anträge auf Markenschutz. Nach 1876 stieg die Anzahl der Markenschutzgerichtsfälle schnell an, da die

Diese unterschiedlichen Rechtsvorstellungen beeinflussten dann auch die Reformdebatten und Praktiken in Ostasien, als sich dort das moderne Markenrecht westlicher Prägung um die Wende des 19. Jahrhunderts etablierte.

Heute wird die Existenz von staatlichem Markenschutz allgemein damit begründet, dass damit gesamtwirtschaftlich eine Investition von Zeit und Geld in Qualitätsprodukte gefördert werden soll, welche langfristig allen Wirtschaftsakteuren zugutekommt, ob Produzenten oder Konsumenten. Das geltende japanische Markenschutzgesetz in der Fassung der jüngsten größeren Reform aus dem Jahre 2006² rechtfertigt in seinem ersten Paragraphen den staatlichen Schutz von Marken als eine Notwendigkeit, um die geschäftliche Reputation von Personen zu sichern, die Marken benutzen und hierdurch zur Entwicklung der Industrie beitragen, und um die Interessen der Verbraucher zu schützen.³ Japanrechtler argumentieren jedoch, dass in Japan traditionell vor allem die Produzenten und weniger die Verbraucherrechte geschützt werden.⁴ Allgemein sehen Kritiker in einem System der Markenrechte auch ein ungerechtfertigtes Wirtschaftsmonopol von etablierten Firmen, das den freien Wettbewerb und den Handel weltweit einschränkt.⁵ In Hinsicht auf den internationalen Wettbewerb wird in der Presse häufig suggeriert, es gäbe entscheidende Unterschiede zwischen den westlichen Nationen, die den Markenschutz ernst nähmen, und den asiatischen Ländern, in denen es wie in China eine Art rechtsfreien Raum gebe und unlauterer Wettbewerb herrsche, da dort im großen Stil Markenpiraterie betrieben werde. Die Frankfurter Allgemeine Zeitung bezeichnete die Chinesen als „Weltmeister im Kopieren und im Verletzen geistigen Eigentums“ und China sei ein Land in dem manchmal „das Gesetz des Dschungels“ herrsche.⁶

Firmen, insbesondere in der Konsumgüterindustrie, ihre nun gesetzlich erlaubten exklusiven Markenrechte am Markt durchzusetzen versuchten. Alkoholproduzenten gehörten zu den entschiedensten Lobbyisten für die Einführung eines Markenschutzgesetzes und der erste Eintrag in das Markenregister war Bass Beer. T. DA SILVA LOPES/P. GUIMARES, Trademarks and British dominance in consumer goods, 1876–1914, in: *The Economic History Review* 67, 3 (August 2014) 793–817.

2 *Shōhyō-hō*, Gesetz Nr. 127/1959 i. d. F. des Gesetzes Nr. 55/2006.

3 K. HINKELMANN, Gewerblicher Rechtsschutz in Japan: Patente, Marken, Gebrauchsmuster, Geschmacksmuster, Know-how (Köln 2008) 378.

4 K. L. PORT, Trademark and Unfair Competition Law and Policy in Japan (Durham, NC 2007).

5 M. BOLDRIN/D. K. LEVINE, *Against Intellectual Monopoly* (Cambridge 2008).

6 „Markenschutz“ in China: Wenn Puma und Armani plötzlich chinesisch werden, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 1. Dezember 2012, <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/markenschutz-in-china-wenn-puma-und-armani-ploetzlich-chinesisch-werden-11978090.html>.

Das chinesische Markenschutzgesetz aus dem Jahr 1983 wurde zuletzt 2014 angepasst, China ist seit 1980 Mitglied der WIPO. Bekannte Gerichtsentscheidungen

In der Vergangenheit besaßen weder Europa noch Asien einheitliche rechtliche Regeln für den Schutz von Marken, die sich erst aufgrund der Industriellen Revolution und den Anfängen einer Massenkongsumgüterindustrie seit Mitte des 19. Jahrhunderts in einem größeren Umfang entwickelten. Der Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Studie sind die dynamischen transkulturellen Austauschprozesse seit den Anfängen der Markenschutzbestimmungen in Ostasien, die sich in nationalen Gesetzen, internationalen Verträgen und der Rechtsprechung widerspiegeln. Im Gegensatz zu einer eher konventionellen national-zentrierten Rechtsgeschichtsschreibung, auf die auch Bezug genommen werden soll, wird diese Arbeit insbesondere die Rolle von internationalen Auseinandersetzungen zwischen Diplomaten und teilweise auch den Interessenvertretern der ausländischen Kaufleute in Ostasien untersuchen und die Geschichte des japanischen Rechts nicht einzig und alleine unter dem vorherrschenden Paradigma einer selektiven Übernahme westlicher Rechtsvorstellungen im Sinne eines mehr oder weniger linearen, progressiven und modernisierungstheoretischen Ansatzes verstehen, sondern als einen dynamischen internationalen und nationalen Verhandlungsprozess. Im Gegensatz zur bisherigen Forschung, die wie Christopher Heath die japanische Freiwilligkeit in der Übernahme von gewerblichen Schutzrechten in Japan betont hat,⁷ zeigt diese Studie, dass um die Wende des 19. Jahrhunderts durchaus auch internationaler Druck ausgeübt wurde, der die Formulierung und Implementierung von Markenschutzrechten in Japan und Ostasien beeinflusste.

II. HISTORISCHER KONTEXT: DER ANFANG DES MARKENSCHUTZES IN EUROPA UND DEN VEREINIGTEN STAATEN

Die Wiener Weltausstellung von 1873 gilt als der Auslöser für die Suche nach einer internationaleren Regelung zum Produkt- und Markenschutz, da potentielle Aussteller ihre Teilnahme aus Angst vor der dadurch möglichen internationalen Imitation ihrer Produkte in Frage stellten. Die von den Veranstaltern erwirkte Markenschutzgarantie für den Veranstaltungszeitraum bildete dann die Verhandlungsgrundlage für den ersten internationalen Ver-

zu Hermes, Lacoste, Chivas Regal, Apple iPad, Castel Frères, Michael Jordan schützten chinesische Markenbesitzer von westlichen Markenprodukten, die diese beim Markenamt beispielsweise in chinesischen Schriftzeichen hatten eintragen lassen. Bekannte Weinimporteure zerschlugen ihre Flaschen inzwischen nach Weinproben, damit diese nicht imitiert werden können: Smashing solution to China's imitation game. The Australian, 11. Januar 2016, CNN online, <http://edition.cnn.com/2014/07/17/world/asia/china-trademark-squatters-penfolds/>.

7 C. HEATH, Intellectual Property and Anti-Trust, Chapter 5 in: Röhl (Hrsg.), History of Law in Japan since 1868 (Leiden/Boston 2005) 405, 415.

trag zum Markenschutz, die Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums, die am 20. März 1883 unterzeichnet wurde und der bis 2015 mehr als 176 Ländern beigetreten sind. Japan erhielt dabei im Juli 1899 und damit schon einige Jahre vor dem Deutschen Reich (Mai 1903) formal eine Mitgliedschaft.

Paris spielte auch auf dem Gebiet des nationalen Rechts eine führende Rolle, und Frankreich verabschiedete schon 1857 das erste Markenschutzgesetz in Europa, gefolgt von Ländern wie Großbritannien (1862) und Deutschland (1874). Europahistoriker haben die entsprechenden Zusammenhänge in der Entwicklung von Markenschutz, Recht und Wirtschaft analysiert und den strategischen Einsatz von gerichtlichen Verfahren durch Unternehmen betont, die dem Schutz ihrer Marken dienten und dadurch zur Wertsteigerung von Markenzeichen beitrugen.⁸ Die Vereinigten Staaten gingen andere Wege. Der Kongress verabschiedete 1870 ein Markenschutzgesetz, das aber schon 1879 wieder vom Supreme Court als verfassungswidrig annulliert wurde, da es nach Auffassung des Gerichts mit den Artikeln zum Patentrecht in der Verfassung in Konflikt stand. Als Ergebnis wurde zwar 1881 ein Markenschutzrecht „for interstate commerce“ verabschiedet, jedoch der Markenschutz dann von den jeweiligen Bundesstaaten separat geregelt. Erst nach der Jahrhundertwende –also fast zwei Jahrzehnte nach Japan – wurde 1905 eine formelle gesamtstaatliche rechtliche Lösung in den USA gefunden.⁹ Im internationalen Kontext lag Japan im 19. Jahrhundert in seiner historischen Gesetzesentwicklung zum Markenrecht anscheinend nur ein bis zwei Jahrzehnte hinter den westlichen Ländern, aber um einiges vor China oder Korea. Reine Gesetzgebungsdaten sagen aber noch nicht viel über die juristischen Inhalte und den historischen Kontext aus, der im folgenden Abschnitt näher untersucht werden soll.

8 D. HIGGINS/S. VERMA, The Business of Protection: Bass & Co., and Trade mark defence, c. 1870–c.1914, in: Accounting, Business & Financial History (2009). L. BENTLY, Trade Marks and Brands: An Interdisciplinary Critique (Cambridge 2011, reissue edition).

9 S. ONO, *Shōhyō-hō gaisetsu* [Überblick über das Markenrecht] (Tōkyō 1999). S. ONO, Overview of Japanese Trademark, Chapter 2: The History and Development of Trademark Law, at: <http://www.iip.or.jp/translation/ono/ch2.pdf>.

Tabelle 1: Jahreszahlen der wichtigsten Markenschutzgesetze seit Mitte des 19. Jahrhunderts bis in die 1950er Jahre; Quelle: WIPO World Intellectual Property Organization u. a.

Land	Jahr der Verabschiedung oder Reform
Frankreich	1857, 1890, 1944
Großbritannien	1862, 1875, 1905, 1938
Deutschland	1874, 1894, 1936
Vereinigte Staaten	1870, 1881, 1905
Japan	1884/1889, (Patentgesetz 1885), 1921, 1959
Korea	1908 (Einrichtung der Patentbehörde), nach 1910 japanisches Recht
China	(Versuch 1903), 1923

III. MARKENSCHUTZ IN JAPAN ALS NATIONALE RECHTSGESCHICHTE

1. *Japanische Vorgeschichte des modernen Markenschutzes*

In dem „ältesten Rechtsfall zum Markenrecht Japans“ hat 1478 das Muromachi Shogunat den Benutzer der Marke Rokuseimon (Wappen der sechs Sterne) gegen seinen Wettbewerber unterstützt, der unter dem gleichen Zeichen in Kyōto sake (japanischen Reiswein) verkaufte. Das Verbot begründete die Regierung damit, dass jemand die Marke ohne Berechtigung benutzt habe, woraus einige Rechtswissenschaftler ableiteten, dass es schon vor über einem halben Jahrtausend in Japan ein Verständnis von Marken als schützenswerten Besitzstand gegeben habe, der die Herkunft einer Ware eindeutig kennzeichnete.¹⁰ Wie in anderen vormodernen Wirtschaftssystemen benutzen auch japanische Händler, Geschäfte oder Hersteller zweifellos diverse Zeichen oder Symbole, um sich von der Konkurrenz abzugrenzen. Teilweise wurden solche traditionellen Unterscheidungsmerkmale durch lokale Kaufmannsgilden reguliert, d.h. die urbane Konsumkultur der Edo-Zeit (1600–1868) kannte diverse Firmen- und Produktzeichen, bevor diese später aus dem Westen importiert wurden.¹¹ Am weitesten verbreitet erschien das Markenbewusstsein unter den Sakebrauern, deren Vertreter eine Registratur von 400 bekannten Marken führten, um die unterschiedlichen Produkte dieser aus Reis gegorenen Flüssigkeit zu unterscheiden.¹² Außerdem können einige Firmenzeichen von heutigen japanischen Großunternehmen bis in die Edo-Zeit zurückverfolgt werden und wurden wie etwa der Brunnen in Viereck-

10 K. L. PORT (FN. 4) 19–20.

11 K. HANASAKI, *Edo no shōhyō* [Marken der Edo-Zeit] (Tōkyō 1987).

12 H. NAKAMURA, *Shōhyō tōroku seidō sono 100-nen no rekishi* [100 Jahre Markenregister], in: Hatsumei 6 (1984) 38-41.

form von Sumitomo auch gleich bei Einführung der neuen Markenschutzgesetze in Japan registriert.¹³ Das bekannte Lebensmittelkonglomerat Kikkoman, das mit seinen gegenwärtigen Marken international bekannt ist, ließ 1838 seinen Markennamen für die Sojasauce von der Tokugawa-Verwaltung für den Verkauf in Edo (dem heutigen Tōkyō) schützen. Bereits 1872 und 1873 nahm Kikkoman an den Weltausstellungen in Amsterdam und Wien teil, und im Jahre 1879 registrierte das Unternehmen als eines der ersten japanischen seinen Markennamen in Kalifornien, noch bevor es überhaupt ein Markengesetz in Japan gab.¹⁴ Die Proto-Industrialisierung oder *Industrial Revolution (kinben kakumei)* Japans, wie es Akira Hayami nannte, hatte in dem urbanen Wirtschaftssektor zu einer Bekanntheit von Produkt- und Firmenzeichen geführt, die von den entsprechenden Kundengruppen anscheinend als solche erkennbar waren und von einigen Wirtschaftsakteuren sogar als schützenswert betrachtet wurden.

2. Japans Gesetzesentwicklung von der Meiji- bis zur Taishō-Zeit

Die Förderung der japanischen Wirtschaft war ein zentrales Anliegen der Meiji-Regierung, und in diesem Kontext muss die Entwicklung des Markenrechts verstanden werden, das häufig zusammen mit dem Patentrecht verändert wurde. Schon in ihrem ersten Jahrzehnt entwickelte die Regierung Entwürfe für Markenregulierungsgesetze. Vorschläge aus den Jahren 1876 und 1878 nach englischem und amerikanischem Vorbild wurden allerdings wegen diverser Widerstände nicht umgesetzt. In der japanischen Wissenschaft wird allgemein ein Skandal beim Export von Papier für die Seidenraupenzucht aus dem Jahr 1880 als der entscheidende Grund angeführt, warum auch die Handelskammern in Ōsaka und Tōkyō ab 1881 das Vorhaben der Regierung ein Markenrecht zu verabschieden, begrüßten.¹⁵ Korekiyo Takahashi (1854–1936), damals noch ein junger Beamter, spielte bei der Formulierung der ersten Markenschutzgesetze eine wichtige Rolle. Er erklärte in seiner ausführlichen Autobiographie die Gründe für die Skepsis in der Wirtschaft.¹⁶ Den Unternehmern sei nicht klar gewesen, was eine schützenswerte Marke sei, d.h. ob beispielsweise Firmenzeichen auf den Vorhängen (*noren*) über den Eingängen traditioneller japanischer Läden

13 Sumitomo trademark. Sumitomo Electric Website, 8. Januar 2016, <http://global-sei.com/sn/2010/388/9a.html>.

14 M. FRUIN, Kikkoman: company, clan, and community (Cambridge, Mass. 1983) 59–60.

15 S. ONO, *Shin Shōhyō-hō gaisetsu* [Neuer Überblick über das Markenrecht] (2013) 2; NAKAMURA (Fn. 12) 38.

16 Korekiyo Takahashi wurde später Finanz- und Premierminister und ist 1936 in einem Militäraufstand ermordet worden, da er das Budget des Militärs gekürzt hatte.

dazugehörten. Takahashi unterschied in seinen Überzeugungsreden deswegen zwischen allgemein bekannten Begriffen wie *masamune* für einen qualitativ hochwertigen Sake und Marken wie Marukan Essig oder Kikkoman Soja Sauce, die von spezifischen Produzenten benutzt wurden. Firmen sollten nur einen Schutz für konkrete Produktmarken erhalten.¹⁷

Die japanische Regierung verabschiedete das erste Markenschutzgesetz im Juni 1884 noch ein Jahr vor dem Patentgesetz anhand von Vorbildern, die in Japan vorhanden waren. Insbesondere hatten dabei das deutsche Gesetz über den Markenschutz von 1874 und die britischen Gesetze des Merchandise Marks Act von 1862 und des Trade Marks Act von 1875 Bedeutung.¹⁸ Aus Deutschland wurde das Prinzip der Markenschutzregistrierung übernommen, das bis heute zentraler Bestandteil des japanischen Systems der Markenregulierung ist. Ein Markenschutzsystem, das auf Markenbenutzung basierte wie damals in England, Frankreich und USA üblich, wurde von Takahashi als zu kompliziert und impraktikabel verworfen, auch wenn dieses eher der bis dato gültigen japanischen Praxis entsprach. In der Realität vergingen jedoch Jahrzehnte, bis sich das Registrierungsprinzip allgemein durchsetzen konnte. Noch 1907 entschied der Reichsgerichtshof zugunsten eines Unternehmers, der gegen die Registrierung seiner schon lange benutzten Marke durch einen Wettbewerber klagte, obwohl er diese selbst nie angemeldet hatte.¹⁹

Erst nach der Verabschiedung des ersten Markenschutzgesetzes schickte die Regierung 1885/86 den englischsprechenden Takahashi auf eine Studienreise in die USA, England, Frankreich und in das Deutsche Reich, um sich die Funktionsweise der auch für den Markenschutz zuständigen Patentbüros genauer anzusehen. Nach seiner Rückkehr setzte Takahashi sich für die Erschaffung eines solchen Patent- und Markenamts ein, dessen erster Direktor er dann auch wurde. Das britische Modell hatte ihm am wenigsten gefallen, mit dem amerikanischen und dem kontinentaleuropäischen Vorbild, insbesondere den Prüfungsmechanismen der Patentämter, setzte er sich genauer auseinander. In Deutschland wurde ihm von einem Patentanwalt der Rat gegeben, dass keine Gerichte endgültige Entscheidungen treffen sollten, da diesen die technische Expertise fehle, sondern dass diese Aufgabe besser eine spezialisierte Behörde ausüben sollte. Das neue Patent- und Markengesetz, welches 1888 verabschiedet wurde, trat am 1. Februar 1889 in Kraft, und schützte japanische Produkte im Heimatmarkt

17 R. J. SMETHURST, *From Foot Soldier to Finance Minister: Takahashi Korekiyo, Japan's Keynes* (Cambridge, Mass. 2007) 61.

18 K. L. Port, *Japanese trademark jurisprudence* (London 1998) 20.

19 RGH v. 26.9.1907, in Hanrei Hyakusen, 14, zitiert in HEATH (Fn. 7) 409, 473.

vor Imitaten.²⁰ Nachahmungen waren übrigens auch damals keine exklusive asiatische Spezialität. Ein Seidenhändler aus Kyōto hatte beispielsweise Takahashi gezeigt, wie französische und deutsche Händler sein Design und seine Farbkompositionen imitierten, nachdem japanische Textilien aus dem berühmten Nishijin Weberdistrikt nach der Wiener Weltausstellung in Europa populär geworden waren.²¹ Zu den grundlegenden Prinzipien der Gesetze aus den 1880er Jahren gehörte neben dem Registrierungsgebot als notwendige Bedingung für staatlichen gewerblichen Schutz das Erstanmeldedepotprinzip, das Erstbenutzungsprinzip, das Veröffentlichungsgebot, eine Gültigkeitsdauer der Anmeldung von 15 Jahren mit Verlängerungsoption, die Klassifikation von Gütern nach Typenkategorien sowie die Notwendigkeit einer besonderen Auffälligkeit.²²

In den folgenden Jahrzehnten wurde das Markengesetz dreimal angepasst. Das Gesetz aus dem Jahr 1899 wurde notwendig durch Japans Beitritt zur Pariser Konvention, die auch den Schutz von ausländischen gewerblichen Gütern vorsah, und gerichtliche Klagen gegen die Entscheidung des Patentamts wurden nun bis vor das Oberste Reichsgericht erlaubt. Durch ein weiteres Gesetz von 1909 sollten u.a. die Regelungen im gewerblichen Rechtsschutz vereinheitlicht werden. Der Gesetzgebungsprozess der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts fand mit dem Markenschutzgesetz von 1921 seinen Abschluss.²³ Erst das heutige Markenschutzgesetz von 1959 ersetzte dieses dann wieder. Shōen Ono, eine oft zitierte japanische Autorität im Markenschutzrecht und ehemaliger Vorsitzender der Vereinigung für Markenschutz in Japan, schreibt voller Stolz: „Das Markenschutzgesetz von 1921 war den Markenschutzgesetzen des Westens ebenbürtig.“²⁴ Dieses Gesetz war vor allem eine Antwort auf die Industrieentwicklung in Japan, in der die Anträge auf Markenschutz gerade in der Taishō-Zeit rasant anstiegen (Abbildung 1). Nach diesem Gesetz mussten Marken vor der Registrierung veröffentlicht werden, und es erlaubte auch einen Widerspruch vor der Anmeldung neuer Marken. Für ein Vergehen gegen den Markenschutz drohten nun Gefängnisstrafen von 3 bis 5 Jahren und Geldstrafen von 30–50.000 Yen.²⁵ Die Tatsache, dass dieses Gesetz für fast vier Jahrzehnte galt und auch in der amerikanischen Besatzungszeit trotz gegen-

20 P. BRUNN/K. TAMAI, Das japanische Patentgesetz, sowie die Gesetze betreffend den Schutz der Handelsmarken und Muster nebst den dazu erlassenen Ausführungsbestimmungen (Berlin 1900).

21 SMETHURST (Fn. 17) 60–78.

22 ONO, Overview (Fn. 9) 5–7.

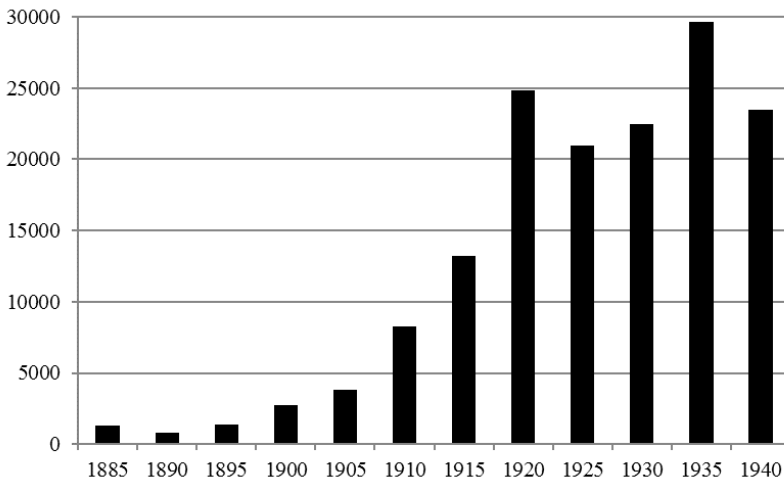
23 Markengesetz, Gesetz v. 29. April 1921, in Kraft getreten am 11. Januar 1922.

24 ONO, Overview (Fn. 9) 5–7.

25 J.E. DE BECKER / E.V.A. DE BECKER, Patent and Trade Mark Laws of Japan (London 1930).

teiliger Erwartungen keine weiteren Gesetzesänderungen in diesem Bereich mehr stattfanden, ist ein Indiz, dass es den Bedürfnissen der Zeit entsprach und erst in der Phase der Wirtschaftswunderjahre an seine Grenzen stieß. Genauere Begriffsdefinitionen wie „Handelsmarke“ und „Nutzen“ waren notwendig geworden. Der Anspruch, das eine „Marke“ sich von einer anderen unterscheiden solle, war gestiegen. Marken waren nicht mehr wie früher nach Gebrauchsklassen geordnet, sondern man teilte Güter in 34 Kategorien ein, wie es dann auch international üblich war.²⁶

Abbildung 1: Anträge auf Markenschutz beim Japanischen Patentamt, 1885 bis 1940; Quelle: Tokkyo-chō [Japanisches Patentamt], Tokkyo seido 70nen-shi [70 Jahre Patentgeschichte] (Tōkyō 1955), 162–163



Eine der Besonderheiten des Markenrechts in Japan, ein Land das ansonsten eher für Zurückhaltung bei der Durchsetzung subjektiver Rechte bekannt ist, wurde von Kenneth Port postuliert: „Japanese trademark owners are extremely rights-conscious and pursue litigation to the fullest in order to drive up the cost of market access by competitors.“²⁷ Inwieweit dieses Verhalten japanischer Unternehmen sich in die Vorkriegszeit zurückverfolgen lässt, ist anhand der Anzahl der Gerichtsfälle nicht abschließend zu beantworten. Die

26 E.V.A. DE BECKER, *The Patent, Trade Mark, Design and Utility Model Laws of Japan* (Tōkyō 1949).

27 PORT (FN. 4) 2007 Trademarks. Zitat nach Werbetext zum Buch. In dem Buch selbst auf Seite 9–10 weniger prägnant formuliert. https://books.google.de/books/about/Trademark_and_Unfair_Competition_Law_and.html?id=Wps9AQAAIAAJ&redir_esc=y.

Gerichtsfälle stiegen von 40 im Jahr 1900 auf konstant über hundert pro Jahr ab den 1920er Jahren (Tabelle 2) und bewegten sich damit im Rahmen der Größenordnung der Patentrechtsfälle. Fallstudien im Patentrecht haben gezeigt, wie aggressiv eine japanische Firma wie Mikimoto ihr 1894 angemeldetes Perlenpatent verteidigte, so dass Wettbewerber sogar ins Gefängnis mussten.²⁸ Im Markenschutzfall von Buchanan „Black and White“ Whiskey wurde zumindest von der britischen Botschaft zur stärkeren Abschreckung für eine Gefängnisstrafe anstatt einer reinen Geldstrafe plädiert.²⁹ In analoger Weise ist es zumindest möglich, dass japanische Firmen auch in der Vorkriegszeit schon ein ausgeprägtes Markenschutzbewusstsein zeigten und versuchten, ihre Marken auch gerichtlich durchzusetzen. Jedenfalls wissen wir aus der Korrespondenz der Vereinigung der Sakebrauer in Fushimi südlich von Kyōto, dass die Markenschutzgesetze und ihre Revisionen zu Umfragen der Regierung bei den Herstellern führten, die wiederum ihre wichtigen Marken dokumentierten, selbst wenn sie diese nicht immer offiziell anmeldeten.³⁰

Tabelle 2: Gerichtsfälle zum Markenschutz, 1900 bis 1940;

Quelle: Tokkyo-chō [Japanisches Patentamt], Tokkyo seido 70nen-shi [70 Jahre Patentsgeschichte] (Tōkyō 1955), 404-405

Jahr	1900	1905	1910	1915	1920	1925	1930	1935	1940
Gerichtsfälle	40	50	68	55	68	134	137	150	110

IV. GLOBALHISTORISCHE PERSPEKTIVE ZUR GESCHICHTE DES MARKENSCHUTZES IN OSTASIEN

1. Japans Markenschutz und nationale Souveränität

Die Standarderzählung einer mehr oder weniger freiwilligen selektiven Übernahme der besten westlichen Praktiken aus eigenem Interesse an einer raschen Modernisierung ist durch eine erweiterte regionale und diplomatische Perspektive zu ergänzen, wenn man die historischen Prozesse verstehen will, die den Markenschutz in Japan und Ostasien beeinflussten. Der erste Gerichtsfall zum Markenschutz in Japan fand möglicherweise nicht

28 S. J. ERICSON, The Life and Times of Patent no. 2670: Industrial Property and Public Knowledge, in: Nature's Helper: Mikimoto Kōkichi and the Place of Cultivation in the Twentieth Century's Pearl Empires (Princeton University Dissertation, N.J. 2015).

29 I. NISH (Hrsg.), Annual Reports on Japan, 1906–1913, British Documents on Foreign Affairs = BDFA vol. 9 (Frederick, Md. 1989) 220.

30 *Fushimi Shuzō Kumiai*, Archivbestände in der Wirtschaftswissenschaftlichen Bibliothek der Kyōto Universität.

vor einem japanischen Gericht statt, sondern wurde vor dem amerikanischen Konsulargericht in Yokohama Anfang September 1881 verhandelt. Im Namen der Flensburger Brauerei hatte der deutsche Bierimporteur M. Raspe den amerikanischen Besitzer der Spring Valley Brauerei William Copeland wegen irreführender Flaschenetiketten verklagt, die die Absicht hätten, Konsumenten zu täuschen. Der Beklagte bestritt nicht die Ähnlichkeit, behauptete jedoch, diese Etiketten seien ihm von japanischen Kunden gebracht worden, die die Flaschen damit beklebt haben wollten. Das Gericht verhängte eine symbolische Strafe von „ten cents“ für die illegale Benutzung einer Handelsmarke. Aus Sicht des Konsulargerichts war solch eine Klage in Japan noch nie vorgekommen. Nachdem die Entscheidung des amerikanischen Supreme Court von 1879 das Markenschutzgesetz für verfassungswidrig erklärt hatte, musste aus Sicht des Richters in solch einem Fall „common law“ zum Tragen kommen. Jedoch fragte er sich, ob denn Deutsche überhaupt einen Markenschutz kannten.³¹ Am Ende entschied er sich, einen deutsch-amerikanischen Kooperationsvertrag anzuwenden, der gegenseitige rechtliche Gleichbehandlung der jeweiligen Staatsbürger vorsah. Das Gericht sah den Zweck der Klage darin, die exklusiven Rechte des Klägers an der Biermarke durch eine gerichtliche Entscheidung zu untermauern, was das Gericht auch bekräftigte. Die in der führenden englischsprachigen Zeitung Yokohamas prominent abgedruckte Urteilsbegründung sah die Entscheidung als einen Präzedenzfall, der vor allem die weit verbreiteten Imitationspraktiken der Japaner im Auge hatte. Der Richter des Konsulargerichts, Van Buren, war nämlich gleichzeitig *ex officio* amerikanischer Generalkonsul und damit diplomatischer Vertreter seines Landes in Japan:

„As a Consular officer I have taken occasion heretofore to call the attention of my Government to the gross abuses practiced upon Americans and others by Japanese in their piracy of trade-marks, by which not only have the owners of such devices been defrauded but grave injuries have been and are inflicted upon the people of the country. Labels of all kinds, and more especially of such goods as have commended themselves by a world wide reputation for excellence, are constantly manufactured in Tokio, and vile and hurtful compounds are, by virtue of such labels, fraudulently vended as genuine. It is full time a stop should be put to this nefarious practice which, as I have said, is not only fraudulent but dangerous to the health of the community.“³²

Wir wissen nicht, welchen Einfluss diese spezifische gerichtliche Entscheidung auf die weitere Rechtsentwicklung in Japan hatte, da dieser Fall in der

31 „[...] it would seem to be unjust that a citizen of the United States should at the suit of a German subject be prohibited from doing what another German subject here could do with impunity“. The Japan Weekly Mail, 3. September 1881, 1029–1030.

32 The Japan Weekly Mail, 3. September 1881, 1029–1030.

bisherigen Forschungsliteratur noch nicht rezipiert wurde. Auffällig ist jedoch, dass der schon erwähnte Skandal um die Imitation des Seidenpapiers in die gleiche Zeit fiel und die Nachfrage nach einem Markenschutzgesetz in Japan also sowohl von der internationalen Diplomatie und Wirtschaftsgemeinde als auch von der japanischen Business Community in der frühen 1880er Jahren kam. Ein zentrales Anliegen für die japanische Regierung in den 1880er Jahren war die Revision der sogenannten ungleichen Verträge mit ihren Regelungen zur Extraterritorialität und Meistbegünstigungsklauseln zugunsten der westlichen Mächte. Der Beitritt zur Pariser Konvention zum Markenschutz fällt nicht zufällig mit einem anderen wichtigen rechtshistorischen Ereignis zeitlich zusammen, nämlich dem Ende der westlichen Extraterritorialität in Japan am 1. Juli 1899.³³ Das Land trat in die internationale Rechtsordnung des Markenrechts, die auch einen Markenschutz für ausländische Marken erwartete, in dem Jahr ein, als es auch seine volle juristische Souveränität erlangte, was auch international weithin wahrgenommen wurde. 1900 publizierte daraufhin Alexander von Siebold sein Werk „Der Eintritt Japans in das europäische Völkerrecht“, welches den internationalen diplomatischen und rechtlichen Erfolg des japanischen Kaiserreichs dokumentierte.³⁴ Ein späteres Überblickswerk zum Markenrecht „aller Kulturländer“ schloss dann auch Japan als einziges Land Asiens mit einem eigenen Markengesetz mit ein.³⁵

Schon 1874 hatte die japanische Regierung den Zusammenhang zwischen gewerblichen Schutzrechten und der Vertragsrevisionsfrage hergestellt und dies soll mit einer der Auslöser für die ersten Gesetzesentwürfe der späten 1870er Jahre gewesen sein. Noch in der Mitte der 1880er Jahre wurden Vorwürfe der Verletzung des Markenschutzes durch britische und deutsche Diplomaten trotz mangelnder nationaler Rechtsgrundlage seitens der japanischen Regierung ernst genommen und häufig auf administrativem Wege abgestellt, weil man die internationalen Beziehungen nicht gefährden wollte. Ab 1888 änderte die japanische Regierung jedoch ihre Haltung und weigerte sich, solche Fälle zu verfolgen, obwohl spätestens seit April 1885 gewerbliche Schutzrechte auf der offiziellen Agenda der Vertragsrevisionsverhandlungen standen.³⁶ Ursprünglich wollte Außenminister Kaoru Inoue den fremden Mächten in der Frage entgegenkommen, da er befürchtete,

33 Japans Beitritt wurde im Januar 1900 wirksam.

34 A. F. VON SIEBOLD, *Der Eintritt Japans in das europäische Völkerrecht* (Berlin 1900).

35 B. ALEXANDER-KATZ, *Das Patent- und Markenrecht aller Kulturländer* (Berlin 1912).

36 S. TSURUOKA, *Industrial Property Rights and Treaty Revisions in Modern Japan – Diplomacy and Domestic Affairs*, in: *Institute of Intellectual Property Hōkokusho* (2014) 9–10.

dass ansonsten nur veraltete Waren und Maschinen nach Japan importiert würden. Korekiyo Takahashi überzeugt ihn jedoch, dieses Faustpfand bei den Verhandlungen um die Revision der ungleichen Verträge nicht vorzeitig aus der Hand zu geben.³⁷ Schließlich hatte vor dem Ausbruch des Sino-Japanischen Krieges 1894 die britische Regierung als Bedingung für die Revision der ungleichen Verträge in einem bilateralen Vertrag durchgesetzt, dass Japan dem Pariser Markenschutzabkommen beitreten musste, obwohl es sich vorher standhaft geweigert hatte.³⁸ Die Entscheidung, der Pariser Konvention beizutreten, war somit notwendig, um eine volle staatliche Unabhängigkeit und Souveränität im rechtlichen Sinne zu erreichen.

Bemerkenswert war auch die unerwartet prominente Rolle des Deutschen Reichs in der Markenschutzdiskussion. Deutsche Diplomaten versuchten gegenüber der britischen Konkurrenz einen Wettbewerbsvorteil zu erhalten, indem deutsche Waren im japanischen Reich unter den westlichen Mächten einen exklusiven Markenschutz erhalten sollten. Der Markenschutz des § 17 im deutsch-japanischen Handelsvertrag von 1896 sollte auf deutschen Wunsch nicht für andere Nationen gelten, die weiterhin japanischen Imitaten ausgeliefert sein sollten. Die britische Regierung instruierte daraufhin ihren Gesandten, sich auf die noch geltende Meistbegünstigungsklausel zu berufen und eine gleiche Behandlung für britische Firmen zu fordern.³⁹ Der erste Jahresbericht des Patentamts vom Jahr 1898 zählte dann 1.536 ausländische Anträge auf Markenschutz, wobei die meisten aus Deutschland kamen (663), gefolgt von Großbritannien (522). Flensburg Stock Bier und Kaiser-Bier gehörten genauso dazu wie die damals schon eingetragenen japanischen Biermarken Asahi, Kirin und Yebisu, die auch heute noch durch ihren Gebrauch bekannt sind.⁴⁰

2. Die ausländischen Mächte und der Markenschutz in China und Korea

Die Unzufriedenheit der ausländischen Mächte mit Japans Haltung zur Markenschutzfrage beschränkte sich nicht ausschließlich auf den japanischen Heimatmarkt. Der Anstieg japanischer Exporte in China gehe einher mit einer massiven Verletzung des Markenschutzes deutscher Produkte, behauptete ein Bericht der deutschen Regierung schon 1889. Wenn dieser Zustand anhielte, könne Japan dort zu einer ernsthaften Bedrohung für die deutsche Industrie werden und ein Vertrag, der dieses unterbindet, müsse

37 SMETHURST (Fn. 17) 78.

38 TSURUOKA (Fn. 36) 9.

39 TSURUOKA (Fn. 36).

40 TOKKYO-CHŌ [Japanisches Patentamt], *Tokkyo seido 70nen-shi* [70 Jahre Patentgeschichte] (Tōkyō 1955), 385. HEATH (Fn. 7) 409–482, hier 471.

deswegen so schnell wie möglich abgeschlossen werden.⁴¹ Vor solch einem Hintergrund wäre zu erwarten gewesen, dass sich Deutschland auch in China für ein baldiges Markenschutzabkommen einsetzen würde. Umso erstaunlicher war deshalb, dass gerade das Deutsche Reich mit der Unterstützung Englands die Vorlage eines chinesischen Markenschutzgesetzes im Jahr 1904 zu Fall brachte. Auf Druck der Westmächte hatte die Zollbehörde Chinas Vorschläge zum Markenschutz entwickelt und als Antwort darauf verabschiedete das Handelsministerium ein Markenschutzgesetz.⁴² Die deutschen Einwände richteten sich gegen die geforderten Gebühren für die Markenregistrierung, die zu hoch seien, und gegen die Mechanismen zur Konfliktregelung, die angeblich die vertraglichen Rechte der Konsulargerichtsbarkeit beschränkten.⁴³ Deutschland gab bei dem westlichen Widerstand den Ton an, so der Historiker Chunhai Qu, der das chinesische Außenministerium veranlasste, das Markengesetz plötzlich zurückzuziehen. Auch in den folgenden Jahren zeigte der westliche Widerstand sich nicht kompromiss- oder verhandlungsbereit, solange China seine Forderungen nicht erfüllte. Auf der anderen Seite wollte das chinesische Handelsministerium Vorschlägen, die chinesische Händler schlechter stellten als ihre ausländischen Wettbewerber, nicht zustimmen.⁴⁴ Nach dem Historiker Eiichi Motono stützte sich der westliche Widerstand vermutlich auf den Verdacht, dass die chinesische Regierung das Gesetz mit japanischer Hilfe geschrieben hatte und als Ergebnis japanische Marken einen besonderen Schutz genossen, selbst wenn diese wiederum Imitate westlicher Produkte waren. Im Vorfeld des Markengesetzes hatten japanische aber auch amerikanische Firmen eifrig ihre Marken registrieren lassen, wohingegen andere Länder das Markenregistrierungssystem von Anfang an boykottierten.⁴⁵

Auch in den Folgejahren blieb die Markenregulierung in China umstritten. Nachdem das Markengesetz Chinas am westlichen Einspruch gescheitert war, schlossen die westlichen Mächte untereinander bilaterale Marken-

41 TSURUOKA (Fn. 36) 10.

42 Deutsche Fassung des Gesetzes in: *Der Ostasiatische Lloyd*, 26. August 1904.

43 Siehe Korrespondenz im Bestand Deutsche Botschaft Peking (Peking II) Nr. 1420–1424: Das chinesische Markenschutzgesetz, Bd. 1-5, Apr. 1904–Jan. 1908.

44 Q. CHUNHAI, Die deutsch-chinesischen Verhandlungen zum Markenschutz am Ende der Qing-Zeit, in: Leutner (Hrsg.), *Preußen, Deutschland und China: Entwicklungslinien und Akteure (1842–1911)* (Berlin 2014) 327–355.

45 E. MOTONO, *Shinmatsu Minsho ni okeru shōhyō-ken shingai funsō – nitchūkankei o chūshin ni* [Der Streit um die Verletzung der Markenrechte zur Zeit der späten Qing und frühen Republik – mit Schwerpunkt auf den sino-japanischen Beziehungen], in: *Shakai Keizai-shi gaku* 75-3 (2009) 3. E. MOTONO, *Anglo-Japanese Trademark Conflict in China and the Birth of the Chinese Trademark Law (1923), 1906–26*, in: *East Asian History* 37 (2011) 9.

schutzabkommen für den chinesischen Markt ab. Japan schloss aber als einziges Land auch einen direkten Schutzvertrag mit China ab. Es einigte sich auch mit den Vereinigten Staaten und Frankreich.⁴⁶ Hingegen blieben intensive britische Verhandlungen mit Japan über den Markenschutz in China auch nach Jahren ohne Ergebnis. Britische diplomatische Korrespondenz vom Dezember 1908 versuchte den Konflikt rechtsvergleichend einzuordnen. Die Welt sei in zwei Markenrechtssysteme eingeteilt: In der einen wird der Markenbesitz durch Registrierung festgelegt, in der anderen durch vorherige Benutzung. Japan und fast alle kontinentaleuropäischen Länder gehörten der ersten Gruppe an, Großbritannien und die Vereinigten Staaten der zweiten. Alle britischen Klagen richteten sich gegen die Tatsache, dass irgendein Japaner ihr Markenzeichen registriert habe, wobei nach japanischer und kontinentaleuropäischer Rechtsauffassung eine Marke niemanden gehören konnte, bis diese registriert war, genauso wie eine Erfindung erst mit ihrer Patentierung geschützt werden konnte.⁴⁷

„It may be asked why, if Japanese laws are similar to those of reputable foreign countries, there has been such an outcry on this subject when no complaints are heard with regard to other countries. In the first place, similar grievances do exist in other countries, but little is heard of them because it is considered useless to make a noise over them; [...] But no doubt piracies of trade-marks in the Far East are more frequently perpetrated by Japanese than by other foreigners, and these are attributed to unjust laws instead of to their true cause, which is a low standard of morality on the subject.“⁴⁸

Genauso wie in Japan waren auch in China die Konsulargerichte Orte der internationalen Auseinandersetzung in Markenrechtsfragen. Im ersten Weltkrieg wurden auch Konflikte zwischen den Nationalitäten vor Gericht ausgetragen. Nach dem Zwangsverkauf der Anglo-German Brewery an die Dai Nippon Brauerei kam es von Juli bis August 1916 im Shanghai Mixed Court zu einer Auseinandersetzung über eine Biermarke. Das Hakenkreuz sei „seit 30 Jahren“ eine eingetragene Schutzmarke in Deutschland, Österreich und England des deutschen Handelshauses Slevogt & Co. und werde deswegen auf dem in Tsingtau gebrauten Bierflaschen verwendet, behaupteten Vertreter des Händlers. Ein Chinese habe daher nicht das Recht, ein Hakenkreuz auf Bieretiketten zu verwenden, da es die Kunden irreführen könnte, insbesondere wenn der deutsche Händler beabsichtige, unter seiner eigenen Marke weiterhin Bier zu verkaufen. Die Gegenseite berief sich darauf, „es gäbe in

46 ALEXANDER-KATZ (Fn. 35) 270 u. 335. J. H. RUEGE, *Trade Mark Laws of the World* (New York 1928, second edition).

47 Memorandum respecting Trade-marks Questions with Japan. Foreign Office, 31 December 1908 in: Nish (Hrsg.), *North-East Asia after the Russo Japanese War, 1905–1914*, BDFA vol. 10 (Frederick, Md. 1989), 167–171.

48 NISH (Fn. 47) 170.

China kein Markenschutzgesetz“ und das Hakenkreuz sei ja in Asien ein sehr weit verbreitetes Symbol, wenn auch ohne die Initialen A.G.B.C. für Anglo-German Brewery oder S.C. für Slevogt & Co. Der Ausgang des Gerichtsfalls ist unbekannt.⁴⁹ Die Dai Nippon Beer Corporation benutzte jedoch danach ein Hakenkreuz mit den Buchstaben D.N.B.C. für ihre Biermarke Tsingtao Beer, die heute eine der bekanntesten chinesischen Marken auf der Welt sein dürfte. In der Sondersituation des Weltkrieges zeigte sich die Problematik für ausländische Firmen, wenn keine lokalen Rechtsgrundlagen für Marken existierten und auch der diplomatische Schutz wegfiel, der ansonsten den eigenen Firmen geholfen hätte.

Die Regierung in Peking brauchte bis Mai 1923, um ein chinesisches Markenschutzgesetz zu verabschieden, welches dann auch von der rivalisierenden Regierung in Nanjing implizit anerkannt wurde.⁵⁰ Chinesische Händler hatten vorher bewusst die Markenrechte japanischer Firmen ignoriert, wie der bekannte Fall der Kanegafuchi Baumwollspinnerei im Jahre 1909 zeigte. Dabei existierten auch Fälle von chinesisch-japanischen Kooperationen, in denen chinesische Händler in den Fabriken Westjapans Produkte in Auftrag gaben, die dann als „westliche“ Waren in China verkauft wurden. Die wachsende anti-japanische Konsumentenboykottbewegung in China als Antwort auf Japans Einundzwanzig Forderungen von 1915 führte dazu, dass auch japanische Fabrikate bewusst mit Herkunftsangaben und Marken ausgestattet wurden, die die japanische Herkunft verschleiern sollten.⁵¹ Chinesische Vereinigungen haben beispielsweise bei der Nationalregierung nachgefragt, ob denn eine vermeintliche Bierbrauerei in China nicht doch im japanischen Besitz und Kontrolle sei und daher bei Boykottmaßnahmen eingeschlossen werden müsse.⁵²

3. *Die japanische Kolonialisierung Koreas und der Markenschutz*

Der koreanische Markt war mit Abstand der kleinste Markt Ostasiens und nur etwa ein halbes Dutzend westliche Handelshäuser siedelte sich dort an, wobei unter diesen ein deutsches Unternehmen bis zum 1. Weltkrieg die

49 „The German Beer Case: Question of Trademarks in China“, in: North China Herald (1916) 196; „Alleged German Trade Mark: The Beer Case in the Mixed Court“, in: North China Herald (1916) 249.

50 RUEGE (Fn. 46) 160–167.

51 E. MOTONO, *Kōsho shin-seiki Chūgoku no shōhyō hogo seido no zasetsu to nichiei tairitsu* [Der anglo-japanische Konflikt und das Scheitern des Markenschutzsystems in China's Guangxu neuer Politikperiode], in: *Shakai Keizai-shi gaku* 74-3 (2008) 3.

52 Z. YANG, „This Beer Tastes Really Good“: Nationalism, Consumer Culture and Development of the Beer Industry in Qingdao, 1903–1993, in: *The Chinese Historical Review* 14:1 (2007) 34.

Vormachtstellung einnahm. Koreas internationaler Handel wurde überwiegend von japanischen und chinesischen Händlern abgewickelt. Bis weit in das 20. Jahrhundert prägten Agrarprodukte wie Reis, Bohnen, Ginseng oder Minerale den Export des Landes. Textilien gehörten lange zu den wichtigsten Importgütern, jedoch gab es auch eine erste Nachfrage nach Konsumgütern der Industriegesellschaft sowie für Material für Minengesellschaften und Eisenbahnen. Aus Deutschland wurden an die koreanischen Verhältnisse angepasst Nadeln von Conrad Seyler aus Aachen vertrieben, dessen Packungen den deutschsprachigen Spruch „eingetragene Schutzmarke“ sowie zwei Männerköpfe mit einem koreanischen Yangban Hut zeigten.⁵³ Trotz der Handelsbeziehungen mit dem Westen seit den 1880er Jahren entwickelte der koreanische Staat keine eigenen Gesetze für den Markenschutz und so beschrieb der Amerikaner Angus Hamilton zwanzig Jahre nach der Landesöffnung die Marktlage dahingehend so, dass alle angeblich westlichen Produkte tatsächlich von Japanern hergestellt und „die schamloseten Imitate“ seien. Zu den betroffenen Ländern gehörten seiner Meinung nach die Vereinigten Staaten, Großbritannien, Frankreich, Holland, Schweden, Dänemark, die Schweiz und selbst Indien. Unter den Imitaten deutscher Marken erwähnte er Medikamente von Böhringer und Pianos aus Berlin.⁵⁴ Korea hatte keine eigenen Manufakturen, die ausländischen Produkte hätten imitieren können, so dass der koreanische Markt für die billigeren Konsumgüter für die in den Hafenstädten ansässigen Japaner und Chinesen oder für die wohlhabenderen Koreaner der Hauptstadt überwiegend aus Japan beliefert wurde.

Trotz der anscheinend weit verbreiteten Markenimitate stellt sich die Frage, wessen „Rechte“ in Korea geschädigt wurden, da es nur sehr wenige Händler gab, die sich auf den Import westlicher Originalprodukte spezialisiert hatten. Trotzdem spielte der Patent- und Markenschutz eine wesentliche Rolle in der Vorbereitung des Rechtssystems Koreas auf die japanische Kolonisierung. Diplomatische Verhandlungen auf amerikanische und britische Initiative sind für den Zeitraum ab 1905 belegt, als Korea zu einem japanischen Protektorat erklärt wurde. Diese Westmächte wollten, dass die Japaner in Korea für ihren Verkauf von westlichen Markenimitaten wie schottischer Whiskey oder britische Teemarken bestraft würden. Der amerikanische Botschafter schrieb 1907 von seinem Wunsch nach „any law or

53 H. FUESS, E. Meyer & Co. at the Eastern Frontiers of Capitalism: The Leading Western Merchant House in Korea, 1884 to 1914, in: *Journal of Business History* 62:1 (2016) 3–30.

54 A. HAMILTON, Korea (New York 1904) 167–169.

regulation in Korea [...] similar [...] to Japan.⁵⁵ Danach kam es zu einigen bilateralen Abkommen zur Frage des Markenschutzes in Korea. Als erstes einigten sich 1908 die Vereinigten Staaten mit Japan.⁵⁶ Zwei historische Ereignisse sind in diesem Kontext erwähnenswert: Die Einrichtung eines Patentamts nach japanischem Vorbild im Jahr 1908 war unmittelbar relevant für das Markenrecht und sollte die in Korea eingetragenen Marken sowohl der Japaner und Koreaner als auch der Amerikaner schützen, wobei in Japan eingetragene Marken anfangs nicht automatisch anerkannt wurden. Die Befürchtung, dass deswegen skrupellose Japaner reihenweise westliche Marken eintragen würden, erwies sich in der Praxis als unbegründet. Ab 1910 wurde diese eigenständige Behörde aufgelöst und das Patentamt in Tōkyō erhielt die Zuständigkeit für Japan und Korea.⁵⁷ Genauso wie in Japan und China spielte die Frage des Markenschutzes und der nationalen Souveränität auch in Korea eine wichtige Rolle. Schon 1905 sollen sich die Vereinigten Staaten mit Japan im sogenannten Taft-Katsura Abkommen informell auf eine territoriale Aufteilung in Asien geeinigt haben, wobei sie ihre jeweiligen besonderen Interessen auf den Philippinen und in Korea wechselseitig anerkannten. In dem Abkommen zum Markenschutz von 1908 verzichteten die USA partiell auf ihre extraterritorialen Rechte, nämlich die Konsulargerichtsbarkeit in Markenschutzfragen. Diese Entscheidung schien eher symbolische als wirtschaftspraktische Bedeutung zu haben, da nur Amerikaner in amerikanischen Konsulargerichten verklagt werden konnten und die meisten Amerikaner in Korea als Missionare tätig waren. Trotzdem kompensierten die japanischen Machthaber die Amerikaner indem sie ihre Bergbaukonzession in Korea bestätigten.⁵⁸ Ab 1905 war die koreanische Regierung noch für die Innenpolitik des Landes zuständig. Der japanische Generalresident Hirobumi Itō erklärte dem koreanischen Premierminister, von Untertanen zivilisierter Staaten könne nicht erwartet werden, dass sie koreanischem Recht folgten und deswegen sei es notwendig japanische Patent- und Markenschutzgesetze in Korea einzuführen, die man dann auf Japaner, Koreaner und Amerikaner anwenden kann. In seinen öffentlichen Reden versprach er den Koreanern, die japanischen extraterritorialen Privilegien in ihrem Land aufzugeben, wenn das Rechtswesen modernisiert sei.⁵⁹

55 T. ASANO, *Teikoku Nihon no shokumin-chi hōsei: hōiki tōgō to teikoku chitsujo* [Das Koloniale Rechtssystem des japanischen Kaiserreichs: die Integration der Rechtsprechung und die Imperiale Ordnung]. Nagoya Daigaku Shuppan-kai, (Nagoya 2008) 137, 152.

56 RUEGE (Fn. 46) 530–533.

57 NISH (Fn. 29) 219.

58 ASANO (Fn. 55) 201–203.

59 ASANO (Fn. 55) 191–193.

Das Gegenteil war der Fall. Die partielle Aufgabe der amerikanischen Extraterritorialität in Korea wurde als diplomatischer Präzedenzfall relevant, als Japan im August 1910 seine Annektierung Koreas verkündete. Es erklärte alle extraterritorialen Rechte der ausländischen Mächte für beendet. Korea sei von nun an ein Teil des japanischen Imperiums, wo die Konsulargerichtsbarkeit schon im Juli 1899 offiziell aufgehört hatte. Die Tatsache, dass die USA in Korea schon freiwillig auf extraterritoriale Rechte teilweise verzichtet hatte, wurde von der japanischen Regierung als Beleg dafür angeführt, dass die Amerikaner mit den neuen Rechtszuständen nach 1910 inklusive Kolonisierung einverstanden sein dürften. Bis zum Ende des japanischen Imperiums galt dann in Korea der japanische Markenschutz wie übrigens auch in Taiwan.⁶⁰

V. FAZIT: MARKENSCHUTZ UND DER IMPERIALE WETTBEWERB IN OSTASIEN

Untersuchungen zur Geschichte des Transfers des westlichen Rechts nach Japan und des Markenrechts haben die Freiwilligkeit betont, mit der der japanische Staat in seinem eigenen wirtschaftlichen Interesse schon seit den 1880er Jahren moderne Institutionen schuf. Dazu gehörten die Einrichtung eines zentralen Patent- und Markenamts und die Verabschiedung der entsprechenden Markenschutzgesetze, die im Laufe der Zeit an die allgemeine Wirtschaftsentfaltung und internationale Rechtsentwicklung angepasst wurden.⁶¹ Diese Sehweise folgt dem üblichen Parameter des Westens als Vorbild mit Japan als selektivem und gelehrigem Schüler. Die Frage nach der Entwicklung des Markenrechts im Kontext eines staatlichen Anspruchs auf oder eines politischen Begehrens nach Souveränität in Ostasien ist von der westlichen Forschung bisher nicht beachtet worden.

Diese Studie nimmt eine breitere globalgeschichtliche Perspektive ein, die Japans Haltung zum Markenschutz auch als einen dynamischen Austausch- und Verhandlungsprozess mit ausländischen Mächten und ihren Wirtschaftsinteressen in Ostasien darlegt und den rechtlichen und wirtschaftlichen Einfluss Japans auf China und Korea in solch ein Narrativ mit einbezieht. Ausländische Warenzeichen in Japan blieben im 19. Jahrhundert bewusst ohne einen rechtlichen Schutz vor Imitaten trotz aller Kennzeichnungen in westlichen Sprachen wie „registered trademark“ oder „Schutzmarke“. Spätestens seit den 1880er Jahren wurde das Problem in den englischsprachigen Zeitungen Japans und durch die diplomatischen Vertretungen offen thematisiert, wobei die japanische Regierung im Prinzip hart blieb,

60 DE BECKER / DE BECKER (Fn. 25) 190.

61 HEATH (Fn. 7).

aber mehrere Jahre lang durch Einzelfalllösungen auf administrativem Weg versuchte, die größten Konflikte aus dem Weg zu räumen, solange sie den gewerblichen Rechtsschutz als Faustpfand in den Verhandlungen um die ungleichen Verträge nicht aus der Hand geben wollte. Deutschland als sich entwickelnde Industrienation gehörte zu den Ländern, die sich besonders um den Schutz ihrer Güter bemühten und die im Handelsvertrag von 1896 auch einen entsprechenden Artikel durchsetzen konnten. Schon vorher hatte Großbritannien im Jahre 1894, also vor dem Sino-Japanischen Krieg, als Bedingung für die Aufgabe seiner extraterritorialen Rechte Japans Beitritt zur Pariser Markenschutzkonvention erreicht. Markenschutz für ausländische Marken in Japan wurde also verankert im Austausch für die internationale Anerkennung von Japans Souveränität und dem Ende der extraterritorialen Rechte der Westmächte.⁶²

Seit Ende des 19. Jahrhunderts dienten die internationalen diplomatischen Verhandlungen nicht nur dem Schutz ausländischer Güter in Japan, sondern wurden auch im Hinblick auf die japanische Wirtschaftskonkurrenz vor allem in China und selbst in Korea geführt. In China verhinderten die Westmächte 1904 ein mit japanischer Hilfe entwickeltes Markenschutzgesetz und behalfen sich in den Folgejahren mit diversen bilateralen Verträgen untereinander zum Schutz ihrer eigenen Marken. An diesem System war Japan nur partiell beteiligt, indem es sich mit der chinesischen Regierung einigte, aber unter den Westmächten auch mit den Vereinigten Staaten eine Übereinkunft für gegenseitigen Markenschutz in China abschloss. Zwei Jahre vor der Annektierung Koreas im August 1910 waren es auch die USA, die sich 1908 mit Japan auf einen formalen Schutz ihrer dortigen Handelsmarken einigten. Ab 1910 wurde Korea dann in das japanische Rechtssystem voll integriert und das neue Markengesetz von 1921 galt auch in den japanischen Kolonien. Erst 1923 Jahren gelang es dann auch China, ein eigenes Markenschutzgesetz zu verabschieden, das zuerst von den Westmächten abgelehnt wurde. Die Markenregistrierung japanischer Firmen und deutscher Handelshäuser, die ihre extraterritorialen Privilegien nach dem Ersten Weltkrieg ohnehin verloren hatten, zwang schließlich auch die Diplomaten der britischen Regierung, das chinesische Markenrecht formell anzuerkennen. Somit fand die erste Phase der Markenschutzentwicklung in Ostasien im Zeichen des westlichen Imperialismus ihren Abschluss.

Als 1910 der britische Botschafter sich beim Außenminister Jutarō Komura über die Harumoto Soap Factory aus Ōsaka beschwerte, die in Indien Markenimitate eines Herstellers aus Birmingham unter „Kynoch Limited made in Japan“ verkaufte, war dieses auch ein Symptom eines sich

62 Japan erlangte allerdings erst 1911 seine volle Tarifautonomie.

entwickelnden doppelten Standards des japanischen Markenschutzes.⁶³ Im frühen 20. Jahrhundert wurde der Markenschutz über Gesetze und die Rechtspraxis im japanischen Heimatland allmählich akzeptiert, wie die abnehmenden diplomatischen Klagen zeigen und britische Aussagen belegen, nach dem Markengesetz von 1909, das auch auf britischen Druck verabschiedet wurde, sei die Lage „on the whole quite satisfactory.“ Immer wieder gab es freilich bekannte Ausnahmen wie etwa eine von Meidiya verkaufte falsche „Worcester Sauce“, die angeblich von Lea and Perrin stammte.⁶⁴ Selbst wenn das Markenrecht als Teil einer imperialen Besitzergreifung in seinem Kolonialreich neu institutionalisiert worden war, schien aus japanischer Sicht für die anderen Länder Asiens, die insbesondere verstärkt durch den Ersten Weltkrieg zur Destination japanischer Güter wurden, eine weniger genaue Einhaltung der teilweise in den Exportländern nicht überprüfbaren Rechtsnormen zu gelten. Das von Japanern für Japaner konzipierte Markenrecht ignorierte anfangs ausländische Rechte bewusst, wobei die internationale und rechtliche Stellung des jeweiligen Verhandlungspartners entscheidend war. Interessant ist, dass relativ viel Korrespondenz zwischen Großbritannien und Japan zu diesem Thema überliefert ist, obwohl beide Länder seit 1902 durch die Anglo-Japanische Allianz zu den engsten politischen Verbündeten in der Region zählten. Hier spielten neben diplomatischen Fragen und des strategischen Einsatzes der Markenschutzfrage der japanischen Regierung eben doch auch inzwischen etablierte unterschiedliche Rechtsvorstellungen zum Markenschutz eine Rolle, wonach Markenrechte durch Markenbenutzung oder eben durch Markenregistrierung begründet wurden. Hier handelte es sich vielleicht nicht nur um Machtpolitik und um die Zentralität des wirtschaftlichen Wettbewerbs, in dem man sich Vorteile erhoffte. Für eine Handelskammer in Manchester war es schlicht und einfach nicht vorstellbar, dass ein asiatisches Land ein funktionsfähiges Markenschutzsystem haben konnte, dass anders gestaltet war als in England üblich, und grundsätzliches Misstrauen gegen japanische Geschäftspraktiken in China oder anderswo ließen sich auch nicht durch Tatsachen widerlegen. Der Wunsch der japanischen Regierung, nur in Ausnahmefällen britische Marken zu schützen, die nicht registriert waren, war möglicherweise nicht nur eine diplomatische Ausrede. Offenbar befürchtete Japan tatsächlich „endless litigation“⁶⁵ Man darf dennoch die machtpolitischen Fragen in der Gesetzesentwicklung nicht völlig übersehen. Bis 1952 weigerte sich Japan, dem Abkommen von Madrid beizutreten, das Hersteller zur Nennung des Herkunftslands auf einer Ware ver-

63 NISH (Fn. 29) 220.

64 NISH (Fn. 29) 162–163, 210.

65 NISH (Fn. 47) 169.

pflichtete. Laut einer häufig zitierten Publikation des japanischen Patentbüros gab es dafür einfach zu wenig wirtschaftlichen Anreiz. 1910 schrieb der japanische Agrar- und Handelsminister Kanetake Ōura an Außenminister Komura, die japanische Industrie stecke noch in den Kinderschuhen und habe wenig Exporterfahrung. Das Vertrauen in die eigenen Güter sei niedrig und es sei deswegen sehr schwierig, Märkte für Waren mit der Kennzeichnung „Made in Japan“ zu finden. Aus diesen Gründen solle man keinem Abkommen beitreten, das solches vorsehe, da es der japanischen Wirtschaft schaden könne.⁶⁶ International konnte sich Japan daher von seinem Ruf als Imitator nie so recht befreien. Noch 1949 entschied die amerikanische Besatzungsbehörde SCAP, es sei endlich an der Zeit, in Japan die Registrierung von Marken oder Handelsnamen zu unterbinden, die ausländischen Marken ähnelten oder mit diesen identisch seien.⁶⁷

66 TOKKYO-CHŌ (Fn. 40) 103–104.

67 C. HEATH / K. LIU, *The protection of well-known marks in Asia* (The Hague 2000) 72.

Translation subjektiver Rechte und die Bewegung für Freiheit und Bürgerrechte (*jiyū minken undō*)

Hiroki Kawamura*

- I. Einleitung
- II. Die Bewegung für Freiheit und Bürgerrechte
- III. Einführung der Gedanken der vorstaatlichen und naturrechtlichen Menschenrechte und des Naturrechts
- IV. Translation der subjektiven Rechte
- V. Das Recht der Bürger und das Recht des Staates
- VI. Tätigkeit der minken-Juristen und Justizpolitik der früheren *Meiji*-Zeit
- VII. Fazit

I. EINLEITUNG

Das Thema dieses Beitrags lautet „Translation subjektiver Rechte und die Bewegung für Freiheit und Bürgerrechte“. Vielleicht verwundert es, dass der Ausdruck „Translation subjektiver Rechte“ und nicht zum Beispiel „Einführung“ oder „Aufnahme des Begriffs subjektiver Rechte“ verwendet wird. Diesen Ausdruck möchte ich aber hier absichtlich verwenden, um die Funde der interdisziplinären Forschung in diesen Beitrag einzubeziehen. Beabsichtigt in diesem Beitrag ist außerdem, auf das Verhalten und die subjektive Wahrnehmung der japanischen Seite bei der Einführung der Gedanken von Menschenrechten oder subjektiven Rechten stärker den Fokus zu legen.

Die Aufnahme der Idee der Menschenrechte oder subjektiver Rechte erfolgte im Rahmen der Modernisierung des Rechts nach westlichem Modell. Für die Forschung bezüglich der Einführung des europäischen Rechts in außereuropäische Länder gibt es bereits weit verbreitete Konzepte wie „Rezeption“ oder „Rechtstransplantation“. Diese Konzepte eignen sich für diesen Beitrag aber nur begrenzt. Mit ihnen wird der Fokus auf „transplantiertes“ bzw. „rezipiertes“ Gesetzesrecht, also die Übernahme fremder Rechtsregelungen durch Kodifizierung gelegt. Demgegenüber hat der Rechtssoziologe *Ernst Hirsch*, der in der nationalsozialistischen Zeit in der Türkei im Exil war, die These von der „Rezeption als sozialem Prozess“

* Dr. iur., Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Lehrstuhl für Japanisches Recht und seine kulturellen Grundlagen, Goethe-Universität Frankfurt am Main.

aufgestellt. Nach dieser These stellt die Rezeption des ausländischen Rechts eine Übertragung und Einpflanzung von rechtlichem Gedankengut bzw. Kulturgut und nicht bloß von Gesetzen bzw. gesetzlichen Regelungen dar. Für ihn ist die Rezeption kein einmaliger Akt, in dem ein fremdes Gesetz in einheimische Sprachen übersetzt wird, sondern ein langfristiger „sozialer Prozess“.¹ Dieser theoretische Ansatz von Hirsch ist zweifach von Bedeutung für unsere Diskussion: Erstens können wir mit dem Begriff „rechtliches Gedankengut“ bzw. „Kulturgut“ auch die Vorstellungen subjektiver Rechte erfassen. Zweitens wird die Einführung des ausländischen Rechts hier nicht als bloße „Übersetzung“ eines Gesetzes, sondern als „sozialer Prozess“ vor, aber auch nach der „Aufnahme“ wahrgenommen. Das Verständnis von Hirsch über die Rechtsrezeption hat jedoch einen schwachen Punkt für unsere Diskussion. Bei ihm nimmt das „rezipierte Recht“ (in seiner Untersuchung primär Schweizer Recht in der Türkei) – also das positive Recht des Geberlandes – noch eine zentrale Stellung ein. Zum Beispiel wird die Perspektive noch darauf begrenzt, wie das Recht rezipiert wurde, wie der rezipierte Rechtsgedanke die Gesellschaft des rezipierenden Landes beeinflusst hat oder wie stark er auf den Widerstand der heimischen Gesellschaft gestoßen ist.

Shūichi Katō, zusammen mit *Masao Maruyama* Mitherausgeber der Studie „Gedanken zur Übersetzung“,² argumentiert: „Die Übersetzung ist nicht nur bloße Rezeption der ausländischen Begriffe, Ideen bzw. Gedanken. Sie stellt stets eine Verwandlung fremder Kultur durch die einheimische Tradition dar.“³ Diese Perspektive könnte für unsere Diskussion zur Entwicklung der subjektiven Rechte in Japan hilfreich sein. Neben diesem Gesichtspunkt sollten wir uns auch Folgendes klar machen: Wenn ein Begriff, der „universale“ Bedeutung besitzt, einmal „übersetzt“ worden ist, entwickelt er sich als „Zeichen“ unabhängig von der ursprünglichen Bedeutung und von der Absicht des Übersetzers. Im Folgenden möchte ich aus dieser Perspektive die Translation und die Entwicklung der subjektiven Rechte in der früheren *Meiji-Zeit*⁴ erörtern, die von der Bewegung für Freiheit und Bürgerrechte stark geprägt wurde.

1 E. HIRSCH, Rezeption als sozialer Prozeß. Erläutert am Beispiel der Türkei (Berlin 1981) 12.

2 S. KATŌ / M. MARUYAMA (Hrsg.), *Hon'yaku no shisō* [Gedanken zur Übersetzung], (Tōkyō 1991).

3 M. MARUYAMA / S. KATŌ, *Hon'yaku to nihon no kindai* [Übersetzung und Japans Moderne], (Tōkyō 1998).

4 Die *Meiji-Zeit* begann mit dem Machtwechsel vom *Tokugawa-Shōgunat* zur neuen Regierung unter dem *Tennō* (Kaiser) von 1868 und endete mit dem Ableben des *Meiji-Tennō* 1912. In der *Meiji-Zeit* setzte Japan eine umfassende Modernisierung durch und führte Technik, Recht, Kultur usw. aus westlichen Ländern ein.

II. DIE BEWEGUNG FÜR FREIHEIT UND BÜRGERRECHTE

Zuerst soll hier die Bewegung für Freiheit und Bürgerrechte (*jiyū minken undō*: 自由民権運動), die für die Einführung der westlichen Gedanken im Japan der Modernisierungszeit eine große Bedeutung hatte, kurz erklärt werden. Diese Bewegung begann im Jahr 1874 bereits kurz nach der *Meiji*-Restauration von 1868 mit der Forderung kürzlich ausgeschiedener hochrangiger Beamter gegenüber der aktuellen Regierung, ein von Bürgern gewähltes Parlament einzurichten.⁵ In der Bewegung wurden neben der Einrichtung eines Parlaments (und des Erlasses einer Verfassung) noch weitere Forderungen wie die Senkung der Grundstückssteuer, die Abänderung der sog. ungleichen Verträge mit westlichen Ländern und die Gewährleistung der Meinungs- und Versammlungsfreiheit gestellt. Zuerst ergriffen ehemalige *bushi* (Angehörige des herrschenden Kriegerstandes in der Ständegesellschaft der vorhergehenden *Tokugawa*-Zeit) die Initiative in der Bewegung und mobilisierten für die *jiyū minken undō* unter Bauern und in weiten Bevölkerungskreisen.⁶ Im Jahr 1881 versprach die *Meiji*-Regierung die Einrichtung des Parlaments bis 1890 und ergriff damit die Initiative für die neue Verfassung. Zwischen 1881 und 1884 erreichte die Bewegung ihren Höhepunkt, wurde jedoch danach auch wegen repressiver Maßnahmen der *Meiji*-Regierung rasch geschwächt. Anfang der 1890er Jahre, nach dem Inkrafttreten der *Meiji*-Verfassung von 1889, kam die Bewegung zu einem Ende.⁷

Wegen ihrer Verbreitung in weiten Bevölkerungskreisen und in zahlreichen Regionen Japans ist es schwierig, eine gemeinsame Richtung in dieser Bewegung einheitlich festzustellen.⁸ In diesem Beitrag wird der Fokus

5 *Minsen gi'in setsuritsu kenpaku-sho* [Denkschrift zur Einrichtung eines Parlaments, dessen Abgeordnete von der Bevölkerung gewählt werden sollen], abgedruckt in: Shiryō ni miru nihon no kindai [Modernes Japan im Archivgut] auf der Webseite der Nationalen Parlamentsbibliothek (http://www.ndl.go.jp/modern/img_t/012/012-009tx.html). Eine englische Übersetzung in: T. DE BARY/C. GLUCK/A. E. TIEDEMANN, *Sources of Japanese Tradition*. Bd. 2 – 1600 to 2000, (2. Aufl., New York 2000) 723 f.

6 Nach der Studie des Historikers *Katsuhiro Arai* wurden weit über 2.000 Vereine für die Bewegung für die Freiheit und Bürgerrechte gegründet. K. ARAI, *Jiyū minken to kindai shakai* [Bewegung für Freiheit und Bürgerrechte und moderne Gesellschaft], (Tōkyō 2004) 49 f.

7 K. ANZAI, *Jiyū minken undō-shi e no shōtai* [Einladung zur Geschichte der Bewegung für Freiheit und Bürgerrechte], (Tōkyō 2012) 21.

8 Y. MATSUZAWA, *Jiyū minken undō. Demokurashi no yume to zassetsu* [Bewegung für Freiheit und Bürgerrechte. Träume und Scheitern der Demokratie], (Tōkyō 2016) begreift die Bewegung für Freiheit und Bürgerrechte als eine Bewegung, die nach dem Untergang der ständischen gesellschaftlichen Ordnung der *Tokugawa*-Zeit eine neue Gesellschaft konzipieren wollte.

primär auf die Bedeutung des Konzepts eines subjektiven Rechts in der *jiyū minken undō* gelegt.

In der Zeit der Bewegung wurden zahlreiche westliche Schriften u. a. zu Themen der Rechtswissenschaft und zur Theorie der Politik und der Gesellschaft ins Japanische übersetzt und in weiten Teilen der Bevölkerung verbreitet. Bis Anfang der 1880er Jahre wurden überwiegend englischsprachige Bücher übersetzt, aber auch französische. Die Zeit der Bewegung entsprach auch der Zeit des Aufbaus des modernen Rechtssystems bis zur Kodifikation der sog. *roppō* (der sechs zentralen Gesetze).⁹ Deshalb ist es sinnvoll, für unsere Diskussion zu untersuchen, wie der Begriff des subjektiven Rechts zu dieser Zeit ins Japanische übersetzt wurde und wie dieser übersetzte Begriff sich in der Bewegung entwickelte.

Eine theoretische Basis der Bewegung war der in der Wendezeit vom Shogunat zur *Meiji*-Restauration in Japan eingeführte Gedanke von vorstaatlichen bzw. naturrechtlichen Menschenrechten. Dieser Gedanke wurde auch in der oben erwähnten Denkschrift zum Ausdruck gebracht.¹⁰ Im Folgenden möchte ich kurz erklären, wie dieser Menschenrechtsgedanke in Japan aufgenommen wurde.

III. EINFÜHRUNG DER GEDANKEN DER VORSTAATLICHEN UND NATURRECHTLICHEN MENSCHENRECHTE UND DES NATURRECHTS

Der Gedanke der vorstaatlichen und naturrechtlichen Menschenrechte wurde bereits kurz vor der *Meiji*-Restauration durch spätere japanische „Aufklärer“ (*keimō shisō-ka*) wie *Hiroyuki Katō*, *Amame Nishi* und *Yukichi Fukuzawa* in Japan eingeführt. Geboren zwischen dem Ende der 1820er bis Mitte der 1830er Jahre gehörten sie zum unteren Rand des Stands der *bushi* in der Zeit des *Tokugawa*-Shogunats, studierten zuerst die konfuzianistische Wissenschaft (*jugaku*: 儒学), wandten sich dann jedoch der westlichen Wissenschaft (*yōgaku*: 洋学) zu. Nach der *Meiji*-Restauration gründeten sie gemeinsam mit Leuten wie *Rinshō Mitsukuri* den Verein *Meirokeisha* zur Aufklärung der breiten Bevölkerung.¹¹ Am Ende der Shogunatszeit stellten diese Aufklärer den Gedanken der dem einzelnen Menschen inhärenten vorstaatlichen Menschenrechte vor, um die von der neo-konfuzianischen

9 Hierzu zählen *Kenpō* (Verfassung), *Minpō* (Zivilgesetz), *Shōhō* (Handelsgesetz), *Keihō* (Strafgesetz), *Minji soshōhō* (Zivilprozessgesetz) und *Keiji soshōhō* (Strafprozessgesetz).

10 Siehe oben Fn.5.

11 Dazu vgl. M. UETE, *Meiji keimō shisō no keisei to sono zeijaku-sei* [Entstehung des Gedankens der Aufklärung in der *Meiji*-Zeit und seine Schwäche], in: M. UETE (Hrsg.), *Nihon no meicho* [Meisterwerke in Japan], Bd. 34 – Nishi Amame/Katō Hiroyuki (Tōkyō 1984) 14 ff.

Schule des Philosophen *Zhu Xi* (in Japan *shushi-gaku* genannt) geprägte Sozialordnung zu überwinden und einen Weg zu einem neuen Nationalstaat zu ebnet. Dabei erklärten sie diesen westlichen Rechtsgedanken mit dem konfuzianistischen Begriff „Himmel“ (*ten*: 天) und nannten diese Menschenrechte *tenpu jinken* 天賦人權 (die vom Himmel verliehenen Menschenrechte). Der Himmel ist nach dem Konfuzianismus der Ursprung aller Werte und hat auch die Bedeutung „Natur“ (*shizen*: 自然).¹² Nach dem Verständnis der *shushi-gaku* wird die moralische Natur (*dōtoku-sei*) dem Menschen a priori verliehen und es wird als der richtige Weg betrachtet, dieser angeborenen moralischen „Natur“ (*sei* 性) zu folgen. Die Aufklärer vertraten dagegen die Ansicht, dass universale Normen existieren und diese auf der „Natur des Menschen“ basierten. Aus dieser Idee heraus wurde das „Naturrecht“ um die Zeit vor und nach der *Meiji*-Restauration mit „*seihō*“ (性法) übersetzt.¹³ Mit der Idee des Konfuzianismus als Medium erklärten die Aufklärer den westlichen Menschenrechtsgedanken.¹⁴

Nach der Analyse von *Michiari Uete* (einem Experten für die politische Ideengeschichte Japans) haben die Aufklärer bei ihrem Verständnis des Naturrechts das Konzept der *shushi-gaku* über die menschliche „Natur“ und die gesellschaftliche Ordnung folgendermaßen überwunden: Beim konfuzianistischen Konzept wurde die menschliche Natur mit der Grundnorm der Sozialordnung der „fünf Beziehungen“ und der „fünf konfuzianischen Kardinaltugenden“ (*gorin gojō*: 五倫·五常) verbunden.¹⁵ Dagegen sahen die Aufklärer die Natur der Menschen in der „Emotion“ und dem „Streben“ und betrachteten „Selbstliebe und Selbstständigkeit“ (*jiai jiritsu no kokoro*: 自愛自立の心) und „Streben nach Freiheit und Unabhängigkeit“ (*fuki jiritsu no jō*: 不羈自立の情) als Grundlage der Rechte und der Freiheit der Menschen. Nach diesem Verständnis wird die Sozialordnung als Beziehungen zwischen freien und unabhängigen Menschen „a posteriori“ aufgebaut. Uete weist jedoch darauf hin, dass die japanischen Aufklärer wie Hiroyuki Katō und Amane Nishi noch nicht ganz frei von der Idee der menschlichen Natur imma-

12 K. TSUCHIDA, *Jukyō nyūmon* [Einführung in den Konfuzianismus], (Tōkyō 2011) 62 ff.

13 Heute wird der Begriff „*seihō*“ nicht mehr verwendet, sondern der Begriff „*shizen-hō* (自然法)“.

14 UETE (Fn. 11) 38.

15 Unter den „fünf Beziehungen“ versteht man die Verhältnisse der verwandtschaftlichen Nähe zwischen Vater und Sohn, der Rechtlichkeit zwischen Fürst und Untertan, der Trennung der Sphäre bei Mann und Frau, der rechten Reihenfolge zwischen Älteren und Jüngeren und der Glaubwürdigkeit unter Freunden. Bei den konfuzianischen Kardinaltugenden handelt es sich um Menschlichkeit, Rechtlichkeit, sittliches Empfinden, Klugheit und Glaubwürdigkeit. H. VAN ESS, *Der Konfuzianismus* (München 2009) 32 ff.

nenten „sozialen Natur“ (*shakai-sei*) und „moralischen Natur“ waren. Sie erklärten die Grenze der Menschenrechte nicht aus dem Gesichtspunkt der Gegenseitigkeit der Rechte der Einzelnen, sondern aufgrund der „sozialen Natur“ bzw. „moralischen Natur“ des Menschen.¹⁶

Der von japanischen Aufklärern propagierte Gedanke, dass eine Gesellschaft sich auf vom Himmel verliehenen Menschenrechten (*tenpu jinken*) oder Naturrecht (*seihō*) aufbaue, gab der Bewegung für Freiheit und Bürgerrechte ihren theoretischen Ansatz. Die *tenpu jinken* fungierten als theoretische Grundlage für die Bewegung, die sich mit der *Meiji*-Regierung auseinandersetzte. Wie wurden aber noch allgemeiner „subjektive Rechte“ in der Bewegung verstanden?

IV. TRANSLATION DER SUBJEKTIVEN RECHTE

Zur Unterscheidung der „westlichen“ Rechtsordnungen von den „fernöstlichen“ stellte die zweite Auflage der Einführung in die Rechtsvergleichung (Zweigert/Kötz) die folgenden drei Merkmale auf: 1. Die wichtigen Fragen des Gemeinschaftslebens seien in erster Linie durch Regeln des objektiven Rechts geordnet. 2. Innerhalb dieser Regeln stünden jedermann bestimmte in Gesetzesrecht und Rechtsprechung allgemein umschriebene Rechte zu. 3. Streit um diese Rechte werde durch das staatliche Gerichtsverfahren nach Maßgabe des objektiven Rechts mit bindender Wirkung für beide Parteien beigelegt.¹⁷ Dem als zweiten Merkmal genannten (subjektiven) Recht entspricht in der japanischen Sprache das Wort *kenri* (権利). Dieser Begriff ist heute selbstverständlich für Menschen in Japan, wurde jedoch

16 UETE (Fn. 11) 39 f. Man sollte allerdings vorsichtig sein, damit allgemein zu sagen, dass die Menschenrechtsvorstellung in Japan noch heute vom Konfuzianismus beeinflusst ist. In der Rechtsprechung und dem Schrifttum kurz nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs kann man jedoch noch Anklänge hinsichtlich des Verhältnisses zwischen fundamentalen Menschenrechten und Gemeinwohl finden. Dort wurde das Gemeinwohl als ein quasi neben den Grundrechten stehender Grundsatz angesehen und die Grundrechte ließen sich relativ einfach durch das Gemeinwohl einschränken. Seit Ende der 1960er Jahren nimmt die OGH-Rechtsprechung die Einschränkung der Grundrechte durch die Abwägung der widerstreitenden Interessen in einem konkreten Fall vor. Vgl. N. ASHIBE, *Kenpō-gaku, II Jinken sōron* [Verfassungsrechtslehre, II. Allgemeine Lehren der Menschenrechte], (Tōkyō 1994) 200 ff. Es sei jedoch noch heute auf den Vorzug der Gruppe vor dem Einzelnen in Menschenrechtsvorstellungen in Japan hingewiesen. Vgl. M. NAKAMURA, *Nihon ni okeru ōbei kara no jinken kan'nen no dō'nyū to tenkai* [Einführung und Entwicklung der Menschenrechtsvorstellungen aus westlichen Ländern in Japan], in: *Hokudai Hōgaku* 47 (1997) 1684.

17 K. ZWIEGERT/H. KÖTZ, Einführung in die Rechtsvergleichung. Bd. I – Grundlagen. (2. neubearb. Aufl., Tübingen 1984) 404 f.

erst in der Modernisierungszeit Japans in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts eingeführt. Vor der *Meiji*-Zeit fehlte bei Japanern die Vorstellung des subjektiven Rechts. Es gab deshalb keinen dem (subjektiven) Recht bzw. dem englischen *right* entsprechenden Begriff.¹⁸

Der Begriff *kenri* (權利) taucht in China bereits sehr früh, u. a. in Schriften des *Xunzi* aus dem 3. Jhd v. Chr. und im Geschichtsbuch *Han Shu* auf. Auch in Japan kann man Beispiele der Verwendung dieses Worts im 17. Jhd. finden. Dieses Wort wurde jedoch im Sinne von Macht oder Gütern verwendet und hatte nicht die Bedeutung *right* oder „subjektives Recht“.¹⁹ Als eine Übersetzung des Begriffs *right* wurde *kenri* (權利) zum ersten Mal in der chinesischen Übersetzung von Henry Wheatons „Elements of International Law“ durch den amerikanischen Missionar William Martin (1864) verwendet. Martins chinesische Übersetzung wurde dann schon im folgenden Jahr (1865) weiter ins Japanische übersetzt und dort weit verbreitet. Der Begriff *right* wurde in China und Japan zuerst im völkerrechtlichen Zusammenhang eingeführt.²⁰

Da die Rechtsordnung bis zum *Tokugawa*-Shogunat auf dem Strafrecht basierte und das Zivilrecht, das rechtliche Verhältnisse zwischen Personen regelt, sich dagegen nicht unabhängig und als einheitliches Rechtsgebiet entwickelte, hatte man am Anfang der *Meiji*-Zeit in Japan Schwierigkeiten, den Begriff *right* bzw. „(subjektives) Recht“ im oben erwähnten Sinne zu verstehen.²¹ Anfang der *Meiji*-Zeit gab es deshalb große Bemühungen, den

18 Vgl. N. HOZUMI, *Kenri no kansō* [Gedanken über das subjektive Recht], in: *Hozumi Nobushige ikō-shū* [Sammlung der nachgelassenen Schriften von Nobushige Hozumi], (Tōkyō 1932) 36.

19 Vgl. I. HAN, *Shinmatsu ni okeru kenri kan'nen no juyō. Liang Ch`i-Ch`ao no kenri-ron wo chūshin ni* [Aufnahme des Gedankens des Rechts im Ende der Qing-Zeit. Auffassung von Liang Ch`i-Ch`ao über Recht], in: *Sanyō ronsō* Bd. 6 (1999) 48. M. MAEDA, *Kenri to kenri oboegaki* [Momorandum über das Recht], in: *Hō to seiji*, Bd. 25 Nr. 3-4 (1975) 323. Das Zeichen 利 hat die Bedeutung „Interesse“ oder „Vorteil“.

20 Es sei darauf hingewiesen, dass das Subjekt des Völkerrechts der Staat ist und deshalb „right“ in China und Japan eher mit dem Begriff *kenri*, der im Sinne von Macht oder Interesse verwendet worden war, assoziiert werden konnte. Vgl. T. ŌNO/T. MORIMOTO/K. YOSHINAGA, *Kindai hō-shisō nyūmon* [Einführung in die Geschichte des modernen Rechtsdenkens], (Tōkyō 2016) 8.

21 M. FUKUSHIMA, *Meiji ishin go no nihon e no seiyō-hō no keiju to kokumin kakusō no hō-ishiki* [Rezeption des westlichen Rechts in Japan nach der *Meiji*-Restauration und Rechtsbewusstsein in den Bevölkerungsschichten], in: T. YOSHII u. a. (Hrsg.), *Fukushima Masao chosaku-shū. Dai 6 kan. Hikaku-hō* [Werksammlung von Masao Fukushima. Bd. 6 – Rechtsvergleichung], (Tōkyō 1995) 240 f. Wie dem unten erwähnten Disput (Fn. 25) entnommen werden kann, war es in der noch von der früheren Ständegesellschaft beeinflussten Gesellschaft vor allem für den herr-

Begriff *right* so ins Japanische zu übersetzen, dass diese Übersetzung den Menschen auch den ursprünglichen Sinn dieses Begriffs im Westen vermitteln konnte. Im Rahmen dieser Bemühungen wurden verschiedene japanische Zeichenkombinationen als Übersetzung für den Begriff des subjektiven Rechts vorgeschlagen, neben dem erwähnten *kenri* (権利) auch die gleichlautenden Schriftzeichen 権理 sowie *tsūgi* (通義) und als Kombination *kenri tsūgi* (権利通義). Für die Rechtswissenschaft wichtig ist, dass *Rinshō Mitsukuri* zu Beginn der *Meiji*-Zeit (1869) in seiner Übersetzung der französischen Gesetze für *droit* als Übersetzung *kenri* (権利) aus Martins Übersetzung von „Elements of International Law“ übernommen hat.²² Dieser von Mitsukuri eingeführte Begriff *kenri* (権利) wurde danach in Gesetzen, Rechtsverordnungen, Verwaltungsdokumenten usw. ausschließlich verwendet.²³ In der Bewegung für Freiheit und Bürgerrechte wurden dagegen eher andere Übersetzungen, vor allem *kenri* (権理) gebraucht. Bis zur zweiten Hälfte der 1880er Jahre, als die Bewegung an Bedeutung verlor, wurde die Übersetzung subjektiver Rechte zu *kenri* (権利) mit dem Schriftzeichen 利 für Interesse oder Vorteil vereinheitlicht.²⁴

Mitsukuri hat weiterhin bei der Übersetzung des französischen Code Civil auch den Begriff *droit civil* mit *minken* (民権) übersetzt.²⁵ Dieser Begriff *minken* wurde durch die Bewegung für Freiheit und Bürgerrechte *jiyū min-*

schenden Kriegerstand schwierig zu verstehen, dass auch den zahlreichen Menschen, die bisher den unteren Ständen angehört hatten, Rechte zustehen sollten. Man kann sich aber auch fragen, wie die Angehörigen der oberen Stände selbst das ihnen zustehende Recht verstehen konnten. Der Historiker *Norio Makihara* erörtert in seiner Studie, dass die „Mentalität als Gast im Land“ (*kyakubun ishiki*) – also das Bewusstsein, dass sie nicht Mitglieder ihres eigenen Landes seien – in der früheren *Meiji*-Zeit unter weiten Bevölkerungskreisen außerhalb des ehemaligen Kriegerstandes noch vorgeherrschte habe. N. MAKIHARA, *Kyakubun to kokumin no aida. Kindai minshū no seiji ishiki* [Zwischen dem Gast und dem Volk. Politisches Bewusstsein der modernen Bevölkerung], (Tōkyō 1998). Mit dieser Mentalität verlangten sie vom Herrschenden etwas aus Gnade oder Tugend, nicht als Forderungen auf Basis des Rechts.

- 22 A. DUDDEN, Japan and International Terms, in: L. Liu (Hrsg.), *Token of Exchange. The Problem of translation in global circulations* (Durham/London 1999) 170.
- 23 MAEDA (Fn. 19) 376 ff.
- 24 K. SAWAME, *Bakumatsu ishin-ki ni okeru seiyō kenri kan'nen no dō'nyū to sono rikai* [Die Einführung und das Verständnis des westlichen Rechts am Ende der Zeit des Shogunats und der *Meiji*-Restauration], in: Shimane kenritsu daigaku Nishi Amane kenkyū-kai (Hrsg.), *Nishi Amane to nihon no gendai* [Amane Nishi und die Moderne Japans], (Tōkyō 2005) 358.
- 25 F. ŌTSUKI (Hrsg.), *Mitsukuri Rinshō kun den*, in: KATŌ/MARUYAMA (Fn. 3) 306. Er legte seine Übersetzung dieses Begriffes zur Diskussion einer Kommission vor. In der Kommission wurde heftig über die Frage diskutiert, wie ein *ken* der Bevölkerung zustehen könne. 民 bedeutet „zivil“, aber auch „Volk“.

ken undō (自由民権運動) als von ihr geforderte Rechte übernommen. Allerdings verstand man unter dem Begriff *minken* in der Bewegung *people's rights*.²⁶ Dadurch wandelte sich die Bedeutung des übersetzten Begriffs.

V. DAS RECHT DER BÜRGER UND DAS RECHT DES STAATES

Der Historiker *Douglas Howland* hat in einer Studie japanische Originalquellen sowie Übersetzungen der westlichen Schriftwerke, Abhandlungen und Zeitungsartikel sehr sorgfältig untersucht und analysiert, wie die durch Übersetzung eingeführten Begriffe *kenri*, *ken* oder *minken* sich in der Zeit der Bewegung für Freiheit und Bürgerrechte entwickelt und wie sich ihre Bedeutungen im gesellschaftlichen Kontext verändert haben.²⁷ Dabei hat er darauf hingewiesen, dass das Schriftzeichen *ken* (権) mehrdeutig ist und in der oben erwähnten Übersetzung Martins die folgenden drei Bedeutungen hat: 1. Macht *kenryoku* (権力), 2. Autorität *ken'i* (権威) und eben 3. (subjektives) Recht.²⁸ Die Besonderheit dieses Schriftzeichens 権, dass es gleichzeitig zwei verschiedene Bedeutungen – Recht *kenri* (権利) einerseits und Macht *kenryoku* (権力) andererseits – hat, prägte den Diskurs und die Vorstellung von subjektiven Rechten bzw. Menschenrechten in der Bewegung stark und begrenzte die Entwicklung der Vorstellung von Rechten in Japan.

Im Diskurs um „Rechte“ in der Bewegung für Freiheit und Bürgerrechte wurde das Gewicht eher auf das Recht der politischen Partizipation der „*min*“, also der Bürger als kollektives Subjekt gegenüber dem Herrschenden gelegt, d. h. es ging darum, wem die Regierungsgewalt im Staat (*seiken* 政権) zustehen solle. Anfang der 1880er Jahre wurden zahlreiche private Entwürfe für eine Verfassung innerhalb der Bewegung vorgelegt. Abgesehen von einigen Ausnahmen erschöpften sich die Diskussionen zu diesen privaten Entwürfen fast ausschließlich in einem Streit um die Souveränität (*shuken* 主権).²⁹ Der Diskurs um subjektive Rechte des Einzelnen (also der allgemein umschriebenen Rechte im Sinne des oben erwähnten Gebrauchs durch Zweigert/Kötz oder der *minken* im Sinne Mitsukuris) und um Menschenrechte (*jinken* 人權) wurde dagegen in dieser Bewegung nicht vertieft. Wohl aus diesem Grund kritisierte Fukuzawa die Bewegung von Anfang an.

26 Mitsukuri dürfte das Wort 民 als Bedeutung von „privat“ bzw. „zivil“ verwendet haben.

27 D. HOWLAND, *Translating the West. Language and Political Reason in Nineteenth-Century Japan* (Honolulu 2002) 122 ff.

28 HOWLAND (Fn. 27) 125.

29 Der Entwurf von *Emori Ueki* wird als einer der wenigen Entwürfe genannt, die einen detaillierten Menschenrechtskatalog aufweisen, abgedruckt in: S. IENAGA, *Meiji bungaku zenshū* 12 [Gesamtsammlung der *Meiji*-Literatur, Bd. 12], (Tōkyō 1973) 173 ff.

In der Bewegung wurde den *minken* als Rechte der Gesamtheit der Bevölkerung, die der Regierung gegenübersteht, die Aufmerksamkeit geschenkt. Die Vorstellung des Rechts des Einzelnen bzw. des privatrechtlichen subjektiven Rechts innerhalb dieser Gesamtheit blieb in der Bewegung dagegen schwach.³⁰ Des Weiteren wurde vor dem Hintergrund der Gefahr durch die westlichen Kolonialmächte und der Ambitionen der *Meiji*-Regierung zur Bildung eines „starken und wohlhabenden Staates“ auch „das Recht des Staates“ (*kokken* 国権) betont und dieses dem Begriff *minken* gegenüberstellt. Mit diesem Begriff *kokken* wurde die Behauptung aufgestellt, dass Rechte und Freiheit der Bürger erst nach der Etablierung einer starken Macht des Staates verwirklicht werden könnten.

Vor dem Hintergrund der radikalen Forderung nach *minken* – hier in der Bedeutung eines Rechts auf Partizipation – und der Diskussion um die Souveränität distanzieren sich die Aufklärer von ihren früheren Bemühungen um die Einführung der Gedanken der vom Himmel verliehenen Menschenrechte (*tempu jinken*) und des Naturrechts (*seihō*) in Japan und fungieren nun als Unterstützer einer allmählichen Reform.³¹ Zum Beispiel verstand Amane Nishi in seinen Schriften *kenri* restriktiv als Rechte im Verhältnis zwischen Privaten innerhalb der gesetzlichen Regelungen und bei ihm fehlt der Gesichtspunkt der *minken* im Sinne eines Rechts auf politische Partizipation.³² Hiroyuki Katō, der selbst den Gedanken der *tempu jinken* eingeführt hatte, zog seine bisherige Lehre vom Naturrecht zurück und forderte von einem sozialdarwinistischen Standpunkt aus die Lehre von den *tempu jinken* heraus.³³ Nachdem die *Meiji*-Regierung 1881 die Einrichtung eines Parlaments angekündigt und sich entschieden hatte, eine Verfassung nach dem preußischen Modell zu schaffen, verlor die Lehre von den *tempu jinken* – der Gedanke der vorstaatlichen und naturrechtlichen Menschenrechte – mit dem Niedergang der Bewegung ihre Bedeutung im Rechtsdiskurs Japans.

Wie oben erwähnt, wurde die Diskussion um subjektive Rechte des Einzelnen oder privatrechtliche Rechte nicht vertieft. In den 1880er Jahren wurde neben der Verfassung auch die Arbeit an einem neuen Zivilgesetz unter der Leitung des französischen Rechtsberaters der *Meiji*-Regierung

30 Dazu vgl. T. ISHIDA, *Nihon kindai shisō-shi ni okeru hō to seiji* [Recht und Politik in der Gedankengeschichte des modernen Japan], (Tōkyō 1976) 102 f. sowie 120 f.

31 Es muss auch berücksichtigt werden, dass die Aufklärer, abgesehen von Fukuzawa, der durchaus im nichtstaatlichen Bereich tätig war, nach der *Meiji*-Restauration innerhalb der Regierung beschäftigt waren.

32 SAWAME (Fn. 24) 373 ff.

33 In seiner 1874 veröffentlichten Schrift unterschied Katō das Recht nach privatrechtlich und öffentlich-rechtlich und argumentierte, dass *tempu jinken* im öffentlich-rechtlichen Bereich nicht anzuerkennen seien. Vgl. UETE (Fn. 11) 59.

Gustave Émile Boissonade unternommen, das unter dem Einfluss des französischen Code Civil und des Naturrechtsgedankens stand. Wie bekannt ist, trat dieses sog. alte Zivilgesetz (*Kyū-minpō*) nie in Kraft. Bei dem sog. Kodifikationsstreit (*hōten ronsō*) (1889–1892) behauptete Hiroyuki Katō auf der Seite der Gegner des Boissonade'schen Entwurfs:

„Nach dem Verständnis der Verfassung entstehen alle Rechte der Japaner, egal ob es öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche sind, erst nach der Verleihung durch den Staat (Staatssoverän). Das (alte) Zivilgesetz und das (alte) Handelsgesetz basieren dagegen auf dem Gedanken des Naturrechts, das vorsieht, dass der Mensch bereits vor der Staatssoveränität die vom Himmel verliehenen Rechte besitze. Dieser Grundsatz der Gesetzbücher entspricht nicht der Verfassung.“³⁴

Hier wurde der Gedanke des vorstaatlichen Naturrechts völlig verneint und der Staat wurde als Quelle aller subjektiven Rechte betrachtet. Gegen diese Argumentation konnten die ehemaligen Führer der Bewegung für Freiheit und Bürgerrechte keine effektive Widerrede mehr erheben. Im ersten Artikel des neuen Zivilgesetzes (heute Art. 3) stand geschrieben: Der Genuss privater Rechte (*shiken* 私権) beginnt mit der Geburt. Um das Missverständnis zu vermeiden, dass Menschen „angeborene“ Rechte besitzen, schlug *Nobushige Hozumi*, einer der Verfasser des neuen Zivilgesetzes, vor, im Verhältnis zur Verfassung hier besonders mit dem Begriff der privaten Rechte (*shiken*) anstatt einfach nur der (subjektiven) Rechte schlechthin (*kenri*) zu arbeiten.³⁵

Der Experte für politische Ideengeschichte Japans *Takeshi Ishida* untersuchte, wie häufig der Begriff *kenri* von Mitte der 1880er Jahre bis in die 1930er Jahre in Rechtszeitschriften, in Ansprachen der Justizminister und der Präsidenten des Reichsgerichtshofs (*Daishin-in*) erwähnt wurde, und belegte, dass der Begriff nach dem Niedergang der Bewegung für Freiheit und Bürgerrechte seine Bedeutung in der Rechtspolitik verloren hat.³⁶ Wie oben erwähnt, wurde seit Mitte der 1880er Jahre für den Begriff „subjektives Recht“ einheitlich das Wort *kenri* (権利) verwendet. Die Begriffe „(subjektives) Recht“, „Freiheit“ oder „Gesellschaft“, die für Japaner in der *Meiji*-Zeit schwierig zu verstehen waren und um deren angemessene Übersetzung man rang, wurden auch ohne Erklärungen mit *kenri* (権利), *jiyū* (自由)

34 Zitiert nach N. TOSHITANI, *Meiji zenki no hō-shisō to saiban-seido* [Rechtsgedanken und Gerichtssystem in der frühen *Meiji*-Zeit], *Hōritsu jihō* 35 (1963) 9 (Übers. des Verf.).

35 A. OMURA, *Minpō dokkai sōsoku-hen* [Die Lektüre und die Interpretation des Zivilgesetzes. Allgemeiner Teil], (Tōkyō 2009) 9.

36 ISHIDA (Fn. 30) 98 ff.

und *shakai* (社会) übersetzt.³⁷ Dies wirft die Frage auf, ob diese Begriffe in der japanischen Gesellschaft fest verankert wurden und ob sich ein festes Verständnis von diesen aus dem Westen eingeführten Begriffen etablieren konnte. Sie werden seitdem eher als japanische Begriffe verstanden, die mit den ursprünglichen Bedeutungen und dem Kontext in ihren Ursprungsländern nicht mehr fest verbunden sind.

VI. TÄTIGKEIT DER MINKEN-JURISTEN UND JUSTIZPOLITIK DER FRÜHEREN MEIJI-ZEIT

Nachdem Begriffe wie Naturrecht oder subjektive Rechte einmal in die japanischen Begriffe *seihō* bzw. *kenri* übersetzt worden waren, entwickelten und veränderten sich diese Begriffe im japanischen Kontext. Diese in der neuen Gesellschaft eingeführten Begriffe behalten jedoch auch noch die universale Bedeutung der ursprünglichen Begriffe bei. Der universale Inhalt der Begriffe kann durch Übersetzung und Verbreitung dieser übersetzten Begriffe in der Gesellschaft überliefert werden.³⁸ Durch die oben vorgenommenen Erörterungen kann der Gesichtspunkt noch nicht ausreichend erklärt werden, wie die ins Japanische übersetzte Idee von subjektiven Rechten bzw. Menschenrechten in der Bevölkerung verbreitet und verankert wurde. Im Rahmen dieses Beitrags könnte man sich dabei fragen, welche Rolle sog. *minken*-Juristen bzw. -Anwälte in der früheren *Meiji*-Zeit gespielt haben. Wie übermittelten sie diese neue Idee an die Bevölkerung? Wie machten sie die neu eingeführten subjektiven Rechte der Bürger konk-

37 Der Übersetzer *Yōichi Yamaoka*, der die Übersetzungen von John Stuart Mills „On Liberty“ durch *Masanao Nakamura* im Jahre 1872 und durch *Masajirō Takahashi* im Jahre 1895 verglichen hat, stellt in seinen Erläuterungen diese Frage. Bei Nakamuras Übersetzung, die einer der theoretischen Wegbereiter für die Bewegung für Freiheit und Bürgerrechte war, wurde der Begriff *society* je nach Zusammenhang mühsam verschieden übersetzt. Dagegen verwendete die 23 Jahre später und nach dem Ende der Bewegung erschiene Übersetzung von Takahashi das Wort *shakai* (社会) als die Übersetzung für den Begriff *society*. Y. YAMAOKA, *Takahashi Masajirō „jiyū no kenri“ hanrei* [Vorbemerkung zu „*jiyū no kenri*“ von Takahashi Masajirō], in: A. Yanabu/A. Mizuno/M. Naganuma (Hrsg.), *Nihon no hon'yaku-ron* [Die Lehren der Translation in Japan], (Tōkyō 2010) 93 f. Vgl. auch ISHIDA (Fn. 30) 81

38 Übersetzungswissenschaftler *Akira Yanabu* argumentiert, dass der ins Japanische übersetzte Begriff *kenri* inhaltlich zwar nicht identisch mit dem ursprünglichen Begriff *rights* gewesen sei (der Begriff *rights* habe nicht die Bedeutung von *power*, dagegen sei dies wesentlicher Bestandteil des japanischen Begriffs gewesen), er aber auch die ursprüngliche Bedeutung von *rights* beinhaltet habe und diese Bedeutung allmählich in Japan angenommen worden sei. A. YANABU, *Honyaku-go seiritsu jijō* [Umstände um die Entstehung der Übersetzungswörter], (Tōkyō 1982) 172.

ret geltend? Obwohl die Untersuchung aus dieser Perspektive noch eine zukünftige Aufgabe ist, möchte ich hier darauf hinweisen und im Folgenden die Bedeutung der Bewegung für Freiheit und Bürgerrechte und die Justizpolitik der früheren *Meiji*-Zeit aus dieser Perspektive heraus kurz erörtern.

Von 1869 bis 1874 übersetzte Rinshō Mitsukuri sechs wichtige französische Gesetze ins Japanische und veröffentlichte diese als „*furansu hōritsu-sho*“ (「仏蘭西法律書」 „Französische Gesetzbücher“). Die damaligen japanischen Richter hielten diese Übersetzungen für „Schatzbücher“ und machten von diesen Gebrauch als Quellen für *jōri* (条理) bei ihren Gerichtsentscheidungen.³⁹ „Französische Gesetzbücher“ waren auch unter Beteiligten der Bewegung für Freiheit und Bürgerrechte als Lesestoff für die Gedanken und Grundsätze des modernen Rechts weit verbreitet.⁴⁰ Die Vorlesung von Boissonade über das Naturrecht in der Rechtsschule des Justizministeriums wurde auch ins Japanische übersetzt und 1877 als „*Seihō kōgi*“ (Naturrechtsvorlesung) publiziert.⁴¹ Diese Schrift wurde auch in der Bewegung von zahlreichen Engagierten gelesen.

Für die Verbreitung der Idee der subjektiven Rechte sollte man auch die Tätigkeit der sog. *minken*-Aktivisten (derjenigen, welche aktiv an der Bewegung für Freiheit und Bürgerrechte beteiligt waren) in den 1870er Jahren nicht unterschätzen. Es ist bekannt, dass sich viele Rechtsanwälte (damals „*daigen-nin*“ genannt) neben Journalisten und Lehrern in der Bewegung für Freiheit und Bürgerrechte engagierten. Viele dieser Juristen waren ehemalige Beamte der *Meiji*-Regierung und waren auch fremdsprachlich ausgebildet. Zahlreiche ausländische Gesetze und Rechtslehr- bzw. -fachbücher wurden auch in den 1870er Jahren von ihnen ins Japanische über-

39 So z.B. der damalige Justizbeamte *Shoichi Inoue*, siehe Y. NODA, *Nihon ni okeru gaikoku-hō no sesshu. Furansu-hō* [Aufnahme des ausländischen Rechts in Japan. Französisches Recht], in: M. ITŌ (Hrsg.), *Gaikoku-hō to nihon-hō, Iwanami-kōza gendai-hō*, Bd. 14 (Tōkyō 1966) 188. „*Jōri*“ kann mit *naturalis ratio*, Natur der Sache, Vernunft usw. übersetzt werden und sollte in der Zeitphase des Aufbaus der modernen Rechtsordnung als Rechtsquelle fungieren. *Jōri* wurde durch eine Regierungsverordnung „Dienstvorschrift für Richter (*saiban jimu kokoroe*)“ (Dajōkan-Verordnung Nr. 103/1875) eingeführt, deren Art. 3 lautet: „Sollte beim Zivilprozess weder geschriebene Gesetze noch Gewohnheitsrecht bestehen, sollten Richter den Fall unter Berücksichtigung von ‚*jōri*‘ entscheiden.“ Zu *jōri* vgl. G. RAHN, *Rechtsdenken und Rechtsauffassung in Japan*, (München 1990) 89 f. Zum Verhältnis von *jōri* zum Gewohnheitsrecht und zum französischen Recht als möglichen Ursprung dieses Begriffs siehe M.S.-H. Kim, *Law and Custom in Korea. Comparative Legal History*, (Cambridge 2012) 71 ff.

40 T. YOSHII, *Kindai nihon no kokka keisei to hō* [Staatsbildung und Recht im modernen Japan], (Tōkyō 1996) 383.

41 Im Internet verfügbar unter: <http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/785841>.

setzt und aufgrund der Übersetzung viel gelesen.⁴² Nachdem sie ihre Ämter quittiert hatten, eröffneten diese Leute kleine private Rechtsschulen an verschiedenen Orten in Japan und lasen französisches Recht oder englisches Recht auf Japanisch.⁴³ Auch große Vereine für die Bewegung für Freiheit und Bürgerrechte errichteten nebenbei Rechtsschulen bzw. Rechtsinstitute, die sich den „Schutz der Rechte“ zum Ziel setzten und Rechtsunterricht und Vertretung bzw. Verteidigung als ihre Aufgaben ansahen.⁴⁴ Hier soll die Aufmerksamkeit auch auf die Tätigkeit einzelner *minken*-Aktivisten gerichtet werden. Ein Beispiel ist der bekannte *minken*-Aktivist und in Großbritannien ausgebildete Jurist *Tatsui Baba*. Er referierte Rechtskunde häufig in öffentlichen Vorträgen und unterrichtete Handelsrecht und Vertragsrecht in der kaufmännischen Schule der Mitsubishi. Seine Vorlesungen wurden auch veröffentlicht.⁴⁵

Auch nach den Erörterungen der Bewegung für Freiheit und Bürgerrechte in den vorhergehenden Abschnitten ist es schwierig zu bewerten, wie groß der Einfluss der Bewegung auf die Rechtsvorstellungen in Japan tatsächlich war. Diese Tätigkeit der *minken*-Aktivisten bzw. *minken*-Juristen dürfte jedoch zu dem Verständnis und der Akzeptanz des eingeführten Begriffs des subjektiven Rechts nicht wenig beigetragen haben. Die Aufnahme der neuen Begriffe in der Gesellschaft ist auf jeden Fall ein langfristiger sozialer Prozess. Nach dem Niedergang der Bewegung für Freiheit und Bürgerrechte wurde diese Tätigkeit weiter von Rechtsanwälten übernommen. Hier sei allerdings darauf hingewiesen, dass die Anzahl der Rechtsanwälte in Japan im internationalen Vergleich bis heute sehr gering ist und diese quantitative Beschränkung der Juristen einen Einfluss auf die Vorstel-

42 Der Historiker *Daikichi Irokawa* zählt die Rechtsbücher, die von einem *minken*-Aktivisten gelesen wurden, auf. Vgl. D. IROKAWA, *Meiji no bunka* [Meiji-Kultur], (Tōkyō 2007) 120 f.

43 M. TANI, *Bengoshi no tanjō. Sono rekishi kara nani o manabuka* [Entstehung der Rechtsanwaltschaft. Was lernt man aus ihrer Geschichte?], (Tōkyō 2012) 42 ff. Diese privaten Rechtsschulen (*hōritsu kenkyū-sho*) in der früheren Meiji-Zeit waren mit den privaten Rechtshochschulen (z.B. Meiji Hōritsu gakkō), die in den 1880er Jahren zumeist in Tōkyō gegründet wurden, nicht vergleichbar (eher vielleicht mit den sog. *shijuku* der Edo-Zeit – kleine private Schulen, in denen ein Gelehrter des Konfuzianismus (*jugaku*), der japanischen Philologie (*kokugaku*) oder der sog. Holandswissenschaft (*rangaku*) unterrichtete). Einige dieser Schulen entwickelten sich aber zu späteren privaten Rechtshochschulen.

44 M. KOGA, *Nihon bengoshi-shi no kihonteki sho-mondai* [Grundlegende Fragen der Geschichte der japanischen Rechtsanwaltschaft], (Tōkyō 2013) 77 f.

45 Vgl. T. OZAWA, *Baba Tatsui no shōhō kōgi* [Handelsrechtsvorlesung von Tatsui Baba], in: T. ANZAI/J. IWATANI/S. MORI (Hrsg.), *Fukuzawa Yukichi no hō-shisō* [Rechtsdenken von Fukuzawa Yukichi], (Tōkyō 2002) 197 ff.

lung subjektiver Rechte bzw. Menschenrechte in der Bevölkerung genommen haben könnte.

In den ersten Jahren der *Meiji*-Zeit begannen die Vorbereitungen für und die Arbeiten an den Kodifikationen. Die für Japaner neuen Begriffe subjektive Rechte oder Menschenrechte wurden auch in dieser Zeit ins Japanische übersetzt. Wie entwickelte sich dann das Gerichtswesen als Apparat für die Durchsetzung der dem Einzelnen zustehenden Rechte? 1872 fing die *Meiji*-Regierung unter der Leitung des Justizministers *Shinpei Etō* an, das moderne Gerichtssystem aufzubauen. Ein Ziel dieser Reform durch Etō⁴⁶ war die Vereinheitlichung der Judikative und die Gewaltenteilung, vor allem die Abtrennung der rechtsprechenden Gewalt von der ausführenden Gewalt. Dieses Ziel wurde in der Justizdienstordnung (*Shihō shokumu teisei*) von 1872 zum Ausdruck gebracht. Die im gleichen Jahr erlassenen „Eide des Justizministeriums (*Shihō-shō seiyaku*)“ (Nr. 2) verkündeten die „Einhaltung des Gesetzes“ und den „Schutz der Rechte der Bevölkerung“ als wichtigste Aufgaben.⁴⁷ 1872 wurde ferner der Verwaltungsprozess eingeführt⁴⁸ und im folgenden Jahr wurden die neuen Regeln für das Zivilverfahren erlassen.⁴⁹

Bereits Anfang der *Meiji*-Zeit gab es viele Zivilklagen (siehe Tabelle im Anhang). Die absolute Klageanzahl dieser Zeit ist vergleichbar mit der im Jahre 1985 oder im Jahre 1990. Nach 1884 sank die Anzahl jedoch wieder stark ab. Für diese Entwicklung gibt es mehrere Erklärungen.⁵⁰ Der Rechts-

46 Shinpei Etō wird als eine Schlüsselfigur zur Förderung der Rechte der Bevölkerung in der frühen *Meiji*-Zeit betrachtet. Seine Gedanken wurden in einem Erlass vom August 1872 zum Ausdruck gebracht, der klar machte, dass der Sinn des Zivilgerichts in der Förderung der Rechte der Bevölkerung liegt. Weiterhin ließ er in einem Erlass vom Oktober des gleichen Jahres erklären, die Unterscheidung zwischen Herrschenden und Unterlegenen bzw. Hoch- und Tiefstehenden auf dem *shirasu* (der weißen Sandfläche = Gerichtshof) werde abgeschafft, Beamte, Adel und Bürger seien gleichberechtigt. Vgl. T. MÖRI, *Etō Shinpei. Kakushinteki kaikaku-sha no higeki* [Etō Shinpei. Tragödie eines radikalen Reformers], (ergänzte Aufl., Tōkyō 1997) 154 f.

47 T. MÖRI (Fn 46) 145 f. K. TAKESHITA, *Kansai Hōritsu gakkō no sōritsu to hō-shisō* [Die Gründung der Kansai-Rechtsschule und der Rechtsgedanke], *Kansai Daigaku nenshi kiyō* 24 (2015) 8 f.

48 Verfügung des Justizministeriums, Nr. 46 (*Shihō shōtatsu dai yonjūroku-gō*).

49 *Sotō bunrei, Dajōkan*-Verordnung Nr. 247.

50 Für die Anzahl der Klagen muss man auch beachten, dass die damalige Bevölkerung ca. 1/3 der heutigen betrug. Nach dem Platzen der sog. „Wirtschaft-Blase“ 1991 nahm die Anzahl der Zivilklagen rasch zu. Die Klagedichte in der zweiten Hälfte der 1870er bis zum Anfang der 1880er ist noch vergleichbar mit der im 21. Jhd. Nach Wollschläger korrelieren dieser Anstieg und das Absinken der Klagen mit der damaligen Wirtschaft bzw. wirtschaftlichen Ereignissen. C. WOHLSCHLÄGER, His-

soziologe und Rechtsgeschichtler *Nobuyoshi Toshitani* erörtert die Entwicklung der Klageanzahl im Zusammenhang mit der Bewegung für Freiheit und Bürgerrechte, aber auch mit der Justizpolitik der *Meiji*-Regierung.⁵¹ Nach Toshitani sollte die Einführung des Verwaltungsprozesses bewirken, dass gewaltsamer Widerstand und Selbstjustiz verhindert werde und die Unzufriedenheit und die Beschwerden der Bevölkerung stattdessen durch einen juristischen Prozess beigelegt werden könnten. Die neuen Regeln des Zivilprozesses hätten die Funktion gehabt, Streitigkeiten innerhalb einer Gemeinschaft in einem gerichtlichen Prozess zu kanalisieren und bisherige nur rein tatsächlich behauptete Interessen eines Bürgers in einer Gemeinschaft als „(gerichtlich durchsetzbares) Recht“ anzuerkennen. Diese Justizpolitik soll Toshitani zufolge zum großen Anstieg der Zivilklagen geführt haben.

Nach dem Rücktritt von Etō im Oktober 1873⁵² kehrte die *Meiji*-Regierung dieser Politik den Rücken. 1874 wurde der 1872 eingeführte Verwaltungsprozess abgeschafft, von 1875 bis 1879 wurde ein obligatorisches Güteverfahren durch den Richter vor der Klageerhebung (*kankai*) eingeführt. 1884 wurden die Prozessgebühren für den Zivilprozess eingeführt. Die Anzahl der Klagen sank deutlich nach 1884. Toshitani sieht in dieser Politik der *Meiji*-Regierung ihre Sorge davor, dass die Masse an Klagen die Politik der Regierung (insbesondere die Förderung der Wirtschaft und der Industrie) behindern, aber auch, dass der Kampf ums Recht die Regierung herausfordern könne.⁵³

Neben dem politischen Grund kann auch der Haushalt als Hintergrund der restriktiven Justizpolitik genannt werden.⁵⁴ Diese kurze Untersuchung

torical Trends of Civil Litigation in Japan, Arizona, Sweden, and Germany. Japanese Legal Culture in Light of Judicial Statistics, in: H. Baum (Hrsg.), *Japan. Economic Success and Legal System*, Berlin 1997. Der Zivilprozessrechtler *Reiji Hayashiya* hat die These vertreten, dass bisher nicht gelöste Konflikte bzw. nicht erfüllte Bedürfnisse nach Konfliktlösung mit dem Aufbau des Gerichtssystems zu Tage getreten seien und sich in den Gerichten rasch bemerkbar gemacht hätten. Diese Bedürfnisse seien mit der Zeit abgeflaut. Für seine Argumentation zeigt er, wie Zeitungen über die Gerichte berichteten und wie Bürger dadurch mit den Gerichten erst vertrauter geworden sind. R. HAYASHIYA, *Meiji-ki minji saiban no kindai-ka* [Modernisierung des Zivilgerichts in der *Meiji*-Zeit], (Sendai 2006) 123 ff.

- 51 N. TOSHITANI, *Nihon no hō o kangaeru* [Erörterungen des japanischen Rechts], (Tōkyō 1985) 5 ff. TOSHITANI (Fn. 34) 9 ff.
- 52 Nach seinem Rücktritt vom Amt des Justizministers reichte er im Jahr 1874 zusammen mit anderen früheren hochrangigen Beamten die Denkschrift zur Einrichtung eines Parlaments bei der Regierung ein. Vgl. Fn. 5.
- 53 TOSHITANI (Fn. 34) 12.
- 54 Vgl. J. IWATANI, *Chinmoku no hō-bunka. Kindai nihon ni okeru hō no katachi* [Schweigende Rechtskultur. Die Form des Rechts im modernen Japan], in: *Hōgaku kenkyū*, Vol. 82 (2009) Nr. 1, S. 134 f.

zeigt, dass die Durchsetzung des Rechts des Einzelnen durch die Justizpolitik gefördert, aber auch beschränkt werden kann. Die Akzeptanz und das Verständnis von den Begriffen der subjektiven Rechte oder Menschenrechte wurden und werden nicht nur durch die Wandlung der Bedeutung des ursprünglichen Begriffs im gesellschaftlichen Kontext, sondern auch von der Justizpolitik beeinflusst und geprägt.

VII. FAZIT

In diesem Beitrag wurde erörtert, wie der Begriff „subjektives Recht“ bzw. der Menschenrechtsgedanke in der ersten Hälfte der *Meiji*-Zeit ins Japanische übersetzt wurde, sich im Kontext der japanischen Gesellschaft wandelte und als ein eigener Begriff *kenri* (権利) in der Gesellschaft verankert wurde. Der Gedanke des Menschenrechts bzw. des Naturrechts wurde kurz vor der *Meiji*-Restauration von den sog. „Aufklärern“ eingeführt, um die alte gesellschaftliche Ordnung unter dem *Tokugawa*-Shogunat zu überwinden und einen Weg zur Modernisierung des Staates zu ebneten. Der hier übersetzte Begriff und Gedanke fungierte als eine Grundlage zur Bewegung für Freiheit und Bürgerrechte. In der Zeit der Bewegung entwickelten, aber veränderten sich diese übersetzten Begriffe *jinken*, *minken* und *kenri* auch durch die politischen Auseinandersetzungen, internationale Politik sowie die Konnotation der für die Übersetzung verwendeten Zeichen. Im Begriff *kenri* oder *minken* war die Bedeutung der Rechte der Einzelnen von Anfang an schwach. Zudem wurde im Diskurs um das Recht der Fokus eher auf das Recht zur politischen Partizipation gesetzt. Auch diese Seite der Bedeutung von *minken* oder *kenri* wurde nach dem Niedergang der Bewegung für Freiheit und Bürgerrechte von der *Meiji*-Regierung ausdrücklich verneint. Andererseits blieb die Konnotation der zwei Zeichen von *kenri* (*ken* 権 = Macht und *ri* 利 = Vorteil bzw. Interesse) im Begriff enthalten und davon wurden die Vorstellungen der subjektiven Rechte auch nach der Etablierung dieses Begriffs mehr oder weniger geprägt.

Die Idee von Menschenrechten oder subjektiven Rechten der Einzelnen wurde von *minken*-Juristen oder -Rechtsanwälten mit dem übersetzten Wort *kenri* und durch den Aufbau des Gerichtswesens in früheren Jahren der *Meiji*-Zeit in der Bevölkerung verbreitet. Dies erfolgte jedoch wegen der eingeschränkten Anzahl der Juristen und der restriktiven Justizpolitik erst allmählich durch einen sehr langfristigen sozialen Prozess.

ANHANG

Die erste Instanz, Zivilsachen, Eingänge und *kankai* und Anzahl der Richter und Rechtsanwälte in der *Meiji*-Zeit (1873–1912)

Jahr	Anzahl der Zivilsachen (Eingänge)	Anzahl der „ <i>Kankai</i> “	Anzahl der Richter	Anzahl der Rechtsanwälte
1873	47.850			
1874	140.993			
1875	323.588	16.792		
1876	271.397	174.329	466	174
1877	174.772	658.872	648	457
1878	139.205	644.997	701	577
1879	135.009	651.604	740	677
1880	131.813	675.218	854	799
1881	130.406	731.810	986	818
1882	37.531	874.739	1.169	914
1883	52.432	1.094.659	1.258	1.015
1884	30.158	760.992	1.266	1.029
1885	11.946	592.588	1.257	1.060
1886	12.073	509.975	1.174	1.037
1887	11.603	388.225	1.237	1.051
1888	11.737	327.600	1.265	1.120
1889	11.433	323.422	1.266	1.075
1890	13.264	372.907	1.289	1.345
1891	18.022		1.285	1.233
1892	15.390		1.257	1.423
1893	15.525		1.168	1.594
1894	17.046		1.169	1.562
1895	15.941		1.182	1.589
1896	16.475		1.188	1.578
1897	18.892		1.180	1.540
1898	23.495		1.113	1.464
1899	26.635		1.101	1.577

Jahr	Anzahl der Zivilsachen (Eingänge)	Anzahl der „ <i>Kankai</i> “	Anzahl der Richter	Anzahl der Rechtsanwälte
1900	28.556		1.111	1.590
1901	32.294		1.107	1.647
1902	31.448		1.130	1.727
1903	32.127		1.130	1.844
1904	28.727		1.089	1.908
1905	20.332		1.110	2.008
1906	17.790		1.116	2.027
1907	18.070		1.111	2.026
1908	20.084		1.098	2.006
1909	19.712		1.127	1.994
1910	20.183		1.066	2.008
1911	21.144		1.066	2.020
1912	22.846		1.109	2.036

Quellen: R. HAYASHIYA/I. SUGAWARA/M. HAYASHI (Hrsg.), *Tōkei kara mita meiji-ki no minji saiban* [Zivilprozess in der *Meiji*-Zeit aus der statistischen Sicht], (Tōkyō 2005), 75 ff., 87 f.

II. Allgemeines Zivilrecht

Die Rolle des öffentlichen Rechts beim Schutz von Vertragspartnern in Japan

*Marc Dernauer**

- I. Einleitung
- II. Gestalt der öffentlich-rechtlichen Vertragsregulierung
 - 1. Regulierungsformen in vertragsrechtlich-funktionaler Sicht
 - 2. Merkmale der öffentlich-rechtlichen Regelungen
- III. Folgerungen für die Funktion des Öffentlichen Rechts in Japan
 - 1. Besonders große Bedeutung des öffentlichen Rechts im Vertragsrecht und beim Schutz von Schwachen
 - 2. Tradition einer intensiven Modernisierung und Steuerung von oben
 - 3. Kultur der Streitvermeidung, Ausgleich von Rechtsdurchsetzungsdefiziten im Privatrecht und ergänzende Schutzfunktion des öffentlichen Rechts
- IV. Fazit

I. EINLEITUNG

Unter Vertragsrecht versteht man gemeinhin ein Regelungssystem, das die Sachfragen im Zusammenhang mit dem Vertrag von der vorvertraglichen Phase über den Vertragsschluss, den Vertragsinhalt, die Vertragserfüllung und Leistungsstörungen umfassend regelt.¹ Japan, Deutschland und praktisch alle entwickelten Länder verfügen über ein solches Regelungssystem. Auch auf Ebene der Europäischen Union (EU) gibt es ein solches Unionsvertragsrecht zumindest in Teilen.

Entsprechend der Natur von Verträgen, die unter Beteiligung von Individuen, privaten oder öffentlichen Vereinigungen oder Körperschaften geschlossen werden und meist der Befriedigung persönlicher oder wirtschaftlicher Bedürfnisse dienen, handelt es sich bei diesen Verträgen regelmäßig um privatrechtliche Verträge.² Das diese Verträge regelnde Vertragsrecht wird daher gemeinhin als privatrechtliche Regelungsordnung verstanden.

* Associate Professor Dr. iur., LL.M. (Tōhoku Universität); Juristische Fakultät der Chūō Universität, Tōkyō.

1 K. RIESENHUBER, EU-Vertragsrecht (Tübingen 2013) 1–2.

2 Öffentlich-rechtliche Verträge (Verwaltungsverträge), die als ein besonderes Rechtsinstrument der öffentlichen Verwaltung zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben in Japan und Deutschland anerkannt sind, sollen hier ausgeblendet werden.

Ist also vom Vertragsrecht die Rede, so ist damit regelmäßig ein Gebiet des Privatrechts und nicht des öffentlichen Rechts gemeint. Diese Feststellungen treffen im Grundsatz sowohl auf Deutschland als auch auf Japan zu. In Japan bilden die vertragsbezogenen Regelungen im Zivilgesetz (ZG)³ und im Handelsgesetz (HG)⁴ den Kern des Vertragsrechts, in Deutschland die entsprechenden Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) und des Handelsgesetzbuches (HGB). Hinzu kommt eine Vielzahl von zivilrechtlichen Sondergesetzen.⁵

Das Vertragsrecht gewährleistet insbesondere, dass eine von den Vertragsparteien getroffene Vereinbarung als rechtlich bindend anerkannt wird und sich gerichtlich durchsetzen lässt, mithin die Vertragsfreiheit und die Vertragsbindung (bzw. Vertragstreue). Diese Grundsätze des Vertragsrechts sind in Japan und Deutschland sogar verfassungsrechtlich geschützt.⁶ Gewöhnlich wird die Geltung des Prinzips der Vertragsbindung als Folge der Anerkennung der Vertragsfreiheit angesehen, denn Vertragsfreiheit bedeutet ja gerade die Freiheit zur vertraglichen Selbstbindung. Vertragsfreiheit ohne

3 民法 *Minpō*, Gesetz Nr. 89/1896.

4 商法 *Shōhō*, Gesetz Nr. 48/1899.

5 Als Beispiele für Japan können das Immobilienmietgesetz (借地借家法 *Shakuchi shakuya-hō*), Gesetz Nr. 90/1991, das Verbrauchervertragsgesetz (VerbrVG, 消費者契約法 *Shōhisha keiyaku-hō*), Gesetz Nr. 61/2000, das Arbeitsvertragsgesetz (労働契約法 *Rōdō keiyaku-hō*), Gesetz Nr. 128/2007 und das Versicherungsgesetz (保険法 *Hoken-hō*), Gesetz Nr. 56/2008, angeführt werden.

6 Wie in Deutschland wird die Vertragsfreiheit in der japanischen Verfassung (JV, 憲法 *Kenpō*) zwar nicht ausdrücklich als Schutzgut genannt, sie wird aber unstreitig entweder mittelbar von den in der japanischen Verfassung gewährleisteten Grundrechten (genauer eigentlich „Menschenrechten [人權 *jinken*]“) oder im Rahmen der institutionellen Garantie der Marktwirtschaft geschützt; vgl. M. DERNAUER, Verbraucherschutz und Vertragsfreiheit im japanischen Recht (Tübingen 2006) 100 (mit Nachweisen). Der OGH hat die Vertragsfreiheit als vom Recht auf wirtschaftliche Entfaltung (Art. 22, 29 JV) geschützt angesehen (OGH Entscheidung vom 12. Dezember 1973, Minshū Band 27 Nr. 11, 1536; zur „Abschlussfreiheit“), was in Japan auf breite Zustimmung stößt. Andere meinen, die Vertragsfreiheit sei vom Recht auf die allgemeine Persönlichkeitsentfaltung (Art. 13 JV) oder vom Recht auf den Schutz von Vermögensrechten (Art. 29 JV) mitumfasst. Zum Schutz der Vertragsfreiheit in Deutschland durch Art. 2 Abs. 1 GG (Schutz der freien Persönlichkeitsentfaltung und der allgemeinen Handlungsfreiheit) siehe nur U. DI FABIO, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Loseblatt-Kommentar (München, Stand Dezember 2015) Rn. 101 ff. zu Art. 2 GG; dort finden sich auch zahlreiche Nachweise aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Rn. 101. Zum Schutz der Vertragsfreiheit durch das Grundgesetz siehe auch M.-P. WELLER, Die Vertragstreue (Tübingen 2009) 167–169. Zum Schutz der Vertragsfreiheit auf EU-Ebene durch Art. 15, 16, 17 i. V. m. Art. 1 der Grundrechtecharta siehe RIESENHUBER (Fn. 1) 29–30.

Vertragsbindung ist nicht denkbar.⁷ Daher wird im Folgenden nur vom Grundsatz der Vertragsfreiheit gesprochen.

Vertragsrechtliche Regelungen bezwecken allerdings nicht immer die Gewährleistung der Vertragsfreiheit. Viele vertragsrechtliche Bestimmungen zielen vielmehr auf den Schutz eines Vertragspartners ab, z.B. des Verbrauchers bei Verbraucherverträgen, oder die Regelungen verfolgen andere gesamtgesellschaftliche Ziele. Korrespondierend hiermit schränken solche Regelungen zumeist die Vertragsfreiheit ein. Auch die Einschränkung der Vertragsfreiheit ist auf Basis der Verfassung möglich und im Rahmen der Schutzpflicht des Staates manchmal auch geboten.⁸

Zur Erreichung dieser Ziele werden dem schutzbedürftigen Vertragspartner in Japan, Deutschland und vielen anderen Ländern vielfältige zivilrechtliche Ansprüche und andere subjektive Rechte eingeräumt, mittels derer dieser sich von einem unerwünschten oder unbilligen Vertrag ganz oder teilweise wieder lossagen, einen Ausgleich für die mit dem Abschluss eines solchen Vertrages erlittenen Nachteile von seinem Vertragspartner fordern oder den Abschluss eines bestimmten erwünschten Vertrages einfordern kann. Darüber hinaus kommen diesbezüglich aber auch öffentlichrechtliche Mittel in Betracht. Ist etwa der Abschluss eines bestimmten Vertragstyps generell oder in bestimmten Fällen unerwünscht, so kann ein solcher Vertrag einerseits dadurch verhindert werden, dass das Gesetz zum Beispiel die Rechtsfolge der zivilrechtlichen Nichtigkeit anordnet oder einem Vertragspartner die Möglichkeit der Anfechtung des Vertrages einräumt. Möglich ist andererseits aber auch, einen solchen Vertrag bei Andro-

7 In Deutschland wird die Freiheit zur Selbstbindung der Parteien als Ausprägung der Vertragsfreiheit zudem ausdrücklich durch das Bundesverfassungsgericht anerkannt (BVerfG, Beschluss vom 7. Februar 1990, NJW 1990, 1469, 1470; BVerfG, Beschluss vom 19. Oktober 1993, NJW 1994, 36, 38). Umfassend zum Zusammenspiel der Vertragsfreiheit und der Vertragstreue WELLMER (Fn.6) 11, 153 ff., der in der Vertragsbindung einen Aspekt der Vertragstreue sieht (neben den Elementen der Leistungstreue und des Grundsatzes der Naturalerfüllung), was sich auch als Vertragsbindung im weiteren Sinne begreifen lässt. Ebenso selbstverständlich wird die Vertragsbindung als Bestandteil und Kehrseite der Vertragsfreiheit auch von Lorenz vorausgesetzt; S. LORENZ, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag (München 1997) 1.

8 Grundlage für einen staatlichen Eingriff in die Vertragsfreiheit in Japan ist regelmäßig das in der japanischen Verfassung niedergelegte Wohlfahrtsstaatsprinzip (福祉国家の原則 *fukushi kokka no gensoku*), das sowohl eine ausdrückliche verfassungsimmanente Schranke vieler Grundrechte ist (u. a. auch der die Vertragsfreiheit schützenden Grundrechte in Art. 22, 29 und 13 JV) als auch selbständig als Staatsprinzip verankert ist (Art. 25 JV).

hung einer Sanktion strafrechtlich oder verwaltungsrechtlich zu verbieten.⁹ Bei einer solchen Regelungsweise handelt es sich zwar eigentlich nur um eine mittelbare Vertragsregulierung, da jedenfalls nach japanischer¹⁰ (und deutscher)¹¹ Rechtsdogmatik der Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Bestimmungen nur unter besonderen zusätzlichen Voraussetzungen auch eine zivilrechtliche Wirkung hat. Im Ergebnis läuft das öffentlich-rechtliche Verbot eines bestimmten Vertrages aber dennoch häufig auf das Gleiche wie die zivilrechtliche Nichtigkeitsfolge hinaus; im Idealfall wird ein sol-

-
- 9 In Deutschland könnte der Gesetzgeber außerdem einen entsprechenden Ordnungswidrigkeitstatbestand schaffen.
- 10 Traditionell geht die Literatur und Rechtsprechung in Japan von der Trennungslehre (公法私法二分論 *kōhō shihō nibun-ron*) bei der Beurteilung eines solchen Rechtsverstoßes im Zivilrecht aus, insbesondere bezüglich der Frage, ob aus der Rechtsverletzung die Nichtigkeit des Vertrages nach Art. 90 ZG folgen soll. Hiernach soll die zivilrechtliche Nichtigkeit nur bei einem Verstoß gegen solche öffentlich-rechtlichen Vorschriften angenommen werden, die auch im Zivilrecht als zwingende Vorschriften (強行法規 *kyōkō hōki*) anzusehen sind. Das wird nur bei wenigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften angenommen, die allermeisten öffentlich-rechtlichen Vorschriften werden nur als Ordnungsvorschriften (取締法規 *torishimari hōki*) angesehen, deren Verletzung gerade nicht die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes zur Folge haben soll. Neuere Literaturmeinung tendieren zu einer flexibleren und an einer Reihe von bestimmten Kriterien orientierten Beurteilung (vgl. K. YAMAMOTO, Case No. 1: Civil Law – Contract Law – Nullity of Contracts (Juristic Acts) due to a Violation of Mandatory Public Law Provisions; comment to a judgement of the Supreme Court of 4 September 1997 (Case No. 1993 o 2142), in: Bälz/Dernauer/Heath/Petersen-Padberg (Hrsg.), *Business Law in Japan – Cases and Comments. Writings in Honour of Harald Baum* (Alphen aan den Rijn 2012) 10 f.; ausführlich mit weiteren Hinweisen aus der Literatur DERNAUER (Fn. 6) 176–178). Dies gilt insbesondere für die Beurteilung eines Verstoßes gegen öffentlich-rechtliche Vertragsregelungen (DERNAUER (Fn. 6) 172–176). In der Rechtsprechung lässt sich auf der anderen Seite aber teilweise die Mitberücksichtigung von Verletzungen öffentlich-rechtlicher Vertragsregelungen sowohl im Rahmen der Nichtigkeitsprüfung nach Art. 90 ZG als auch der Prüfung einer deliktsrechtlichen Haftung nachweisen (DERNAUER (Fn. 6) 178–179, 188–197 mit einer Analyse von Fallbeispielen, 216–244).
- 11 Aus deutscher Sicht kann bei einem Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Bestimmungen die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes aus § 134 BGB folgen, wenn es sich bei der betreffenden Bestimmung um ein Verbotsgesetz handelt, das keine eigene privatrechtliche Rechtsfolgenanordnung enthält und insoweit *lex imperfecta* ist, und die Bestimmung zudem nach ihrem Sinn und Zweck auch die Nichtigkeit fordert (CH. ARMBRÜSTER, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 1 (München, 7. Auflage 2015) Rn. 103 zu § 134). Auch eine deliktische Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB ist denkbar. Hierzu ist allerdings erforderlich, dass die verletzte Norm zumindest auch Individualschutz bezweckt (G. WAGNER, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 5 (München, 6. Auflage 2013) Rn. 405 zu § 823 Abs. 2).

cher Vertrag von den Parteien erst gar nicht geschlossen bzw. nicht in der verbotenen Weise. Zudem kann aus dem Verstoß gegen eine öffentlich-rechtliche Verbotsnorm schließlich auch zusätzlich die zivilrechtliche Nichtigkeit folgen, im deutschen Recht etwa auf Grundlage von § 134 oder § 138 BGB, im japanischen Recht aufgrund von Art. 90 ZG – oder eine deliktische Haftung (in Deutschland aufgrund § 823 Abs. 2 BGB, in Japan z. B. aufgrund Art. 709 ZG).¹² Auch der umgekehrte Fall eines gesellschaftlich erwünschten Vertragsabschlusses kann durch öffentlich-rechtliche Regelungen (Gebote) gefördert bzw. erzwungen werden; die Anordnung eines privatrechtlichen Vertragszwangs ist nur eine Regelungsmöglichkeit zur Erreichung dieses Regelungsziels. Entsprechendes gilt auch für die besondere Gewährleistung der Vertragsbindung zum Schutz eines der Vertragspartner. Diese Aufgabe kann nicht nur durch privatrechtliche, sondern auch durch öffentlich-rechtliche Regelungen erfüllt werden, etwa in Form sanktionsbewehrter Verbote, die Leistung zurückzuhalten bzw. die Erbringung der Leistung zu verzögern, oder durch Androhung öffentlich-rechtlicher Sanktionen für den Fall der Schlechterfüllung.

Im japanischen Recht gibt es zudem eine besonders große Anzahl solcher verwaltungsrechtlichen und strafrechtlichen Regelungen, und zwar zur Kontrolle des Vertragsabschlusses, des Vertragsinhalts und der Vertragsdurchführung. Wie nachfolgend näher erläutert ist daher für Japan die Existenz eines besonderen öffentlich-rechtlichen Vertragsrechts neben dem privatrechtlichen kennzeichnend. Alternativ könnte man in Bezug auf Japan auch den Begriff des Vertragsrechts um ein öffentlich-rechtliches Element erweitern. Demgegenüber ist die Anzahl entsprechender öffentlich-rechtlicher vertraglicher Regelungen in Deutschland auffallend gering. Auch in den anderen mittel- und westeuropäischen Ländern ist eine solche intensive Vertragsregulierung durch öffentliches Recht wie in Japan nicht ersichtlich.¹³ Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die Existenz dieses ausgeprägten öffentlich-rechtlichen Vertragsrechts auf ein anderes Rechts- und Staatsverständnis als in Deutschland und anderen westlichen Rechtsordnungen zurückzuführen ist.

Nicht erörtert werden kann hier, ob dieser Unterschied in gleicher Weise im Verhältnis zu anderen asiatischen oder jedenfalls ostasiatischen Ländern (Korea, China, Taiwan) zu Tage tritt bzw. ob sich unter diesem Blickwinkel

12 Vgl. die Ausführungen zu Japan bei DERNAUER (Fn. 10) und zu Deutschland bei ARMBRÜSTER und WAGNER (Fn. 11) zu diesem Punkt.

13 Für eine tiefere und abschließende Bewertung der Situation anderer europäischer Länder wäre allerdings eine eingehendere rechtsvergleichende Untersuchung erforderlich.

auch heute noch eine zumindest teilweise gemeinsame fernöstliche Rechts-tradition dieser Länder mit Japan begründen lässt.¹⁴

Nachfolgend werden (unter II.) zunächst anhand von Beispielen die öffentlich-rechtlichen Regelungsformen in Japan vorgestellt. Im Anschluss daran (unter III.) sollen die aus der Existenz dieses öffentlich-rechtlichen Vertragsrechts möglichen Schlüsse erörtert werden, insbesondere für die Funktion des öffentlichen Rechts im Vertragsrecht, für die Rolle des öffentlichen Rechts beim Schutz von schutzbedürftigen Vertragspartnern und für die gesellschaftliche Ordnung in Japan insgesamt. In einem Fazit (unter IV.) soll eine Aussage darüber getroffen werden, ob die ausgeprägte öffentlich-rechtliche Regulierung von Verträgen möglicherweise Ausdruck eines im Vergleich zu Deutschland konzeptionell anderen Rechtsverständnisses ist.

II. GESTALT DER ÖFFENTLICH-RECHTLICHEN VERTRAGSREGULIERUNG

1. *Regulierungsformen in vertragsrechtlich-funktionaler Sicht*

In funktionaler Hinsicht lassen sich die Regelungen zunächst danach unterteilen, ob sie eine Regelung und Kontrolle des Vertragsabschlusses, des Vertragsinhalts oder der Vertragsdurchführung bewirken. Man kann die öffentlich-rechtlichen Regelungen also ähnlich wie im privaten Vertragsrecht nach den zu regelnden Sachfragen in wenigstens drei große Gruppen einteilen. Nachfolgend werden die wichtigsten diesbezüglichen Regelungen vorgestellt.¹⁵

a) *Regelung des Vertragsabschlusses*

Die Regelungen des Vertragsabschlusses lassen sich im Wesentlichen unterteilen in Regelungen zur Gewährleistung der prozeduralen Fairness (*procedural fairness*) des Vertragsabschlusses (不当勧誘の防止規定 *futō kan'yū no*

14 Seit vielen Jahren gibt es eine lebhaftige Diskussion darüber, wie stark die japanische Rechtsordnung durch den Einfluss westlicher Rechtsordnungen (insbesondere Deutschland, Frankreich, USA), durch originär japanisches Rechtsdenken oder durch ostasiatische gemeinsame rechtliche bzw. philosophische Traditionen geprägt ist (im Einzelnen mit weiteren Nachweisen: H. BAUM, Rechtsdenken, Rechtssystem und Rechtswirklichkeit in Japan – Rechtsvergleichung mit Japan, in: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 59 (1995) 258–292; H. BAUM/M. BÄLZ, § 1 Rechtsentwicklung, Rechtsmentalität, Rechtsumsetzung, in: Baum/Bälz (Hrsg.), Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht (Köln 2011) Rn. 5, Rn. 27–42.

15 Im Zusammenhang zum japanischen Verbraucherrecht siehe auch bereits DERNAUER (Fn. 6) 435–482 sowie M. DERNAUER, § 13 Verbraucherschutz, in: Baum/Bälz (Hrsg.), Handbuch (Fn. 14) 567, 585–587 (Rn. 36–40).

bōshi kitei)¹⁶, Regelungen zur Verhinderung eines Vertragsabschlusses mit ungeeigneten Vertragspartnern oder über ungeeignete Vertragsgegenstände (適合性原則の規定 *tekigō-sei gensoku no kitei*) und Vertragszwangregelungen (契約締結義務・強制規定 *keiyaku teiketsu gimu* bzw. *kyōsei kitei*).

aa) Regelungen zur Gewährleistung der prozeduralen Fairness

Regelungen zur Gewährleistung der prozeduralen Fairness lassen sich wiederum unterteilen in Regelungen zur Gewährleistung der hinreichenden Informiertheit einer Vertragspartei – insbesondere über den Vertragsgegenstand, den Vertragsinhalt und über wichtige Begleitumstände des Vertrages – sowie Regelungen, die eine unangemessene Beeinflussung einer Vertragspartei durch andere Mittel zu verhindern suchen, die also die Gewährleistung einer unbeeinflussten Entscheidung zum Abschluss eines Vertrages bezwecken. Zusammengenommen können diese Regelungsgruppen auch als eine Gruppe von Regelungen aufgefasst werden, die einen objektiv oder subjektiv unerwünschten Vertrag zu verhindern suchen. Als in diesem Zusammenhang unerwünschte und deshalb zu verhindernde Verträge können daher solche Verträge angesehen werden, bei denen zumindest eine Vertragspartei bei Vertragsabschluss tatsächlich oder potentiell nicht über hinreichende Informationen zur Beurteilung der Nützlichkeit oder Werthaltigkeit des angebotenen Vertrages verfügte, oder bei denen eine Vertragspartei nicht hinreichend frei über den Vertragsabschluss entscheiden konnte.

(1) Regelungen zur Gewährleistung der Informiertheit der Vertragspartei

Öffentlich-rechtliche Regelungen zur Gewährleistung einer hinreichenden Informiertheit lassen sich wiederum in zwei Gruppen unterteilen. Einerseits gibt es an eine Vertragspartei gerichtete Gebote bzw. Pflichten zur Aufklärung (und Information) der anderen Vertragspartei (情報提供義務 *jōhō teikyō gimu*, 説明義務 *setsumei gimu*) vor Vertragsabschluss (m.a.W. „positive Aufklärungspflichten“). Andererseits finden sich im japanischen Recht auch Verbote falscher oder irreführender Angaben gegenüber der anderen Vertragspartei. Solche Regelungen lassen sich auch als „negative Aufklärungspflichten“ charakterisieren. Verbotsnormen dieser Art überlagern sich dabei in ihrem Regelungsziel mit Bestimmungen zur Gewährleistung der Entscheidungsfreiheit, denn auch hier geht es der Sache nach um eine Form der unangemessenen Beeinflussung der Entscheidungsfreiheit durch Irreführung.

16 Eigentlich: „Regelungen zur Verhinderung eines unbilligen Werbens (zum Abschluss eines Vertrages)“.

(a) *Schriftliche formalisierte Aufklärungspflichten*

Als Beispiele für schriftliche formalisierte Aufklärungspflichten (書面交付義務 *shomen kōfu gimu*) lassen sich z.B. anführen Art. 4 und 5 Handelsgesetzgesetz (HGG)¹⁷ bei der Anbahnung des Vertrages durch einen Unternehmer mit einem Verbraucher außerhalb der Geschäftsräume des Unternehmers (nachfolgend als „Haustür- und Vertretergeschäfte“ bezeichnet), Art. 37-3, 37-4 Finanzprodukte- und Börsengesetz (FBG)¹⁸ bei Finanz- und Finanzanlagegeschäften mit Privatkunden, Art. 24, 25 Immobilienfondsgesetz¹⁹ bei Immobilienfondsgeschäften mit Privatanlegern und Art. 296, 298 Versicherungsgewerbebesetz (VGG)²⁰ bei bestimmten Versicherungsgeschäften.²¹

In allen Fällen wird ein bestimmter Unternehmer verpflichtet, seinem nicht unternehmerisch tätigen Vertragspartner vor oder/und nach Vertragsabschluss ein Formblatt mit bestimmten durch Gesetz und Verordnungen bis ins Detail geregelten Informationen zu übergeben. In einigen Fällen darf dies alternativ auch durch Übermittlung eines elektronischen Dokuments geschehen.

Bei den schriftlichen formalisierten Aufklärungspflichten geht es in erster Linie um den Schutz von Verbrauchern oder privaten Finanzkunden durch Information. Dies zeigt sich auch daran, dass die meisten dieser Pflichten in Zusammenhang mit einem gesetzlichen Widerrufsrecht des Kunden stehen. In diesen Fällen sind die Pflichten somit zugleich privatrechtlicher Natur, denn ein Verstoß gegen die Pflicht hat auch eine zivilrechtliche Wirkung. Der Lauf der Widerrufsfrist wird nicht in Gang gesetzt, so dass der Kunde auch noch nach Ablauf der Widerrufsfrist (i. d. R. zwischen 8 und 20 Tage) den Vertrag widerrufen kann. Neben dem Zweck des Verbraucherschutzes, ein im japanischen Recht besonders weites Schutzmotiv, das auch den Schutz von Privatanlegern und privaten Finanzkunden umfasst, spielt auch der Zweck des Funktionenschutzes eine Rolle, also der Zweck, einen funktionierenden Markt zu gewährleisten. Letzteres steht bei diesen Pflichten aber wohl nicht im Vordergrund.

17 特定商取引に関する法律 *Tokutei shō-torihiki ni kansuru hōritsu*, Gesetz Nr. 57/1976; vormals Haustür- und Vertretergeschäftesgesetz (*Hōmon hanbai-tō ni kansuru hōritsu*). Titel geändert durch eine Gesetzesreform im Jahre 2000.

18 金融商品取引法 *Kin'yū shōhin torihiki-hō*, Gesetz Nr. 25/1948; vormals Wertpapierbörsen- und Wertpapierhandelsgesetz, BWpHG (*Shōken torihiki-hō*).

19 不動産特定共同事業法 *Fudōsan tokutei kyōdō jigyō-hō*, Gesetz Nr. 77/1994.

20 保険業法 *Hoken gyōhō*, Gesetz Nr. 105/1995.

21 Zu weiteren Beispielen siehe DERNAUER (Fn. 6) 439–441 und DERNAUER (Fn. 15) 577–578.

(b) *Allgemeine Aufklärungspflichten*

Seltener als schriftliche formalisierte Aufklärungspflichten sind Aufklärungspflichten, die über die Übergabe eines Formblatts hinaus oder anstelle dessen eine individuelle Aufklärung des Kunden durch den Unternehmer fordern (説明義務 *setsumei gimu*). Als Beispiele hierfür lassen sich nennen Art. 12-4 Reisegewerbegesetz (RGG)²² (Reisevertrag), Art. 24 Immobilienfondsgesetz (Vertrag über den Erwerb von Anteilen an einem Immobilienfonds), Art. 34, 35 Immobiliengewerbegesetz²³ (ImmobGG) (Immobilienkauf von Immobilienhändler), Art. 37 FBG (Finanz- und Finanzanlagegeschäfte) und Art. 219 Warenermingeschäftegesetz²⁴ (Vertrieb und Vermittlung von Warenermingeschäften). Die Umstände, über die der Kunde aufzuklären ist, sind meist durch Gesetz oder Verordnung näher konkretisiert und können in Inhalt und Umfang ganz verschieden sein. In einigen Fällen muss nur über die Person des Unternehmers oder seine konkrete Rolle beim Abschluss des Vertrages und bei der Durchführung des Geschäftes informiert werden (z.B. Art. 37 FBG, Art. 219 Warenermingeschäftegesetz), in einigen Fällen muss das zusätzlich zu übergebende Formblatt im einzelnen erläutert werden (z.B. Art. 24 Immobilienfondsgesetz, Art. 35 ImmobGG), in anderen wenigen Fällen müssen dem Kunden ausführlich bestimmte wichtige Einzelheiten des Vertragsgegenstandes, des Vertragsinhalts oder wichtige Begleitumstände (重要事項 *jūyō jikō*) erläutert werden. Bei dieser Form der Aufklärungspflicht geht es somit nicht bloß um Informationsübermittlung, sondern auch um Aufklärung in Form der Erklärung. Auch bei dieser Art von positiven Aufklärungspflichten steht der Verbraucherschutz und der Schutz von Privatanlegern als Motiv im Vordergrund.

(c) *Hinweispflichten auf Allgemeine Geschäftsbedingungen*

Eine weitere Art von öffentlich-rechtlichen Aufklärungspflichten bilden die Regelungen, die einen Unternehmer dazu verpflichten, seinen Kunden auf bestehende Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) hinzuweisen, die bei dem betreffenden Geschäft zur Anwendung gelangen, also in den Vertrag einbezogen werden sollen. Der Inhalt der Hinweispflicht ist verschieden, in vielen Fällen wird wenigstens ein sichtbarer Aushang der AGB in den Geschäftsräumen gefordert. Solche Regelungen sind gegenwärtig noch von besonderer Bedeutung, da nach der Rechtsprechung des japanischen Obersten Gerichtshofes (OGH) eine entsprechende zivilrechtliche Pflicht bisher nicht besteht. Im Rahmen der anstehenden Schuldrechtsreform in Japan ist

22 旅行業法 Reisegewerbegesetz, *Ryokō-gyō hō*, Gesetz Nr. 239/1952.

23 宅地建物取引業法 *Takuchi tatemono torihiki-gyō hō*, Gesetz Nr. 176/1952.

24 商品先物取引法 *Shōhin sakimono torihiki-hō*, Gesetz Nr. 91/2014.

allerdings die Aufnahme einer zivilrechtlichen Regelung über die Bekanntmachung der AGB gegenüber dem Vertragspartner ins Zivilgesetz geplant.

Beispiele für solche Pflichten finden sich in Art. 20 Elektrizitätsgewerbe-gesetz²⁵ (Elektrizitätslieferverträge), Art. 19 Gasgewerbe-gesetz²⁶ (Gaslie-ferverträge), Art. 12-2 Abs. 3 RGG (Reiseverträge), Art. 107 Luftverkehrs-gesetz²⁷ (Lufttransport) und Art. 11 Gesetz über die Beförderung auf der Straße²⁸ (Personenbeförderung auf der Straße). Auch hier geht es vor allem um den Schutz von Verbrauchern, daneben soll auch allgemein die redliche Gewerbetätigkeit gefördert werden.

(d) Angabepflichten bei öffentlicher Werbung

Manche Unternehmer müssen bei der allgemeinen öffentlichen Werbung für ihre Produkte oder Dienstleistungen Mindestinformationen über sich und das Produkt bereitstellen (広告における表示義務 *kōkoku ni okeru hyōji gimu*). Beispiele für solche Regelungen finden sich in Art. 11 HGG (Fern-absatzgeschäfte), Art. 3 Teilzahlungsgeschäftegesetz (TzG)²⁹ (Teilzahlungs-geschäfte), Art. 37 FBG (Finanz- und Finanzanlagegeschäfte mit Privat-kunden) und Art. 12-7 RGG (Reiseverträge). Zweck dieser Regelungen ist wiederum der Verbraucherschutz bzw. die Förderung der redlichen Gewerbetätigkeit.

(e) Strafbarkeit des Betrugs

Als eine besondere Form einer negativen wie positiven Aufklärungspflicht lässt sich der Straftatbestand des Betrugs (詐欺 *sagi*, Art. 246 StrG³⁰) ein-ordnen. In Bezug auf vorvertragliche Aufklärungspflichten in der Phase des Vertragsabschlusses ist die Norm insbesondere wegen der möglichen Sank-tionierung des sogenannten Eingehungsbetrugs von Bedeutung. Die verbo-tene Täuschung über bedeutsame Tatsachen im Zusammenhang mit dem Vertrag zur Erzielung eines Vermögensvorteils infolge des Abschluss des Vertrages, die einen Eingehungsbetrag charakterisiert, kann sowohl durch Verschweigen von Informationen als auch durch Mitteilen unwahrer Tatsa-chen erfolgen. Der Betrug setzt allerdings im Gegensatz zu den anderen bereits genannten Geboten und nachfolgend dargestellten Verboten ein

25 電気事業法 *Denki jigyō-hō*, Gesetz Nr. 170/1964.

26 ガス事業法 *Gasu jigyō-hō*, Gesetz Nr. 51/1964.

27 航空法 *Kōkū-hō*, Gesetz Nr. 231/1952.

28 道路運送法 *Dōro unsō-hō*, Gesetz Nr. 183/1951.

29 割賦販売法 *Kappu hanbai-hō*, Gesetz Nr. 159/1961.

30 刑法 *Keihō*, Gesetz Nr. 45/1907.

vorsätzliches Handeln voraus. Der Betrugstatbestand schützt allgemein das Vermögen als Rechtsgut von Personen.

(f) Verbote übertreibender Werbung

Definiert man die Phase des Vertragsabschlusses weit, unter Einschluss der öffentlichen Werbung – mit dem Argument, dass die Werbung Einfluss auf den Vertragsabschluss haben kann –, so regeln auch die verschiedenen Verbote der übertreibenden und irreführenden Werbung (誇大広告の禁止 *kodai kōkoku no kinshi*) bei bestimmten Geschäften den Vertragsabschluss. Beispiele solcher Verbote finden sich z.B. in Art. 12 HGG (Fernabsatzgeschäfte), Art. 37 FBG (Finanz- und Finanzanlagegeschäfte mit Privatkunden), Art. 12-4, 12-12-8 RGG (Reiseverträge) und Art. 6 Golfclubgesetz (GolfclubG)³¹ (Golfclubmitgliedschaften). Ziele dieser Regelungen sind der Verbraucherschutz und die Förderung der redlichen Gewerbetätigkeit.

Allgemeine Verbote von falschen und irreführenden Angaben bei der öffentlichen Werbung oder auf Produkten zum Schutz des Verbrauchers und des redlichen Wettbewerbs finden sich darüber hinaus in Art. 2 Abs. 1 Nr. 13, Art. 21 Abs. 2 Nr. 4 UWG³² sowie im Gesetz gegen unbillige Prämien und irreführende Angaben³³.

(g) Verbote der Mitteilung falscher oder irreführender Tatsachen

In Ergänzung des strafrechtlichen Betrugstatbestandes und der zivilrechtlichen Regelung der arglistigen Täuschung (Art. 96 ZG) sehen japanische Gesetze in zahlreichen Fällen auch Verbote der Mitteilung falscher oder irreführender Tatsachen über den Vertragsgegenstand, den Vertragsinhalt oder wichtige Begleitumstände bei Vertragsschluss vor (不実告知の禁止 *fujitsu kokuchi no kinshi*). Diese Verbote richten sich regelmäßig an bestimmte Unternehmer als Vertragsparteien. Solche Normen finden sich z.B. in Art. 6 HGG (Haustür- und Vertretergeschäfte), Art. 38 FBG (Finanz- und Finanzanlagegeschäfte mit Privatkunden), Art. 47 ImmoGG (Immobilienkauf von Immobilienhändler), Art. 13 RGG (Reiseverträge), Art. 300 VGG (Versicherungsverträge) und Art. 7 GolfclubG (Golfclubmitgliedschaften). Auch diese Verbote bezwecken vor allem den Schutz von Verbrauchern.

31 Gesetz zur Förderung angemessener Verträge über die Mitgliedschaft in Golfclubs und ähnlichen Freizeiteinrichtungen, ゴルフ場等に係る会員契約の適正化に関する法律 *Gorufujō-tō ni kakaru kai-in keiyaku no tekisei-ka ni kansuru hōritsu*, Gesetz Nr. 53/1992.

32 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 不正競争防止法 *Fusei kyōsō bōshi-hō*, Gesetz Nr. 47/1993.

33 不当景品類及び不当表示防止法 *Futō keihin-rui oyobi futō hyōji bōshi-hō*, Gesetz Nr. 134/1962.

Daneben bezwecken sie auch die Förderung der redlichen Gewerbetätigkeit und eines funktionierenden Marktes.

(h) Verbote des Verschweigens wichtiger Tatsachen

Den gleichen Zwecken wie die Verbote der Mitteilung falscher oder irreführender Angaben dienen Verbote des Verschweigens wichtiger Tatsachen im Zusammenhang mit dem Vertrag bei Vertragsabschluss (事実不告知の禁止 *jijitsu fu-kokuchi no kinshi*). Beispiele für Regelungen mit diesem Inhalt finden sich in Art. 6, 7 HGG (Haustür- und Vertretergeschäfte), Art. 38 FBG (Finanz- und Finanzanlagengeschäfte mit Privatkunden), Art. 47 ImmoGG (Immobilienkauf von Immobilienhändler), Art. 13 RGG (Reiseverträge), Art. 300 VGG (Versicherungsverträge) und Art. 7 GolfclubG (Golfclubmitgliedschaften). Auch hier richten sich die Verbote an bestimmte Unternehmer. Verboten ist allerdings nur das „vorsätzliche“ Verschweigen der relevanten Tatsachen

(i) Verbote der Abgabe bestimmender Urteile und der unbilligen Gewinnzusicherung bzw. Zusicherung der Verlusterstattung

Zum Schutz von Privatanlegern und Privatkunden bei Finanzgeschäften und zum Schutz funktionierender Finanzmärkte sehen einige finanzrechtliche Gesetze zudem Verbote der Abgabe bestimmender Urteile über zukünftige ungewisse Entwicklungen in Bezug auf den Wert bzw. die Werthaltigkeit des angebotenen Finanzproduktes vor (断定的判断提供の禁止 *dantei-teki handan teikyō no kinshi*). Diese Verbote richten sich jeweils an bestimmte Finanzdienstleistungsunternehmen. Der Kunde soll davor geschützt werden, sich infolge der Vorspiegelung übertriebener Gewinnaussichten oder der Verschleierung der finanziellen Risiken zum Abschluss eines Vertrages über ein Finanzprodukt hinreißen zu lassen. Die gleiche Schutzrichtung haben Verbote der unbilligen Gewinnzusicherung, die es dem Finanzdienstleister untersagen, eine Übernahme eventueller Verluste zu versprechen, die oftmals tatsächlich nicht gewährleistet ist (利益保証の禁止 *rieki ho-shō no kinshi* oder 損失補填の禁止 *sonshitsu hoten no kinshi*).

Beispiele für solche Regelungen finden sich in Art. 38, 39 FBG (Finanz- und Finanzanlagengeschäfte mit Privatkunden), Art. 21 Immobilienfondsgesetz (Vertrag über den Erwerb von Anteilen an einem Immobilienfonds) und Art. 214 Abs. 1, 214-3 Warenermingeschäftegesetz (Vertrieb und Vermittlung von Warenermingeschäften).

(2) *Regelungen zur Gewährleistung der Entscheidungsfreiheit der Vertragspartei*

Bei den Regelungen zur Gewährleistung der Entscheidungsfreiheit einer Vertragspartei im engeren Sinne handelt es sich vornehmlich um Verbote einer bestimmten Form der physischen oder psychischen Beeinflussung des Vertragspartners. Besonders häufig sind hier Bestimmungen, die ein Nötigen (強迫 *kyōhaku*), ein Bedrängen (威迫 *ihaku*), ein In-Verlegenheit-Bringen (困惑をさせる *konwaku wo saseru*) oder ähnliche Formen der unangemessenen Beeinflussung verbieten.

Als Beispiele hierfür lassen sich einerseits die Straftatbestände der Nötigung (Art. 223 StrG) und Erpressung (Art. 249 StrG) nennen.

Jenseits dieser Verbote des Kernstrafrechts gibt es zahlreiche weitere spezielle Verbote des Bedrängens zum Zwecke des Vertragsabschlusses bei bestimmten Geschäften (威迫の禁止 *ihaku no kinshi*, 困惑をさせる禁止 *konwaku wo saseru kinshi*). Beispiele hierfür sind Art. 38 FBG (Finanz- und Finanzanlagengeschäfte mit Privatkunden), Art. 47-2 ImmoGG (Immobilienkauf von Immobilienhändlern), Art. 214 Waretermingeschäftesgesetz (Vertrieb und Vermittlung von Waretermingeschäften), Art. 8 GolfclubG (Golfclubmitgliedschaften) und Art. 6 Abs. 3 HGG (Haustür- und Vertretergeschäfte). Des Weiteren finden sich z. B. Verbote des aufdringlichen Einredens auf den Verbraucher und des Hervorrufens von Ängsten und Unsicherheit im Zusammenhang mit Vertragsverhandlungen (Art. 25 Nr. 4 Verbraucherschutzsatzung (VSS) Tōkyō)³⁴. Neben dem Zweck des Verbraucherschutzes dienen diese Bestimmungen auch der Förderung der redlichen Gewerbetätigkeit und dem Schutz funktionierender Finanz- und anderer Märkte.

Daneben gibt es Verbote des Neuwerbens um einen Vertragsschluss, nachdem der Verbraucher bereits einmal den Vertragsabschluss oder das weitere Verhandeln abgelehnt hat (再勧誘の禁止 *sai-kan'yū no kinshi*), beispielsweise in Art. 3-2 HGG (Haustür- und Vertretergeschäfte) und Art. 17 HGG (Telefongeschäfte). In einigen Gesetzen wird auch einfach ein aufdringliches Werben in verschiedenen Formen untersagt. Alle diese Regelungen dienen vor allem dem Verbraucherschutz.

bb) *Regelungen bzgl. ungeeigneter Vertragspartner und Vertragsgegenstände*

Verbote des Abschlusses von Verträgen mit ungeeigneten Vertragspartnern finden sich vor allem im Zusammenhang mit Finanz- und Finanzanlagegeschäften. Dabei wird Finanzdienstleistern verboten, Privatkunden für den

34 Verbraucherschutzsatzung der Stadtpräfektur Tōkyō, 東京都消費生活条例 *Tōkyō-to shōhi seikatsu jōrei*, Satzung Nr. 110/1994.

Abschluss von Verträgen über Finanzprodukte zu werben, die für den betreffenden Vertragspartner angesichts seiner Vermögensverhältnisse oder seiner Lebensumstände grundsätzlich ungeeignet erscheinen. Beispiele für solche Verbote finden sich in Art. 40 FBG (Finanz- und Finanzanlagengeschäfte mit Privatkunden) und Art. 215 Warenermingeschäftegesetz (Vertrieb und Vermittlung von Warenermingeschäften).

Des Weiteren bestehen Verbote für bestimmte Finanzierungsunternehmen, an Verbraucher Gelddarlehen zu vergeben, wenn deren Rückzahlung den betreffenden Verbraucher angesichts seiner finanziellen Situation wirtschaftlich überfordern würde (Art. 13 Abs. 1 GeldverleihGG³⁵), sowie für Verbraucherkreditunternehmen, Finanzierungskredite in einer Höhe und zu Bedingungen zu gewähren, die der Verbraucher oder sein Ehepartner aufgrund der finanziellen Situation aller Voraussicht nach nicht werden tilgen können (Art. 35-3-4 TzG). Auch die Ausgabe von Kreditkarten ist Kreditkartenunternehmen bei bestimmten finanziellen Verhältnissen des jeweiligen Kunden von vorne herein verboten (Art. 30-2-2 TzG).

Schließlich sind in diesem Zusammenhang Regelungen zu nennen, die es dem Unternehmer verbieten, Produkte in einer Menge zu verkaufen, die den üblichen Bedarf des Vertragspartners in erheblichem Maße übersteigen (z.B. Art. 7 Nr. 3 HGG, Art. 6 Nr. 3, 7 DAVO HGG bei Haustür- und Vertretergeschäften).

Alle diese Regelungen dienen in erster Linie dem individuellen Verbraucher- und Privatanlegerschutz.

cc) Vertragsabschlusszwang

Um zu gewährleisten, dass Verbraucher Zugang zu lebensnotwendigen oder elementaren Waren und Dienstleistungen haben, sehen zahlreiche gesetzliche Regelungen eine Pflicht des Unternehmers vor, die Leistung gegenüber jedermann und zu jeder Zeit zu erbringen, wenn sie nachgefragt wird. Eine Verweigerung der Leistungserbringung bzw. des Abschlusses des damit zusammenhängenden Vertrages ist nur in begründeten Ausnahmefällen möglich. Regelmäßig muss der Unternehmer hierfür einen rechtfertigenden Grund (正当な事由 *seitō na jiyū*) darlegen können.

Motiv für diese Regelung ist der Verbraucherschutz in Form des *seikatsu-sha* Schutzes (生活者保護 *seikatsu-sha hogo*).³⁶ Hintergrund dieses Schutzmotives ist die öffentliche soziale Aufgabe der Versorgung der Staatsbürger

35 Geldverleihgewerbegesetz bzw. in Langform Gesetz zur Regulierung und Kontrolle des Geldverleihgewerbes, 貸金業の規制等に関する法律 *Kashikin-gyō no kisei-tō ni kansuru hōritsu*, Gesetz Nr. 32/1983.

und der sonstigen Bewohner des Landes. In Deutschland – und gelegentlich auch in Japan – spricht man hier seit der Begriffsprägung durch *Ernst Forsthoff* im Jahre 1938³⁷ von der staatlichen Aufgabe der Daseinsvorsorge.

Beispiele für derartige öffentlich-rechtliche Gebote finden sich z. B. in Art. 18 Abs. 1 bis 4 Elektrizitätsgesetz, Art. 16 Gasgesetz, Art. 15 Wassergesetz,³⁸ in Art. 13, 65 Gesetz über die Beförderung auf der Straße (öffentliche Personenbeförderung, Nutzung Privatstraßen) und Art. 6 Eisenbahngesetz³⁹.

Soweit eine präventive Verwaltungskontrolle von AGB durch Verwaltungsbehörden vorgesehen ist, besteht zumeist auch eine Pflicht den Vertrag auf Grundlage der genehmigten oder angezeigten AGB abzuschließen (z. B. Art. 21, 22 Elektrizitätsgesetz, Art. 20 Gasgesetz, Art. 55 Wassergesetz, Art. 76 Gesetz über die Beförderung auf der Straße, Art. 2 Eisenbahngesetz).

b) *Regelung des Vertragsinhalts*

Öffentlich-rechtliche Regelungen des Vertragsinhalts regeln vor allem die Gegenleistung, also meist den Preis für bestimmte Waren oder Dienstleistungen. Vertragliche Nebenbedingungen werden in erster Linie durch privatrechtliche Vorschriften reguliert.

aa) *Öffentliche Preise (公共料金 kōkyō ryōkin)*

Zunächst sind an dieser Stelle Regelungen über Preise für elementare Waren und Dienstleistungen zu nennen. Diese ergänzen die bereits erwähnten Vertragszwangregelungen in ähnlichen Branchen. So finden sich Regelungen dieser Art zum Beispiel in Bezug auf die Versorgung mit Strom (Art. 19, 19-2, 24 bis 24-4 Elektrizitätsgesetz), mit Gas (Art. 17, 22, 22-2 Gasgesetz) und mit Wasser (Art. 7, 14 Abs. 1, 2 Wassergesetz). Ferner gibt es auch Regelungen über die Gestaltung der Preise bei der öffentlichen Personenbeförderung auf der Straße (Busse, Taxis; Art. 9 bis 9-3, 61 Gesetz über die Beförderung auf der Straße) und auf der Schiene (Art. 2 Eisenbahngesetz).

36 Zum Konzept des „*seikatsu-sha*“ siehe P. L. MACLACHLAN, *Consumer Politics in Postwar Japan* (New York 2002) 80–83.

37 E. FORSTHOFF, *Die Verwaltung als Leistungsträger* (Kohlhammer 1938); Nachweis bei M. STOLLEIS, *Öffentliches Recht in Deutschland: Eine Einführung in seine Geschichte* (München 2014) 109.

38 水道法 *Suidō-hō*, Gesetz Nr. 177/1957.

39 鉄道営業法 *Tetsudō eigyō-hō*, Gesetz Nr. 65/1900.

Inhaltlich sehen die Regelungen entweder eine verwaltungsrechtliche vorherige Zustimmung zu Preisen oder zumindest eine Anzeigepflicht gegenüber der zuständigen Behörde vor, wonach die Behörde unter bestimmten Voraussetzungen eine Änderung des Preises (Herabsetzung) verlangen kann. Ferner sehen die Regelungen vor, dass die behördlich genehmigten oder angezeigten Preise gegenüber jedermann zugrunde zu legen sind. Die betroffenen Unternehmer haben also keinen oder nur wenig Spielraum, von diesen Preisen gegenüber einzelnen Kunden abzuweichen.

Zweck dieser Regelungen ist der Verbraucherschutz in Form der Daseinsvorsorge bzw. des *seikatsu-sha*-Schutzes. Eine besondere Preiskontrolle besteht noch immer für Reis und einige ausgewählte landwirtschaftliche Produkte. Diese hatte ursprünglich den gleichen Zweck, mittlerweile steht hier aber tatsächlich wohl der Schutz der japanischen Landwirte im Vordergrund.

bb) Regelungen zur präventiven Kontrolle von AGB

In den Branchen, in denen eine präventive Preiskontrolle vorgesehen ist, bestehen zumeist auch Regelungen über eine präventive Inhaltskontrolle von AGB durch Verwaltungsbehörden (z.B. Art. 19 Abs. 1, 23 Elektrizitätsgewerbegesetz, Art. 17 Abs. 1, 18 Gasgewerbegesetz, Art. 7 Abs. 4, 14 Wassergesetz, Art. 11 Abs. 1, 62 Abs. 1, 31, 70 Gesetz über die Beförderung auf der Straße). Des Weiteren besteht eine präventive Verwaltungskontrolle von AGB auch in der Finanz- und Finanzanlagebranche, insbesondere aufgrund des FBG, des Waretermingeschäftegesetzes und des Immobilienfondsgesetzes; ferner in der Reisebranche, im öffentlichen Personen- und Güterverkehr, im Lagergewerbe und bei Telekommunikationsdienstleistungen.

In der Regel sind in den betreffenden Gesetzen eine Pflicht zur Erstellung von AGB und eine Pflicht zur Anzeige der AGB bei der zuständigen Behörde vorgesehen. Die Behörde hat die Befugnis, inhaltliche Änderungen zu verlangen. In einer Reihe von Fällen muss die Behörde die angezeigten AGB zudem ausdrücklich genehmigen. Nicht genehmigte AGB dürfen in diesen Fällen nicht verwendet werden.

Auch diese Regelungen der Inhaltskontrolle von AGB dienen vor allem dem Verbraucherschutz in Form der Daseinsvorsorge bzw. des *seikatsu-sha* Schutzes.

cc) Sonderregelungen zum Schutz vor überhöhten Preisen und anderen Gegenleistungen

In einigen Fällen finden sich im japanischen Recht auch konkrete Verbote zum Schutz vor überhöhten Preisen für Waren oder Dienstleistungen. Hier handelt es sich um öffentlich-rechtliche Regelungen zur Gewährleistung der

inhaltlichen Fairness im Gegensatz zu den bereits oben dargestellten Regelungen zur prozeduralen Fairness.

Ein konkretes Beispiel hierfür ist das Verbot für Immobilienhändler, bei bestimmten Immobiliengeschäften einen höheren Preis zu verlangen als nach dem Immobiliengewerbegesetz vorgegeben (Art. 47 ImmobGG). Ein anderes Beispiel ist das Verbot, wucherische Zinsen bei der Vergabe von Darlehen zu verlangen,⁴⁰ also Zinsen in einer Höhe, die den Verbraucher finanziell überfordern würden (Art. 13, 13-1 GeldverleihGG). Weitere Verbote zum Schutz vor wucherischen Darlehenszinsen finden sich im Kapitaleinlagengesetz (KEG)⁴¹. Hier wird zunächst in Art. 5 KEG bei Strafe verboten, Gelddarlehen zu einem Jahreszinssatz von mehr als 109,5 % zu vergeben. Das angedrohte Strafmaß ist erhöht für den Fall, dass ein solches Darlehen gewerblich vergeben wird. Eine etwas geringere Strafe ist vorgesehen für den Fall, dass das gewerbliche Gelddarlehen zu einem Jahreszinssatz von mehr als 20 % vergeben wird. Außerdem verbietet das Geldverleihgewerbegesetz bestimmten Finanzierungsunternehmen („Geldverleihern“) auch verwaltungsrechtlich einen entsprechenden Gelddarlehensvertrag abzuschließen (Art. 12-8 GeldverleihGG). Genauer wird dort Bezug genommen auf zivilrechtliche Zinsobergrenzen nach dem Zinsbeschränkungsgesetz (ZBG)⁴². Diese sind strenger als die strafrechtlichen Zinsobergrenzen nach dem KEG.

Diese Regelungen dienen in erster Linie dem individuellen Verbraucherschutz. Darüber hinaus bezwecken sie eine Förderung der redlichen Gewerbetätigkeit.

dd) Notstandsregelungen

Nur am Rande erwähnt werden sollen hier die speziellen Regelungen, die im Falle von nationalen oder regionalen besonderen Krisen eine umfassende Regelung der Distribution und der Preise für bestimmte essentielle Waren und Dienstleistungen erlauben. Von besonderer Relevanz in diesem Zusammenhang sind die Regelungen in der Preiskontrollverordnung⁴³, im

40 Vgl. zu dieser Thematik auch J. WEITZDÖRFER, Aggressive Rechtsdurchsetzung in Japan: Die Eintreibung und Rückforderung wucherischer Darlehenszinsen (in diesem Heft S. 115).

41 Gesetz über die Kontrolle der Kapitaleinlage und der Zinsen, 出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律 *Shusshi no ukeire, azukarikin oyobi kinri-tō no torishimari ni kansuru hōritsu*, Gesetz Nr. 195/1954.

42 利息制限法 *Risoku seigen-hō*, Gesetz Nr. 100/1954.

43 Verordnung über die Preiskontrolle, 物価統制令 *Bukka tōsei-rei*, Regierungsverordnung Nr. 118/1946.

Maßnahmengesetz zur Sicherung des Volkslebens in Fällen von Krisen⁴⁴, im Gesetz über krisenbedingte Maßnahmen zum Schutz vor Hamsterkäufen und Ausverkäufen von alltäglichen Verbrauchsgütern⁴⁵ und im Gesetz über die Förderung der Angemessenheit von Angebot und Nachfrage von Erdölprodukten⁴⁶.

c) Regelungen bzgl. der Vertragserfüllung und Leistungsstörungen

Öffentlich-rechtliche Regelungen bestehen nicht nur zum Zwecke der Abschluss- und Inhaltskontrolle, sondern auch zur Förderung der angemessenen Vertragserfüllung und zur Verhinderung der Nichterfüllung bzw. der Leistungserbringung mit mangelhaften Gegenständen.

Als Beispiele können hier zunächst Regelungen angeführt werden, die eine grundlose bzw. unangemessene Verweigerung oder Verzögerung der Leistung durch Unternehmer gegenüber Verbrauchern verbieten (z.B. Art. 7 HGG (Haustür- und Vertretergeschäfte), Art. 44 ImmobGG (gewerbliche Immobiliengeschäfte), Art. 13 RGG (Reiseverträge), Art. 8 GolfclubG (Golfclubmitgliedschaften)) (不当な履行拒否・遅滞の禁止規定 *futō na rikō kyōhi, chitai no kinshi kitei*).

Andererseits wird es Unternehmern auch gelegentlich verboten, Verbraucher zur Erfüllung vertraglicher Pflichten mit Mitteln zu drängen, die die Rechtsordnung zur Durchsetzung vertraglicher Forderungen nicht vorsieht, so insbesondere bei der Eintreibung von Darlehensforderungen durch bestimmte Finanzierungsunternehmen (Art. 21 GeldverleihGG) (履行強制の禁止規定 *rikō kyōsei no kinshi kitei*).

Von großer Bedeutung sind zudem die zahlreichen speziellen Verbote bestimmter unangemessener Handlungen bei der Abwicklung von Finanz- und Finanzanlagegeschäften gegenüber Privatkunden, die vor allem im FBG, im Warentermingeschäftegesetz und im Immobilienfondsgesetz enthalten sind. Daneben finden sich hier auch allgemeine Regelungen, die Finanzdienstleister öffentlich-rechtlich zur Beachtung des Gebots von Treu und Glauben (誠実義務 *seijitsu gimu*) gegenüber ihren privaten Kunden verpflichten (z.B. in Art. 36 FBG, Art. 213 Warentermingeschäftegesetz, Art. 14 Immobilienfondsgesetz).

Außerdem existieren Verbote der Behinderung bei der Ausübung von Widerrufs-, Rücktritts- oder anderen Vertragslöserechten oder bei der Gel-

44 国民生活安定緊急措置法 *Kokumin seikatsu antei kinkyū sochi-hō*, Gesetz Nr. 121/1973.

45 生活関連物資等の買占め及び売惜しみに対する緊急措置に関する法 *Seikatsu kanren busshi-tō no kaishime oyobi urioshimi ni taisuru kinkyū sochi ni kansuru hōritsu*, Gesetz Nr. 48/1973.

46 石油等需給適正化法 *Sekiyu-tō jukyū tekisei-ka hō*, Gesetz Nr. 122/1973.

tendmachung von Nichtigkeitsgründen (Art. 24 Nr. 6 VSS Tōkyō), teils in besonders definierter Weise, z.B. durch Erteilen fehlerhafter oder irreführender Informationen über ein bestehendes Widerrufsrecht (z.B. Art. 7 Nr. 1 HGG, Haustür- und Vertretergeschäfte) oder durch andere Handlungen (Beispiele hierfür auch in Art. 47, 47-2 ImmoGG (Immobilienkauf von Immobilienhändler), Art. 20, 21 ImmobilienfondsG (Vertrag über den Erwerb von Anteilen an einem Immobilienfonds) und Art. 7, 8 GolfclubG (Mitgliedschaften in Golfclubs).

Auch der Zweck dieser Regelungen ist in erster Linie der Verbraucherschutz.

2. Merkmale der öffentlich-rechtlichen Regelungen

a) Verwaltungsrechtliche und strafrechtliche Sanktionen

Die öffentlich-rechtlichen Ge- und Verbotsnormen, durch die Verträge reguliert werden, sind entweder verwaltungsrechtlicher oder strafrechtlicher Natur, oder beides (sog. 行政刑罰法規 *gyōsei keibatsu hōki*). Bei einem Verstoß gegen diese Bestimmungen werden entsprechend entweder eine Verwaltungsbehörde oder/und die Staatsanwaltschaft zu bestimmten Handlungen ermächtigt. So kann eine Verwaltungsbehörde zur Vornahme verwaltungsrechtlicher Maßnahmen und zur Verhängung von Verwaltungsstrafen (verwaltungsrechtlichen Geldsanktionen) befugt sein. Beides kann man als verwaltungsrechtliche Sanktionen ansehen. Soweit die Möglichkeit der Verhängung einer Kriminalstrafe vorgesehen ist, ist die Staatsanwaltschaft zur Strafverfolgung und Anklage nach dem Strafprozessgesetz ermächtigt. Als relevante Gesetzesverstöße kommen nicht nur Verstöße durch den Unternehmer als natürliche Person, sondern auch Verstöße durch Organe oder sonstige Hilfspersonen des Unternehmers („Repräsentanten“ i. w.S.) in Betracht.

Die öffentlich-rechtlichen Sanktionen sind vielfältig. Verwaltungsrechtliche Maßnahmen reichen von Mitteln der sogenannten informellen Verwaltungsanleitung (行政指導 *gyōsei shidō*), wie z.B. Warnungen (勸告 *kankoku*) oder Weisungen (指示 *shiji*), bis zu formellen Verwaltungsmaßnahmen (Verwaltungsakten). Ein Verstoß gegen eine formelle Anordnung ist üblicherweise mit Geldsanktion, Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bedroht. Als formelle Verfügungen kommen insbesondere Anordnungen zur Änderung des Verhaltens (改正命令 *kaisei meirei*), Gewerbeuntersagungen (業務停止の命令 *gyōmu teishi no meirei*) und ein Entzug der erforderlichen Gewerbeerlaubnis (許可・認可の取消 *kyōka/ninka no torikeshi*) bzw. Registrierung (登録の取消 *tōroku no torikeshi*) in Betracht. In Satzungen sind darüber hinaus oft auch besondere Befugnisse zur öffentlichen Bekanntmachung des Regelverstoßes und des Täters vorgesehen (公表 *kōhyō*, z.B. Art. 50 VSS Tōkyō)

Vorsätzliche Verstöße gegen gesetzliche Verbote können auch unmittelbar strafbewehrt sein.⁴⁷ In der Regel sind Doppelbestrafungsnormen (両罰規定 *ryōbatsu kitei*)⁴⁸ vorgesehen, die eine Bestrafung sowohl des Unternehmers (Unternehmens) als auch der konkreten Person, die gehandelt hat, erlauben. Als Arten der Strafe kommen vor allem Freiheitsstrafen (nur gegen natürliche Personen) oder Geldstrafen (gegen juristische und natürliche Personen) in Betracht.⁴⁹ Da das japanische Strafverfahrensrecht vom Grundsatz des Opportunitätsprinzips (起訴便宜主義 *kiso bengi shugi*) geprägt ist, muss die Staatsanwaltschaft solche Verstöße aber nicht immer verfolgen.⁵⁰

b) *Natur und Struktur der Rechtsgrundlagen*

Als Rechtsgrundlagen kommen zahlreiche Arten von gesetzlichen Regelungen in Betracht. Als Beispiele oben wurden vor allem Ge- und Verbote in nationalen, formellen Gesetzen (法律 *hōritsu*) angeführt. Entsprechende Regelungen finden sich aber auch in rangniedrigeren Gesetzen, insbesondere in Regierungsverordnungen (政令 *seirei*) und Ministerialverordnungen (省令 *shōrei*) aufgrund und in Ausführung von Gesetzen sowie in Amtsverordnungen (規則 *kisoku*) auf Grundlage von Regierungs- oder Ministerialverordnungen. Darüber hinaus sind auch lokale Satzungen der regionalen Gebietskörperschaften (条例 *jōrei*) von Bedeutung, insbesondere Verbraucherschutzsatzungen⁵¹ (allgemein als „消費生活条例 *Shōhi seikatsu jōrei*“ bezeichnet), die mittlerweile von den meisten Präfekturen und größeren Städten erlassen worden sind.

47 Zur strafrechtlichen Regulierung durch Wirtschaftsverwaltungsgesetze am Beispiel von Verbrauchergeschäften siehe K. KAKIGUCHI, *Shōhi-sha hogo to keihō* [Verbraucherschutz und Strafrecht] (Tōkyō 2003) 164–171.

48 Zu Doppelbestrafungsnormen siehe K. YAMANAKA, Parallele Bestrafung von juristischen und natürlichen Personen, in: ZJapanR/J.Japan.L. 14 (2002) 191–207 und M. IDA, § 30 Wirtschaftsstrafrecht, in: Baum/Bälz (Hrsg.), Handbuch (Fn. 14) 1465–1468 (Rn. 12–18).

49 Beispielsweise ist der Verstoß gegen Art. 38 Nr. 1 FBG, wonach es dem Finanzunternehmer (Finanzdienstleister), seinen Funktionsträgern (bei Gesellschaften; inkl. der Organe der Gesellschaft) und seinen Angestellten verboten ist, beim Werben um einen Vertragsabschluss über ein Finanzprodukt dem Kunden gegenüber unwahre Angaben zu machen, strafbewehrt mit Zuchthaus bis zu 3 Jahren, Geldstrafe bis zu 3 Mio. Yen oder mit einer Kombination aus beiden Strafen (Art. 198 Nr. 2-2 FBG).

50 IDA (Fn. 48) 1469–1471 (Rn. 19–26), auch zu einigen Formen verwaltungsrechtlicher Geldsanktionen.

51 Ausführlich zur Vertragsregulierung durch Verbraucherschutzsatzungen DERNAUER (Fn. 6) 473–482.

Unter den nationalen formellen Gesetzen sind vor allem solche Gesetze von Bedeutung, die eine bestimmte Wirtschaftsbranche regulieren. In diesen finden sich häufig auch Regelungen zur Geschäftstätigkeit von Unternehmern dieser Branche in einem Abschnitt, der meist etwas hinten im Gesetz steht und mit „業務 *gyōmu*“ (Geschäftstätigkeit) betitelt ist. Dort finden sich auch insbesondere die Regelungen, die Unternehmern bestimmte Handlungen im Vorfeld bzw. bei Vertragsabschluss verbieten, sowie weiter den Abschluss von Verträgen mit einem bestimmten unzulässigen Inhalt oder die Vornahme bestimmter unzulässiger Handlungen nach Vertragsabschluss, also im Zusammenhang mit der Erfüllung des Vertrages. Die verwaltungsrechtlichen Maßnahmen, die die zuständige Verwaltungsbehörde bei einem Gesetzesverstoß ergreifen kann, sind meist unmittelbar in diesem Abschnitt oder in einem gesonderten eigenen Abschnitt geregelt. Die Regelungen zu möglichen strafrechtlichen Sanktionen finden sich meist getrennt hiervon in einem separaten Abschnitt „Strafbestimmungen (罰則 *bassoku*)“ am Ende des jeweiligen Gesetzes.

Regelungen zur präventiven Preiskontrolle, zur präventiven Genehmigung von AGB bzw. Hinweispflichten auf AGB sowie zum Vertragsabschlusszwang finden sich häufig am Anfang eines Gesetzes im Zusammenhang mit den Regelungen über die Gewerbeerlaubnis bzw. den Pflichten zur Anzeige oder Registrierung eines Gewerbes. Daneben gibt es einige Gesetze, die speziell zum Schutz von Verbrauchern erlassen worden sind, z. B. das Handelsgeschäftegesetz (HGG) und das Golfclubgesetz, die praktisch nur aus Regelungen über die Geschäftstätigkeit von Unternehmern einer bestimmten Branche bzw. Unternehmern, die bestimmte Geschäfte tätigen, bestehen. Auch hier finden sich am Anfang meist die entsprechenden Ge- und Verbote, in einem Abschnitt weiter hinten dann die Ermächtigungsnormen zum verwaltungsrechtlichen Handeln bei einem Gesetzesverstoß und hiervon wieder getrennt die Strafbestimmungen am Ende des Gesetzes. Eine ähnliche Struktur weisen auch die Verbraucherschutzsatzungen auf, z. B. die VSS Tōkyō.

Die Regelungen über Haustür- und Vertretergeschäfte im Handelsgeschäftegesetz (HGG) finden sich beispielsweise im ersten Unterabschnitt des zweiten Abschnitts (Art. 3 bis 10 HGG). Nach einer Definition der Haustür- und Vertretergeschäfte (Art. 2 HGG) finden sich in Art. 3 bis 5 HGG Gebote zur Aufklärung des Kunden vor und nach Vertragsabschluss. In Art. 6 folgt eine Liste mit verbotenen Handlungen vor und nach Abschluss des Vertrages die gemäß Art. 7 durch Ministerialverordnung des Wirtschaftsministeriums ergänzt werden kann. In Art. 6-2, 7 und 8 finden sich Ermächtigungsnormen für verwaltungsrechtliche Maßnahmen des Wirtschaftsministeriums bei einem Verstoß gegen die zuvor aufgeführten Ge- und Verbote, die ergänzt werden durch Regelungen in Abschnitt 6

(„Verschiedenes“ 雑則 *zassoku*), Art. 59 bis 69. Die Strafbestimmungen finden sich in Abschnitt 7 („Strafbestimmungen“ 罰則 *bassoku*).

c) *Verhältnis zu besonderen zivilrechtlichen Regelungen*

Den Schutz von Verbrauchern, Finanzkunden, Finanzanlegern und anderen strukturell unterlegenen Vertragspartnern bezwecken auch zahlreiche besondere zivilrechtliche Institute. Diese bestehen grundsätzlich neben den öffentlich-rechtlichen Regelungen der Vertragskontrolle.

Teils existieren öffentlich-rechtliche Regelungen der Vertragskontrolle nur dort, wo es keine oder keine entsprechenden sonderprivatrechtlichen Schutzregelungen gibt. So gibt es bisher zum Beispiel keine besonderen Regelungen zur Einbeziehung von AGB und über deren Inhalt. Es gibt jedoch zumindest funktional ähnliche Regelungen im Verbrauchervertragsgesetz (Art. 8 bis 10 VerbrVG), die die zivilrechtliche Nichtigkeit unangemessener Vertragsbedingungen (Nebenbedingungen) in Verbraucherverträgen anordnen, unabhängig davon ob sie Bestandteil von AGB sind. Zudem werden dem ZG bald Regelungen zur Kontrolle von AGB im Zuge der anstehenden Schuldrechtsreform hinzugefügt werden (Reformentwurf Abschnitt 28)⁵². Zivilrechtliche Pflichten, die den öffentlich-rechtlichen Angabepflichten bei der öffentlichen Werbung und den Regelungen bzgl. übertriebener Werbung entsprechen, gibt es nicht. Allenfalls kommt in diesen Fällen ein Verstoß gegen das UWG in Betracht. Einen zivilrechtlichen Vertragsabschlusszwang gibt es ebenfalls nicht. Im Einzelfall kann die diskriminierende Ablehnung eines Vertragsschlusses aber eine unerlaubte Handlung darstellen.⁵³ Privatrechtliche besondere Regelungen, die funktional den Regelungen bzgl. ungeeigneter Vertragspartner bzw. Vertragsgegenstände entsprechen, gibt es ebenfalls nicht. Zivilrechtliche Regelungen zur Kontrolle der Angemessenheit der Gegenleistung bzw. des Preises für Waren oder Dienstleistungen gibt es nur in geringer Zahl. Einmal ist hier die zivilrechtliche Generalklausel in Art. 90 ZG zu nennen, die die Nichtigkeit von sittenwidrigen und gegen die öffentliche Ordnung verstößenden Rechtsgeschäften anordnet und die auch wucherische Geschäfte erfassen kann. Zum anderen gibt es spezielle Wucherregelungen für Gelddarlehen im Zinsbeschränkungsgesetz. Die dort in Art. 1 enthaltenen Regelungen

52 Programmvorschlagn für eine Änderung des Zivilgesetzes im Bereich des Schuldrechts (民法(債権関係)の改正に関する要綱案 *Minpō (saiken kankei) no kaisei ni kansuru yōkō-an*), unter <http://www.moj.go.jp/content/001136445.pdf>, der am 31. März 2015 als Gesetzentwurf ins japanische Unterhaus eingebracht worden ist und damit in die Phase der parlamentarischen Beratung eingetreten ist.

53 Vgl. zum Beispiel die Entscheidung des DG Sapporo vom 11. November 2002, in: Hanrei Jihō Nr. 1806, 84.

ordnen die (Teil)Nichtigkeit von Darlehensverträgen an, die als Gegenleistung die Zahlung von Zinsen vorsehen, die bestimmte Höchstzinsgrenzen überschreiten. Freilich gibt es auch allgemeine zivilrechtliche Regelungen bezüglich der Vertragserfüllung und Leistungsstörungen, die einen ähnlichen Regelungszweck haben wie die oben dargestellten öffentlich-rechtlichen Bestimmungen, allerdings nicht immer gleiche oder allenfalls allgemeinere Tatbestandsvoraussetzungen aufweisen.

In den allermeisten Fällen gibt es jedoch zusätzlich vergleichbare privatrechtliche Regelungen, deren Regelungsziele denen der öffentlich-rechtlichen Regelungen entsprechen. So gibt es eine Reihe besonderer zivilrechtlicher Aufklärungspflichten u. a. im Verbrauchervertragsgesetz (VerbrVG), im Finanzproduktehandelsgesetz (FpHG)⁵⁴ und im Handelsgeschäftsgesetz (HGG). Auch diesbezüglich kann man die Aufklärungspflichten unterteilen in schriftliche formalisierte Aufklärungspflichten, allgemeine positive Aufklärungspflichten und negative Aufklärungspflichten, also Verbote der unzureichenden oder irreführenden Aufklärung.

Ein Beispiel für Regelungen mit identischem Tatbestand aber öffentlich-rechtlichen und zivilrechtlichen Rechtsfolgen sind die schriftlichen formalisierten Aufklärungspflichten, bei denen nicht nur die Möglichkeit verwaltungsrechtlicher Maßnahmen und strafrechtlicher Sanktionen gegen den Unternehmer besteht, sondern die auch mit einem verbraucherschützenden Widerrufsrecht⁵⁵ verknüpft sind. Die zivilrechtliche Rechtsfolge eines Verstoßes gegen die betreffende Norm besteht darin, dass die Widerrufsfrist nicht in Lauf gesetzt wird, so dass der Kunde und Verbraucher den Vertrag nahezu unbegrenzt ohne weitere Voraussetzungen widerrufen kann (z. B. Art. 9 HGG bei Haustür- und Vertretergeschäften, Art. 37-6 FBG bei vielen Finanz- und Finanzanlagegeschäften und Art. 12 GolfclubG bei Mitgliedschaftsverträgen in Golfclubs).

Ein weiteres Beispiel sind die Verbote der Mitteilung falscher oder irreführender Tatsachen im HGG (z. B. Art. 6 HGG bzgl. Haustür- und Vertretergeschäften), bei denen nicht nur verwaltungsrechtliche und strafrechtliche Sanktionen für den Verstoß vorgesehen sind, sondern auch ein zivilrechtliches besonderes Anfechtungsrecht zugunsten des Kunden. Zudem besteht in diesen Fällen auch meist zugleich ein besonderes zivilrechtliches Anfechtungsrecht nach Art. 4 VerbrVG. Ähnlich verhält es sich auch mit

54 Gesetz über den Handel mit Finanzprodukten, 金融商品の販売等に関する法律 *Kin'yū shōhīn no hanbai-tō ni kansuru hōritsu*, Gesetz Nr. 101/2000.

55 Zu den Widerrufsrechten im japanischen Recht ausführlich DERNAUER (Fn. 6) 327–382, DERNAUER (Fn. 15) 575–580 (Rn. 15–23), K. NAKATA, Widerrufsrechte im japanischen Zivilrecht, in: Riesenhuber/Nishitani, Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie (Berlin 2007) 175–186.

den öffentlich-rechtlichen Verboten des Verschweigens wichtiger Tatsachen und der Abgabe bestimmender Urteile, bei denen oft auch ein besonderes zivilrechtliches Anfechtungsrecht oder ein besonderer Schadensersatzanspruch zugunsten des Kunden vorgesehen ist, ebenfalls entweder nach einer Bestimmung im HGG, im VerbrVG oder im FpHG.⁵⁶

Ist der Tatbestand des strafrechtlichen Betrugs im Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss erfüllt, kann der betrogene Vertragspartner den Vertrag regelmäßig auch nach Art. 96 ZG anfechten und Schadensersatz aus Deliktsrecht (Art. 709 ZG) verlangen. Auch ein einfacher fahrlässiger Verstoß gegen wichtige vorvertragliche Aufklärungspflichten führt nach Zivilrecht bereits zu einer deliktischen Haftung⁵⁷ und ein fahrlässiger Verstoß gegen vertragliche Aufklärungspflichten nach den allgemeinen Regeln zur Haftung wegen Nichterfüllung nach Art. 415 ZG. Zudem kann der Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Bestimmungen unter bestimmten Voraussetzungen eine zivilrechtliche Nichtigkeit des Vertrages oder aus demselben Grunde eine Haftung aus Deliktsrecht begründen.

Es lässt sich somit in vielen Fällen eine Doppel- oder Parallelregulierung gleichartiger Sachverhalte durch öffentliches und privates Vertragsrecht feststellen. Daneben gibt es auch vereinzelt Fälle, in denen öffentliches Recht die Durchsetzung zivilrechtlicher Rechte schützt. Dies lässt sich etwa annehmen für die Verbote der Behinderung bei der Ausübung von Vertragslöserechten, insbesondere Widerrufsrechten (z. B. Art. 6 Abs. 1 HGG bei Haustür- und Vertretergeschäften, Art. 7 Abs. 2, 8 Nr. 1 GolfclubG).

Ob die Regelungen des öffentlichen Vertragsrechts effektiv sind oder in der Praxis überhaupt in großem Umfang angewendet werden, ist fraglich. Die Verfolgung aller Verstöße auch in geringfügigen Fällen würde einen erheblichen Verwaltungsaufwand verursachen, der die Verwaltungskapazitäten binden und die Verwaltung von der Erledigung ihrer Kernaufgaben abhalten würde. Hierzu fehlt es jedoch noch an einer entsprechenden Untersuchung. Ungeachtet dessen führt das Nebeneinander von privatem und öffentlichem Recht zu einem Normenschwungel mit vielen Normenkonkurrenzen, der auch für den Fachmann nur schwer durchschaubar ist. Es ist also nicht vermessen hier von einem Zustand erheblicher Über- und Parallelregulierung zu sprechen.

56 Zu den besonderen Anfechtungsrechten in den genannten Gesetzen DERNAUER (Fn. 15) 581–583 (Rn. 24–30).

57 Ausführlich mit zahlreichen Nachweisen M. DERNAUER, Vorvertragliche Aufklärungspflichten im japanischen Vertragsrecht, in: Coester-Waltjen/Lipp/Waters (Hrsg.), *Liber Amicorum Makoto Arai* (Baden-Baden 2015) 210–237.

d) *Zwecke der öffentlich-rechtlichen Vertragsregulierung*

Wie bereits oben erwähnt, besteht der Zweck vieler Regelungen darin, den Verbraucher in einem weiten Sinne zu schützen. Dies schließt auch verwandte Schutzmotive wie den Schutz von privaten Kunden bei Finanz- und Finanzanlagegeschäften ein. Zudem ist der Schutzgrund nicht beschränkt auf die Annahme eines strukturellen Informations- und Kräfteungleichgewichts beim Vertragsschluss mit Unternehmern. Der Verbraucher wird auch aus Gründen der öffentlichen Daseinsvorsorge und weil er zum Leben auf elementar Waren und Dienstleistungen angewiesen ist, also letztlich aus sozialen Motiven, besonders geschützt. Dieser besondere soziale Schutz als Verbraucherschutzmotiv geht zurück auf das Bild des Verbrauchers als *seikatsu-sha*, das sich bereits in der Vorkriegszeit herausgebildet hat und das letztlich ein besonders umfassendes Bild des Verbrauchers darstellt.⁵⁸ Darüber hinaus lässt sich in vielen Fällen auch der Schutzzweck funktionierender Finanz- und anderer Märkte nachweisen, auch in Form der allgemeinen Förderung einer redlichen Geschäftstätigkeit von Unternehmen. Regelungen mit ähnlichen Schutzmotiven findet man auch in anderen Rechtsordnungen, aber die umfangreiche Regulierung des Vertrags durch öffentliches Recht in Japan ist bemerkenswert.

e) *Zur Lage in Deutschland*

Es gibt auch in Deutschland und anderen westlichen Ländern öffentlich-rechtliche Regelungen speziell zur Kontrolle von Verträgen. Für eine vollständige Darstellung und Erörterung solcher Bestimmungen in Deutschland (und anderen Ländern) ist hier allerdings kein Raum. Kurz betrachtet ist der Eingehungsbetrug auch in Deutschland eine Straftat (§ 263 StGB) und es bestehen auch öffentlich-rechtliche Regelungen zur Bewältigung von Krisen und Staatsnotstand. Zudem gibt es auch zur Gewährleistung der Versorgung der Bürger mit elementaren Waren und Dienstleistungen öffentlich-rechtliche Regelungen zu Preisen und zur Kontrolle von AGB, so etwa im Bereich der Energieversorgung und des öffentlichen Personenverkehrs. Auch lassen sich die Wohlverhaltensregeln in §§ 31 bis 37 WpHG, die ihren Ursprung weitgehend in EU-Richtlinien oder Verordnungen haben, als öffentlich-rechtliche Regelungen einerseits zum Schutz des Funktionierens der Finanzmärkte und andererseits auch zum individuellen Schutz von Kunden bei Finanzgeschäften einordnen, wobei streitig ist, inwieweit sie auch zivilrechtlichen Charakter haben.⁵⁹ Eindeutig ist aber, dass die Anzahl und der

58 Ausführlich DERNAUER (Fn. 6) 68–70.

59 Zu diesem Problem ausführlich H. BAUM, Public Law vs. Civil Law: The German Controversy about the Interaction between Capital Market Regulation and Contract

Umfang der öffentlich-rechtlichen Regelungen in Japan, die den Vertragsabschluss, den Vertragsinhalt und die Erfüllung von Verträgen regulieren, weit über entsprechende Regelungen in Deutschland hinausgehen.

III. FOLGERUNGEN FÜR DIE FUNKTION DES ÖFFENTLICHEN RECHTS IN JAPAN

1. *Besonders große Bedeutung des öffentlichen Rechts im Vertragsrecht und beim Schutz von Schwachen*

Aus der Menge von öffentlich-rechtlichen Regelungen lässt sich zunächst ohne weiteres schließen, dass das öffentliche Recht bei der Regulierung von Verträgen in Japan eine besonders große Rolle spielt. Aufgrund dieser Vorschriften hat die japanische Verwaltung besonders umfangreiche Möglichkeiten der Kontrolle von Verträgen. Das betrifft die Eingriffsverwaltung ebenso wie die Gewährleistungsverwaltung (Daseinsvorsorge) als Teil der Leistungsverwaltung. Auch im Rahmen der Aufsicht der Finanzmärkte ist die Rolle der Verwaltung von großer Bedeutung. An dieser Stelle ist vor allem die verwaltungsrechtliche Aufsicht speziell über Verträge hervorzuheben, die dem Erwerb von Finanzprodukten über Finanzintermediäre dienen. Viele Regelungen beinhalten zusätzlich die Möglichkeit der Verhängung strafrechtlicher Sanktionen. Daher wirkt auch die Staatsanwaltschaft bei der Kontrolle von Verträgen mit.

Zudem hat die Verwaltung auch eine besondere Bedeutung beim Schutz von Verbrauchern, da viele der hier vorgestellten Regelungen den Verbraucherschutz bezwecken. Dies betrifft nicht nur das öffentliche Verbrauchervertragsrecht, das Gegenstand dieser Abhandlung ist, sondern auch den Verbraucherschutz durch das Ordnungs- und Polizeirecht, z. B. zum Schutze von Verbrauchern vor defekten und gefährlichen Produkten. Damit ist letztlich aber auch der Schutz schwacher und hilfsbedürftiger Bürger insgesamt gemeint, denn die Begriffe Verbraucher und Verbraucherschutz werden in Japan besonders weit verstanden, unter Einbeziehung z. B. von Privatkunden bei Finanzgeschäften, Wohnungsmietern und ganz allgemein von in ihrer Situation als hilfsbedürftig wahrgenommenen Bürgern. Dies zeigt sich insbesondere an der Vermischung von allgemeinen sozialen Schutzmotiven mit dem Verbraucherschutz, etwa den Motiven des *seikatsu-sha* Schutzes bzw. der öffentlichen Daseinsvorsorge.

Law, in: Hikaku-hō Zasshi Band 48 Nr. 3 (2014) 41–79; DERS., Das Spannungsverhältnis zwischen dem funktionalen Zivilrecht der „Wohlverhaltensregeln“ des WpHG und dem allgemeinen Zivilrecht, in: Österreichisches Bank Archiv 2013, 396–406.

Der Verbraucherschutz wurde lange Zeit auch in erster Linie als Aufgabe der Verwaltung und des Verwaltungsrechts verstanden, stets begleitet von der Möglichkeit strafrechtlicher Sanktionen.⁶⁰ Erst Mitte der 1970er Jahre, und besonders dann in den 1980er Jahren kam es unter dem Schlagwort der Deregulierung zu einem Paradigmenwechsel. Seither rückt in Japan der Verbraucherschutz durch privatrechtliche Regelungen in den Mittelpunkt, insbesondere auch im Verbrauchervertragsrecht. Beispielhaft hierfür lassen sich der Erlass des Handelsgeschäftegesetzes (HGG) im Jahre 1976 (später reformiert in den Jahren 1999, 2000, 2002, 2004, 2009 und 2012), der Erlass des Produkthaftungsgesetzes im Jahre 1994, der Erlass des Baumängelgesetzes (BauMG) im Jahre 1999 sowie der Erlass des Verbrauchervertragsgesetzes (VerbrVG) und des Finanzproduktehandelsgesetzes (Fp-HG) im Jahre 2001 anführen. Die zunehmende privatrechtliche Regulierung hat aber nicht zu einer Verminderung der öffentlich-rechtlichen Regulierung im Gegenzug geführt. Die privatrechtliche Regelungsebene kam lediglich zu der bereits bestehenden öffentlich-rechtlichen hinzu. Im Verbraucherrecht und insbesondere im Verbrauchervertragsrecht kann daher von einer Deregulierung oder Ersetzung einer öffentlich-rechtlichen *ex ante* Regulierung durch eine zivilrechtliche *ex post* Regulierung, die als ein Zweck vieler Reformen in den 1990er und 2000 Jahren angeführt worden ist, keine Rede sein.

2. Tradition einer intensiven Modernisierung und Steuerung von oben

Auch in anderen Zusammenhängen wird bzgl. Japan häufig von einer besonders intensiven staatlichen Steuerung der Gesellschaft gesprochen.⁶¹ So wird die Neuausrichtung und Ausgestaltung des japanischen Staates infolge der Meiji-Restauration 1868 üblicherweise als „Revolution von oben“ bezeichnet,⁶² die vor allem durch die Regierung und ihre noch in der Edo-Zeit im Dienste des Shōgun und der Provinzfürsten konfuzianistisch geschulten Beamten verwirklicht wurde. Der Erfolg Japans beim Aufbau eines modernen Staates in der Meiji-Zeit habe eine tief verwurzelte Tradition der Vor-

60 K. NAKATA, Der Wandel vom Verbraucherschutzrecht zum Verbraucherrecht, in: ZJapanR/J.Japan.L 19 (2005) 221, 229; DERS., Neuere Entwicklungen im japanischen Verbraucherrecht, in: ZJapanR/J.Japan.L. 27 (2009) 155, 156–157; J. NAGAO, *Shōhisha-hō to wa nani ka* [Was ist das Verbraucherrecht?], in: Nagao (Hrsg.) *Rekuchā shōhisha-hō* [Vorlesung zum Verbraucherrecht] (Kyōto, 2. Auflage 2001) 6; ausführlich DERNAUER (Fn. 6) 12–48.

61 K. ROKUMOTO, §2 Institutionen: Recht und Juristen in der Transformation, in: Baum/Bälz (Hrsg.), Handbuch (Fn. 14) 31, 33–37.

62 ROKUMOTO (Fn. 61) 33.

herrschaft der staatlichen Bürokratie⁶³ und der Abhängigkeit der Bevölkerung von staatlicher Leitung geschaffen.⁶⁴

Dieses Ordnungsmodell habe sich auch beim wirtschaftlichen Neuaufbau nach dem Zweiten Weltkrieg erhalten, insbesondere durch eine ministerialbürokratische Lenkung⁶⁵ z.B. durch Formulierung der Politikziele und Ausarbeitung der Gesetze für die lange Zeit alleine regierende Liberaldemokratische Partei (LDP).⁶⁶ Dabei verstanden sich die Ministerialbeamten auch als Betreuer aller involvierten sozialen Interessen.⁶⁷ Die ausführende Steuerung durch die Verwaltung vollzieht sich im Anschluss an die Gesetzgebung wesentlich durch und aufgrund von Verwaltungsrecht und zu einem beträchtlichen Anteil ebenfalls durch die Ministerialbürokratie. Daher stellt die intensive Regulierung durch öffentlich-rechtliches Vertragsrecht keine Besonderheit im japanischen System dar. Zwar haben die Phase des wirtschaftlichen Niedrigwachstums in den 1980ern, die langanhaltende Rezession und Finanzkrise ab Anfang der 1990er Jahre, der zunehmende Globalisierungsdruck und die Einsicht in die Notwendigkeit tiefgreifender Reformen in Politik, Verwaltung, Justiz und Justizverwaltung (司法制度改革 *shihō seido kaikaku* [Reform des Justizwesens], 1999 bis ca. 2009) zum Zwecke der Modernisierung, Rationalisierung und Demokratisierung ab etwa 1993 eine heftige Reformwelle ausgelöst.⁶⁸ Die Vorherrschaft der Verwaltung

63 H. USHIJIMA, Administrative law and judicialized governance in Japan, in: Ginsburg/Chen (Hrsg.), Administrative Law and Governance in Asia (London / New York 2008) 81.

64 ROKUMOTO (Fn. 61) 34.

65 Sehr anschaulich beschrieben auch am Beispiel der Industriepolitik durch das ehemalige Ministerium für Internationalen Handel und Industrie (Ministry of International Trade and Industry (MITI), 通商産業省 *Tsūshō sangyō-shō*) bei CH. JOHNSON, MITI and the Japanese Miracle: The Growth of Industrial Policy, 1925-1975 (Stanford 1982).

66 USHIJIMA (Fn. 63) 83.

67 ROKUMOTO (Fn. 61) 36, Rn 11. *Kōji Satō* (佐藤幸治), emeritierter Verfassungsrechtler der Universität Kyōto, einst Mitglied im Regierungsausschuss zur Reform der Verwaltung (seit 1996), danach Mitglied des Gesetzberatungsausschusses im Justizministerium (法制審議会 *Hōsei shingi-kai*) (seit 1998) und anschließend Vorsitzender der von 1999 bis 2001 tagenden Kommission zur Reform des Justizwesens (司法制度改革審議会 *Shihō seido kaikaku shingi-kai*) sprach noch nach der Jahrtausendwende vom Charakter der japanischen Verwaltung als einer in erzieherischer Mission übermotivierten und schützenden Mutter (教育ママ *kyōiku mama*), K. SATŌ, *Saishū iken ni komerareta imi* [Die Bedeutung der abschließenden Stellungnahme], in: Hōritsu Jihō, Hōritsu Seminā henshū-bu [Die Redaktion der Zeitschriften Hōritsu Jihō und Hōritsu Seminā] (Hrsg.), *Shihō Kaikaku III, saishū iken to jitsugen no kadai* [Justizreform III – Die abschließende Stellungnahme und Aufgaben im Hinblick auf die Umsetzung der Vorschläge] (Tōkyō 2001) 1, 1–2.

68 ROKUMOTO (Fn. 61) 37–44, insbesondere Rn. 13, 16, 19, 21–22, 31–32.

und des Verwaltungsrechts zur Steuerung der japanischen Gesellschaft scheint aber auch in Anbetracht der intensiven Regulierung von Verträgen durch öffentliches Recht noch keineswegs vollständig gebrochen.

3. Kultur der Streitvermeidung, Ausgleich von Rechtsdurchsetzungsdefiziten im Privatrecht und ergänzende Schutzfunktion des öffentlichen Rechts

Vor allem seit den Schriften des berühmten japanischen Rechtssoziologen *Takeyoshi Kawashima* (川島武宜) über die „Streitbewältigung in Japan“⁶⁹ aus dem Jahre 1963 und über das „Rechtsbewusstsein der Japaner“ im Jahre 1967⁷⁰ sowie der Streitschrift des amerikanischen Rechtsvergleichers *John Owen Haley* über den „*Myth of the Reluctant Litigant*“⁷¹ im Jahre 1978, dessen Thesen denen von *Kawashima* diametral entgegengerichtet erscheinen, wird über die Gründe für die im internationalen Vergleich noch immer sehr geringe Zahl von Zivilklagen⁷² kontrovers diskutiert.

Im Anschluss an *Kawashimas* Ausführungen entwickelte sich einerseits die These, dass die niedrige Zahl von Zivilprozessen Folge eines in Japan herrschenden vormodernen Rechtsbewusstseins sei, das auf Streitvermeidung und Streitbewältigung durch Formen nicht-streitiger Konfliktbewältigung bedacht sei, wobei *Kawashima* allerdings davon ausging, dass sich dies mit einer zunehmenden Modernisierung, Industrialisierung und Urbanisierung ändern werde.⁷³ Diese Theorie einer spezifisch japanischen, histo-

69 T. KAWASHIMA, *Dispute Resolution in Contemporary Japan*, in: von Mehren (Hrsg.), *Law in Japan: The Legal Order in a Changing Society* (Harvard 1963) 41 ff.

70 T. KAWASHIMA, *Nihon-jin no hō-ishiki* [Das Rechtsbewusstsein der Japaner] (Iwanami Shoten 1967).

71 J.O. HALEY, *The Myth of the Reluctant Litigant*, in: *Journal of Japanese Studies* 4 (1978) 359–390.

72 Vgl. BAUM/BALZ (Fn. 14) 14 (Rn. 29–30), unter Bezugnahme insbesondere auf eine Untersuchung des Zeitraum von 1875 bis 1994 von CH. WOLLSCHLÄGER, *Historical Trends of Civil Litigation in Japan, Arizona, Sweden, and Germany: Japanese Legal Culture in the Light of Judicial Statistics*, in: Baum (Hrsg.), *Japan: Economic Success and Legal System* (Berlin/New York 1997) 89, 93–97. Dort wurde z. B. für das Jahr 1990 die Zahl neu anhängig gemachter streitiger Verfahren von 1,6 pro 1000 Einwohner ermittelt, was noch unter dem Niveau von z. B. Nepal (2,6) lag und weit entfernt war von den meisten anderen dort dargestellten Ländern mit einem vergleichbarem Entwicklungsstand wie Japan (z. B. Frankreich 18,8 für 1988; Deutschland 24,6 und England 50,5).

73 Wobei sich diese Modernisierungsthese bisher nicht vollständig bestätigt hat, denn obwohl Japan im Jahre 1994 zweifelsfrei als modernes Industrieland angesehen werden muss, scheint die japanische Prozessdichte innerhalb der zurückliegenden mehr als 100 Jahre (1875 bis 1994) nicht in angemessener Relation zur gesell-

risch gewachsenen Kultur der Konfliktvermeidung erfuhr vor allem in den 1960er und 1970er Jahren in Japan und im westlichen Ausland viel Zuspruch,⁷⁴ wird aber auch heute noch zumindest als ein Erklärungsgrund unter anderen vertreten.⁷⁵

Demgegenüber hat *Haley* vor allem institutionelle Defizite als Hauptgründe für die geringe Klagebereitschaft der Japaner betont. Diese sei insbesondere durch die geringe Kapazität der japanischen Justiz begründet, die wiederum vor allem durch die geringe Zahl von Juristen, insbesondere von Richtern und Rechtsanwälten zu erklären sei. Hierdurch käme es zu einer zu großen Belastung der Gerichte, überlangen Verfahren und hohen Prozesskosten, die für den „*rational litigant*“ eine Zivilklage in der Regel unattraktiv machten.⁷⁶ Dieser Ansatz wird in zahlreichen Facetten vorrangig seit den 1980er Jahren vertreten.⁷⁷

Umgekehrt wird zunehmend auch die Theorie vertreten, dass die geringe Zahl an Zivilklagen in vielen Rechtsbereichen gerade auf das gute Funktionieren der Justiz und die effiziente Arbeit der Richter zurückzuführen sei. Das zentrale Argument hier ist, dass die Gerichtsentscheidungen in Japan aufgrund einer standardisierten Beurteilung von Fällen und der Verwendung von Schadensersatz- und anderen öffentlich zugänglichen Tabellen (trotz der generell geringen Zahl von Gerichtsentscheidungen!) extrem gut vorhersehbar seien. Dies würde ein Klageverfahren unnötig machen, weil die Parteien sich effektiver (schneller und billiger) außergerichtlich auf Basis der bisherigen Gerichtsentscheidungen durch Vergleich einigen könnten. Dieser Weg der außergerichtlichen Einigung „im Schatten der Rechtsprechung“ sei schlicht effizienter und deshalb vernünftiger als das Bestrei-

schaftlich-wirtschaftlichen Entwicklung des Landes zugenommen zu haben, sondern mehr oder weniger zu stagnieren; WOLLSCHLÄGER (Fn. 72) 98 ff., 110–111.

74 Vgl. J.M. RAMSEYER, *Second-Best Justice* (Chicago 2015) 2, der diese Theorie allerdings für unzutreffend hält.

75 BAUM/BÄLZ (Fn. 14) 14–16; hier wird allerdings zusätzlich noch eine Aufspaltung des Arguments nach historisch gewachsenen sozialen Strukturen und einem traditionell geprägten Rechtsbewusstsein vorgenommen. Dies ist aber nur schwer nachvollziehbar, da der jeweilige Entwicklungsstand der Struktur einer Gesellschaft gerade doch auch das Rechtsbewusstsein prägt. Siehe darüber hinaus auch K. ROKUMOTO, *Overhauling the Judicial System: Japan's Response to the Globalizing World*, in: *ZJapanR/JJapan.L.* 20 (2005) 7, 18; E.A. FELDMAN, *Law, Culture, and Conflict: Dispute Resolution in Postwar Japan*, in: Foote (Hrsg.) *Law in Japan: A Turning Point* (Seattle 2007) 50, 52–61, Beispiele vor allem ab 58.

76 HALEY (Fn. 71) 380 ff. Manche sprechen auch von einer künstlichen Verknappung der Zahl der Juristen.

77 RAMSEYER (Fn. 74) 2; BAUM/BÄLZ (Fn. 14) 17–18 (Rn. 38–39).

ten des Rechtsweges.⁷⁸ Als Beispiel wird hier insbesondere die Tendenz zur außergerichtlichen Einigung nach Verkehrsunfällen angeführt.⁷⁹ Dieser Trend sei zudem insbesondere dort ausgeprägt – anscheinend aber nicht immer –,⁸⁰ wo institutionalisierte (günstige) außergerichtliche Vermittlungsverfahren (*alternative dispute resolution*, ADR) zur Verfügung stün-

78 RAMESEYER (Fn. 74) 2, 4–5, 6–9, 239–242 (Zusammenfassung der Ergebnisse; Kapitel 2 behandelt umfassend die Situation bei Verkehrsunfällen (10–34), Kapitel 3 Produkthaftungsfälle (35–70) und Kapitel 4 und 5 die abweichende spezifische Lage bzgl. medizinischer Behandlungsfehler (71–163)); zuvor bereits derselbe Autor an anderen Stellen: J.M. RAMSEYER, *Reluctant Litigant Revisited: Rationality and Disputes in Japan*, in: *Journal of Japanese Studies* 14 (1988) 111, 114 ff.; J.M. RAMSEYER/M. NAKAZATO, *The Rational Litigant: Settlement Amounts and Verdict Rates in Japan*, in: *Journal of Legal Studies* 18 (1989) 262, 268 ff.; J.M. RAMSEYER/M. NAKAZATO, *The Japanese Law: An Economic Approach* (Chicago University Press 1999) 90 ff.; BAUM/BÄLZ (Fn. 14) 18 (Rn. 40). Zu diesem rechtsökonomischen Ansatz auch FELDMAN (Fn. 75) 64–67.

79 RAMESEYER (Fn. 74) 6, 10 ff.

80 H. BAUM/E. SCHWITTEK, *Mediation in Japan – Entwicklung und Praxis der außergerichtlichen Streitbeilegung*, in: Hopt/Steffek (Hrsg.), *Mediation* (Tübingen 2008) 483, 494–496, 558–559 (jedenfalls für Verfahren in Verkehrsunfallstreitigkeiten bei dem von der Versicherungsindustrie betriebenen privaten Zentrum zur Beilegung von verkehrsunfallbedingten Streitigkeiten (交通事故紛争処理センター *Kōtsū Jiko Funsō Shori Sentā*), 496, 558–559, und administrative Vermittlungsverfahren bei den japanischen Verbraucherschutzbehörden in Verbraucherstreitigkeiten, 495 (Ebenso DERNAUER (Fn. 6) 483–488, da sie bei den Nutzern beliebt und deshalb grundsätzlich als erfolgreich zu bewerten sind). Verhalten positiv dagegen werden die administrativen Vermittlungsverfahren in Streitigkeiten wegen Umweltverschmutzungen beurteilt; N. ZINGSHEIM, *ADR (Alternative Dispute Resolution) nach japanischem Recht – unter besonderer Berücksichtigung der Beilegung ziviler Streitigkeiten über Umweltverschmutzungen* (Dissertation Universität Bonn 2003) 278–280. Die Bedeutung der privaten Vermittlungsverfahren bei den Zentren für Produkthaftung (PL-*sentā*) scheint zumindest nicht von überragender Bedeutung für die Konfliktlösung in Produkthaftungsfällen zu sein; L. NOTTAGE, *Product Safety and Liability Law in Japan* (London/New York 2004) 180–188. Eine grundsätzlich positive Bilanz wird auch für die administrativen Vermittlungsverfahren bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten gezogen, H. ALPS, *Individualarbeitsrechtliche Konflikte und ihre Beilegung in Japan*, in: *ZJapanR/J.Japan.L.* 37 (2014) 139, 160–161. Daneben besteht noch eine Reihe weiterer privater Vermittlungsverfahren, z.B. im Bereich von Streitigkeiten über Bauleistungen und Finanzinvestitionen, die von Rechtsanwaltsvereinigungen bzw. dem Verband der Finanzintermediäre an Börsen nun in privater Trägerschaft betrieben werden (früher durch Behörden); Y. SATO, *Commercial Dispute Processing and Japan* (The Hague et al. 2001) 301–303. Anderer Ansicht nach könne nicht festgestellt werden, dass Japaner außergerichtliche Streitschlichtungsstellen zur Beilegung von Rechtsstreitigkeiten im großen Umfang den Zivilgerichten vorziehen, CH. HEATH/A. PETERSEN, *Das japanische Zivilprozeßrecht* (Tübingen 2002) 32.

den, welche zudem von der japanischen Politik zur Entlastung der Gerichte im Rahmen der Justizreformen nach der Jahrtausendwende noch weiter gefördert wurden und werden.⁸¹ Tatsächlich aber gibt es wohl gar nicht so viele Bereiche jenseits der Verkehrsunfallfälle, in denen gut funktionierende private⁸² und öffentliche⁸³ Streitvermittlungsstellen bestehen. Eine besonders wichtige Möglichkeit einer administrativen Streitvermittlung besteht allerdings in Verbrauchersachen, wo zudem auch das Verwaltungsrecht eine bedeutende Rolle spielt (dazu nachfolgend unter III.3.c)).

Dagegen sind gerichtsnahe günstige Schlichtungsverfahren auf Grundlage des Zivilschlichtungsgesetzes⁸⁴ und des Gesetzes über die Rechtspflege in Familiensachen⁸⁵ zahlreich und werden überwiegend als erfolgreiche Alternativen zu streitigen Gerichtsverfahren gepriesen.⁸⁶ Die Zahl der Fälle, in denen das 2006 eingeführte gerichtliche Verständigungsverfahren aufgrund des Gesetzes über die Verständigung in Arbeitssachen⁸⁷ genutzt wird, soll zumindest die Erwartung des mit der Ausarbeitung des Gesetzentwurfes betrauten Ausschusses erfüllt haben.⁸⁸

Die Diskussion über die im internationalen Vergleich nach wie vor geringe Anzahl an streitigen Zivilprozessen dauert bis heute an, wobei man heute wohl sagen muss, dass sich die einzelnen Theorien nicht völlig ausschließen und institutionelle und kulturelle Faktoren dialektisch zusammenwirken können.⁸⁹

a) Geringe Zahl an Zivilklagen

Unstreitig ist die Zahl der (streitigen) Zivilklagen im Vergleich zu vielen anderen entwickelten Staaten nach wie vor gering.⁹⁰ Die Zahl der Zivilklagen stieg direkt nach Einführung eines grundsätzlich westlichen Gerichtssystems

81 BAUM/SCHWITTEK (Fn. 80) 498 ff.

82 S. KAKIUCHI, Die Förderung der außergerichtlichen Konfliktlösung in Japan, in: ZJapanR/J.Japan.L. Nr. 37 (2014) 3, 17.

83 Vgl. die Nachweise in Fn. 80 (Verbraucherstreitigkeiten, Arbeitsstreitigkeiten, Umweltstreitigkeiten).

84 民事調停法 *Minji chōtei-hō*, Gesetz Nr. 222/1951.

85 家事審判法 *Kaji shinpan-hō*, Gesetz Nr. 6/1947.

86 BAUM/SCHWITTEK (Fn. 80) 555–558, 559–560.

87 労働審判法 *Rōdō shinpan-hō*, Gesetz Nr. 45/2004.

88 ALPS (Fn. 80) 180.

89 BAUM/BÄLZ (Fn. 14) 14–16, 18–19 (Rn. 41–42) mit zahlreichen Nachweisen. Wohl auch in diesem Sinne zu verstehen G. RAHN, Law, Contract, and Society in Japan: A Personal View, in: Baum (Hrsg.), Japan: Economic Success and Legal System (Berlin/New York 1997) 185, 191–193. Jedenfalls soweit es um institutionelle Faktoren im Sinne von *Haley* und um solche kulturelle Faktoren geht, die von *Kawashima* angeführt wurden, FELDMAN (Fn. 75) 65.

in der Meiji-Zeit (1868 bis 1912) im Jahre 1872 zunächst steil an, ging dann aber rasch wieder deutlich zurück (bis 1889). In der Zeit vor dem Zweiten Weltkrieg erreichte die Zahl der Zivilklagen dann Anfang der 1930er Jahre ein erneutes Maximum mit einem Wert, der danach erst wieder Anfang der

90 Vgl. WOLLSCHLÄGER (Fn. 72) 93–95 für das Jahr 1990. Danach müsste die Zahl der neu anhängig gemachten Zivilprozesse um den Faktor 7 bis 16 multipliziert werden, um in den Bereich anderer vergleichbar entwickelter Länder wie Deutschland, Schweden, Israel, England, Frankreich oder Neuseeland zu gelangen. In Japan hat sich die absolute Zahl der neu anhängig gemachten streitigen Zivilprozesse in der Ersten Instanz am Distriktgericht (地方裁判所 *Chihō saiban-sho*) (entspricht funktional etwa dem deutschen Landgericht) seit 1990 (106.871) zwar erhöht (1998: 152.678; 2000: 156.850; 2005: 132.727; 2008: 199.522; 2009: 235.508; 2010: 222.594; 2012: 161.313; 2014: 142.487); Daten aus SAIKŌ SAIBAN-SHO [Oberster Gerichtshof, OGH] (Hrsg.), *Saiban no jinsoku-ka ni kakaru kenshō ni kansuru hōkoku-sho (dai 6-kai)* [6. Bericht über die Untersuchung bzgl. der Beschleunigung von Gerichtsverfahren] (OGH 2015) 2 (Schaubild 1); für die Fallzahl im Jahr 1998 siehe JURISUTO RINJI ZOKAN [Sonderband der Zeitschrift Jurisuto] Nr. 1198 (Yūhikaku 2001), *Shihō kaikaku to kokumin sankā* [Justizreform und Bürgerbeteiligung], 343 (Tabelle und Schaubild)), die Zahl der Neuzugänge liegt aber immer noch deutlich unter den entsprechenden Zahlen in vielen anderen entwickelten Ländern. Selbst bei Annahme, dass die Prozesszahlen von 1990 in den anderen Ländern, die *Wollschläger* zum Vergleich herangezogen hat, konstant geblieben wären (obwohl auch hier eine Zunahme wahrscheinlich ist), würde Japan auch heute noch nicht einmal ansatzweise zu den Prozesszahlen dieser Länder aufgeschlossen haben. Zum Vergleich sollen hier nur die Zahlen für Neuzugänge der Landgerichte in Deutschland angeführt werden: 2001: 402.682; 2005: 424.525; 2008: 366.267; 2009: 368.692; 2010: 372.150; 2012: 355.623; 2014: 332.044; Daten aus STATISTISCHES BUNDESAMT (Hrsg.), *Rechtspflege – Zivilgerichte 2014* (Statistisches Bundesamt 2015). Hier zeigt sich, dass die Eingangszahl bei diesen in der Funktion vergleichbaren Zivilgerichten in Deutschland im Durchschnitt rund doppelt so hoch wie in Japan ist, obgleich die Bevölkerungszahl in Japan um rund 1/3 größer ist (absolut 2014: 45.342.000 mehr Einwohner in Japan; Deutschland 2014: 81.198.000 – Japan 2014: 126.540.000); Quelle: Statista GmbH, <http://de.statista.com/>. Noch deutlicher zeigt sich der Unterschied zwischen Japan und Deutschland bei der Zahl der neuen Zivilverfahren bei den Gerichten, die in den beiden Ländern für Verfahren mit kleinen Streitwerten zuständig sind (in Deutschland die Amtsgerichte: bis 5.000 Euro (§ 23 Gerichtsverfassungsgesetz), in Japan die Summarischen Gerichte (簡易裁判所 *Kan'i Saiban-sho*): bis 1.400.000 Yen (Art. 33 Gerichtsgesetz, 裁判所法 *Saibansho-hō*, Gesetz Nr. 59/1947) – entspricht rund 11.000 Euro (Juni 2016)). Im Jahre 2014 verzeichneten die Amtsgerichte in ganz Deutschland 1.107.028 Neueingänge (STATISTISCHES BUNDESAMT a. a. O., 13), in Japan die Summarischen Gerichte dagegen lediglich 337.884 (SAIKŌ SAIBAN-SHO (Hrsg.), *Shihō tōkei nenpō 2014* [Statistisches Jahrbuch für die Justiz 2014] 3; einsehbar unter <http://www.courts.go.jp/app/files/toukei/889/007889.pdf>).

1980er Jahre erreicht wurde.⁹¹ In der Nachkriegszeit war die Zahl der Zivilklagen zunächst klein und stieg dann (mit einigen Brüchen) bis heute zwar insgesamt kontinuierlich an, jedoch nur auf ein im internationalen Vergleich sehr geringes Niveau.⁹² Die Zunahme der Zivilverfahren bis 1990 korreliert zudem im Wesentlichen nur mit dem Anstieg der Bevölkerungszahl in Japan.⁹³ An dieser Situation hat auch die große Justizreform ab 2001 trotz Erlass und Änderung zahlreicher Gesetze zur Verbesserung und Beschleunigung von Zivilverfahren und zur Erleichterung des Zugangs zur Ziviljustiz⁹⁴ wenig geändert. Die Zahl der neu anhängig gemachten regulären Klageverfahren in der ersten Instanz am Distriktgericht (entspricht funktional dem deutschen Landgericht) nahm 2004 und 2005 trotz der bis dahin bereits durchgeführten Justizreformen sogar erst einmal ab, bevor sie dann zwar ab 2007 plötzlich deutlich anstieg bis auf ein Maximum im Jahr 2009 (235.508 Neueingänge), nur um dann jedoch wieder bis 2014 (mit 142.487 Neueingängen) auf etwa das Niveau von 2005/2006 bzw. 1993 abzufallen.⁹⁵ Hieran zeigt sich, dass die große Justizreform nach der Jahrtausendwende insgesamt keinen erkennbaren Einfluss auf die Prozesszahlen in Japan hatte. Der Grund für den zwischenzeitlichen Anstieg der Zivilklagen ab 2007 war nicht die Justizreform, sondern vor allem die Rechtsprechungsänderung im Zusammenhang mit Darlehensverträgen (dazu weiter unten).

In einigen Rechtsbereichen ist die Zahl der streitigen Zivilprozesse allerdings groß oder zumindest verhältnismäßig groß. Woran das liegt, ist nicht immer eindeutig zu erklären. Eine solche Ausnahme ist z. B. hinsichtlich der großen Zahl an Aktionärsklagen (株主代表訴訟 *kabunushi daihyō soshō*, auf Englisch: *derivative action*) seit den frühen 1990er Jahren festzustellen, bei denen Aktionäre Mitglieder des Verwaltungsrates ihres Unternehmens auf Schadensersatz an dieses Unternehmen – und nicht an sie selbst – wegen vermeintlicher Gesetzesverstöße oder wegen Missmanage-

91 WOLLSCHLÄGER (Fn. 72) 98–99.

92 Vgl. das Schaubild bei WOLLSCHLÄGER (Fn. 72) 98 und SAIKŌ SAIBAN-SHO (2015) (FN. 90), 2 (Schaubild 1); vgl. auch die Zahlenangaben in Fn. 90.

93 WOLLSCHLÄGER (Fn. 72) 128.

94 Ziele der Justizreform im Bereich der Ziviljustiz und der vom Gesetzgeber hierzu verabschiedeten Gesetze überblicksartig aufbereitet bei S. KAKIUCHI, § 27 Erkenntnisverfahren, Vollstreckung, einstweiliger Rechtsschutz, in: Baum/Bälz (Hrsg.), Handbuch (Fn. 14) 1287, 1296–1297 (Rn. 27–32).

95 SAIKŌ SAIBAN-SHO (2015) (FN. 90) 2; vgl. auch K. HATA, *Shihō seido kaikaku irai no minji soshō no dōkō ni tsuite* [Zum Trend bei den Zivilprozessen nach Durchführung der Justizreform, in: Hakumon (Chūō Universität) Band 65, Nr. 5 (2013) 88, 89.

ments verklagen.⁹⁶ Bei dieser Art von Verfahren nimmt Japan in der Streitfreudigkeit weltweit sogar eine Spitzenposition neben dem US-amerikanischen Bundesstaat Delaware ein.⁹⁷ Als Grund hierfür wird eine Mischung aus institutionellen (Verringerung der Gerichtsgebühren), gesellschaftspolitischen (politischer Aktivismus mit Hilfe von Rechtsanwälten, die ihre Dienste unentgeltlich zur Verfügung stellen) und psychologischen Gründen (Trend, Fehleinschätzung des individuellen Nutzens) angeführt.⁹⁸

Eine weitere Ausnahme stellen die Klagen wegen Verletzung geistiger Eigentumsrechte dar, vor allem Patentverletzungsklagen. Die Zahl der Patentverletzungsklagen ist seit den 1990er Jahren im Vergleich zu allgemeinen Zivilklagen überproportional angestiegen.⁹⁹ Nach einer Studie wurden in der Zeit von 1997 bis 2009 in Japan insgesamt 2.789 Patentverletzungsklagen eingereicht.¹⁰⁰ Diese Zahl ist zwar im Verhältnis zur Gesamtzahl an Zivilklagen – absolut betrachtet – sehr gering, dies liegt aber in der Natur von Patentverletzungsklagen. Auch ist diese Zahl gegenüber der Anzahl von Patentverletzungsklagen in einigen anderen Ländern, z. B. Deutschland (9.200) oder den USA (34.214), im gleichen Zeitraum deutlich geringer. Allerdings ist sie immerhin größer oder ähnlich groß wie in anderen entwickelten Ländern (Italien: 1.300, Frankreich: 3.200, England und Wales:

96 BAUM/BÄLZ (Fn. 14) 16 (Rn. 35–36) mit weiteren Nachweisen. Hierzu auch H. BAUM, *Shareholder Value* und die Durchsetzung von Aktionärsrechten in Japan (in diesem Heft S. 143).

97 BAUM/BÄLZ (Fn. 14) 16 (Rn. 36).

98 BAUM/BÄLZ (Fn. 14) 16 (Rn. 36), L. NOTTAGE, Case No. 9: Civil Law – Tort Law – Product Liability Law – Claim for Damages; comment to a judgement of the Nagoya District Court of 30 June 1998 (Case No. 1998 wa 2443), in: Bälz/Dernauer/Heath/Petersen-Padberg (Hrsg.), *Business Law in Japan – Cases and Comments* (Alphen aan den Rijn 2012) 85, 94; jeweils mit weiteren Nachweisen.

99 G. RAHN/D. SCHÜSSLER-LANGEHEINE/M. DERNAUER/A. PETERSEN-PADBERG/C.T. STEINS/A. DEHNER, § 20 Patent- und Gebrauchsmusterrecht, in: Baum/Bälz (Hrsg.), *Handbuch* (Fn. 14) 837, 842 (Rn. 11); G. RAHN, Neuere Entwicklungen bei Patentverletzungsklagen in Japan, in: *Mitteilungen der deutschen Patentanwälte* 2001, 199.

100 M.C. ELMER/S.D. LEWIS, Where to win: patent-friendly courts revealed, in: *Managing Intellectual Property* October 2010, 3. Nach anderer Zählung sollen es dagegen rund 100 Klagen pro Jahr sein (ohne weiteren Nachweis), siehe J. PITZ/A. KAWADA/J.A. SCHWAB, *Patent Litigation in Germany, Japan and the United States* (München 2015) 9. In Kreisen der auf Verfahren im gewerblichen Rechtsschutz spezialisierten japanischen Anwälte kursiert auch die Zahl von 100 bis 200 neuen Klageverfahren pro Jahr. Für das Jahr 2005 gibt *Christopher Heath* die Zahl von 200 Patent- bzw. Gebrauchsmusterklagen an; CH. HEATH, § 19: Gewerblicher Rechtsschutz, Erfindungswesen und Industriepolitik, in: Baum/Bälz (Hrsg.), *Handbuch* (Fn. 14) 821, 832.

886, Canada: 1.020, Die Niederlande: 780 und Australien: 516).¹⁰¹ Die Gründe hierfür sind vielfältig. Einerseits liegt es wohl daran, dass es infolge einer Pro-Patent-Politik der japanischen Regierung seit 1997 zu einer Reihe von prozessualen Verbesserungen im Klageverfahren speziell zur Durchsetzung von Patenten gekommen ist.¹⁰² Dazu zählt ferner die sogenannte „Patentfreundlichkeit“ der japanischen Gerichte,¹⁰³ d.h. die Tendenz und Bereitschaft, die Rechtsbeständigkeit und Verletzung von Patenten im Prozess relativ oft zu bejahen und keine übertriebenen Beweisanforderungen an den Patentinhaber zu stellen. Andererseits hat das auch mit dem allgemein gestiegenen Bewusstsein bzgl. der strategisch großen Bedeutung von Patenten und anderen geistigen Eigentumsrechten zur Erhaltung und Steigerung der wirtschaftlichen Prosperität von Japan im allgemeinen sowie der japanischen Unternehmen im Besonderen zu tun. Diese Bewusstseinsentwicklung spiegelt sich auch wieder in dem Programm der japanischen Regierung zur Errichtung einer Nation des geistigen Eigentums (知財立国 *chizai rikkoku*) seit seiner Verkündung durch das Kabinett von *Jun'ichirō Koizumi* im Jahre 2002.¹⁰⁴ Besonders betont wird hier vor allem die notwendige Berücksichtigung des besonderen Klägerinteresses an der Durchsetzung von Patentrechten, denn mit dem Erhalt und der Durchsetzung von Patenten stehe und falle oftmals der wirtschaftliche Erfolg vieler japanischer Industrieunternehmen. Beim Patentverletzungsprozess stehen somit besonders große wirtschaftliche Interessen im Vordergrund.

Für die kurzfristige starke Zunahme von Zivilklagen in den Jahren 2007 bis 2009 und den etwas nachlassenden Anstieg in den Folgejahren bis etwa 2012 wird die Zahl der Klagen auf Rückforderung von wucherischen Zinszahlungen aus Gelddarlehensverträgen verantwortlich gemacht (wie oben bereits erwähnt wurde).¹⁰⁵ Dies lässt sich relativ einfach an den offiziellen Justizstatistiken des japanischen Obersten Gerichtshofes (OGH) ablesen. In den Jahren 2007 bis 2011 überstieg die Zahl dieser Art von Klagen sogar (teilweise deutlich) die Zahl aller anderen neu eingereichten Klagen am Distriktgericht (2008: 144.468 von insgesamt 235.508 Klagen).¹⁰⁶ Grund hierfür sind mehrere Urteile des OGH aus den Jahren 2004, 2006 und 2007

101 Alle Zahlen nach M.C. ELMER/S.D. LEWIS (Fn. 100) 3.

102 RAHN/SCHÜSSLER-LANGEHEINE U.A. (Fn. 99) 845–848, 953–954. CH. HEATH (Fn. 100) 830–832.

103 S. KATO, Has Japan Become a Patentee-Friendly Forum?, in: *ZJapanR/J.Japan.L.* 35 (2013) 241, 257.

104 RAHN/SCHÜSSLER-LANGEHEINE U.A. (Fn. 99) 841–845.

105 HATA (Fn. 95) 89. Hierzu auch J. WEITZDÖRFER, Aggressive Rechtsdurchsetzung in Japan: Die Eintreibung und Rückforderung wucherischer Darlehenszinsen (in diesem Heft S. 115).

106 SAIKŌ SAIBAN-SHO (2015) (FN. 90) 3 (Schaubild).

und eine nachfolgende Gesetzesänderung, wodurch eine neue Rechtslage herbeigeführt wurde, die es dem Darlehensnehmer nun erlaubt, geleistete Zinszahlungen aufgrund wucherischer, rechtswidriger Darlehensverträge vom Darlehensgeber zurückzufordern.¹⁰⁷ Dass hier trotz der mittlerweile klaren Rechtslage die Zahl der Zivilklagen noch immer besonders hoch ist, steht übrigens im Widerspruch zur insbesondere von Ramseyer¹⁰⁸ vertretenen These, dass die Zahl der Zivilklagen in Japan in vielen Bereichen besonders niedrig sei, weil die Rechtsprechung dort so leicht vorhersehbar sei und die Parteien daher den kostengünstigen außergerichtlichen Vergleich aufgrund der Vorgaben der Rechtsprechung suchten. Langfristig ist jedoch mit einem weiteren deutlichen Rückgang der Fallzahlen zu rechnen, da gewerbliche Darlehensgeber sich beim Abschluss neuer Verträge auf die neue Rechtslage einstellen werden.

Die Zahl der Produkthaftungsfälle in Japan scheint auf den ersten Blick gering zu sein.¹⁰⁹ Allerdings wird von Experten darauf hingewiesen, dass mit Ausnahme der USA die Zahl solcher Zivilverfahren auch in vielen anderen Ländern der Welt klein ist.¹¹⁰ Zudem sind die Klagen gerade nach Verabschiedung des Produkthaftungsgesetzes (製造物責任法 *Seizō butsu sekinin-hō*)¹¹¹ Mitte der 1990er Jahre deutlich angestiegen, ebenso Vermittlungsverfahren in speziellen Streitschlichtungszentren, den Zentren für Produkthaftung. Auseinandersetzungen in Fragen der Produkthaftung spielen daher durchaus eine bedeutende Rolle in Japan.¹¹² Das hat auch mit der Ausgestaltung als verschuldensunabhängige Haftung und der generellen Klägerfreundlichkeit der Gerichte in diesem Bereich zu tun.¹¹³ Eine besondere Rolle nehmen auch die Fälle ein, die zu Massenschäden und allgemeiner öffentlicher Aufmerksamkeit¹¹⁴ geführt haben. Ähnlich wie bei den

107 Zur Änderung der Rechtslage und zu den Folgen siehe J. WEITZDÖRFER, Case No. 12: Civil Law – Contract Law – Consumer Credit – Documentation Requirements – Return of Unjust Enrichment, comment to a judgement of the Supreme Court of 13 July 2007 (Case No. 2005 ju 1970), in: Bälz/Dernaier/Heath/Petersen-Padberg (Hrsg.), *Business Law in Japan – Cases and Comments* (Alphen aan den Rijn 2012) 111 f.; L. NOTTAGE, Re-Regulating Unsecured Consumer Credit in Japan: Over-Indebted Borrowers, the Supreme Court, and New Legislation, in: *Yearbook of Consumer Law 2009* (Farnham 2009). Zur vorherigen Rechtslage DERNAUER (Fn. 6) 288–300.

108 Vgl. oben Fn. 78.

109 RAMSEYER (Fn. 74) 35 ff.

110 NOTTAGE (Fn. 98) 89.

111 Gesetz Nr. 85/1994.

112 NOTTAGE (Fn. 98) 90 f.

113 NOTTAGE (Fn. 98) 91–94.

114 NOTTAGE (Fn. 80) 169; NOTTAGE (Fn. 98) 94; L. NOTTAGE, Re-Regulating Japan: Asbestos, Defectively Designed Buildings, and Secondhand Electrical Products, in:

Aktionärsklagen finden sich auch in diesen Fällen häufig Aktivisten-Anwälte, die notfalls *pro bono* tätig werden, wenn sich kein Mandant findet, der bereit ist den Anwalt zu bezahlen, um das gesellschaftliche Problem vor den Gerichten öffentlichkeitswirksam anzuprangern (*judicial activism*).¹¹⁵ In Fällen, in denen die Opfer besonders gravierende Schäden erlitten haben, scheinen diese zudem auch schon vor Erlass des Produkthaftungsgesetzes auf der Basis des allgemeinen Deliktsrechts (mit damals geringen Erfolgchancen) vor die Gerichte gezogen zu sein,¹¹⁶ also in den Fällen, in denen der Leidensdruck nur groß genug war. Gleiches dürfte speziell für die bereits von *Haley* erwähnten¹¹⁷ Klagen in Fällen von gravierenden Arzneimittelschäden und Umweltschäden gelten. Zu einer beträchtlichen Zunahme von Klagen ist es auch im Zusammenhang mit Streitigkeiten wegen des Bauhonorars und Baumängeln bei Privathäusern (欠陥住宅 *kekkan jūtaku*) nach Einführung eines besonderen Baumängelrechts durch das Gesetz zur Förderung der Qualität von Wohnhäusern (BauMG)¹¹⁸ im Jahre 1999 gekommen (建築関係訴訟 *kenchiku kankei soshō*). Dies ist auch nicht weiter verwunderlich, denn auch in diesen Fällen ist der finanzielle Leidensdruck der privaten Bauherren enorm und die Verbesserung der Rechtslage hat bei vielen Bauherren wohl die Bereitschaft zum Rechtsstreit erhöht. Allerdings ist auch hier zu beachten, dass die absolute Zahl solcher Streitigkeiten ebenfalls keinen großen Einfluss auf die Statistik hat. Im Jahre 2005 erreichte die Fallzahl von Klagen vor den Distriktgerichten wegen Baustreitigkeiten ein vorläufiges Maximum (2.714 Fälle),¹¹⁹ im Jahre 2014 waren es noch 2.012 neue Fälle.¹²⁰

Für die Zahl der Arzthaftungsklagen wird ebenfalls eine auf den ersten Blick vergleichsweise nur geringe Anzahl von Fällen ausgemacht.¹²¹ Hier soll nicht nur wie bei Produkthaftungsfällen¹²² und Verkehrsunfällen¹²³ die

ZJapanR/J.Japan.L. 11 (2006) 89 ff.; L. NOTTAGE, § 12 Deliktsrecht und Produkthaftung, in: Baum/Bälz (Hrsg.), Handbuch (Fn. 14) 533 ff., 546 ff., 560 ff.

115 NOTTAGE (Fn. 98) 94. Nottage erwähnt dort auch einen weiteren Fall des *judicial activism* im Falle von Klagen gegen die lokalen Einwohnersteuern.

116 NOTTAGE (Fn. 80) 172 f.

117 HALEY (Fn. 71) 367.

118 住宅の品質確保の促進等に関する法律 *Jūtaku no hinshitsu kakuho no sokushin-tō ni kansuru hōritsu*, Gesetz Nr. 81/1999.

119 HŌMUSHŌ (Hrsg.), *Hōsō jinkō ni kansuru kiso-teki shiryō* [Grundmaterialien zur Zahl der Juristen] (überarbeiteter Bericht, Tōkyō 2013, abrufbar unter <http://www.moj.go.jp/content/000108947.pdf>) 24.

120 SAIKŌ SAIBAN-SHO (2015) (FN. 90).

121 RAMSEYER (Fn. 74) 7, 71 ff.

122 RAMSEYER (Fn. 74) 7, 240.

123 RAMSEYER (Fn. 74) 6, 10 ff., 239.

Bedeutung der Vorhersehbarkeit gerichtlicher Entscheidungen besonderes groß sein und die dadurch von den Parteien bevorzugte kostengünstigere außergerichtliche Einigung begünstigen.¹²⁴ Hier werden zudem negative Anreize im öffentlichen Gesundheitssystem zur Durchführung komplizierter, kostenträchtiger und zugleich risikoreicher ärztlicher Heilbehandlungen als Grund ausgemacht.¹²⁵ Wenn die Zahl komplizierter und risikoreicher Behandlungen gering sei, dann komme es auch seltener zu ärztlichen Fehlern. Aber auch hier ist in Japan gerade die Zahl der Klagen wegen Behandlungsfehlern seit Anfang der 1990er Jahre besonders stark angestiegen.¹²⁶ Allerdings ist dieser Trend seit 2004 wieder etwas rückläufig.¹²⁷ Auch hier scheint die Klagebereitschaft daher aber zumindest dann vorhanden zu sein, wenn der Leidensdruck groß ist.

Bei den angeführten Ausnahmebeispielen fallen somit vor allem drei Gründe für eine überproportionale Klagezahl auf: Es geht um beträchtliche wirtschaftliche Interessen (1.), der Leidensdruck ist aus anderen Gründen besonders groß (2.) und/oder die Kläger sind hauptsächlich Unternehmen (3.). Dies, zusammen mit der noch immer sehr geringen Zahl von Zivilklagen im Allgemeinen, deutet auf noch immer bestehende gewisse institutionelle Hemmnisse bei der privatrechtlichen Rechtsverfolgung vor den Gerichten hin, möglicherweise im Zusammenspiel mit einer historisch-sozial bedingten Abneigung gegenüber Formen des offenen Streits, jedenfalls wenn die betroffenen wirtschaftlichen oder persönlichen Interessen geringerer Natur sind. Vor allem scheinen die mit einem Zivilprozess verbundenen Kosten und Mühen nach wie vor unverhältnismäßig zu sein bei Verfahren mit einem geringen Streitwert – und insbesondere dann, wenn auch noch eine funktionierende außergerichtliche Streitvermittlungsstelle als Alternative zu den Gerichten zur Verfügung steht.

b) Jedenfalls auch institutionelle Hemmnisse bei der zivilgerichtlichen Rechtsverfolgung

Die Ausführungen oben unter a) sprechen dafür, dass es neben historisch-kulturellen Gründen der Vermeidung eines offenen Streits vor den Gerichten noch immer auch institutionelle Erschwernisse der Rechtsverfolgung vor den Gerichten gibt. Ein Grund hierfür dürfte die schon seit vielen Jahren beklagte, im internationalen Vergleich sehr geringe Anzahl von Rechtsanwälten in Japan sein. Ursache hierfür ist vor allem die künstliche Verknapp-

124 RAMSEYER (Fn. 74) 7, 240.

125 RAMSEYER (Fn. 74) 7, 123 f., 162 f.

126 R.F. LEFLAR/F. IWATA, Medical Error as Reportable Event, as Tort, as Crime: A Transpacific Comparison, in: ZJapanR/J.Japan.L. 22 (2006) 39, 51–52.

127 SAIKŌ SAIBAN-SHO (2015) (FN. 90) 6.

zung der Juristenzahl durch eine rigide Zulassungsprüfung, dem japanischen juristischen Staatsexamen (司法試験 *shihō shiken*)¹²⁸, was bereits von Haley als Makel erwähnt wurde („overcrowded courts“).¹²⁹ Die große Justizreform kurz nach der Jahrtausendwende hatte unter anderem sowohl die Erhöhung der Zahl der Rechtsanwälte (vor allem) und anderer Juristen durch eine neue und bessere Juristenausbildung an sogenannten Law Schools (法科大学院 *hōka daigaku-in*) und ein neu strukturiertes Staatsexamen mit einer größeren Chance, die Prüfung zu bestehen,¹³⁰ zum Ziel, als auch einen vereinfachten Zugang zur Justiz durch Abbau anderer institutioneller Hindernisse. Das Ziel der großen Justizreform wurde daher auch oft einfach mit dem Schlagwort, ein „einfacher nutzbares Justizsystem“ (より利用しやすい司法制度 *riyō shiyasui shihō seido*) für den Bürger zu schaffen, betitelt.¹³¹

Die Zahl der Absolventen der japanischen juristischen Staatsprüfung hat in den vergangenen Jahren zwar zugenommen, insbesondere auch im Anschluss an die große Justizreform nach 2001 und die Reform der Juristenausbildung, allerdings bei weitem nicht in dem Maße wie ursprünglich geplant.¹³² Nach Einführung der Law Schools im Jahre 2004 und des neuen juristischen Staatsexamens (新司法試験 *shin-shihō shiken*) hat sich die jährliche Anzahl der Jungjuristen, die die Prüfung bestehen, gegenüber dem Stand vor der Reform (ca. 1.000) etwa verdoppelt (mittlerweile ca. 2.000; 2013: 2.049, 2014: 1.810, 2015: 1.850¹³³), liegt aber noch deutlich unter der

128 ROKUMOTO (Fn. 61) 49–50, 58; ROKUMOTO (Fn. 75) 20–24.

129 HALEY (Fn. 71) 380 ff.

130 ROKUMOTO (Fn. 61) 51–53; ROKUMOTO (Fn. 75) 24–29; BAUM/BÄLZ (Fn. 14) 21.

131 *Shihō Seido Kaikaku Shingi-kai ikensho – 21-seiki no nihon wo sasaeru shihō seido* [(Abschluß)empfehlung der Justizreformkommission – Ein Justizsystem, das Japan im 21. Jahrhundert stützt], in: Hōritsu Jihō Hōgaku Seminā Henshū-bu (Hrsg.), *Shirīzu shihō kaikaku III* [Band 3 der Reihe zur Justizreform] (Tōkyō 2001) 215, 219, in Teil I, Abschnitt 3, Nr. 1 als 1. Pfeiler (柱 *hashira*) der Reformempfehlung genannt. Diese Formulierung fand auch Eingang in das Gesetz zur Förderung der Reform des Justizsystems (司法制度改革推進法 *Shihō seido kaikaku suishin-hō*), Gesetz Nr. 119/2001, welches die Grundsätze zur Umsetzung der Reform gesetzlich fixiert; dort insbesondere in Art. 2 bei der Definition der Grundprinzipien der Reform.

132 Vgl. C. P. JONES, Japan's New Law Schools: The Story So Far, in: ZJapanR/J.Japan.L. 27 (2009) 248, 253 f.; G. P. MCALINN, Japanese Law Schools: “A Glass Half Full”, in: ZJapanR/J.Japan.L. 30 (2010) 225, 229–230.

133 HŌMUSHŌ (Hrsg.), *Shihō shiken hōka daigakuin-tō betsu gōkaku shasū-tō* [Zahl der Prüflinge, die die juristische Staatsprüfung bestanden haben, aufgeschlüsselt nach u. a. der besuchten Law School] (für die Jahre 2013, 2014, 2015); die aktuelle Ausgabe dieses jährlichen Berichts ist auf der Homepage des Ministeriums (http://www.moj.go.jp/shikaku_saiyo_index1.html) abrufbar; eine Übersicht der Zahl an Prüflingen, die das Staatsexamen in den Jahren von 2007 (erste Prüfung

ursprünglich in Aussicht gestellten Zahl (3.000) und noch deutlicher unter den entsprechenden Zahlen in Deutschland und vielen anderen entwickelten Staaten.

Entsprechend ist auch die Zahl der Rechtsanwälte und Richter in Japan im internationalen Vergleich noch immer gering. Die Zahl der Richter hat sich im Zeitraum von 1991 bis 2012 (21 Jahre) nur um 858 erhöht (von 2.022 auf 2.880; unter Einschluss von Richtern am Summarischen Gericht¹³⁴ 3.686 = 2,88 pro 10.000 Einwohner), die Zahl der Rechtsanwälte im gleichen Zeitraum immerhin um 18.054 (von 14.080 auf 32.134 = 25,14 pro 10.000 Einwohner).¹³⁵ Zum Vergleich listet die Quelle für die vorgenannten Daten auch die Zahl der Richter und Rechtsanwälte in vergleichbaren anderen Ländern auf; 1. Richter: Deutschland 2010 (20.411 = 24,97 pro 10.000 Einwohner), England und Wales 2010 (3.726 = 6,75 pro 10.000 Einwohner), Frankreich 2012 (5.931 = 9,08 pro 10.000 Einwohner); 2. Rechtsanwälte: Deutschland 2010 (155.679 = 190,43 pro 10.000 Einwohner), England und Wales 2010 (125.997 = 228,09 pro 10.000 Einwohner), Frankreich 2012 (54.273 = 83,05 pro 10.000 Einwohner).¹³⁶

Ein Problem hinsichtlich der Rechtsanwälte in Japan ist ferner, dass sich diese in Japan sehr ungleich verteilt ansiedeln; der Großteil der Rechtsanwälte ist in den Ballungszentren Tōkyō, Ōsaka und Nagoya niedergelassen, so dass es für die Bürger in stärker ländlich geprägten Regionen deutlich schwerer ist, einen Rechtsanwalt zu finden, der bereit ist, das jeweilige Mandat zu betreuen.¹³⁷ Zwar ist rechtlich auch das Führen eines Prozesses durch die Naturpartei selbst in allen Instanzen möglich, faktisch sind die meisten Privatpersonen hiermit aber völlig überfordert und auf Rechtsberatung und Prozessvertretung angewiesen. Zum Teil können diese Rolle auch Quasisjuristen (u. a. Rechtsschreiber (司法書士 *shihō shoshi*)) übernehmen, aber nur in einem begrenzten Umfang.

Nach dem Gesetz des Marktes führt ein geringes Angebot in der Regel zu hohen Preisen für Waren und Dienstleistung. Auf Grundlage des oben gesagten sind daher auch verhältnismäßig hohe Kosten für Rechtsberatungsdienstleistungen in Japan zu vermuten, insbesondere durch Rechtsanwälte. Wie hoch die Kosten in Japan allerdings tatsächlich sind, ist nur schwer zu ermitteln, da es praktisch keine gesetzlichen Vorgaben hierfür gibt. Generell setzt

nach dem neuen Prüfungsmodus) bis 2012 bestanden haben findet sich bei HÖMUSHŌ (Fn. 119) 59.

134 Richter am Summarischen Gericht sind nicht immer Berufsrichter.

135 HÖMUSHŌ (Fn. 119) 4, 60.

136 HÖMUSHŌ (Fn. 119) 60.

137 ROKUMOTO (Fn. 61) 50, 58. T. II, Young Migrants from Big Cities: Measures for Dealing with the Shortage of Legal Services in Japan, in: ZJapanR/J.Japan.L. 27 (2009) 59–80.

sich die Vergütung des japanischen Rechtsanwaltes für Mandatsarbeit – wie andernorts auch – aus dem Honorar und den Auslagen zusammen. Das Honorar besteht aus mehreren Elementen, die teils gemischt zum Einsatz kommen. Bei streitigen Auseinandersetzungen sind dies gewöhnlich eine Befassungsgebühr (着手金 *chakushu-kin*), das Arbeitshonorar im engeren Sinne (報酬金 *hōshū-kin*), das auf verschiedener Grundlage berechnet werden kann (z. B. nach aufgewendeten Stunden auf Grundlage eines bestimmten Stundensatzes) und das für die vorgerichtliche Beratung oftmals eine andere Berechnungsgrundlage hat als für die Prozessführung. Abhängig vom Prozessausgang kann eine (teilweise) Erstattung des Arbeitshonorars an den Mandanten vorgesehen sein.¹³⁸ Die japanische Rechtsanwaltsvereinigung (日本弁護士連合会 *Nihon Bengoshi Rengō-kai*) führt in regelmäßigen Abständen Umfragen zur Vergütungspraxis und -höhe der japanischen Rechtsanwälte durch, wertet die (auf freiwilliger Basis gemachten) Angaben der Anwälte aus und veröffentlicht dies in einem Bericht.¹³⁹ Geht man die in einem jüngeren Bericht aus dem Jahr 2008 angeführten Beispielsfälle durch, fällt als erstes auf, dass Rechtsberatung und Prozessvertretung in Zivilsachen bei Fällen mit sehr kleinen und kleinen Gegenstands-/Streitwerten offenbar keine Rolle in Japan spielen, denn die Beispielsfälle in dem Bericht liegen nicht unter Gegenstandswerten von 2.000.000 bis 3.000.000 Yen.¹⁴⁰

In einem Beispielsfall ging es um die Rückforderung der Darlehenssumme von einem Bekannten in Höhe von 3.000.000 Yen. Hier gaben die meisten Rechtsanwälte an, dass sie von dem fiktiven Mandanten für die außergerichtliche Mahnung eine Gebühr von rund 30.000 Yen (41,7 % der Anwälte), für die Prozessvertretung (Erste Instanz) und Erstreiten eines positiven Urteils eine Befassungsgebühr von rund 200.000 Yen (43,8 % der Anwälte) und ein Arbeitshonorar im engeren Sinne von rund 300.000 Yen (50,2 % Anwälte) fordern würden, zusammengenommen also rund 530.000 Yen (entspricht rund 4.444 Euro).¹⁴¹ Der Natur der freien Vergütungsvereinbarung entsprechend verlangten einige Anwälte weniger, andere dagegen mehr. Bei Abrechnung dieses Falles in Deutschland aufgrund des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes (RVG) und des diesem in Anlage 1 beigefügten Vergütungsverzeichnisses würde der Mandant an Vergütung regelmäßig nur

138 Vgl. NIHON BENGOSHI RENGŌ-KAI (Hrsg.), *Shimin no tame no bengoshi hōshū no mokuan: 2008-nen ankēto kekka-ban* [Maßstab der Rechtsanwaltsvergütung für den Bürger: Ergebnisse der Umfrage 2008] (Tōkyō 2009) 2; KAKIUCHI (Fn. 94) 1299 f.

139 Siehe Fn. 138 für die Angaben zur Ausgabe für die Umfrage 2008.

140 Nach dem Wechselkurs (OANDA, <https://www.oanda.com/lang/de/currency/converter/>) am 16. Juni 2016 entspricht dies rund 16.800 bzw. 25.100 Euro.

141 NIHON BENGOSHI RENGŌ-KAI (Fn. 138) 8; zum Wechselkurs (OANDA, Fn. 140) am 16. Juni 2016.

2.718,45 Euro zu zahlen haben.¹⁴² Die Kosten für die gerichtliche Vertretung (1.596,55 Euro) könnte der Mandant zudem vom Gegner nach § 91 Zivilprozessordnung (ZPO) erstattet verlangen. Am Ende müsste der Mandant in Deutschland daher im Regelfall nur 1.121,90 Euro selbst tragen. Der Mandant in Deutschland hätte bei der wesentlich größeren Anwaltsdichte auch kein Problem einen Anwalt zu finden, der dieses Mandat zu diesem Preis annehmen würde. Auch für die Betreuung von Mandaten mit wesentlich geringeren Gegenstandswerten gegen Erstattung auf Grundlage des RVG findet sich in Deutschland ein Anwalt in der Regel ohne Probleme. In Japan kommt eine Rückforderung der Anwaltsgebühren vom Gegner in diesem Fall nicht in Betracht. Die Erstattung von Anwaltskosten für die Rechtsverfolgung durch den Gegner kann in Japan nämlich grundsätzlich nicht verlangt werden, sondern lediglich die der Gerichtskosten (nach Art. 61 ZPG¹⁴³); eine Ausnahme besteht lediglich bei deliktsrechtlich begründeten Forderungen, und dort kann die Erstattung auch nur teilweise verlangt werden.¹⁴⁴ Daher würde der Mandant in Japan bei diesem Beispielfall rund viermal höhere Rechtsanwaltsgebühren zu tragen haben als in Deutschland.

Dass diese unterschiedliche Situation in Japan auch einen Einfluss auf die generell geringe(re) Bereitschaft der Japaner zur gerichtlichen Rechtsverfolgung haben dürfte, ist jedenfalls naheliegend. Auch in der japanischen Bevölkerung scheint nach einer Untersuchung der Abteilung für die Reform der Juristenreform im Kabinettsamt (内閣府 *naikaku-fu*) der Eindruck vorzuherrschen, dass die Rechtsanwaltskosten im Allgemeinen zu hoch sind. Darüber hinaus wird beklagt, dass die tatsächlichen Kosten für die Mandatierung eines Rechtsanwaltes vorab nur schwer abzuschätzen seien.¹⁴⁵ Die Studie kommt ferner zu dem Ergebnis, dass die Höhe der Rechtsanwaltskosten einen bedeutenden Einfluss auf die Entscheidung hat, ob der Rechtshilfesuchende einen Rechtsanwalt beauftragt (jedenfalls im Falle von Privatpersonen und kleineren Unternehmen) und den Fall verfolgt.¹⁴⁶

142 Vorgerichtlich: (regelmäßig) 1,3 Geschäftsgebühr (VV 2300); gerichtlich: (regelmäßig) eine halbe 1,3 Verfahrensgebühr (VV 3100) – wegen Anrechnung einer halben Geschäftsgebühr nach Vorbemerkung 3 Abs. 4 –, und eine 1,2 Terminsgebühr (VV 3104).

143 Zivilprozessgesetz, 民事訴訟法, Gesetz Nr. 109/1996.

144 Siehe DERNAUER (Fn. 6) 212 ff., KAKIUCHI (Fn. 94) 1299 (Rn. 37). Letzterer Autor führt noch einen weiteren Ausnahmefall an, dessen Bedeutung in diesem Zusammenhang aber gering ist.

145 NAIKAKU KANBŌ HŌSŌ YŌSEI SEIDO KAIKAKU SUISHIN-SHITSU (Hrsg.), *Hōsō jinkō chōsa hōkoku-sho (an)* [Entwurf eines Berichts über die Untersuchung der Zahl der Juristen] (Stand 16. April 2015) (2015) 46.

146 NAIKAKU KANBŌ HŌSŌ YŌSEI SEIDO KAIKAKU SUISHIN-SHITSU (Fn. 145) 124 ff.

Die Rechtsanwaltskosten und die geringe Zahl der Rechtsanwälte können daher wohl nach wie vor als ein institutionelles Hemmnis für die gerichtliche Rechtsverfolgung in Japan angesehen werden.¹⁴⁷ Dieser Unterschied kommt aber vor allem bei kleinen Gegenstandswerten zum Tragen. Insbesondere die Honorarforderungen von Großkanzleien haben sich in Deutschland und Japan (und anderen Ländern) – aus eigener Erfahrung des Autors – weitgehend angenähert. Am Rande zu erwähnen ist noch, dass in Japan die Gerichtskosten gegenüber den Rechtsanwaltskosten kaum ins Gewicht fallen.

Demgegenüber ist die von *Haley* Ende der 1970er Jahre noch beklagte lange Prozessdauer kein Grund mehr für die geringe Zahl an Zivilklagen in Japan. Im Jahre 2001 betrug die Dauer aller streitigen Zivilverfahren am Distriktgericht in erster Instanz durchschnittlich 8,5 Monate, im Jahre 2006 7,8 Monate, im Jahre 2009 6,5 Monate, und im Jahre 2011 7,5 Monate.¹⁴⁸ Gegenwärtig steigt die Verfahrensdauer wieder etwas an auf durchschnittlich 8,2 Monate im Jahr 2013 und 8,5 Monate im Jahr 2014.¹⁴⁹ Dies hat erneut mit der besonders großen Zahl an Klagen wegen Rückforderung von wucherischen Zinszahlungen in den Jahren 2006 bis ungefähr 2012 zu tun, deren Verfahrensdauer wegen der meist klaren Rechtslage und geringen Beweisprobleme besonders kurz ist und somit die durchschnittliche Verfahrensdauer in diesem Zeitraum reduziert hat.¹⁵⁰ Eine überdurchschnittlich lange Prozessdauer ist in solchen Klageverfahren üblich, in denen die Beweiserhebung regelmäßig komplizierter und langwieriger ist, z. B. bei Klagen wegen medizinischer Behandlungsfehler, wegen Arbeitsstreitigkeiten oder in Verfahren wegen Verletzung geistiger Eigentumsrechte.¹⁵¹ Insgesamt ist die Prozessdauer (in erster Instanz) aber im internationalen Vergleich, insbesondere im Vergleich mit Deutschland, nicht sonderlich lang.¹⁵² Bei einem Anstieg der Zahl der Zivilklagen auf etwa das Niveau in

147 Wenn hier auch nicht eingehend behandelt, so soll doch zumindest erwähnt werden, dass sowohl Japan als auch Deutschland über ein System der Prozesskostenhilfe verfügen. Das System in Japan ist auch erst vor einigen Jahren umfassend reformiert worden, um den Bürgern den Zugang zu rechtlicher Beratung und zu den Gerichten zu erleichtern (durch das Gesetz zur umfassenden Regelung der Rechtshilfe (総合法律支援法 *Sōgō hōritsu shien-hō*, Gesetz Nr. 74/2004). Ob die spezielle Struktur der Rechts- und Prozesskostenhilfe in Japan einen Einfluss auf die geringe Zahl an Klageverfahren hat, kann hier leider nicht weiter erörtert werden.

148 HÖMUSHŌ (Fn. 119) 37.

149 SAIKŌ SAIBAN-SHO (2015) (Fn. 90) 4.

150 SAIKŌ SAIBAN-SHO (2015) (Fn. 90) 4, in Schaubild 4 ersichtlich.

151 HÖMUSHŌ (Fn. 119) 37.

152 Die durchschnittliche Verfahrensdauer in Zivilklagen vor dem funktional entsprechenden Landgericht in Deutschland in erster Instanz betrug 9,1 Monate im Jahr 2014 (14,5 Monate bei Verfahren, in denen ein Endurteil erging), STATISTISCHES BUNDESAMT (Fn. 90) 56.

Deutschland, wäre aber die derzeitige durchschnittliche Verfahrensdauer in Japan bei der aktuellen Ausstattung der Justiz kaum aufrecht zu halten.

c) *Ausgleich von institutionellen Defiziten und die Rolle der Verwaltung als vermeintlicher „weißer Ritter“*

Da somit die privatrechtliche Rechtsverfolgung durch die Gerichte in Japan institutionelle Defizite aufweist, insbesondere in Fällen mit geringem Gegenstandswert, kommt den Verwaltungsbehörden und dem öffentlichen Recht gerade beim Schutz von Verbrauchern und anderen schwachen Personen auch die Funktion zu, diese Defizite auszugleichen. Dies gilt insbesondere für Streitigkeiten aus Verbraucherverträgen, da hier der Gegenstandswert häufig besonders gering ist. Zugleich kommen die Verwaltungsbehörden mit ihrem Vorgehen gegen unbillige Geschäftspraktiken von Unternehmern und anderen strukturell überlegenen Vertragspartnern gegebenenfalls einem Bedürfnis nach Vermeidung einer unmittelbaren Konfrontation mit dem Vertragspartner (insbesondere im Rahmen einer Zivilklage) entgegen.

Aufgrund der Kompetenzen, die den Verwaltungsbehörden durch öffentliches Recht eingeräumt sind, können diese einerseits durch besondere Verwaltungsverfahren den Abschluss, Inhalt und die Erfüllung von Verträgen kontrollieren. Andererseits wirken Verwaltungsbehörden in einigen Bereichen auch bei der Lösung privatrechtlicher Probleme im Rahmen von Mediation und Schlichtung anstelle der Gerichte mit. In beiden Fällen können die Verwaltungsbehörden gegebenenfalls auf die Unterstützung durch die Staatsanwaltschaft zurückgreifen. Auf diese Weise wirken Verwaltungsbehörden (und Staatsanwaltschaften) in bedeutendem Umfang mit bei der Verwirklichung insbesondere des Verbraucherschutzes.

Während die gegenwärtige Zahl der Zivilklagen in Japan – wie gezeigt – noch immer gering ist, stieg die Zahl der Verbraucherbeschwerden bei den Verbraucherbehörden (sog. „Verbraucherzentren“ (消費者センター *Shōhisha Sentā*)) zwischen 1992 bis 2004 signifikant und relativ stetig auf ein vorläufiges Maximum an. In den darauffolgenden Jahren ging die Zahl zwar leicht zurück, blieb aber konstant auf einem hohen Niveau über dem Wert des Jahres 2002. Im Jahre 2013 wurden 935.224, im Jahre 2012 860.427 und im Jahre 2010 887.972 Fälle gezählt.¹⁵³ Zu den Verbraucherbehörden zählen insbesondere das nationale Verbraucherzentrum und die Verbraucherzentren auf Ebene der Präfekturen (都道府県 *to-dō-fu-ken*) und Gemeinden (市町村 *shi-chō-son*). Dies scheint das generelle Verlangen oder

153 KOKUMIN SEIKATSU SENTĀ (Hrsg.), *2013 nendo no PIO-NET ni miru shōhi seikatsu sōdan no gaiyō* [Überblick über die im Jahre 2013 im nationalen Informationssystem für Verbraucherangelegenheiten verzeichneten Verbrauchergespräche] (2014), http://www.kokusen.go.jp/pdf/n-20140807_2.pdf, 7.

das Bedürfnis der Japaner nach einer Konfliktlösung durch die Verwaltung widerzuspiegeln. Zwar sind die Verbraucherzentren nicht identisch mit den für die Wirtschaftsaufsicht zuständigen Behörden, allerdings ist die Benachrichtigung dieser Behörden durch die Verbraucherzentren in relevant erscheinenden Fällen nicht ungewöhnlich. Die Wirtschaftsaufsichtsbehörden können sodann bei Vorliegen hinreichender Informationen aufgrund Wirtschaftsverwaltungsrechts selbst tätig werden und gegebenenfalls zusätzlich die Staatsanwaltschaft einschalten. Nach Einschreiten der Verwaltung und/oder der Staatsanwaltschaft mag sich auch generell die Bereitschaft des betreffenden Unternehmers erhöhen, unmittelbar auf die Beschwerde des Kunden einzugehen.

Der Respekt der Unternehmer vor verwaltungsrechtlichen Maßnahmen könnte auch damit zusammenhängen, dass die Lenkung der Wirtschaft durch die Ministerialbürokratie in Japan traditionell besonders ausgeprägt ist (s.o. unter III.2.) und die Erfolgsaussichten gegen eine Verfügung der Verwaltung gerichtlich vorzugehen, generell gering sind. Für die Jahre 2002 bis 2006 wurde eine Erfolgsrate zwischen 9,8 und 17,8 % in Verwaltungsprozessen in erster Instanz ermittelt.¹⁵⁴

Vor allem die Verbraucherbehörden auf regionaler Ebene der Präfekturen und Gemeinden unterhalten zudem die bereits oben erwähnten Verbraucherberatungs- und Streitschlichtungsstellen (相談窓口 *sōdan madoguchi*). Die dort durchgeführten Streitschlichtungsstellen anstelle oder gegebenenfalls vor einer Zivilklage erfreuen sich bei Verbrauchern großer Beliebtheit.¹⁵⁵ Die Mediation und Streitschlichtung durch die Verbraucherbehörden hat aus Sicht von Verbrauchern auch zwei Vorteile, die sowohl im Einklang mit der These von einer japanischen Kultur der Streitvermeidung als auch mit der These von institutionellen Defiziten bei der privaten Rechtsverfolgung stehen. 1. Bei der Streitschlichtung treffen die Parteien nicht unmittelbar aufeinander, vielmehr steht die Verwaltungsbehörde vermittelnd dazwischen. So kommt es zu keiner direkten Konfrontation der Parteien. Dies gilt in gewissem Sinne auch für aufsichtsrechtliche formelle Verwaltungsverfahren. Ferner wird von den Verwaltungsbehörden häufig nach einem Kompromiss gesucht, der nicht der geltenden Rechtslage entsprechen muss, sondern die besondere Beziehung der Parteien berücksichtigen kann. 2. Das Verfahren ist für die Parteien mit keinen besonderen Kosten verbunden, was es für den Verbraucher insbesondere bei kleinen Gegenstandswerten attraktiv macht. Mit anderen Worten: In diesen Fällen ist es aus Verbrauchersicht auch rational, sich an die Verbraucherbehörden zum Zwecke der Konfliktlösung zu wenden und nicht vor Gericht zu ziehen. Die Verbrau-

154 USHIJIMA (Fn. 63) 92.

155 Ausführlich DERNAUER (Fn. 6) 483–488.

cherbehörden können auch während eines laufenden Schlichtungsverfahrens die Wirtschaftsaufsichtsbehörden über den Sachverhalt in einem Fall informieren oder dies gegenüber dem Unternehmer jedenfalls androhen.

Zudem besteht bei Verbrauchern scheinbar generell die subjektive Vorstellung, dass die Verbraucherbehörden prinzipiell auf ihrer Seite stünden und bereit seien ihnen bei der Auseinandersetzung mit dem mächtigen Gegner zu helfen.¹⁵⁶

Berücksichtigt werden muss auf der anderen Seite allerdings auch, dass die administrativen Schlichtungsverfahren in anderen Bereichen nicht immer ebenso erfolgreich sind wie die in Verbraucherstreitigkeiten.¹⁵⁷

Insgesamt scheinen aber sowohl formelle Verwaltungsverfahren als auch administrative Streitvermittlungsverfahren einerseits institutionelle Defizite des Justizsystems auszugleichen als auch andererseits der Erwartungshaltung der Bürger zu entsprechen, der Staat möge für sie aktiv die Aufgabe der Streitvermeidung und Streitbewältigung durch die Verwaltung und das Verwaltungsrecht wahrnehmen.

IV. FAZIT

Am Beispiel der Regulierung und Kontrolle durch öffentliches Vertragsrecht bestätigt sich einmal mehr die besonders ausgeprägte Rolle, die der Verwaltung und dem öffentlichen Recht bei der Steuerung der Gesellschaft und Ausgestaltung der gesellschaftlichen Verhältnisse und Lebensumstände in Japan zukommt. Die Verwaltungsbehörden und das öffentliche Recht nehmen hier Funktionen wahr, die in Deutschland und anderen westlichen Gesellschaften stärker dem Privatrecht und der privaten Konfliktbewältigung überantwortet sind, gegebenenfalls unter Zuhilfenahme der Zivilgerichte. Entsprechend ist die Bedeutung der privaten Rechtsverfolgung aufgrund subjektiver privater Rechte in Japan geringer. Dies kann durchaus als Besonderheit des japanischen Staates, der japanischen Gesellschaft und des japanischen Rechts sowie des dortigen Rechtsbewusstseins interpretiert werden. Japan scheint noch immer zumindest partiell stärker von der Denkweise des wirtschaftlichen Dirigismus als vom Liberalismus, mehr vom Kollektivismus als vom Leitbild der individuellen Selbstverantwortung und mehr von einem paternalistischen als von einem liberalen Staatsverständnis bestimmt zu sein als dies in westlichen Ländern der Fall ist.

156 DERNAUER (Fn. 6) 488.

157 So z.B. im Falle der administrativen Vermittlungsverfahren bei Streitigkeiten wegen Umweltverschmutzungen und mit Abstrichen die administrativen Vermittlungsverfahren in Arbeitsstreitigkeiten, vgl. die Angaben in Fn. 80.

Aggressive Rechtsdurchsetzung in Japan

Die Eintreibung und Rückforderung wucherischer Darlehenszinsen

*Julius Weitzdörfer**

- I. Einleitung
- II. Verbraucherkredite und subjektive Rechte
- III. Zinsrückforderungsklagen durch Darlehensnehmer
- IV. Forderungseinziehung durch Darlehensgeber
 1. Institutionelle Defizite
 2. Transaktionskosten
 3. Rechtssoziologie
 4. Reaktionen durch Gesetzgeber und Gerichte
 5. Aktualität
- V. Neubewertung des japanischen Rechtsbewusstseins?

I. EINLEITUNG

Die Durchsetzung von Forderungen aus Darlehensverträgen macht einen besonders lebendigen Bereich des japanischen Rechts aus, der im Ausland bislang nur wenig wissenschaftliche Aufmerksamkeit erlangt hat.¹ Einerseits fordern durch Reformen in ihren Rechten gestärkte Darlehensnehmer mit einer Welle von Klagen vor Gericht überzahlte Zinsen zurück. Andererseits, und dies ist weniger bekannt, stellt die Eintreibung wucherischer Darlehen unter Einsatz von Drohungen und Gewalt ein traditionelles Ge-

* Affiliated Lecturer, Faculty of Law, University of Cambridge; Director of Studies in Law und Charles & Katharine Darwin Research Fellow, Darwin College, Cambridge. Der Verfasser bedankt sich für finanzielle Unterstützung durch die Japan Society for the Promotion of Science und die Volkswagen Stiftung im Rahmen der Initiative „Schlüsselthemen für Wissenschaft und Gesellschaft“ im Forschungsprojekt „Protecting the Weak: Entangled processes of framing, mobilization and institutionalization in East Asia“ (AZ 87 382) am Interdisziplinären Zentrum für Ostasiestudien (IZO), Goethe Universität, Frankfurt am Main.

1 Der vorliegende Text basiert auf Teilen eines Hamburger Dissertationsprojekts des Verfassers unter dem Titel „Verbraucherkreditregulierung in Japan“, aus welchem hier knappe Auszüge der Kapitel A.I, C.II.2–3, D.I–III, F.III.3 und F.V.3 wiedergegeben werden. Den Stand japanisch- und westlichsprachiger Forschung enthält ebd. Kapitel A.III.; nachfolgend auch Fn. 8.

schaftsfeld der organisierten Kriminalität in Japan dar. Diese Paralleljustiz für Darlehensgeber war lange Zeit wichtiges Element des durch *sarakin*-Kreditinstitute und *yamikin*-Kredithaie geprägten Verbrauchercreditmarkts.² Trotz des begrenzten Raums an dieser Stelle möchte ich versuchen, die Rechtstatsachen der streitigen Durchsetzung von Forderungen aus Darlehensverträgen in ihrer praktischen Bedeutung darzustellen und unter Einbeziehung institutionentheoretischer und rechtssoziologischer Überlegungen zu analysieren.

Nach einem kurzen Überblick über das Verbrauchercreditwesen und das geltende Recht in Japan (II.) werde ich dabei zwei Seiten energischer Verfolgung individueller Ansprüche beleuchten: Zum einen die Klagen auf Rückforderung überzahlter Zinsen durch Darlehensnehmer, die nicht immer vor Gericht, aber in der Regel formell unter Rückgriff auf Rechtsanwälte oder sog. Rechtsschreiber (*shihō shoshi*) erfolgt (III.); zum anderen die Forderungseinziehung durch Darlehensgeber, die auf ähnliche Weise legal unter Rückgriff auf Mahnverfahren oder Inkassodienstleister, aber auch auf illegalem Wege am Justizsystem vorbei erfolgte (IV.). Insbesondere die Erscheinungsformen eigenmächtiger, außerrechtlicher Forderungsdurchsetzung (*toritate, shakkin-tori*) möchte ich in den Fokus nehmen.

Die Existenz solch energischer Formen der Durchsetzung subjektiver „Rechte“ ist nicht nur aufschlussreich für das Verständnis gelebten Rechts in Japan. Sie stellt überdies tradierte Interpretationen einer von Harmoniebedürfnis, Konfliktvermeidung und niedriger Kriminalität geprägten Rechtskultur infrage. Sie könnte damit einen interessanten Beitrag zur Neubewertung des japanischen Rechtsbewusstseins liefern (V.). Denn die außerjapanische, rechtssoziologische Debatte zur niedrigen Prozessdichte und Klageaversität hat die konfliktfreundige Rechtsdurchsetzung im Darlehensrecht noch nicht berücksichtigt.³

-
- 2 Bei *sarakin* (サラ金) handelt es sich um eine abkürzende Wortneuschöpfung und zugleich um ein Kompositum aus dem englischen *salaried man* (サラリーマン) und dem japanischen Wort *kin'yū* (金), das sich mit „Finanzierung für Lohnempfänger“ übersetzen lässt. Es bezeichnet sowohl die in der Regel unbesicherten, hochverzinsten, kurzfristigen und bei Angestellten wie Kleinunternehmern verbreiteten Barkredite als auch die Kreditgeber selbst. Von diesen in rechtlichen Grauzonen operierenden, jedoch per se legalen Instituten sind abgekürzt als *yamikin* (闇金) bezeichnete, gänzlich illegal operierende Kredithaie zu unterscheiden. Dabei liegt keine Registrierung vor, die nebenstrafrechtliche Zinswuchergrenze wird überschritten oder Forderungen werden auf rechtswidrige Weise eingetrieben.
- 3 Im deutschsprachigen Schrifttum hat allein *Menkhaus* einen Ansatz gemacht, zumindest den Gang der Rechtsprechung, auf die Zinskontrolle beschränkt, nachzuzeichnen: H. MENKHAUS, *Insassenwechsel im Schuldturn – Entwicklung der japanischen Zivilrechtsprechung bei der Bekämpfung wucherischer Zinsen in Kreditverträgen*, in:

II. VERBRAUCHERKREDITE UND SUBJEKTIVE RECHTE

Japan kennt eine Vielzahl von Verbraucherkreditinstituten und Finanzierungsgesellschaften ohne Bankstatus, die unter Umgehung bankrechtlicher Schranken in großem Umfang im Kreditgeschäft für Verbraucher und Kleinunternehmer tätig waren. Mit dem Wachstum Japans zur zweitgrößten Volkswirtschaft der Welt entwickelte sich die Vergabe hochverzinsster Konsumkredite zu einem Milliardengeschäft, mit dem diese Institute teils mehr Gewinn als Banken erwirtschafteten. Dieser Markt blieb lange Zeit nur locker reguliert, jedermann offenstehend und aufgrund von Zinswucher und unseriösen Eintreibungspraktiken von einem zweifelhaften Ruf geprägt. Geschäftsbanken mieden den Einstieg in das Verbrauchergeschäft aus Sorge um einen Reputationsverlust und partizipierten an diesem nur indirekt, z. B. über Kapitalbeteiligungen oder Tochtergesellschaften. Die Verbraucherkreditinstitute zeichneten sich nicht nur durch Einfluss in der Politik aus, sondern auch durch Verbindungen zu Gruppierungen der lange geduldeten organisierten Kriminalität.⁴

Als Kehrseite dieses wirtschaftlichen Erfolges entstanden soziale Probleme, namentlich grassierende Überschuldung und Schuldnersuizide in hoher Zahl.⁵ Obwohl sich diese mit Einsetzen der Rezession in den neunziger Jahren weiter verschärften, reagierte der der Finanzwirtschaft nahestehende Gesetzgeber lange nicht angemessen. Das Zinsbeschränkungsgesetz (ZBG)⁶ und das Gesetz über die Kontrolle der Kapitaleinlage und der Zinsen, kurz Kapitaleinlagengesetz (KEG)⁷ blieben lange die einzig relevanten Vorschriften für Verbraucherkreditinstitute. 1983 brachte das sog. „Geldver-

Meiji Law Journal 19 (2012) 25. Eine theoretische Diskussion möglicher Ursachen des regulatorischen Wandels sowie zu Konsum- und Rechtsdurchsetzungsverhalten der Japaner bieten S. KOZUKA/L. NOTTAGE, *The Myth of the Cautious Consumer: Law, Culture, Economics and Politics in the Rise and Partial Fall of Unsecured Lending in Japan*, in: Niemi/Ramsay/Whitford (Hrsg.), *Consumer Credit, Debt and Bankruptcy. Comparative and International Perspectives* (Oxford u. a. 2009) 199.

4 Zum japanischen Verbraucherkreditwesen m. w. N. und Statistiken WEITZDÖRFER (Fn. 1) Kapitel B.III und IV.; aus ökonomischer Sicht insbesondere S. RUDOLF, *Konsumentenkredite in Japan: Zwischen Bedarf und Verschwendung* (Marburg 1996) 13–100.

5 Zu den sozioökonomischen Folgen der Verbraucherkreditproblematik m. w. N. WEITZDÖRFER (Fn. 1) Kapitel B.VI.; vgl. insbesondere die empirischen Belege zum Schuldnersuizid, jedoch bezogen auf das Insolvenzrecht, bei M. WEST, *Law in Everyday Japan: Sex, Sumo, Suicide and Statutes* (Chicago u. a. 2005) 191–214, 223, 257.

6 *Risoku seigen-hō*, Gesetz Nr. 100/1954 i. d. F. des Gesetzes Nr. 115/2006.

7 *Shusshi no ukeire, azukari-kin oyobi kinri-tō no torishimari ni kansuru hōritsu (Shusshi-hō)*, Gesetz Nr. 195/1954 i. d. F. des Gesetzes Nr. 74/2011.

leihgewerbe-gesetz“ (GeldverleihGG) wenige, verhaltene Regelungen jenseits der Zinskontrolle.⁸ Auch von den tiefgreifenden Reformen des japanischen Finanzsystems der 1990er Jahre waren die Verbraucherkreditinstitute ausgenommen. Rechtsanwälte und Zivilgerichte konnten erst nach der Jahrtausendwende schrittweise die Rückerstattung wucherischer Zinsen erzwingen. Sie traten damit eine in der japanischen Rechtsgeschichte einmalige Klagewelle los, mit der das gesamte Kreditrecht ins Zentrum der gesetzgeberischen Aufmerksamkeit gelangte.

Insbesondere 2003 und 2006 erfolgten eine Reihe tiefgreifender Gesetzesreformen in den drei genannten Gesetzen.⁹ Damit wurden die Rechte der Schuldner gestärkt, die Aufsicht über die Institute intensiviert und die Strafen erheblich verschärft. Dies hat den Problemen der Darlehensnehmer einerseits weitgehend Abhilfe geschaffen, andererseits beinahe zu einem Zusammenbruch des Verbrauchercreditmarkts geführt.¹⁰ Damit zeichnet sich das Kreditrecht in jüngerer Zeit als eine der rechtspolitisch umstrittensten, in der Zivilgerichtspraxis wichtigsten und in der Gesetzgebung dynamischsten Materien des japanischen Rechts aus.¹¹

8 *Kashikin-gyō no kisei-tō ni kansuru hōritsu (Kashikin-gyō kisei-hō)*, Gesetz Nr. 32/1983; dieser Name galt bis zur Umbenennung des Gesetzes (nebst zugehöriger Durchführungsverordnung und Ausführungsverordnung) in *Kashikin-gyō hō* zum 19. Dezember 2007. Zur Rechtsgeschichte der Verbrauchercreditregulierung im Überblick WEITZDÖRFER (Fn. 1) Kapitel C.II.1; einen ersten Überblick zu Inhalt und Bandbreite der Reform geben H. MENKHAUS, Verbrauchercreditrecht in Japan nach der Reform aus dem Jahre 2006, in: Distelrath/Menkhaus/Ölschleger (Hrsg.), *Vom Ungleichen in Japan. Untersuchungen zu wachsenden Disparitäten in Gesellschaft, Wirtschaft und Recht. Bd. I: Wirtschaft und Recht* (Bonn 2012) 171 sowie S. KOZUKA/L. NOTTAGE, *Re-regulating Unsecured Consumer Credit in Japan: Overindebted Borrowers, the Supreme Court and New Legislation*, in: Parry/Nordhausen/Howells/Twigg-Flesner (Hrsg.), *The Yearbook of Consumer Law 2009* (Farnham 2009) 197, 223 ff. *Dernaue*r ist es zu verdanken, dass in deutscher Sprache ein Überblick zu diesen Gesetzen vorliegt, wenn auch zur Rechtslage vor der Reform: M. DERNAUER, *Verbraucherschutz und Vertragsfreiheit im japanischen Recht* (Tübingen 2006) 288 ff.; zum GeldverleihGG a.F. kritisch z.B. Y. SHIBATA, *Fresh Curbs on Loan Sharks Fail to Satisfy*, in: *Financial Times*, 19. September 1983, 10; K. SHIGEMATSU, *Shōhi-sha kin'yū to hanzai – sarakin kisei-hō seitei o meguru sho-mondai* [Verbrauchercredit und Verbrechen – Einige Probleme rund um das Inkrafttreten des *Sarkin*-Regulierungsgesetzes], in: *Chūō Gaku* in Daigaku Ronsō [Debatten der Chūō Gaku in Universität] 18(1) (1983) 105, 119 ff.

9 Vgl. im Überblick Abschnitt IV.4; zu den über 100 diesbezüglichen Novellierungen seit der Jahrtausendwende, ausführlich insbesondere zur Reform von 2006 WEITZDÖRFER (Fn. 1).

10 Zu den rechtstatsächlichen Auswirkungen der Reformen, einschließlich einer volkswirtschaftlichen Bewertung WEITZDÖRFER (Fn. 1) Kapitel F.V.

Auch im Alltag stellen Darlehensverträge einen lebendigen Gegenstand privater Rechte dar. Als letztmalig eine Statistik zum Gegenstand der Klagen an japanischen Distriktgerichten aufgestellt wurde, bildeten Darlehensverträge die größte Gruppe (Tabelle 1).¹²

Tabelle 1: Klagen vor Summarischen Gerichten und Distriktgerichten

	Summarische Gerichte	Distriktgerichte
Klagen insgesamt	244.131	146.392
– Darlehenssachen	195.240	35.220
– Immobiliensachen	4.623	33.447
– Verkehrsunfälle	1.215	6.360
– Sonstige	43.053	71.365

Bereits in den 1980er Jahren war die Zahl der Klagen allgemein stark angestiegen und die meisten dieser Prozesse betrafen Forderungen aus Darlehensverträgen.¹³ Vor den Summarischen Gerichten (SG), der untersten Instanz, waren dies sogar 80 % aller Zivilklagen. Dass diese Instanz gemäß Art. 33 Gerichtsgesetz seit 2004 nur für Forderungen i.H.v. bis zu 1,4 Mio. Yen [ca. 11.000 €] zuständig ist,¹⁴ lässt den Schluss zu, dass es sich hier ganz überwiegend um Darlehen an Kleinunternehmer oder Verbraucher handelt. Darlehen waren damit in beiden genannten Instanzen insgesamt beispielsweise 30 Mal so häufig Gegenstand wie Verkehrsunfälle. Zur Be-

-
- 11 Für ausführliche Nachweise zur Bedeutung des Rechtsgebiets erneut WEITZDÖRFER (Fn. 1) Kapitel C.II. Für das besondere Schuldrecht sind seit Mitte 2011 Fragen der deliktischen Haftung für die Reaktorkatastrophe in Fukushima von zentraler Bedeutung; jüngst ist die bevorstehende Modernisierung des Schuldrechts in den Vordergrund getreten.
 - 12 Tabellen 10, 23 bei SAIKŌ SAIBAN-SHO [OGH] (Hrsg.), *Shihō tōkei nenpō 1994* [Statistisches Jahrbuch der Justiz 1994] (Tōkyō 1994); nur ein Teil der Zivilverfahren werden vor japanischen Gerichten statistisch als Klagen aufgeführt, in der Mehrzahl der Fälle handelt es sich um Insolvenz- und andere spezielle Verfahren; nicht mehr abrufbar und daher zitiert nach M. RAMSEYER/E. RASMUSEN, Comparative Litigation Rates, in: The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series 681 (2010) 8, verfügbar unter: http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Ramseyer_681.pdf.
 - 13 T. KOJIMA, Civil Procedure Reform in Japan, in: Michigan Journal of International Law 11 (1990) 1218, 1221; T. GINSBURG/G. HOETKER, The Unreluctant Litigant? An Empirical Analysis of Japan's Turn to Litigation, in: Journal of Legal Studies 35 (2006) 31, 56.
 - 14 *Saiban-sho-hō*, Gesetz Nr. 59/1947 i. d. F. des Gesetzes Nr. 48/2013; zum Verfahren vor den SG näher S. KAKIUCHI, Erkenntnisverfahren, Vollstreckung, einstweiliger Rechtsschutz, in: Baum/Bälz (Hrsg.), Handbuch japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht (Köln 2011) 1287, 1346 ff.

gründung der hohen Streitanzahl von Darlehensverträgen wird angegeben, dass das Fehlen eines attraktiven Mahnverfahrens den Anteil von Zahlungsklagen erhöhte und sich eine liberale Haltung des Gesetzgebers, wie in Bezug auf die in Japan lange bei 109 % liegende Zinswuchergrenze, grundsätzlich positiv auf die Prozessdichte auswirkt.¹⁵ Diese Bedeutung zeigt sich schließlich auch in konsiliarischer Hinsicht an der regen Inanspruchnahme der Angebote öffentlicher bzw. privater Beratungs- und Schlichtungsstellen für Verbraucher.¹⁶

III. ZINSRÜCKFORDERUNGSKLAGEN DURCH DARLEHENSNEHMER

Der Höhepunkt der Entwicklung war jedoch noch nicht erreicht. Als ab 2006 die Anzahl der Klagen ohne Rechtsanwälte vor Distriktgerichten um mehrere Zehntausend anstieg, wurde zur Begründung einhellig auf die zahlreichen Zinsrückforderungen durch Verbraucher infolge der progressiven Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (OGH) verwiesen.¹⁷ Nachdem dieser es ermöglicht hatte, „freiwillig“ gezahlte Wucherzinsen zurückzufordern, war eine beeindruckende Welle sog. Klagen auf Rückzahlung überzahlter Zinsen (*kabarai-kin henkan soshō*) losgetreten worden.¹⁸ Anschaulich wurde der Wandel auch dadurch, dass die in den großen Städten

15 Vgl. T. GINSBURG/G. HOETKER, The Effects of Liberalization on Litigation: Notes Toward a Theory in the Context of Japan, in: Washington University Global Studies Law Review 8 (2009) 303, 312.

16 Zu den Besonderheiten bei Verbraucherfällen S. KAKIUCHI, Regulation of Dispute Resolution in Japan: Alternative Dispute Resolution and its Background, in: Steffek/Unberath (Hrsg.), Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads (London 2013) 269, 273, 285, 290 ff.

17 „Lawyer-less Lawsuits Increasing“, The Yomiuri Shimbun, 17. Januar 2011, in Kopie verfügbar unter: <http://japaneselaw.blogspot.de/2011/01/lawyer-less-lawsuits-increasing.html>.

18 Vgl. insbesondere OGH v. 19.07.2005, Minshū 59, 1783 ff.; dogmatisch handelte es sich um eine Neuinterpretation der Konditionssperre für „freiwillige“ Überzahlungen; zu Art. 43 GeldverleihGG a. F., Art. 1 Abs. 2 ZBG a. F. sowie zur Kondition ungerechtfertigter Bereicherung im Bereich von Darlehensverträgen näher WEITZDÖRFER (Fn. 1) Kapitel C.III.2, C.III.5, C.V.3; eingehend auch S. MATSUI, Cloudy Weather, with Occasional Sunshine: Consumer Loans, the Legislature, and the Supreme Court of Japan, in: Pacific Rim Law & Policy Journal 22 (2013) 555. Die bislang ausführlichste Besprechung einer Einzelentscheidung nebst Übersetzung findet sich bei J. WEITZDÖRFER, Case No. 12: Civil Law – Contract Law – Consumer Credit – Documentation Requirements – Return of Unjust Enrichment, Supreme Court, 13 July 2007, in: Bälz/Dernauer/Heath/Petersen-Padberg (Hrsg.), Business Law in Japan – Cases and Comments. Intellectual Property, Civil, Commercial and International Private Law. Writings in Honour of Harald Baum (Alphen aan den Rijn 2012) 111.

ehemals allgegenwärtige Reklame der Verbrauchercreditunternehmer aus dem Stadtbild verschwanden, weil viele infolge der Last dieser Klagen ihre Geschäfte einstellen mussten.

Diese sprungartige, in der japanischen Rechtsgeschichte singuläre Flut von Verfahren betraf zwar relativ einfach gelagerte Fälle.¹⁹ Sie war aufgrund der Verjährung vorübergehender Natur, stellte die unteren Instanzen jedoch vor derartige Kapazitätsherausforderungen, dass die Notwendigkeit kollektiven Rechtsschutzes offenkundig und in der Folge die Einführung einer Gruppenklage beschlossen wurde.²⁰ Tabelle 2 zeigt, wie sich durch Zinsrückzahlungsklagen die Zahl neu eingereicherter Zahlungsklagen zwischen 2005 und 2009 nahezu verdoppelte.²¹

Tabelle 2: Zivilklagen auf Geldzahlung in erster Instanz

	2005	2007	2008	2009	2010	2011
Neu	435.018	604.686	698.895	838.042	749.126	662.664
Abgeurteilt	183.787	191.164	213.248	252.347	276.863	231.728
Verglichen	113.704	114.447	116.320	131.164	135.783	114.838
<i>Zum Vergleich: Sämtliche neuen Zivilklagen in allen Instanzen:</i>						
	534.891	702.904	796.012	967.924	903.983	813.615

Da sich die Zahl der übrigen Zivilklagen in diesen fünf Jahren kaum veränderte, lässt sich feststellen, dass durch Darlehensnehmer angestrengte Ver-

- 19 Die Mandate wurden vornehmlich von frisch zugelassenen Anwälten übernommen, ausführlich M. RAMSEYER, *Bottom-feeding at the Bar: Usury Law and Value-dissipating Lawyers in Japan*, in: Kaal/Schwartz/Schmidt (Hrsg.), *Festschrift zu Ehren von Christian Kirchner. Recht im ökonomischen Kontext* (Tübingen 2014) 135; vgl. auch den Verweis auf Zinsrückforderungsklagen bei H. BAUM, *The Role of Courts in Japan. Seen from a Comparative German Perspective*, in: Kaal/Schwartz/Schmidt (Hrsg.), *Festschrift zu Ehren von Christian Kirchner. Recht im ökonomischen Kontext* (Tübingen 2014) 3, 16.
- 20 So M. LENTZ, *Unterlassungsklage durch Verbraucherverbände und Gruppenklage in Japan*, in: Rosenau/Schön (Hrsg.), *Japanisches Recht im Vergleich. Erstes Symposium zum japanischen Recht für Nachwuchswissenschaftler an der Universität Augsburg* (Frankfurt a. M. u. a. 2014) 33 f.
- 21 Nicht beschränkt auf Summarische Gerichte, ohne zurückverwiesene Fälle und ohne Sonderverfahren für geringfügige Forderungen; Zahlen bis 2008 aus Tabelle 25-11, *Soshō jiken oyobi chōtei jiken no shurui-betsu shin-jū, kisaï kensū* [Neu eingegangene und erledigte Fälle von Klage- und Schlichtungsverfahren nach Typ] bei SÔMU-SHÔ TÔKEI-KYOKU [Ministerium für Inneres und Telekommunikation, Statistikamt], *Dai-60-kai nihon tōkei nenpō, heisei 23-nen* [Statistisches Jahrbuch Japan 2011] (Tōkyō 2011) 781; Zahlen danach ebd., *Dai-63-kai nihon tōkei nenpō, heisei 26-nen* [Statistisches Jahrbuch Japan 2014] (Tōkyō 2014), verfügbar unter: <http://www.stat.go.jp/english/data/nenkan/index.htm>.; Zahlen für das Jahr 2006 sind nicht mehr verfügbar.

fahren die herkömmlich niedrige Prozessdichte binnen kurzer Zeit erheblich erhöht haben. Eine bemerkenswert konfliktfreundige Rechtsdurchsetzung lässt sich jedoch auch auf Seiten der Darlehensgeber beobachten.

IV. FORDERUNGSEINZIEHUNG DURCH DARLEHENSGEBER

Bei der Durchsetzung von Darlehensforderungen handelt es sich um einen facettenreichen, außerordentlich umsatzstarken Bereich der japanischen (Schatten-) Justiz. Die eigenmächtige Durchsetzung (auch berechtigter) Forderungen unter Einsatz von Drohungen und Gewalt ist zu einem lukrativen Geschäftsfeld organisierter Kriminalität geworden.²² Für die Emergenz paralleljudizieller Praktiken spielen Forderungen aus Verbraucherdarlehensverträgen in mehrfacher Hinsicht eine herausragende Rolle: Erstens sorgen sie wirtschaftlich für einen Großteil des Inkassoumsatzes²³ und zweitens erreichte gerade die Dreistigkeit krimineller Inkassomethoden gegenüber Darlehensnehmern über Japan hinaus Aufmerksamkeit.²⁴ Da der graue Kreditmarkt der *sarakin* und der schwarze Kreditmarkt der *yamikin* einen Kundenkreis bedient, dem es an Kreditsicherheiten oder Kreditwürdigkeit fehlt, sind diese Darlehensgeber ganz besonders auf eine „effektive“

-
- 22 Grundlegend N. HAYASHI, *Furyō saiken kaishū to chi'nō bōryoku hanzai* [Die Einziehung notleidender Kredite und intelligente Gewaltverbrechen] (Tōkyō 1996); einen breiteren Überblick gibt der Abschnitt *Saiken kaishū ni tomonau hanzai* [Verbrechen bei der Forderungseinziehung] bei K. SHIBAHARA, *Keizai keihō kenkyū jō* [Wirtschaftsstrafrechtsforschung I] (Tōkyō 2005) 46 f.; 373 ff.; mit Hinweisen für Opfer K. YAMAKAWA/M. KONDA/H. SUMITA (Hrsg.), *Q&A kashikin 3-pō handobukku* [Handbuch der Fragen und Antworten zu den drei Geldverleihgesetzen] (Tōkyō 2005) 236.
- 23 Die Bedeutung von Darlehensforderungen für das Inkassowesen herausstellend S. IIMURA, *Enactment of the Servicer Law*, in: *Capital Research Journal* 2(1) (1999) 38, 38 f.; W. HERBERT, *Japan nach Sonnenuntergang: Unter Gangstern, Illegalen und Tagelöhnern* (Berlin 2002) 126; G. KAWAMURA, *Yakuza: Gesellschaftliche Bedingungen organisierter Kriminalität in Japan* (Pfaffenweiler 1994) 43; C. MILHAUPT/M. WEST, *The Dark Side of Private Ordering: An Institutional and Empirical Analysis of Organized Crime*, in: *University of Chicago Law Review* 67(1) (2000) 41, 56.
- 24 Aus der internationalen Presse G. BAKER, *Mob rule: Japan's Mafia – Troubled Times for Japan's Financial System Means a Lucrative Line of Business for Gangsters*, in: *Financial Times*, 16. März 1996, 1; R. PARRY, *Yakuza Settle bad Debts with a Bullet as Japan Bubble Bursts*, in: *The Independent*, 4. Februar 1996, 16; K. TOLBERT, *Loans Cost Arm and Leg – and Kidney. Japanese Clients Urged to Sell Organs to pay up*, in: *Washington Post*, 6. November 1999, in Kopie verfügbar unter: <http://www.sfgate.com/health/article/Loans-Cost-Arm-and-Leg-And-Kidney-Japanese-2898562.php> und für nähere kriminalstatistische und kriminologische Angaben WEITZDÖRFER (Fn. 1) Kapitel B.III und B.IV.

Anspruchsdurchsetzung angewiesen. Die Anwendung von Gewalt und Schikanen stellt somit ein konstituierendes Element dieser Darlehen dar und erfolgt u. a. durch die Beteiligung organisierter Kriminalität.²⁵ Obwohl sich im Schrifttum zahlreiche Einzelhinweise auf diese Schlüsselproblematik des Rechtsgebiets finden, hat sie im westlichen juristischen Schrifttum kaum,²⁶ im deutschen bislang überhaupt keine Aufarbeitung gefunden.²⁷

Eine Fülle unterschiedlichster Quellen belegen, dass als *saiken toritate* und *shakkin-tori* bezeichnete Dienstleistungen der illegalen Eintreibung insbesondere von Darlehensforderungen zumindest bis in die jüngere Vergangenheit erhebliche praktische Bedeutung hatten. Daran beteiligten sich nicht selten mafiöse Gruppen, was verheerende Folgen für Darlehensnehmer und ihre Familien haben konnte.²⁸ Körperliche Gewalt wird bei der Yakuza als archaische Form der Konfliktaustragung zunehmend als Störung der Geschäftsroutine gesehen;²⁹ sie weicht intelligenteren, d. h. subtileren und schwerer verfolgbareren Techniken. So kann allein deren Auftreten oder

-
- 25 HERBERT (Fn. 23) 125; m. w. N. zu japanischem Schrifttum P. HILL, *The Japanese Mafia: Yakuza, Law, and the State* (Oxford 2003) 117, 130; D. KAPLAN/A. DUBRO, *Yakuza: Japan's Criminal Underworld* (Berkeley/Los Angeles 2003) 155 ff., 375; H. ŌSHITA, *Rishoku shōhō to shōhi-sha kin'yū no kisei* [Kapitalanlagerecht und Verbraucher kreditregulierung] in: Kamiyama/Saitō/Asada/Matsumiya (Hrsg.), *Shinkeizai keihō nyūmon* [Einführung in das neue Wirtschaftsstrafrecht] (Tōkyō 2008) 246, 252; SHIBAHARA (Fn. 22) 45; SHIGEMATSU (Fn. 8) 112; T. UEYANAGI/Y. ŌMORI, *Chikujō kaisetsu – kashikin-gyō hō* [Kommentar zum Geldverleihgewerbe-gesetz] (Tōkyō 2008) 187; ausdrücklich auch der LDP-Reformvorschlag von 2003, vgl. „LDP plans Crackdown on Loan Sharks“, *The Japan Times*, 17. April 2003, verfügbar unter: www.japantimes.co.jp/news/2003/04/17/national/ldp-plans-crack-down-on-loan-sharks/.
- 26 MILHAUPT/WEST, (Fn. 23) 56, 66 ff., 84, nennen Darlehen wiederholt exemplarisch und widmen deren Beitreibung einen Absatz, spezialgesetzliche Regelungen werden jedoch nur knapp erwähnt, 56; HILL (Fn. 25) 117–119, 120 f., 165, 290 nennt in seinem soziologisch-kriminologischen Werk in wenigen Sätzen lediglich allgemeine Inkassovorschriften; nur zwei Absätze zu den Spezialvorschriften für Darlehen finden sich bei A. PARDIECK, *Japan and the Moneylenders – Activist Courts and Substantive Justice*, in: *Pacific Rim Law & Policy Journal* 17 (2008) 529, 553, 564 f.
- 27 Weder C. RAPP, *Überschuldungsproblematik und Verbraucherkreditsystem in Japan* (Bonn 1996) noch RUDOLF (Fn. 4) haben die Problematik der Durchsetzung beleuchtet; DERNAUER (Fn. 8) 297 erwähnt die Bestimmungen a. F. in drei Sätzen, vgl. ebd. auch 73 f.; zur Zwangsvollstreckung von Geldforderungen, allerdings ohne Bezug zu Darlehen oder Inkasso zuletzt KAKIUCHI (Fn. 14) 1360 ff. Ausführlich zu den neuen gesetzgeberischen Lösungen und Erfolgen WEITZDÖRFER (Fn. 1) Kapitel D. IV.-VI. und F. III.
- 28 So auch H.-P. MARUTSCHKE, *Einführung in das japanische Recht* (München 2010) 110; vgl. auch YAMAKAWA/KONDA/SUMITA (Fn. 22) 126 f.

die Drohung mit der Veröffentlichung bestimmter privater oder wirtschaftlicher Sachverhalte für Erpressungen ausreichen. Systematischer Telefonterror, seit dem Jahr 2000 auf eigene Schuldnerdatenbanken der organisierten Kriminalität gestützt, wird in den Quellen besonders häufig genannt,³⁰ ist jedoch oft nur Vorläufer noch unangenehmerer, ehrverletzender Strategien. Dazu gehören beharrliche Drangsalierungen, Besuche und Nachstellungen zuhause, am Arbeitsplatz oder bei Verwandten.³¹ Es sind damit die ehrverletzenden Techniken, die den Rückgriff auf Yakuza gerade für *yamikin*-Kredithaie attraktiv machen.

In der Forensik wird die Bedeutung von Delikten im Zusammenhang mit Kreditgeschäften statistisch nur eingeschränkt sichtbar, obwohl solche Delikte zu den wichtigsten Feldern der Finanzkriminalität in Japan gehören (*saiken kaishū ni tomonau hanzai*).³² Denn die Auseinandersetzung von Polizei und Aufsichtsbehörden mit kriminellen Darlehensgebern begann erst spät und verlief lange schleppend.³³ Dank gewachsenen Problembewusstseins und Reformen, welche die Beweisführung erleichtert und die

-
- 29 W. HERBERT, *Yakuza im Wandel – Metamorphosen der japanischen Unterwelt*, in: OAG Notizen 11 (2011) 10–34, 28, 30, vgl. zu einer allgemeinen „Verbürgerlichung“ in den letzten Jahren ebd., 34.
- 30 So u. a. der Polizeipräsident der Präfektur Fukuyama S. EBARA, *Saikin ni okeru minji fuhō kōi saiban-rei no shōkai: sutōkā ji’an oyobi kashikin gyōsha no saiken toritate ji’an o daisai toshite (jō), (ka)* [Vorstellung jüngst ergangener Entscheidungen zu unerlaubten Handlungen im Zivilrecht: Zum Thema der Fälle des Stalkings sowie der Forderungseintreibung durch ‚Geldverleihgewerbe‘, Teile (1) und (2)], in: Keisatsu Kōron [Öffentliche Debatten zur Polizei] 58(10) (2003) 23; 58(11) (2003) 45, 46; HERBERT (Fn. 23) 126; KAPLAN/DUBRO (Fn. 25) 168.; vgl. auch K. UTSUNOMIYA, *Kashikin-gyō-kisei no kadai – shōhi-sha no tachiba kara* [Aufgaben der Regulierung des Geldverleihgewerbes – aus Sicht des Verbrauchers], in: Jurisuto 1319 (2006) 13, 20; mit ausführlichen Hinweisen für Opfer YAMAKAWA/KONDA/SUMITA (Fn. 22) 236-239. Laut Polizeiberichten aus dem Jahr 2005 würden in den dazu professionell betriebenen „Callcentern“ Karaokekabinen aufgestellt, um das aggressive Geschrei der Telefonisten nach außen hin abzdämpfen, m. w. N. PARDIECK (Fn. 26) 563 f.
- 31 Erneut EBARA (Fn. 30) 46; mit ausführlichen Schilderungen SHIGEMATSU (Fn. 8) 112, 114, 118 sowie T. KIMURA, *Sarakin higai no jittai – sono ruikei-ka* [Typologie realer Sachverhalte der Schäden durch Verbraucherkreditinstitute], in: Hōritsu Jihō 51(5) (1979) 55.
- 32 SHIBAHARA (Fn. 22) 44 f.; gemeint ist die Forensik im klassischen Sinne, d. h. die Strafrechtspraxis.
- 33 Zum Vergleich berichtet A. SCHÖLKENS, *Der leichte Weg zum Geld*, in: Ernst/Laumeyer/Lindberg/Lokowandt (Hrsg.), *Geld in Japan* (Berlin 1981) 269, 289: „Im Jahre 1978 verstießen 1127 Geldverleiher in 1160 Fällen gegen die Gesetze; 763 (64,2 %) wegen zu hoher Zinsen, 348 (29,2 %) wegen mangelnder und falscher Registrierung und 19 wegen Unregelmäßigkeiten bei Depositengeschäften“.

Strafvorschriften verschärft haben, können seit 1998 und 2003 Rechtsverstöße beim Darlehensinkasso effektiver straf- und verwaltungsrechtlich verfolgt werden.³⁴

Straftaten im japanischen Verbraucherkreditwesen sind empirisch schwer zu untersuchen, da es sich um finanzielle Sachverhalte in Zweipersonenverhältnissen handelt. Überdies handelt es sich um eine wenig auskunftsfreudige Branche, die sich durch Diskretion, Produktkomplexität und bisweilen Gewaltbereitschaft auszeichnet, und deren Bild von teils übertreibender Medienberichterstattung geprägt ist.³⁵ Wenngleich die Zahl der entsprechenden Festnahmen und Verurteilungen bis ca. 2008 deutlich und kontinuierlich angestiegen ist, bleibt die Dunkelziffer hoch. Im Jahr 2012 betrug die polizeilich festgestellte Zahl der Opfer solcher Straftaten landesweit 31.528, nur noch ein Zehntel im Vergleich zu den Statistiken von 2003 (Tabelle 3).³⁶ Eine spannende Frage ist, inwieweit dies den zeitgleich in Kraft getretenen Reformen zu verdanken ist.³⁷

Die Durchsetzung von Darlehensforderungen bei sog. Nichtbanken (*nonbanku*) unterscheidet sich u. a. aufgrund der unterschiedlichen Rechtslage erheblich von derjenigen bei Banken.³⁸ Dies lag zum einen daran, dass

34 Ausführlich WEITZDÖRFER (Fn. 1) Kapitel C.VI, D. IV.-VI., F.II und III.

35 Zur Schwierigkeit empirischer Belege für organisierte Kriminalität allgemein M. O'BRIEN/M. YAR, *Criminology: The Key Concepts* (London/New York 2008) 117 f.

36 KEISATSU-CHŌ SEIKATSU ANZEN-KYOKU [NPA, Amt für die Sicherheit des Lebens], *Heisei 24-nenjū ni okeru seikatsu keizai jihan no kenkyō jōkyō-tō ni tsuite* [Über den Stand der Festnahmen etc. bei „Lebens- und Wirtschaftsstraftaten“ im Jahr 2012] Tabelle 1-10, *Yamikin'yū jihan-tō no jihan-betsu kenkyō jōkyō* [Stand der Festnahmen bei Straftaten etc. im illegalen Kreditgewerbe nach Art der Delikte] (Tōkyō 2013), verfügbar unter: https://www.npa.go.jp/safetylife/seikeikan/h24_seikeijihan.pdf; vgl. für ältere Daten u. a. H. HAYASHI, *Shōhi-sha mondai e no keiji hōteki appurōchi – yami-kin'yū oyobi keizai keihō kara mita shōhi-sha hogo* [Strafrechtliche Annäherung an Verbraucherfragen – illegale Kreditgeber und das Wirtschaftsstrafrecht im Hinblick auf den Verbraucherschutz], in: Hōsei Ronsō [Debatten in Recht und Politik] 41 (2004) 195, 201. Die NPA verzeichnet die Zahl der Fälle und Täter dieser Taten seit 1990, die Zahl der Opfer und den Schadensbetrag seit 1996.

37 Dazu näher WEITZDÖRFER (Fn. 1) Kapitel F.III.

38 Japan kennt eine Vielzahl von Verbraucherkreditinstituten und Finanzierungsgesellschaften ohne Bankstatus, die unter Umgehung bankrechtlicher Schranken als sog. Nicht-Banken (*nonbanku*, engl. *non-bank financial institution* oder NBFi) kaum in Substitutionskonkurrenz zu Banken stehen und sich nicht aus Einlagen, sondern zu 95 % über Kredite refinanzieren. Zu diesen Instituten zählen neben Leasing- und Factoringgesellschaften sowie Kreditkarten- und Finanzierungsgesellschaften, die (Teilzahlungs-)käufe von Konsumgütern ermöglichen (*kurejitto*, engl. *credit*), insbesondere Verbraucherkreditinstitute, die unbesicherte Barkredite (*rōn*, engl. *loan*) in geringer bis mittlerer Höhe anbieten, im Überblick H. KANDA/H. BAUM, Fi-

bei Banken keine Forderungen in rechtlichen Grauzonen entstanden.³⁹ Zum anderen weisen Banken einen weniger fluktuierenden Kundenkreis auf und greifen häufiger auf Schlichtungsversuche oder Klagen zurück, weshalb für sie kriminelles Inkasso keine Rolle spielen.⁴⁰

Verbraucherkreditinstitute greifen legal zumeist auf die Beschreitung des beschleunigten Mahnverfahrens beim zuständigen SG zurück (*tokusoku tetsuzuki*), Artt. 382 ff. Zivilprozessgesetz (ZPG).⁴¹ Hat sich der Schuldner nicht in notariell beurkundeter Form der sofortigen Vollstreckung unterworfen⁴² (hierzu eigens für Darlehen Art. 22 Abs. 5 ZVollstrG⁴³) muss zur zwangsweisen Erfüllung (Art. 414 ZG, Artt. 22 f. ZVollstrG) vor Gericht geklagt werden. Dies geschieht jedoch aufgrund des hohen finanziellen und zeitlichen Aufwands vielfach nicht.⁴⁴

nanzmarktrecht, in: Baum/Bälz (Hrsg.), Handbuch japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht (Köln 2011) 279, 310; für einen Vergleich dieser Institute, ihres Marktanteils und ihrer Regulierung mit Banken WEITZDÖRFER (Fn. 1) Kapitel B.II, III und F.II.1.

- 39 M. HOTTA, *Tenkan-ki o mukaeteiru nonbanku – kashidashi kinri no jōgen kisei dōdai to kongo no gyōkai saihen o megutte* [Nichtbanken am Wendepunkt – Über die Angleichung der Regelungen zu Zinsgrenzen und die künftige Umstrukturierung der Branche], in: Seikatsu Keizai-gaku Kenkyū [Sozioökonomische Forschung] 29(3) (2009) 61, 66; zur rechtlichen Grauzone in Gesetz und Rechtsprechung auch WEITZDÖRFER (Fn. 1) Kapitel C.II.2, III.5, IV.1 und V.
- 40 T. SHIMAMOTO/T. HIRASE, *Shōhi-sha kin'yū shijō oyobi shōhi-sha kin'yū gyōkai no moderu bunseki* [Modellanalyse des Marktes für Verbraucherkredite und der Verbraucherkreditbranche], in: Kyōto Daigaku Keizai Ronsō [Wirtschaftsdebatten der Universität Kyoto] 176(2) (2005) 98.
- 41 *Minji soshō-hō*, Gesetz Nr. 109/1996 i. d. F. des Gesetzes Nr. 30/2012; zu dieser Praxis T. BANDO, Small Change on Consumer Credit Debts Collecting System in Japan, in: Ritsumeikan Law Review (International Edition) 11 (1995) 277, 277; vgl. näher T. ISHIKAWA, *Kashikin-gyō jitsumu no tebiki* [Handbuch der Praxis des Geldverleihgewerbes] (Tōkyō 2009) sowie Y. SAGAMI, Laws and Regulations for the Collection of Consumer Debts and their Problems, in: Ritsumeikan Law Review (International Edition) 11 (1995) 241, 242; zum Mahnverfahren selbst KAKIUCHI (Fn. 14) 1348 f.; ein aktueller Überblick der legalen Möglichkeiten der Eintreibung besicherter Geldforderungen findet sich bei O. MORITA, *Saiken kaishū-hō kōgi* [Das Recht der Forderungseinziehung] (Tōkyō 2011) 94 f.
- 42 Dazu in Bezug auf die Beschreitung des Mahnverfahrens mit rechtsvergleichenden Bezügen A. ISHIKAWA, Notariell vollstreckbare Urkunden und Entlastung der Gerichte, in: ZJapanR/J.Japan.L. 12 (2001) 159.
- 43 Zivilvollstreckungsgesetz (*Minji shikkō-hō*), Gesetz Nr. 4/1979 i. d. F. des Gesetzes Nr. 96/2013.
- 44 Dazu z. B. SAGAMI (Fn. 41) 241, 243 und sogleich. Dennoch nahmen Forderungen aus Darlehensverträgen den größten Anteil an den Klagen vor den Summarischen und den Distriktgerichten ein, siehe Tabelle 1 und komparativ RAMSEYER/RASMUSEN (Fn. 12) 8.

Tabelle 3: „Yamikin-Straftaten“ – Verstöße gegen das KEG und das GeldverleihGG

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Aufgeklärte Straftaten gemäß	168	210	238	556	432	339	323	484	437	442	393	366	325	341
- Artt. 3 ff. GeldverleihGG: Registrierung	(116)	(306)	k. A.	(34)	(52)	(57)	(59)	(62)	(61)	(48)	(42)	k. A.		
- Art. 5 KEG: Zinsgrenze	(208)	(448)	(122)	(83)	(113)	(89)	(60)	(60)	(45)	(37)	(31)	k. A.		
- Artt. 3 ff. GeldverleihGG sowie Art. 5 KEG	(102)	(278)	(157)	(160)	(277)	(250)	(247)	(201)	(169)	(117)	k. A.			
- Sonstige Betrugs-, Erpressungs- und Gewaltdefikte im Zusammenhang mit dem Kreditgewerbe	(14)	(39)	(26)	(28)	(37)	(39)	(73)	(86)	(112)	(135)	k. A.			
Festnahmen natürlicher Personen	461	517	446	1246	919	706	710	995	860	815	755	666	470	523
- Artt. 3 ff. GeldverleihGG: Registrierung	(218)	(739)	k. A.	(39)	(69)	(78)	(97)	(78)	(81)	(64)	(63)	k. A.		
- Art. 5 KEG: Zinsgrenze	(374)	(1107)	(230)	(187)	(333)	(207)	(148)	(148)	(75)	(72)	(51)	k. A.		
- Artt. 3 ff. GeldverleihGG sowie Art. 5 KEG	(192)	(1270)	(357)	(411)	(527)	(493)	(480)	(490)	(403)	(201)	k. A.			
- Sonstige Betrugs-, Erpressungs- und Gewaltdefikte im Zusammenhang mit dem Kreditgewerbe	(37)	(92)	(80)	(43)	(57)	(63)	(109)	(109)	(127)	(155)	k. A.			
Davon berührte juristische Personen	6	10	15	14	20	7	k. A.	k. A.	k. A.	12	11	14	6	k. A.
- Artt. 3 ff. GeldverleihGG: Registrierung	(8)	(4)	k. A.	k. A.	(3)	-	k. A.							
- Art. 5 KEG: Zinsgrenze	(15)	(13)	(4)	-	k. A.									
- Artt. 3 ff. GeldverleihGG sowie Art. 5 KEG	(8)	(4)	(3)	(2)	k. A.									
- Sonstige Betrugs-, Erpressungs- und Gewaltdefikte im Zusammenhang mit dem Kreditgewerbe	-	(1)	(4)	(4)	k. A.									
Geschädigte (Tsd. Personen)	50	79	122	322	279	173	k. A.	k. A.	k. A.	94	77	50	31	k. A.
Schaden (Mrd. Yen)	16	19	16	32	35	24	k. A.	k. A.	k. A.	k. A.	20	12	12	11

Folge ist die Anwendung sog. unerlaubter Eintreibungshandlungen (*ihō na toritate kōi*) – ein notorisches Problem im japanischen Verbraucher kreditwesen.⁴⁵ Dabei handelt es sich im weitesten Sinne um Aufforderungen zur Leistung durch den Darlehensgeber unter bewusster Umgehung von Klage und Schlichtung, verbunden mit widerrechtlichen Drohungen, Gewalt oder unter Beteiligung von Banden der organisierten Kriminalität (*bōryoku-dan*), insbesondere der Yakuza. Als Ursachen dieses Problems können verschiedene institutionelle bzw. soziokulturelle Faktoren identifiziert werden.⁴⁶

1. Institutionelle Defizite

Das institutionelle Arrangement zur Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche zeichnet sich vor allem dadurch aus, dass anderen Personen als Rechtsanwälten die rechtliche Beratung oder Vertretung in Bezug auf gerichtliche oder außergerichtliche Rechtsangelegenheiten grundsätzlich verboten ist, Art. 72 Satz 1 Rechtsanwaltsgesetz.⁴⁷ Auf in rechtsstaatlicher und volkswirtschaftlicher Hinsicht negative Auswirkungen dieses institutionalisierten, den Zugang zur Justiz künstlich verknappenden und gerade bei der Forderungseintreibung profitablen Vertretungsmonopols der Anwaltschaft ist vielfach hingewiesen worden.⁴⁸ Die drängende Nachfrage nach Inkassodienstleistungen in Japan⁴⁹ kann daher bereits mit einer im Hinblick auf die Durchsetzung institutionell defizitären Ziviljustiz erklärt werden.⁵⁰ Ange-

45 UTSUNOMIYA (Fn. 30) 20; sowie der LDP-Reformvorschlag nach THE JAPAN TIMES (Fn. 25).

46 Im Rahmen dieses Beitrags werden nicht Täter-, sondern lediglich gesellschaftsorientierte Theorien aufgegriffen; instruktiv zu Rechtssoziologie und Kriminologie für Japan K. ROKUMOTO, *Nihon no hō to shakai* [Recht und Gesellschaft Japans] (Tōkyō 2004) 241 ff.; ebenso T. KONISHI, Diversity Within an Asian Country: Japanese Criminal Justice and Criminology, in: Liu/Jou/Hebenton (Hrsg.), *Handbook of Asian Criminology* (Berlin/Heidelberg 2013) 213.

47 *Bengoshi-hō*, Gesetz Nr. 205/1949 i.d.F. des Gesetzes Nr. 91/2014; die Vorschrift ist zweimal geändert worden, vgl. zur eng gefassten Ausnahme i. S. d. Satzes 2 der Vorschrift, einer beschränkten Erlaubnis durch das DienstleisterGG, nachfolgend Abschnitt IV.4.

48 Von einer „artificially created shortage of judges and lawyers“ sprach jüngst wieder H. BAUM (Fn. 19) 10; ähnlich MILHAUPT/WEST (Fn. 23) 56, 59, 69; vgl. auch Art. 54 ZPG und zur Prozessvertretung KAKIUCHI (Fn. 14) 1301.

49 F. BENNETT, The Descent of Civil Execution Institutions in Japan, in: *ZJapanR/J.Japan.L.13* (2002) 124; IIMURA (Fn. 23) 38; ebenso m.w.N. MILHAUPT/WEST (Fn. 23) 59 f., 69.

50 BENNETT (Fn. 49) 124, 137 f.; zum Zugang zur Justiz in Japan grundlegend J. HALEY, The Myth of the Reluctant Litigant, in: *Journal of Japanese Studies* 4 (1978) 359–390; DERS., Sheathing the Sword of Japanese Justice: An Essay on Law Without Sanctions, in: *Journal of Japanese Studies* 8 (1982) 265; DERS., Authority

führt wurden hierfür einerseits die auf die bis in die jüngere Vergangenheit stark begrenzte Zahl der Rechtsanwälte⁵¹ zurückzuführenden hohen Rechtsverfolgungskosten.⁵² Andererseits wurden die durch Überlastung der Gerichte⁵³ und Personalmangel in der Gerichtsvollziehung⁵⁴ bedingte, in der Vergangenheit lange Verfahrens-⁵⁵ und Vollstreckungsdauer⁵⁶ genannt; sowie ein gewisses Prozessrisiko *in foro*.⁵⁷ *Milhaupt* und *West* weisen auf

Without Power: Law and the Japanese Paradox (Oxford 1991) 83 ff.; DERS. Law and Culture in China and Japan: A Framework for Analysis, in: Michigan Journal of International Law 27 (2006) 895–915, 897 f.; HILL (Fn. 25) 119 f., 194; KAKIUCHI (Fn. 14) 1296; KAPLAN/DUBRO (Fn. 25) 150; KAWAMURA (Fn. 23) 43, 110; MILHAUPT/WEST (Fn. 23) 49, 53, 60, 66; H. ODA, Japanese Law (Oxford 3rd ed. 1999) 79, 82 f.

- 51 K. ROKUMOTO, Institutionen: Recht und Juristen in der Transformation, in: Baum/Bälz (Hrsg.), Handbuch japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht (Köln 2011) 31, 50, 58 f.; jüngst wieder RAMSEYER (Fn. 19) 143; ebenso MILHAUPT/WEST (Fn. 23) 59 f.; 45, 66.
- 52 Nachweise sogleich in Abschnitt IV.2.
- 53 Statt vieler ISHIKAWA (Fn. 42) 159: „Die begrenzte Kapazität des Justizwesens in Japan wird heute allseits beklagt [...] so ist für jedermann offenkundig, dass [der Justizapparat] viel zu klein ist und im Hinblick auf die Anzahl der zu bewältigenden Prozesse einer angemessenen Größe entbehrt. Die gegenwärtige Situation ist aus dem Blickwinkel des Zeit-, Kosten- und Arbeitsaufwandes von einer effizienten Bearbeitung der Prozesse weit entfernt“.
- 54 BENNETT (Fn. 49) 125, 138 bezeichnet die Gerichtsvollziehung als Flaschenhals und ernsthaft unterbesetzt; ebenso MILHAUPT/WEST (Fn. 23) 60.
- 55 H. BAUM/M. BÄLZ, Rechtsentwicklung, Rechtsmentalität, Rechtsumsetzung, in: Dies. (Hrsg.), Handbuch japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht (Köln 2011) 1, 17 f.; HILL (Fn. 25) 120; ODA (Fn. 50) 79, 83 und allgemein die japanische Anwaltschaft, vgl. KOJIMA (Fn. 13) 1219 f., 1221; auch im Schrifttum wurde geurteilt: „The single most driving force in litigation in Japan today may be the need to resolve cases more quickly. It is undoubtedly true that justice delayed is justice denied“, gleichzeitig aber Besserung beobachtend C. GOODMAN, Justice and Civil Procedure in Japan (Dobbs Ferry, NY 2004) 1213) 507.
- 56 ASSET ENHANCEMENT SERVICES, Lending Issues in Japan (Tōkyō 2005), verfügbar unter: <http://www.aes-intl.com/download/lendingissues.pdf> erwähnt beispielsweise, dass die Vollstreckung einer Darlehensforderung in eine Hypothek innerhalb von rund zwei Jahren möglich sei.
- 57 HERBERT (Fn. 23) 126; trotz der verhältnismäßig hohen Rechtssicherheit in Japan bezeichnet K. MIYAZAWA, Organisierte Kriminalität in Japan unter besonderer Berücksichtigung der Yakuza-Problematik, in: Sieber (Hrsg.) Internationale Organisierte Kriminalität: Herausforderungen und Lösungen für ein Europa offener Grenzen (Köln u. a. 1997) 167, 180 den Ausgang von Zivilverfahren als „höchst ungewiss“. M. RAMSEYER, Second-Best Justice. The Virtues of Japanese Private Law (Chicago u. a. 2015) behauptet demgegenüber (z. B. für Verkehrsunfälle) das Gegenteil. Die Vorhersehbarkeit japanischer Gerichtsentscheidungen bleibt jedoch schwer verlässlich einzuschätzen und nicht zuletzt eine Frage des Vergleichsmaßstabs.

theoretische und empirische Weise nach, wie in Japan organisierte Kriminalität unternehmerische Antworten auf gewisse Ineffizienzen des staatlichen Privat- und Prozessrechtssystems bietet und mit diesem im Wettbewerb steht: Bandenmitglieder spielen eine aktive unternehmerische Rolle und substituieren staatliche Angebote der Rechtsdurchsetzung.⁵⁸ Deren Nutzung im Forderungsmanagement, bei Insolvenzen und Zwangsvollstreckungen, im Bereich der Streitbeilegung, der Finanzen wie der Aktionärsrechte nennen sie „dark side private ordering“.⁵⁹

2. Transaktionskosten

Die zweite, mit der ersten eng verbundene Ursache für die marktwirtschaftliche Nachfrage⁶⁰ nach solchen Dienstleistungen liegt darin begründet, dass das Delkredererisiko (*kashidaore risuku*), d.h. das Risiko eines Forderungsausfalls, bei den meist unbesicherten Verbraucherdarlehen ungleich höher ist als bei Darlehen an Unternehmen.⁶¹ Neben erhöhten Forderungsausfällen waren höhere Eintreibungskosten die wichtigste rechtspolitische Rechtfertigung der Zulässigkeit erhöhter Zinsen bei Nichtbanken.⁶² Denn dort sind die Kosten der Eintreibung (*toritate hiyō*) aufgrund der geringeren Beträge sowie der wechselnden Kundschaft besonders erheblich;⁶³ für rechtswidrige Darlehen existieren selbstredend gar keine legalen Durchsetzungsmöglichkeiten.⁶⁴

58 MILHAUPT/WEST (Fn. 23) 43 f., 46, 48–51, 60, 67, 74, 80 f., 85 f., 88 f.; zustimmend HILL (Fn. 25) 12, 119; BENNETT (Fn. 49) 124 f., 134, 136, merkt an, dass dieser Zusammenhang Richtern bereits in den 1950er Jahren bewusst gewesen sei. Zu Parallelen der Ausbildung und Funktion von Rechtsanwälten und organisierter Kriminalität in Japan pointiert M. WEST, Making Lawyers (and Gangsters) in Japan, in: Vanderbilt Law Review 60 (2007) 439.

59 MILHAUPT/WEST (Fn. 23) 44, 50, 66, 92, 96; den Begriff der „Schattenseite“ benutzte spätestens 1988 in einer Rede bereits MIYAZAWA, Das organisierte Verbrechen in Japan – Schattenseite einer modernen Industriegesellschaft, in: ZJapanR/J.Japan.L. 5 (1998) 3, 10.

60 So HILL (Fn. 25) 119.

61 Zur Gewinnstruktur der Branche M. NISHI, *Shōhi-sha kin'yū kaisha no shū'eki kōzō to kyōsō senryaku* [Gewinnstruktur und Wettbewerbsstrategie der Verbraucherkreditgesellschaften] (Tōkyō 2004); vgl. zu Einzelheiten der (oft fehlenden) Kreditsicherung erneut Fn. 1.

62 PARDIECK (Fn. 26) 552.

63 HOTTA (Fn. 39) 66–69; PARDIECK (Fn. 26) 553.

64 Dazu HILL (Fn. 25) 11 „In an underworld where all traders also operate as their own enforcers [...], we can see how business may become far more costly, violent, and inefficient than it need be.“

In Japan kostet die Forderungsdurchsetzung *in foro* nach Angaben der Weltbank durchschnittlich 32 % des Nennwertes der Forderung.⁶⁵ Den Darlehensgläubiger treffen hierbei nicht nur Zinskosten, sondern gerade in Anbetracht der seit der Jahrtausendwende besonders dynamischen Entwicklung der Rechtsprechung⁶⁶ Informations-, Verhandlungs-, Lern-, und andere Transaktionskosten,⁶⁷ die sich in hohen, für Mandanten nicht vorab berechenbaren Anwaltshonoraren ausdrücken.⁶⁸ Die Höhe dieser Transaktionskosten setzt Anreize zur Etablierung und Nutzung von Alternativen zu formellen Institutionen, d. h. informellen Institutionen.⁶⁹

Je nach Liquiditätsbedarf des Gläubigers kann daher die Mandatierung von *toritate-ya*-Inkassodienstleistern anstelle der bisweilen kartellähnlich und intransparent abrechnenden Anwälte⁷⁰ ökonomisch rationales Verhalten im Sinne individueller Nutzenmaximierung darstellen.⁷¹ Das Geschäftsmo-

-
- 65 WORLD BANK GROUP, Doing Business. Measuring Business Regulations: Enforcing Contracts (Washington, D.C. 2014), verfügbar unter: <http://www.doingbusiness.org/data/exploretopics/enforcing-contracts/>. Gerichts-, Vollstreckungs- und durchschnittliche Anwaltskosten; Zeitraum von der Klageerhebung bis zur Erfüllung (Stand: 2014). Danach kommt Japan immerhin auf Rang 27, Deutschland mit 394 Tagen und 14 % Kosten auf Rang 13 unter insgesamt 162 untersuchten Volkswirtschaften. Methodische Probleme solcher Vergleiche sind offenkundig; Durchschnittsangaben fehlt es freilich an Allgemeingültigkeit, vgl. auch ODA (Fn. 50) 79 ff.; RAMSEYER/RASMUSEN (Fn. 12) 22.
- 66 Sehr ausführlich PARDIECK (Fn. 26); im Überblick WEITZDÖRFER (Fn. 1) u. a. Kapitel C.II.2.
- 67 Grundlegend z. B. H. DEMSETZ, The Cost of Transacting, in: Quarterly Journal of Economics 82 (1968) 33; in Bezug auf Japan einführend W. PASCHA/C. STORZ, Institutionen in der Entwicklung Ostasiens: Eine Einführung, in Dies. (Hrsg.), Wirkung und Wandel von Institutionen. Das Beispiel Ostasiens (Stuttgart 2005) 4, 11 f.
- 68 KAKIUCHI (Fn. 14) 1300.
- 69 Vgl. PASCHA/STORZ (Fn. 67) 18.
- 70 BAUM/BÄLZ (Fn. 55) 17 f. Seit 2004 sind Anwaltshonorare in Japan dereguliert, Erfolgsprovisionen und nicht erstattungspflichtige Vorschüsse sind zulässig, KAKIUCHI (Fn. 14) 1299 f. Der Vorschuss (*chakushu-kin*) könne je nach Fall mehrere Hunderttausend Yen betragen, so im Jahr 2011 THE YOMIURI SHIMBUN (Fn. 17) 180; zusätzlich verweist HILL (Fn. 25) 120 darauf, dass z. B. für Forderungen aus Wechseln 10 % der Summe vorab bei Gericht als Sicherheit hinterlegt werden müssten; vgl. auch ODA (Fn. 50) 94 f.; M. RAMSEYER/M. NAKAZATO, The Rational Litigant: Settlement Amounts and Verdict Rates in Japan, in: Journal of Legal Studies 18 (1989) 263, 274 f.
- 71 Vgl. HILL (Fn. 25) 121; KAPLAN/DUBRO (Fn. 25) 151; MILHAUPT/WEST (Fn. 23) 70; zu *rational choice*-Handlungstheorien in der Kriminologie m. w. N. M. O'BRIEN/M. YAR (Fn. 35) 136; zur Schule der *rational choice* und Japan PASCHA/STORZ (Fn. 67) 16 f.; angewandt z. B. M. RAMSEYER/F. ROSENBLUTH, Japan's Political Marketplace (Cambridge 1993); zum homo oeconomicus in der Analyse des Rechts H. EIDENMÜLLER, Effizienz als Rechtsprinzip (Tübingen 2005) 28 ff.

dell der Yakuza hierzu ist, dem Gläubiger die Hälfte des jeweiligen Geldanspruchs sofort auszuzahlen,⁷² d.h. es wird nach einer Regel der hälftigen Teilung (*toritate seppan*) die Forderung zu 50 % des Nennwertes abgetreten, teils zuzüglich Spesen, dem sog. Fußgeld (*ashidai*).⁷³

3. Rechtssoziologie

Drittens kann daher den strukturellen Problemen der Durchsetzung von Verfügungsrechten und dem wirtschaftlichen Faktor der Transaktionskosten hinzugefügt werden, dass in Japan die Eintreibung von Schulden soziokulturell als „ehrenrührig“ und vermögensrechtliche Streitigkeiten vor Gericht als „verpönt“, beschämend, unmoralisch und rebellisch gelten.⁷⁴

Die hier zu Tage tretende, eigene Gerechtigkeitsvorstellung bei Teilen der Bevölkerung ist als informelle Institution in Japan ebenfalls von Bedeutung.⁷⁵ Sie ist folglich auch Gegenstand der Aufklärungsarbeit sog. Zentren zur Auslöschung gewalttätiger Gruppen (*Bōryoku tsuihō undō suishin sentā*). Hill schlussfolgert hinsichtlich der gesellschaftlichen Rolle organisierter Kriminalität überzeugend, dass die Warnungen durch die Zentren, nicht auf Dienste der Yakuza zurückzugreifen, indirekter Beleg dafür sind, dass die Bevölkerung diese durchaus nutzt.⁷⁶

Ein Strafrichter aus Tōkyō nannte dem Verfasser vor allem gesellschaftliche Unterschiede zwischen der Kantō-Region im Osten und der Kansai-Region im Westen des Landes als Grund für den unterschiedlichen Grad der öffentlichen Wahrnehmung des Problems. Demnach handele es sich bei *toritate-ya*-Inkassodienstleistern um eine Eigenheit v.a. in der Gegend um Ōsaka, die als Hauptstadt des organisierten Verbrechens bezeichnet werden könne.

72 So für Wechsel MIYAZAWA (Fn. 57) 180; *jidān-ya* verlangten geschätzt 15 %, MILHAUPT/WEST (Fn. 23) 69 f.

73 Vgl. HERBERT (Fn. 23) 126; DERS. (Fn. 29) 20; HILL (Fn. 25) 120; ebenso MIYAZAWA (Fn. 57) 180. Dieser Umstand macht verständlicher, dass der Zinssatz sehr hoch sein muss, denn wenn viele Forderungen im Wesentlichen nur zur Hälfte realisiert werden könnten, handelte es sich kaum um ein lukratives Geschäft.

74 Das erste Zitat stammt von SCHÖLKENS (Fn. 33) 289; das zweite von KAWAMURA (Fn. 23) 109; das dritte Attribut von Y. NODA, Introduction to Japanese Law (Tōkyō 1976) 159 f.; das vierte und fünfte Attribut von T. KAWASHIMA (Dispute Resolution in Contemporary Japan, in: Von Mehren (Hrsg.), Law in Japan: The Legal Order in a Changing Society (Cambridge, MA 1963) 41–72 (engl. Übersetzung Daniel Foote), 45.

75 Vgl. PASCHA/STORZ (Fn. 67) 12, 14; vgl. für empirische Sozialforschung zum „Nationalcharakter“ Japans M. SASAKI/T. SUZUKI, Social Attitudes in Japan. Trends and Cross-National Perspectives (Leiden/Boston/Köln 2000).

76 HILL (Fn. 25) 162, 172, vgl. auch 231.

Zwar ist das öffentliche Ansehen von Yakuza durch Medienkampagnen, Bürgerinitiativen und infolge blutiger Bandenkriege Ende der 1980er Jahre deutlich gesunken.⁷⁷ Mit hoher Wahrscheinlichkeit besteht dabei eine Disparität zwischen dem urbanen und dem ländlichen Japan, wo nach wie vor wenige Rechtsanwälte niedergelassen sind⁷⁸ und wo es schwer sei, einen zuverlässigen Anwalt zu finden.⁷⁹ Zusammenfassend lässt sich damit feststellen, dass bei der Emergenz illegalen Darlehensinkassos strukturelle, wirtschaftliche und soziokulturelle Faktoren zusammenwirken.⁸⁰

4. Reaktionen durch Gesetzgeber und Gerichte

Das sog. Anti-*bōryoku-dan* Gesetz gegen organisierte Kriminalität verbietet einen Katalog sog. gewalttätiger Aufforderungshandlungen (*bōryokuteki yōkyū kōi*).⁸¹ Danach ist es Mitgliedern gewalttätiger Gruppen verboten, unter ausdrücklichem oder konkludentem Verweis auf ihre Mitgliedschaft gegenüber dem Schuldner die Erfüllung von Schulden zu verlangen. Eine partielle Liberalisierung des Forderungsmanagements sollte andererseits 1998 das sog. Dienstleistungsgewerbegesetz (DienstleisterGG) bringen.⁸² Die Modalitäten der Eintreibung besser zu regeln war zudem eines der Ziele der Verabschiedung des GeldverleihGG a.F. gewesen⁸³ und ist bei dessen Neubearbeitung 2006 erneut aufgegriffen worden.⁸⁴ Dies bedeutete die Ausweitung und strengere Bestrafung verbotener Tätigkeiten (*kinshi kōi*) im Zu-

77 HERBERT (Fn. 29) 26, 34; in diese Richtung vorsichtig KAWAMURA (Fn. 23) 43 f., zu Kampagnen ebd., 110.

78 RAMSEYER (Fn. 19) 135; ROKUMOTO (Fn. 51) 58; vgl. auch MILHAUPT/WEST (Fn. 23) 70.

79 ODA (Fn. 50) 94.

80 So auch allgemein zur Rechtsdurchsetzung E. FELDMAN, *The Ritual of Rights in Japan: Law, Society, and Health Policy* (Cambridge 2000) 142, 161.

81 Gesetz betreffend die Vorbeugung unrechtmäßiger Handlungen durch Mitglieder gewalttätiger Gruppen (*Bōryoku-dan-in ni yoru futō na kōi no bōshi-tō ni kansuru hōritsu*, kurz *Bōtai-hō*), Gesetz Nr. 77/1992 i. d. F. des Gesetzes Nr. 79/2014.

82 Sondermaßnahmengesetz betreffend das Gewerbe des Managements und der Einziehung von Forderungen (*Saiken kanri kaishū-gyō ni kansuru tokubetsu sochi-hō*, kurz *Sābisā-hō*), Gesetz Nr. 126/1998 i. d. F. des Gesetzes Nr. 91/2014; ausführlich zu den Regelungen die Beiträge in NBL HENSHŪ-BU [NBL Herausgabeabteilung] (Hrsg.), *Bessatsu NBL: Sābisā no katsuyō to gyōmu no genjō*. [NBL Sonderheft: Gegenwärtiger Stand der Nutzung und der Geschäfte von Inkassodienstleistern.] 100 (Tōkyō 2005) sowie in deutscher Sprache einzig WEITZDÖRFER (Fn. 1) Kapitel D.V und F.III.3.

83 ŌSHITA (Fn. 25) 255.

84 T. SHIMIZU, *The Amendment to the Money Lending Law Will Affect Consumer Loan Securitizations*, in: *Asialaw Japan Review* 2(3) (2007) 23; UEYANAGI/ŌMORI (Fn. 25) 30.

sammenhang mit dem Inkasso und der Abtretung von Darlehensforderungen, Artt. 20–24 GeldverleihGG.⁸⁵ Auf dieser Basis wurde aufsichtsrechtlich seit 2005 in unzähligen Fällen auf sog. Geschäftseinstellungsanordnungen (*gyōmu teishi meirei*) zum Entzug oder zur Suspendierung der Gewerbergistrierung zurückgegriffen.⁸⁶

Gesetzesverstöße bei der Eintreibung von Darlehen sind von den Gerichten als unerlaubte Handlungen i.S.d. Artt. 709 f. ZG qualifiziert worden, welche die Opfer zum Ersatz des Vermögensschadens (*zaisanteki songai*) einschließlich Anwaltskosten und sogar zu erheblichem Schmerzensgeld (*isha-ryō*) berechtigen.⁸⁷ Die deliktische Qualität derartiger Praktiken bestätigte wiederholt das Distriktgericht (DG) Ōsaka und führte zur Begründung deren „mangelnde gesellschaftliche Hinnehmbarkeit“ an.⁸⁸

85 Vgl. dazu ausführlich Fn. 1.

86 ŌSHITA (Fn. 25) 256; vgl. auch PARDIECK (Fn. 26) 553 f.

87 Diese wichtige Frage bejahen zahlreiche Entscheidungen; so bereits DG Yamaguchi v. 02.02.1984, Hanrei Jihō 1123 (1984) 127 und DG Nagoya v. 24.03.1986, in: Hanrei Jihō 1204 (1986) 131; OG Tōkyō v. 10.06.1997, in: Hanrei Taimuzu 966 (1998) 243; die Entscheidungen ergingen noch zu Art 21 I des GeldverleihGG a.F. In einem besonders brutalen Fall sind dem Opfer 300.000 Yen an Schmerzensgeld zugesprochen worden, DG Fukuoka v. 16.07.1982, in: Hanrei Jihō 1057 (1982) 117; für ein Plakat vor der Haustür wurden 100.000 Yen gewährt, DG Niigata v. 29.07.1982, in: Hanrei Jihō 1057 (1982) 117; für die Offenlegung gegenüber dem Vorgesetzten in einem Rathaus sogar 800.000 Yen, DG Nara v. 06.09.1985, in: Hanrei Taimuzu 605 (1986) 88. Vgl. aus dem Schrifttum M. ITŌ, *Sarakin gyōsha no saiken toritate kōi to fuhō kōi seki'nin* [Deliktische Haftung und Handlungen von Kredithaien bei der Eintreibung von Forderungen], in: Hanrei Taimuzu 439 (1981) 122 ff. und den Abschnitt *Toritata kōi no ihō-sei* [Die Rechtswidrigkeit von Eintreibungshandlungen] bei S. KIMURA/H. CHIBA/S. HONDA, *Shōhi-sha torihiki hanrei gaido* [Leitfaden zu Entscheidungen zu Verbrauchergeschäften] (Tōkyō 2000) 91 ff.; YAMAKAWA/KONDA/SUMITA (Fn. 22) 237. Der Ersatz angemessener Anwaltshonorare wird Opfern unerlaubter Handlungen seit OGH v. 27.02.1969, Minshū 23, 441 zugestanden, obwohl in Japan sonst die Regel gilt, dass jede Partei ihre Anwaltskosten selbst trägt.

88 DG Ōsaka v. 29.01.1998 in: Kin'yū Shōji Hanrei 1041 (1998) 30, 34, mit 200.000 Yen Schmerzensgeld für die „Belagerung“ des Wohnhauses; vgl. zur deliktischen Haftung beim Suizid des Inkassoschuldners DG Ōsaka v. 30.01.2009, dazu: AYA ŌSAWA, *Toritata kōi o kunishite saimu-sha ga jisatsu shita ba'ai ni okeru yamikin'yū gyōsha no fuhō kōi seki'nin (Ōsaka chihan heisei-21.1.30)* [Deliktische Haftung einer illegalen Kreditgesellschaft im Fall des Suizids des durch Eintreibungshandlungen geplagten Schuldners (DG Ōsaka v. 30.01.2008)], in: Kin'yū Shōji Hanrei Zōkan: Kin'yū shōhi-sha torihiki hanrei no bunseki to tenkai [Entscheidungen zum Finanz- und Handelsrecht, Sonderausgabe: Analyse und Entwicklung der Entscheidungen zu Verbraucherfinanzgeschäften] 1336 (2010) 50–53.

5. Aktualität

Im Gegensatz zu Presse, Rechtsprechung, kriminologischer und wirtschaftsstrafrechtlicher Literatur scheinen illegale Phänomene der Rechtsdurchsetzung im japanischen zivilrechtlichen Schrifttum vergleichsweise selten thematisiert zu werden.⁸⁹ Ein namhafter Zivilrechtler äußerte dem Verfasser gegenüber, dass „Yakuza keine große Rolle bei der Streitbeilegung für normale Menschen“ spielten, sondern eine solche auf die Zeit „vor dem zweiten Weltkrieg“ begrenzt gewesen sei. Plausible Erklärungen für diese Wahrnehmungsunterschiede liefern nicht nur divergierende Blickwinkel und Forschungsinteressen in Zivilrechtswissenschaft, Forensik und Kriminologie. Ein junger japanischer Strafrechtler erklärte gegenüber dem Verfasser die eingeschränkte Aufarbeitung des Themas im rechtswissenschaftlichen Schrifttum damit, dass es sich nur schwer empirisch überzeugend und objektiv fassen ließe und als rechtspolitisch heikel gelte und gemieden werde.⁹⁰ Eine ungebrochene Aktualität solcher Probleme könnte das Bild des gefestigten Rechtsstaats Japan trüben und dem Ziviljustizsystem ein mangelhaftes Zeugnis ausstellen.

Zudem spielten Gruppen organisierter Krimineller im modernen Alltag vieler Japaner tatsächlich schon lange keine Rolle mehr. Divergenzen in der öffentlichen Wahrnehmung und der akademischen Berücksichtigung liegen vermutlich nicht zuletzt in dessen beschriebener geographischer Streuung und unterschiedlichen Ausprägung in urbanen und ländlichen Gegenden begründet. Die raschen Entwicklungen infolge der veränderten Rechtslage dürften jedoch ebenfalls zu einem Wandel der Wahrnehmung beigetragen haben.

Gewiss hat in den letzten 20 Jahren eine Wende stattgefunden. Eigenmächtige Forderungsdurchsetzung blieb jedoch bis in die jüngste Vergangenheit zumindest in bestimmten Teilen der Gesellschaft in Teilgebieten wie dem Verbraucherdarlehensrecht ein nicht zu leugnendes Faktum des japanischen Rechtslebens. Noch 2013 wurden 15,8 % der *yamikin*-Straftaten von Bandenmitgliedern begangen.⁹¹ Das Weißbuch der japani-

89 Vgl. Fn. 26; Ausnahmen bilden z.B. UEYANAGI/ŌMORI (Fn. 25) und YAMAKAWA/KONDA/SUMITA (Fn. 22) mit ihren Kommentierungen und Fachzeitschriften der Kreditbranche.

90 Als z.B. HALEY (Fn. 50 erste Nennung) im Jahr 1978 die niedrige Prozessdichte erstmals mit institutionellen Defiziten erklärte, reagierten viele Rechtswissenschaftler des Landes damit, diese These zu ignorieren, näher BAUM (Fn. 48) 11.

91 Tabelle 2-6-(2), *Kin'yū furyō saiken kanren jihan kenkyō jiken-sū no sui'i* [Entwicklung der Anzahl der Festnahmen wegen krimineller Handlungen im Zusammenhang mit Kreditgewährung und notleidenden Krediten] bei KEISATSU-CHŌ [NPA], *Heisei 25-nen no hanzai jōsei* [Stand der Kriminalität im Jahr 2013] (Tōkyō 2014) 59, verfügbar unter: <https://www.npa.go.jp/toukei/seianki/h25hanzaizyousei.pdf>.

schen Polizei konstatiert noch 2014, dass Erpressungsdelikte eine „effektive“ Geldquelle für *bōryoku-dan* darstellen.⁹² Der Erfolg liegt aber vor allem darin, die Einmischungen der Yakuza in den privaten und geschäftlichen Verkehr des gesetzestreuen Teils der Bevölkerung reduziert zu haben.⁹³ Tiefgreifende Reformen des Justizsystems im Allgemeinen⁹⁴ und der Juristenausbildung im Besonderen haben in den letzten Jahren die Versorgung mit Rechtsanwälten und damit die Justiziabilität rechtlicher Ansprüche bereits verbessert.⁹⁵ Die vermehrte Zulassung von Anwälten seit der Jahrtausendwende, zahlreiche Novellierungen des Zivilprozessrechts und des GeldverleihGG, das Anti-*bōryoku-dan* Gesetz und das DienstleisterGG sowie nicht zuletzt Aufklärungskampagnen haben einen Beitrag zur Vorbeugung selbstjustizieller Forderungsdurchsetzung geleistet.

V. NEUBEWERTUNG DES JAPANISCHEN RECHTSBEWUSSTSEINS?

Als Charakteristikum der Rechtsdurchsetzung in Japan ist oft erkannt und begrüßt worden, dass anstelle einer überlasteten Justiz außergerichtliche Streitbeilegung mittels alternativer Mechanismen flexibel, vertraulich, kostengünstig und effizient zu Rechtsfrieden und Prosperität beitragen kann, etwa im Arbeits- oder Verkehrsrecht.⁹⁶ So ist die Inanspruchnahme

92 KEISATSU-CHŌ [NPA], The White Paper on Police 2013, Digest Edition (Tōkyō 2014) 35, verfügbar unter: <http://www.npa.go.jp/hakusyo/h25/english/>.

93 J. KINGSTON, *Contemporary Japan: History, Politics, and Social Change since the 1980s* (Chichester 2013) 253, 254; zu jüngeren Entwicklungen auch P. HILL, *The Japanese Mafia, Take Two: Postscript to the Paperback Edition*, in: University of Oxford Sociology Working Papers 6 (2006), verfügbar unter: <http://www.sociology.ox.ac.uk/materials/papers/2006-06.pdf>.

94 Hierzu liegt bereits eine beeindruckende Fülle westlichsprachigen Schrifttums vor, vgl. M. LEVIN/A. MACKIE, *Truth or Consequences of the Justice System Reform Council: An English Language Bibliography from Japan's Millennial Legal Reforms*, in: *ZJapanR/J.Japan.L.* 35 (2013) 299.

95 Vgl. z.B. S. KAKIUCHI, *Access to Justice in Japan*, in: *International Congress of Comparative Law* (Hrsg.), *Japanese Reports for the XVIIth International Congress of Comparative Law* (Tōkyō 2007) 113; M. TAKESHITA, *Neuere Reformbewegungen zur Effektivierung und Beschleunigung der Prozessführung im japanischen Zivilprozessrecht*, in: *Stürner* (Hrsg.), *Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag* (Tübingen 2009) 769.

96 Vgl. H. BAUM/E. SCHWITTEK/F. BURKEI, *Schlichtung, Mediation, Schiedsverfahren*, in: *Baum/Bälz* (Hrsg.), *Handbuch japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht* (Köln 2011) 1371, 1383 ff.; insbesondere J. HALEY, *The Spirit of Japanese Law* (Athens, GA 1998) 38, 79, 134 ff., 199; O. INOUE/T. NAKAMURA, *Litigation and Alternative Dispute Resolution*, in: *McAlinn* (Hrsg.), *Japanese Business Law* (The Hague 2007) 655; mit Vorbehalten GOODMAN (Fn. 55) 507 f., 513 f.

privater Mediation bei Verkehrsunfällen für beide Seiten vorteilhaft, da sie nachweislich weniger Zeit und Geld kostet.⁹⁷ Solange hierbei zwischen den Parteien ein hinreichendes Machtgleichgewicht sowie die Neutralität, Einvernehmlichkeit, Friedlichkeit sowie eine Bindung an Recht und Gesetz gewährleistet wird, ist hiergegen kaum etwas einzuwenden. Jenseits öffentlicher Legitimation birgt der Ausgleich von Forderungen durch inoffizielle Institutionen jedoch Risiken. So ist im Falle eines Unterlaufens des staatlichen Gewaltmonopols anders als vor Gericht die Neutralität gegenüber den Beteiligten nicht gewährleistet: „the unprotected lose out“.⁹⁸ Private Rechtsdurchsetzung birgt Drohungs- und Gewaltpotenzial sowie die Gefahr von Vergeltung und Fehden, Monopolbildungen, erhöhten Transaktionskosten, Geldwäsche- und Steuerdelikten.⁹⁹

Einerseits stellen die Verbraucherklagen auf Restitution überzahlter Darlehenszinsen ein zentrales Fallbeispiel für energische Verfolgung individueller Ansprüche *in foro* dar. Andererseits wirft die Existenz selbstjustizieller Praktiken auf der Darlehensgeberseite ein neues Licht auf tradierte rechtssoziologische Erklärungen einer als historisch von Harmoniebedürfnis, Konsensorientierung, Konfliktvermeidung und niedriger Kriminalität geprägten Rechtskultur Japans,¹⁰⁰ deren Wertesystem Rechtsdenken und private Rechtsbeziehungen bis heute prägen. Denn empirische Befunde einer kämpferischen Rechtsdurchsetzung würden den Kern überkommener Vorstellungen des Westens zum vermeintlich ‚harmonieorientierten‘ Japan in Frage stellen. Nicht nur die bereits mehrfach in Zweifel gezogene These der angeblichen Klageaversität,¹⁰¹ auch das durch die niedrige Gewaltkrimina-

97 Statt vieler ODA (Fn. 50) 81.

98 HILL (Fn. 25) 119; ganz ähnlich KAWAMURA (Fn. 23) 43.

99 MILHAUPT/WEST (Fn. 23) 50, 53 kurz: „Pervasive organized criminal involvement in private ordering thus not only increases the level of violence in society, it is also antithetical to the rule of law.“ ebd., 51. Zudem werde der rechtswidrig vorgehende Auftraggeber im Anschluss nicht selten seinerseits erpresst, KAWAMURA (Fn. 23) 44; zur Problematik der Reinvestition von Yakuza-Einkünften in private Finanzinstitute MIYAZAWA (Fn. 57) 178; DERS. (Fn. 59) 9.

100 Grundlegend T. KAWASHIMA, *Nihon-jin no hō-ishiki* [Das Rechtsbewusstsein der Japaner] (Tōkyō 1967) 166 ff.; DERS. (Fn. 74), ähnlich NODA (Fn. 74) 159–183; zur Rechtsmentalität und Streitkultur BAUM/BÄLZ (Fn. 55) 13 ff.; zur Diskussion ausführlich die Beiträge von HALEY (Fn. 50); ODA (Fn. 50) 4f., 78–83 und ROKUMOTO (Fn. 46) 19 ff., 41 ff., 83 ff.; Erklärungen der niedrigen Zahl erfasster Straftaten mit Vorbehalten bei A. FINCH, *Criminal Statistics in Japan: The White Paper on Crime*, *Hanzai Hakusho* and *Hanzai Tōkeisho*, in: *Social Science Japan Journal* 3 (2000) 237, 237, 240 f., 246 f.

101 Skeptisch auch K. ZWEIFERT/H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Tübingen (1996) 419.

lität¹⁰² gestützte kulturalistische Harmoniepostulat erscheinen hierdurch in einem neuen Licht.¹⁰³ Die aggressive Rechtsdurchsetzung auf Seiten der Darlehensgeber und die lawinenartige Zinsrückforderung auf Seiten der Darlehensnehmer stellen spiegelbildliche Phänomene dar, die diese Interpretationen zweifelhaft erscheinen lassen und somit aufschlussreich für die Rolle des Rechts in Japan sein können.

Damit ergänzt der hier nur kurz umrissene Bereich der Darlehensrückzahlungsklagen und des Darlehensinkassos ähnliche Beobachtungen wachsender Prozessfreudigkeit und streitiger Rechtsverfolgung in Japan. Hierzu gehören nicht nur die bekannteren „Ausnahmen“ der Verkehrssachen, Aktionärsklagen und Patentstreitigkeiten, sondern als rezente Beispiele die Arzthaftung und eine Welle arbeitsrechtlicher Klagen auf Vergütung unbezahlter Überstunden.¹⁰⁴ Auch in Bezug auf den Abschluss von Verträgen ist die These infrage gestellt worden, dass Japaner aus *kulturellen* Gründen seltener und weniger ausführlichere Verträge abschließen, bzw. deren Bindungswirkung dort schwächer empfunden werde als anderswo.¹⁰⁵ Hinsicht-

102 Zur im Vergleich zu anderen Industrienationen und insbesondere bei Gewaltdelikten niedrigen Kriminalitätsrate z.B. HALEY (Fn. 50 vierte Nennung) 914 f.; HERBERT (Fn. 23) 110; noch jüngst mit dem Verweis auf Harmonie und Gruppenzugehörigkeit C. GERMIS, Kriminalität in Japan: Eine dicke schwarze Null des Verbrechens, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 20. Januar 2014, verfügbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/kriminalitaet/kriminalitaet-in-japan-eine-dicke-schwarze-null-des-verbrechens-12758346.html>. Neben dem geschätzten Dunkelfeld von allgemein über 60 % existieren methodologische Erklärungen der niedrigen Kriminalitätsrate, für eine ausführliche Kritik der Statistiken FINCH (Fn. 100) 237, 240 f., 244 f., 246 f.

103 Zum Wandel des Bildes von Japan in der Kriminologie D. LEONARSEN, Crime in Japan: Paradise Lost? (Basingstoke 2010); K. YAMANAKA, Neue Tendenzen der Kriminalität in Japan im Lichte der Kriminalitätsstatistik: Ist der Sicherheitsmythos in Japan zusammengebrochen?, in: Kansai University Review of Law and Politics 30 (2009) 39.

104 Zur außergewöhnlichen Bedeutung von Aktionärsklagen und Patentstreitigkeiten m.w.N. BAUM/BÄLZ (Fn. 55) 16 und jüngst BAUM (Fn. 48); zum als dramatisch bezeichneten Anstieg von Arzthaftungsklagen E. FELDMAN, Law, Society, and Medical Malpractice Litigation in Japan, in: Washington University Global Studies Law Review 8 (2009) 257, 260; zu der im Ausland noch kaum registrierten, mit den Darlehensrückzahlungsklagen vergleichbaren Welle von Zahlungsklagen wegen Überstunden einführend M. TANAKA, Viel Geld für Überstunden, in: Japanmarkt 3 (2011) 32. Die Zahl der Verfahren zu Verkehrsunfällen wird zwar durch außegerichtliche Mechanismen deutlich reduziert, sie nehmen aber immer noch einen erheblichen Teil der Zivilklagen ein; jüngst erneut zu Verkehrssachen und zur Arzthaftung RAMSEYER (Fn. 57) 10-34 und 71-163; zum Anstieg der Prozessdichte insgesamt z.B. ODA (Fn. 50) 81.

lich der Durchsetzung privater Ansprüche ist möglicherweise ebenso die Zeit reif für eine Neubewertung.

Beim Topos des japanischen „Rechtsbewusstseins“ (*hō-ishiki*), den die Begründer der japanischen Rechtssoziologie, *Suehiro Izutarō* und *Kawashima Takeyoshi* besonders geprägt haben, handelt es sich bekanntlich nicht um eine beliebige akademische Kontroverse, sondern wahrscheinlich um die Schlüsselfrage im westlichsprachigen Schrifttum zum japanischen Recht. Dabei kommen, von wenigen Ausnahmen abgesehen, Beobachter regelmäßig darin überein, dass Japaner subjektive Rechte vergleichsweise selten einforderten, den Rechtsweg beschritten oder Rechte anderweitig aktiv durchsetzten.¹⁰⁶

Demgegenüber ist die konfliktfreundige Rechtsdurchsetzung im Bereich der Darlehensklagen bis dato kaum problematisiert worden, obwohl diese die Hauptlast der unterinstanzlichen Gerichte ausmachen und zwischenzeitlich fast eine halbe Million Verfahren jährlich erreicht haben. Ebenso hat die klassische Debatte über die Gründe der messbar niedrigen Prozessdichte Japans¹⁰⁷ die Rolle einvernehmlicher außergerichtlicher Streitbeilegung seit deren Institutionalisierung in den 1920er und 1930er Jahren als gegeben akzeptiert. Gleichzeitig hat sie verdeckte Phänomene illegaler, außerrechtlicher Rechtsdurchsetzung in Japan übersehen, wenn nicht ausgeblendet. Sie verdienen auch außerhalb Japans eingehenderer Untersuchung.

105 So zumindest ODA (Fn. 50) 151 f. Bei der durchschnittlichen Länge von Verträgen bestehen zwar Unterschiede, gerade im Vergleich mit dem angloamerikanischen Rechtsraum, dabei ist jedoch nach Lebensbereichen zu differenzieren. Ursache dürfte eher die geringere Beteiligung von Juristen bei der Vertragsgestaltung als ein mangelndes Rechtsbewusstsein als solches sein.

106 Nachweise bereits in Fn. 100 ff.; dazu auch kritisch FELDMAN (Fn. 80) 8.

107 Erklärungen für die geringe Prozessdichte sind Gegenstand eines lang geführten Diskurses; für eine aktuelle Zusammenfassung statt vieler BAUM/BÄLZ (Fn. 55) 13–21; E. FELDMAN, *Law, Culture, and Conflict: Dispute Resolution in Postwar Japan*, in: Foote (Hrsg.), *Law in Japan: A Turning Point* (Seattle 2007) 50–79; im Überblick ODA (Fn. 50) 4 f., 81–83.

III. Spezielle Rechtsgebiete

***Shareholder Value* und die Durchsetzung von Aktionärsinteressen in Japan**

Harald Baum^{*, **}

- I. Shareholder Value in Japan?
- II. Struktur der Anteilseignerschaft und zentraler *agency conflict*
- III. Machtbalance zwischen Aktionären und Verwaltung
- IV. Rechtlicher Schutz und Durchsetzbarkeit von Aktionärsinteressen
 1. Kollektiver Schutz der Aktionäre durch die Aktionärsklage
 2. Individualschutz durch Abfindungsrechte
 3. Individualschutz durch Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen
 4. Individualschutz durch Pflichtangebot
 5. Zwischenergebnis
- V. Mittelbare Umsetzung von Aktionärsinteressen durch aktive institutionelle Aktionäre und den Markt für Unternehmenskontrolle?
- VI. Fazit

I. SHAREHOLDER VALUE IN JAPAN?

Die Manager japanischer Aktiengesellschaften haben in den vergangenen zwei Jahrzehnten stille Reserven aufgebaut, deren Höhe kumuliert dem aktuellen jährlichen Staatshaushalt Japans entspricht. Weder investieren sie dieses Geld gewinnbringend noch schütten sie es an die Aktionäre in Form von attraktiven Dividenden oder Aktienrückkäufen aus. Die Eigenkapitalproduktivität japanischer Unternehmen ist im internationalem Vergleich entsprechend gering. Viele institutionelle Aktionäre – vor allem ausländische, aber inzwischen auch die japanische Regierung – sind zunehmend frustriert. *Shareholder value* spielt in der japanischen Unternehmenspraxis offensichtlich nach wie vor eine nachrangige Rolle. So verwundert es nur

* Wissenschaftlicher Referent, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg; Professor, Universität Hamburg; Research Associate, European Corporate Governance Institute, Brüssel.

** Die nachfolgenden Ausführungen beruhen in Teilen auf denjenigen des Verfassers in: Witzleb/Ellger/Mankowski/Merkt/Remien (Hg.), Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag (Tübingen 2014) 1021 ff. („Der Schutz von Aktionärsinteressen in Japan“); H. BAUM/E. TAKAHASHI, Klagen gegen fehlerhafte Hauptversammlungsbeschlüsse im japanischen Aktienrecht, ZJapanR/J.Japan.L. 32 (2011) 153 ff., und E. TAKAHASHI/H. FLEISCHER/H. BAUM, Unternehmensbewertung in Japan, ZJapanR/J.Japan.L. 36 (2013) 1 ff.

auf den ersten Blick, dass der japanische Ministerpräsident die von der dortigen Industrie geächteten amerikanischen Hedgefondsmanager empfängt, um deren Rat einzuholen, wie sich die japanischen Unternehmen zu einem Strategiewechsel bewegen lassen könnten. Die institutionelle Absicherung von Aktionärsinteressen ist augenscheinlich schwach, die gesetzlichen Regelungen zu Ausgestaltung und Durchsetzung selbiger sind dies jedoch paradoxer Weise nicht – was läuft falsch?

Dieses Paradox soll nachfolgend aus vier unterschiedlichen Perspektiven beleuchtet werden: Struktur der Anteilseignerschaft japanischer börsennotierter Unternehmen und zentraler *agency conflict* (II.); Kräfteverhältnis zwischen Aktionären und Unternehmensleitung (III.); rechtlicher Schutz der Interessen der Aktionäre und dessen Durchsetzbarkeit (IV.); mittelbare Umsetzung von Aktionärsinteressen durch aktive institutionelle Aktionäre und den Markt für Unternehmenskontrolle (V.).

II. STRUKTUR DER ANTEILSEIGNERSCHAFT UND ZENTRALER *AGENCY CONFLICT*

Die Aktiengesellschaft (*kabushiki kaisha*) ist mit über 2,9 Millionen Gesellschaften die dominierende Rechtsform japanischer Unternehmen.¹ Von diesen Gesellschaften werden rund 10.000 Unternehmen als „große Gesellschaften“ (*dai-kaisha*) mit einem Stammkapital von 500 Millionen Yen (ca. 3,8 Mio. Euro) oder Verbindlichkeiten von mindestens 20 Milliarden Yen (ca. 150 Mio. Euro) eingestuft (Art. 2 Nr. 6 Gesellschaftsgesetz von 2005, nachfolgend GesG).² Bei etwa der Hälfte der großen Aktiengesellschaften handelt es sich um Publikumsgesellschaften mit gestreutem Aktienbesitz. Das GesG reagiert auf die divergierenden Größenverhältnisse und Beteiligungsstrukturen mit einer Vielzahl unterschiedlicher Corporate Governance-

-
- 1 Diese Zahl schließt die ehemaligen Gesellschaften mit beschränkter Haftung (jetzt: *tokurei yūgen kaisha*, „Ausnahme-GmbH“) mit ein, die seit der Gesellschaftsrechtsreform von 2005 rechtlich als geschlossene Aktiengesellschaften behandelt werden; dazu E. TAKAHASHI, Zur Reform der geschlossenen Kapitalgesellschaften in Japan: die Aufhebung des GmbH-Gesetzes und ihre Auswirkung, in: Bälz/Baum/Westhoff (Hrsg.), Aktuelle Fragen des gewerblichen Rechtsschutzes und des Unternehmensrechts im deutsch-japanischen Rechtsverkehr (Köln 2012) 29 ff. Die anderen drei Formen der Gesellschaft – OHG, KG und LLC – spielen mit *insgesamt* lediglich rund 170.000 Gesellschaften eine vergleichsweise geringe Rolle im japanischen Geschäftsleben (Zahlenangaben für 2014); Überblick bei H. BAUM/G. GOTO, Die japanische LLP im Privatrecht, gesellschaftsrechtlichen Kontext, in: ZJapanR/J.Japan.L. 41 (2016) 89, 97 f. m. w. N.
 - 2 *Kaisha-hō*, Gesetz Nr. 86 vom 26. Juli 2005; engl. Übers. unter <http://www.japaneselawtranslation.go.jp>.

Modelle.³ Neben der Unterscheidung zwischen großen und „mittleren und kleinen“ Gesellschaften (*chūshō kaisha*), die ein geringeres Stammkapital und Verbindlichkeiten aufweisen, differenziert das GesG zwischen „geschlossenen“ Gesellschaften (*jōto seigen kaisha*) und „offenen“ Gesellschaften (*kōkai kaisha*). Bei ersteren unterliegt die Übertragung der Aktien Beschränkungen (Vinkulierung), bei letzteren müssen die Aktien frei übertragbar sein.⁴ Von den Publikumsgesellschaften waren im Jahr 2015 rund 3.500 Aktiengesellschaften an den japanischen Börsen, namentlich an der mit Abstand wichtigsten Börse Tōkyō (*Tōkyō Shōken Torihiki-jo*), notiert.⁵

Die große Mehrheit der Publikumsgesellschaften, einschließlich zahlreicher börsennotierter Gesellschaften, ähnelte bis in die jüngste Vergangenheit indes *de facto* geschlossenen Gesellschaften. Für eine erhebliche Zahl von Unternehmen gilt dies auch heute noch. Der Grund dafür lag – und liegt zum Teil noch immer – in deren spezifischer Beteiligungsstruktur.⁶ Zwar befinden sich die Aktien dieser Gesellschaften überwiegend im Streubesitz und es gibt bis heute vergleichsweise wenige kontrollierende Aktionäre in japanischen börsennotierten Gesellschaften, aber bei dem Streubesitz dieser Unternehmen handelt es sich, anders als etwa in den USA oder in Großbritannien, nicht um eine klassische *outside ownership structure*. Eine solche wäre gegeben, wenn zwischen den Aktionären und dem Unternehmen eine reine Finanzbeziehung vorläge, was typischer Weise der Fall ist, wenn Fonds, private Haushalte und ausländische Investoren die maßgeblichen Anteilseigner sind.⁷

In Japan dominierte hingegen lange Zeit, und tut dies zum Teil auch heute noch, eine *inside ownership structure* mit wechselseitigen Beteiligungen und teilweise auch Überkreuzverflechtungen. Die wichtigsten Gruppen von Aktionären waren bis in die jüngste Vergangenheit geschäftlich mit dem Emittenten verbundene Industrieunternehmen, Banken und Versicherungen, die als *insider shareholders* oder „stabile“ Aktionäre (*antei kabunushi*) qualifiziert werden. Dies sind Aktionäre, die zu der emittierenden Gesell-

3 Einen Überblick geben E. TAKAHASHI/M. SHIMIZU, *The Future of Japanese Corporate Governance: The 2005 Reform*, in: *ZJapanR/J.Japan.L.* 19 (2005) 35 ff.; M. DERNAUER, *Die japanische Gesellschaftsrechtsreform 2005/2006*, in: *ZJapanR/J.Japan.L.* 20 (2005) 123 ff.

4 Eine weitere Differenzierung erfolgt anhand des Kriteriums der Börsennotierung; dazu H. KANSAKU/M. BÄLZ, *Gesellschaftsrecht*, in: Baum/Bälz (Hrsg.), *Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht* (2011) 63 ff., Rn. 52.

5 JAPAN SECURITIES DEALERS ASSOCIATION, *Fact Book 2015* (Tōkyō 2015) 27.

6 Ausführliche Analyse bei J. FRANKS/C. MAYER/H. MIYAJIMA, *The Ownership of Japanese Corporations in the 20th Century*, in: *The Review of Financial Studies* 27 (2014) 2580 ff.

7 FRANKS/MAYER/MIYAJIMA (Fn. 6) 2582.

schaft in einer Geschäfts- oder Finanzbeziehung stehen, ihre Beteiligung vor allem zwecks Absicherung dieser langfristig angelegten Kooperation halten und kein renditeorientiertes Portfolioinvestment betreiben. Zudem besteht die stillschweigende Übereinkunft, die Aktien nicht ohne Zustimmung des jeweiligen Emittenten zu verkaufen, dessen Verwaltung auf diese Weise vor externer Einmischung durch feindliche Übernahmen abgesichert wird.⁸ Vor interner Einmischung sicherten sich die Verwaltungen nach verbreitetem Usus durch die gegenseitige Versendung von Blanko-Stimmrechtsvollmachten ab, von denen die Empfänger nach ihrem Ermessen auf den Hauptversammlungen Gebrauch machen konnten. Dies macht deutlich, dass sich die Verwaltungen japanischer Unternehmen einer Eignerkontrolle entzogen hatten und es um die Corporate Governance im klassischen Sinn in Japan lange Zeit nicht zum Besten bestellt war.⁹ Der japanische Gesetzgeber hat in einer Reihe von gesellschaftsrechtlichen Reformen, zuletzt insbesondere im Jahr 2015, vermittels einer Reihe von Maßnahmen versucht, die Stellung der Aktionäre zu stärken.¹⁰ Zugleich wurde 2015 ein japanischer Corporate Governance Kodex etabliert.

-
- 8 Dazu H. BAUM, Japans zögerlicher Weg zu einem Markt für Unternehmenskontrolle Institutionelle Dynamik und regulatorischer Wandel, in: Baum/Fleckner/ Hellgardt/Roth (Hrsg.), Perspektiven des Wirtschaftsrechts. Beiträge für Klaus J. Hopt aus Anlass seiner Emeritierung (Berlin 2008) 325, 329 ff.
- 9 Äußerst kritisch ASIAN CORPORATE GOVERNANCE ASSOCIATION, White Paper on Corporate Governance in Japan, May 2008, 32 ff.; M. OKABE, Are Cross-Shareholdings of Japanese Corporations Dissolving? Evolution and Implications, Nissan Occasional Paper Series No. 33, 2001, 18 f., spricht von einem „Vakuum“ in der Unternehmenskontrolle; zur Corporate Governance in Japan aus vergleichender Perspektive H. BAUM, Zur Diskussion über vergleichende Corporate Governance mit Japan, in: *RabelsZ* 62 (1998) 739 ff. m. w. N.; zur neueren Entwicklung M. SAITO, Corporate Governance in Japan, in: Assmann u. a. (Hrsg.), Markt und Staat in einer globalisierten Wirtschaft (2010) 191 ff.; E. TAKAHASHI/T. SAKAMOTO, Practical Experiences with the New Japanese Company Code in 2005/2006, in: *ZJapanR/J.Japan.L.* 23 (2007) 41 ff.; J. BUCHANAN/S. DEAKIN, Japan's Paradoxical Response to the New 'Global Standard' in Corporate Governance, in: *ZJapanR/J.Japan.L.* 26 (2008) 59 ff.; R. DORE, Shareholder Capitalism Comes to Japan, in: *ZJapanR/J.Japan.L.* 23 (2007) 207 ff.; S. JACOBY, Principles and Agents: CalPERS and Corporate Governance in Japan, in: *ZJapanR/J.Japan.L.* 23 (2007) 23 ff.; L. NOTTAGE/ L. WOLFF/ K. ANDERSON (Hrsg.), Corporate Governance in the 21st Century: Japan's Gradual Transformation (2008).
- 10 Ausführliche Analyse bei G. GOTO/M. MATSUNAKA/S. KOZUKA, Japan's Gradual Reception of Independent Directors: An Empirical and Political-Economic Analysis, in: Puchniak/Baum/Nottage (Hrsg.), *Independent Directors in Asia: A Historical, Contextual and Comparative Approach*, (Cambridge 2017) 135; Überblick bei S. KOZUKA, Reform After a Decade of the Companies Act: Why, How, and to

Die Anfänge dieser spezifischen Anteilseigner Strukturen liegen in den 1950er Jahren, als japanische Industrieunternehmen in finanzielle Schwierigkeiten gerieten und Kredite bei den Banken in Aktienbeteiligungen umgewandelt wurden, was Banken zu Eignern derselben machte.¹¹ In den 1960er Jahren kam es aufgrund von Skandalen bei Investmentfonds zu einem Zusammenbruch des japanischen Kapitalmarktes. In dessen Folge kauften zwei halb-staatliche Institutionen zur Marktbereinigung Aktien auf, die sie wenig später vordringlich an Banken und ausgewählte Unternehmen zum Schutz vor ausländischen Investoren verkauften.¹² In den frühen 1970er Jahren gaben japanische Industrieunternehmen im großen Stil neue Aktien aus, welche die Verwaltungen zu vorteilhaften Bedingungen an ausgewählte Dritte, namentlich Geschäftspartner, mit dem Ziel platzierten, um ihre Position abzusichern und ausländische Investoren fernzuhalten. Aufgrund von Gesetzesänderungen im Zusammenhang mit Japans Beitritt zur OECD im Jahr 1964 waren ausländische Direktinvestitionen zulässig geworden.¹³

Dieser Struktur der Beteiligungsverhältnisse entsprach die Art der Finanzierung japanischer Unternehmen. Diese finanzierten sich bis in die 1980er Jahre überwiegend indirekt über die Banken – das sog. „Main Bank System“¹⁴ – und nur in geringem Ausmaß direkt über die Kapitalmärkte. Heute trifft das Gegenteil zu: Die Unternehmensfinanzierung erfolgt zu 49 % über die Kapitalmärkte und nur noch zu 29 % über Bankkredite.¹⁵ Damit entspricht die aktuelle Finanzierungspraxis in Japan wieder derjenigen in der *ersten* Hälfte des 20. Jahrhunderts, als bereits schon einmal die Kapitalmärkte wichtiger für die Unternehmensfinanzierung als die Banken waren und die Aktien zahlreicher Unternehmen ohne wechselseitige Beteiligungen weit gestreut waren.¹⁶

Mit diesem Wechsel der Finanzierung korrespondieren die Veränderungen in der Struktur der Anteilseigner infolge der Wirtschaftskrise der

Where?, in: ZJapanR/J.Japan.L. 37 (2014) 39 ff.; T. NAKADA/T. WITTY, New Rules on Corporate Governance in Japan, in: ZJapanR/J.Japan.L. 39 (2015) 199 ff.

11 FRANKS/MAYER/MIYAJIMA (Fn. 6) 2608 ff.

12 Einzelheiten bei FRANKS/MAYER/MIYAJIMA (Fn. 6) 2611 ff.

13 Dazu bereits H. BAUM, Marktzugang und Unternehmenserwerb in Japan. Recht und Realität am Beispiel des Erwerbs von Publikumsgesellschaften (Heidelberg 1995) 71 ff.

14 Siehe nur M. AOKI/H. PATRICK (Hrsg.), The Japanese Main Bank System (Oxford 1994); kritisch Y. MIWA/J. M. RAMSEYER, The Multiple Roles of Banks? Convenient Tales from Modern Japan, in: Hopt/Wymeersch/Kanda/Baum (Hrsg.), Corporate Governance in Context: Corporations, State and Markets in Europe, Japan, and the US (Oxford 2005) 527 ff.

15 Zahlen für 2012, siehe JAPAN SECURITIES RESEARCH INSTITUTE, Securities Markets in Japan 2014 (Tōkyō 2014) 4.

16 Einzelheiten bei FRANKS/MAYER/MIYAJIMA (Fn. 6) 2598 ff.

1990er Jahre: Der Anteil der Banken und Versicherungen an börsennotierten Unternehmen fiel von knapp 42 % im Jahr 1990 auf lediglich noch 27 % im Jahr 2014; im gleichen Zeitraum stieg der Anteilsbesitz ausländischer Investoren von weniger als 5 % Anfang der 1990er Jahre auf fast 32 %.¹⁷ Entsprechend gehen japanische Untersuchungen davon aus, dass Anteil der *insider shareholders*, der 1986 noch über 60 % betrug, heute lediglich noch bei knapp über 30 % liegt.¹⁸

Diese Zahlenangaben geben jedoch *nicht* das volle Bild wieder: Der Abbau der wechselseitigen Beteiligungen und der Zuwachs an ausländischen Investoren hat vor allem bei den großen börsennotierten Unternehmen stattgefunden, aber nur in sehr viel beschränkterem Umfang bei kleinen und mittleren börsennotierten Aktiengesellschaften.¹⁹ Entsprechend haben es aktive Aktionäre bei letzteren nach wie vor schwer, Verbesserungen der Corporate Governance durchzusetzen, denn die *insider shareholders* tendieren dazu, die amtierenden Verwaltungen zu schützen. *Outsider shareholders* sind demgegenüber oftmals bereit, aktive institutionelle Aktionäre wie in- oder ausländische Hedge Fonds zu unterstützen und auch ein feindliches Übernahmeangebot anzunehmen.²⁰ Große Unternehmen haben heute zwar oftmals weniger *insider shareholders* als noch vor wenigen Jahren, aber dafür stellt sich dort das Problem, dass ein erheblich höherer finanzieller Einsatz für den Aufbau einer Beteiligung erforderlich ist, die hinreichend groß ist, um eine aktive Einflussnahme auf die Unternehmenspolitik zu ermöglichen.²¹

Die vergleichsweise geringe Rolle, die kontrollierende Aktionäre bei japanischen Publikumsgesellschaften spielen, legt es nahe, den klassischen Konflikt zwischen den Aktionären als Anteilseignern und den Verwaltungen der Unternehmen als deren Agenten, wie er für die Unternehmenslandschaften in den USA oder Großbritannien typisch ist, auch für Japan als den zentralen *agency conflict* anzusehen. In Deutschland und anderen kontinentaleuropäischen Länder üben demgegenüber bekanntlich Großaktionäre auch bei börsennotierten Gesellschaften häufig einen wesentlichen Einfluss aus. Dort bestehen Konflikte entsprechend vordringlich zwischen Minderheits- und Mehrheitsaktionären.²²

17 JAPAN SECURITIES DEALERS ASSOCIATION (Fn. 5) 33.

18 GOTO/MATSUNAKA/KOZUKA (Fn. 10) unter II. 3.; H. MIYAJIMA/F. KUROKI, The Unwinding of Cross-Shareholding in Japan: Causes, Effects, and Implications, in: Aoki/Jackson/Miyajima (Hrsg.), Corporate Governance in Japan (Oxford 2007) 79 ff.

19 G. GOTO, Legally ‚Strong‘ Shareholders of Japan, Michigan Journal of Private Equity & Venture Capital Law, 3(2) (2014), 125, 145 f.

20 Dazu umfassend J. BUCHANAN/D. H. CHAI/S. DEAKIN, Hedge Fund Activism in Japan: The Limits of Shareholder Primacy (Cambridge 2012).

21 GOTO (Fn. 19) 146.

III. MACHTBALANCE ZWISCHEN AKTIONÄREN UND VERWALTUNG

In der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts spielten in Japan zwei Institutionen eine wesentliche Rolle, um Vertrauen in die Kapitalmärkte zu schaffen und damit eine weite Streuung des Aktienkapitals zu ermöglichen. Zu Beginn des Jahrhunderts waren dies zunächst sogenannte *business coordinators*, die sich mit eigenem Geld an den Unternehmen beteiligten und deren Geschäftspolitik mitgestalteten und deren Umsetzung beaufsichtigten.²³ Später, nachdem Gesetzesänderungen den Aufbau von Holding Gesellschaften attraktiv gemacht hatten, übernahmen Familienunternehmen, die in dieser Form organisiert waren, die sogenannten *zaibatsu*, diese Rolle, in dem sie Tochtergesellschaften an die Börse brachten, an denen sie selber weiter finanziell beteiligt waren und ihre Reputation einbrachten, indem sie die Unternehmenskontrolle ausübten.²⁴ Das Ergebnis war ein starkes Vertrauen der Publikumsaktionäre in die Institutionen des Kapitalmarktes, obwohl sie seinerzeit lediglich einen schwachen rechtlichen Schutz genossen.²⁵

Nach den wirtschaftlichen und rechtlichen Reformen der Alliierten Ende der 1940er und Anfang der 1950er Jahre, insbesondere die Zerschlagung der *zaibatsu*²⁶ und die Stärkung der Aktionärsrechte nach US-amerikanischem Vorbild im Zuge der Demokratisierung des Landes,²⁷ hat sich dieses Bild grundlegend geändert.²⁸ Heute sehen wir eine starke rechtliche Stellung und einen gut ausgebauten rechtlichen Schutz der Aktionäre, es fehlen jedoch Institutionen, die in gleicher Weise wie in den ersten drei Jahrzehnten des letzten Jahrhunderts für eine gute Corporate Governance einstehen, die Interessen der Anteilseigner gegenüber den Verwaltungen durchsetzen und Vertrauen schaffen.

22 Zur Agency-Problematik statt aller R. KRAAKMAN/J. ARMOUR/P. DAVIES/L. ENRIQUES/H. HANSMANN/G. HERTIG/K. HOPT/H. KANDA/E. ROCK, *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach* (2. Aufl., Oxford 2009) 35 ff., 307 ff.

23 FRANKS/MAYER/ MIYAJIMA (Fn. 6) 2599 ff.

24 FRANKS/MAYER/ MIYAJIMA (Fn. 6) 2603 ff.

25 FRANKS/MAYER/ MIYAJIMA (Fn. 6) 2608.

26 Dazu U. EISELE, *Holdinggesellschaften in Japan* (Tübingen 2004) 37 ff.

27 Zum amerikanischen Einfluss auf das Gesellschaftsrecht K. EGASHIRA, *The Influence of American Law in the Field of Commercial Law in the Post-World War II Era*, in: *Law in Japan* 26 (2000) 50 ff.; zur Reform von 1950 ausführlich T. BLAKEMORE/M. YAZAWA, *Japanese Commercial Code Revisions*, in: *American Journal of Comparative Law* 2 (1953) 12 ff.

28 Allgemein zur Entwicklung des japanischen Handels- und Gesellschaftsrechts H. BAUM/E. TAKAHASHI, *Commercial Law and Corporate Law in Japan: Legal and Economic Developments After 1868*, in: Röhl (Hrsg.), *A History of Law in Japan Since 1868* (Leiden 2005) 330 ff.

Ein Beispiel für die heute prinzipiell starke Stellung der Aktionäre gegenüber der Verwaltung japanischer Unternehmen sind die weiten Kompetenzen der Hauptversammlung wie sie auch in kontinentaleuropäischen Aktienrechten bekannt sind. Die Befugnisse der Hauptversammlung differieren in Japan je nachdem, ob es sich um eine Gesellschaft mit oder eine ohne Verwaltungsrat (*torishimari-yaku*) handelt. Besteht ein solcher, kann die Hauptversammlung über diejenigen Gegenstände beschließen, die im Gesetz und in der Satzung bestimmt sind (Art. 295 Abs. 2 GesG). Hierzu zählen u. a. zwingend die Bestellung und Abberufung von Verwaltungsratsmitgliedern, deren gleichzeitige Entlassung durch die Hauptversammlung zulässig ist. Ein erfolgreicher Bieter kann mithin nach der Übernahme das gesamte Managementteam der Zielgesellschaft auf einen Schlag austauschen, was etwa in den USA wegen der dort verbreiteten „staggered boards“ nicht oder nur schwer möglich ist.²⁹ Hat die Gesellschaft keinen Verwaltungsrat, kann die Hauptversammlung darüber hinaus sogar über *alle* die Gesellschaft betreffenden Gegenstände beschließen (Art. 295 Abs. 1 GesG). Generell besteht zudem ein unbeschränktes Vorschlagsrecht der Aktionäre für die Tagesordnung und sie haben Zugang zu Kontaktdaten anderer Aktionäre zwecks einer Koordination von Abstimmungen auf der Hauptversammlung.

Diese Befugnisse legen die Vermutung einer aktiven Rolle der Hauptversammlung nahe, indes traf für die japanische Praxis zumindest bis in die allerjüngste Vergangenheit das Gegenteil zu.³⁰ Die durchschnittliche Dauer der Hauptversammlungen lag noch in den 1990er Jahren bei weniger als dreißig Minuten. Dies zeigt, dass die Hauptversammlung die ihr von Gesetzes wegen zugewiesenen Funktionen lange Zeit nicht erfüllte, sondern einen lediglich rituellen Charakter aufwies. Die eigentlichen Entscheidungen wurden in nicht-öffentlichen Vorabsitzungen des Verwaltungsrates und weniger Großaktionäre getroffen, die Hauptversammlung selber degenerierte demgegenüber zu einer „funktionslosen Zeremonie“.³¹ Dies war vor allem auf die bereits geschilderte Dominanz kooperierender Aktionäre zurückzuführen, welche die gesetzlichen Kompetenzbestimmungen ins Leere laufen ließen.

Mit dem Rückgang des Geflechts an wechselseitigen und langfristigen Beteiligungen und der reziproken Zunahme ausländischer Beteiligungen an

29 Dazu H. MERKT/S. GÖTHEL, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht (2. Aufl. Frankfurt a. M. 2006) 655.

30 Zur Rechtslage in den 1980er und frühen 1990er Jahren anschaulich I. KAWAMOTO, Handels- und Gesellschaftsrecht, in: Baum/Drobnig (Hrsg.), Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht (1994) 45, 86.

31 *Ibid.*

japanischen börsennotierten Unternehmen ab Ende der 1990er Jahre hat auch eine zögerliche Re-Aktivierung der Hauptversammlung eingesetzt. Renditeorientierte, ausländische Anteilseigner haben es zumindest gelegentlich schon geschafft, im Zuge streitig durchgeführter Versammlungen einen Wechsel der Unternehmenspolitik und Ähnliches durchzusetzen.³² Auch wenn es sich dabei bislang eher um Einzelfälle handeln dürfte,³³ lässt sich insgesamt ein Trend bei börsennotierten japanischen Gesellschaften beobachten, der für einen graduellen Wandel spricht.

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass die Aktionäre japanischer Gesellschaft aus der Perspektive des GesG eine starke rechtliche Stellung innehaben.³⁴ Diese steht in starkem Gegensatz zu der Situation in den USA, wo die Aktionäre sich in einer erheblich schwächeren Position befinden und nach wie vor die sog. *director primacy* gilt.³⁵ Gleichwohl gelingt eine Auskehrung der stillen Reserven an die Aktionäre in Japan bis dato offensichtlich *nicht*. Es stellt sich mithin als zweites die Frage, ob und inwieweit deren Rechte durchsetzbar sind.

IV. RECHTLICHER SCHUTZ UND DURCHSETZBARKEIT VON AKTIONÄRSINTERESSEN

Aktionären japanischer Gesellschaften, die durch Handlungen der Verwaltung oder fehlerhaften Beschlüsse der Hauptversammlung in ihren Rechten verletzt werden oder mit deren Beschlüssen im Falle von Strukturveränderungen nicht einverstanden sind, stehen verschiedene Rechtsbehelfe zur Verfügung. Vier rechtliche Instrumente spielen in der in der Praxis eine Rolle, wobei zwischen dem *kollektiven* Schutz *aller* Aktionäre und dem *individuellem* Schutz *einzelner* Aktionäre zu differenzieren ist:

32 Ein bekanntes Beispiel ist der erfolgreiche Versuch des US-amerikanischen Private-Equity-Fonds *Steel Partners Japan Strategic Fund (Offshore) LP*, im Jahr 2009 die Hauptversammlung des mittelständischen Unternehmens *Aderansu KK* zu bewegen, dessen Management einschließlich des Präsidenten (CEO) auszutauschen und eine neue Geschäftsstrategie einzuleiten; *Steel Partners* hatte zuvor eine Beteiligung von knapp einem Drittel an dem Unternehmen aufgebaut.

33 Anschaulich das aktuelle Beispiel einer nach wie vor ritualisiert ablaufenden Hauptversammlung bei V. MECKEL, *Die Corporate Governance im neuen japanischen Gesellschaftsrecht* (2010) 167 ff.

34 Ebenso das Fazit bei GOTO (Fn. 19) 139.

35 Zur Diskussion in den USA statt vieler einerseits S. M. BAINBRIDGE, *Director Primacy and Shareholder Disempowerment*, in: *Harvard Law Review* 119 (2006), 1735 ff., und andererseits L. BEBCHUCK, *The Case for Increasing Shareholder Power*, in: *Harvard Law Review* 118 (2005), 833 ff.

1. Kollektiver Schutz der Aktionäre durch die Aktionärsklage

a) Entwicklung

Ein Aktionär kann die Interessen der Gesellschaft im eigenen Namen aber für deren Rechnung geltend machen. Ihm steht dafür die Aktionärsklage (*kabunushi daihyō soshō*, engl. *derivative suit* oder *action*), ein *legal transplant* aus den USA, zur Verfügung.³⁶

Zahl der Aktionärsklagen hat in den vergangenen zwei Jahrzehnten in Japan geradezu dramatisch zugenommen. Bis zum Jahr 1990 gab es in Japan im Durchschnitt weniger als ein Verfahren pro Jahr, von denen keines erfolgreich war.³⁷ Der zögerliche Einsatz dieses Instruments der Corporate Governance korrespondierte mit den Erfahrungen in anderen Ländern, was allgemein auf die fehlende Anreizstruktur für eine Klagerhebung zurückzuführen ist.³⁸ Seit den frühen 1990er Jahren ist die Zahl der Aktionärsklagen in Japan jedoch geradezu explodiert: Mehr als 1.000 Verfahren wurden zwischen 1996 und 2009 anhängig gemacht.³⁹ Von diesen hatten einige sehr hohe Schadensersatzsummen zum Gegenstand. Eines der spektakulärsten Verfahren dürfte die Klage gegen Verwaltungsratsmitglieder der Daiwa Bank gewesen sein, in dem umgerechnet knapp eine Milliarde Euro an Schadensersatz geltend gemacht wurden (im Ergebnis allerdings nur umgerechnet 2,2 Mio. Euro zuerkannt wurden).⁴⁰

Damit ist Japan neben dem US-amerikanischen Bundesstaat Delaware inzwischen eine der beiden streitfreudigsten Jurisdiktionen mit den welt-

36 Ausführlich zur Aktionärsklage in Japan M. NAKAHIGASHI/D. W. PUCHNIAK, Land of the rising derivative action: revisiting irrationality to understand Japan's unreluctant shareholder, in: Puchniak/Baum/Ewing (Hrsg.), *The Derivative Action in Asia: A Comparative and Functional Approach* (Cambridge 2012) 128 ff.; H. KOBAYASHI/M. KONDŌ (Hg.), *Atarashii kabunushi daihyō soshō* [Die neue Aktionärsklage] (Tōkyō 2003); O. KLIESOW, Aktionärsrechte und Aktionärsklage in Japan (Tübingen 2001) 127 ff.; kürzer M. WEST, Why Shareholders Sue – The Evidence from Japan, *J. Leg. Stud.* 30 (2001) 351 ff.; M. HAYAKAWA, Shareholders in Japan – Attitudes, Conduct, Legal Rights, and their Enforcement, in: Baum (Hrsg.), *Japan: Economic Success and Legal System* (Berlin 1997) 237 ff.

37 NAKAHIGASHI/PUCHNIAK (Fn. 36) 133.

38 Dazu H. BAUM/D. W. PUCHNIAK, The derivative action: an economic, historical and practice-oriented approach, in: Puchniak/Baum/Ewing (Hrsg.), *The Derivative Action in Asia: A Comparative and Functional Approach* (Cambridge 2012) 1, 19 ff.; siehe auch nachfolgend b).

39 Zahlenangaben mit tabellarischen Übersichten bei NAKAHIGASHI/PUCHNIAK (Fn. 36) 170 ff.

40 Einzelheiten bei B. E. ARONSON, Reconsidering the Importance of Law in Japanese Corporate Governance: Evidence from the Daiwa Bank Shareholder Derivative Case, in: *Cornell International Law Journal* 33 (2003) 11 ff.

weit meisten Klagen.⁴¹ Dieser Befund kontrastiert erheblich mit der im Übrigen für Japan typischen geringen Prozessdichte.⁴² Er steht auch in krassem Gegensatz zu den in Deutschland mit der im Jahr 2005 durch das UMAG in § 148 AktG eingeführten Klage gemachten Erfahrungen (so gut wie keine Klagen).⁴³ Die Erklärung für diese verblüffende Entwicklung dürfte in einer Mischung aus Gründen zu finden sein: institutionellen (Verringerung der Gerichtsgebühren), gesellschaftspolitischen (unentgeltliche Aktivitäten eines Netzwerks von Rechtsanwälten) und psychologischen (Trend, Fehleinschätzung des individuellen Nutzens).⁴⁴

b) Charakteristika

Technisch handelt es sich bei der Aktionärsklage um Klagen eines oder mehrerer Aktionäre, die im eigenen Namen, aber auf Zahlung an die Gesellschaft gegen Gründer, Verwaltungsratsmitglieder, interne Prüfer oder Buch- und Rechnungsverantwortliche auf Geltendmachung von Ersatzansprüchen wegen vermuteter Gesetzesverstöße oder Missmanagements erhoben werden. Es geht mithin nicht um einen Rechtsbehelf zur unmittelbaren Durchsetzung individueller Aktionärsinteressen, sondern um einen solchen zur Wahrnehmung der Interessen der Gesamtheit der Aktionäre bzw. der Gesellschaft. Der klagende Aktionär profitiert finanziell nur insoweit, als der Wert seiner Aktien möglicherweise steigt. Dies wird aber selbst im Falle einer erfolgreichen Klage, wenn überhaupt, nur zu geringen Wertsteigerungen führen. Entsprechend gering sind die finanziellen Anreize, eine Aktionärsklage zu erheben. Deren eigentliche Bedeutung liegt denn auch in einer präventiven Wirkung als ein Instrument der Corporate Governance.

41 Zu Entwicklung und Praxis in den USA statt vieler U. SCHMOLKE, Beschlussmängelrecht und Gesellschafterklage in der U.S. amerikanischen *corporation*, in: Fleischer (Hrsg.), Das Beschlussmängelrecht in Kapitalgesellschaften (Berlin, in Vorbereitung für 2017).

42 Zum Hintergrund H. BAUM/M. BÄLZ, Rechtsentwicklung, Rechtsmentalität, Rechtsumsetzung, in: Baum/Bälz (Hrsg.), Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht (Köln 2011) 1, Rn. 27 ff. m.w.N.; DIES., Of Traditional Values and Modernity: A New Japanese Litigiousness?, in: Hansen/Schüssler-Langeheine (Hrsg.), Patent Practice in Japan and Europe – Liber Amicorum for Guntram Rahn, (Alphen aan den Rijn 2011) 3 ff.

43 Dazu statt vieler U. SCHMOLKE, Die Aktionärsklage nach § 148 AktG: Anreizwirkung *de lege lata* und Reformanregungen *de lege ferenda*, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 40 (2011) 398 ff.

44 Einzelheiten bei NAKAHIGASHI/PUCHNIAK (Fn. 36) 158 ff.

c) *Erhebung einer Aktionärsklage*

Die einschlägigen Vorschriften, die im Zuge der Reform des Gesellschaftsrechts im Jahr 1950 nach dem US-amerikanischen Vorbild in das Handelsgesetz eingefügt wurden, waren die Artt 267 ff. HG, die im Jahr 2005 durch Artt 847 ff. GesG ersetzt wurden. Klagebefugt sind nur Aktionäre, die für einen Zeitraum von mindestens sechs Monaten vor dem Zeitpunkt der Erhebung der Klage ununterbrochen Aktien der Gesellschaft gehalten haben und weiterhin halten (Art. 847 Abs. 1 Satz 1 GesG). Wenn der klagende Aktionär seine Aktien während des Verfahrens veräußert, ist die Klage in der Regel als unzulässig abzuweisen (*continuing ownership rule*). Diese Regelung ist unter anderem auch in Deutschland, Großbritannien und mehreren Bundestaaten der USA bekannt.⁴⁵ Rechtspolitisch wird sie damit begründet, dass nur ein Aktionär, der weiterhin auch selber ein Interesse an der Gesellschaft hat, die Interessen der anderen Aktionäre vernünftig durchsetzen wird. Der Erwerber hat nicht automatisch das Recht, die Klage zu übernehmen und fortzusetzen.⁴⁶ Etwas anderes gilt gemäß Art. 851 GesG aber, wenn der Aktienerwerb im Wege eines Aktientausches, einer Verschmelzung etc. erfolgte.

Anders als § 148 Abs. 1 Satz 1 deutsches AktG⁴⁷ – und anders als in anderen kontinentaleuropäischen Aktienrechten üblich – verlangt das japanische Recht, insoweit in Übereinstimmung mit den Regelungen in den USA und in Großbritannien, jedoch kein Quorum. Der Kläger muss ferner nicht bereits zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses Aktionär gewesen sein.⁴⁸ Anders als nach § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG schadet in Japan mithin auch die Kenntnis von der Rechtsverletzung bzw. dem Eintritt des Schadens vor Erwerb der Aktien nicht. Japan hat die in den USA geltende *contemporaneous ownership rule* nicht übernommen, die dort der Erhebung missbräuchlicher Klagen vorbeugen soll.⁴⁹ Auch andere institutionelle Vorkehrungen gegen die Erhebung solcher Klagen wie etwa eine Zustimmung des Verwaltungsrates oder eines besonderen Ausschusses desselben zur Erhebung der Aktionärsklage, wie dies in den USA üblich ist, kennt das japanische Recht nicht.⁵⁰ Ebenso wenig ist das funktionale Äquivalent dazu, eine gesonderte Zulassung der Aktionärsklage durch das Gericht in

45 Einzelheiten bei BAUM/PUCHNIAK (Fn. 38) 56 f.

46 OGH v. 15.7.1970, Minshū Bd. 24 (1970) 804.

47 Aktionäre, die den Antrag auf Zulassung der Klage stellen, müssen zusammen den einhundertsten Teil des Grundkapitals oder einen anteiligen Betrag von 100.000 € erreichen.

48 Dazu KLIESOW (Fn. 36) 138 f.

49 Rechtsvergleichend BAUM/PUCHNIAK (Fn. 38) 55 f.

50 Überblick bei BAUM/PUCHNIAK (Fn. 38) 49 ff.

einem Vorabverfahren, wie dies das britische und deutsche Recht zwingend vorschreiben, in Japan vorgesehen.⁵¹

Allerdings kann das Gericht nach Art. 847-4 Abs. 2 GesG auf Antrag des Beklagten die Stellung einer Sicherheitsleistung verlangen. Der Beklagte hat glaubhaft zu machen, dass die Klage böswillig erhoben wurde (Art. 847-4 Abs. 3 GesG). Diese Regelung soll ferner sicherstellen, dass dem Beklagten im Falle einer missbräuchlichen Klagerhebung seine Rechtsanwaltskosten von dem Kläger ersetzt werden. Da diese Kosten nicht zu den notwendigen Gerichtskosten zählen, da vor japanischen Gerichten keine anwaltliche Vertretung vorgeschrieben ist, hat jede Partei, auch die obsiegende, in der Regel diese Kosten selber zu tragen.⁵² Etwas anderes gilt bei deliktischen Schadensersatzklagen (zumindest Ersatz angemessener Kosten). Der Oberste Gerichtshof (*Saikō Saiban-sho*, nachfolgend OGH) hat bereits im Jahr 1988 anerkannt, dass eine missbräuchliche Klagerhebung eine unerlaubte Handlung darstellen kann, was dann zu einer Erstattungspflicht für die Rechtsanwaltskosten des Beklagten durch den Kläger führt.⁵³ Die Sicherheitsleistung hat sich in Japan zu einem wichtigen Filter gegen missbräuchliche Aktionärsklagen entwickelt und die Gerichte haben sich vielfach mit den Anforderungen auseinandergesetzt, die an die Glaubhaftmachung einer unlauteren Absicht des Klägers zu stellen sind.⁵⁴

Eine Aktionärsklage ist nur dann zulässig, wenn die Gesellschaft ihr zustehende Schadensersatzansprüche gegen Organmitglieder nicht selber verfolgt. Der Kläger muss die Gesellschaft gemäß Art. 847 Abs. 1 Satz 1 GesG zunächst schriftlich auffordern, diese Ansprüche geltend zu machen. Erhebt die Gesellschaft nicht innerhalb von 60 Tagen nach dem Zeitpunkt der Aufforderung Klage, ist der Aktionär nach Art. 847 Abs. 3 GesG berechtigt, eine Aktionärsklage zu erheben. Ist die Klage ganz oder teilweise erfolgreich, werden ihm seine Kosten einschließlich der Rechtsanwaltskosten ersetzt (Art. 852 Abs. 1 GesG). Gemäß Art. 852 Abs. 2 GesG hat ein Aktionär, der die Klage nicht in unlauterer Absicht erhoben hat, im Fall seines Unterliegens der Gesellschaft keinen Ersatz des durch die Klagerhebung entstandenen Schadens zu leisten.

51 Siehe dazu BAUM/PUCHNIAK (Fn. 38) 52 f.

52 Einzelheiten bei S. KAKIUCHI, Erkenntnisverfahren, Vollstreckung, einstweiliger Rechtsschutz, in: Baum/Bälz (Hrsg.), Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht (Köln 2011) 1287, Rn. 37 ff.

53 Minshū Bd. 42 (1988) 1; Einzelheiten bei KLIESOW (Fn. 36) 159 f. m.w.N.

54 Vgl. etwa DG Nagoya v. 26.1.1994, Shiryō-ban Shōji Hōmu Nr. 132, 83; OG Nagoya v. 8.3.1995 (Berufungsurteil), Shōji Hōmu Nr. 1384 (1995) 41; DG Tōkyō v. 20.10.1994, Shiryō-ban Shōji Hōmu Nr. 125, 184; DG Ōsaka v. 21.3.1997, Shiryō-ban Shōji Hōmu Nr. 157, 152; zu den einzelnen Entscheidungen ausführlich KLIESOW (Fn. 36) 161 ff.

d) *Bewertung*

In welchem Umfang die zahlreichen Aktionärsklagen sich disziplinierend auf die Verwaltungen japanischer Unternehmen ausgewirkt und damit zu einer Verbesserung der Corporate Governance haben und mit wie vielen missbräuchlichen Klagen dieser Fortschritt erkaufte wurde, lässt sich nur schwer abschätzen. Jedenfalls hat die Klagewelle zu einer nachhaltigen Verunsicherung in den Verwaltungsräten japanischer Unternehmen geführt und das Geschäft mit D&O-Versicherungen in Japan zum Erblühen gebracht. Andererseits zeigen die langjährigen massiven Bilanzfälschungen bei japanischen Spitzenunternehmen wie *Olympus* oder *Toshiba* oder die langjährige Finanzierung der organisierten Kriminalität durch das führende Finanzunternehmen *Mizuho* deutlich die Grenzen der Abschreckung der Aktionärsklage auf.

Nach diesem knappen Überblick über den kollektiven Schutz der Aktionäre durch die Aktionärsklagen geht es im Folgenden um die individual-schützenden Rechtsbehelfe.

2. *Individualschutz durch Abfindungsrechte*

a) *Entwicklung*

Als erster der individual-schützenden Rechtsbehelfe ist das Recht der Aktionäre auf eine Abfindung, d. h. auf einen Rückkauf ihrer Aktien bei Strukturveränderungen zu nennen, mit denen diese nicht einverstanden sind. Auch hierbei handelt es sich um einen Rechtsimport aus den USA. Im anglo-amerikanischen Recht spricht man von *appraisal rights*. Die Einführung des Abfindungsrechts, japanisch *kabushiki kaitori seikyū-ken*, im Jahr 1950 war in der japanischen Wissenschaft höchst umstritten.⁵⁵ Es wurde insbesondere als unvereinbar mit dem Mehrheitsprinzip und dem auch im japanischen Aktienrecht verankerten Kapitalerhaltungsgrundsatz angesehen.⁵⁶ Das Abfindungsrecht war zunächst auf Verschmelzungen beschränkt. Erst allmählich hat sich dieses Recht in Form eines Anspruchs auf einen Aktienrückkauf durch die Gesellschaft zu einem breit eingesetzten Instrument des Minderheitenschutzes entwickelt. Bei börsennotierten Gesellschaften kam es ab dem Jahr 2008 zu einer regelrechten Klagewelle, in der es in der Regel um den fairen Preis im Zusammenhang mit Abfindungen bei Umwandlungsvorgängen ging. Die in den USA bekannte *market out exception*, wo-

55 Dazu M. HAYAKAWA, *Appraisal Rights in Japanese Company Law – Can They Be Used as Modern Weapons for Minority Shareholders?*, in: *European Business Organization Law Review* 2 (2001) 611, 613 f.

56 M. BÄLZ, *Appraisal Rights in Japanese Corporate Law*, in: *ZJapanR/J.Japan.L.* 13 (2002) 152, 154.

nach das *appraisal right* Aktionären von börsennotierten oder Gesellschaften mit mehr als 2.000 Aktionären *nicht* offen steht, wurde *nicht* mit ins japanische Recht übernommen.⁵⁷

b) Einsatzmöglichkeiten des Abfindungsrechts

Das japanische Umwandlungsrecht (Artt. 749 ff. GesG) gewährt widersprechenden Aktionären ein Abfindungs- bzw. Andienungsrecht ihrer Aktien gegenüber der Gesellschaft bei Strukturveränderungen in Form von Verschmelzung und Spaltung sowie beim Aktientausch und der Aktienübertragung. Die Gesellschaft hat den ausscheidenden Aktionären für ihre Aktien einen angemessenen („fairen“) Preis zu zahlen.⁵⁸

Bei Strukturänderungen kommt dem Abfindungsrecht widersprechender Minderheitsaktionäre nach heute herrschender Ansicht eine doppelte Funktion zu.⁵⁹ Zum einen bildet es ein funktionales Äquivalent zu einer partiellen Auflösung der Gesellschaft, indem es Minderheitsaktionären das Recht zu einem Austritt aus der Gesellschaft garantiert, wenn die Mehrheit von ihnen nicht erwünschte Strukturänderungen durchsetzt, ohne dass sie dafür wirtschaftliche Nachteile in Kauf nehmen müssen. Sie sollen mit dem Recht auf den Verkauf ihrer Aktien zu einem fairen Preis so gestellt werden, als ob die sie benachteiligende Maßnahme nicht stattgefunden hätte. Zum anderen sollen sie gegen eine Verminderung des Unternehmenswertes geschützt werden, der bei Interessenkonflikten droht, die etwa bei Transaktionen zwischen Mutter- und Tochtergesellschaften oder bei einem Management Buyout entstehen. Das Abfindungsrecht der Minderheitsaktionäre ermöglicht es diesen, einen Wertverlust des Unternehmens oder ihrer Aktien zu kompensieren, der durch solche Maßnahmen entstanden ist.⁶⁰

Auch im Fall einer Übertragung des Geschäfts (Artt. 467 ff. GesG) kann ein widersprechender Aktionär eine Übernahme seiner Aktien zu einem fairen Preis verlangen. Ferner hat der Inhaber vinkulierter Aktien (Artt. 136 ff. GesG) bei einer versagten Zustimmung zur Übertragung einen Anspruch auf Rückkauf seiner Aktien. Einigen sich Gesellschaft und Aktionär nicht

57 M. BÄLZ, Die Spaltung im japanischen Gesellschaftsrecht (Tübingen 2005) 104.

58 Überblick über die verschiedenen Konstellationen und deren rechtliche Handhabung bei E. TAKAHASHI/H. FLEISCHER/H. BAUM, Unternehmensbewertung in Japan, in: ZJapanR/J.Japan.L. 36 (2013) 1, 9 ff.

59 Dazu M. SAITO, Squeeze-out and Appraisal Rights in Japan, in: Grundmann/Haar/Merkt/Mülbert/Wellenhofer (Hrsg.), Unternehmen, Markt und Verantwortung. Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010 (Berlin 2010) Bd. 2, 3305, 3316 f.; H. KANDA, *Kabushiki kaitori seikyū-ken no kōzō* [Zur Struktur des Andienungsrechtes], in: Shōji Hōmu Nr. 1879 (2009) 5 ff.

60 SAITO (Fn. 59) 3317.

auf einen Rückkaufspreis, hat das Gericht diesen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zu bestimmen.

c) *Bewertungsziel*

Bis zur Reform des Gesellschaftsrechts von 2005 war das im Handelsgesetz verankerte legislatorische Ziel, Aktionären, die strukturverändernden Maßnahmen widersprachen, für den Verlust ihrer Rechtsposition die volle Entschädigung zu gewähren. Sie sollten so gestellt werden, als ob der Beschluss über die Strukturveränderung nicht gefasst worden wäre.⁶¹ Die japanische Formel dafür lautet *nakariseba kakaku*. Dafür war der Grenzpreis zu ermitteln, zu dem der Aktionär ohne einen wirtschaftlichen Nachteil aus der Gesellschaft austreten konnte.⁶²

Dieser Ansatz wurde im GesG von 2005 geändert. Nunmehr ist außenstehenden Aktionären für ihre Aktien im Falle des strukturänderungsbedingten Ausscheidens aus der Gesellschaft der „faire Preis“ (*kōsei na kakaku*) ihrer Aktien zu vergüten.⁶³ Zweck der Änderung war es, die Berücksichtigung von *Verbundvorteilen* bei der Bewertung von Aktien im Interesse der Aktionäre zu ermöglichen.⁶⁴ Dieser sich aus der zukünftigen Strukturänderung ergebende Mehrwert wurde unter der alten Formel nicht erfasst. Was allerdings unter einem „fairen Preis“ zu verstehen ist, hat der Gesetzgeber offengelassen und den Gerichten zur Klärung aufgegeben, die diesbezüglich einen großen Beurteilungsspielraum haben.⁶⁵ Erwartungsgemäß haben die japanischen Gerichte sich zwischenzeitlich auch bereits intensiv mit dieser Frage auseinandergesetzt.

d) *Bewertungsmethode*

Die japanische Bewertungspraxis unterscheidet zwischen der Bewertung börsennotierter und geschlossener Gesellschaften. Im ersten Fall erfolgt eine

61 Zur alten Rechtslage BÄLZ (Fn. 56) 152 ff.

62 H. KANDA, *Kaisha-hō* [Gesellschaftsrecht] (18. Aufl. Tōkyō 2016) 364 f.

63 Entsprechende Formulierungen finden sich in Artt. 785 Abs. 1, 797 Abs. 1, 806 Abs. 1 GesG (Verschmelzung, Spaltung), Artt. 116 Abs. 1, 118 Abs. 1 GesG (Übernahme vinkulierter Aktien) und Art. 469 Abs. 1 GesG (Geschäftsübertragung).

64 So die Vorstellung der Gesetzgebers, siehe T. AIZAWA, *Ichimon ittō shin-kaisha-hō* [Fragen und Antworten zum neuen Gesellschaftsgesetz] (2. Aufl. Tōkyō 2009) 210; ferner K. EGASHIRA, *Kabushiki kaisha-hō* [Recht der Aktiengesellschaftsrecht] (4. Aufl. Tōkyō 2011) 778 f.; M. YANAGA, „*Rigaru maindo*“ *kaisha-hō* [„Legal Mind“ Gesellschaftsrecht] (13. Aufl. Tōkyō 2012) 344.

65 EGASHIRA (Fn. 64) 779; siehe dazu auch die umfassende Analyse bei A. KOH, *Appraising Japan's Appraisal Remedy*, *American Journal of Comparative Law* 62 (2014) 417, 431 ff.

Aktienbewertung, im zweiten in der Sache eine *Unternehmensbewertung*, auch wenn es formell ebenfalls um die Ermittlung des Aktienwertes geht.

Für die Bewertung von Aktien börsennotierter Gesellschaften, auf die sich die Ausführungen hier beschränken, nehmen die Gerichte in Japan in der Regel deren Börsenkurs als Ausgangspunkt. Die Leitentscheidung des OGH aus dem Jahr 1975 betraf die Platzierung von jungen Aktien im Rahmen des genehmigten Kapitals bei Dritten gemäß Art. 280-2 HG a. F. (heute Art. 199 GesG).⁶⁶ Der OGH hat, ohne eine Unternehmensbewertung vorzunehmen, *allein* auf den Aktienkurs als Richtgröße abgestellt und auf dieser Grundlage dann zusätzlich weitere Faktoren des Einzelfalles berücksichtigt.

In neuerer Zeit ist die Frage des Stichtages – oder des Referenzzeitraumes – für die Bestimmung des bewertungsrelevanten Börsenkurses im Zusammenhang mit der Abfindung wegen Strukturveränderungen in den Vordergrund des Interesses getreten. Die aktuelle Leitentscheidung ist die Entscheidung des OGH i.S. *Rakuten vs. TBS* aus dem Jahr 2011.⁶⁷ Dort hat der OGH zum einen nochmals bestätigt, dass bei börsennotierten Gesellschaften der Aktienkurs Maßstab für die Bewertung ist. Zum anderen hat die Entscheidung eine erstmalige höchstrichterliche Klärung für den zeitlichen Anknüpfungspunkt der Aktienbewertung in denjenigen Fällen erbracht, in denen durch eine Umwandlungsmaßnahme mangels Synergieeffekten keine Wertsteigerung erfolgt. Nach Ansicht des OGH ist in solchen Fällen grundsätzlich auf den Aktienkurs zum Zeitpunkt der *Ausübung* des Anspruchs auf Übernahme der Aktien durch den widersprechenden Aktionär abzustellen. Dabei wird der Schlusspreis des betreffenden Tages zugrunde gelegt (*closing price*).

Kurz nach der *Rakuten*-Entscheidung erging eine weitere Entscheidung, der ein Aktientausch (Artt. 767 ff. GesG) zwischen zwei börsennotierten Gesellschaften zugrunde lag, welcher ebenfalls nicht zu Synergieeffekten führte.⁶⁸ Der OGH modifizierte seine vorhergehende Entscheidung nunmehr dahingehend, dass die Gerichte bei der Bestimmung eines „fairen Preises“ gemäß Art. 785 GesG einen großen Beurteilungsspielraum hätten. Ausgangspunkt sei zwar der Aktienkurs zum Zeitpunkt der Ausübung des Anspruchs auf Übernahme der Aktien, darüber hinaus könnten aber auch

66 OGH v. 8.4.1975, Minshū Bd. 29 (1975) 350.

67 OGH v. 19.4.2011, Minshū Bd. 65 (2011) 1311; dazu in westlichen Sprachen E. TAKAHASHI/T. SAKAMOTO, Japanese Corporate Law: Important Cases in 2011, *ZJapanR/J.Japan.L.* 33 (2012) 215, 216 ff.; H. WATANABE, Case No. 27, Corporate Law – Absorption-type Merger – Appraisal Remedy – Determination of Fair Value, in: Bälz/Dernauer/Heath/Petersen-Padberg (Hg.), *Business Law in Japan – Cases and Comments. Writings in Honour of Harald Baum* (Alphen aan den Rijn 2012) 291 ff.

68 OGH v. 26.4.2011, Kin'yū Shōji Hanrei Nr. 1367 (2011) 16 – *Interijensu*.

externe Umstände berücksichtigt werden, die unabhängig von der Strukturänderung aus *anderen* Gründen zu Kursschwankungen in dem Zeitraum zwischen der Bekanntgabe der Absicht, eine Strukturänderung vorzunehmen, und dem Ausübungszeitpunkt geführt hätten. Die Gerichte können mithin eine entsprechende Abweichung vom Börsenkurs vornehmen.

In einer Entscheidung des OGH aus dem Jahr 2012 ging es um die Bestimmung des „fairen Preises“ bei einer Aktienübertragung (Artt. 772 ff. GesG), die zu Synergieeffekten und damit zu einer Wertsteigerung geführt hatte.⁶⁹ Der OGH stellte wiederum auf das Vorliegen eines kaufähnlichen Verhältnisses und damit auf den Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung ab, mit der die widersprechenden Aktionäre ihren Anspruch auf Rückkauf ihrer Aktien durch die Gesellschaft geltend gemacht hatten. Damit hat der OGH die nach der *Rakuten*-Entscheidung in der Wissenschaft vertretene Auffassung bestätigt, dass sich aus der Logik jener Entscheidung ergebe, dass auch bei Vorliegen von Verbundvorteilen durch die Strukturänderung der Bewertungsstichtag der Tag der Ausübung sei.⁷⁰

e) *Geltendmachung und gerichtliche Überprüfung*

Japan kennt kein dem deutschen Spruchverfahrensgesetz vergleichbares, spezielles Gesetz für das gerichtliche Verfahren zur Bestimmung der Höhe von gesellschaftsrechtlich begründeten Abfindungen. Einschlägig ist vielmehr das allgemeine Gesetz über das Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (nachfolgend GFG).⁷¹ Ergänzend sind die Artt 868 ff. GesG heranzuziehen. Das japanische Verfahren unterscheidet sich in zahlreichen Einzelheiten zum Teil erheblich von dem deutschen. Beiden ist jedoch gemeinsam, dass es sich hier wie dort um ein Verfahren der freiwilligen und nicht der streitigen Gerichtsbarkeit handelt.

Eine Regelung darüber, wer unter welchen Voraussetzungen befugt ist, eine gerichtliche Preisbestimmung oder Preisüberprüfung zu beantragen, findet sich im GesG und nicht im GFG.⁷² Bei Abfindungen im Zusammenhang mit Strukturänderungen sind nur diejenigen Aktionäre antragsberech-

69 OGH v. 29.2.2012, Minshū Bd. 66 (2012) 1784 – *Tekumo*; vgl. zu der Entscheidung M. YANAGA, *Kabushiki kaitori seikyū ni okeru kōsei na kakaku* [Der „faire Preis“ beim Anspruch auf Aktienübernahme], *Jurisuto* Nr. 1441 (2012) 2 ff.

70 Vgl. K. TORIYAMA, *Kabushiki no kaitori seikyū to kyōsei shutoku ni okeru, kōsei na kakaku* [Der Anspruch auf Übernahme von Aktien und der „faire Preis“ beim erzwungenen Erwerb], in: Yamamoto (Hrsg.), *Kigyō-hō no hōri* [Prinzipien des Unternehmensrechts] (Tōkyō 2012) 93; Y. KUBOTA, *Honken hanhi* [Anmerkung zur [Tekumo-]Entscheidung], *Hanrei Hyōron* 638 (2012) 181.

71 *Hishō jiken tetsuzuki-hō*, Gesetz Nr. 14/1898 i. d. F. des Gesetzes Nr. 51/ 2011.

72 Siehe dazu (unter der alten Rechtslage) auch *Bälz* (Fn. 56) 160 ff.

tigt, die der Gesellschaft ihre Ablehnung *vor* der Hauptversammlung schriftlich mitgeteilt *und* ferner *auf* derselben gegen die Beschlussvorlage gestimmt haben (Art. 785 Abs. 2 Nr. 1 a) GesG). Ein widersprechender Aktionär kann sich auf der Hauptversammlung vertreten lassen.

Mit Ausübung des Andienungsrechtes entsteht ein Kaufvertrag zwischen dem betreffenden Aktionär und der Gesellschaft,⁷³ ohne dass es dabei auf die Zustimmung der Gesellschaft ankommt.⁷⁴ Bei Ausübung des Andienungsrechtes muss der Aktionär nach wie vor im Besitz der betreffenden Aktien sein, andernfalls erlischt das Recht.⁷⁵ Haben sich die Parteien nicht innerhalb von 30 Tagen nach dem Wirksamwerden der Maßnahme auf einen Rückkaufspreis verständigen können, kann der Aktionär (oder die Gesellschaft) innerhalb von 30 Tagen nach Ablauf dieser Frist (also insgesamt maximal 60 Tagen nach dem Wirksamwerden der Maßnahme) einen Antrag auf Einleitung der gerichtlichen Preisbestimmung stellen (Art. 786 Abs. 2 GesG).

Anders als in Deutschland scheint die Dauer der Verfahren in Japan kein Problem zu sein. Dazu mag beitragen, dass es vergleichsweise wenige Verfahren gibt und dass bezüglich der in der Praxis besonders relevanten Bewertung börsennotierter Aktien gemeinhin der Börsenkurs zugrunde gelegt wird und etwaige Zu- oder Abschläge auf bzw. von diesem Kurs von den Gerichten ohne die Einholung eines Sachverständigengutachtens selber vorgenommen werden.

3. *Individualschutz durch Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen*

Aktionären, die durch Beschlüsse einer Hauptversammlung, die nicht ordnungsgemäß einberufen oder durchgeführt wurde, in ihren Rechten verletzt wurden, stehen verschiedene Rechtsbehelfe zur Verfügung.⁷⁶ Die einschlägigen Regelungen finden sich in den Artikeln 828 ff. GesG. In der Praxis sind die Anfechtungsklage (*torikeshi no uttae*) gegen fehlerhafte Beschlüsse und die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit (*mukō no uttae*) eines Beschlusses der Hauptversammlung die wichtigsten Rechtsbehelfe. Das japanische Recht steht mit der konzeptionellen Trennung zwischen anfechtbaren und nichtigen Beschlüssen in der Tradition des deutschen Rechts.

73 OGH v. 1.3.1973, Minshū Bd. 27 (1973) 161, 167.

74 BÄLZ (Fn. 56) 164.

75 BÄLZ (Fn. 57) 106.

76 Einzelheiten bei H. BAUM/E. TAKAHASHI, Klagen gegen fehlerhafte Hauptversammlungsbeschlüsse im japanischen Aktienrecht, in: ZJapanR/J.Japan.L. 32 (2011) 153, 162 ff.

a) *Vorliegen eines Beschlussmangels*

Für die Erhebung einer Anfechtungs- wie auch einer Nichtigkeitsklage muss ein Beschlussmangel (*ketsugi no kashi*) vorliegen. Dies ist der Fall, wenn ein Beschluss der Hauptversammlung nach seinem Inhalt oder hinsichtlich des Verfahrens nicht ordnungsgemäß zustande gekommen ist. Das japanische Gesellschaftsrecht kennt drei Arten von Beschlussmängeln, die anfechtbare (Art. 831 GesG), nichtige (Art. 830 Abs. 2 GesG) oder Beschlüsse, die als nicht existent angesehen werden (Art. 830 Abs. 1 GesG), zur Folge haben. Bestehen formale Rechtsmängel hinsichtlich des Zustandekommens eines Beschlusses, ist dieser anfechtbar. Ist der Formmangel so schwerwiegend, dass vernünftigerweise gar nicht von der Fassung eines Beschlusses durch die Hauptversammlung ausgegangen werden kann, wird der „Beschluss“ als *nicht existent* angesehen. Im Fall von materiellen Mängeln in Form eines Verstoßes gegen gesetzliche Vorschriften ist der Beschluss grundsätzlich nichtig. Auf dessen Nichtigkeit kann sich jedermann jederzeit berufen, ohne dass es dafür einer vorherigen gerichtlichen Feststellung der Nichtigkeit bedarf.

b) *Anfechtbare Beschlüsse*

Das GesG nennt verschiedene formale Gründe, die zur Anfechtung eines Hauptversammlungsbeschlusses berechtigen. So sind Beschlüsse anfechtbar, wenn die Einberufung der Hauptversammlung gegen das Gesetz oder die Satzung verstoßen oder nur ein Teil der Aktionäre eine Einladung bekommen hat.⁷⁷ Zweitens ist ein Beschluss anfechtbar, wenn dessen Zustandekommen gegen Gesetz oder Satzung verstoßen hat.⁷⁸ Nach der Rechtsprechung ist dies beispielsweise der Fall, wenn die Mitglieder des Verwaltungsrates das Auskunftsverlangen eines Aktionärs auf der Hauptversammlung nicht ausreichend präzise und vollständig beantwortet haben.⁷⁹ Eine Beschlussfassung verstößt unter diesen Umständen gegen Art. 314 GesG. Drittens sind Beschlüsse anfechtbar, die auf besonders unfaire Art und Weise zustande gekommen sind.⁸⁰ Hierunter fällt etwa die Verwehrung des Zutritts zur Hauptversammlung gegenüber Aktionären, die der Gesellschaft kritisch gegenüberstehenden, oder eine Nichtbeachtung von deren Wortmeldungen. Schließlich sind Beschlüsse anfechtbar, deren Inhalt gegen die Satzung der Gesellschaft verstößt oder die für die Gesellschaft besonders

77 Art. 831 Abs. 1 Nr. 1 [erste Alternative] GesG.

78 Art. 831 Abs. 1 Nr. 1 [zweite Alternative] GesG.

79 DG Tōkyō v. 28.1.1988, Hanrei Jihō Nr. 1263 (1988) 3; DG Nara vom 29.3.2000, Hanrei Taimuzu Nr. 1029 (2000) 299.

80 Art. 831 Abs. 1 Nr. 1 [dritte Alternative] GesG.

nachteilig sind und einzelnen Aktionären Vorteile verschafft haben, die ungeachtet ihres besonderen Interesses gleichwohl an der Beschlussfassung mitgewirkt haben.⁸¹

Die Anfechtungsklage gegen einen Beschluss der Hauptversammlung kann innerhalb von drei Monaten nach der Beschlussfassung von einem Aktionär, Verwaltungsratsmitglied, internen Prüfer, Geschäftsführer oder Liquidator erhoben werden (Art. 831 Abs. 1 GesG). Beklagte ist die Gesellschaft (Art. 834 Abs. 1 Nr. 17 GesG). Das Anfechtungsurteil ist ein Gestaltungsurteil; entsprechend ist der angefochtene Beschluss solange wirksam, wie er nicht für nichtig erklärt wurde. Das Urteil entfaltet rückwirkende Rechtskraft. Wird ein Beschluss für nichtig erklärt, ist dieser mithin von Anfang an unwirksam. Dies birgt Gefahren für die Rechtssicherheit.

Auch wenn eine Anfechtungsklage sich gegen einen nachweislich fehlerhaften Beschluss richtet, kann das Gericht die Klage gleichwohl abweisen, wenn die Unwirksamkeit des Beschlusses schwerwiegende Folgen hätte, der Beschlussmangel indes nicht als erheblich einzustufen ist (Art. 831 Abs. 2 GesG). Die Klageabweisung durch gerichtliche Ermessensentscheidung ist auf leichte Verfahrensmängel beschränkt. Die aktuelle Rechtsprechung macht von dieser Ermessensbefugnis nur zurückhaltend Gebrauch.⁸²

Eine spannende Frage ist, wie das japanische Recht die Erhebung missbräuchlicher Anfechtungsklagen unterbindet, die in Deutschland ein massives Problem darstellen. Obwohl auch in Japan erpresserischer Aktionäre (*sōkai-ya*) aktiv sind oder dies zumindest bis in die jüngste Vergangenheit hinein waren, sind kaum Fälle bekannt, in dem eine Anfechtungsklage von diesen oder anderen Personen gegen einen Beschluss der Hauptversammlung benutzt worden wäre, um eine Gesellschaft zu erpressen. Dieser Befund steht in deutlichem Kontrast zu der Praxis der missbräuchlichen Erhebung von Anfechtungsklagen durch sog. „räuberische Aktionäre“ (und deren Rechtsvertreter) in Deutschland. Dies dürfte zum einen daran liegen, dass das Gericht eine Anfechtungsklage, auch wenn sie sich gegen einen nachweislich fehlerhaften Beschluss richtet, abweisen kann, wenn die Unwirksamkeit des Beschlusses schwerwiegende Folgen hätte, der Beschlussmangel indes nicht als erheblich einzustufen ist. Dies ist pragmatische Lösung des japanischen Rechts, für die es im deutschen keine Entsprechung gibt. Zum anderen dürfte das Fehlen von missbräuchlichen Klagen in Japan daran liegen, dass die Gewährung von Vermögensvorteilen im Zusammenhang mit der Ausübung von Aktionärsrechten strikt untersagt ist

81 Art. 831 Abs. 1 Nr. 2 bzw. Nr. 3 GesG.

82 Vgl. OGH v. 9.9.1993, Hanrei Jihō Nr. 1477 (1994) 140; ferner OGH v. 9.3.1995, Hanrei Jihō Nr. 1529 (1995) 153.

(Art. 120 GesG). Bei einem Verstoß machen sich die verantwortlichen Verwaltungsratsmitglieder strafbar (Art. 970 GesG). Die in Deutschland verbreiteten stillen Einigungen mit den räuberische Aktionäre bzw. deren Rechtsvertretern, wären in Japan demnach strafbar. Die Beteiligten haften zudem der Gesellschaft gegenüber gesamtschuldnerisch auf Erstattung der gezahlten Beträge.

c) Nichtigkeits Beschlüsse

Wenn der Inhalt eines Beschlusses der Hauptversammlung gegen gesetzliche Bestimmungen verstößt, ist dieser Beschluss nichtig. Dies gilt beispielsweise für Beschlüsse, die gegen das Gleichbehandlungsgebot der Aktionäre (Art. 109 Abs. 1 GesG)⁸³ oder den Grundsatz der beschränkten Haftung der Aktionäre (Art. 104 GesG) verstoßen.⁸⁴

Anders als im Fall der Anfechtbarkeit eines Beschlusses wegen eines Verfahrensfehlers, der erst nach einer entsprechenden gerichtlichen Feststellung rückwirkend unwirksam wird (s.o.), kann die Nichtigkeit eines Beschlusses wegen eines materiellen Mangels von jedermann zu jeder Zeit und entsprechend inzident im Rahmen anderer Gerichtsverfahren geltend gemacht werden. Das Gesetz stellt aber mit der Nichtigkeitsklage auch ein spezielles Verfahren zur Verfügung. Gemäß Art. 830 Abs. 2 GesG kann jedermann mit einem Rechtsschutzbedürfnis, und nicht etwa nur ein Aktionär oder Organ der Gesellschaft, eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses erheben. Dies wird vor allem damit begründet, dass die Nichtigkeit nicht aus einem Verfahrensfehler herrührt, sondern dass ihr ein materieller Mangel in Form eines Verstoßes gegen eine gesetzliche Bestimmung oder die öffentliche Ordnung zugrunde liegt, was wesentlich schwerer wiegt.

d) Bedeutung in der Praxis

Wie eingangs erläutert, handelt es sich bei der überwiegenden Zahl der Aktiengesellschaften in Japan um kleine und mittlere Gesellschaften. Entsprechend betrifft der Großteil der gesellschaftlichen Rechtsprechung Streitigkeiten innerhalb solcher Unternehmen.⁸⁵ Die vergleichsweise wenigen

83 Reichsgerichtshof (RGH) v. 31.1.1897, Minroku Bd. 5 Nr. 1, 67; RGH v. 22.5.1901, Minroku Bd. 7 Nr. 5, 106.

84 RGH v. 12.10.1922 Minshū Bd. 1, 581; RGH v. 7.10.1927, Hōritsu Shinbun Nr. 2771, 12; RGH v. 2.7.1931, Minshū Bd. 10, 543; RGH v. 30.4.1932, Hōritsu Shinbun Nr. 3410, 12.

85 E. TAKAHASHI, Zur Reform des Gesellschaftsrechts in Japan und deren Wirkung auf geschlossene Kapitalgesellschaften in der Praxis, in: AG 2010, 817, 819.

Entscheidungen zum Beschlussmängelrecht haben zudem in der Regel Auseinandersetzungen bei *geschlossenen* kleinen und mittleren Unternehmen zum Gegenstand.⁸⁶

In den letzten Jahren sind jedoch gelegentlich Vertreter der Fondsgesellschaften als neue Akteure auf den Hauptversammlungen börsennotierter japanischer Unternehmen aufgetreten. Diese versuchen, ihre Interessen und Rechte als Gesellschafter aktiv durchzusetzen. Zu diesem Zweck machen sie meist aggressiv von ihren gesetzlichen Auskunftsrechten Gebrauch. Die japanische Gerichtspraxis hat jedoch bislang eine zurückhaltende Position gegenüber diesen neuen Akteuren eingenommen.⁸⁷

4. *Individualschutz durch Pflichtangebot*

Besondere Gefährdungen ergeben sich für die Aktionäre im Kontext von Unternehmensübernahmen. Hier kommt der Verpflichtung eines Bieters, unter bestimmten Umständen gegenüber den außenstehenden Aktionären ein Angebot zum Erwerb ihrer Aktien abgeben zu müssen, individualschützende Wirkung zu. Bis zur Novellierung des Finanzprodukte- und Börsengesetzes (nachfolgend FBG⁸⁸) im Jahr 2006 kannte das japanische Übernahmerecht kein Pflichtangebot, vielmehr fehlte eine Verpflichtung des Bieters zum Erwerb aller angebotenen Aktien, wenn seine Beteiligung am stimmberechtigten Kapital der Zielgesellschaft eine bestimmte Grenze überstieg. Teilangebote und somit reine Kontrollakquisitionen waren uneingeschränkt zulässig, soweit die verfahrensrechtlichen Vorgaben für öffentliche Erwerbsgebote eingehalten wurden.⁸⁹ Die Reform von 2006 hat

86 M. YAZAWA/T. ŌTORI, *Kaisha-hō hanrei kenkyū no igi* [Die Bedeutung der Forschung zur Gesellschaftsrechtssprechung], in: Yazawa/Otori (Hrsg.), *Kaisha-hō hanrei hyakusen, dai-3-pan* [100 Urteile zum Gesellschaftsrecht] (3. Aufl., Tōkyō 1979) 7; es gibt, soweit ersichtlich, keinerlei statistische Angaben zu Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen in Japan.

87 BAUM/TAKAHASHI (Fn. 76) 159.

88 *Kin'yū shōhin torihiki-hō*, Gesetz Nr. 65/2006; engl. Übers. unter <http://www.japaneselawtranslation.go.jp>.

89 Zum japanischen Übernahmerecht mit umfassenden Nachweisen H. BAUM/M. SAITO, Übernahmerecht, in: Baum/Bälz (Hrsg.), *Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht* (2011) 317 ff.; rechtsvergleichend H. BAUM, Deutsches und japanisches Übernahmerecht in vergleichender Perspektive – Parallelen und Divergenzen, in: Assmann/Isomura/Kansaku/Kitagawa/Nettesheim (Hrsg.), *Markt und Staat in einer globalisierten Wirtschaft* (Tübingen 2010) 87 ff.; E. TAKAHASHI, Unternehmensübernahmen in deutschem und japanischen Kontext, *ibid.*, 67 ff., H. BAUM (übers. H. KUBO), *Doitsu nihon no kigyō baishu ni okeru kyōtsu-ten to sōiten* [Gemeinsamkeiten und Unterschiede im Übernahmerecht Deutschlands und Japans], in: Hayakawa/Masai/Kansaku/Takahashi (Hrsg.), *Doitsu kaisha-hō, shihon*

eine Art beschränktes Pflichtangebot – „Pflichtangebot japanischer Art“ – eingeführt (Art. 27-13 FBG).⁹⁰ Die Verpflichtung, im Rahmen eines öffentlichen Erwerbsangebots alle angebotenen Aktien zu erwerben, greift allerdings erst, wenn der Bieter seine Beteiligung an der Zielgesellschaft durch den Erwerb auf zwei Drittel oder mehr der stimmberechtigten Aktien erhöht (Art. 27-13 Abs. 4 FBG). Der Schwellenwert liegt damit erheblich über den in der europäischen Praxis üblichen 30 % der Stimmrechte.

Das Hauptziel der neuen Regelung war, für die Minderheitsaktionäre eine Ausstiegsmöglichkeit für den Fall des Aufbaus einer qualifizierten Kontrollposition zu schaffen, um so namentlich Schutz vor einem *Delisting* zu gewähren, das sich in der Vergangenheit häufig an den Erwerb einer solchen Mehrheit angeschlossen hat.⁹¹ Problematisch ist jedoch, dass es an einer Nachfrist fehlt, innerhalb derer die Aktionäre, die dem Bieter ihre Aktien noch nicht angedient haben, nach Ablauf der regulären Angebotsfrist in Kenntnis des Ergebnisses des Angebots eine informierte Entscheidung über ihren Verbleib in der Gesellschaft oder ihren Ausstieg treffen könnten. Da es in Japan auch kein gesellschaftsrechtlich begründetes allgemeines Verkaufsrecht der Minderheitsaktionäre, sondern nur ein Auskaufsrecht des Mehrheitsaktionärs gibt, sind diese in so einem Fall zumindest dann zum Verbleib in der Gesellschaft gezwungen, wenn kein liquider und attraktiver Markt für die betreffenden Aktien besteht.

Die Schutzwirkung des Pflichtangebots wird zudem dadurch vermindert, dass der Bieter lediglich einen für alle Verkäufer gleichen Kaufpreis zahlen und einheitliche Kaufbedingungen gewährleisten muss. Im Übrigen ist der Bieter in der Gestaltung des Angebots frei. Es besteht in Japan, in markantem Unterschied zu der europäischen Praxis, für den Fall eines Kontrollenerwerbs weder eine Verpflichtung, einen angemessenen Preis anzusetzen, noch gibt es das Erfordernis eines Mindestpreises.⁹²

5. Zwischenergebnis

Während der kollektive Schutz der Aktionäre durch die Aktionärsklage und der individuelle Schutz einzelner Aktionäre durch Abfindungsrechte in der Praxis eine erhebliche Rolle spielen, kommt den Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen, anders als in Deutschland, keine große Bedeutung zu; dort führt

shijō-hō kenkyū [Studien zum deutschen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht], (Tōkyō 2016) 506 ff.

90 Dazu BAUM/SAITO (Fn. 88) 335 f., Rn. 108 ff.

91 M. HAYAKAWA, Die Zulässigkeit von Abwehrmaßnahmen im sich entwickelnden japanischen Übernahmemarkt, in: Grundmann/Haar/Merkt/Mülbert/Wellenhofer (Hrsg.), FS Klaus J. Hopt (Berlin 2010) Bd. 2, 3081, 3086 f.

92 BAUM/SAITO (Fn. 88) Rn. 82, 111.

demgegenüber die Aktionärsklage lediglich ein Schattendasein. Auch bei der Pflichtangebotsregelung des japanischen Übernahmerechts dürfte es sich eher um eine Randerscheinung handeln. Insgesamt zeigt die vorstehende Analyse jedoch, dass die Durchsetzung von Aktionärsrechten in Japan im Prinzip funktioniert. Aber eine stärkere Orientierung der Unternehmensleitungen am *shareholder value* und eine Ausschüttung der massiven stillen Reserven an die Aktionäre als den Unternehmenseignern lässt sich offensichtlich trotz deren starker rechtlicher Stellung und der Möglichkeit, diese Rechte auch durchsetzen zu können, offensichtlich nicht erreichen.

Damit stellt sich die Frage, ob zumindest eine mittelbare Umsetzung von Aktionärsinteressen durch aktive institutionelle Aktionäre und den Markt für Unternehmenskontrolle in Japan zu beobachten ist.

VI. MITTELBARE UMSETZUNG VON AKTIONÄRSINTERESSEN DURCH AKTIVE INSTITUTIONELLE AKTIONÄRE UND DEN MARKT FÜR UNTERNEHMENSKONTROLLE?

In den 1960er und 1970er Jahren hatten amerikanische Unternehmen, ähnlich wie heute die japanischen, erwirtschaftete Überschüsse nicht an die Aktionäre weitergegeben, sondern zum Aufbau von großen Konglomeraten verwendet, die in den unterschiedlichsten Geschäftsfeldern aktiv waren, sog. „empire building“. Als Folge waren die einzelnen Unternehmensteile mehr wert als das Unternehmen als Ganzes. Die Antwort auf diese Missstände war die Zerschlagung der Konglomerate durch *hostile takeovers* in den 1980er Jahren. Die Bieter verkauften die einzelnen Sparten der übernommenen Unternehmen mit erheblichen Gewinnen und die Aktionäre partizipierten daran durch die Übernahmeprämien, die in die Übernahmeangebote eingepreist waren. Es entstand durch die feindlichen Übernahmen in aller Regel ein erheblicher Mehrwert für die verkaufenden Aktionäre der Zielgesellschaft.⁹³

In Japan gibt es heute zwar nur wenige Konglomerate wie seinerzeit in den USA, aber das eingangs beschriebene unproduktive Horten von stillen Reserven ist ein allgegenwärtiges Problem. Zum Teil hat es auch massive jahrelange Wertvernichtungen durch schlechtes Management gegeben, aber in diametralem Gegensatz zu den USA war bislang keine feindliche Über-

93 Überblick bei HARALD BAUM, *Takeover Law*, in: Basedow/Hopt/Zimmermann/Stier (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of European Private Law* (Oxford 2012) 1649 ff.; ausführliche Analysen BERNARD BLACK, *The First International Merger Wave (and the Fifth and last U.S. Wave)*, in: *University of Miami Law Review* 54 (2000) 799 ff.; ROBERTA ROMANO, *A Guide to Takeovers: Theory, Evidence, and Regulation*, in: *Yale Journal on Regulation* 9 (1992) 119 ff.

nahme im klassischen Sinn in Japan erfolgreich.⁹⁴ Versuche ausländischer Hedgefonds, über den Aufbau von Beteiligungen und die Einholung der Zustimmung anderer Aktionäre die Verwaltungen japanischer Unternehmen zu Strategiewechseln zu zwingen, sind weitgehend gescheitert. Die japanischen institutionellen Anleger haben nicht mitgezogen. In den wenigen Fällen, in denen japanische institutionelle Investoren von ausländischen Hedgefonds u. a. überzeugt werden konnten, mit ihnen zu stimmen, konnten signifikante Erhöhungen der Eigenkapitalrendite durchgesetzt werden.⁹⁵

Ein typisches Beispiel für ein solches Scheitern ist der erfolglose Übernahmeversuch des Private-Equity-Fonds *Steel Partners Japan Strategic Fund (Offshore) LP* sein, der mit der US-amerikanischen Beteiligungsgesellschaft *Steel Partners* affiliert ist, im Jahr 2007 den an der Börse Tōkyō notierten traditionellen japanischen Lebensmittelproduzenten *Buru Dokku Sōsu KK (Bulldog Sauce)* zu übernehmen. Die Verwaltung von *Bulldog* beschloss, sich gegen den Übernahmeversuch mit der Ausgabe von Bezugsrechten zur Wehr zu setzen, welche die Altaktionäre unter Ausschluss von *Steel Partners* berechtigten, für jede alte Aktie kostenfrei drei neue zu beziehen. *Steel Partners* erhielt eine hohe finanzielle Entschädigung für den Bezugsrechtsausschluss, die einen entsprechenden Verlust für die Altaktionäre bedeutete. Gleichwohl stimmten mehr als 80 % von ihnen der Verteidigungsmaßnahme entgegen ihren eigenen Interessen zu, was als schlicht „irrationales Verhalten“ bezeichnet wurde.⁹⁶ Versuche von *Steel Partners*, sich gegen den Bezugsrechtsausschluss gerichtlich zur Wehr zu setzen, scheiterten. Der OGH erachtete den Bezugsrechtsausschluss als zulässig, da es sich bei *Steel Partners* „nur“ um einen renditeorientierten institutionellen Finanzinvestor handele, den der Gerichtshof als einen „mißbräuchlichen Bieter“ disqualifizierte, der sich lediglich um die Ausschüttung von im Übermaß thesaurierten Gewinnen bemühe.⁹⁷ Aus rechtsver-

94 Im Jahr 2007 war ein von dem Management der Zielgesellschaft abgelehntes Übernahmeangebot aufgrund besonderer Umstände und Verhandlungen mit dem Großaktionär, der kurze Zeit später insolventen Bank Lehmann Brothers, im Wege eines Paketkaufes im Ergebnis erfolgreich (Übernahme der an der Börse Tōkyō notierten *Solid Group Holding* durch den japanischen Finanzdienstleister *SFCG*); zum (dysfunktionalem) Markt für Unternehmenskontrolle in Japan BAUM (Fn. 8) 325, 332 ff.; rechtsvergleichend zum deutschen und japanischen Übernahmerecht DERS. (Fn. 89) 87 ff.; umfassend ferner ENRICO COLCERA, *The Market for Corporate Control in Japan* (Berlin 2007).

95 Einzelheiten bei BUCHANAN/CHAI/DEAKIN (Fn. 20) 282 ff.; GOTO (Fn. 19) 147 ff.

96 GOTO (Fn. 19) 143.

97 OGH v. 7.8.2007, Shōji Hōmu Nr. 1809 (2007), 16 = Hanrei Jihō Nr. 1983 (2007), 56; engl. Übers. TAKAHASHI/SAKAMOTO, in: *ZJapanR/J.Japan.L.* 25 (2008) 221 ff.; ausführlich zum Ganzen N. HANSEN, *Japan's First Poison Pill Case*, Bull-

gleichender Sicht mutet das Urteil als eine Fehlentscheidung an, die mit Blick auf die externe Corporate Governance wenig überzeugend, um nicht zu sagen völlig unsinnig erscheint und, die Mentalität illustriert, an welcher der Markt für Unternehmenskontrolle in Japan krankt.

Die Verwaltungen japanischer Unternehmen sehen ihre vordringliche Verantwortung offensichtlich darin, das Unternehmen als organisatorische Einheit mit den diversen in ihm gebündelten Interessen zu erhalten.⁹⁸ *Shareholder value* ist dabei nur ein Parameter unter vielen und entsprechend fehlt es mangels Unterstützung an einer effizienten mittelbaren Umsetzung von Aktionärsinteressen durch aktive institutionelle Aktionäre in Japan. Ein wesentlicher Grund für deren Scheitern dürfte in den nach wie vor starken wechselseitigen Beteiligungen bei kleinen und mittleren Unternehmen liegen, deren Verwaltungen kein Interesse an der Erhöhung des *shareholder value* haben, sondern vielmehr an den wechselseitigen Geschäftsmöglichkeiten und ihrem eigenen Schutz interessiert sind.⁹⁹

VII. FAZIT

Als Fazit lässt sich festhalten: Das eingangs erwähnte Paradox von starken und durchsetzbaren *Rechten* der Aktionäre in Japan bei gleichzeitiger schwacher institutioneller Absicherung ihrer *Interessen* bleibt bestehen, aber vielleicht ist dieses Ungleichgewicht weniger paradox, als es zunächst anmutet. Möglicherweise ist gerade die starke Stellung japanischer Aktionäre einer der Gründe dafür, dass die Verwaltungen sich bemühen, deren Interessen hintan zu halten.

dog Sauce v. Steel Partners: A Comparative and Institutional Analysis, in: ZJapanR/J.Japan.L. 26 (2008) 139 ff.

98 BUCHANAN/DEAKIN (Fn. 9) 81.

99 GOTO (Fn. 19) 142 ff.

Ein Kampf ums Recht

Cause Lawyering für die Interessen temporärer Arbeitsmigrant*innen in Japan

*Daniel Kremers**

- I. Japan – Rechtsstaat und Einwanderungsland
 1. Cause lawyering und Advocacy als Integration in den Rechtsstaat
 2. Die Forschung zu Advocacy und Interessenvertretung für Migrant*innen in Japan
- II. Legalität und Realität temporärer Arbeitsmigration
 1. Rechtliche Strukturierung des Technischen Praktikumsprogramms
 2. Umfang des Technischen Praktikumsprogramms
 3. Gesetzesverstöße und Interessenkonflikte
- III. Rechtsbeistand und cause lawyering für temporäre Migrant*innen
 1. Die Gründung des Kenbenren
 2. Vernetzung und Kooperation mit anderen Organisationen
 3. Prozessführung und Rechtsbeistand
 4. Publikationen des Kenbenren und seiner Mitglieder
 5. Politikvorschläge und -kommentare des Kenbenren
- IV. Schluss: Die politische Rolle von cause lawyering in Japan – Ein aussichtsloser Kampf?

I. JAPAN – RECHTSSTAAT UND EINWANDERUNGSLAND

Die Einschätzung, Japan sei ein Einwanderungsland, ist in der Forschung umstritten und wird trotz der steigenden Zahl in Japan lebender ausländischer Staatsbürger*innen¹ von den Institutionen der politischen Gesellschaft,

* Dr. phil., Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Deutschen Institut für Japanstudien (DIJ), Tōkyō. Ich danke Herrn *Michael Pfeifer* für seine hilfreichen rechtswissenschaftlichen Kommentare und wertvollen Anmerkungen. Ganz besonders danke ich Herrn Prof. *Moritz Bälz* für seinen Hinweis auf *Rudolf v. Jherings* „Kampf um’s Recht“. Für das Korrekturlesen des Manuskripts danke ich Frau *Maiko Steiger*. Frau *Halina Jordan* danke ich für ihre ausdauernde und kritische Mitarbeit an diesem Projekt.

1 Ich bemühe mich um eine geschlechtergerechte Schreibweise. Das * berücksichtigt Geschlechtersubjekte jenseits der im Deutschen grammatikalisch aufgezwungenen Unterscheidung von Personen als entweder männlich oder weiblich. Andererseits

also von der japanischen Regierung, der Bürokratie sowie von den Gesetzen und Gerichten nicht geteilt.² Unabhängig von der Frage, ob mehr Zuwanderung wünschenswert ist, ergibt sich daraus, dass Japan bei zunehmender internationaler Migration ein Integrationsproblem hat – der Gestalt, dass das japanische Recht spätestens seit 1991 temporäre und längerfristige Zuwanderung unter bestimmten Bedingungen zulässt und sogar fördert, nicht jedoch die soziale und rechtliche Integration der Migrant*innen.³ Letztere werden weitgehend der lokalen Ebene und der Zivilgesellschaft überlassen.⁴

berücksichtigt dies im Falle einer Übersetzung aus dem Japanischen, dass es dort weder den Numerus noch den Sexus gibt.

- 2 D. CHIAVACCI, Japans neue Immigrationspolitik: Ostasiatisches Umfeld, ideale Diversität und institutionelle Fragmentierung (Wiesbaden 2011); T. KIBE/D. THRÄNHARDT, Japan: A Non-Immigration Country Discusses Migration, in: Bommes/Thränhardt (Hrsg.), *National Paradigms of Migration Research* (Osnabrück 2010) 233–257; G. S. ROBERTS, Vocalizing the ‘I’ Word: Proposals and Initiatives on Immigration to Japan from the LDP and Beyond, in: *Asien, 124, International Labor Migration to Japan: Current Models and Future Outlook* (2012) 48–68.
- 3 Ich werde mich in diesem Artikel auf die Darstellung des neueren japanischen Rechtes im Hinblick auf temporäre Arbeitsmigration beschränken. Für einen Überblick des Immigrationsrechtes mit einem Fokus auf längerfristige Einwanderung sowie einer historischen Einordnung verweise ich auf Y. OKUDA, Japanisches Immigrationsrecht: historische Entwicklung und einige gegenwärtige Probleme in den Beziehungen zu benachbarten Rechtsgebieten, in: *ZJapanR/J.Japan.L.* 35 (2013) 155–169, für das Verhältnis des Ausländerrechts zur japanischen Verfassung auf J. C. FISHER, „We the kokumin“: the Constitution, International Law and the Rights of Foreigners in Japan, in: *ZJapanR/J.Japan.L.* 39 (2015) 109–135 sowie für die Behandlung von Geflüchteten auf J. BEHAGHEL, Die Situation von Flüchtlingen in Japan, in: *ZJapanR/J.Japan.L.* 6 (1998) 125–138 in dieser Zeitschrift.
- 4 J. BEHAGHEL/G. VOGT, Arbeitsmigration nach Japan: Rechtliche Rahmenbedingungen, politischer Diskurs, in: *Japanstudien* 18 (2006) 111–148; S. HAN, From the Communitarian Ideal to the Public Sphere: The Making of Foreigners’ Assemblies in Kawasaki City and Kanagawa Prefecture, in: *Social Science Japan Journal* 7, 1 (2004) 41–60; W. HERBERT, Die Asiatische Gefahr: Ausländerkriminalität in Japan als Argument in der Diskussion um ausländische ‚illegale‘ ArbeitsmigrantInnen (Wien 1993); H. KANEGAE (Hrsg.), *Gaikoku-jin rōdō-sha no jinken to chiiki shakai – Nihon no genkyō to shimin ishiki katsudō* [Die Menschenrechte ausländischer Arbeitender und die regionale Gesellschaft: Die gegenwärtige Situation sowie das Bewusstsein und Handeln von Bürgern Japans] (Tōkyō 2001); F. KEMPKA, Vertraute Fremde: Akzeptanz in der Integrationsförderung von MigrantInnen in Japan und Deutschland (Wiesbaden 2012); H. KOMAI, *Migrant Workers in Japan* (1. Aufl., London u. a. 1995); H. KOMAI (Hrsg.), *Imin wo meguru jichi-tai no seisaku to shakai undō* [Politik der Selbstverwaltungskörperschaften und soziale Bewegungen, die auf Migrant*innen gerichtet sind] (Tōkyō 2004); D. KREMERS, Transnational Migrant Advocacy from Japan: Tipping the Scales in the Policy Making Process, in: *Pacific Affairs* 87, 4 (2014) 715–741; G. ROBERTS, NGO Support for Migrant La-

Während die Regierung in Tōkyō bestimmte japanische Unternehmen mit der Arbeitskraft von Migrant*innen versorgt, werden die Kosten sozialer und rechtlicher Absicherung den lokalen Kommunen, freiwilligen Helfer*innen sowie den Migrant*innen und ihren Angehörigen aufgebürdet.

Die sich aus dieser rechtlichen und ökonomischen Ungleichheit ergebenden sozialen Konflikte werden verschärft durch einen *de facto* Ausschluss migrantischer Arbeitnehmer*innen von Rechten, die ihnen in Japan *de jure* zustehen. Im Gegensatz zu ihren Arbeitgeber*innen fehlt es vor allem temporären Migrant*innen in Japan an Zeit, Geld (ökonomisches Kapital), mit Macht und Privilegien ausgestatteten Netzwerken (soziales Kapital) sowie dem Wissen (kulturelles Kapital)⁵ um ihr Recht sowie die Mittel und Wege diesem Geltung zu verschaffen. Insbesondere die temporäre, unfreie und transnationale Struktur des *Technical Intern Training Program* (TITP), im Folgenden auch Praktikumsprogramm, Japans wichtigstem Kanal für die temporäre Zuwanderung in den Niedriglohnsektor, erschwert es betroffenen Migrant*innen durch Protest und Widerspruch (*voice*) oder Wechsel von Wohnort und Arbeitsstelle (*exit*) ihre Selbstbestimmung zu erhöhen.⁶

Während die lokale Ebene und das bürgerschaftliche Engagement zum Teil die Untätigkeit der zentralen politischen Institutionen in den Feldern Gesundheit, Bildung und Wohnung von Migrant*innen ausgleichen kann, fehlt es auch hier an Zeit und fachlicher Kompetenz, um die Integration in den Rechtsstaat zu gewährleisten. Auch mangelt es auf Seiten der lokalen Kommune an Anreizen in das Wohlergehen von Migrant*innen zu investieren, wenn von vornerein feststeht, dass diese in absehbarer Zeit ohne Aussicht auf Rückkehr das Land verlassen müssen. Das politische und soziale Handeln von Jurist*innen, über die rechtliche Vertretung ihrer Mandant*innen hinaus, stellt daher eine zentrale Voraussetzung für die Integration von Migrant*innen dar. Sie wird im Folgenden am Beispiel von temporärer Arbeitsmigration innerhalb des TITP als *cause lawyering* analysiert.

bor in Japan, in: Douglass/Roberts (Hrsg.), *Japan and Global Migration: Foreign Workers and the Advent of a Multicultural Society* (Honolulu 2000) 275–300; A. W. SHIPPER, *Fighting for Foreigners: Immigration and its Impact on Japanese Democracy* (Ithaca u. a. 2008).

- 5 Vgl. P. BOURDIEU, Ökonomisches Kapital, kulturelles Kapital, soziales Kapital, in: *Soziale Ungleichheiten, Soziale Welt, Sonderband 2* (1983) 183–198.
- 6 M. LIANG, „Place making“ in Kawakami: aspirations and migrant realities of Chinese „technical interns“, in: *Contemporary Japan* 26, 2 (2014) 245–262; s. zum Konzept A. O. HIRSCHMAN, *Exit, Voice and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations and States* (Cambridge 1970).

1. *Cause lawyering und Advocacy als Integration in den Rechtsstaat*

Das Konzept des *cause lawyering* kommt aus den US-amerikanischen Sozialwissenschaften. Wesentlich geprägt wurde es von *Austin Sarat* und *Stuart Scheingold*.⁷ In der Literatur zu *cause lawyering* überwiegen mikrosoziologische Studien, die nach Motivationen, politischen Ansichten und Karrieren von Rechtsanwält*innen fragen. *Christos Boukalas* (2013) versteht unter *cause lawyering* die Auseinandersetzung von Anwält*innen mit sozialen und politischen Prozessen.⁸ Hier dagegen bezeichnet *cause lawyering* die gezielte öffentliche Bearbeitung einer juristisch relevanten Angelegenheit (*cause*) durch Rechtsanwält*innen (*lawyers*) begleitend zum Rechtsbeistand, also der rechtlichen Beratung und Vertretung der von dieser Angelegenheit betroffenen Personen. Der Begriff *cause lawyering* hat bisher noch kein Äquivalent im Deutschen und wird auch in diesem Artikel unübersetzt bleiben. Dies soll im Sinne des Wissenstransfers die Rückverfolgung zu seinen angelsächsischen Ursprüngen erleichtern.⁹

In seiner politischen Dimension hat der Begriff *cause lawyering* eine besondere Nähe zum Konzept der *Advocacy*. Unter *Advocacy* ist die stellvertretende öffentliche Einflussnahme auf die Politikgestaltung im Dienste kollektiver Interessen zu verstehen. Von der klassischen Interessenvertretung unterscheidet sich *Advocacy* dadurch, dass nicht ausschließlich oder in erster Linie die eigenen Interessen vertreten werden. Vom *Lobbying* unterscheidet sich *Advocacy* durch die strategische Einbeziehung der Öffentlichkeit, d.h. eines nicht spezifizierten und unmittelbar betroffenen Publikums. Der Begriff *Advocacy* wurde ins Deutsche als „themenanwaltschaftliche Interessenvertretung“ übersetzt.¹⁰ Diese sehr beschreibende Übersetzung macht die Nähe zu *cause lawyering* auch sprachlich deutlich. Aufgrund ihrer Sperrigkeit soll im Folgenden jedoch der englische Begriff verwendet werden.

7 A. SARAT/S. SCHEINGOLD (Hrsg.), *Cause Lawyering and the State in a Global Era* (Oxford 2001).

8 C. BOUKALAS, *Politics as Legal Action/Lawyers as Political Actors: Towards a Reconceptualisation of Cause Lawyering*, in: *Social & Legal Studies* 22, 3 (2013) 395–420.

9 Andererseits seien Kenner*innen des kontinentaleuropäischen Rechtskreises dazu aufgefordert, den Begriff für die nicht englischsprachige Rechtswissenschaft nutzbar zu machen und gegebenenfalls zu übersetzen.

10 DEUTSCHER BUNDESTAG, Bericht der Enquete-Kommission „Zukunft des Bürgerschaftlichen Engagements“ *Bürgerschaftliches Engagement: auf dem Weg in eine zukunftsfähige Bürgergesellschaft*, Drucksache 14/8900 (2002) 27; D. SCHWENGER, *Organisation internationaler Nichtregierungsorganisationen – Aufbau und Koordination von NGOs im System der Vereinten Nationen* (Wiesbaden 2013) 32.

Wenn hier von Integration in den Rechtsstaat die Rede ist, so meint dies einerseits das Zugänglichmachen von Rechten sowie des Rechtswegs für Individuen, die auf Grund sozio-ökonomischer, kultureller oder rechtlicher Benachteiligung von diesen ausgeschlossen werden, sowie andererseits eine Anpassung des Rechts an die Bedürfnisse dieser Individuen. Integration sei daher unterschieden von dem in der Migrationssoziologie verbreiteten Konzept der kulturellen Assimilation, welches die Anpassung und Angleichung von Migrant*innen an ihr Umfeld über mehrere Generationen hinweg beschreibt.¹¹

Die Integration in den Rechtsstaat setzt somit einen „Kampf um’s [sic!] Recht“ voraus, wie er von *Rudolf von Jhering* 1872 beschrieben wurde, nämlich einen Kampf des Individuums gegen herrschende Interessen, welche sich in Privilegien, Institutionen und Gesetzen niedergeschlagen haben. *Jhering* zu Folge, ist

„[alles] Recht in der Welt [...] erstritten worden, jeder Rechtssatz, der da gilt, hat erst denen, die sich ihm widersetzen, abgerungen werden müssen, und jedes Recht, das Recht eines Volkes, wie das eines Einzelnen, setzt die stetige Bereitschaft zu seiner Behauptung voraus“.¹²

Auch wenn eine Änderung der Rechtsordnung auf die Verfolgung eines Eigeninteresses (konkretes Recht) abzielt, kann dies zur „Entstehung, Bildung, [und zum] Fortschritt des abstracten [sic!] Rechts in der Geschichte“ beitragen.¹³ Wenn dieser „Kampf um’s Recht“ stellvertretend für Individuen oder eine Gruppe geführt wird, kann von *Advocacy* gesprochen werden. Wenn daran praktizierende Jurist*innen beteiligt sind und der Rechtsweg als ein Mittel gewählt wird, handelt es sich demnach um *cause lawyering*.

Jhering wies aber auch darauf hin, dass nicht alle Menschen ihre Rechte als erstritten und erkämpft wahrnehmen:

„Unangefochten und ohne Anstoss [sic!] verläuft das Leben von Tausenden von Individuen in den geregelten Bahnen des Rechts, und würden wir ihnen sagen: Das Recht ist

11 S. K. BROWN/F. D. BEAN, *Assimilation Models, Old and New: Explaining a Long-Term Process*, in: *Migration Information Source*, Migration Policy Institute, 1. Oktober 2006, <http://www.migrationpolicy.org/article/assimilation-models-old-and-new-explaining-long-term-process/>; T. J. HATTON, *The Immigrant Assimilation Puzzle in Late Nineteenth-Century America*, in: *The Journal of Economic History* 57 (1997) 34–62; M. C. WATERS/T. R. JIMÉNEZ, *Assessing Immigrant Assimilation: New Empirical and Theoretical Challenges*, in: *Annual Review of Sociology*, 31 (2005) 105–125; A. TAKENAKA/K. ISHIDA/M. NAKAMURO, *Negative Assimilation: How Immigrants Experience Economic Mobility in Japan*, in: *ESRI Discussion Paper Series 293* (Tōkyō 2012).

12 R. VON JHERING, *Der Kampf um’s Recht* (Wien 1872) 8.

13 VON JHERING (Fn. 12) 11–12.

Kampf, sie würden uns nicht verstehen, sie kennen dasselbe nur als Zustand des Friedens, der Ruhe, der Ordnung. Und vom Standpunkt ihrer Erfahrung haben sie vollkommen Recht, ganz so wie der reiche Erbe, dem mühelos die Frucht fremder Arbeit in den Schoos [sic!] gefallen ist, Recht hat, den Satz: Eigenthum [sic!] ist Arbeit, in Abrede zu stellen. Die Täuschung Beider hat ihren Grund darin, dass die zwei Seiten des Eigenthums- [sic!] und Rechtsbegriffes subjektiv in der Weise aus einander fallen können, dass dem Einen der Genuss und der Friede, dem Anderen die Arbeit und der Kampf zu Theil [sic!] wird“.¹⁴

Wenn sich das bestehende Recht mit den eigenen Interessen deckt, so kann man von Privilegierung sprechen. Wenn weniger privilegierte Personen, also Personen deren Interessen und Bedürfnisse vom geltenden Recht nicht ausreichend berücksichtigt werden, für ihre Rechte streiten und auf die Privilegien anderer hinweisen, lassen sich bei den privilegierten Personen Abwehrreflexe beobachten, denn es fällt nicht leicht, die eigenen Rechte als Resultat von Privilegierung zu sehen. Der Genuss eines Privilegs wird aber nicht geringer, wenn es ein*e andere*r auch genießt. Nicht selten jedoch sind die Privilegien der einen das Resultat eines Unrechts gegenüber anderen. Denn, so *Jhering*, „für den Einen, der genießt [sic!] und in Frieden lebt, hat ein Anderer arbeiten und kämpfen müssen“.¹⁵ Wenn der Genuss einer Person aus der Arbeit einer anderen resultiert, wird der „Kampf um’s [sic!] Recht“ auf Genuss der arbeitenden Person schwerer:

„Mit dem bestehenden Recht haben sich im Laufe der Zeit die Interessen von Tausenden Individuen und ganzer Stände in einer Weise verbunden, dass dasselbe sich nicht beseitigen lässt, ohne letztere in empfindlicher Weise zu gefährden – den Rechtssatz oder die Einrichtung aufheben wollen, heisst [sic!] allen diesen Interessen den Krieg erklären, einen Polypen losreißen [sic!], der sich mit tausend Armen festgeklammert hält. Jeder solche Versuch ruft also in naturgemäßer Bethätigung [sic!] des Selbsterhaltungstriebes den heftigsten Widerstand der bedrohten Interessen und damit einen Kampf hervor, bei dem wie bei jedem Kampfe nicht das Gewicht der Gründe, sondern das Machtverhältniss [sic!] der sich gegenüberstehenden Kräfte den Ausschlag gibt und damit nicht selten dasselbe Resultat hervorruft, wie beim Parallelogramm der Kräfte: eine Ablenkung von der ursprünglichen Linie in die Diagonale. Nur so wird erklärlich, dass Einrichtungen, über welche das öffentliche Urtheil längst den Stab gebrochen hat, oft noch lange ihr Leben zu fristen vermögen; es ist nicht die *vis inertiae*, die es ihnen erhält, sondern die Widerstandskraft der bei ihrem Bestande beteiligten [sic!] Interessen“.¹⁶

Der strukturelle Zusammenhang von Privilegierung und dem Zugang zu bestehenden Rechten sowie die Macht das Rechte umzugestalten, lässt sich mit *Pierre Bourdieus* Kapitalformentheorie anschaulich machen. *Bourdieu* unterscheidet zwischen drei Kapitalformen: Ökonomisches Kapital (materi-

14 VON JHERING (Fn. 12) 8–9.

15 VON JHERING (Fn. 12) 10–11.

16 VON JHERING (Fn. 12) 14.

elle oder symbolische Tausch-, Investitions- und Produktionsmittel), kulturelles Kapital (Geschmack, Wissen und erlernte Fähigkeiten) und soziales Kapital (zwischenmenschliche Beziehungen und Netzwerke).¹⁷ Diese sind ineinander konvertierbar und messbar in Zeit. Je größer das Guthaben in einer Kapitalform, desto geringer der Zeitaufwand bei der Beschaffung von Gütern in einer anderen Kapitalform. Dadurch reproduzieren sich Ungleichheiten innerhalb von Gesellschaften, welche sich letztendlich auch auf den Zugang zu Rechten und der politischen Partizipation niederschlagen – Wissen ist Zeit ist Geld ist Zeit ist Netzwerke sind Macht. So wie für *Jhering* alles Recht erstritten wurde, sind laut *Eva Barlösius* (2004) für *Bourdieu*

„alle gesellschaftlichen Verhältnisse Ausdruck und Ergebnis sozialer Auseinandersetzungen und Kämpfe, bei denen [...] Menschen sich von bevorzugten und andere von benachteiligten Positionen aus für ihre Interessen und Ideen einsetzen könne und müssen“.¹⁸

Advocacy und *cause lawyering* sind also neue Begriffe für die Austragungsweise lange bekannter sozialer Konflikte. Sie werden hier als Umverteilungsstrategien verstanden, die darauf abzielen angesichts einer Wahrnehmung der Ungerechtigkeit bestehender Verteilungsmechanismen, dem Versagen bestehender Rechtsnormen entgegen- oder auf die Formulierung neuer Rechtsnormen hinzuwirken, welche den Zugang zum Recht egalisieren und dadurch den Einfluss der Kapitalverteilung auf die Privilegierung abmildern. Ich werde dies im Folgenden anhand der rechtlichen Situation von temporären Arbeitsmigrant*innen sowie des Kampfes um ihr Recht praxisbezogen aufzeigen. Bevor im nächsten Abschnitt die rechtliche und sozio-ökonomische Arena dieses Kampfes beschrieben wird, soll noch kurz auf den Forschungsstand zu *Advocacy* und die Vertretung von migrantischen Interessen in Japan eingegangen werden.

2. *Die Forschung zu Advocacy und Interessenvertretung für Migrant*innen in Japan*

Freiwillige Zusammenschlüsse und Vereine in Japan wurden in der Forschung unter dem Sammelbegriff „Zivilgesellschaft“ meist als politikfern und dienstleistungsorientiert beschrieben.¹⁹ In einer besonders einflussreichen Studie von 2006 argumentierte *Robert Pekkanen*, dass die japanische Zivilgesellschaft (*civil society*) stark sei in der Akkumulierung von „Sozialkapital“ (*social capital*) auf der lokalen Ebene – hier verstanden im putnamischen Sinne als auf engen interpersonalen Netzwerken beruhendes Vertrau-

17 BOURDIEU (Fn. 5) 185.

18 E. BARLÖSIUS, Kämpfe um soziale Ungleichheit: Machttheoretische Perspektiven (Wiesbaden 2004) 116.

19 KREMERS (Fn. 4) 716.

en²⁰ – und schwach im Bereich Advocacy und Interessenvertretung auf der nationalstaatlichen Ebene. Dabei schließt *Pekkanen* Gewerkschaften und Wirtschaftsverbände allerdings von seiner Definition der Zivilgesellschaft kategorisch aus.²¹ Diese funktionale Dualität führte *Pekkanen* auf den juristischen Rahmen zurück. Insbesondere das Zivilgesetz²² erschwere die Inkorporierung und damit das politische Handeln von Organisationen. Die Rechtslage schlage sich auch in einem zahlenmäßigen Verhältnis nieder. So gäbe es in Japan viele kleine Nachbarschaftsvereinigungen ohne Rechtsform und wenige regierungsunabhängige inkorporierte Interessenorganisationen – Gewerkschaften und Wirtschaftsverbände ausgenommen.²³ Ähnliche Effekte beobachteten *Gesine Foljanty-Jost* und *Mai Aoki* beim Gesetz zur Förderung bestimmter nicht-profitabler Aktivitäten²⁴ von 1998. Es ermöglicht die Inkorporierung kleiner nicht auf Gewinn zielender Organisationen, begünstige dabei jedoch solche Organisationen, die in sozialen und kulturellen Bereichen aktiv sind, während es politisches Engagement erschwere.²⁵

Auch in der Forschung zu Migrant*innenorganisationen finden sich ähnliche Beobachtungen. Hier lautet der wissenschaftliche Konsens, dass die Zivilgesellschaft und lokale Kommunen eine Basis für Migrant*innenhilfe und soziale Integration geschaffen hätten, aber weitgehend dabei versagten, die Gesetzgebung zu einer Verbesserung des rechtlichen Rahmens zu bewegen. Zwar wies schon 2000 *Glenda Roberts* in ihrer Untersuchung zu migrant*innenfreundlichen Gewerkschaften und Frauenhäusern darauf hin, dass diese Organisationen einen landesweiten Dachverband gegründet hatten, um Einfluss auf Bürokratie und Regierung zu nehmen.²⁶ Späteren Untersuchungen fehlte es jedoch am begrifflichen Instrumentarium, um diese Prozesse zu analysieren. So bezeichnete *Mamoru Tsukada* jene Organisati-

20 R. D. PUTNAM, Bowling alone: America's declining social capital, in: *Journal of Democracy* Nr. 16, 6 (1995) 65–78.

21 R. PEKKANEN, *Japan's Dual Civil Society: Members without advocates* (Stanford, CA 2006).

22 *Minpō*, Gesetz Nr. 89/1896 und Nr. 9/1898.

23 *Pekkanen* merkte an, dass es keinen Unterschied mache, ob man jene kategorisch in die Betrachtung miteinbeziehe oder nicht, da die meisten Gewerkschaften ohnehin stark von gesetzlicher Regulierung betroffen und damit nicht unabhängig seien. Ein wenig stichhaltiges Argument, da ja letztendlich keine Organisation innerhalb eines Rechtsstaates vollkommen unabhängig von staatlicher Regulierung ist, denn auch Freiräume werden rechtlich gestaltet. Auch ist das Modell der dualen Zivilgesellschaft Japans von geringem Erkenntniswert, da alle Systeme aus vielen kleinen und wenigen großen Teilen bestehen und damit dual sind.

24 *Tokutei hi-eiri katsudō sokushin hō*, Gesetz Nr. 7/1998.

25 G. FOLJANTY-JOST/M. AOKI, Zehn Jahre NPOs in Japan – Diversifizierung des Dritten Sektors durch Recht, in: *Wieczorek* (Hrsg.), *Japan 2008 – Politik, Wirtschaft und Gesellschaft* (Berlin 2008) 43–68.

onen als „Hilfsaktivitätsgruppen“ (*shien katsudō dantai*), während *Masataka Okamoto* ihren Dachverband *Solidarity Network with Migrants Japan* (SMJ) als „Netzwerkbewegung“ (*nettowāku undō*) interpretierte.

Pekkanens Modell der dualen Zivilgesellschaft wurde 2007 von *Gabriele Vogt* und *Philipp Lersch* auf japanische Migrant*innenhilfsorganisationen übertragen. Diese beobachteten, dass die meisten der Migrant*innen unterstützenden Organisationen Dienstleistungen auf lokaler Ebene anbieten mit Ausnahme des Verbandes SMJ, welchen sie als „informelles Netzwerk“ beschreiben. Aber auch die Bemühungen des SMJ seien weitgehend erfolglos geblieben, auch weil dieser nicht in der Lage sei sich rechtlich zu inkorporieren.²⁷

Die Feststellung *Kim Reimanns* (2010), dass in der Forschung zur japanischen Zivilgesellschaft Hilfs- und Advocacy-Organisationen häufig in einen Topf geworfen würden, trifft in besonderem Maße auch für die Forschung zur Interessenvertretung von Migrant*tinnen zu.²⁸ Besonders stark unterberücksichtigt geblieben ist dabei das politische Engagement von Rechtsanwält*innen, welches hier als *cause-lawyering* einer genaueren Betrachtung unterzogen wird. Zu diesem Zweck wird in diesem Artikel zwischen Migrant*innenhilfsorganisationen (MHO), Migrant*innen-Advocacy-Organisationen (MAO) und Cause-Lawyering-Organisationen (CLO) unterschieden.²⁹

II. LEGALITÄT UND REALITÄT TEMPORÄRER ARBEITSMIGRATION

Das *Technical Intern Training Program* (TITP) ging 2010 aus seinem Vorläufer dem *Industrial Training and Technical Internship Program* (IT-TIP) hervor. Dieses zweistufige Migrationsprogramm bestand aus dem 1991 eingeführten Trainingsprogramm für Ausländer (*gaikoku-jin kenshū seido*) und dem 1993 eingeführten und 1997 von einem auf zwei Jahre verlängerten Technischen Praktikumsprogramm (*ginō jisshū seido*). Mit einer maximalen Dauer des Trainings von 12 Monaten und des Praktikums von 24 Monaten beschränkten die konsekutiven Programme den Aufenthalt in Japan auf drei Jahre.³⁰

26 G. S. ROBERTS, *NGO Support for Migrant Labor in Japan*, in: Douglass/Roberts (Hrsg.), *Japan and Global Migration: Foreign Workers and the Advent of a Multicultural Society* (New York 2000).

27 Erst 2015 hat sich SMJ als Körperschaft für bestimmte nicht profitable Aktivitäten (*tokutei hi-eiri katsudō hōjin*), kurz NPO, inkorporiert. G. VOGT/P. LERSCH, *Migrant Support Organizations in Japan – A Mixed-Method Approach*, in: Pohl/Wieczorek (Hrsg.), *Japan 2007 – Politik, Wirtschaft und Gesellschaft* (Berlin 2007) 265–285.

28 K. D. REIMANN, *The Rise of Japanese NGOs: Activism from Above* (Oxon 2010), 12.

29 KREMERS (Fn. 4) 729.

30 D. KREMERS, *Technologietransfer oder Import von Arbeitskräften? Politische und Wirtschaftliche Dimensionen des Trainings und Praktikums für Ausländer in Japan*

Im Jahr 2014 erklärte die LDP-Regierung unter Ministerpräsident *Shinzō Abe* die Absicht, das Programm als Teil ihrer Wachstumsstrategie auszuweiten. 2015 wurde es abgeschlossenen Praktikant*innen im Baugewerbe erlaubt, für maximal zwei weitere Jahre unter der Aufenthaltsberechtigung „bestimmte Aktivitäten“ in Japan zu arbeiten.³¹ Das Ministerium für Land, Infrastruktur, Transport und Tourismus begründet dies als „Notmaßnahme“ angesichts eines zusätzlichen Bedarfs an „Humanressourcen“ (*jinzai*) bei der Vorbereitung auf die Olympischen Spiele in Tōkyō 2020.³²

Am 6. März 2015 legten das Justizministerium und das Ministerium für Gesundheit, Soziales und Arbeit (MHLW) einen Gesetzesentwurf zur Reform des TITP vor, der u.a. eine zweite Verlängerungsmöglichkeit des Technischen Praktikums um ein viertes und fünftes Jahre vorsieht.³³ Daneben sollen eine stärkere Regulierung von Unternehmen und vermittelnden Kooperativen, eine Reihe von strafbewährten Verschärfungen im Hinblick auf das Verbot von Vertragsstrafen, Pflichtsparbeiträge und des Einzugs von Reisedokumenten den Schutz von Migrant*innen vor Ausbeutung und Menschenrechtsverletzungen innerhalb des Programms verbessern. Ferner sieht der Entwurf vor, eine neue öffentliche Organisation zur Beaufsichtigung des Programms einzurichten. Da das Parlament zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht über den Vorschlag abgestimmt hat, liegt diesem Beitrag die derzeit geltende Rechtslage zu Grunde.

1. *Rechtliche Strukturierung des Technischen Praktikumsprogramms*

Das Trainingsprogramm (ITP) beruhte auf der, im Jahr 1990 im Wege einer größeren Reform in das Einreisegesetz (EG)³⁴ eingeführten, Aufenthaltser-

1982 bis 2010, in: Chiavacci/Wieczorek (Hrsg.), Japan 2011 – Politik, Wirtschaft und Gesellschaft (2011) 147–185.

31 KREMERS (Fn. 4) 741.

32 MLIT, *Kensetsu bun'ya ni okeru gaikoku jinzai no katsuyō ni kakaru kinkyū sochi (gaikoku-jin kensetsu shūrō-sha uke'ire jigyō)* [Notmaßnahmen betreffend der Nutzung ausländischer Humanressourcen im Baugewerbe (Geschäft der Aufnahme ausländischer Arbeitender im Baugewerbe)], http://www.mlit.go.jp/totikensangyo/const/totikensangyo_const_tk2_000084.html.

33 *Gaikoku-jin no ginō jissshū no tekisei na jissshi oyobi ginō jissshū-sei no hogo ni kannsuru hōritsu-an* [Gesetzesentwurf zur angemessenen Durchführung des technischen Praktikums von Ausländern und zum Schutz technischer Praktikant*innen], http://www.moj.go.jp/nyuukokukanri/kouhou/nyuukokukanri05_00011.html. [Anmerkung der Redaktion: Der Gesetzesentwurf ist während der Vorbereitung dieses Bandes am 28.11.2016 als Gesetz Nr. 89/2016 verabschiedet wurden und tritt binnen eines Jahres in Kraft.]

34 *Shutsu'nyū-koku kanri oyobi nanmin nintei-hō* [Gesetz zur Kontrolle der Aus- und Einreise sowie der Anerkennung von Geflüchteten], Regierungserlass Nr. 319/1951.

laubnis (*zairyū shikaku*) „Training“ (*kenshū*) und gewährte keine Arbeitserlaubnis.³⁵ Tätigkeiten innerhalb des Trainings dienten laut Verordnung des Justizministeriums Nr. 16 vom 24. Mai 1990 nur dem Erwerb von „Techniken, Fertigkeiten und Kenntnissen“ (*gijutsu, ginō mata wa chishiki*) und sind damit nicht von arbeitsrechtlichen Regelungen betroffen.³⁶ Auch darf keine arbeitsrelevante Aktivität außerhalb der vertraglich geregelten Trainingszeiten, beispielsweise in Form von Überstunden, stattfinden.

Das Praktikumsprogramm (TIP) beruhte von 1993 bis 2010 auf der Aufenthaltserlaubnis „bestimmte Aktivitäten“ (*tokutei katsudō*), welche eine Arbeitserlaubnis beinhaltet. Die Voraussetzung für die Teilnahme am Praktikumsprogramm war laut Bekanntmachung (*kokujī*) des Justizministeriums Nr. 141 vom 5. April 1993 der Abschluss des Trainingsprogramms.³⁷ Somit konnten offizielle Stellen rechtmäßig behaupten, Trainees und Praktikant*innen seien keine Arbeitsmigrant*innen. Erstere weil sie keine Arbeitserlaubnis erhielten und Letztere weil sie sich schon vor der Aufnahme ihrer legalen Erwerbstätigkeit in Japan aufgehalten hatten. Sie erschienen dementsprechend auch nicht in den Statistiken der zu Erwerbszwecken einreisenden Ausländer*innen.³⁸

Die Anwerbung von Migrant*innen für das Programm erfolgt über ein transnationales Netzwerk von Regierungs- und Nichtregierungsorganisationen sowie Unternehmen. Ministerialverordnung 16/1990 hatte die Aufnahme von Trainees zunächst auf international agierende Unternehmen beschränkt und die Zahl von Trainees im Unternehmen auf eine*n pro 20 Festangestellte (5-Prozentquote) festgelegt.³⁹ Diese Einschränkung wurde am 17. August 1990 für solche Unternehmen aufgehoben, die sich einer Vereinigung, z. B. einer Kooperative anschlossen, welche Migrant*innen an-

35 Art. 2-2 Abs. 1 EG Abs. 1 i. V. m. Sondertabelle 2-1, s. *Shutsu 'nyū-koku kanri oyobi nanmin nintei hō shikō kisoku* [Durchführungsverordnung zum Einreisegesetz], Verordnung des Justizministeriums Nr. 54/1981.

36 Vgl. *Shutsu 'nyū-koku kanri oyobi nanmin nintei-hō dainana-jō dai-ikkō dai-nigō no kijun wo sadameru shōrei* [Ministerialsatzung zur Festlegung der Standards des Art. 7 Abs. 1 Nr. 2 des Einreisegesetzes], Verordnung des Justizministeriums Nr. 16/1990 unter *kenshūsei*.

37 *Ginō jishshū seido ni kakaru shutsu 'nyū-koku kanri ue no toriatsukai ni kansuru shishin* [Leitfaden zur Handhabung im Zusammenhang mit dem Technischen Praktikumsprogramm auf der Grundlage der Aus- und Einreisekontrolle], Bekanntmachung des Justizministeriums Nr. 141/1993.

38 Vgl. IMMIGRATION BUREAU OF JAPAN (IBJ), *Shutsu 'nyū-koku kanri: heisei 18 nenban* [Aus- und Einreisekontrolle: Ausgabe des Jahres Heisei 18] (Tōkyō 2006) 177–178.

39 C. KUPTSCH/N. OISHI, Training abroad: German and Japanese schemes for workers from transition economies or developing countries, in: *International Migration Papers* (Genf 1995) 42.

wirbt und den Unternehmen zuteilt.⁴⁰ Unternehmen mit weniger als 50 Festangestellten durften nun innerhalb der sogenannten „Aufnahme unter der Aufsicht von Vereinigungen“ (*dantai kanri kata uke'ire*) zeitgleich bis zu drei ausländische Trainees ausbilden und sechs technische Praktikant*innen beschäftigen.

Die Trainingszeiten während des ersten Jahres setzten sich zu einem Drittel aus theoretischer Vermittlung von Trainingsinhalten und zwei Dritteln praktischem *on-the-job* Training (OJT) im Betrieb zusammen. Eine Lockerung dieser Beschränkungen fand im Dezember 1992 durch Bekanntmachung des Justizministeriums Nr. 569 statt.⁴¹ Sie erlaubte, das OJT auf vier Fünftel der Trainingszeit auszudehnen, wenn vor der Einreise ein vorbereitender Lehrgang von mindestens 160 Stunden absolviert wurde und der Trainingsaufenthalt in Japan länger als vier Monate dauert. Dadurch wurde der Charakter des Trainingsprogramms als eine Form der Arbeitsmigration nochmals verstärkt.

Mit der Reform des Einreisegesetzes von 2009 wurde die Aufenthaltsberechtigung „technisches Praktikum“ (*ginō jissshū*) eingeführt, welche zum 1. Juli 2010 in Kraft trat. Innerhalb dieser gibt es zwei Kategorien: 1.a) und 1.b), sowie 2.a) und 2.b). Kategorie 1 gilt für das erste Jahr des Aufenthaltes, für das zweite und dritte Jahr wechseln die Praktikant*innen in Kategorie 2.⁴² Die Voraussetzung dafür ist, wie beim ehemaligen Trainingsprogramm, der erfolgreiche Abschluss von Grundstufe 2 der japanischen Fertigungsprüfung. Ein Wechsel aus einer anderen Aufenthaltsberechtigung in die Kategorie 2 ist ausgeschlossen. Die Varianten a) und b) legen fest, ob das Praktikum direkt durch ein Unternehmen oder unter Aufsicht einer Vereinigung durchgeführt wird. In Sondertabelle I.2 werden Vereinigungen aufgeführt, die nicht auf Gewinn abzielen (*eiri wo mokuteki to shinai dantai*) und durch gesonderte Verordnungen des Justizministers festgelegte Bedingungen erfüllen.⁴³

40 *Shutsu'nyū-koku kanri oyobi nanmin nintei-hō dai-nanajō dai-ikkō dai-nigō no kijun wo sadameru shōrei no kenshū no zairyū shikaku ni kakaru kijun no gogō no tokurei wo sadameru kudari* [Fälle, die eine Ausnahme darstellen zu Nr. 5 betreffend die Aufenthaltsberechtigung ‚Training‘ in der Ministerialverordnung zur Festlegung der Standards des Art. 7 Abs. 1 Nr. 2 des Einreisegesetzes], Bekanntmachung des Justizministeriums Nr. 246/1990.

41 *Shutsu'nyū-koku kanri oyobi nanmin nintei-hō dai-nanajō dai-ikkō dai-nigō no kijun wo sadameru shōrei no kenshū no zairyū shikaku ni kakaru kijun no nanagō no tokurei wo sadameru kudari* [Fälle, die eine Ausnahme darstellen zu Nr. 5 betreffend die Aufenthaltsberechtigung ‚Training‘ in der Ministerialverordnung zur Festlegung der Standards des Art. 7 Abs. 1 Nr. 2 des Einreisegesetzes], Bekanntmachung des Justizministeriums Nr. 569/1992.

42 IMMIGRATION BUREAU OF JAPAN (IBJ), *Shutsu'nyū-koku kanri* [Aus- und Einreisekontrolle], Jahrgang 2010, 107.

Die wesentliche Neuerung war, dass alle arbeitsrechtlichen Normen seitdem schon während des ersten Jahres des Programms gelten. Ausgenommen davon ist lediglich ein zweimonatiger Einführungskurs (*kōshū*), der sofort nach der Ankunft in Japan stattfinden soll. Auch wird nicht mehr wie zuvor zwischen praktischem und theoretischem Training unterschieden. Nach dem Einführungskurs beginnt der „Erwerb von Fertigkeiten im Unternehmen etc.“ (*kigyō-tō de no ginō-tō shūtoku*) im Rahmen eines Arbeitsvertrages.⁴⁴ Im Praktikum unter der Aufsicht von Vereinigungen (b) wurde zusätzlich die Verantwortung der aufnehmenden Vereinigung auf das zweite und dritte Jahr ausgedehnt. Als Maßnahme gegen den Missbrauch des Programms sieht das überarbeitete Gesetz die „Abschiebung“ von Personen vor, die unerlaubt als Vermittler oder Helfer für nicht zugelassene Aufnahmeorganisationen agieren oder Dokumente fälschen. Organisationen, die durch Fehlverhalten auffielen, wurden bisher für drei Jahre vom Programm ausgeschlossen. Die Dauer solcher Ausschlüsse soll verlängert werden.⁴⁵

Die vermittelnden Kooperativen werden von der gemeinnützigen Stiftung *Japan International Training Cooperation Organization* (JITCO) betreut, an die sie Mitgliedsbeiträge entrichten müssen.⁴⁶ JITCO wiederum steht unter der Aufsicht des Justizministeriums, des Ministeriums für Gesundheit, Arbeit und Wohlfahrt (MHLW), des Außenministeriums, des Wirtschaftsministerium (METI) sowie des Ministeriums für Land, Infrastruktur, Transport und Tourismus (MLIT). In ihrem Aufsichtsrat finden sich vorwiegend ehemalige Beamte aus der Justiz, dem MHLW, Führungskräfte japanischer Großunternehmen, Finanzdienstleiter und Versicherungen sowie Vertreter*innen des Unternehmerverbandes *Keidanren* und des Gewerkschaftsdachverbandes *Rengo*. JITCO unterhält Kontakt zu ausländischen Regierungen und Organisationen, die wiederum ausländische Sendeorganisationen akkreditieren, welche die Kandidat*innen in ihren Herkunftsländern anwerben.⁴⁷

43 *Shutsu'nyū-koku kanri oyobi nanmin nintei-hō oyobi Nihonkoku to no heiwa jōyaku ni kidsuki Nihonkoku no kokuseiki wo ridatsu shita mono nado no shutsu'nyū kanri ni kansuru tokureihō no ichibu wo kaisei suru hōritsu* [Reformgesetz zum Gesetz zur Kontrolle der Aus- und Einreise sowie der Anerkennung von Geflüchteten und zum Sondergesetz u. a. über die Ein- und Ausreise von Personen, die die japanische Staatsangehörigkeit nach dem Friedensvertrag verloren haben], Gesetzes Nr. 79/2009, s. dabei Art. 2-3 EG i. V.m. Sondertabelle 1-2 unter *ginō jisshū*..

44 IBJ (Fn. 42) 107.

45 IBJ (Fn. 42) 107.

46 KREMERS (Fn. 4) 163.

47 KREMERS (Fn. 4) 165.

Im Jahr 2008 beschäftigte JITCO 305 Festangestellte und wies ein Jahresbudget von ca. 26,8 Mio. Euro aus.⁴⁸ Zur Stiftung gehörten 777 individuelle Mitglieder, darunter sowohl natürliche Personen als auch Unternehmen sowie 1.934 Mitgliedsvereinigungen, darunter vor allem Kooperativen, die wiederum aus insgesamt 25.580 einzelnen Mitgliedsunternehmen bestanden.⁴⁹ Im gleichen Jahr wurden durch Unternehmen, die von JITCO Unterstützung erhielten, 68.150 Trainees aufgenommen, davon 6.509 von unabhängigen Unternehmen und 61.641 von Unternehmen unter der Aufsicht von Vereinigungen. Draus ergab sich ein Verhältnis von rund 86 Unternehmen, 223 Trainees und 344 Praktikant*innen pro JITCO-Mitarbeiter*in.

2. *Umfang des Technischen Praktikumsprogramms*

Die Zahlen des Justizministeriums weisen auf eine deutliche Zunahme von am Programm teilnehmenden Migrant*innen ab den 2000er Jahren hin. Ein kurzfristiger Rückgang ihrer Zuwanderung erfolgte 1993 in Folge des Platzens einer ökonomischen Blase in Japan und 2009 auf Grund der Weltfinanzkrise. Zwischen 1998 und 2008 hatte sich die Zahl der Teilnehmenden jedoch auf ca. 190.000 verdoppelt und auch seit einem Tiefstand von ca. 140.000 in Japan gemeldeten Praktikant*innen im Jahr 2011 nimmt deren Zahl weiter zu (Abb. 1).

Mit einem Anteil von über 60 Prozent kommen die meisten Migrant*innen des Programms aus der Volksrepublik China, gefolgt von mehreren Südostasiatischen Staaten, vor allem Vietnam, Indonesien sowie den Philippinen (Abb. 2).

48 KREMERS (Fn. 4) 165.

49 KREMERS (Fn. 4) 166.

Abbildung 1: In Japan gemeldete Migrant*innen innerhalb des Programms 1998 bis 2014; Quelle: IBJ (2015: Internet),⁵⁰ SCHC (2008: 54)⁵¹.

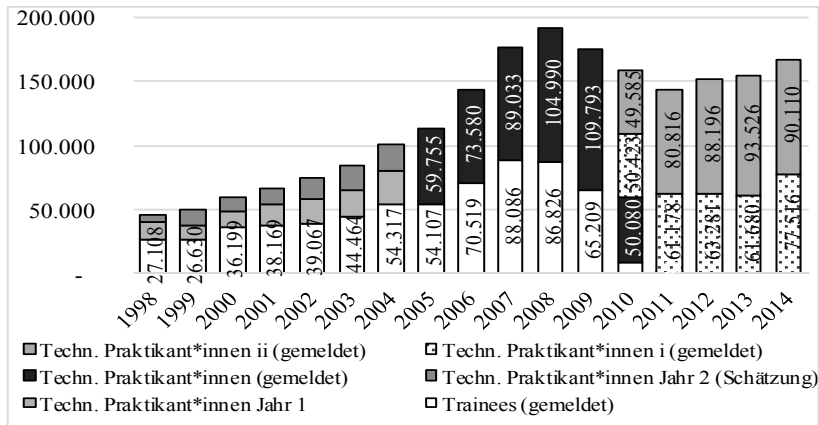
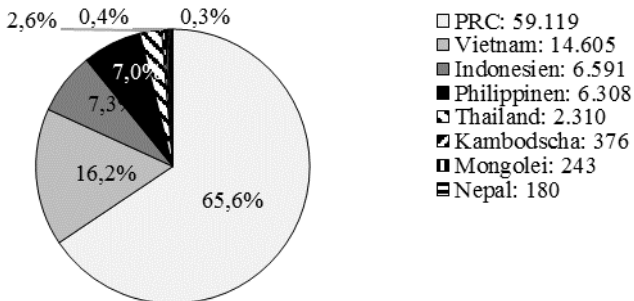


Abbildung 2: In Japan gemeldete Migrant*innen im Technischen Praktikum ii nach Nationalität 2014; Quelle: IBJ (Fn. 50) 2015, 179)



Die Zahl der Praktikant*innen nach Industriezweigen und Berufssparten wird von JITCO anhand der Anträge auf eine Verlängerung des Praktikums ermittelt. Im Jahr 2014 stellten 59.027 Technische Praktikant*innen in den Branchen Land- und Fischwirtschaft, Bau, Lebensmittel- und Textilverarbeitung,

50 IBJ, *Shutsu nyūkoku kanri* [Aus- und Einreisekontrolle], Jahrgänge 2003 bis 2015, http://www.moj.go.jp/nyuukokukanri/kouhou/nyukan_nyukan42.html.

51 SHŪGIN CHŌSAKYOKU HŌMU CHŌSASHITSU (SCHC), *Gaikokujin kenshū ginō jissshū seido no genkyō to kadai* [Gegenwärtiger Stand und Herausforderungen des Trainings- und Technischen Praktikumsprogramms für Ausländer] (Tōkyō 2008).

Metall und Maschinen sowie anderen einen Verlängerungsantrag. 2014 waren die größten Sparten innerhalb des Praktikumsprogramms die Herstellung von Frauen- und Kinderbekleidung (7.700), Ackerbau (6.331), Schweißen (5.439), Kunststoffformen (4.076) und die Verarbeitung nicht erhitzter Meeresprodukte (2.678).⁵² Da diese Zahlen nach Aufnahmetyp unterschieden sind, lässt sich auch aus ihnen die große Bedeutung in Kooperativen zusammengesetzter Klein- und Mittelunternehmen (KMU) innerhalb des Programms erkennen (Tab. 1).

Tabelle 1: Anträge auf eine Verlängerung des Praktikums nach Branche, Sparte und Form der Aufnahmeorganisation 2014; Quelle: JITCO (2015: Internet)

Branche	Sparte	In unabhängigen Unternehmen	In Kooperativen
Alle	Alle	1.683	57.344
Landwirtschaft	Gesamt	0	7.799
Fischerei	Gesamt	0	765
Bau	Gesamt	32	7.727
Lebensmittelverarbeitung	Gesamt	50	7.444
Textilien	Gesamt	174	9.607
Maschinen und Metall	Gesamt	508	11.416
Andere	Gesamt	919	12.586
	<i>Schweißen</i>	<i>563</i>	<i>4.876</i>
	<i>Kunststoffformen</i>	<i>188</i>	<i>3.888</i>
	<i>Anstriche</i>	<i>46</i>	<i>1.695</i>
	<i>Andere</i>	<i>122</i>	<i>2.127</i>

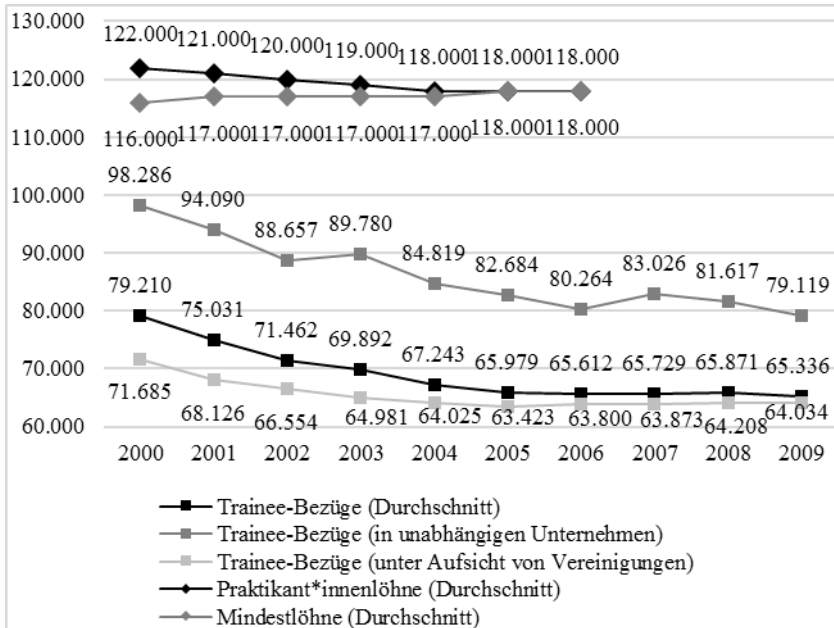
Da die Bezahlung von Arbeit in körperlich anstrengenden Berufen und KMU in der Regel niedrig ist, spielt hier das japanische Mindestlohngesetz (nachfolgend: MLG)⁵³ eine entscheidende Rolle. Bis 2009 waren Migrant*innen im ersten Jahr des Programms jedoch von dieser Regelung ausgeschlossen, so dass Trainingsbezüge weit unterhalb des Mindestlohnlevels gezahlt wurden. Dabei wurden Frauen gegenüber männlichen Migrant*innen zusätzlich benachteiligt (Abb. 3).⁵⁴

52 JITCO, *Kenshū ginō jissū ni kansuru JITCO gyōmu tōkei* [Dienstliche Statistiken von JITCO zu Training und Technischem Praktikum] (2015) <http://www.jitco.or.jp/about/statistics.html>.

53 *Saitei chingin-hō*, Gesetz Nr. 137/1959.

54 KREMERS (Fn. 4) 163.

Abbildung 3: Traineebezüge und Praktikant*innenlöhne in Yen 2000 bis 2009:
Quelle: KREMERS (Fn. 30) 163



Ausländische Praktikant*innen arbeiten vor allem in KMU im ländlichen und semi-urbanen Raum sowie in körperlich anstrengenden Berufen, in denen in Japan die größte Nachfrage und das geringste Angebot an Arbeitskräften besteht. Dies liegt auch daran, dass die Arbeit in diesen Branchen schlecht bezahlt und gesundheitsgefährdend ist. Um Kosten zu sparen werden hier häufig die strengen arbeitsrechtlichen Vorschriften missachtet. So kommt es auch innerhalb des Programms nicht selten zu Unfällen und Verletzungen von Arbeitnehmer*innenrechten.

3. Gesetzesverstöße und Interessenkonflikte

Im folgenden Abschnitt wird die Konflikthaftigkeit des Technischen Praktikumsprogramms unter juristischen Gesichtspunkten herausgearbeitet. Dies liefert den Hintergrund für das Engagement von Anwäl*innen in diesem Feld.

Aufgrund des geringen Personals von JITCO, 155 Angestellte und sechs Vorstandsmitglieder sowie 119 Angestellte in 17 Regionalbüros, fanden im Jahr 2009 keine flächendeckenden Kontrollen des Ausbildungsniveaus und

der Arbeitsbedingungen statt.⁵⁵ Es liegen jedoch durch Anzeigen und in Stichproben erhobene Daten des *Immigration Bureau of Japan* (IBJ), einer Abteilung des Justizministeriums, sowie des MHLW zu Verstößen innerhalb des Programms, vor. Erstes konzentriert sich auf Verstöße gegen das Einreisegesetz, letzteres auf Verstöße gegen arbeitsrechtliche Gesetze.

Ein häufig geäußerter Kritikpunkt am Programm ist die angeblich hohe Zahl der Teilnehmenden, die von ihrer zugewiesenen Arbeitsstelle fliehen und untertauchen, möglicherweise um unerlaubt, aber zu besseren Bedingungen an anderer Stelle zu arbeiten.⁵⁶ Zur quantitativen Erfassung dieses Phänomens liegen zwei offizielle Datensätze vor. Die Zahl der Trainees, die nach Ablauf ihrer Aufenthaltsberechtigung nicht ausgereist und somit „illegal geblieben“ (*fūhō zanryū*) sind, sowie die Zahl der Praktikant*innen, die als „verschollen“ (*shissō*) gemeldet wurden.⁵⁷ Im Verhältnis zu anderen Aufenthaltsberechtigungen war die Zahl der nach Ablauf illegal in Japan gebliebenen Trainees in den vergangenen Jahren aber äußerst niedrig und darüber hinaus rückläufig (Tabellen 2, 3).

Tabelle 2: Verhältnis illegal gebliebener Ausländer zur Zahl des gemeldeten Aufenthalts 2006 und 2008; Quelle: IBJ (2010: 99); JITCO (2007a: 133; 2009a: 135).

Aufenthaltsberechtigung	2006			2008		
	Gemeldet	Illegales Anteil % Bleiben		Gemeldet	Illegales Anteil % Bleiben	
Darbietung	21.062	8.162	38,8	13.031	5.015	38,5
Schulbesuch	36.721	5.281	14,4	41.313	3.186	7,7
Studium	131.789	7.448	5,7	138.514	5.090	3,67
Training	70.519	3.333	4,7	86.826	2.561	2,9
Andere	1.824.828	146.615	8	2.062.402	97.220	4,7

Im Februar 1999 veröffentlichte das Justizministerium einen *Leitfaden zur Kontrolle der Einreise und des Aufenthalts von Trainees und technischen Praktikant*innen*.⁵⁸ Auf dessen Grundlage begann das IBJ mit der Erfas-

55 JITCO, *JITCO hakushu: Gaikokujin kenshū ginō jissshū jigyo jissshi jōkyō hōkoku 2010 nendohan* [JITCO Weißbuch: Lagebericht zur Geschäftsführung des Trainings und technischen Praktikums von Ausländern, Ausgabe des Jahres 2010] (Tōkyō 2010) 158.

56 „Number of vanishing foreign trainees likely to reach new high of nearly 6,000“, *The Asahi Shinbun, Asia & Japan Watch*, 21. Dezember 2015, http://ajw.asahi.com/article/behind_news/social_affairs/AJ201512210054.

57 JITCO (Fn. 55) 123, 146.

58 GAIKOKUJIN KENSHŪSEI MONDAI NETTOWĀKU (GKMN) (Hrsg.), *Mayakashi no gaikoku-jin kenshū seido* [Das betrügerische Trainingsprogramm für Ausländer] (Tōkyō 2000) 107.

sung von Verstößen gegen das Programm und deren Einstufung in die Kategorien „nicht angemessen“ (*futekisetsu*), „nicht ordnungsgemäß“ (*futekisei*), „Fehlverhalten“ (*fusei kōi*) und „böartige menschenrechtsverletzende Handlungen“ (*akushitsu na jinken shingai kōi*). Früheste Zahlen dazu liegen für das Jahr 2003 vor, aber erst seit 2008 publiziert das IBJ diese systematisch in seinem jährlichen Weißbuch „Immigration Control“. ⁵⁹ Von 2003 bis 2008 stieg die Zahl der Organisationen, bei denen das IBJ „Fehlverhalten“ feststellte von 92 auf 452. Danach ließ sie wieder leicht nach. Damit stieg die Feststellung von Fehlverhalten überproportional zur Zahl der am Programm teilnehmenden Migrant*innen.

*Tabelle 3: Verschollene technischen Praktikant*innen 1995 bis 2014;*

Quelle: JITCO (2004a: 228; 2010a: 146; 2015: Internet)

Jahr	Aufenthalt	Verschollen	Anteil %
1995	6.913	127	1,8
2000	40.986	862	2,1
2005	53.410	1.524	2,85
2007	80.873	2.138	2,64
2008	101.315	1.627	1,61
2009	98.736	954	0,97
2012	151.477	1.532	1,01
2013	155.206	2.822	1,82
2014	167.626	3.139	1,87

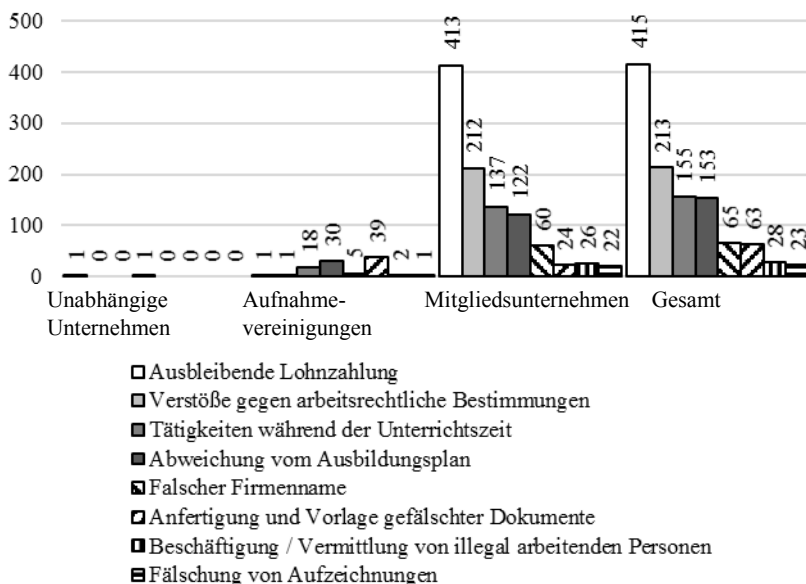
Das IBJ publiziert ab 2007 auch die Gründe für die Feststellung von „Fehlverhalten“ von Aufnahmeorganisationen. Während sich Aufnahmevereinigungen (Erstaufnahmeorganisationen) vor allem der Anfertigung und Verwendung falscher Dokumente schuldig machten oder nicht darüber wachten, ob Trainees und Praktikant*innen in ihren Mitgliedsunternehmen plangerecht ausgebildet wurden, verstießen Mitgliedsunternehmen (Zweitaufnahmeorganisationen) vor allem gegen die Arbeitnehmer*innenrechte von Praktikant*innen, ließen Trainees außerhalb der Trainingszeiten – und damit illegal – arbeiten, fälschten ihren Firmennamen und machten sich „böartiger Menschenrechtsverletzungen“ schuldig (142 Fälle).

Zu den böartigen Menschenrechtsverletzungen zählte das IBJ ab 2011 unter anderem „Gewalt“ (*bōkō*), „Bedrohung“ (*kyōhaku*) und „Einsperren“ (*kankin*) von Praktikant*innen, das Einziehen von Ausweisdokumenten sowie die Nichtzahlung von Löhnen. Bei den Fällen von Menschenrechtsverletzung von 2011 bis 2014 handelte es sich in 415 Fällen um die Nicht-

59 IMMIGRATION BUREAU OF JAPAN (IBJ), *Shutsu 'nyū-koku kanri* [Aus- und Einreisekontrolle], Jahrgang 2008, 74.

zahlung von Löhnen, was gleichzeitig auch einen Verstoß gegen das Arbeitsstandardgesetz (ASG)⁶⁰ darstellt, vom IBJ aber nicht als solcher erfasst wurde. Jeweils ein solcher Fall ereignete sich in einem unabhängigen Unternehmen und in einer Aufnahmevereinigung, die restlichen 413 Fälle waren durch Mitgliedsunternehmen verschuldet (Abbildungen 4, 5).

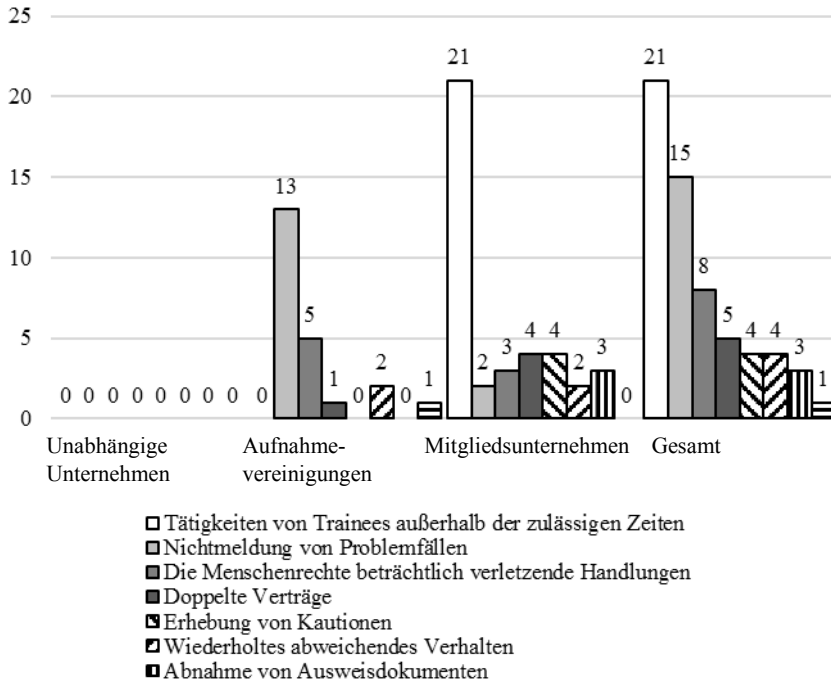
Abbildung 4: Häufige Fälle von „Fehlverhalten“ nach Art und Organisationstyp 2011 bis 2014; Quelle: IBJ (Fn. 50)



Während sich das Justizministerium lange Zeit vor allem für die Überwachung des Aufenthalts von Trainees und Praktikant*innen im Sinne des Einreisegesetzes zuständig sah, begann das MHLW Anfang der 2000er Jahre mit einer intensiveren Erfassung der Arbeitsbedingungen von Praktikant*innen. Dabei führten lokale Arbeitsaufsichtsbehörden auf Verdachtsmomenten oder Hinweisen beruhende Kontrollen in Betrieben durch. Die so erhobenen Daten werden seit 2003 jährlich veröffentlicht. Von den untersuchten Unternehmen verstießen jedes Jahr mehr als 70 Prozent gegen japanische Gesetze.

60 *Rōdō kijun-hō*, Gesetz Nr. 49/1947.

Abbildung 5: Seltene Fälle von „Fehlverhalten“ nach Art und Organisationstyp 2011 bis 2014; Quelle: IBJ (Fn. 50)

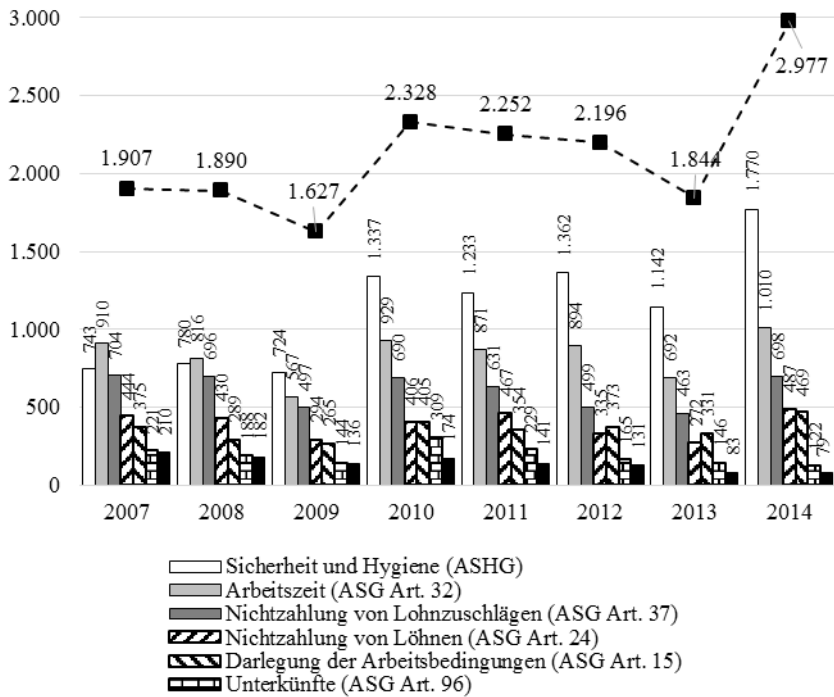


Seit 2007 werden die erfassten Verstöße nach gesetzlichen Bestimmungen aufgeschlüsselt, darunter fallen das ASG, das Arbeitssicherheits- und Hygieneengesetz (ASHG),⁶¹ sowie das MLG. Die meisten Betriebe verstießen gegen mehr als ein Gesetz. Bei den meisten Verstößen handelte es sich um Missachtungen der rechtlichen Regelung von Arbeitszeiten und der Sicherheit und Hygiene am Arbeitsplatz (Abb. 6).⁶²

61 *Rōdō anzen eisei-hō*, Gesetz Nr. 57/1972.

62 MHLW, *Saikin ni okeru gaikoku-jin ginō jissū-sei no rōdō jōken kakuho no tame no kantoku shidō oyobi sōken no jōkyō* [Die aktuelle Situation der Untersuchung, Anleitung und Übergabe an die Strafverfolgung zum Schutz der Arbeitsbedingungen von ausländischen technischen Praktikant*innen], (Jahrgänge 2007 bis 2015) <http://www.mhlw.go.jp/bunya/roudoukijun/gaikokujin-kakuho/index.html> (18.01.2016).

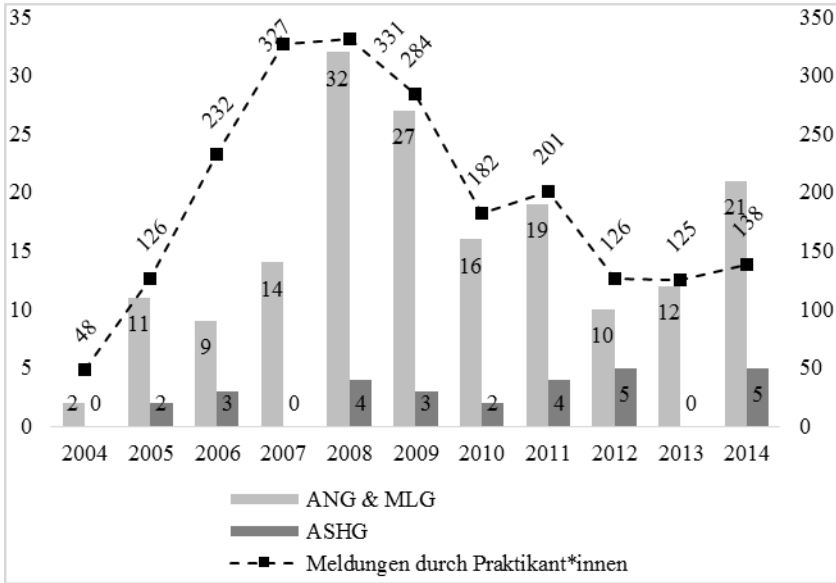
Abbildung 6: Vom MHLW erfasste verstößende Betriebe und Zahl der Fälle nach Gesetz 2007 bis 2012; Quelle: MHLW (Fn. 62)



Die Statistiken des MHLW enthalten auch Daten zu Betrieben, die auf Grund einer Meldung durch betroffene Praktikant*innen untersucht wurden. Die Zahl der Meldungen stieg von 48 im Jahr 2004 auf 331 im Jahr 2008 und ging dann wieder zurück (Abb. 7). Der häufigste Grund für eine Meldung seitens technischer Praktikant*innen waren nicht gezahlte Löhne, also Verstöße gegen Art. 24 und 37 ASG. An zweiter Stelle kamen Verstöße gegen das MLG gefolgt von kurzfristigen oder unangekündigten Entlassungen und Überschreiten der Arbeitszeiten. Die Berichte des MHLW geben jedoch keine Auskunft darüber, ob eine Meldung auf Initiative eine*s/r Praktikant*in oder einer rechtlichen Vertretung zustande kam. Vergleicht man die Gründe, die zu einer Meldung durch Praktikant*innen führten und die vom MHLW ermittelten Verstöße, so zeigt sich, dass diese sich in ihrer Häufigkeit erheblich unterschieden. Während Verstöße gegen die Arbeitszeit von Praktikant*innen eher selten beanstandet wurden, machen diese den Großteil der vom MHLW

erfassten Verstöße aus und die am häufigsten erfassten Verstöße gegen das ASHG wurden von Praktikant*innen überhaupt nicht gemeldet.⁶³

Abbildung 7: Dem MHLW von Praktikant*innen gemeldete Verstöße und an die Einreisebehörden übergebene Fälle nach Gesetz 2004 bis 2014; Quelle: MHLW (Fn. 62)



Nur in einem Bruchteil der registrierten Verstöße gegen das ASG und das MLG, gaben die Arbeitsstandardaufsicht die Fälle an die Einreisebehörden weiter. Einen Höhepunkt stellte hier, wie auch bei der Gesamtzahl der Trainees und Praktikant*innen sowie der Zahl der Todesfälle, das Jahr 2008 dar. Dies kann auch in Zusammenhang mit dem im Jahr 2007 geänderten *Leitfaden zur Kontrolle der Einreise und des Aufenthalts von Trainees und technischen Praktikant*innen* des IBJ gebracht werden. Die starke Zunahme deutet also auch auf ein verstärktes Bemühen der Behörden hin, solche Fälle auch im Sinne des EG zu ahnden.

Für das Jahr 2008 registrierte JITCO 580 bei Arbeitsunfällen verletzte Praktikant*innen. Dabei handelte es sich laut der Organisation in 484 Fällen um Männer und in 96 Fällen um Frauen. Allein 211 Arbeitsunfälle ereigneten sich in der Metall- und Eisenverarbeitung, in nur vier davon waren Personen weiblichen Geschlechts betroffen. In der Lebensmittelverarbeitung und Bekleidungsherstellung kamen mehr Frauen als Männer zu Scha-

63 MHLW (Fn. 62).

den. Hier lag das Geschlechterverhältnis bei 30 zu 28 bzw. 30 zu 10.⁶⁴ Zwischen 1992 und 2009 starben 241 Praktikant*innen in Japan, laut JITCO 42 davon bei der Arbeit. 2004 und 2008 waren mit 26 und 35 Todesfällen die Jahre mit der höchsten Sterblichkeit unter den Programmteilnehmer*innen. 2004 starben 10 Praktikant*innen bei der Arbeit, 2008 waren es fünf. Als häufigste Todesursache mit 76 Betroffenen gibt JITCO Hirn- und Herzversagen an. Von den 42 Migrant*innen, die bei der Arbeit ums Leben kamen, starben 15 auf Fischerbooten. 24 starben durch Selbsttötung, 22 bei Fahrradunfällen, 20 bei anderweitigen Verkehrsunfällen, drei bei Bränden und 54 weitere durch andere Ursachen.⁶⁵

Ausländische Praktikant*innen waren folglich einer Reihe von Verletzungen ihrer Rechte als Arbeitnehmer*innen ausgesetzt und wurden in einem gesundheits- und lebensgefährdendem Umfeld beschäftigt. Auffallend aber ist, dass die Arbeitsaufsichtsbehörden in keinem dieser Fälle eine diskriminierende Behandlung (*sabetsuteki toriatsukai*) nach ASG Art. 3 festgestellt haben.

Neben diesen politischen Institutionen haben auch Migrant*innen-Advocacy-Organisationen (MAO) und Rechtsanwält*innen Daten aus von ihnen betreuten Fällen zusammengetragen. Diese können nicht als repräsentativ für alle am Programm teilnehmenden Migrant*innen angesehen werden, sie geben aber zusammen mit den Daten der Ministerien ein Bild von den innerhalb des Programms auftretenden rechtlichen Konflikten.

Advocacy Network for Foreign Trainees (ANFT) nennt sich eine *single-issue* Advocacy-Organisation, welche Direkthilfe für Praktikant*innen zentral koordiniert und mit dem Ziel der Abschaffung des Praktikumsprogramms gegenüber der japanischen Öffentlichkeit und der Regierung Advocacy betreibt.⁶⁶ In einem Buch der Organisation von 2006, damals noch unter anderem Namen (GKMN), findet sich eine Datensammlung zu den von Mitgliedern der Organisation bearbeiteten Fällen von 2000 bis Anfang 2006.⁶⁷ In dieser Zeit registrierte die Organisation eine deutliche Steigerung ihrer Beratungsaktivität (Tabelle 4).

64 JITCO (Fn. 5) 149.

65 JITCO (Fn. 5) 154.

66 KREMERS (Fn. 4).

67 GAIKOKU-JIN KENSHŪ-SEI MONDAI NETTOWĀKU (Hrsg.), *Gaikoku-jin kenshū-sei jikkū 300 en no rōdō-sha kowareru jinken to rōdō kijun* [Ausländische Trainees, Arbeitende für 300 Yen Stundenlohn – Verletzte Menschenrechte und Arbeitsstandards] (Tōkyō 2006) 102–135.

Tabelle 4: Von ANFT-Organisationen betreute Personen nach Geschlecht 2000 bis 2005; Quelle: GKMN (2006: 102–135)

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	Gesamt
Personen	8	8	56	12	45	66	195
Frauen	7		13	4	43	25	92
Männer	1	8	43	8	2	41	103

Die für eine Beratungstätigkeit angegebenen Gründe zeigen eine ähnliche Verteilung wie die Daten des IBJ (Abb. 4, 5). 143 von beratenen 195 Personen gaben an, dass ihre Ausweisdokumente von ihren Aufnahmeorganisationen eingezogen wurden, 132 klagten über nicht gezahlte Vergütungen und 92 wurden in ihrer Lebensführung und Bewegungsfreiheit (außerhalb der Arbeitszeiten) eingeschränkt. 85 Migrant*innen mussten eine Kautionsrichtlinien und von 54 Trainees und Praktikant*innen wurden irreguläre Gebühren, Abzüge oder illegale Vertragsstrafen erhoben (Tab. 5).

Tabelle 5: Von ANFT-Organisationen betreute Fälle nach Art 2000 bis 2005; Quelle: GKMN (2006: 102–135).

Art des Falls	Fälle
Betroffene Personen (gesamt)	195
Einzug von Ausweisdokumenten	143
Nicht gezahlte Löhne	132
Beschränkung der Lebensführung und Bewegungsfreiheit	92
Zwangssparen oder Kautionen	85
Keine gesundheitlichen Untersuchungen	84
Irreguläre Gebühren, Abzüge oder Strafen	54
Falscher Firmenname	40
Irreguläre Entlassung	21
Beendigung des Trainings oder Praktikums durch die Aufnahmeorganisation	14
Arbeitsunfälle	6
Beendigung des Trainings oder Praktikums durch die Einreisebehörde	2

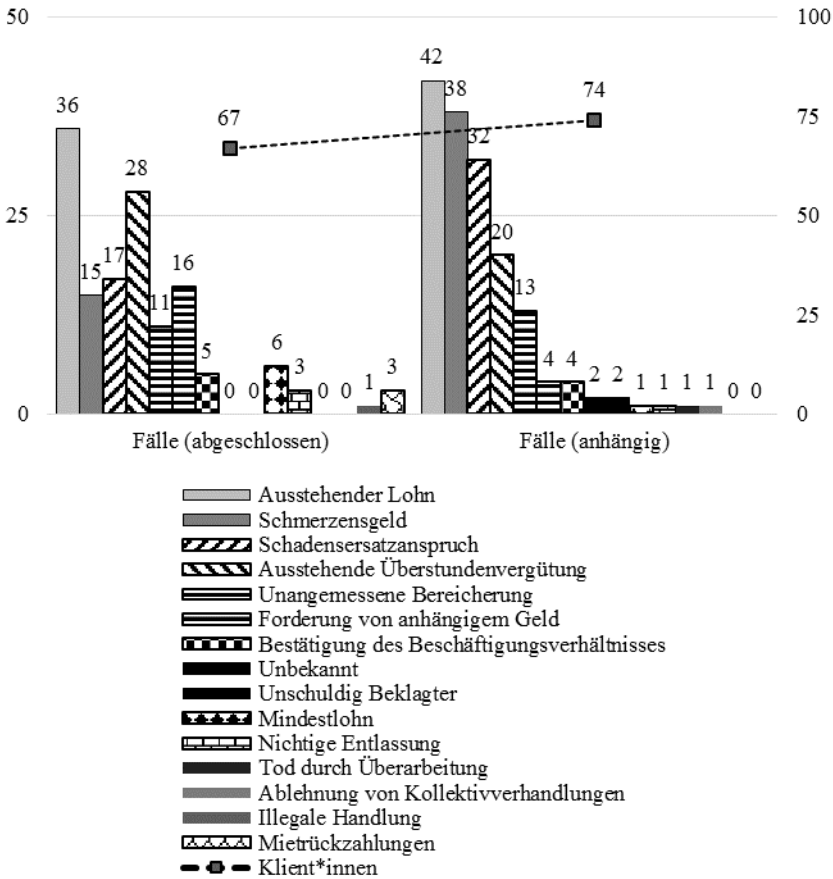
Die Zahlen des IBJ, des MHLW und der Advocacy-Organisation lassen ein Muster erkennen, nachdem die Rechte von Teilnehmer*innen des IT-TIP verletzt wurden. Inwieweit diese Daten eine Aussage über die Verbreitung dieser Praktiken zulassen, d.h. ob sie die Spitze des Eisbergs oder aber Ausnahmen darstellen, ist schwer einzuschätzen. Deutlich zeigt sich aber, dass Trainees- und Praktikant*innen nicht nur von in Japan geltenden Rechten ausgeschlossen wurden, wie zum Beispiel der persönlichen Selbstbestimmung in Form der freien Wahl des Wohnsitzes und der Arbeit, sondern

darüber hinaus ihre durch japanische Gesetze zugesprochenen Rechte in zahlreichen Fällen von Migrationsvermittler*innen und Arbeitgeber*innen verletzt wurden. Das heißt Trainees und Praktikant*innen wurden in eine Situation gebracht, innerhalb der sie ihr Recht nur auf dem Weg des Kampfes wahrnehmen konnten. Dabei unterstützt wurden sie auch von Rechtsanwält*innen, die ihre Rechte vor Gericht und ihre Interessen vor der Öffentlichkeit und der Regierung vertreten.

In der 2007 gegründeten Cause-Lawying-Organisation (CLO) *Kenbenren* haben sich über 100 Rechtsanwält*innen aus ganz Japan zusammengeschlossen, um Informationen auszutauschen und die Interessenvertretung und den Rechtsbeistand von Trainees und Praktikant*innen zu koordinieren. Auch sie führen Buch über die von ihnen juristisch betreuten Fälle.

Da Gerichtsverfahren im Arbeitsrecht vor allem deshalb angestrebt werden, um ein verletztes Interesse durch Kompensation materiell auszugleichen, fordern Anwält*innen meist die (Rück)-Zahlung ausstehender Löhne, Überstundenvergütungen, Schadensersatz, Schmerzensgeld, der Differenz zum Mindestlohn sowie von unrechtmäßig erhobenen Gebühren. Ausländische Praktikant*innen können aber auch dann ein Gerichtsverfahren anstreben, wenn ihre Arbeitnehmer*innenrechte durch ihre Arbeitgeber*innen verletzt werden, z.B. wenn diese kollektive Verhandlungen mit einer Gewerkschaft ablehnen oder sie gesetzeswidrig entlassen. Zwischen 2005 und 2010 hatten Anwält*innen, die der Organisation beigetreten waren, 25 Gerichtsverfahren mit mehreren Klagepunkten und insgesamt 64 betroffenen Trainees und Praktikant*innen abgeschlossen. 32 weitere Verfahren mit insgesamt 56 Klienten waren 2011 anhängig (Abb. 8). Im folgenden Abschnitt werden die Entstehung des *Kenbenren* nachgezeichnet sowie seine Initiatoren und deren Hintergründe und Motive vorgestellt.

Abbildung 8: Fälle von Kenbenren-Anwält*innen nach Art 2008 bis 2011;
 Quelle: Kenbenren (2011).



III. RECHTSBEISTAND UND CAUSE LAWYERING FÜR TEMPORÄRE MIGRANT*INNEN

Anfang der 2000er Jahre nahmen sowohl die Migration als auch Verstöße gegen das japanische Arbeitsrecht innerhalb des Trainings- und Praktikumsprogramms zu. Im Jahr 2004 forderte der Dachverband der Anwaltskammern *Japan Federation of Bar Associations* (JFBA) die Abschaffung des Programms. Aber erst 2007 gründeten mehrere Anwält*innen eine Cause-Lawyering-Organisation (CLO), welche sich auf die Interessenvertretung und den Rechtsbeistand für ausländische Trainees und Prakti-

kant*innen spezialisierte. Die Initiative für den Zusammenschluss mit Namen *Kenbenren* oder *Lawyers' Network for Foreign Trainees* (LNFT)⁶⁸ ging von Anwält*innen aus Tōkyō, Nagoya und Kumamoto aus, die etwa zeitgleich ausländische Trainees und Praktikant*innen vor Gericht vertraten.

1. Die Gründung des *Kenbenren*

Die Entstehung des *Kenbenren* ging auf das Engagement und die eher zufälligen Erfahrungen einzelner Anwält*innen zurück. Die Tōkyōter Anwältin *Lila Abiko* erfuhr von der Existenz des Trainingsprogramms im November 2007, in ihrem dritten Monat als Anwältin. Ein Kollege in ihrer Kanzlei vertrat einen burmesischen Klienten bei seinem Asylantrag. Dieser stellte der Anwältin einen burmesischen Trainee vor, der nach einem Unfall im praktischen Training Rechtsbeistand suchte. Jener gab an, von seiner Ausbildungsstelle monatlich 60.000 Yen und fünf Kilogramm Reis bezogen zu haben. Es war vor allem die Bemessung des Lebensunterhalts in Reis, welche die Anwältin aufmerksam werden ließ.⁶⁹

Etwa zur selben Zeit vertrat der Tōkyōter Anwalt *Shōichi Ibusuki* mehrere Trainees und Praktikant*innen in der Präfektur Gifu, welche die Hilfe der Gewerkschaft *Zentōitsu Workers Union* (ZWU) gesucht hatten. *Ibusuki* und *Abiko* hatten sich bereits auf einem gemeinsamen Lehrgang während ihrer Ausbildung kennengelernt und tauschten sich über die Fälle aus.⁷⁰ Nur wenige Wochen später wurde *Ibusuki* von *Nobukatsu Onodera* kontaktiert. Dieser war vor kurzem von Aomori nach Kyūshū gezogen und hatte begonnen als Anwalt in Kumamoto zu arbeiten. In einem Restaurant, in dem *Onodera* zu Mittag aß, hatten zwei Chinesinnen, die von ihrer Ausbildungsstätte geflohen waren, Unterschlupf gefunden. Die Betreiberin des Restaurants bat den jungen Anwalt nun um Hilfe. Bei seinen Recherchen stieß *Onodera* auf einen Zeitungsartikel über den von *Ibusuki* betreuten Fall in Gifu.⁷¹

Schnell fiel den Jurist*innen auf, dass Trainees und Praktikant*innen in unterschiedlichen Regionen und Berufsparten mit ähnlichen ökonomischen und rechtlichen Schwierigkeiten konfrontiert waren – ein großes Problem war, dass Trainees nicht durch das Arbeitsrecht geschützt waren. Dies bedeutet, dass die sie entweder auf Kompensationsforderungen im Sinne des Arbeitsrechtes verzichten mussten oder aber von einem Gericht nachträglich das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses feststellen lassen konnten. Handelte es sich aber bei der Tätigkeit von Trainees um ein Arbeitsverhält-

68 Japanisch: *Gaikoku-jin kenshū-sei mondai bengoshi renraku-kai* [Verbindungskonferenz von Rechtsanwält*innen für Probleme ausländischer Trainees].

69 L. ABIKO, Interview, 2011.

70 L. ABIKO (Fn. 69).

71 N. ONODERA, Interview, 2009.

nis, stellte dies einen Verstoß gegen das Einreisegesetz dar, wodurch diese ihre Aufenthaltsberechtigung in Japan verloren. Ausbildungsbetriebe hingegen hatten in solchen Fällen meist milde Sanktionen seitens der Einreisebehörde zu befürchten. Dieser Zwiespalt zwischen Arbeitsrecht und Einreisegesetz wurde durch die Reform des Einreisegesetzes von 2009 aufgehoben, welches seitdem teilnehmende Migrant*innen schon im ersten Jahr unter den Schutz des Arbeitsrechts stellt.

Ferner stellten die Anwäl*innen fest, dass sie zwar über die Situation von Minderheiten und Migrant*innen japanischer Abstammung informiert waren, aber so gut wie nichts über das Trainingsprogramm wussten. Daher wurde es nötig, dem Informationsaustausch eine konkrete Form zu geben. Das Netzwerk wuchs schnell, als andere Jurist*innen mit ähnlichen Erfahrungen beitraten. Hierbei spielten anwaltliche Berufsvereinigungen eine wichtige Rolle. Durch ihre Mitgliedschaft in regionalen Anwaltskammern verfügten die Initiator*innen des *Kenbenren* über ein Netzwerk von Kontakten, über das sie für ihre neue Organisation werben konnten.⁷²

Die Anwäl*innen haben unterschiedliche biographische Hintergründe und Motivationen. *Ibusuki* ist der Senior innerhalb des *Kenbenren* und verfügt anders als seine jüngeren Kollegen *Abiko* und *Onodera* über Erfahrung in politischen Bewegungen und Gewerkschaften. Auf der Webseite seiner selbst geführten Kanzlei berichtet er darüber, wie er sich als Student in den frühen 1980er Jahren gegen das „Verbot politischer und sozialer Aktivitäten“ an seiner Universität engagierte. In einem Supermarkt, in dem er jobbte, gründete er mit Hilfe der Gewerkschaft Vereinter Arbeitsrat (*Tōitsu Rōhyō*) eine Zweiggewerkschaft. Daraufhin wurden er und ein anderes Gewerkschaftsmitglied entlassen. Ein dagegen angestrebtes Gerichtsverfahren blieb erfolglos. Dennoch motivierte es *Ibusuki* sich weiterhin gegen „Diskriminierung und Unterdrückung“ (*sabetsu ya yokuatsu*) zu engagieren.⁷³ Mit 27 Jahren beschloss er Anwalt zu werden. Erst beim siebzehnten Anlauf bestand er die Prüfung im Alter von 45 Jahren.⁷⁴ Sein Spezialgebiet ist Arbeits- und Ausländerrecht, wobei er vor allem Asylsuchende, internierte Ausländer und Praktikant*innen berät und vertritt.

Lila Abiko aus Tōkyō und *Nobukatsu Onodera* in Kumamoto waren erst Ende 20 als sie gemeinsam mit *Ibusuki Kenbenren* gründeten. *Onodera* gab an, sich vor Beginn seiner Arbeit als Anwalt und seinem Umzug von Aomori im Norden Honshūs nach Kumamoto im Süden Kyūshūs nicht sonderlich für soziale Probleme interessiert zu haben. Erst sein Arbeitgeber,

72 ABIKO (Fn. 69).

73 S. IBUSUKI, *Daihyō-sha aisatsu* [Grußworte des Repräsentanten], <http://www.ak-law.org/column/95/>.

74 IBUSUKI (Fn. 73).

der *Onodera* zufolge auch Opfer der Quecksilberverseuchung in Minamata vertrat, habe ihn auf die soziale und politische Relevanz des Anwaltsberufes aufmerksam gemacht.⁷⁵ *Abiko* berichtete über ein Interesse an Menschenrechten und sozialer Gerechtigkeit, welches sie dazu bewog, an ihr Bachelorstudium des internationalen Rechts und der internationalen Beziehungen am Institut für Recht der Hitotsubashi Universität, die Jurist*innenprüfung und ein Referendariat anzuhängen.⁷⁶

2. Vernetzung und Kooperation mit anderen Organisationen

Auch über das *Kenbenren* hinaus weisen seine Mitglieder einen hohen Grad der Organisierung und Vernetzung aus. *Ibusuki* ist Mitglied der Zweiten Tōkyōter Anwaltskammer (*Niben*) und im *Lawyering Network for Foreigners* (LNF) engagiert. Einer Organisation mit, laut *Ibusuki*, ca. 1.000 Mitgliedern.⁷⁷ *Ibusuki* engagiert sich ferner in der JFBA. Dort ist er Mitglied des Komitees für die Probleme von Ausländern innerhalb der Kommission zum Schutz der Menschenrechte (*jinken yōgo i'in-kai*) der JFBA.⁷⁸ 2009 haben *Ibusuki*, *Abiko* und weitere Anwalt*innen ein Projektteam zum Thema „Technische Praktikant*innen“ innerhalb der Kommission zum Schutz der Menschenrechte der JFBA gegründet. Deren erstes Treffen fand am 8. September 2009 im Gebäude der japanischen Anwaltsvereinigungen im Tōkyōter Regierungsviertel Kasumigaseki statt. Im Anschluss an dieses Treffen trafen sich der Vorstand und einige Mitglieder des *Kenbenren* in den Räumlichkeiten der Tōkyōter Anwaltskammer (*Tōben*) zu einer Besprechung.⁷⁹ 2011 war *Ibusuki* ehrenamtlicher Vizeausschussvorsitzender (*fuku i'in-chō*) der Anwaltskammer für die Region Kantō (*Kantō Bengoshi Rengō-kai*).⁸⁰

Lila Abiko arbeitet ehrenamtlich für die japanische Menschenrechtsorganisation *Human Rights Now*, die vor allem in Japan im Bereich der Bildung und Information tätig ist und deren regionaler Schwerpunkt auf Myanmar und Kambodscha liegt. Zum Zeitpunkt eines Interviews im September 2011 war sie Vizevorsitzende des Komitees für die Rechte von Ausländern in der Tōkyōter Anwaltskammer.⁸¹ Drei bis viermal im Jahr spricht *Abiko* auf

75 ONODERA (Fn. 71).

76 ABIKO (Fn. 69).

77 S. IBUSUKI, Interview, 2011.

78 IBUSUKI (Fn. 77).

79 Teilnehmende Beobachtung, 2009.

80 IBUSUKI (Fn. 77).

81 Tōkyō hat drei Anwaltskammern, die Tōkyōter Anwaltskammer (*Tōben*), die Erste Tōkyōter Anwaltskammer (*Ichiben*) und die Zweite Tōkyōter Anwaltskammer (*Niben*). Alle drei Kammern befinden sich jedoch im selben Gebäude, sodass Treffen

öffentlichen Informationsveranstaltungen unterschiedlicher Träger zum Trainings- und Praktikumsprogramm.

Ibusuki und *Abiko* arbeiten darüber hinaus eng mit der ZWU sowie den Advocacy-Organisationen *Solidarity Network with Migrants Japan* (SMJ) und *Advocacy Network for Foreign Trainees* (ANFT) zusammen.⁸² So vertrat *Ibusuki* mehrfach Gewerkschaftsmitglieder vor Gericht und *Abiko* war auf einem Treffen des SMJ und anderer Organisationen mit Vertretern der Ministerialbürokratie anwesend.⁸³ Die beiden stehen also in einem engen Kontakt zu Organisationen, die dem Gewerkschaftsverband *Zenrōkyō* angehören oder nahe stehen und sozialdemokratisch orientiert sind.⁸⁴

Andere Mitglieder des *Kenbenren*, wie *Kyōko Ōsaka* in Nagoya und *Nobukatsu Onodera* in Kumamoto (mittlerweile in Sapporo) haben dagegen sowohl durch Rechtsbeistand für Gewerkschaftsmitglieder als auch bei Publikationen mit Gewerkschaften zusammengearbeitet, die im kommunistischen Gewerkschaftsverband *Zenrōkyō* organisiert sind.⁸⁵ Die Anwält*innen, die sich innerhalb einer Cause-Lawyering-Organisation für einen Zweck zusammengeschlossen haben, haben also möglicherweise unterschiedliche politische Präferenzen. Andererseits sind Gewerkschaften, die ausländische Praktikant*innen vertreten, vor allem außerhalb urbaner Ballungsräume selten, sodass die Anwält*innen nicht wählerisch sein dürfen, mit wem sie zusammenarbeiten.

3. Prozessführung und Rechtsbeistand

Die Prozesskosten für Trainees und Praktikant*innen werden meist durch ein zinsfreies Darlehen des *Japan Legal Support Center* (JLSC), kurz *Hōterasu*, vorfinanziert. *Hōterasu* ist eine selbständige Verwaltungskörperschaft (*dokuritsu gyōsei hōjin*) unter der Aufsicht des Justizministeriums. Darlehen in einer Größenordnung von bis zu 700.000 Yen können dort beantragt werden.⁸⁶ Als Basishonorar verlangen Anwält*innen wie *Abiko* i. d. R. 150.000 Yen (ca. 1.000 Euro). Nach japanischem Recht werden die

und Austausch zwischen Anwält*innen der unterschiedlichen Verbände kein Problem sind.

82 KREMERS (Fn. 4) 729.

83 Teilnehmende Beobachtung, 7.3.2011.

84 „*Shōchō kōshō*“ [Verhandlungen mit Ministerien und Behörden], *Migrants Network*, 136, Nr.3, 2011.

85 S. KUREMATSU, *Han-hinkon de tsunagarō, kokkyō wo koetta nakama-tachi – Kaisei nyūkanhō taiō, gaikoku-jin jissū-sei shien gaido* [Gemeinsam gegen Armut, Kollegen über Landesgrenzen hinweg – Reaktion auf das korrigierte Einreisegesetz, Guide zur Hilfe für ausländische Praktikant*innen] (Kyōto 2010).

86 ABIKO (Fn. 69).

Anwaltskosten i. d. R. nicht zusammen mit den Verfahrenskosten der unterlegenen Partei aufgebürdet, bei einem Schaden durch eine „unerlaubte Handlung“ (*fuhō kōi*) jedoch können dem*r Kläger*in entstandene Anwaltskosten als Teil der Schadensersatzsumme verlangt werden.⁸⁷ Bei einem erfolgreichen Ausgang des Verfahrens berechnen Anwäl*t*innen in der Regel nochmals circa 10 Prozent der Entschädigungssumme. Auch müssen gegebenenfalls Dolmetscher bezahlt werden. Daher, so *Abiko*, lohne ein Gerichtsverfahren nur dann, wenn die zu erwartende Entschädigungssumme über 500.000 Yen liegt.⁸⁸

Durch die juristische Aufarbeitung des Trainings- und Praktikumsprogramms werden außerdem Präzedenzfälle geschaffen, welche durch die Vernetzung und Medienarbeit des *Kenbenren* einer breiteren Öffentlichkeit bekannt gemacht werden. Internationale Aufmerksamkeit wurde dem *Kenbenren* 2010 zuteil, als *Ibusuki* die Familie eines chinesischen Praktikanten vertrat, dessen Tod im Jahre 2008 von einem Gericht in Japan als „Tod durch Überarbeitung“ (*karōshi*) anerkannt worden war.⁸⁹ Im sog. Amakusa-Fall bestätigte das Distriktgericht Kumamoto, dass es sich bei dem Training des Klienten in der Textilverarbeitung faktisch um ein Arbeitsverhältnis gehandelt habe. Damit zwang es den Ausbildungsbetrieb nachträglich die Differenz zwischen den ausgezahlten Bezügen und dem vollen Mindestlohn zu erstatten.⁹⁰ 2010 trat *Abiko* in Begleitung eines Klienten im *Foreign Correspondents Club Japan* (FCCJ) vor Vertreter der ausländischen Presse und berief sich in ihrer Kritik am Programm unter anderem auf den Menschenhandelsbericht des US Department of State, der weitgehend von der Darstellung des

87 S. KAKIUCHI, § 27 Verfahrensrecht, in: Baum/Bälz Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht (Köln 2011) Rn. 37; UEHARA/T. IKEDA/K. YAMAMOTO, *Min-ji soshō-hō* [Zivilprozessgesetz] (6. Aufl., Tōkyō 2012) 22.

88 ABIKO (Fn. 69).

89 „Japan trainees ‘abused’“, Al Jazeera, 26.10.2009, <http://www.youtube.com/watch?v=RnigQ0Njd4M>; J. RYALL, Japan’s ‘slave labour’ interns die after 16 hour days, in: The Telegraph, 6. Juli 2010, <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/asia/japan/7874333/Japans-slave-labour-interns-die-after-16-hour-days.html>; M. FRITZ, Trainees schuften sich zu Tode, in: Frankfurter Rundschau, 25. Juli 2010, <http://www.fr-online.de/arbeit---soziales/japan-trainees-schuften-sich-zu-tode,1473632,4504482.html>.

90 N. ONODERA, *Amakusa no hōsei ginō jisshū-sei soshō* [Der Prozess der Nähereipraktikanten von Amakusa], in: ‚Gaikoku-jin rōdō-sha mondai to kore kara no Nihon‘ henshū i‘inkai (Hrsg.), <*Kenshū-sei*> to iu na no dorei rōdō – Gaikoku-jin rōdō-sha to kore kara no Nihon [Skavenarbeit mit Namen ‚Trainee‘ – Ausländische Arbeitende und das künftige Japan] (Tōkyō 2009) 15–18.; L. ABIKO, Interview, 2011.

SMJ geprägt war.⁹¹ Die Anwältin legitimierte ihre Kritik an japanischen Gesetzen somit durch einen Verweis auf Kritik aus dem Ausland, die erst durch die Advocacy japanischer Organisationen ermöglicht wurde.

4. Publikationen des Kenbenren und seiner Mitglieder

Die in *Kenbenren* organisierten Anwält*innen publizieren zum TITP und anderen sozialen Themen. So veröffentlichte *Ibusuki* einen Artikel zum Praktikumsprogramm in der Fachzeitschrift *Law & Practice*, *Abiko* veröffentlichte in der Fachzeitschrift *Minshushugi to hō* (Demokratie und Gesetz) und arbeitete mit an einer japanischen Übersetzung des vom UN-Hochkommissariat für Menschenrechte herausgegebenen Buches *Working with the United Nations Human Rights Programme – A Handbook for Civil Society*. *Onodera* verfasste in seinem inzwischen eingestellten Blog⁹² zwischen 2007 und 2010 154 Einträge zum Trainings- und Praktikumsprogramm und gab als Mitglied des Herausgeberkomitees *Die Probleme Ausländischer Arbeitender und das künftige Japan (Gaikokujin rōdōsha mondai to kore kara no Nihon)* einen Band mit dem Titel *Sklavenarbeit mit Namen, Trainee* heraus. Zu den Herausgebern jenes Bandes gehörten neben *Onodera* acht weitere Rechtsanwält*innen, sieben Praktikantinnen aus der Volksrepublik China, eine lokale Gewerkschaft in Kumamoto (*Rōkaru Yunion Kumamoto*) sowie der kommunistische Gewerkschaftsbund *Zenrōren*.⁹³

Kyōko Ōsaka war redaktionell an einer Publikation beteiligt, welche die Reformen des Programms von 2009 kritisch kommentierte und die Aktivitäten gegen das Trainings- und Praktikumsprogramm in eine Kampagne gegen Armut (*han-hinkon*) einband. Das von *Sa'ichi Kurematsu*, dem Vorsitzenden des Gewerkschaftsverbands der Präfektur Aichi (*Airōren*), verfasste Buch trug den Titel: *Gemeinsam gegen Armut, Kollegen*innen über Landesgrenzen hinweg – Reaktion auf das korrigierte Einreisegesetz, Guide zur Hilfe für ausländischen Praktikant*innen*.⁹⁴ Die Publikation wurde von

91 H. OZAWA, Japan's trainee programme ‚human trafficking‘: lawyer, in: No to trafficking, 23. Juli 2010, http://trafficking.org.ph/v5/index.php?option=com_content&task=view&id=3239&Itemid=56 (12.04.2016); US Department of State, Trafficking in Persons Report 2010 (Washington D.C. 2010) 190.

92 N. ONODERA, *Bengoshi Onodera Nobukatsu no tsure zure nikki* [Rechtsanwalt Nobukatsu Onodera's langweiliges Tagebuch], <http://ononobu.exblog.jp>.

93 ‚Gaikokujin rōdōsha mondai to kore kara no Nihon‘ henshū iinkai (Hrsg.), *‚Kenshūsei‘ to iu na no dorei rōdō – Gaikokujin rōdōsha to kore kara no Nihon* [Sklavenarbeit mit Namen ‚Trainee‘- Ausländische Arbeitende und das künftige Japan] (Tōkyō 2009).

94 KUREMATSU (Fn. 85).

einem Blog im Internet begleitet, auf dem unter anderem Fotos und Kopien von Zeitungsartikeln und Originaldokumenten einsehbar gemacht wurden.⁹⁵

Kenbenren betreibt eine Website auf der Domain der Anwaltskanzlei *Kumamoto chūō hōritsu jimu-sho*.⁹⁶ Zwischenzeitlich betrieb die Organisation auf der Plattform *Exblog.jp* einen japanischsprachigen Blog mit umfangreichen Informationen zum Programm, zur Berichterstattung in den Massenmedien und zu den Aktivitäten seiner Mitglieder.⁹⁷ Der letzte Eintrag stammt vom Juli 2012.

Shōichi Ibusuki unterhält eine Website für seine Tōkyōter Kanzlei Akatsuki, auf der er auch über soziale und politische Themen informiert.⁹⁸ Wie eng der Anwalt seinen Beruf mit politischem Engagement verbunden sieht wird aus in folgendem Zitat deutlich: „Die grundsätzliche Haltung der Anwaltskanzlei Akatsuki lautet ‚das Recht zu achten, ohne sich auf das Recht zu verlassen‘ [*hō wo tattobu, hō ni tayorazu*].“ Es folgt eine Darstellung seines Berufsverständnisses, die sich mit der hier gebrauchten Definition von *cause lawyering* deckt. Auch entwickelt *Ibusuki* hier ein Rechtsverständnis, welches dem in *Jherings* „Kampf um’s Recht“ sehr ähnelt:

„‚Das Recht zu achten‘ heißt, die Gesetze durchdringend und anwendend [*hōritsu wo tettei shite katsuyō shite*], die Interessen der Mandant*innen [*irai-sha no rieki*] zu schützen. ‚Ohne sich auf das Recht zu verlassen‘ heißt, ohne an vollendete Gesetze und Präzedenzen [*hanrei*] gebunden zu sein oder sich einzig auf den Prozess zu verlassen, das Beste herauszuholen, um die Interessen der Mandant*innen zu schützen. Je nach Begebenheit zielt man darauf, Präzedenzfälle zu schaffen und das Gesetz zu ändern. Diese Probleme in der öffentlichen Diskussion [*yoron*] anzuklagen, aus ihnen soziale Probleme zu machen [*shakai mondai-ka shite*], Bewegung zu erzeugen und das System an sich umzugestalten ist das Ziel [*seido jitai no kaikaku wo mezasu*]. [...] Gesetze sind eine Waffe der Arbeiter*innenbewegung [*hōritsu wa, rōdō undō no buki no itsu de ari*], während man sie effektiv einsetzen muss, sollte sich die Methode des Kämpfers [*tata-kai-hō*] nicht ausschließlich auf sie verlassen [...]“⁹⁹

Die in Netzwerken und Vereinigungen organisierten Anwalt*innen bieten also nicht nur Beratung und Rechtsbeistand in Einzelfällen. *Ibusuki* verbindet Rechtsbeistand für Arbeitsmigrant*innen vielmehr mit einem sozialpolitischen Programm.

95 *Gaikoku-jin Jisshū-sei Shien*, [Hilfe für ausländische Praktikant*innen], http://rodo110.cocolog-nifty.com/viet_nam/.

96 KENBENREN, <http://kenbenren.www.k-chuolaw.com/index.html>.

97 KENBENREN, <http://kenbenren.exblog.jp/>.

98 S. IBUSUKI, *Saishin no oshirase ichiran* [Überblick der neuesten Mitteilungen], <http://www.ak-law.org/>.

99 Hervorhebungen im Original, S. IBUSUKI (Fn. 73).

5. Politikvorschläge und -kommentare des Kenbenren

Die Mitglieder des *Kenbenren* schalteten sich erst spät in die politische Debatte um das Trainings- und Praktikumsprogramm in Form von Vorschlägen und Kommentaren ein. In den Jahren zuvor hatten jedoch mit *Kenbenren* in Verbindung stehende Organisation eine umfassende Reform und später eine Abschaffung des Programms gefordert. Darunter das ANFT (GKMN) in einem Sammelband aus dem Jahr 2000,¹⁰⁰ SMJ in einem Politikvorschlag von 2002 und erneut in einem 2006 erschienen Sammelband¹⁰¹ sowie der JFBA in einem öffentlichen Dokument aus dem Jahr 2004.¹⁰² Der Gegenvorschlag des SMJ war die Einführung befristeter aber verlängerbarer Aufenthalts- und Arbeitsgenehmigungen für alle ausländischen Staatsbürger, die von Unternehmen in Japan eingestellt werden, ungeachtet der beruflichen Qualifizierung.

Erst im Februar 2009 veröffentlichte *Kenbenren* eine schriftliche Stellungnahme zur Gesetzeskorrektur des Trainings- und technischen Praktikumsprogramms, die an den damaligen Premierminister *Tarō Asō* und die Minister der für JITCO zuständigen Behörden gerichtet war.¹⁰³ Darin forderten die Anwält*innen für den Fall, dass das Programm fortgesetzt würde, erstens das Programm unter der Aufsicht von Vereinigungen abzuschaffen, zweitens die Aufnahme von Trainees aus Sendeorganisationen, deren Ausbildungsverträge gegen japanisches Recht verstießen, gesetzlich eindeutig zu verbieten, und drittens Trainees das Recht auf freie Wahl und Wechsel der Arbeitsstelle und des Berufes zu garantieren. Dabei ist zu beachten, dass *Kenbenren* anders als SMJ nicht die Abschaffung des gesamten Programms, sondern eine umfassende Reform vorschlug. Faktisch aber kommt eine Abschaffung der Aufnahme von Praktikant*innen unter der Aufsicht

100 GKMN (Fn. 58) 104.

101 SMJ, *Hōkatsuteki gaikoku-jin seisaku – Teigen-shū* [Eine umfassende Ausländerpolitik – Sammlung von Vorschlägen], <http://www.g-jinkenho.net/modules/sections/index.php?op=viewarticle&artid=15>; SMJ, *Gaikoku-seki jūmin to no kyōsei ni mukete NGO kara no seisaku teigen* [Politikvorschläge von NGOs zum Zusammenleben mit Bürgern ausländischer Nationalität] (Tōkyō 2006) 54–55.

102 JFBA, *Ta-minzoku ta-bunka no kyōsei suru shakai no kōchiku to gaikoku-jin minzokuteki shōsū-sha no jinken kihon-hō no seitei wo motomeru sengen* [Erklärung, die den Aufbau einer Gesellschaft des multiethnischen und multikulturellen Zusammenlebens und die Einrichtung eines Basisgesetzes für die Menschenrechte von Ausländern und Personen ethnischer Minderheit fordert], http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/civil_liberties/year/2004/2004_5.html.

103 KENBENREN, *Gaikoku-jin kenshū ginō jissshū seido no hō-kaisei ni tai suru iken-sho* [Schriftliche Stellungnahme zur Gesetzeskorrektur des Trainings- und technischen Praktikumsprogramms für Ausländer] (Tōkyō 2009).

von Vereinigungen einer Abschaffung des gesamten Programms sehr nahe, da diese den Großteil der Aufnahmeorganisationen ausmachen.

Daneben haben auch regionale Anwaltsorganisationen Vorschläge zur Reform des Programms erarbeitet. Schon im Januar 2009 hatte die Anwaltskammer der Präfektur Aichi (*Aiben*) eine Stellungnahme vorgelegt, in der sie eine „radikale Korrektur“ des Programms forderte.¹⁰⁴ *Aiben* schlug vor, die Aufnahme unter der Aufsicht von Vereinigungen abzuschaffen sowie die Stellung von Praktikant*innen zu verbessern, dadurch, dass ihnen der Wechsel der Arbeitsstelle erlaubt wird. Im März sprach sich die *Ichiben* in einer schriftlichen Stellungnahme für eine Abschaffung des ganzen Programms aus.¹⁰⁵ Diese Beiträge erschienen jedoch zu spät, als dass diese in der Diskussion der Reform des Programms vor 2009 noch hätten inhaltlich aufgegriffen werden können.

Am 28. August 2015 legte *Kenbenren* eine schriftliche Stellungnahme vor, welche den gegenwärtig diskutierten Gesetzesentwurf zur Verlängerung des Programms kritisierte.¹⁰⁶ Die Organisation forderte die Regierung auf, von einer Verlängerung des Programms, einer Erhöhung der Teilnehmer*innenzahlen sowie einer Erweiterung der zulässigen Berufe Abstand zu nehmen. Darüber hinaus verlangte sie eine Offenlegung der bilateralen Beschlüsse zwischen Japan und den Sendeländern, eine Offenlegung der von Aufnahmeorganisationen verlangten Gebühren und die Einrichtung einer neuen Körperschaft zur professionellen Beratung und Hilfe für Programmteilnehmer*innen.¹⁰⁷ Diese solle mit Anwaltsorganisationen, der staatlichen Rechtsbeihilfe (*Hōterasu*) und NGOs zusammenarbeiten und von JITCO unabhängig sein. Freie Wahl und Wechsel der Praktikumsorganisation sollten den Teilnehmer*innen garantiert werden. Es solle ferner ausdrücklich auf die Einhaltung eines mit dem von japanischen Staatsbürgern identischen Lohnniveaus hingewiesen werden.¹⁰⁸

Der gegenwärtige Gesetzesentwurf sieht zum Schutz von Migrant*innen u. a. ein strafbewehrtes Verbot von Vertragsstrafen gegenüber Praktikant*in-

104 AIBEN, *Gaikoku-jin kenshū ginō jishū seido no bapponteki kaisei wo motomeru iken-sho* [Schriftliche Stellungnahme, die eine radikale Reform des Trainings- und technischen Praktikumsprogramms für Ausländer fordert] (Nagoya 2009), <http://www.aiben.jp/page/frombars/topics2/377gaikokuzin.html>.

105 ICHIBEN, *Gaikoku-jin kenshū-sei ginō jishū-sei seido ni taisuru iken-sho* [Schriftliche Stellungnahme zum Trainee- und Praktikant*innenprogramm [sic!] für Ausländer] (Tōkyō 2009), http://www.ichiben.or.jp/data/01_06_32.pdf.

106 KENBENREN, *Ginō jishū seido tekisei-ka jishū hōan ni tai suru iken-sho* [Schriftliche Stellungnahme zum Gesetzesentwurf zur Anpassung des technischen Praktikumsprogramms], http://kenbenren.www.k-chuolaw.com/data/ikensyo_150828.pdf.

107 KENBENREN (Fn. 106) 4.

108 KENBENREN (Fn. 106) 5.

nen und ihren Angehörigen von Seiten der durchführenden Organisation vor. Da aber auch Vertragsstrafen bei Aussagen gegenüber den Massenmedien oder der Verwaltung sowie im Falle von Schwangerschaften erhoben worden seien, sollte das Verbot von Vertragsstrafen auf jegliche Sanktionierung des privaten Lebenswandels sowohl durch Aufnahmeorganisationen als auch durch Sendeorganisationen und „Broker“ ausgedehnt werden, so die Forderung von *Kenbenren*.¹⁰⁹ Gleichermäßen verlangte die Organisation, das Verbot und die Strafbarkeit von Kautionen, Zwangssparen, dem Einzug von Reise- und Ausweisdokumenten sowie die Einschränkung des freien Lebenswandels von Praktikant*innen durch Aufnahmeorganisationen auf andere Parteien wie Sendeorganisationen und Broker auszudehnen.¹¹⁰ Über diese Detailfragen in Bezug auf den Gesetzesentwurf hinaus, erklärte *Kenbenren*, dass das Praktikumsprogramm abgeschafft werden sollte, da seine strukturellen Probleme Menschenrechtsverletzungen nach sich zögen.¹¹¹

IV. SCHLUSS: DIE POLITISCHE ROLLE VON CAUSE LAWYERING IN JAPAN – EIN AUSSICHTSLOSER KAMPF?

Am Beispiel temporärer Arbeitsmigration nach Japan innerhalb des sogenannten *Technical Intern Training Programs* (TITP) konnte hier gezeigt werden, dass japanische Rechtsanwält*innen organisiertes und gezieltes *cause lawyering* betreiben, um die Rechtslage für die soziale Gruppe, der ihre Mandant*innen angehören, zu verbessern. Sie nutzen dabei neben dem Rechtsweg andere öffentliche Kanäle, wie Medien, Verbände und Behörden, um den Rechtsstaat weiterzuentwickeln. Da sie dabei gegen Interessen anderer sozialer Gruppen, vor allem Unternehmer*innen vorgehen, muss ihr Handeln im Sinne von *Jhering* als „Kampf um’s Recht“ bezeichnet werden. Darauf, dass ein solcher Kampf schwierig und langwierig ist, verwies schon *Jhering*. Anzunehmen, dass die bloße Existenz von engagierten Anwält*innen und Bürger*innen Japan in einen migrant*innenfreundlichen und multikulturellen Rechtsstaat verwandelt, auf dessen Arbeitsmarkt die Bedürfnisse und Rechte von Arbeitenden geschützt sind, wäre illusorisch. Wie die Migrant*innen selbst, sind ihre rechtlichen Vertreter*innen eine Minderheit in Japan. Anders als ihre ausländischen Mandant*innen aber verfügen ihre Anwält*innen über das für einen Zugang zum Rechtsstaat notwendige ökonomische, soziale und kulturelle Kapital. Der Rechtsstreit stellt damit eine Form der Integrationshilfe für Migrant*innen dar.

109 KENBENREN (Fn. 106) 6.

110 KENBENREN (Fn. 106) 6, 7.

111 KENBENREN (Fn. 106) 2.

Ferner zielt das *cause lawyering* jener Jurist*innen auf einen integrativen Rechtsstaat. Dass dies nicht von heute auf morgen geschieht, bedarf eigentlich keiner besonderen Erwähnung. Dennoch werden der politische Einfluss von Advocacy und *cause lawyering* für schwächere soziale Gruppen in Japan generell unterschätzt.¹¹² Die Erklärung dafür wird häufig innerhalb des politischen Zentrums gesucht: Japanische Politiker, Bürokraten und Gesetze stehen prinzipiell im Verdacht, die Zivilgesellschaft für verdächtig zu halten und versuchten deren Einfluss zu minimieren. Aber reicht dies als Erklärung für den geringen Einfluss der migrant*innenfreundlichen Zivilgesellschaft aus? Es lohnt sich, mit einem Rückgriff auf *Jhering* genauer hinzuschauen.

Das hier beschriebene TITP wird von Rechtsanwält*innen bekämpft. Ziel dieses Kampfes ist in erster Linie die Abschaffung des Programms durch eine Umgestaltung des rechtlichen Rahmens. Die Adressaten sind daher notwendiger Weise die politische Führung und der Gesetzgeber, welche häufig vereinfachend als der „Staat“ bezeichnet werden. Jenseits der Frage ob die Regierung tatsächlich der „Staat“ ist, muss aber die Frage gestellt werden, ob die Regierung im hier beschriebenen Kampf tatsächlich der politische Gegner ist. Diese Frage muss eindeutig verneint werden: Weder die Politik noch der Staat sind die Gegner im Kampf um die Rechte von Arbeitsmigrant*innen. Vielmehr ist die Politik die Arena und der Rechtsstaat das Mittel, mit dem Anwält*innen für die Rechte von Migrant*innen streiten.

Wer aber sind ihre Gegner*innen, wer ist der „Polyp [...] mit tausend Armen“, den es loszureißen gilt? Die Antwort liegt in der Struktur des TITP mehr oder weniger offen zu Tage. Diese ist durch eine Verschränkung von Organisationen des Marktes, der Zivilgesellschaft und der Regierung hinweg, aufs Engste mit den Interessen herrschenden Klasse verwoben. Auf der politischen Mikro-Ebene, also auf dem Arbeitsmarkt und im Gerichtssaal, sind es die Besitzer*innen und Manager*innen von KMU und Kooperativen, die im Programm ihre letzte Hoffnung sehen, bezahlbare Arbeitskräfte zu rekrutieren, oder aber aus der Anwerbung und Entsendung von Migrant*innen ein Geschäftsmodell entwickelt haben. Diese entrichten Geldbeiträge an die gemeinnützige Stiftung JITCO, eine regierungsnaher gemeinnützige Organisation, welche das Programm auf der politischen Meso-Ebene verwaltet und in deren Aufsichtsgremien aus dem Staatsdienst ausgeschiedene Bürokrat*innen, überwiegend des Justiz- und des Sozialministeriums, sowie die Vertreter*innen von Großunternehmen und Interessenverbänden sitzen.

112 Als Reaktion auf diese pessimistischen Tendenzen finden sich auch einige sehr optimistische Studien, die dann zu einer Überschätzung der japanischen Zivilgesellschaft neigen.

Tatsächlich aber sind weder das Justizministerium noch das Sozialministerium glühende Anhänger*innen des Programms. Auf der Seite der Befürworter des Programms steht auf der politischen Makro-Ebene lediglich das METI. Betrachtet man seine inhaltlichen Beiträge zur Debatte, so wird deutlich, dass es unter dem Einfluss von Unternehmensverbänden steht, vor allem der *Japan Chamber of Commerce and Industry* (JCCI) und des *Keidanren*, welche seit 2002 unablässig eine Ausdehnung, Verlängerung und Quotenanhebung der temporären Migration innerhalb des Programms gefordert hatten.¹¹³ Die Interessen dieser organisierten sozialen Gruppen haben sich im Laufe der Zeit mit dem bestehenden Recht verbunden. Während einige davon tatsächlich direkt aus dem Programm profitieren, sind andere zu Gefangenen des Systems geworden. Gerade weil das System in Form von JITCO und ihren Mitgliedsorganisationen in der japanischen Zivilgesellschaft verankert ist, stellt sich eine Reform des Programms als schwierig und seine Abschaffung als nahezu unmöglich dar.

Cause lawyering und *Advocacy* sind daher nicht gegen den Staat gerichtet, sondern stellen einen Versuch der arbeitenden Klasse dar, den von Kapitalisten monopolisierten Staat auf rechtsstaatlichem Weg zurückzuerobern oder zumindest kleine Territorialgewinne zu erzielen, innerhalb derer ein Mindestmaß an Schutz und Gerechtigkeit für Arbeitende gewährleistet werden kann. Rechtsbeistand und *cause lawyering* für ausländische Beschäftigte sind daher, ähnlich wie die Praxis der kollektiven Verhandlungen von Gewerkschaften, als Form zivilgesellschaftlichen Handelns nicht konfrontativ gegen den Staat gerichtet. Vielmehr zielen sie darauf ab, die staatlichen Zwangsmittel per Gerichtsbeschluss für die Interessen von Arbeitsmigrant*innen in Japan zu aktivieren. *Advocacy* und *cause lawyering* für Migrant*innen haben sich inzwischen zu einem strukturellen Merkmal des Einwanderungslandes Japans entwickelt, wobei sich migrantische Arbeitnehmer*innen und ihre Vertreter*innen in den Rechtsstaat „hineinarbeiten“, d.h. sich, für ihre Rechte kämpfend und gegen die Widerstände der herrschenden Klassen, zu integrieren versuchen.¹¹⁴

113 KREMERS (Fn. 4).

114 Vgl. W. F. HAUG, Gibt es totale ‚hegemoniale Ohnmacht‘?, in: *Das Argument, Zeitschrift für Philosophie und Sozialwissenschaften*, 206, 36. Jahrgang Heft 4/5 (1994) 575–576.

Subjektive Rechte auch für Tiere?

Aktuelle Debatten und Prognosen über das Tierschutzrecht in Japan

*Kazushige Doi**

- I. Einleitung
- II. Tierwohlansatz und Tierrechtsansatz
 1. Vom Tierwohl zu Tierrechten
 2. Tierwohlansatz
 3. Tierrechtsansatz
- III. Überblick über das japanische Tierschutzgesetz
- IV. Tierversuche und Rechtssubjektivität von Tieren als Prüfsteine der Tierrechtsdebatten
 1. Die Regulierung der Tierversuche
 2. Rechtssubjektivität von Tieren? – Ansatz für eine Verbandsklage
- V. Mögliche Anleihen aus dem deutschen Tierschutzrecht für künftigen Reformen?
 1. Restriktiver Umgang mit der Genehmigungsbefugnis in der Rechtsprechung von Bundesverfassungs- und Bundesverwaltungsgericht
 2. Unterschiedliche Schutzniveaus der beiden Staatsziele Umwelt- und Tierschutz
 3. Menschenwürde als zweischneidiges Schwert für Tierschutzbefürworter
- VI. Fazit

I. EINLEITUNG

Das 20. Jahrhundert ist nicht zuletzt als das Jahrhundert der Menschenrechte zu bezeichnen. In Reaktion auf zwei Weltkriege entwickelten sich das humanitäre Völkerrecht und supranationale Menschenrechtschartas beachtlich. Menschenrechtsgerichte wurden inzwischen auf der ganzen Welt

* Associate Professor, University of Kitakyushu, LL.M. (Marburg).

Dieser Beitrag entstand im Rahmen des Forschungsprojekts „Protecting the Weak: Entangled processes of framing, mobilization and institutionalization in East Asia“ (AZ 87382) an der Goethe-Universität Frankfurt, das von der Volkswagen Stiftung im Rahmen der Förderlinie „Key Issues for Academia and Society“ unterstützt wird.

gegründet, außer in Asien.¹ Im Einzelnen hat die Vorstellung universaler Menschenrechte die Idee der Befreiung von Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, der ethnischen Herkunft, der Religion usw. popularisiert. Diese Errungenschaften des abendländischen Denkens haben zusätzlich auch den Befürwortern eines verstärkten Schutzes von Tieren eine neue Perspektive eröffnet: Sollten nunmehr auch Tieren eigene Rechte zugestanden werden, wenn wissenschaftlich zunehmend Ähnlichkeiten zwischen Mensch und Tier erwiesen werden?

Dieser Beitrag geht der Frage nach, inwieweit ein solcher Tierrechtsansatz sich derzeit im japanischen Recht widerspiegelt und welches Entwicklungspotenzial für den gegenwärtigen Rechtszustand insoweit besteht. Dazu wird zunächst (II.) auf den Tierwohl- und den Tierrechtsansatz und anschließend (III.) den gegenwärtigen Zustand des japanischen Tierschutzgesetzes eingegangen. Darauf aufbauend werden (IV.) die Fragen der Regulierung von Tierversuchen und die Rechtssubjektivität von Tieren betrachtet. Schließlich wird (V) das deutsche Tierschutzrecht in Verbindung mit dem Grundgesetz für die weitere Reformdiskussion in Betracht gezogen. Als Zusammenfassung werden (VI.) eine Bestandaufnahme und Perspektiven des Tierschutzrechts in Japan skizziert.

II. TIERWOHLANSATZ UND TIERRECHTSANSATZ

1. *Vom Tierwohl zu Tierrechten*

Bei historischer Betrachtung wurden internationale Tierschutzbewegungen zunächst mit dem Tierwohlansatz, häufig mit dem englischen Begriff „*animal welfare*“, begründet, der die Grundlage für die Entwicklung zum Tierrechtsansatz („*animal rights*“) bildet. Im deutschsprachigen Raum wird das erste Konzept zwar meistens als Schutzansatz übersetzt,² aber im Folgenden wird die Bezeichnung von „Tierwohl“ mit der Absicht verwendet, den Kernaspekt der Gewährleistung des Wohlbefindens von Tieren und damit den inhaltlichen Unterschied der beiden Ansätzen deutlich zu machen.

2. *Tierwohlansatz*

Der erste Wendepunkt der modernen Tierschutzgeschichte lag in dem Perspektivenwechsel vom herkömmlichen Artenschutz hin zur Vermeidung der

1 Dazu gehören etwa der African Court on Human and Peoples' Rights und der Inter-American Court of Human Rights.

2 M. MICHAEL, Tierschutzgesetzgebung im Rechtsvergleich: Konzepte und Entwicklungstendenzen, in: Michael/Kühne/Hänni (Hrsg.), Tier und Recht: Entwicklungen und Perspektiven im 21. Jahrhundert (Zürich/St. Gallen 2012) 596.

unnötigen bzw. ungerechtfertigten Schmerzzufügung an einzelnen Tieren.³ In Deutschland wird diese Neuausrichtung als „ethischer Tierschutz“ bezeichnet, bei dem das Tier „des Tieres wegen“ bzw. „um des Tieres willen“ geschützt werden soll.⁴ Dieser Gedanke liegt dem geltenden deutschen Tierschutzgesetz zugrunde, er wird betont, wenn Art. 1 TierSchG von der Achtung des Tieres als lebendem und fühlendem „Mitgeschöpf“ spricht.⁵ Der Anknüpfungspunkt und Maßstab der Schutzbedürftigkeit bestehen also in der Leidens- bzw. Empfindungsfähigkeit von Tieren, was auch als pathozentrische Ansicht bezeichnet wird.⁶

Dies hat dazu geführt, dass die Tierquälerei vom Vermögensschutz gesondert unter Strafe gestellt wurde. Dabei thematisierten viele Tierschutzbefürworter nicht nur aktive Angriffe durch Tierhalter, sondern auch die Vernachlässigung einer artgemäßen Haltung. Das Augenmerk auf die Empfindungsfähigkeit von Tieren begründete auch das moralische Gebot an Tierhalter, sowohl physisch als auch psychische angemessene Lebensbedingungen und damit das Wohlbefinden des domestizierten Tieres aktiv zu gewährleisten.⁷

Diese Entwicklung schlug sich in dem sog. „Fünf Freiheiten-Prinzip“ (*five freedoms*) nieder. Dieses wurde im Jahr 1979 in Großbritannien, dem Pionierland bei der tierrechtlichen Institutionalisierung, durch den *Farm Animal Welfare Council* formuliert.⁸ Die Fünf Freiheiten setzen sich zusammen aus (1) der Freiheit von Hunger und Durst, (2) der Freiheit von Unbehagen, (3) der Freiheit von Schmerz, Verletzung und Krankheit, (4) der Freiheit zum Ausleben normaler Verhaltensweisen sowie (5) der Freiheit von Leid und Angst. Diese Grundsätze wurden in die Tierschutzleitprinzipien (*Guiding Principles for Animal Welfare*) der Weltorganisation für Tiergesundheit (*World Organisation for Animal Health*), die für den Tierseuchenschutz und hygienische Haltungsbedingungen auf internationaler Ebene zuständig ist, im Jahr 2004 aufgenommen und sind nunmehr im

3 H. AOKI, *Nihon no dōbutsu-hō* [Das Tierrecht in Japan], (2. Aufl., Tōkyō 2016) 7; vgl. auch MICHAEL (Fn. 2) 597.

4 A. LORZ/E. METZGER, Tierschutzgesetz (6. Aufl., München 2008), Einführung Rn. 60; A. HIRT/C. MAISACK/J. MORITZ, Tierschutzgesetz (3. Aufl., München 2016) Einführung Rn. 24; E. VON LOEPER, in: Kluge (Hrsg.), Tierschutzgesetz: Kommentar (Stuttgart 2002) Einführung Rn. 48.

5 Bundesverfassungsgericht, Beschluss v. 2.10.1973, BVerfGE 36, 47 (56); Beschluss v. 20.6.1978, BVerfGE 48, 376 (389); Urteil v. 6.7.1999, BVerfGE 101, 1 (31ff.).

6 MICHAEL (Fn. 2) 599; zum pathozentrischen Konzept, vgl. auch J. CASPAR, Tierschutz im Recht der modernen Industriegesellschaft (Baden-Baden 1999) 99.

7 MICHAEL (Fn. 2) 601.

8 Vgl. MICHAEL (Fn. 2) 601; auch AOKI (Fn. 3) 201 f.

Grundsatz als internationaler Standard weitgehend anerkannt.⁹ In der Tat basieren alle europäischen Tierschutzgesetze auf dem Tierwohlanatz.¹⁰

In dieser Hinsicht stellt der Rechtsschutz vor Tiermisshandlungen (*anti-cruelty law*) die Urform der Tierschutzgesetze dar. Aber laut *Cass Sunstein* ist die Gesetzgebung zum Verbot der Tierquälerei nur noch als „Status Quo“ des Tierschutzrechts anzusehen.¹¹ Die Tierwohlfürworter streben daher die Beseitigung der tierrechtlichen Durchsetzungsdefizite und damit die Verwirklichung eines „effizienteren“ Tierschutzes an, sofern dies kein wesentliches Interesse der Menschen wie die Gesundheit opfert. Der Tierwohlanatz beruht auf dem Konzept einer Abwägungsethik, d. h. dass das Tierschutzgebot im Einzelfall durch das Instrument der Interessenabwägung konkretisiert bzw. relativiert wird.¹² Die Tierwohlfürworter stellen indessen die Zulässigkeit der Nutzung von Tieren durch den Menschen grundsätzlich nicht in Frage, anders als radikale Tierrechtsbefürworter.¹³

3. Tierrechtsansatz

Demgegenüber gehen Tierrechtsbefürworter über eine Abwägungsethik hinaus und zielen ursprünglich auf die Abschaffung jeder menschlichen Be- oder Ausnutzung von Tieren ab.¹⁴ Für diesen neuen Ansatz bietet der australische Ethiker *Peter Singer* mit seiner Idee der „Befreiung der Tiere von der Artendiskriminierung“ (*Animal Liberation from Speciesism*) eine theoretische Grundlage an.¹⁵ Nach *Singer* ist die unterschiedliche Behandlung von Menschen und Tieren nicht zu rechtfertigen, da beiden das Empfindungsvermögen und das Interesse, körperliche Schmerzen zu vermeiden,

9 S. LENNKH, Die Kodifikation des Tierschutzrechts: Modellvorstellungen (Baden-Baden 2012) 59, 132 f.; J. H. COX/S. LENNKH, Model Animal Welfare Act (2015) Introduction, 18, http://worldanimal.net/images/stories/documents/Model_AWA/Updated/MAWA_PD_F_Part1.pdf.

10 MICHAEL (Fn. 2) 596.

11 C. R. SUNSTEIN, Introduction: What Are Animal Rights?, in: Sunstein/Nussbaum (Hrsg.), Animal Rights: Current Debates and New Directions (New York 2005) 5; dazu auch G. L. FRANCIONE, Equal Consideration and the Interest of Nonhuman Animals in Continued Existence: A Response to Professor Sunstein, in: University of Chicago Legal Forum (2006) 232.

12 Zum Konzept einer Abwägungsethik, vgl. R. BINDER, Beiträge zu aktuellen Fragen des Tierschutz- und Tierversuchsrechts (Baden-Baden 2010) 25.

13 MICHAEL (Fn. 2) 597.

14 FRANCIONE stellt dies ausdrücklich als moralisches Postulat dar, DERS. (Fn. 11) 25. Zum allgemeinen Verständnis, vgl. SUNSTEIN (Fn. 11) 5; AOKI (Fn. 3) 217.

15 P. SINGER, Animal Liberation (New York 1975) 6 f.; s. auch FRANCIONE (Fn. 11) 234.

gemein ist. Die wissenschaftliche und gesellschaftliche Anerkennung der Empfindungsfähigkeit von Tieren eröffnet hier noch eine ganz neue Perspektive auf eigene Rechte der Tiere: Genau wie bei den Menschenrechten sollen den Tieren eigene Rechte aufgrund ihrer Würde zustehen. In Anlehnung an den Kantischen Gedanken sei es den Menschen somit geboten, zumindest bestimmte fühlende Tiere nicht als reines Mittel, sondern als Zweck an sich zu behandeln.¹⁶

Singers Ansatz weist ferner Parallelen auf mit der Geschichte der Befreiung von Diskriminierung aufgrund der Rasse, des Geschlechts und der Behinderung.¹⁷ Verneine man die Ungleichheit wegen der Hautfarbe und des Geschlechts, müsse man akzeptieren, ein genetischer Unterschied die diskriminierende Behandlung von Tieren beim Rechtsschutz nicht rechtfertigen könne. Erkenne man auch sprachlosen Kindern und Behinderten die Menschenrechte zu, dann könnten die Merkmale der Erkenntnis- bzw. Handlungsfähigkeit keine Rechtfertigungsgründe dazu sein, Tiere nicht zu den Trägern von Menschenrechten zu zählen.¹⁸ Bislang wird nicht zuletzt der Besitz dieser Fähigkeiten als wesentliches Merkmal bei der moralischen Differenzierung zwischen Mensch und Tier angesehen. Stellt man aber diese Ansicht im Vordergrund, führt dies zum „Ausschluss angesichts der Leistungsorientierung“, welches den wesentlichen Kritikpunkt in der Behindertenbewegung gebildet hat.¹⁹

Allerdings vertreten die meisten Tierrechtsbefürworter in der Tat eine gemäßigte Position, nach der die Fortsetzung von Tierzucht und Tierversuchen als „vorläufiger Zustand in einem Übergangsstadium“ hinzunehmen sei²⁰ und deren strengere Kontrolle, die in das geltende Tierschutzrecht meistens noch nicht systematisch integriert ist, angestrebt wird.²¹

Hiermit wird angedeutet, dass Tierrechts- und Tierwohlansatz insoweit ein gemeinsames Anliegen haben, nämlich Tiere vor unangemessenem Leiden und Schaden zu schützen, wobei der Regulierung von Tierzucht und Tierversuchen in der „Tierrechtsbewegung“ mehr Gewicht beigemessen

16 FRANCIONE (Fn. 11) 234. Man muss allerdings beachten, dass Kant selbst Tiere als Mittel für den Menschen betrachtet, s. LENNKH (Fn. 9) 41.

17 T. ISEDA, *Dōbutsu kara no rinri-gaku nyūmon* [Einführung in Ethik mit Tieren als dem Ausgangspunkt] (Nagoya 2008) 18.

18 Vgl. ISEDA (Fn. 17) 321.

19 T. ISEDA, *Shakai undō to shite no dōbutsu no kenri* [Tierrechte als soziale Bewegung], in: *Kyōto Daigaku Shinbun*, 10 July 2010, <http://www.kyoto-up.org/archives/1072>.

20 FRANCIONE (Fn. 11) 231 ff. Dazu auch M. FURUSAWA, *Dōbutsu jikken no rinri to dōbutsu-hō kenkyū* [Die Ethik der Tierversuche und Studien über das Tierrecht], in: *Jinbun Shakai Kagaku Kenkyū* (2010) 215.

21 Vgl. SUNSTEIN (Fn. 11) 7.

wird als der Prävention von Tierquälerei.²² Zudem sind sehr unterschiedliche Varianten und Maßstäben der Gleichbehandlung von Menschen und Tieren im Rahmen des Tierrechtsansatzes festzustellen, was noch anhand einzelner Anwendungsfragen geschildert werden soll.

III. ÜBERBLICK ÜBER DAS JAPANISCHE TIERSCHUTZGESETZ

40 Jahre nach der Verabschiedung des deutschen Reichstierschutzgesetzes von 1933 wurde das japanische Tierschutzgesetz (heute offiziell: Gesetz für die humane Behandlung und Verwaltung von Tieren, im Folgenden: TierBVwG)²³ auf Kritik aus Großbritannien und anschließend auch von anderen westlichen Ländern im Jahr 1973 erlassen. Das Gesetz trug damals noch den Titel „*Dōbutsu hogo kanri-hō*“ (Gesetz für den Schutz und die Verwaltung von Tieren) und wurde zugleich nicht selten als „Haustiergesetz“ (*petto-hō*) bezeichnet.²⁴ Diese gesetzgeberische Ausrichtung wurde weiterhin anlässlich des sog. *pet boom* und einer daraus resultierenden Tierschutzbewegung seit Ende der 1980er Jahre verstärkt. Schließlich wurde ein die Gesellschaft erschütternder Fall im Jahr 1997, in dem ein Vierzehnjähriger in der Stadt Kobe ein Kind grausam getötet hatte, den entscheidenden Auslöser für eine grundlegende Revision des Tierschutzgesetzes. Der Täter hatte nämlich zuvor mehrere Katzen misshandelt. Aufgrund dieses Vorfalles nahm die japanische Gesellschaft eine Gefahr der wachsenden Verachtung des Lebens durch Tiermisshandlungen und die pädagogische Bedeutung des Tierschutzes wahr. Bei der Gesetzesreform im Jahr 1999 wurden die Sanktionen bei Tierquälerei verschärft und neben Geld- auch Freiheitsstrafen vorgesehen. Der Gesetzestitel wurde letztlich in „*Dōbutsu aigo oyobi kanri-hō*“ (Gesetz für die humane Behandlung und Verwaltung von Tieren) geändert.²⁵ Seitdem fanden die Gesetzesänderungen jeweils aufgrund der 5-jährigen Revisionsklausel im Jahr 2005 (Art. 2 Anhang zum TierBVwG) und im Jahr 2012 (Art. 9 Anhang zum TierBVwG) statt.

Das japanische Tierschutzgesetz besteht aus zwei Säulen: Es regelt einerseits den Schutz, andererseits die Verwaltung (*kanri*) von Tieren. Bei der Verwaltungsfunktion geht es vor allem um den Schutz von Menschen vor

22 Vgl. SUNSTEIN (Fn. 11) 5 f.

23 *Dōbutsu no aigo oyobi kanri ni kansuru hōritsu*, Gesetz Nr. 105/1973, zuletzt geändert durch Gesetz Nr. 26/2014. Zur Entstehungsgeschichte, vgl. K. MIYATA, *Shakai genshō to shite no dōbutsu aigo-hō* [Tierschutzgesetz als soziales Phänomen], in: *Hōritsu jihō* Nr. 902 (2001) 29 f.; AOKI (Fn. 3) 58 f.

24 MIYATA (Fn. 23) 29.

25 MIYATA (Fn. 23) 31; AOKI (Fn. 3) 62 f.

Schäden durch besonders gefährliche Tiere (*tokutei dōbutsu*, Art. 26 ff. TierBVwG). Im Gegensatz dazu richtet sich die Schutzfunktion auf die Gewährleistung der artgemäßen Tierhaltung durch die Tierhalter und die behördliche Regulierung der Tiergewerbe, wie etwa des Haustierhandels oder von Tierhotels.

Zum Beispiel müssen sich die Betreiber eines kommerziellen Tierbehandlungsgewerbes (*Dai isshu dōbutsu toriatsukai-gyō*: die erste Klasse der Tierbehandlungsgewerbe) bei der jeweiligen Präfekturbehörde registrieren (Art. 10 Abs. 1 TierBVwG).²⁶ Die Gouverneure können die Registrierung unter bestimmten Voraussetzungen ablehnen oder widerrufen, etwa wenn Betreiber Tierhaltungsstandards der Gesundheit, Sicherheit und angemessenen Behandlung nicht einhalten (Art. 12, 19 Abs. 1 TierBVwG), oder eines der geregelten Gewerbe ganz oder teilweise untersagen (Art. 19 Abs. 1 TierBVwG). Diese Aufsichtsbefugnisse werden durch die Befugnis, Weisungen (*kankoku*, Art. 12 Abs. 1 TierBVwG) zu erteilen ergänzt, bei deren Nichtbefolgung Anordnungen (*meirei*, Art. 12 Abs. 1 TierBVwG) oder Verwaltungsinspektionen (*tachiiri kensa*, Art. 13 Abs. 1 TierBVwG) vorgenommen werden können. Nach einer Gesetzesänderung von 2012 unterliegen Hunde- und Katzenhändler einer qualifizierten Sorgfaltspflicht (Art. 10 Abs. 3, Art. 12 Abs. 1, Art. 19 Abs. 1 S. 4, Art. 22-2 bis 22-6 TierBVwG).

Der vorrangige Schutz von Hunden und Katzen änderte auch die Aufnahmefunktion öffentlicher Tierschutzeinrichtungen. Die Behörden waren zuvor unbegrenzt verpflichtet, Tiere zu übernehmen, wenn Geschäftsinhaber und private Besitzern es wünschten. Nunmehr dürfen sie zumindest das Aufnahmebegehren eines Geschäftsinhabers ablehnen: Sie müssen Hunde und Katzen nur dann übernehmen, wenn andere private Besitzer unter besonderen Umständen die Verantwortung für eine „lebenslange Haltung“ (*shūsei shiyō*) nicht mehr erfüllen können (Art. 35 Abs. 1 TierBVwG). Diese Verantwortung der Haustierbesitzer wurde durch die Novelle des Jahres 2012 gesetzlich verankert (Art. 7 Abs. 1 TierBVwG).

Bei der letztgenannten Gesetzesänderung ist besonders bemerkenswert, dass das oben genannte „Fünf Freiheiten-Prinzip“ sich letztlich in den Tatbestandsmerkmalen der Tierquälerei niederschlägt (Art. 44 Abs. 2 TierBVwG). Hiermit nähert sich das japanische Tierschutzgesetz stückweise dem internationalen Standard bei der normativen Institutionalisierung des Tierschutzes. Nimmt man schon hier eine grobe Bestandsaufnahme des

26 Das TierBVwG unterscheidet die erste und die zweite Klasse der Tierbehandlungsgewerbe. Bei der ersten Klasse geht es um kommerzielle Gewerbe (Art. 10 Abs. 1 TierBVwG). In die zweite Klasse kategorisiert man eine nicht-kommerzielle, kollektive Tierhaltung z.B. durch einen Tierschutzverein (Art. 24-2 TierBVwG). Näher vgl. AOKI (Fn. 3) 66 f.

japanischen Tierschutzgesetzes vor, lässt sich sagen, dass das Gesetz eher auf den Tierwohlgedanken abstellt als auf den Tierrechtsansatz.²⁷

IV. TIERVERSUCHE UND RECHTSSUBJEKTIVITÄT VON TIEREN ALS PRÜFSTEINE DER TIERRECHTSDEBATTEN

Davon ausgehend stellt sich die Frage, ob man den Übergang der japanischen Tierschutzdiskussionen zum Tierrechtsgedanken in Zukunft erwarten kann. Um den Entwicklungsgrad zu bemessen, soll der aktuelle Zustand hinsichtlich (1) der Regulierung der Tierversuche und (2) der Debatte zur Rechtssubjektivität von Tieren im Folgenden dargestellt werden. Diese Fragen gehören zum Kernbereich der Tierrechtsdebatten.

1. Die Regulierung der Tierversuche

Das Wohlbefinden von Versuchstieren war am Anfang der japanischen gesellschaftlichen Initiativen sogar eines der Hauptanliegen der Tierschutzorganisationen.²⁸ Demgegenüber stellte die tierschutzrechtliche Kodifikationsgeschichte in Japan schon mit der ersten Gesetzgebung und danach in Reaktion auf den oben genannten *pet boom* die Weiche für das „Haustiergesetz“.²⁹ Diese Ausrichtung stellt einen auffälligen Unterschied zu Deutschland dar, wo der Schutz von Haustieren zum größten Teil den „sozialen Bräuchen des liebevollen Umgangs“ überlassen wird.³⁰ In den bisherigen Gesetzgebungsprozessen in Japan wird den Tierversuchsfragen folglich nur geringes Gewicht beigelegt.

Was den Tierschutz bezüglich wissenschaftlicher Experimente angeht, sind zunächst zwei Gesichtspunkte zu unterscheiden: und zwar „das Wohl von Versuchstieren“ einerseits und andererseits „die Angemessenheit des Tierversuchs“.³¹ Hinsichtlich des ersten Aspekts ist das sog. „Three Rs-Prinzip“³² bei Tierversuchen hervorzuheben. Dabei geht es um die Erleichterung der dem Tier durch einen Versuch herbeigeführten Schmerzen (*refinement*, Art. 41 Abs. 2 TierBVwG), die Reduktion der Anzahl der verwendeten

27 H. AOKI, *Animaru raitsu: Ningen chūshin shugi no kokufuku?* [Tierrechte: Die Überwindung der Anthropozentrik?], in: Aikō (Hrsg.), *Jinken no shutai* [Subjekte der Menschenrechte] (Kyoto 2010) 251.

28 MIYATA (Fn. 23) 29.

29 FURUSAWA (Fn. 20) 209.

30 LORZ/METZGER (Fn. 4) Einführung Rn. 58.

31 K. SHŌJI, *Dōbutsu aigo kanri-hō ni okeru jikken dōbutsu no fukushi* [Das Wohl von Versuchstieren im Gesetz für die humane Behandlung und Verwaltung von Tieren], in: *Kankyō Hen'i-gen Kenkyū* Bd. 27 Nr. 2 (2005) 123; FURUSAWA (Fn. 20) 208.

32 Dazu näher LENNKH (Fn. 9) 53.

Tiere (*reduction*, Art. 41 Abs. 1 TierBVwG) und die Vermeidung von Tierversuchen (*replacement*, Art. 41 Abs. 1 TierBVwG). Das Prinzip wurde, wie das „Fünf Freiheiten-Prinzip“, ursprünglich von britischen Wissenschaftlern bereits Ende der 1950er Jahren formuliert und wird heute als internationaler Standard weitgehend anerkannt. Es wurde letztlich im Jahr 2005 in das japanische Tierschutzgesetz aufgenommen (Art. 41 TierBVwG).

Demgegenüber versteht man unter „Angemessenheit des Tierversuches“ über den Tierschutz hinausgehende Umstände: Hierbei geht es z. B. um die Versicherung der wissenschaftlichen Angemessenheit und Reproduzierbarkeit der Ergebnisse sowie das Preis-Leistungs-Verhältnis.³³ Daraus ist die logische Konsequenz abzuleiten, dass das Wohl von Versuchstieren in den Prüfungsrahmen über die Angemessenheit des Tierversuchs zu integrieren ist und einen Bestandteil des letzten Aspekts darstellen soll. Entsprechend den unterschiedlichen Implikationen der beiden Aspekte sind die jeweiligen Zuständigkeiten in Japan auf unterschiedliche Behörden verteilt: Während die Tierwohlfragen in die Kompetenz des Umweltministeriums fallen, ist die Angemessenheit des Tierversuchs der Aufsicht des Ministeriums für Bildung und Wissenschaft (MEXT), des Ministeriums für Gesundheit, Arbeit und Wohlfahrt (MHLW) sowie des Ministeriums für Land- bzw. Forstwirtschaft und Fischereiwesen (MAFF) unterstellt.³⁴

In Anbetracht dieser administrativen Ausgestaltung wird klar, dass die Angemessenheitskontrolle für die Verwirklichung eines effektiven Tierschutzes von Versuchstieren entscheidend ist. Hierzu hat als erstes das Bildungsministerium allgemeine Grundsätze bei der Planung und der Durchführung von Tierversuchen im Jahr 1987 bekanntgemacht.³⁵ Diese wurden durch Richtlinien des Japanischen Wissenschaftsrats (*Nihon gakujutsu kaigi*) im Jahre 2006 präzisiert.³⁶ Danach werden (a) die Erstellung eines Durchführungsplans, (b) die angemessene Auswahl der verwendeten Tiere, (c) die ordentliche Haltung von Versuchstieren, (d) die sorgfältige Versuchsdurchführung, (f) die Prävention einer chemischen bzw. infektiösen Verseuchung

33 SHŌJI (Fn. 31) 123; FURUSAWA (Fn. 20) 208.

34 Die Zuständigkeiten richten sich nach den betroffenen Gesetzen wie z. B. dem Arzneimittelgesetz (*Yakuji-hō*), dem Gesetz über Arbeitssicherheit und -hygiene (*Rōdō anzen eisei-hō*), dem Gesetz über die Prüfung der Chemikalien und die Regulierung ihrer Herstellung (*Kagaku busshitsu no shinsa oyobi seizō tō no kisei ni kansuru hōritsu*) sowie dem Insektenvertilgungsmittelgesetz (*Nōyaku torishimari-hō*).

35 MEXT (Hrsg.), *Daigaku tō ni okeru dobutsu jikken ni tsuite* [Zu Tierversuchen an den Universitäten sowie in weiteren Einrichtungen] (1987), http://www.mext.go.jp/b_menu/hakusho/nc/t19870525002/t19870525002.html.

36 NIHON GAKUJUTSU KAIGI (Hrsg.), *Dōbutsu jikken no tekisei na jissai ni muketa gaido-rain* [Richtlinien zur angemessenen Durchführung von Tierversuchen] (2006), <http://www.scj.go.jp/ja/info/kohyo/pdf/kohyo-20-k16-2.pdf>.

sowie (g) die Einrichtung einer Tierversuchskommission gefordert. Die in den Richtlinien vorgeschriebenen Vorgaben können auch als Maßstab für die Bewertung der Angemessenheit des Tierversuchs dienen.

In der Praxis wird die Überprüfung aber der Selbstkontrolle durch die Forschungsinstitute überlassen, wie dies auch in den USA und Kanada der Fall ist, während in Deutschland und anderen europäischen Ländern ein tierexperimentelles Forschungsvorhaben der Genehmigung und der behördlichen Prüfung bedarf.³⁷ In dem japanischen autonomen Rahmen soll eine organisationsinterne Tierversuchskommission eingerichtet werden, die einen von den Experimentatoren erstellten Durchführungsplan überprüft. Als landesweit gemeinsame Vorgaben hierzu gelten die oben genannten Richtlinien des Wissenschaftsrats. In diesem Zusammenhang betont die Expertenkommission des Wissenschaftsrats in einem Gutachten, dass viele wissenschaftliche Artikel, die auf Tierversuchen in Japan basieren, in der Tat in weltweit anerkannten Zeitschriften akzeptiert werden. Dies bestätige, dass die Selbstkontrolle in Japan internationalem Standard entspreche.³⁸ Die Expertenkommission nennt die von westlichen Tierschutzorganisationen vertretene Auffassung, es gäbe keine Regelung von Tierversuchen in Japan, ausdrücklich ein „Missverständnis“.³⁹

Die Objektivität und Transparenz der Experimentier- und Überprüfungspraxis wird jedoch immer wieder in Frage gestellt. Im Vergleich mit dem deutschen Genehmigungsmodell fehlen in der Tat behördliche Eingriffsmaßnahmen beim Tierversuch, weil Forschungseinrichtungen im Rahmen des geltenden Tierschutzgesetzes ausdrücklich aus dem Aufsichtsgegenstand ausgeschlossen sind (Art. 10 Abs. 1 TierBVwG). Das TierBVwG gilt insoweit für die Tötung von Tieren nur als prinzipielle Norm (*rinen-hō*), obwohl dasselbe Gesetz bei domestizierten Tieren in lebenslanger Haltung als verbindliche Norm (*kisei-hō*) fungiert, die verwaltungs- und strafrechtliche Sanktionen nach sich zieht.⁴⁰ Das geltende, japanische Tierschutzgesetz räumt den Behörden keine Ermächtigungsgrundlage zur Überprüfung von Experimenten ein, bei denen Tiere getötet werden.

Auch der Wissenschaftsrat war sich des Problems der Objektivität bei der Selbstregulierung von Tierversuchen bislang immer bewusst. Deshalb hat er in einem Gutachten der Expertenkommission die Einführung einer

37 NIHON GAKUJUTSU KAIGI DAI 7 BU, *Dōbutsu jikken ni taisuru shakai-teki rikai o sokushin-suru tame ni (teigen)* [Gutachten zur Förderung eines sozialen Konsensus über Tierversuche] (2004), 9, <http://www.scj.go.jp/ja/info/kohyo/pdf/kohyo-19-t1015.pdf>; FURUSAWA (Fn. 20) 208.

38 NIHON GAKUJUTSU KAIGI DAI 7 BU (Fn. 37) 10.

39 NIHON GAKUJUTSU KAIGI DAI 7 BU (Fn. 37) 4, 10.

40 SHŌJI (Fn. 31) 122; FURUSAWA (Fn. 20) 209.

Zertifizierung durch eine Drittorganisation vorgeschlagen.⁴¹ In dieser Hinsicht zielt die Regulierung von Tierversuchen auf eine Angemessenheitskontrolle durch eine Kombination von aktiver und passiver Offenlegung: Die Experimentatoren sollen der Gesellschaft einerseits von sich aus Auskünfte über Tierversuche geben. Dies gilt etwa für Anträge von wissenschaftlichen Instituten bzw. Herstellern auf Zertifizierung von Tierversuchen bei Drittorganisationen. Ihnen wird andererseits aufgegeben, Anfragen von Behörden und Bürgerinitiativen aufrichtig zu entsprechen. Mit anderen Worten sollen die Experimentatoren sich noch mehr bemühen, das gesellschaftliche Gebot der „Rechenschaftspflicht“ (*accountability*) bzw. der „Verantwortung für die Plausibilität“ (*responsibility*) zu erfüllen, die heute den „three Rs“ als viertes hinzugefügt werden.⁴²

2. Rechtssubjektivität von Tieren? – Ansatz für eine Verbandsklage

Im internationalen Diskurs gehen die Forderungen der Tierschutzbefürworter allerdings schon über eine Aufhebung der Artendiskriminierung bedingt durch die Nutzung der Tiere durch den Menschen hinaus. Um etwa das erkennbare Vollzugsdefizit des Tierschutzrechts auszugleichen, ist das Institut der altruistischen Verbandsklage für bestimmte Tierschutzvereine z. B. in mehreren Bundesländern in Deutschland eingeführt worden.⁴³ Dies ermöglicht einigen Vereinen, einen Widerspruch gegen tierschutzwidrige Verwaltungsakte einzulegen, was eine Rechtsschutzmöglichkeit auch „um des Tiers willen“ darstellt. Dabei geht es um die Mitwirkung bei der gerichtlichen Kontrolle behördlicher Genehmigungen, mit welcher etwaigen durch Fehler der zuständigen Behörde verursachten Verletzungen des Tierschutzgesetzes vorgebeugt oder diese korrigiert werden sollen.⁴⁴

Diese neue Entwicklung deutet den möglichen Sprung von einem „Tierschutzansatz“ zu einem „Tierrechtsansatz“ an. Denn hierbei stellt sich die Frage, ob Tiere, wenn es um die Durchsetzung ihrer Interessen geht, auch selbst Träger von einklagbaren subjektiven Rechtspositionen sein können. In

41 NIHON GAKUJUTSU KAIGI DAI 7 BU (Fn. 37) 5.

42 Vgl. H. AOKI, *Hō to dōbutsu: hitotsu no hōgaku kōgi* [Recht und Tier: eine Variante von Vorlesungen im Recht] (Tōkyō 2004) 207; FURUSAWA (Fn. 20) 208.

43 Das Institut der Verbandsklage wurde bislang in Bremen, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Hamburg, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein und Baden-Württemberg eingeführt, s. HIRT/MAISACK/MORITZ (Fn. 4) Einführung Rn. 88.

44 Zum Überblick über das Gesetz über das Verbandsklagerecht und Mitwirkungsrechte für Tierschutzvereine in Nordrhein-Westfalen, L. GIESBERTS/T. STREIT, Germany approves „group action“ rights for animal protection activist organizations, https://www.dlapiper.com/en/germany/insights/publications/2013/11/germany-approves-group-action-rights-for-animal-_/. Vgl. auch HIRT/MAISACK/MORITZ (Fn. 4) Einführung Rn. 88 ff.

Bezug auf das japanische Recht setzt sich *Hitoshi Aoki*, ein Pionier im Tierrecht in Japan, mit dem Potenzial dieser neuen Perspektive auseinander: Nach dem geltenden japanischen Recht werden nur natürliche oder juristische Personen als Rechtssubjekte anerkannt, während Sachen allein als Rechtsobjekte angesehen werden können. Da Tiere selbstverständlich nicht als natürliche Personen (*shizen-jin*) anzusehen sind, bleibt ihm zufolge nur die rechtliche Ausgestaltungsmöglichkeit, Tiere unter den Begriff der juristischen Personen (*hōjin*) zu subsumieren und ihnen auf diese Weise Rechtssubjektivität zu verschaffen.⁴⁵ In diesem Zusammenhang bestimmt Art. 33 Zivilgesetz (ZG),⁴⁶ dass sich die Anerkennung einer juristischen Person allein nach den gesetzlichen Vorschriften bestimmt (sog. *hōjin hōtei-shugi*), gem. Art. 43 ZG ergeben sich ihre Rechte und Pflichten ebenfalls aus dem Gesetz. Daraus folgt, dass die Einführung von Tierrechten in das japanische Recht keine Auslegungsfrage, sondern eine Frage der Gesetzgebung darstellt.⁴⁷

Hinsichtlich des Potenzials zur gesetzgeberischen Tätigkeit verweist *Aoki* auf die Lehre eines prominenten Zivilrechtlers im Umweltrecht *Takehisa Awaji* bezüglich der Erzeugung eines neuen subjektiven Rechts:⁴⁸ Nach *Awaji* sind drei grundlegende Bedingungen hierfür erforderlich; (1) eine gesellschaftliche bzw. politische Forderung nach einem neuen subjektiven Recht, (2) die verbreitete Akzeptanz der Forderung in der Gesellschaft und (3) seine reibungslose rechtstechnische Integration in das bestehende Rechtssystem.⁴⁹ Von daher müssen einige konkrete Forderungen zur Schaffung eines neuen Rechts in der Gesellschaft ansatzweise erkennbar sein. Die Wertentscheidung für das neue Recht muss ferner weitgehend anerkannt sein. Das neue Konzept muss schließlich den bestehenden juristischen Konstruktionen wie den Grundrechten, dem Eigentumsrecht, den Persönlichkeitsrechten usw., angepasst werden. Dabei ist auch unerlässlich, einzelne Merkmale, wie z. B. die Rechtssubjekte und das Schutzobjekt, klar zu definieren.⁵⁰ Der letzte Schritt ermöglicht den Gerichten, die soziale

45 AOKI (Fn. 3) 221 f.

46 *Minpō*, Gesetze Nr. 89/1896 und 9/1898.

47 AOKI (Fn. 3) 222 f.

48 T. AWAJI, *Kenri seisei no tame no hō-kaishaku-gaku: Kankyō-ken soshō o rei toshite* [Dogmatik zur Erzeugung eines subjektiven Rechts: Klage zur Durchsetzung von Umweltrechten als Beispiel], in: *Hōsō Jihō* Bd. 50 Nr. 6 (1998) 7; s. auch AOKI (Fn. 27) 250. *Awaji* setzt sich eigentlich mit der Erzeugung eines subjektiven Rechts durch Auslegung statt durch Gesetzgebung auseinander. Er deutet aber auch die Übereinstimmungen zwischen Auslegungslehre und Gesetzgebungstechnik an.

49 AWAJI (Fn. 48) 7.

50 AWAJI (Fn. 48) 7. *Awaji* lehnt sich bezüglich der dritten Phase an an die Lehre von *Takeyoshi Kawashima* über die juristische Konstruktion von Wörtern (*kotoba no hōteki kōsei*). Dieser nennt die Anpassung an das bestehende Rechtssystem die logi-

Forderung nach einem neuen subjektiven Recht juristisch zu prüfen und als Rechtsanspruch anzuerkennen. Diese gerichtliche Errichtung eines neuen subjektiven Rechts kann auch zur Gesetzgebung die Tür öffnen.

In Bezug auf Tierrechte verneint *Aoki* schon die erste Voraussetzung, weil noch keine Klage gestützt auf ein echtes, den Tieren eigenes Recht vor einem japanischen Gericht erhoben worden ist.⁵¹ Man könne sich zwar die stellvertretende Geltendmachung von Ansprüchen auf Fütterungskosten, gerichtliche Verfügungen gegen Tiermisshandlung sowie etwaigen Schadensersatz als praktisch sinnvoll vorstellen.⁵² Aber dieser Ansatz sei nicht auf den bekannten Naturschutzfall von 1995 anwendbar, in dem die Rechtmäßigkeit der Baugenehmigung für einen Golfplatz auf der Insel Amami nach dem Waldgesetz⁵³ von Umweltschutzaktivisten bestritten und der gefährdete Schwarzhasen dabei als Mitkläger einbezogen wurde.⁵⁴ Nach *Takao Yamada*, einem der beteiligten Anwälte, wurden schutzwürdige Tierarten lediglich symbolisch genannt, um die individuelle Beziehung der Aktivisten mit der unverletzlichen Natur in der Region als Rechtsinteresse zu behaupten.⁵⁵ Es ging hierbei auch nicht um einen Anspruch der einzelnen Tiere, sondern um Artenschutz.⁵⁶

Fasst man darüber hinaus die praktischen Auswirkungen der oben genannten Tierrechte ins Auge, ist es nach *Aoki* weiterhin fraglich, ob seriöse, den deutschen Organisationen vergleichbare Tierschutzvereine in Japan überhaupt vorhanden sind.⁵⁷ In diesem Zusammenhang betont *Aoki* eine

sche Konstruktion (*ronriteki kōsei*), während er die klare Definition die begriffliche Konstruktion (*gainen kōsei*) nennt. T. KAWASHIMA, *Kagaku toshite no hōritsu-gaku* [Rechtswissenschaft als Wissenschaft] (Tōkyō 1964) 116 ff.

51 AOKI (Fn. 27) 250.

52 Vgl. AOKI (Fn. 27) 250.

53 *Shinrin-hō*, Gesetz Nr. 249/1951.

54 Die Gerichtsentscheidungen der Tatsachengerichte wurden leider nicht publiziert. Der Sachverhalt und die Begründung in der ersten Instanz sind aber teilweise verfügbar in T. SEKINE, *Hōtei ni tatenakatta Amami no kurousagi: Yo ni mo fushigi na Amami „shizen no kenri“ soshō ga toikaketa mono* [Amami Schwarzhasen, die nicht in Gerichtssaal auftreten dürfen: Fragestellungen in dem ungewöhnlichen Fall von Rechten der Natur in Amami], in: Sōgō Seisaku Kenkyū Nr. 20 (2005) 121 ff.

55 T. YAMADA, *Iwayuru „Amami no kurousagi soshō“ ni tsuite (3)* [Über den sog. „Amami-Schwarzhasen-Fall“], in: Kurume Daigaku Hōgaku Nr. 44 (2002) 122 f.; DERS., *Amami shizen no kenri soshō no teiki suru mono: Kankyō-hō no konnichiteki kadai* [Fragestellungen im Fall von Rechten der Natur in Amami: Gegenwärtige Aufgaben im Umweltrecht], in: Jiyū to Seigi Bd. 49 Nr. 10 (1998) 16.

56 SEKINE (Fn. 54) 151; AOKI (Fn. 3) 221. Zur ähnlichen Fallkonstellation bei einem genehmigten „Verklappen“ in Deutschland, vgl. A. HIRT/C. MAISACK/J. MORITZ, *Tierschutzgesetz* (2. Aufl., München 2007) Einführung Rn. 55.

57 AOKI (Fn. 3) 229.

erhebliche Schwäche der japanischen Tierschutzbewegung. Tierschutzorganisationen genossen noch nicht das Vertrauen der Gesellschaft, so dass man ihnen die besondere Befugnis zur Vertretung der Interessen von Tieren einräumen könne.⁵⁸ *Aoki* führt allerdings den Mangel geeigneter Tierschutzvereine nicht allein auf ihr unzureichendes Management zurück. Es lässt sich vielmehr beobachten, dass die Bereitschaft zum zivilgesellschaftlichen Engagement in Japan im Allgemeinen noch eher beschränkt ist.⁵⁹ Für die Entwicklung der Tierschutzbewegung in Japan ist es nach *Aoki* erforderlich, die Idee der Zivilgesellschaft weiter zu verbreiten und eine Spendenkultur zu schaffen.⁶⁰

Im Zusammenhang mit der unreifen Zivilgesellschaft ist ferner die Einschätzung von *Tetsuji Iseda*, einem führenden Ethiker auf dem Gebiet des Tierschutzes, von Interesse. *Iseda* meint, dass die japanische Gesellschaft im Vergleich mit den westlichen Ländern auf logische Konsistenz nur wenig Wert lege.⁶¹ Nach *Iseda* ist es nicht so einfach, einen moralischen Widerspruch zu vermeiden, wenn man Tieren eine dem Menschen vergleichbare Rechtsträgereigenschaft verweigern möchte, obwohl man die in der Menschenrechtsgeschichte entwickelte normative Argumentation, welche zugleich den Tierrechtsansatz begründet, akzeptiert: Eine unterschiedliche Behandlung von Mensch und Tier mit unterschiedlichen geistigen Fähigkeiten zu begründen ist problematisch, da dies einer Diskriminierung von Behinderten Vorschub leisten könnte. Daraus folgt, dass der Tierrechtsansatz in der japanischen Gesellschaft gerade deshalb nicht ernstgenommen wird, weil sowohl die Tierschutzbefürworter als auch die übrige Bevölkerung sich mit der logischen Konsistenz zwischen dem Tierrechtskonzept und dem traditionellen Menschenrechtsgedanken bislang nur wenig auseinandersetzen.

V. MÖGLICHE ANLEIHEN AUS DEM DEUTSCHEN TIERSCHUTZRECHT FÜR KÜNFTIGEN REFORMEN?

Wie die moderne japanische Rechtsgeschichte zeigt, ziehen die japanischen Rechtswissenschaftler sowie der Gesetzgeber im Entwicklungsprozess neuer Reformvorschläge häufig ausländische Gesetzesmodelle und nicht zuletzt

58 AOKI (Fn. 3) 49 f., 229.

59 H. HOLBIG/M. BÄLZ, Shifting Relations between State and Social Actors: Ambiguous Strategies of Protecting the Weak in Japan and China, in: Amelung et al. (Hrsg.), *Protecting the Weak: Entangled Processes of Framing, Mobilisation and Institutionalisation in East Asia* (Milton 2018).

60 AOKI (Fn. 3) 255.

61 ISEDA (Fn. 19).

das deutsche Recht als Inspirationsquellen heran. Diese Tradition des Rechtsvergleichs besteht auch für die tierrechtlichen Debatten. In dieser Stelle werden (1) die Durchsetzung des Genehmigungsmodells bei Tierversuchen und (2) der verfassungsrechtliche Stellenwert von Tieren in Deutschland betrachtet, soweit sie sich auf relevante Diskussionen in Japan beziehen.⁶²

1. Restriktiver Umgang mit der Genehmigungsbefugnis in der Rechtsprechung von Bundesverfassungs- und Bundesverwaltungsgericht

Die Notwendigkeit einer Überprüfung durch eine dritte Instanz wird, wie oben erwähnt, auch von den mit Tierversuchen beschäftigten Naturwissenschaftlern in Japan weitgehend akzeptiert. Hierbei stellt sich die Frage, ob die dritte Instanz ein Verwaltungsorgan sein sollte, mit anderen Worten, ob eine strikte verwaltungsrechtliche Kontrolle für die Gewährleistung des Wohls von Versuchstieren erforderlich und effizient ist. Im Zusammenhang dazu ist das deutsche Genehmigungsmodell als Verbesserungsmöglichkeit des japanischen Tierschutzrechts in Betracht zu ziehen.

Das deutsche Modell des präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt wurde bereits im Reichstierschutzgesetz von 1933 wesentlich gestaltet.⁶³ Das Genehmigungserfordernis wurde dann bei der Verabschiedung des Tierschutzgesetzes im Jahr 1972 übernommen und bei der ersten Gesetzesänderung im Jahr 1986 in die noch heute geltende Grundstruktur überführt.⁶⁴ Für die Durchführung eines Tierversuchsvorhaben vor allem an Wirbeltieren bedarf es der Genehmigung durch die zuständige Behörde (§ 8

62 Die Rechtsgeschichte, die begleitenden Diskussionen und die bisherigen Gerichtsentscheidungen bezüglich des Staatsziels Tierschutz werden im japanischen Schrifttum ausführlich vorgestellt. Beispielsweise bei C. ASAKAWA, *Kokka mokuhyō kitei to shakai-ken: Kankyō hogo, dōbutsu hogo wo chūshin ni* [Staatszielvorschrift und Sozialrechte: insbesondere zum Umwelt- und Tierschutz] (Tōkyō 2008); Y. FUJII, *Dōbutsu hogo no Doitsu Kenpō kaisei (Kihon-hō 20 a jō) zengo no saiban-rei: „Kojin“ „Ningen“ „Hito“ no songen e no mondai teigi (2)* [Rechtsprechungen vor und nach der Verfassungsänderung (Art. 20 GG) zum Tierschutz: Fragestellung über die Würde von „Individuen“, „Menschen“ und „Personen“], in: Waseda Hōgaku-kai Shi Bd. 60 Nr. 1 (2009) 437 ff.; S. ISHIZUKA, *Kokka mokuhyō kitei to kokka-gaku: Sono kihon-ken seiyaku dogumatiku e no shōsha* [Die Staatszielbestimmung und die Staatsrechtswissenschaft: Ihre Auswirkungen auf die dogmatische Beschränkung der Grundrechte], in: Hōgaku seiji-gaku ronkyū Nr. 97 (2013) 347 ff.

63 Vgl. CASPAR (Fn. 6) 272.

64 Zu der relevanten Rechtsentwicklung, vgl. CASPAR (Fn. 6) 284, 287; G. LINDEMANN/N. LÜDTKE/H. MATSUZAKI, Die Stellung des Tieres in der Entwicklung der Tierschutzgesetzgebung in Deutschland, Japan und den USA. Diskussionspapier der Universität Oldenburg (2010) 9, http://www.uni-oldenburg.de/fileadmin/user_upload/sowi/ag/ast/download/dp/ast-dp-6-10.pdf.

Abs. 1 TierSchG). Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn u.a. wissenschaftlich begründet dargelegt wurde, dass das Tierversuchsvorhaben sowohl zu bestimmten Versuchszwecken „unerlässlich“ als auch „ethisch vertretbar“ ist (§ 8 Abs.1, § 7a Abs.1 und 2 TierSchG; bis 2013: § 8 Abs.3, § 7 Abs. 2 und 3 TierSchG a.F.).

Im Schrifttum wird überwiegend die Ansicht vertreten, dass eine materielle behördliche Prüfung über die Unerlässlichkeit und die ethischen Vertretbarkeit des Tierversuchsvorhabens aufgrund der Normenstruktur des Tierschutzgesetzes erforderlich sei.⁶⁵ Die Vorschriften zur Genehmigungserteilung wurden bislang als auffällig restriktive Ausnahme formuliert (z.B. § 8 Abs. 3 TierSchG a.F.: „Die Genehmigung darf nur erteilt werden, wenn ...“). Nach der allgemeinen Methodenlehre sollen die Ausnahmevorschriften eng ausgelegt werden.⁶⁶

Darüber hinaus hat der Tierschutz durch die Änderung des Art. 20a GG im Jahr 2002 nunmehr Verfassungsrang erlangt. Hiermit wurde das Staatsziel Tierschutz und die dadurch geschützten Werte den anderen Verfassungsgütern, einschließlich der gemäß Art. 5 Abs. 3 GG vorbehaltlos gewährleisteten Wissenschaftsfreiheit, prinzipiell gleichgestellt.⁶⁷ Dabei setzt die Herstellung praktischer Konkordanz zwischen dem Staatsziel und dem Grundrecht eine Güterabwägung voraus, bei der einseitige Prioritätsentscheidungen definitiv ausgeschlossen sind.⁶⁸ In dem Prüfungsrahmen müssen die Einzelumstände hinsichtlich Ausmaß und Wahrscheinlichkeit der Belastungen auf die betroffenen Versuchstiere sowie Ausmaß und Wahrscheinlichkeit des medizinischen bzw. sonstigen sozialen Nutzens gewertet und berücksichtigt werden.⁶⁹

Nach der überwiegenden Meinung sieht der Gesetzgeber gerade wegen einer derartigen konkreten Prüfung die Implementierung von Beratungskommissionen gemäß § 15 Abs. 1 und 3 TierSchG vor.⁷⁰ Die Einrichtung einer speziellen Kommission und ihre beratende Funktion zielen nicht zuletzt auf die Kontrolle der wissenschaftlichen Begründung für die Tierversuchsvorhaben ab.

65 So T. CIRSOVIUS, Der lange Weg von der qualifizierten Plausibilitätskontrolle zur materiellen Prüfung tierexperimenteller Forschungsvorhaben, in: *Natur und Recht* (2009) 545 m.w.H.

66 CIRSOVIUS (Fn. 65) 545.

67 Vgl. HIRT/MAISACK/MORITZ (Fn. 4) § 8 Rn. 5; CIRSOVIUS (Fn. 65) 546; s. auch MURSWIEK, in: Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar* (7. Aufl. München 2014) Art. 20a Rn. 20; H. D. Jarass, in: Jarass/Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (14. Aufl. München 2016) Art. 20a Rn. 14.

68 R. SCHOLZ, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar* (78. Lfg, 2016) Art. 20a Rn. 42; CIRSOVIUS (Fn. 65) 547; LORZ/METZGER (Fn. 4) Rn. 9.

69 HIRT/MAISACK/MORITZ (Fn. 4) § 8 Rn. 12.

70 CIRSOVIUS (Fn. 65) 549.

suchsvorhaben nach den gesetzlichen Vorgaben ab. Dieses Sonderinstitut müsse eine fundierte und sachgerechte Überprüfung des Genehmigungsantrags und damit die des Tierversuchsvorhabens selbst ermöglichen. Ansonsten seien die Kommissionen überflüssig, da eine rein formelle Prüfung des Antrags bereits durch die im Behördenapparat beschäftigten beamteten Tierärzte vorgenommen werden könnte.⁷¹ Hierbei ist eine annähernd zuverlässige Feststellung des herrschenden Rechts- und Sozialverständnisses durch das Votum von naturwissenschaftlich qualifizierten Experten und Vertretern der Tierschutzverbände zu gewährleisten.⁷²

Aus der systematischen und verfassungsrechtlichen Auslegung ist eine umfassende materielle Prüfungsbefugnis bzw. Prüfungspflicht abzuleiten.⁷³ Die wissenschaftlich begründete Darlegung als solche wird nur als „eine Art Vorbedingung“ erachtet.⁷⁴

Aber die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wendet die Kontrollbefugnis bislang im Hinblick auf die Wissenschaftsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 3 GG nur beschränkt an. Die rechtspraktische Zurückhaltung gegen die Vollkontrolle von Tierversuchen ist durch das Bundesverfassungsgericht zunächst vor der Aufnahme des Tierschutzes in Art. 20a GG durch die notwendige „verfassungskonforme“ Auslegung hergestellt worden.⁷⁵ Hiernach hatte die Behörde sich auf eine formelle Prüfung im Sinne einer qualifizierten Plausibilitätskontrolle von Anträgen des Experimentators zu beschränken. Die behördliche Prüfung solle sich allein auf die Frage beschränken, „ob der Antragsteller einen widerspruchsfreien, schlüssigen und ausreichend substantiierten Tatsachenvortrag geleistet habe“.⁷⁶ Die Behörde sei zu ihrer eigenen Ermittlung und Beurteilung über die Wahrscheinlichkeit des angestrebten Versuchserfolgs nicht berechtigt. Der Antragsteller müsse daher die ethische Vertretbarkeit seines Tierversuchsvorhabens nur wissenschaftlich begründet darlegen.⁷⁷ Letztendlich fehlte den Behörden de facto eine eigenständige Kontrollfunktion für die Tierversuche.⁷⁸

Diese umstrittene Rechtsprechung und die darin geäußerte „verfassungskonforme“ Auslegung der Genehmigungsvorschriften verloren nach An-

71 CIRSOVIUS (Fn. 65) 549; s. auch Verwaltungsgericht (VG) Gießen, Urteil v. 13.8.2003, Natur und Recht (NuR) 2004 64/65.

72 CIRSOVIUS (Fn. 65) 549, der die Rechts- und Sozialmoral nennt.

73 M. KLOEPFER/M. ROSSI, Tierschutz in das Grundgesetz, in: Juristenzeitung (JZ) 1998, 377; HIRT/MAISACK/MORITZ (Fn. 4) § 8 Rn. 5.

74 CIRSOVIUS (Fn. 65) 545.

75 BVerfG, Beschluss v. 20.6.1994, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1994, 894.

76 HIRT/MAISACK/MORITZ (Fn. 56) § 8 Rn. 6.

77 CIRSOVIUS (Fn. 65) 544.

78 VON LOEPER (Fn. 5) Einführung Rn. 93.

sicht des überwiegenden Schrifttums mit der Einführung der Staatszielbestimmung Tierschutz in Art. 20a GG die maßgebliche Rechtsgrundlage.⁷⁹ Darüber hinaus erging mittlerweile eine fachgerichtliche Entscheidung des Verwaltungsgerichts Gießen, die „ein eigenständiges materielles Prüfungsrecht“ der Behörde über Tierversuchsanträge annahm.⁸⁰ Das Verwaltungsgericht Gießen begründet die strenge Durchsetzung des Genehmigungsprozesses mit der Einrichtung einer Kommission nach § 15 TierSchG und dem Verfassungsrang des Tierschutzes, der einer bloßen Plausibilitätskontrolle ersichtlich entgegenstehe.

Das Bundesverwaltungsgericht hat demgegenüber ein „Versagungsermessen“ der Behörde bezüglich der Genehmigung eines Tierversuchsvorhabens im Jahr 2014 erneut verneint.⁸¹ Diese Entscheidung bezieht sogar die letzte Gesetzesänderung von 2013 zur Umsetzung der EU-Tierversuchsrichtlinie in die Begründung ein.⁸² Aus der neuen Fassung des § 8 Abs. 1 S. 1 TierSchG sei die Auslegung zu entnehmen, dass die Genehmigung „ohne Weiteres“ zu erteilen „ist“, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt seien, obwohl eine solche materielle Rechtsänderung gegenüber dem früheren § 8 Abs. 3 Nr. 1 TierSchG (die Genehmigung „darf“ nur erteilt werden, wenn...) in der Begründung des Gesetzesentwurfs verneint wird.⁸³ Das Bundesverwaltungsgericht hat ein Urteil des Oberverwaltungsgerichts Bremen, nach dem das Landesministerium zur Genehmigungserteilung für Tierversuche mit Makaken verpflichtet sei, schließlich aufrecht-erhalten.

Hieraus wird ersichtlich, dass die praktischen Auswirkungen der gesetzlich gebotenen Vollkontrolle von Tierversuchen immer noch beschränkt bleiben. Diese Tatsache sollte auch bei rechtsvergleichenden Überlegungen in Japan beachtet werden. Die Um- und Durchsetzungsschwierigkeiten der behördlichen Tierversuchskontrolle sind auf die Notwendigkeit der fachlichen Vorkenntnisse und die Stofffülle an medizinischen und biologischen Veröffentlichungen zurückzuführen. Eine umfassende Prüfungsbefugnis führt zwangsläufig zu einer längeren Befassung mit den einzelnen Genehmigungsvoraussetzungen.⁸⁴ Von dem spezifischen Wissenschaftsbezug ausgehend erfordert die zügige Durchführung des Genehmigungsverfahrens

79 HIRT/MAISACK/MORITZ (Fn. 56) § 8 Rn. 6; Cirsovius (Fn. 65) 545.

80 VG Gießen (Fn. 71) NuR 2004, 65.

81 BVerwG, Beschluss v. 20.1.2014, NVwZ 2014, 450 /451.

82 Richtlinie 2010/63/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. September 2010 zum Schutz der für wissenschaftliche Zwecke verwendeten Tiere, ABI Nr. L 276 S. 33.

83 BVerwG (Fn. 81) 450 f. Vgl. auch BT-Drs 17/10572, 26.

84 KLOEPFER/ROSSI (Fn. 73) 377, die allerdings mehr hinsichtlich der Gefahr bewusst verschleppter Genehmigungsentscheidungen Bedenken äußern.

naturgemäß eine gewisse organisatorische Kapazität.⁸⁵ Fordert man die Einführung der behördlichen Tierversuchskontrolle durch Genehmigung in das japanische Tierschutzrecht, sollte man daher die unvermeidbare umfangreiche Erweiterung der zuständigen Abteilung sowohl hinsichtlich der finanziellen Ausstattung als auch des Personalbestands mitbedenken. Vor allem angesichts der allgemeinen Deregulierungstendenz in den letzten Dekaden⁸⁶ scheint die Systematisierung und Rationalisierung der Zertifizierung durch Drittinstanzen als ein realistischerer Verbesserungsvorschlag.

2. *Unterschiedliche Schutzniveaus der beiden Staatsziele Umwelt- und Tierschutz*

Darüber hinaus bedarf die verfassungsrechtliche Reichweite der Staatszielbestimmung Tierschutz noch weiterer Erklärung, wenn man die verfassungsrechtliche Wertentscheidung und die daraus resultierenden normativen Ergebnisse zur künftigen tierrechtlichen Gesetzes- bzw. Verfassungsänderung in Japan berücksichtigen wollte.⁸⁷

Es besteht zunächst weitgehend Einigkeit darüber, dass Art. 20a GG objektives Verfassungsrecht darstellt und kein gerichtlich einklagbares subjektives Recht gewährt.⁸⁸ Dabei geht es nach *Murswiek* nicht lediglich um einen unverbindlichen Programmsatz, sondern um eine objektive Verpflichtung des Staates.⁸⁹ Anders als bei der Herbeiführung eines neuen Zustands durch politische bzw. staatliche Tätigkeiten beziehen sich die verfassungsrechtlichen Schutzaufträge auf die Umwelt und individuelle Tiere als konkrete Objekte. Daraus folgt, dass die Verpflichtung des Staates in erster Linie darin besteht, Beeinträchtigungen der Schutzobjekte zu unterlassen bzw. abzuwehren. *Murswiek* betrachtet die Struktur der Norm insofern als eher mit den Grundrechten vergleichbar, als mit den anderen im Grundgesetz normierten Staatszielen.⁹⁰

Murswiek stellt allerdings zu Recht zugleich unterschiedliche Schutzniveaus hinsichtlich der Umwelt und der Tiere fest. Das Tierschutzgebot hat

85 Vgl. CIRSOVIUS (Fn. 65) 545.

86 Dazu vgl. S. SCHUH, Gemeinnützige Rechtsträger in Japan und Deutschland (Tübingen 2014) 1.

87 Vgl. z.B. C. ASAKAWA, *Doitsu Kenpō kara dōbutsu hogo to hō o kangaeru: Dōbutsu jikken kisei to ningen chūshin shugi kokufuku o chūshin ni* [Überlegung über Tierschutz und Recht angesichts des deutschen Grundgesetzes: Die Regulierung der Tierversuche und die Überwindung der Anthropozentrisums], in: *Hōritsu Jihō* 1096 (2016), 75.

88 S. DETTERBECK, *Öffentliches Recht* (9. Aufl., München 2013) Rn. 79; JARASS (Fn. 67) Art. 20a Rn. 2.

89 MURSWIEK (Fn. 67) Art. 20a Rn. 12.

90 MURSWIEK (Fn. 67) Art. 20a Rn. 20.

anders als der Umweltschutzauftrag keine fundamentale Funktion als ein Verfassungsprinzip, das nicht zur Disposition der Staatsorgane steht.⁹¹ Denn der verfassungsrechtlich gebotene Schutz individueller Tiere ist anders als der Artenschutz von der Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen i. S. des Umweltschutzes zu unterscheiden.⁹² Die Anforderungen zum Umweltschutz ergeben sich hierbei aus der Verantwortung für die künftigen Generationen, die Ausdruck des Nachhaltigkeitsprinzips ist.⁹³ An diese Auslegung anschließend meint *Jarass*, dass dem Umweltschutz im Hinblick auf die Zukunftsverantwortung ein höheres Gewicht als dem Tierschutz zukommen dürfte.⁹⁴ Auch *Murswiek* beschreibt die Gleichwertigkeit der beiden Staatsziele ausdrücklich als „Missverständnis“.⁹⁵ Der Tierschutzauftrag bedeute lediglich die Sicherstellung eines „ethischen Mindestmaßes“.⁹⁶

3. *Menschenwürde als zweischneidiges Schwert für Tierschutzbefürworter*

In diesem Zusammenhang scheint denkbar, einen besonderen Stellenwert des Tierschutzes dennoch mit der Menschenwürde i. S. des Art. 1 Abs. 1 GG stärker zu begründen. Nicht wenige Tierschutzbefürworter sehen zwar die ethische Forderung zum Tierschutz als der menschlichen Natur immanent und insoweit als mit der Menschenwürde verbunden an.⁹⁷ Demnach ließe sich eine besondere Verantwortung des Menschen für das Tier bei seiner industriellen Nutzung aus der Menschenwürde ableiten.⁹⁸ *Murswiek* findet auch es unzutreffend, eine rein anthropozentrische Auslegung des Art. 20a GG aus der Garantie der Menschenwürde zu schließen.⁹⁹

Murswiek nimmt aber gleichzeitig an, dass das ganze Grundgesetz grundsätzlich auf den Schutz des menschlichen Individuums und seiner Würde ausgerichtet sei.¹⁰⁰ Demnach begründe die dem Grundgesetz und dem Tierschutzgesetz zugrunde liegende Idee der „Mitgeschöpflichkeit“

91 MURSWIEK (Fn. 67) Art. 20a Rn. 15.

92 MURSWIEK (Fn. 67) Art. 20a Rn. 31.

93 MURSWIEK (Fn. 67) Art. 20a Rn. 32.

94 JARASS (Fn. 67) Art. 20a Rn. 14.

95 MURSWIEK (Fn. 67) Art. 20a Rn. 15.

96 MURSWIEK (Fn. 67) Art. 20a Rn. 51a.

97 LORZ/METZGER (Fn. 4) Einführung Rn. 44, 93.

98 M. W. SCHRÖTER, Tierschutzrecht in der Diskussion, NuR 2007, 471 f.; vgl. auch CASPAR (Fn. 6) 186 ff.

99 MURSWIEK (Fn. 67) Art. 20a Rn. 23, der an einer anderen Stelle (Rn. 22) auch hervorhebt, dass vor allem die natürliche Umwelt nicht nur als Lebensgrundlage des Menschen, sondern auch als eigenständige Schutzobjekt respektiert wird.

100 MURSWIEK (Fn. 67) Art. 20a Rn. 23, der in Bezug auf den Umweltschutz daraus schlussfolgert, dass der Schutz der Lebensgrundlagen des Menschen im Mittelpunkt stehe.

von Tieren zwar eine ethische Verantwortung, jedoch keine ethische oder gar eine rechtliche Gleichstellung der Tiere mit den Menschen.¹⁰¹ Diese Ansicht wird schließlich von *Jarass* hinsichtlich des höchsten verfassungsrechtlichen Guts noch klarer formuliert: Eine Gleichstellung von Menschen und Tier verletze die Menschenwürde i. S. des Art. 1 GG.¹⁰² In dieser Ausführung zeigt sich, dass die theoretische Bedeutung der Menschenwürde für den Tierschutz letztendlich ambivalenter Natur ist.¹⁰³

Nun stellt sich die Frage, warum man die Verbindung des Tierschutzes mit der Menschenwürde auch in Japan thematisieren wollte, um dessen spezielles Gewicht im Normensystem zu begründen. Die Absicht der Vertreter dieses Ansatzes findet sich m. E. darin, die Universalität und Absolutheit der Menschenwürde in das Argument für den Tierschutz als Verfassungsauftrag zu adoptieren. Insoweit besteht aber nach *Oshikubo* die Gefahr einer „Inflation der Menschenwürde“.¹⁰⁴ Diese Gefahr führt entgegen der ursprünglichen Absicht der Tierschutzbefürworter zu dem paradoxen Ergebnis, dass der Stellenwert der Menschenwürde verkleinert wird.

Die Würde des Menschen ist „der oberste Wert“ in der freiheitlichen Demokratie, wie das Bundesverfassungsgericht schon früh festgestellt hat.¹⁰⁵ Daher ist sie „als allgemeines Verfassungsprinzip und letztlich als Nährboden und Legitimation aller Grundrechte, als Grundrechtsgrund“, zu erachten.¹⁰⁶ Die Grundrechte bzw. Menschenrechte werden einem eingeräumt, weil man ein Mensch ist. Dementsprechend soll angenommen werden, dass die Menschenwürde universaler Natur ist.¹⁰⁷ Davon ausgehend

101 MURSWIEK (Fn. 67) Art. 20a Rn. 31b; dazu auch M. KLOEPFER, Tierversuchsbeschränkungen und Verfassungsrecht, JZ 1986, 209.

102 JARASS (Fn. 67) Art. 20a Rn. 17.

103 Japanische Verfassungsrechtler sind sich der ambivalenten Bedeutung der Menschenwürde für den Tierschutz bewusst. S. z. B. C. ASAKAWA, *Aratana Kihon-hō 20 a jō o meguru giron ni tsuite* [Zu Diskussionen über den neuen Art. 20 a GG], in: Nurakami et al. (Hrsg.), Festschrift für Satoshi Takada (2007) 341; FUJII (Fn. 62) 451 f.

104 M. OSHIKUBO, *Kankyō hogo to „ningen no songen“* [Umweltschutz und die Menschenwürde], in: Kuriki/Tonami/Aoyagi (Hrsg.), *Mirai shikō no kenpō-ron* [Zukunftsbewusste Verfassungslehre] (Tōkyō 2001) 165. Zur Inflation der Menschenwürde, vgl. auch DERS., *Shikei haishi kitei to „ningen no songen“: Kaisei no kanōsei o meguru giron no kōsatsu* [Die Abschaffung der Todesstrafe nach Art. 102 GG und die Menschenwürde: Forschung über die Debatten zur Reformmöglichkeit], in: Tōa Daigaku Kenkyū Ronsō Nr. 43 (2000) 20.

105 BVerfG, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 5, 85/204; s. auch T. KINGREEN/R. POSCHER, Grundrechte: Staatsrecht II (32. Aufl., Heidelberg 2016) Rn. 374.

106 KLOEPFER (Fn. 101) 209; s. auch OSHIKUBO (Fn. 104) 156.

107 OSHIKUBO (Fn. 104) 166.

kann man den verfassungsrechtlichen Schutz der Menschenwürde als Kern der Menschenrechte und gerade deshalb als allgemeines Auslegungsprinzip auch in den anderen Normensystemen im deutschen Recht verstehen. Hierin finden die japanischen Tierschutzbefürworter einen Ansatz zur Adoption des Gedankens und der Gewährleistung der Menschenwürde bei der Auslegung der Menschenrechte (*kihon teki jinken*) in der japanischen Verfassung.¹⁰⁸

Aus der Eigenschaft der Menschenwürde als oberstem Wert ist auch ihr absoluter Schutz abzuleiten.¹⁰⁹ Art. 1 Art. 1 GG steht also nicht unter Gesetzesvorbehalt.¹¹⁰ Ein Eingriff in die Menschenwürde führt gleich zur Verfassungswidrigkeit.¹¹¹ Dazu stellt das Bundesverfassungsgericht ferner klar, dass die Menschenwürde als Wurzel aller Grundrechte mit keinem Einzelgrundrecht abwägungsfähig ist.¹¹² Sofern die Tierschutzbefürworter gewisse Beschränkungen eines Grundrechts durch das Gebot des Tierschutzes rechtfertigen, sehen sie gerade den absoluten Schutz der Menschenwürde als Hebel an, um den Verfassungsrang des Tierschutzauftrags zu verstärken.

Angesichts des Gesetzgebungsgrundes des Art. 1 Art. 1 GG muss man es jedoch als „Überstrapazierung“ betrachten, den Tierschutzauftrag mit der Unantastbarkeit der Menschenwürde in Bezug zu setzen.¹¹³ Allgemein bekannt ist, dass der der Parlamentarische Rat Art. 1 Art. 1 GG gerade an den Anfang des Grundrechtskatalogs gestellt hat, um die tiefe Reflexion über die nationalsozialistischen Verbrechen zu zeigen.¹¹⁴ Unstreitig ist, dass die Menschenwürdegarantie im Grundgesetz es verbietet, einen Menschen auf eine Stufe mit Tieren oder Sachen zu stellen.¹¹⁵ Der Grundgesetz bzw. das Verfassungsrecht zielen letztlich auf den Schutz der Rechte der Menschen ab. Insofern sollen die verfassungsrechtlichen Vorschriften im Grunde anthropozentrisch ausgelegt werden.¹¹⁶

Darüber hinaus ist die Herleitung des Tierschutzgebots aus der Menschenwürde deshalb problematisch, weil man ihre Unantastbarkeit in ein

108 *Nihon-koku Kenpō*, 1947.

109 H. DREIER (übersetzt von M. Oshikubo), *Ningen no songen no genri (Kihon-hō 1 jyō 1 kō) to seimei rinri* [Der Grundsatz der Menschenwürde (Art. 1 Art. 1 GG) und Bioethik], in: Kuriki et al. (Hrsg.), *Ningen, kagaku gijutsu, kankyō* [Mensch, Wissenschaft und Technik, Umwelt: das japanisch-deutsches Symposium] (Tōkyō 1999) 71; OSHIKUBO (Fn. 104) 166.

110 KINGREEN/POSCHER (Fn. 105) Rn. 397.

111 DREIER (Fn. 109) 71; OSHIKUBO (Fn. 104) 165.

112 BVerfG, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVERfGE) 93, 266/293.

113 DREIER (Fn. 109) 84; OSHIKUBO (Fn. 104) 164.

114 KINGREEN/POSCHER (Fn. 105) Rn. 374; OSHIKUBO (Fn. 104) 166.

115 Dazu Bundesverwaltungsgericht, Beschluss v. 23.2.1972, Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE) 43, 312/314.

116 Vgl. KLOEPFER (Fn. 101) 210; OSHIKUBO (Fn. 104) 166.

„unbestimmtes, ethisches Postulat“ umwandelt.¹¹⁷ Die Tierschutzbefürworter betonen, dass der Mensch deswegen die Würde besitzt, weil er als vernunftbegabtes Wesen die Fähigkeit besitzt, über sein Handeln zu reflektieren. Aus der menschlichen Vernunft wird eine bewusste Mitverantwortung für das Tier abgeleitet, welche schließlich als Bestandteil der Menschenwürde verstanden wird.¹¹⁸ Aber nach dieser Ansicht werden die unvernünftigen Menschen aus dem Rahmen des verfassungsrechtlichen Schutzes ausgeschlossen.¹¹⁹ Durch die Menschenwürdegarantie, die eigentlich allen Menschen vorbehaltlos zuerkannt werden müsste, würde das Grundgesetz der Bevölkerung einen einzigen moralischen Standard und ein bestimmtes Menschenbild aufzwingen. Insoweit warnt Kloepfer, dass Art. 1 GG „nicht als Einfallstor für beliebige politische oder sittliche Forderungen in die Verfassung missbraucht werden“ dürfe.¹²⁰ Die Deduktion des Tierschutzauftrags aus der Menschenwürde führt schließlich dazu, die Universalität als ihr wesentliches Element zu verneinen.

Ebenfalls ein fataler Selbstwiderspruch des Menschenwürdearguments ist, dass die Menschenwürdegarantie hierbei letztlich relativiert wird. Versteht man den Tierschutz als Bestandteil der Menschenwürde, dann werden alle Versuche, welche Tieren Schmerzen oder Belastungen zumuten, logischerweise verfassungswidrig. Denn die Würde ist wegen ihres universalen und wesentlichen Wertes eigentlich unantastbar.¹²¹ Aber die Vertreter für einen Verfassungsrang des Tierschutzes schließen die Abwägung mit durch Tierversuche herbeigeführten Interessen und der Forschungsfreiheit auch nicht komplett aus. Aus diesen Überlegungen wird die logische Konsequenz klar: Wenn man hier die Reichweite der Menschenwürdegarantie erweitert, wird man ihre Rechtsfolge schließlich relativieren. Die Tierschutzbefürworter werden dann auf die Absolutheit der Menschenwürde verzichten, die ursprünglich den anderen wichtigen Ansatz des Arguments bildet.

Bei dieser Betrachtung bringt das Menschenwürdeargument für den stärkeren Tierschutz die Gefahr mit sich, den Sinn und Zweck des Art. 1 GG zu verdünnen und zu vermindern. Dies bedeutet zugleich, dass man die Menschenwürdegarantie nicht zuletzt ihres Stellenwerts als *ultima ratio* beraubt.¹²² Die japanischen Tierschutzbefürworter aber wollten, wie oben beschrieben, eigentlich damit den Verfassungsrang des Tierschutzes auch in

117 OHIKUBO (Fn. 104) 177.

118 H.-C. VON HEYDEBRAND/F. GRUBER, Tierversuche und Forschungsfreiheit, Zeitschrift für Rechtspolitik 1986, 118. Diese Erläuterung wurde später in OVG Hamburg, Urteil v. 14.9.1992, NVwZ 1994, 592/594 zitiert.

119 Vgl. OSHIKUBO (Fn. 104) 166.

120 KLOEPFER (Fn. 101) 210.

121 OSHIKUBO (Fn. 104) 165.

122 OSHIKUBO (Fn. 104) 157, 165.

der japanischen Verfassung begründen. Wenn man das Tierschutzgebot, wie im Grundrechtskatalog in Deutschland, in die Menschenrechte in der japanischen Verfassung hineinlesen wollte, würde die Berufung auf die Menschenwürde, die auf den ersten Blick die stärkste Waffe erscheint, diese letztendlich überstrapazieren.

VI. FAZIT

In diesem Beitrag wird festgestellt, dass die bisherige japanische Tierschutzgesetzgebung deutlich stärker vom Tierwohl- als vom Tierrechtsansatz geprägt ist.¹²³ Aus juristischer Sicht muss man mit *Aoki* zugestehen, dass die Idee der Tierrechte in Japan nicht als rechtliches Konzept angesehen wird, sondern vielmehr als ethische Deklaration bzw. symbolisches Motto der sozialen Tierschutzbewegung verwendet wird.¹²⁴ Man muss sich die praktische Umsetzung von Tierrechten in Japan daher als langwierigen Prozess vorstellen.

Hierbei ist zu beachten, dass das oben dargestellte Merkmal der tierschutzrechtlichen Praxis in Japan nicht nur auf die Gesetzgebungsdebatten, sondern auch schon auf die fehlende Anerkennung von Tierrechten in der Gesellschaft zurückzuführen ist. In Japan wird die ethische und normative Grundlage des Tierrechtsgedankens bislang nur wenig verstanden, so dass seine einzelnen Konsequenzen auch nicht ernstgenommen werden. Wenn die Tierschutzbefürworter hier den Tierrechtsansatz zur weiteren Institutionalisierung der relevanten Regulierungen adoptieren wollten, ist es erforderlich, die theoretische Grundlage der Gleichbehandlung von Mensch und Tier ausführlich und geduldig zu erklären.

Es ist freilich auch nicht einfach, die Konsequenzen aus dem Tierrechtsgedanken im Alltag bzw. in der Rechtspraxis durchzusetzen. Diese pragmatische Betrachtungsweise wird sogar von *Iseda* akzeptiert, obwohl er die ethische Konsistenz des Tierrechtsarguments eigentlich hervorhebt. Denn die Vertreter des Tierrechtsansatzes müssen sich letztlich dem Instinkt, dass man im Extremfall die Menschen den Tieren vorziehen soll, auseinandersetzen.¹²⁵ Die restriktive Haltung des Bundesverfassungsgerichts und Bundesverwaltungsgerichts bei der Beschränkung von Tierversuchen sowie die Auslegungsdebatte bezüglich Art. 1 Abs. 1 GG lassen ein solches Dilemma hervortreten. Dabei wird das Verständnis vertreten, dass der Verfassungsauftrag zum Tierschutz im deutschen Grundgesetz die Tiernutzung durch Menschen voraussetzt. Im Endeffekt geht es nur um einen relativen Schutz

123 AOKI (Fn. 27) 251.

124 AOKI (Fn. 3) 219.

125 ISEDA (Fn. 17) 321.

von Tieren, welcher sich aus der Abwägung mit den Interessen von Menschen ergeben soll. Daraus resultiert, dass die Reichweite des Tierschutzauftrags im deutschen Grundgesetz sowie der beschränkten Variante des Tierrechtsansatzes letztendlich noch im Rahmen des Tierwohlsansatzes verbleibt. In Anbetracht der begrenzten Prüfungsbefugnisse der deutschen Behörde im Genehmigungsverfahren für Tierversuche muss die Selbstkontrolle hinsichtlich der Angemessenheit des Tierversuchs in Japan auch nicht zwangsläufig ein niedriges Schutzniveau bedeuten.

Autoren

Prof. Dr. Moritz Bälz, LL.M. (Harvard)

Professur für Japanisches Recht und seine kulturellen Grundlagen,
FB Rechtswissenschaft, Goethe-Universität Frankfurt,
Theodor-W.-Adorno-Platz 4, 60629 Frankfurt a. M., Deutschland.
E-Mail: baelz@jur.uni-frankfurt.de.

Prof. Dr. Harald Baum

Wissenschaftlicher Referent, Max-Planck-Institut für ausländisches und in-
ternationales Privatrecht, Mittelweg 187, 20148 Hamburg, Deutschland.
E-Mail: baum@mpipriv.de.

Prof. Dr. Marc Dernauer, LL.M. (Tōhoku University)

Associate Professor of Civil Law, Faculty of Law, Chūō University, 742-1
Higashi Nakano, Hachiōji-shi, Tōkyō 192-0393, Japan.
E-Mail: dernauer@tamacc.chuo-u.ac.jp.

Prof. Kazushige Doi, LL.M. (Marburg)

Associate Professor of Criminal Law, Faculty of Law, The University of
Kitakyushu, 4-2-1 Kitagata, Kokuraminami-ku, Kitakyushu-shi, Fukuoka
802-8577, Japan. E-Mail: kdoi@kitakyu-u.ac.jp.

Prof. Dr. Harald Fuess

Cluster of Excellence “Asia and Europe”, Universität Heidelberg,
Karl Jaspers Zentrum für Transkulturelle Forschung, Voßstraße 2, Gebäude
4400, 69115 Heidelberg, Deutschland. Project Professor, Kyōto University.
E-Mail: fuess@uni-heidelberg.de.

Dr. Hiroki Kawamura

Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Japanisches Recht und
seine kulturellen Grundlagen, FB Rechtswissenschaft, Goethe-Universität
Frankfurt, Theodor-W.-Adorno-Platz 4, 60629 Frankfurt a. M., Deutschland.
E-Mail: Kawamura@jura.uni-frankfurt.de.

Dr. Daniel Kremers

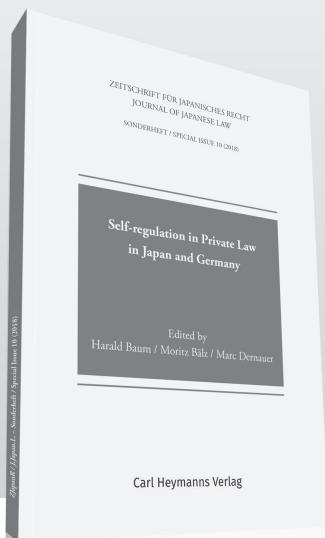
Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Deutschen Institut für Japanstudien (DIJ),
Jochi Kioizaka Bldg. 2F, 7-1 Kioicho, Chiyoda-ku, Tōkyō 102-0094, Japan.
E-Mail: kremers@diptokyo.org.

Julius Weitzdörfer

Affiliated Lecturer, Faculty of Law, University of Cambridge, Darwin
College Cambridge, Silver St, Cambridge CB3 9EU, United Kingdom.
E-Mail: jfww2@cam.ac.uk.

Self-regulation in Private Law in Japan and Germany

Journal of Japanese Law – Special Issue 10 (2018)



Special Issue No. 10 of the Journal of Japanese Law celebrates the 20th Anniversary of the Founding of the Journal and presents an up-to-date and comprehensive analysis of the role that self-regulation plays in private law in Japan and Germany. Self-regulation – sometimes also called soft law – is of growing relevance for both countries' modern industrial societies. Some forms of self-regulation have stood the test of time, such as commercial customs or general contract terms. But there are also new types in the form of what is

called “state induced” self-regulation. These emerge when governments delegate some of their traditional tasks to private institutions, as is increasingly the case.

Leading private and commercial law scholars from Japan and Germany address the highly complex and diversified phenomenon of self-regulation from a theoretical as well as practical perspective. The book is the first comparative study in this surprisingly under-researched area of law.

Baum/Bälz/Dernauer (eds.)
**Self-regulation in Private Law
in Japan and Germany**
Journal of Japanese Law –
Special Issue 10 (2018)



Print edition

2018

288 pages

€ 69,-

**for members of German-Japan
Association of Jurists (DJJV)**

€ 59,-

ISBN 978-3-452-29116-5