

**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](http://www.heymanns.com);  
*Customer Service:* phone: +49 2631-801-2222, e-mail: [info-wkd@wolterskluwer.de](mailto: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](mailto: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](mailto: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](http://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  
*Moritz Bälz* ..... 1

## 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* ..... 23

Translation subjektiver Rechte und die Bewegung für Freiheit und  
Bürgerrechte (*jiyū minken undō*)  
*Hiroki Kawamura* ..... 45

## II. Allgemeines Zivilrecht

Die Rolle des öffentlichen Rechts beim Schutz von  
Vertragspartnern in Japan  
*Marc Dernauer* ..... 67

Aggressive Rechtsdurchsetzung in Japan. Die Eintreibung und  
Rückforderung wucherischer Darlehenszinsen  
*Julius Weitzdörfer* ..... 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, Recht<sup>1</sup> 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*).<sup>2</sup> Dies spiegele sich nicht nur darin, dass die Rechte der Parteien eines japanischen Vertrages, wenn überhaupt, tendenziell wenig detailliert und präzise schriftlich fixiert würden,<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup> *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.<sup>5</sup>

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.“<sup>6</sup>

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.“<sup>7</sup>

---

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 Stimmen<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup> *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.<sup>10</sup> 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*<sup>11</sup> 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.“<sup>12</sup>

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.<sup>13</sup>

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.<sup>14</sup>

## 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.<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup>

Für das geltende allgemeine Zivilrecht finden sich im Anschluss zwei Beiträge mit tendenziell gegenläufiger Stoßrichtung. *Dernaue*r 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.<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup>

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.<sup>20</sup> *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.<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup>

### 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.<sup>23</sup> 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.<sup>24</sup> 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.<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup> Dass die Obrigkeit nur sehr begrenzt Interesse zeigte, bei der Beilegung privater Streitigkeiten aktiv zu werden, entspricht freilich auch der gängigen Sicht für Japan.<sup>28</sup>

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.<sup>29</sup> 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.<sup>30</sup> 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.“<sup>31</sup>

Terminologisch ist *kenri* (権利), das heute im Japanischen für subjektive Rechte gebräuchliche Wort, wie bereits erwähnt, unstreitig eine Schöpfung der zweiten Hälfte des Neunzehnten Jahrhunderts, welche sich erst nach einer durchaus verschlungenen Entwicklung durchgesetzt hat.<sup>32</sup> 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.<sup>33</sup> An diese hätten Reformler 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.“<sup>34</sup>

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.<sup>35</sup> 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,<sup>36</sup> kann von vornherein nicht erwartet werden, eine exakte Entsprechung im japanischen Recht zu finden.<sup>37</sup>

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.<sup>38</sup> Der Beitrag von Kremers im vorliegenden Band scheint dies für den Kampf der Arbeitsmigranten zu bestätigen.<sup>39</sup>

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.<sup>40</sup> 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“.<sup>41</sup> 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.<sup>42</sup>

## 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.<sup>43</sup> 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,<sup>44</sup> 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.<sup>45</sup> 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.<sup>46</sup> Daher wird hier vorgeschlagen, die prozessuale Durchsetzung von der Gewährung von Rechten getrennt zu betrachten.<sup>47</sup>

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.<sup>48</sup> 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.<sup>49</sup>

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,<sup>50</sup> 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.<sup>51</sup>

Ein Beispiel der Artikulation politischer Interessen in Form von Rechten stellt jedenfalls die Bewegung für Freiheit und Bürgerrechte dar.<sup>52</sup> Dass Rechte in jüngerer Zeit in den politischen Auseinandersetzungen im Gesundheitssektor eine prominente Rolle spielen, hat Feldman überzeugend nachgewiesen.<sup>53</sup> 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.<sup>54</sup> So wurde vor dem Hintergrund der negativen Auswirkungen der Hochwachstumsphase ein sog. Recht auf Umwelt (*kankyō-ken*) postuliert.<sup>55</sup> 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.<sup>56</sup> Gleichwohl lassen sie sich als Beispiele dafür betrachten, wie auch in Japan in politischen Auseinandersetzungen die *symbolic power of rights assertion*<sup>57</sup> 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.<sup>58</sup>

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.<sup>59</sup> Feldman spricht hier von einem *extraordinary broad use of rights rhetoric in Japan*.<sup>60</sup> 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.<sup>61</sup>

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.<sup>62</sup> 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.<sup>63</sup> 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,<sup>64</sup> 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.<sup>65</sup> Auch wolle man nicht egoistisch erscheinen.<sup>66</sup> 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,<sup>67</sup> 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.<sup>68</sup> 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.<sup>69</sup> Dies scheint Haleys These zu bestätigen, dass es letztlich mehr um die Gemeinschaft geht.<sup>70</sup> 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.<sup>71</sup> 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.<sup>72</sup>

#### 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.<sup>73</sup>

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.<sup>74</sup> Die Anerkennung eines Rechts auf Umwelt und eines Rechts auf Sonnenschein wurden bereits erwähnt.<sup>75</sup> Ein weiteres Beispiel sind verschiedene Patientenrechte.<sup>76</sup> 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.<sup>77</sup> 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)<sup>78</sup> im Lichte internationaler Konventionen ausgelegt wurde, um zu einem Schadenersatzanspruch wegen Diskriminierung zu gelangen.<sup>79</sup> Abgelehnt hat es der Oberste Gerichtshof in Japan dagegen in jüngerer Zeit (implizit), ein Recht auf Vergessenwerden anzuerkennen, wie es international intensiv diskutiert wird.<sup>80</sup> 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.<sup>81</sup> Bekannte Beispiele sind die Angemessenheitskontrolle bei der Kündigung von Arbeitsverträgen und von Sukzessivlieferungsverträgen. Jedenfalls im Vergleich mit Deutschland großzügig erscheint die 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.<sup>82</sup> Eine Haftung des Staates wurde insbesondere bei großen Umweltverschmutzungsskandalen,<sup>83</sup> aber beispielsweise auch in Asbestfällen, bejaht.<sup>84</sup> Bemerkenswerterweise werden aber etwa auch Klagen, die familienrechtliche Reformen durchsetzen wollen, auf einen Staatshaftungsanspruch gestützt.<sup>85</sup>

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.<sup>86</sup> Er interpretiert dies als Ausdruck eines stärker dirigistischen und paternalistischen Staatsverständnisses.<sup>87</sup> 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.“<sup>88</sup>

---

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, 2<sup>nd</sup> 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.<sup>89</sup> Ob die insgesamt geringe Justiznutzung primär Ausdruck eines aus der Vormoderne überkommenen Rechtsbewusstseins,<sup>90</sup> Resultat institutioneller Schwächen des Justizsystems<sup>91</sup> oder aber Folge politischer Steuerung ist,<sup>92</sup> 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.<sup>93</sup> 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.<sup>94</sup> 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.<sup>95</sup>

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.<sup>96</sup> 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“).<sup>97</sup> 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.