

Rechtstransfer in Japan und Deutschland

Symposium im Rahmen des Jubiläums
„150 Jahre Freundschaft Japan-Deutschland“

3. bis 5. November 2011 in Tokyo

herausgegeben von

Harald Baum / Moritz Bälz / Karl Riesenhuber

gefördert von der

Robert Bosch **Stiftung**

Carl Heymanns Verlag 2013

ZEITSCHRIFT FÜR JAPANISCHES RECHT
JOURNAL OF JAPANESE LAW

SONDERHEFT 7 / SPECIAL ISSUE 7 (2013)

Schriftleitung und Redaktion der Sonderhefte:

Prof. Dr. HARALD BAUM

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht
Mittelweg 187
D-20148 Hamburg

Tel.: +49-(0)40-41 900-0
Fax: +49-(0)40-41 900-288
e-mail: baum@mpipriv.de

Prof. Dr. MORITZ BÄLZ

Professur für Japanisches Recht
Goethe-Universität Frankfurt
Fachbereich Rechtswissenschaft
Grüneburgplatz 1, D-60629 Frankfurt am Main

Tel: +49-(0)69-79834241
e-mail: baelz@jur.uni-frankfurt.de

Layout u. Satz: GUNDULA DAU

Verlag: Carl Heymanns Verlag – Eine Marke von Wolters Kluwer Deutschland, Luxemburger Straße 449, D-50939 Köln. Tel.: +49-(0)221-943 73-7000; Fax: +49-(0)221-943 73-7201; Internet: www.heymanns.com; Kundenservice: Tel.: +49-(0)2631-801-2222, E-Mail: info@wolterskluwer.de

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

Bezugspreise: Das Sonderheft kann über den Verlag zum Preis von € 64,- zzgl. Versandkosten bezogen werden. Mitglieder der Deutsch-Japanischen Juristenvereinigung e.V. können das Sonderheft zum Vorzugspreis von € 57,- zzgl. Versandkosten beziehen.

Anzeigenverkauf: Karsten Kühn, Tel.: +49-(0)221-943 73-7797, Fax +49-(0)221-943 73-17797, E-Mail: KKuehn@wolterskluwer.de

Anzeigendisposition: Wolters Kluwer Deutschland, Anzeigenabteilung, Ulrike Dany, Luxemburger Str. 449, D-50939 Köln, Tel.: +49-(0)221-9-43 73-7425, Fax +49 (0)221-943 73-17425, E-mail: udany@wolterskluwer.de. Die Anzeigen werden nach der Preisliste Nr. 6 vom 1. Januar 2013 berechnet.

Druckerei: rewi Druckhaus, Reiner Winters GmbH, Wissen

© 2013 Deutsch-Japanische Juristenvereinigung e.V. &
Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht

ISBN 978-3-452-27807-4

Vorwort

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

Vom 3. bis 5. November 2011 haben die Deutsch-Japanische Juristenvereinigung, die Alexander von Humboldt-Stiftung, der Deutsche Akademische Austauschdienst, das Japanisch-Deutsche Zentrum Berlin und die Keio Universität das rechtsvergleichende Symposium „Rechtstransfer in Japan und Deutschland“ in den Räumen der Universität in Tokyo ausgerichtet. Die ursprünglich für das Frühjahr geplante Konferenz musste aufgrund der tragischen Ereignisse vom 11. März 2011 in den Herbst des Jahres verschoben werden. Die Beiträge zu dieser Tagung werden vorliegend in überarbeiteter Form präsentiert.*

Thematisch gliedert sich der Band in fünf Kapitel. Den Anfang macht eine Analyse der selektiven Rezeption deutschen Rechts in Japan seit der Meiji-Zeit (I). Es folgt ein Vergleich der Amerikanisierung des Wirtschaftsrechts in Japan und Deutschland nach 1945 (II), an den sich aktuelle Fragen der Europäisierung und Modernisierung des Schuldrechts anschließen (III). Im IV. Kapitel geht es um den Rechtstransfer aus Japan und Deutschland in die Reformstaaten in Asien und Osteuropa. Den Abschluss bilden Gedanken über Sinn und Grenzen der Strafrechtsvergleichung (V).

Die Tagung wurde maßgeblich durch das *Bundesministerium der Justiz* und die *Robert Bosch Stiftung* gefördert; Letztere hat auch die Drucklegung dieses Bandes ermöglicht. Wir danken den Förderern für ihre großzügige finanzielle Unterstützung des Symposiums und des Tagungsbandes.

Unser Dank gilt ferner den verschiedenen an der Herausgabe des Bandes beteiligten Personen, namentlich Frau *Gundula Dau* und den Herren *Julius Weitzdörfer* und *Torsten Spiegel*, alle Hamburg.

Harald Baum

Moritz Bälz

Karl Riesenhuber

Hamburg / Frankfurt a.M. / Bochum, im Mai 2013

* Ein Tagungsbericht findet sich in der ZEITSCHRIFT FÜR JAPANISCHES RECHT 33 (2012) 267-273.

Inhaltsverzeichnis

Autorenverzeichnis		vii
I. KAPITEL:	DIE SELEKTIVE REZEPTION DEUTSCHEN RECHTS IN JAPAN	
<i>Anna Bartels-Ishikawa</i>	Deutsche Juristen in Japan in der Meiji-Zeit	3
<i>Kazuhiro Takii</i>	Von der <i>Iwakura</i> -Mission zur <i>Meiji</i> -Verfassung	43
<i>Keizo Yamamoto</i>	Die Entwicklung des Leistungsstörungenrechts seit 1900 – die japanischen Erfahrungen	53
<i>Stephan Lorenz</i>	Die Entwicklung des Leistungsstörungenrechts im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch	67
II. KAPITEL:	DIE AMERIKANISIERUNG DES WIRTSCHAFTSRECHTS IN JAPAN UND DEUTSCHLAND	
<i>Jan von Hein</i>	Amerikanisierung des Wirtschaftsrechts in Japan und Deutschland? Einflüsse auf die Entwicklung der Gesetzgebung in Deutschland am Beispiel des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts	95
<i>Hiroyuki Kansaku</i>	Der Einfluss des deutschen und amerikanischen Rechts auf das japanische Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht	143
<i>Christoph Frank</i>	Deutsches Recht im globalen Wettbewerb	157
<i>Mikio Tanaka</i>	Rechtstransfer und globaler Wettbewerb zwischen Rechtssystemen	167
III. KAPITEL:	DIE EUROPÄISIERUNG UND MODERNISIERUNG DES SCHULDRECHTS	
<i>Jens-Uwe Franck / Karl Riesenhuber</i>	Europäisierung des deutschen Vertragsrechts: Unionsrecht und gemeineuropäische Entwicklung	179
<i>Peter A. Windel</i>	Die Modernisierung des deutschen Schuldrechts – äußeres und inneres System	203
<i>Yoshinobu Handa</i>	Die Reformarbeiten am japanischen Zivilgesetz	233
<i>Kunihiro Nakata</i>	Der Einfluss europarechtlicher Entwicklungen auf das japanische Verbraucherrecht	249
<i>Makoto Arai</i>	Der Einfluss des deutschen Rechts auf die Reform des Zivil- und Betreuungsrechts in Japan	265

IV. KAPITEL:	RECHTSTRANSFER IN REFORMSTAATEN	
<i>Katsuyuki Nishikawa</i>	Unterstützung von Schwellenländern beim Aufbau des Rechts- und Justizsystems durch das japanische Justizministerium: Status Quo und Herausforderungen	281
<i>Birgit Grundmann</i>	Zur politischen Dimension des Rechtstransfers – die deutsche Sicht	297
<i>Tokiyasu Fujita</i>	Transfer des Rechtsstaats – aus japanischer Sicht	305
<i>Dieter Grimm</i>	Rechtsstaatlichkeit. Zur Exportfähigkeit einer westlichen Errungenschaft	315
V. KAPITEL:	SINN UND GRENZEN DER STRAFRECHTSVERGLEICHUNG	
<i>Franz Streng</i>	Sinn und Grenzen der Strafrechtsvergleichung – die deutsche Sicht. Überlegungen anhand der Versuchslehre	327
<i>Byung-Sun Cho</i>	Sinn und Grenzen der Strafrechtsvergleichung – Täterschaftsprobleme in den hierarchischen Organisationen im koreanischen Strafrecht	343
<i>Shintaro Koike</i>	Entwicklung und Zukunft der Opportunitätseinstellung im Strafverfahren in Japan	353

Verzeichnis der Autoren und Herausgeber

Makoto Arai

Dr. iur., Professor an der juristischen Fakultät der Chuo Universität, Tokyo

Moritz Bälz

Dr. iur., LL.M. (Harvard), Professor für Japanisches Recht einschließlich seiner kulturellen Grundlagen am Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt, Frankfurt am Main

Anna Bartels-Ishikawa

Dr. iur., Rechtsanwältin, Anwaltskammer Frankfurt am Main; Dozentin an der Law School der Seikei Universität, Tokyo

Harald Baum

Dr. iur., wissenschaftlicher Referent und Leiter der Japan-Abteilung am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg; Professor an der Universität Hamburg; Research Associate, European Corporate Governance Institute, Brüssel

Byung-Sun Cho

Dr. iur., Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Umweltrecht an der juristischen Fakultät der Cheongju Universität, Cheongju

Jens-Uwe Franck

Dr. iur., LL.M. (Yale), Akademischer Rat und Habilitand, Juristische Fakultät, Ludwig-Maximilians-Universität München, München

Christoph Frank

Oberstaatsanwalt in Freiburg; Vorsitzender des Deutschen Richterbundes, Berlin

Tokiyasu Fujita

Dr. iur., Richter am Obersten Gerichtshof Japans a.D.; Professor em. an der Tohoku Universität, Sendai

Dieter Grimm

Prof. em. Dr. Dr. h.c. mult. Dieter Grimm, LL.M. (Harvard), Bundesverfassungsrichter a.D.; Rektor des Wissenschaftskollegs zu Berlin a.D., Berlin

Brigit Grundmann

Dr. iur., Staatssekretärin des Bundesministeriums der Justiz, Berlin

Yoshinobu Handa

Dr. iur., Prof. em. Universität Chiba; Professor für Bürgerliches Recht an der Universität Surugaidai, Tokyo

Hiroyuki Kansaku

Professor für Handels- und Gesellschaftsrecht an der Universität Tokyo (Graduate Schools for Law and Politics), Tokyo

Shintaro Koike

Assistenzprofessor für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Keio Universität (Law School), Tokyo

Stephan Lorenz

Dr. iur., Professor für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Ludwig-Maximilians-Universität München; Mitglied des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, München

Kunihiro Nakata

Professor für Zivilrecht an der Ryukoku Universität (Law School), Kyoto

Katsuyuki Nishikawa

Staatssekretär im Justizministerium Japans, Tokyo

Karl Riesenhuber

Dr. iur., Professor für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Handels- und Wirtschaftsrecht an der Ruhr-Universität Bochum, Bochum

Franz Streng

Dr. iur. Dr. h.c., Professor für Strafrecht und Kriminologie an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, Erlangen

Kazuhiro Takii

Dr. iur., Associate Professor, International Research Center for Japanese Studies, Kyoto

Mikio Tanaka

Rechtsanwalt, Partner, City-Yuwa Partners, Tokyo

Jan von Hein

Dr. iur., Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, IPR und Rechtsvergleichung an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Freiburg

Peter A. Windel

Dr. iur., Professor für Prozessrecht und Bürgerliches Recht an der Ruhr-Universität Bochum, Bochum

Keizo Yamamoto

Dr. iur. Professor für Zivilrecht an der Universität Kyoto

I. KAPITEL

DIE SELEKTIVE REZEPTION DEUTSCHEN RECHTS IN JAPAN

Deutsche Juristen in Japan in der Meiji-Zeit

Anna Bartels-Ishikawa *

- I. Einleitung
 - II. Japan zu Beginn der Meiji-Zeit (1867-1912) – Ursachen des Rechtstransfers
 - 1. Die „Ungleichen Verträge“
 - 2. Die Entscheidung zum Rechtstransfer
 - 3. Die „Entdeckung“ des deutschen Rechts
 - III. Formen des Rechtstransfers
 - 1. Entsendung eigener Fachleute
 - 2. Beschäftigung ausländischer Fachleute
 - 3. Rechtstransfer durch Literaturimport
 - IV. Hermann Roesler – ein deutscher Berater in japanischen Regierungsdiensten
 - 1. Roesler in Japan
 - 2. Roeslers Entwurf des japanischen Handelsgesetzbuches
 - V. Georg Michaelis – ein deutscher Dozent in japanischen Regierungsdiensten
 - 1. Die Deutsche Vereinsschule
 - 2. Michaelis' Tätigkeit an der Deutschen Vereinsschule
 - VI. Schlussbetrachtung
- Anhang

I. EINLEITUNG

Die Situation der Deutschen in Japan wird 1885 eindringlich von Georg Michaelis beschrieben:

„Am Abend desselben Tages war ein Einweihungsfest des neuen Hauses der ostasiatischen Gesellschaft. Der Verein besteht aus den meisten gebildeten Deutschen in Tokio und Yokohama... Die ganze deutsche Kolonie war dort, und lernte ich Alle auf diese Weise kennen. Da war der Gesandte, Graf Dönhoff, ein auffallend unliebenswürdiger Mensch, den die Regierung zum Glück u. zur Freude aller Beteiligten nach kurzer Amtszeit nach Brasilien versetzt hat; der Regierungsrath Techow aus unserm Kultusministerium, Regierungs-Rath Rudolph, hier beim Ministerium des Inneren, Landrichter Rudorff, beim Justiz-Ministerium, Polizeihauptmann Höhn; ferner die Dozenten an der (englischen) Universität Dr. Wagener, Dr. Rathgen (Jurist), Dr. Scriba (Mediciner), Herr Knipping, früher Marinesoldat, jetzt Regierungs-Meteorologe; dann die Lehrer unsrer Deutschen Schule: Dr. Hering, Putziger (Putzier) (Geschichte u.

* Dr. iur., Rechtsanwältin, Anwaltskammer Frankfurt am Main; Dozentin an der Law School der Seikei Universität, Tokyo.

Geographie), Lehmann (deutsche Sprache u. Literatur). Ferner der Musikdirector Ecker, eine Reihe von privatpraktischen Ärzten. Von der Gesandtschaft noch der Legations-Secretär Freiherr von Dörnberg, der Dolmetscher von Osten-Zansen (Vetter des kleinen 9. Ulan) und ... der Dolmetscher-Eleve von Zander, (der) unsere verehrte Klitzing'sche Clique ganz genau kennt u. mit dem ich hoffentlich zusammen sein werde. Dann waren als Gäste der japanische Minister des Auswärtigen mit Anhang u. der größte japanische Gelehrte, der den passenden Namen Katoo führt u. ein Herr von Siebold, der einzige Deutsche, der wirklich in japanischen Diensten angestellt ist – er ist chargé d'affaires étrangères im Auswärtigen Amt – eingeladen. Das Gros bildeten die Kaufleute, mit angeblich wissenschaftlichem Interesse, aus Yokohama. So waren (es) 45 Personen“.¹

Dies berichtet Georg Michaelis seiner Mutter in einem Brief vom 3. November 1885.

Ähnlich sieht es auch noch im Jahre 1887 in der deutschen Kolonie – heute spräche man von der deutschen Community – aus, wie Ottmar von Mohl in seinem 1904 veröffentlichten Buch „Am Japanischen Hofe“ berichtet. Anders als Michaelis, der ungeschminkt, d.h. privat seiner Mutter Bericht erstattet, schreibt Mohl für ein großes Publikum. Aber nicht nur war Mohls Adressat ist ein anderer, auch seine Perspektive war unterschiedlich, denn er war als Diplomat und später im preußischen Hofdienst tätig. Von 1887 bis 1889 fungierte er am japanischen Kaiserhof als Zeremonienmeister, um das dortige Hofzeremoniell zu modernisieren. Mohl widmet dem „Deutschen Einfluß in Japan“ unter eben diesem Titel ein eigenes Kapitel. Die Situation im Jahre 1887, als die Zahl der Deutschen in Tokyo am größten war, beschreibt er so:

„Bei der Entdeckung von Deutschland ... seitens der Japaner spielten ohne Zweifel die Nachkommen des ... Forschers Ph. F. von Siebold, die Freiherren Alexander und Henry von Siebold, eine einflussreiche Rolle, da sie als die vollkommensten Kenner der japanischen Sprache und Verhältnisse überhaupt die geborenen Vermittler zwischen japanischen und europäischen Anschauungen in ihren verschiedenen Stellungen in Tokyo sein mussten. Alexander von Siebold gehörte dem Ministerium des Äussern als Legationsrat an ... der jüngere Bruder Henry v. Siebold war k. und k. österreichisch-ungarischer Legationssekretär und intermistischer Geschäftsträger in Japan. Die japanische Regierung begann nunmehr, deutsche Gelehrte, Beamte und Offiziere als geeignetere Lehrmeister anzusehen, als die amerikanischen, englischen und französischen Berater. Sie wandten sich daher an ihren Gesandten Aoki in Berlin oder an den deutschen Gesandten in Tokyo, um für viele Zweige des öffentlichen Lebens geeignete Kräfte zu gewinnen. Zu unserer Zeit waren die Universität, die Ministerien, der Generalstab vielfach mit deutschen Kräften besetzt und, um nur einige zu nennen, wirkten damals als Juristen und Nationalökonomien die Deutschen Alexander von Siebold, Mosse, Mayet, von Jasmund ... in den Ministerien ... die Dozenten Rathgen, Michaelis, die beiden Delbrücks, Hausknecht, Weiprecht, Eggert an der Universität; Dr. Grassmann war im Forstfach tätig, Polizeirat Höhn reorganisierte die Polizei, während der geniale Major Meckel ... den Grund zu jener Heeresorganisation legte, deren Erfolge im chinesisch-japanischen Kriege Staunen bei allen hervorriefen ...

1 BERT BECKER (Hrsg.), Georg Michaelis. Ein preußischer Jurist im Japan der Meiji-Zeit (München 2001) 109-112. Zu Michaelis siehe Kurzbiographie (*Anhang 9*).

Der französische Einfluß in der Armee, welcher seit den Tagen der Verbindung des Schogunates mit Napoleon III. in Japan feste Wurzeln gefasst hatte, ging stetig zurück; die Gesetzgebung, bisher besonders durch den Kodifikator Boissonade ganz in französischem Sinne und nach dem Muster des Code Napoleon beeinflusst, wurde germanischen Rechtsanschauungen zugänglich; die Konstitutionen von Professor Hermann Roessler (sic!), hauptsächlich nach dem Muster der bayerischen Verfassung entworfen, war(en) wesentlich nach deutschem Vorbilde geplant“.²

Mohl nennt 1887 also im Wesentlichen wieder die gleichen deutschen Namen wie Michaelis, darunter viele Juristen. Damit stellen sich zunächst folgende Fragen: Wie kam es dazu, dass zwischen 1885 und 1887 so viele deutsche Juristen in Tokyo für die japanische Regierung tätig waren und zu welchem Zweck? Wer hatte sie aufgrund welcher Kriterien ausgewählt?

II. JAPAN ZU BEGINN DER MEIJI-ZEIT (1867-1912) – URSACHEN DES RECHTSTRANSFERS

1. Die „Ungleichen Verträge“

1858 war Japan von den USA, Russland, den Niederlanden, Großbritannien und Frankreich zum Abschluss der sog. „Ungleichen Verträge“ gezwungen worden. Gemäß diesen Verträgen, die für Japan außerordentlich ungünstig waren, musste Japan bestimmte Häfen öffnen und den Staatsangehörigen der fünf Mächte bestimmte Gebiete zur Nutzung überlassen. Ferner verlor Japan teilweise seine Zollhoheit, da es nur 5 % Zoll erheben durfte. Außerdem musste es den Staatsangehörigen der fünf Mächte Exterritorialität, insbesondere eine Exemption von der japanischen Gerichtsbarkeit garantieren. Mit anderen Worten: Die Ausländer in Japan waren von der japanischen Gerichtsbarkeit ausgenommen; gegen sie konnte nur vor Konsulargerichten nach dem Recht ihres jeweiligen Heimatstaates gerichtlich vorgegangen werden. Diese Vertragsbestimmungen empfanden die Japaner als sehr beschämend, und sie betrachteten sie als einen teilweisen Verlust ihrer Souveränität.³ Außerdem schürten die „Ungleichen Verträge“ bei den Japanern die Angst, eine Kolonie zu werden.⁴

2 OTTMAR VON MOHL, *Am Japanischen Hofe* (Berlin 1904) 10-12.

3 Siehe auch GEORG MICHAELIS, *Für Staat und Volk* (Berlin 1922) 100.

4 HIROYUKI KATO (1836-1916) einer der berühmtesten Germanisten der Meiji-Zeit drückt diese Befürchtung in seinem Buch *„Der Kampf um's Recht des Stärkeren und seine Entwicklung“* (Tokyo 1893) 180, 184, klar aus: „Die Eroberung und Kolonisation unkultivierter Länder sind der einzige Zweck der europäischen Kulturvölker... Solchen untergeordneten Völkern gegenüber schonen die europäischen Kulturvölker weder Leben noch Eigentum, Ehre, Recht oder Unabhängigkeit; im Gegenteil ... die europäischen christlichen und zivilisierten Völker könnte man wahrlich als die allergrausamsten und allerschlauesten Raubthiere bezeichnen ... Das allergrausamste und allerschlaueste Raubthier ist das vernünftig-sittliche Wesen, das sog. Ebenbild Gottes!“

Die Meiji-Regierung hatte daher das Ziel, die „Ungleichen Verträge“ so bald wie möglich zu revidieren bzw. ihre Aufhebung zu erreichen. Verhandlungen über eine Vertragsrevision waren ab 1872 möglich und gehörten zur Zuständigkeit des Außenministeriums; dort gab es eine spezielle Abteilung, die sog. „Vertragsabteilung“ (= *Jōyaku Kyoku*), die nur für die „Ungleichen Verträge“ zuständig war.⁵ Voraussetzung für das Erreichen dieses Ziels war der Aufbau eines westlichen Rechtssystems und einer entsprechenden Gerichtsbarkeit, der Erlass einer Verfassung und die Schaffung eines Parlaments. Denn die ausländischen Vertragsmächte hatten klar gemacht, dass sie einer Revision nur zustimmen würden, wenn Japan über eine für sie akzeptable Gerichtsbarkeit, insbesondere eine Zivilgerichtsbarkeit mit mehreren Instanzen, verfügen würde. Zur damaligen Zeit war das japanische Rechtsverständnis so grundlegend verschieden vom westlichen – es kannte z.B. Begriffe wie „Anspruch“ nicht –, dass der Aufbau eines westlichen Rechtssystems eine gewaltige Aufgabe und Umstellung für das Land bedeutete.

2. Die Entscheidung zum Rechtstransfer

Um die politische, juristische, wirtschaftliche und technische Modernisierung erreichen zu können, musste die Meiji-Regierung verschiedene Grundsatzentscheidungen treffen. So musste sie entscheiden, ob sie bloß das juristische, technische und wirtschaftliche Know-how des Westens einführen wollte oder auch dessen politische und philosophische Ideen. Nachdem die Meiji-Regierung um 1874 verschiedene politische Auseinandersetzungen mit der bürgerliche Freiheiten und Menschenrechte fordernden Bürgerrechtsbewegung, der sog. *Jiyū Minken Undō*, geführt und die politische Gefahr des Liberalismus für ihren eigenen Fortbestand erkannt hatte, entschloss sie sich zur Beibehaltung traditioneller japanischer Werte bei gleichzeitiger teilweiser Einführung westlicher Industrie- und Wissenschaftsmethoden.

Ferner musste die Meiji-Regierung in diesem Zusammenhang entscheiden, ob sie westliches Recht sie rezipieren wollte und, wenn ja, welches und ob die Rezeption *in complexu* oder nur in Teilen unverändert oder in veränderter Form etc. durchgeführt werden sollte. Nun gibt es in Japan seit seiner Frühzeit eine Tradition der Rezeption. So hat Japan z.B. im 7. Jh. chinesische Gesetze übernommen (Taika-Reform) oder auch viele kulturelle Fertigkeiten aus Korea.⁶ Man kann im Gegenteil sagen, dass der Begriff „Rezeption“ in Japan eine positive Konnotation besitzt; denn „Rezeption“ verstanden als

5 Ein guten Überblick über die Revisionsverhandlungen gibt ALEXANDER VON SIEBOLD in seinen „Persönlichen Erinnerungen an den Fürsten Ito Hirobumi“, Deutsche Revue, 35. Jg., Bd. 2 (1910) 226 f., teilweise abgedruckt in: Yorinde Ebert (Hrsg.), Alexander v. Siebold, Ausstellungskatalog der Ausstellung vom 6. Okt. – 24. Nov. 1996 im Siebold Museum (Würzburg 1996) 8 ff.

6 HISAO KURIKI, Der Verfassungsstaat in der japanischen Tradition, in: ders., Beiträge zur Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft (Tokyo 2009) 279 (280).

die Aufnahme fremden Rechts in die staatliche Ordnung des aufnehmenden Hohheitsverbandes erlaubt es dem Rezipierenden, ein erprobtes Recht in relativ kurzer Zeit in seine staatliche Ordnung zu implementieren und so Zeit und Geld zu sparen.

Nun möchte man fast sagen, dass sich die Meiji-Regierung beinahe wie ein „normaler Verbraucher“ verhalten hat, als sie 1871 die Iwakura-Mission in die westlichen Länder aussandte. Denn der Zweck dieser Mission bestand darin, die politische, juristische und wirtschaftliche Situation dieser Länder zu erkunden und zu prüfen, inwieweit sich das eine oder andere System bzw. die ein oder andere Institution als Vorbild zur Rezeption durch Japan eignen würde. Mit anderen Worten: Die Meiji-Regierung nahm das globale Angebot an Rechtsordnungen *in concreto* in Augenschein, und die von der Iwakura-Mission besuchten westlichen Länder traten damals durchaus in einen Wettbewerb, da auch ihnen klar war, dass Übereinstimmungen in den Rechtsordnungen verschiedener Staaten deren bilaterale Beziehungen und Handel erleichtern.⁷

3. Die „Entdeckung“ des deutschen Rechts

Als die Mission gegen Ende ihrer Reise auch das Deutsche Reich besuchte, traf sie am 15. März 1873 mit Bismarck zusammen, der den Mitgliedern sehr plausibel darlegte, wie vergleichbar die politischen und wirtschaftlichen Verhältnisse Japans und des Deutschen Reiches seien.⁸ Wörtlich sagte er seinen japanischen Gästen:

„Ich kann Ihre Situation sehr gut nachempfinden, da ich selbst in einem kleinen Land geboren (wurde) ... aber gerade seine [Japans] Ähnlichkeit mit Deutschland, das so nachhaltiges Gewicht auf den Erhalt von rechtmäßigen Interessen und Selbstständigkeit legt, mag als Fingerzeig verstanden werden, zwischen unseren beiden Staaten besonders freundschaftliche Beziehungen zu pflegen.“⁹

Diese Worte sowie die Tatsache, dass das Deutsche Kaiserreich ähnlich wie Japan aus der Vereinigung vieler Fürstentümer hervorgegangen war, erschienen den Japanern sehr einleuchtend.¹⁰

Nach der Rückkehr der Iwakura-Mission nahm das Interesse der Meiji-Regierung an Deutschland zu. Der seit 1870 in ihrem Dienst stehende Alexander von Siebold (er war der einzige Deutsche, der auf unbestimmte Dauer fest angestellt war), hatte die Iwakura-Mission als Dolmetscher z.T. begleitet. Nachdem Siebold im Jahre 1874 nach Japan zurückgekehrt und im Jahre 1875 ins japanische Finanzministerium berufen worden war,

7 PAUL-CHRISTIAN SCHENCK, *Der deutsche Anteil an der Gestaltung des modernen japanischen Rechts- und Verfassungswesens* (Stuttgart 1997) 143, 163.

8 Vgl. PETER PANTZER (Hrsg.), *Die Iwakura-Mission* (München 2002) 80; siehe ferner VON MOHL (Fn. 2) 9 f.

9 Zitat nach PANTZER (Fn. 8) 80.

10 Vgl. auch VON MOHL (Fn. 2) 9 f., sowie die Ausführungen von *Nobushige Hozumi*, wiedergegeben in: ANNA BARTELS-ISHIKAWA (Hrsg.), *Hermann Roesler* (Berlin 2007) 66.

begann er, an der Reorganisation des japanischen Steuerwesens mitzuwirken, indem er z.B. auf bayerische Gesetze als Muster für seine Vorlagen zurückgriff.¹¹

Im Jahre 1875 machte die Meiji-Regierung ihre Entscheidung über die zukünftige Verfassung öffentlich: Die Regierung versprach in einem Edikt, die Einführung einer konstitutionellen Monarchie. Ab 1876 machte sich der deutsche Einfluss auch im Außenministerium bemerkbar. So beantragte im Oktober 1876 der Sekretär des Außenministeriums, *Murenori Terajima*, beim Großkanzler *Sanetomi Sanjo*, den bis zu jener Zeit für das Ministerium tätigen amerikanischen juristischen Berater durch einen deutschen ersetzen zu dürfen. Er bat Sanjo „... den Gesandten unserer Regierung in Deutschland Aoki ...“ anzuweisen, einen entsprechenden Gelehrten auszuwählen.¹² Die Wahl Aokis fiel – wie bekannt – auf Hermann Roesler, der 1878 als erster deutscher Jurist in japanische Dienste trat.¹³ Mit *Shuzo Aoki* kommt einer der wichtigsten Freunde Deutschlands ins Spiel.¹⁴ Zusammen mit seinen germanophilen Freunden aus Politik und Wissenschaft wie z.B. *Hiroyuki Kato*, *Taro Katsura*, Prinz *Kitashirakawa*, *Amane Nishi*, *Hirobumi Ito* und *Yachiro Shinagawa* hat er mehr als eine Dekade die Rezeption deutscher Vorbilder und Strukturen aus allen Bereichen des alltäglichen wie des staatlichen Lebens gefördert. Diese Bevorzugung deutscher Vorbilder und deutscher Ratgeber u.a. zur Umsetzung juristischer Strukturen in Japan begann mit Roesler und endete spätestens 1918 mit dem Ende des Ersten Weltkrieges, als der letzte deutsche Inhaber des Lehrstuhles für deutsches Recht an der Universität Tokyo, Theodor Sternberg, entlassen wurde.¹⁵

Nachdem sich die Meiji-Regierung – wie erwähnt – auf eine Verfassung mit einer konstitutionellen Monarchie festgelegt hatte, kam eine Verfassung nach damaligem englischem Vorbild mit dem Kaiser als einem Organ der Exekutive nicht in Betracht. Grundlage für den Entwurf der konstitutionellen Verfassung waren die sog. „Grund-

11 Siehe zu Alexander von Siebold den sehr aufschlussreichen Katalog der Ausstellung über Siebold in Würzburg vom 6. Okt. – 24. Nov. 1996 im Siebold Museum (Fn. 5).

12 MURENORI TERAJIMA, Antrag des japanischen Außenministeriums vom 27. Okt. 1876, wiedergegeben in: YASUZO SUZUKI, Hermann Roesler, in: *Monumenta Nipponica*, Tokyo 1941, Vol. IV, No. 1, 71.

13 Alexander von Siebold hatte kein abgeschlossenes juristisches Studium; er hatte seine Karriere als Dolmetscher begonnen und in späteren Jahren juristische Vorlesungen an der Universität Berlin besucht.

14 Aokis Beitrag zur Förderung der deutsch-japanischen Beziehungen kann gar nicht überschätzt werden. Er hat nicht nur über zwei Jahrzehnte mit Unterbrechungen als Gesandter Japans in Deutschland gewirkt, sondern er beherrschte die deutsche Sprache fehlerfrei, wie sich aus Briefen, die im Familienarchiv der Familie von Salm-Reifferscheidt aufbewahrt werden, ergibt. Aoki setzte sich auch weit über das übliche Maß für die Deutschen ein, als er z.B. mithalf, die deutsche Protestantische Kirche in Tokyo zu gründen, wie von Michaelis beschrieben. Vgl. BECKER (Fn. 1) 167 f., 146; vgl. auch VON MOHL (Fn. 2) 10. Siehe ferner die Kurzbiographien zu Aoki und anderen japanischen Politikern (*Anhang 5*).

15 Aoki hatte bereits 1876 Paul Mayet nach Japan geholt. Mayet war aber nicht Jurist, sondern hatte ohne Universitätsabschluss Nationalökonomie studiert. Zu Theodor Sternberg die Kurzbiographie (*Anhang 10*).

prinzipien“, die Iwakura in den Jahren von 1879 bis 1881 dem Tenno vorgelegt hatte. Diese beruhten auf Gutachten, die *Kowashi Inoue* zusammen mit Roesler für Hirobumi Ito erstellt hatte und die in vielen Punkten der preußischen Verfassung ähnelten.¹⁶ Im Jahre 1881 versprach die Regierung in einem kaiserlichen Erlass die Errichtung eines Parlaments bis zum Jahre 1890. Diesem Versprechen gemäß oktroyierte die Meiji-Regierung 1889 die erste Verfassung nach westlichem Vorbild, in der aber auch – wie bekannt – die Kokutai-Lehre in Artikel 1 der Verfassung normiert wurde.¹⁷

Nach seiner Teilnahme an der Iwakura-Mission als Vize-Industrieminister stand der ebenfalls Deutschland zugeneigte Ito dem sog. Amt für das Rechtswesen (*Hōsei Kyoku*) vor, einer für den Aufbau der neuen Rechtsordnung besonders wichtigen Position.¹⁸ Am 3. März 1882 erhielt er dann vom Tenno den Auftrag, die konstitutionelle Verfassung zu entwerfen. Um seine diesbezüglichen Kenntnisse zu vertiefen, entschied sich Ito, als Mitglied einer Delegation 1882/83 nach Europa zu reisen und seine Kenntnisse vor allem auf dem Gebiet der preußischen und bayerischen Verfassung zu vervollkommen.¹⁹

Am 16. Mai 1882 kam Ito mit einigen Mitgliedern seiner Delegation in Berlin an (die übrigen waren in Paris geblieben) und traf dort auf *Shuzo Aoki* und Alexander von Siebold. Aoki und Siebold übersetzten ihm u.a. die Vorlesungen von Rudolf von Gneist zum preußischen Verfassungsrecht.²⁰ Ferner lernte Ito dort Albert Mosse – einen Schüler Gneists – kennen, der anstelle von Gneist zahlreiche Vorlesungen zum preußischen Verfassungs- und Verwaltungsrecht hielt.²¹ 1885 ließ Ito Mosse als Regierungsberater rekrutieren, der dann ab 1886 in Tokyo u.a. „... Gesetzesentwürfe zum Aufbau der japanischen lokalen Selbstverwaltung nach preußischem Muster ...“ ausgearbeitet hat.²²

Diese Entwicklung, d.h. die Hinwendung zum deutschen Recht, vollzog sich also ab ca. 1876. Ito selbst war eine der treibenden Kräfte. So schrieb er am 11. August 1882 an Iwakura, nachdem er Vorlesungen bei Gneist und Stein gehört hatte, dass das deutsche

16 Vgl. zum Thema SCHENCK (Fn. 7) 131-135; zu beachten vor allem ist Fn. 147, zu Roesler s. ferner Fn. 139, 141.

17 Vgl. auch SCHENCK (Fn. 7) 131 f.; zur Parlamentsöffnung siehe MICHAELIS, Brief vom 25. Jan. 1883, in: Becker (Fn. 1) 526. Unter der Kokutai-Lehre versteht man die Vorstellung, dass die japanischen Kaiser von göttlichen Ahnen abstammen und in ununterbrochender Dynastie für ewige Zeiten den Weisungen ihrer göttlichen Ahnen folgend Japan regieren. Näheres bei JOHANNES SIEMES, Die Gründung des modernen japanischen Staates und das deutsche Staatsrecht (Berlin 1975) 79 ff.

18 Bzgl. der Gründe für die Bevorzugung des preußischen Verfassungsrechtes vor dem englischen äußerte sich Ito 1886 in dem Sinn, dass die deutschen und preußischen Verhältnisse den japanischen ähnlicher seien als die englischen, vgl. auch SCHENCK (Fn. 7) 144, Fn. 11.

19 Siehe dazu VON SIEBOLD, Persönliche Erinnerungen an den Fürsten Ito, in: Ebert (Fn. 5) 8 f., sowie SCHENCK (Fn. 7) 143 ff.

20 SCHENCK (Fn. 7) 150.

21 Vgl. SCHENCK (Fn. 7) 153 mit Fn. 52, 55.

22 SCHENCK (Fn. 7) 150. Seine Tätigkeit beschreibt Mosse in seinen Briefen an seine Familie, s. ALBERT UND LINA MOSSE, Fast wie mein eigen Vaterland, hrsg. von Shiro Ishii u.a. (München 1995).

Recht für Japan besser als Vorbild geeignet sei als das englische Recht.²³ Diese Bevorzugung des deutschen Verfassungsrechts ist nicht nur der Grund für die Berufung der deutschen Juristen, sondern auch für die Rezeption vieler deutscher Gesetze. Letztlich bedingte das eine das andere.

III. FORMEN DES RECHTSTRANSFERS

Definiert man den Begriff „Rechtstransfer“, so leitet sich seine wörtliche Bedeutung vom Lateinischen *transfere*, *transfere* her. Damit ist „übertragen, abschreiben, übersetzen oder anwenden“ gemeint. In unserem Zusammenhang ist darunter die bewusste, selektive Vermittlung und gegebenenfalls Übernahme von deutschem Recht oder Rechtsdenken zu verstehen, ohne dass das deutsche Vorbild in Japan zwingend in die geschriebene Rechtsordnung implementiert werden musste oder implementiert wurde. Formen von Rechtstransfer sind z.B. die Übernahme von Rechtsanwendungsmethoden wie etwa der Begriffsjurisprudenz oder von Interpretationsmethoden. Ferner gehört hierher die Übernahme des Arbeitsstils von Justizbeamten, also z.B. die Art der Aktenführung in Verwaltungssachen oder bei Gericht. Insofern kann der Begriff „Rechtstransfer“ als der Oberbegriff im Sinne von Rechtsvermittlung bzw. Rechtsanwendungsvermittlung verstanden werden, während „Rezeption“ – wie bereits erwähnt – als die Aufnahme fremden Rechts in die staatliche Ordnung des aufnehmenden Hoheitsverbandes verstanden wird. Bei der Rezeption kann das fremde Recht vom rezipierenden Staat *in complexu* oder nur in Teilen, in veränderter oder unveränderter Form aufgenommen werden.

Wenn man den Begriff „Rechtstransfer“ so abgrenzt, kann man zwischen Deutschland und Japan ab ca. 1880 drei Hauptarten des Rechtstransfers unterscheiden:

Der Staat, der sich zum Transfer fremden Rechts entschließt, kann

- seine eigenen Gelehrten, Politiker, Fachleute oder andere Personen in die entsprechenden Staaten entsenden (nachfolgend 1.); oder
- er kann aus den entsprechenden Staaten Gelehrte, Fachleute oder andere als Berater oder Dozenten zu sich einladen und beschäftigen (unten 2.); oder
- der Staat kann entsprechende Materialien wie Bücher, Gesetzeswerke, Kommentare etc. kaufen und diese zum Studium oder zur Ausbildung für seine zukünftigen Fachleute benutzen (unten 3.).

Japan hat alle diese Wege in der Meiji-Zeit beschritten.^{23a}

23 SCHENCK (Fn. 7) 161 f. und 144, Fn. 11; s. ferner THEODOR VON HOLLEBEN, Bericht an Bismarck vom 14.4.1886, wiedergegeben in: Schwalbe/Seemann (Hrsg.), Deutsche Botschafter in Japan, 1860-1973 (Tokyo 1974) 42 ff.; darüber hinaus haben wohl auch Aokis günstige Berichte über Deutschland die japanische Regierung pro-deutsch gestimmt, s. SCHENCK (Fn. 7) 143, ebenso HOLLEBEN (diese Fn.) 42.

23a Siehe auch „Formen deutschen Rechtstransfers nach Japan in der Meiji-Zeit“ (Anhang 3).

1. *Entsendung eigener Fachleute*

Ein Beispiel für die erste Methode ist die bereits genannte Iwakura-Mission, die nicht nur durch die westlichen Staaten reiste, sondern auf dieser Reise auch – gleich einem Raumschiff, das kleine Sonden zur Erkundung aussetzt, – Studenten an verschiedenen Universitäten zum Studium zurückließ, wie z.B. *Kentaro Kaneko* an der Harvard-Universität in den USA; nachdem er nach Japan zurückgekehrt war, nahm Kaneko als Ito's Sekretär an den Arbeiten zum Entwurf der Meiji-Verfassung teil.²⁴ Ein weiteres Beispiel ist die eben geschilderte Studienreise Ito's in den Jahren 1882/3; es war schon ein ungewöhnlicher Vorgang, dass ein wohlbestallter Minister²⁵ wie Ito im Alter von 41 Jahren noch einmal Vorlesungen besuchte, zumal sich seine Regierung Kenntnisse über fremde Rechtssysteme und deren Verfassungswirklichkeit auch anders hätte beschaffen können. Aber diese Reise bot einen Vorteil, der auch dem damaligen kaiserlichen Gesandten in Tokyo, Karl von Eisendecker,²⁶ auffiel, der nach Berlin berichtete, dass Ito „... zum Zweck des Studiums der deutschen parlamentarischen Einrichtungen und des deutschen Schulwesens nach Berlin“ gereist sei, und er fährt fort:

„... Unzweifelhaft könnte sich die hiesige Regierung die betreffenden Informationen einfacher und billiger entweder durch Herrn Aoki oder durch meine Vermittlung verschaffen, man glaubt indessen, dass die ... Herren durch persönliche Beobachtungen und Studien an Ort und Stelle ihrem Vaterlande in der Folge besonders nützlich sein werden“.²⁷

Als drittes Beispiel für die erste Form von Rechtstransfer sei *Nobushige Hozumi* genannt. Er ging um die gleiche Zeit, d.h. etwa in den Jahren 1880/81, zum Studium zuerst nach England und dann nach Berlin. 1881 kehrte er nach Tokyo zurück und befürwortete ebenfalls die Übernahme deutschen Rechts, wenn auch nur selektiv und in angepasster Form. Er arbeitete z.B. eng mit dem Germanisten *Hiroyuki Kato* zusammen, der mehrfach Präsident der Universität Tokyo war und den Vorsitz im Verein der deutschen Wissenschaften inne hatte. Später (1893) war er im Revisionsausschuss zur Revision des japanischen Zivilgesetzbuches eine der treibenden Kräfte, die eine teilweise Anlehnung an den deutschen ersten Entwurf des BGB befürworteten, weil er den französischen Code Civil für veraltet hielt. Die deutsche Rechtswissenschaft erschien ihm hingegen fortschrittlich und ihre Strukturen für die Zukunft Japans geeignet.²⁸ Damit ist er ein be-

24 Siehe hierzu BARTELS-ISHIKAWA (Fn.10) 69 f. mit Fn. 350.

25 Ito bekleidete damals die Position eines „Sangi“, die ungefähr der eines Ministers entspricht.

26 Karl von Eisendecker war von 1875 bis 1882 in Tokyo, zuerst als Ministerresident und von 1880 bis 1882 als Gesandter des Deutschen Kaiserreiches. Siehe zu ihm auch den schönen Band von PETER PANTZER / SVEN SAALER: *Japanische Impressionen eines kaiserlichen Gesandten* (München 2007).

27 Bericht von EISENDECKER an das Auswärtige Amt Bismarcks vom 17. Jan. 1882, wiedergegeben bei SCHENCK (Fn. 7) 143.

28 *Nobushige Hozumi* (1855-1926) studierte Jura in England und Deutschland. In Japan war er einer der stärksten Verfechter der, wenn auch „angepaßten“ Rezeption deutschen Rechts.

sonders deutliches Beispiel für die erste Form von Rechtstransfer, hier in der Unterform der Rezeption.

2. *Beschäftigung ausländischer Fachleute*

Von der zweiten Hauptart des Rechtstransfers, d.h. der Beschäftigung ausländischer Berater und Dozenten, hat die japanische Regierung weidlich Gebrauch gemacht. Zwischen 1878 und 1918 stellte sie siebzehn bekannte deutsche Juristen an.^{28a} Während sie Roesler 1878 noch direkt durch ihren Gesandten Aoki hatte suchen und anstellen lassen, bat Ito Bismarck bei einem Treffen Ende Januar 1883 „... um die Vermittlung personeller Aufbauhilfe“.²⁹ Der Gesandte Aoki wandte sich sodann im März 1883 – d.h. vor Ito's Heimreise – direkt an Bismarck mit der Bitte:

„... eine Anzahl von höheren preußischen Verwaltungsbeamten zeitweise in ihre Dienste nehmen zu können, welche dazu berufen wären, in erster Linie die kaiserliche Regierung mit den Maximen und Einrichtungen der königlichen Staatsverwaltung bekannt zu machen und dann aber den Staatsrath im Allgemeinen und die Chefs der betreffenden Ministerien ins Besondere mit den nothwendigen Rathschlägen zu unterstützen“.³⁰

Damit begann die planmäßige Rekrutierung preußischer Beamter wie z.B. die von Mosse oder Michaelis, die von Bismarck wohlwollend unterstützt wurde.³¹

a) *Auswahl*

Bei ihrer Auswahl schaute die japanische Regierung durchaus auf die Qualifikation ihrer zukünftigen Berater. Roesler war durch seine Schriften ein bekannter Professor. Er kündigte seine Professur, nachdem er den Vertrag mit der japanischen Regierung geschlossen hatte.³² Mosse war Ito durch seine Vorlesungen bekannt, und Aoki kannte Michaelis persönlich, da sie in Berlin den gleichen Sonntagsgottesdienst besuchten. Aoki stellte an Michaelis die Bedingung, dass er seine Promotion bei Rudolf von Ihering zu beenden habe, bevor der Anstellungsvertrag wirksam werden könne.³³ Darüber hinaus darf man auch sicher sein, dass Bismarck selbst auf den Ruf der nach Japan entsandten Berater bedacht war.

Näheres zu ihm BARTELS-ISHIKAWA (Fn. 10) 64-66 mit Fn. 332. Siehe ferner MICHAEL STOLLEIS (Hrsg.), *Juristen. Ein biographisches Lexikon* (München 1995) 294 f.

28a Siehe auch die Übersicht „Bekanntete deutsche Juristen in japanischen Regierungsdiensten in der Meiji-Zeit“ (*Anhang I*).

29 SCHENCK (Fn. 7) 163.

30 BUNDESARCHIV / ABTEILUNG POTSDAM (= BA-Potsdam) 29744: Aoki – AA vom 13. März 1883, zitiert nach SCHENCK (Fn. 7) 163.

31 Vgl. SCHENCK (Fn. 7) 163.

32 Vgl. zu diesem Vorgang A. BARTELS-ISHIKAWA (Fn.10) 50.

33 Vgl. BECKER (Fn. 1) 25 f. und 69 zum Verdienst von Michaelis.

b) *Japanische Beschäftigungspolitik*

Statistisch betrachtet stieg die Zahl der deutschen Berater in Japan noch im Jahr 1883 von zwei auf vier an, da Japan in diesem Jahr außerdem Karl Rudolph und Hermann Techow verpflichtete. In den Jahren 1886/87, als die Vorbereitungen für den Verfassungsentwurf und den Erlass weiterer Gesetze auf Hochtouren liefen, erreichte die Zahl der deutschen Rechtsberater mit zehn zur gleichen Zeit in Tokyo beschäftigten Juristen ihren höchsten Stand, um nach dem Oktroy der Verfassung wieder bis auf einen zu sinken.^{33a}

Da es den Rahmen dieses Beitrages sprengen würde, auf jeden der 17 deutschen Juristen, die in der Zeit zwischen 1878 und 1918 in Tokyo waren, im Einzelnen einzugehen, sei auf die entsprechende Übersicht im Anhang verwiesen.^{33b} Dort sind die wesentlichen Daten zu diesen Juristen tabellarisch festgehalten, die sich nach ihrer Tätigkeit in Regierungsberater und Dozenten einteilen lassen.^{33c}

aa) *Berater*

Die Regierungsberater hatten u.a. Gesetzesentwürfe zu verfassen, wie etwa Roesler das Handelsgesetz, Techow die Zivilprozessordnung, Rudolph die Gerichtsverfassung, oder sie hatten Gutachten zu erstatten, wie etwa Roesler zu Fragen der Verfassung oder Mosse zur Verfassung und zur Selbstverwaltung. Ihre Gesetzesentwürfe und Gutachten beeinflussten die japanische Regierung und führten zur selektiven Rezeption deutscher Normenvorbilder, wenn auch in veränderter Form.^{33d} Dass sich die Japaner stets die letzte Entscheidung vorbehalten, ist selbstverständlich. Die deutschen Berater hatten nur ihren Rat zu geben, konnten aber nichts entscheiden. Das betonen sowohl Roesler als auch Michaelis in ihren Briefen. Roesler schrieb z.B. „... ich thue einfach meine Arbeiten und gebe meinen Rath.“³⁴ Und Michaelis schrieb seiner Mutter im Jahre 1889: „Auch die fremden Rathgeber, uns Juristen, hat man immer nur um Gutachten in einzelnen Punkten ersucht, nie direct zur Mitarbeit aufgefordert.“³⁵ So trat der ZPO-Entwurf von Techow – von japanischer Seite etwas verändert – 1890 in Kraft ebenso wie das von Rudorff entworfene Gerichtsverfassungsgesetz. Die Gesetze zur Selbstverwaltung, die Mosse entworfen hatte, traten am 1. April 1891 in Kraft, genauso wie die von Roesler konzipierten Bank- und Börsengesetze (1887-1890).³⁶ Michaelis hat die Zeit vor Erlass der Verfassung, also zwischen 1887 und 1889, in der die Gesetzgebungstätigkeit beson-

33a Siehe „Bekannte deutsche Juristen in japanischen Regierungsdiensten in der Meiji-Zeit“ (*Anhang 1*).

33b Siehe „Statistischer Überblick über deutsche Juristen in japanischen Regierungsdiensten von 1878–1918“ (*Anhang 2*).

33c Siehe dazu auch die Übersicht „Formen deutschen Rechtstransfers“ (*Anhang 3*).

33d Siehe dazu die Übersicht „Selektive Rezeption deutschen Rechts“ (*Anhang 4*).

34 ROESLER, Brief vom 23. März 1888, wiedergegeben in: Bartels-Ishikawa (Fn. 10) 120.

35 MICHAELIS, Brief vom 15. Febr. 1889, wiedergegeben in: Becker (Fn. 1) 532.

36 Siehe zu letzteren BARTELS-ISHIKAWA (Fn. 10) 60.

ders rege war, wie folgt kommentiert: „Man bereitet Alles mit Macht auf die Einführung der Verfassung vor und Gesetze werden gemacht wie beim Bäcker die Semmeln“. ³⁷ Oft hat die Meiji-Regierung auch mehrere Berater gleichzeitig um Gutachten zum gleichen Thema gebeten, was nicht nur zu einer Konkurrenzsituation zwischen ihnen führte, sondern auch zu „bösem Blut“, insbesondere in dem Verhältnis zwischen Roesler und Mosse. ³⁸ Fairerweise sei aber an dieser Stelle betont, dass das Verhalten der japanischen Regierung – nämlich mehrere Gutachten zum gleichen Thema in Auftrag zu geben – nicht nur üblich, sondern sehr sinnvoll war, weil der Auftraggeber nur so einen umfassenden Überblick zu einer juristischen Frage erhalten kann.

bb) Dozenten und Professoren

Waren die genannten 17 Juristen nicht als Berater tätig, so arbeiteten sie entweder als Dozenten an der *Doitsu Gaku Kyokai Gakko*, kurz Deutsche Vereinsschule genannt, oder als Professoren an der Universität Tokyo. Zu den Dozenten an der Deutschen Vereinsschule zählten z.B. die Cousins Ernst und Felix Delbrück, Michaelis, Mosthaf, und Nippold. Lönholm, Rathgen, Sternberg und Weipert lehrten als Professoren an der Universität Tokyo. Lönholm unterrichtete ferner an der Vereinsschule. Gelegentlich haben die Dozenten auch für die Regierung Gutachten erstattet ³⁹ bzw. wie z.B. Roesler als Regierungsberater an der Vereinsschule mitgearbeitet. ⁴⁰

Am bekanntesten unter den Dozenten ist selbstverständlich der spätere Reichskanzler Georg Michaelis. Da seine Briefe, die er aus Tokyo nach Deutschland schrieb, sowie seine Tagebuchaufzeichnungen und seine Autobiographie als Quellen vorliegen, wird unten (siehe V.) anhand dieser Dokumente die Tätigkeit der Dozenten stellvertretend an seinem Beispiel näher vorgestellt.

Die Hauptaufgabe der Dozenten und auch der Professoren war es, die späteren Beamten und anderen Rechtsanwender so in der Jurisprudenz auszubilden, dass sie in der Lage waren, mit den neuen westlichen Gesetzen umzugehen und sie anzuwenden. Neben dem Ziel zukünftige Beamten auszubilden, wollte man ferner mit der Schulgründung im April 1883 ⁴¹ diese Beamten so pro-deutsch erziehen, dass sie später selbst zur Stärkung des deutschen Einflusses beitragen würden.

Dies bestätigt Michaelis. Nach seiner Meinung bezweckte man mit der Errichtung der Vereinsschule nicht nur eine Stärkung des deutschen Einflusses in Japan gegenüber dem englischen und amerikanischen Einfluss, sondern auch die Schaffung eines „deutschen Hochschulinstituts“. ⁴² Denn das eigentliche Ziel der Schulgründung sei, wie

37 MICHAELIS, Brief vom 28. Mai 1888, wiedergegeben in: Becker (Fn. 1) 457.

38 BARTELS-ISHIKAWA (Fn. 10) 72, 55 f. mit Fn. 271, 139.

39 MICHAELIS, Brief vom 15. Febr. 1889 wiedergegeben in: Becker (Fn. 1) 532.

40 YAJIRO SHINAGAWA, Brief vom 25. Jan. 1895 wiedergegeben in: Bartels-Ishikawa (Fn. 10) 123.

41 Zur Schulgründung siehe SCHENCK (Fn. 7) 137 ff., sowie BECKER (Fn. 1) 30 f.

42 GEORG MICHAELIS (Fn. 3) 100.

Michaelis seiner Mutter schrieb, die Einrichtung „einer eigenen deutschen Rechtsfakultät nach dem Muster unserer Doitsu Gaku Kyokai Gakko“ an der Universität Tokyo.⁴³ Dieses Ziel wurde schrittweise erreicht, als an der Universität Tokyo 1882 zuerst der Lehrstuhl für deutsche Rechts- und Staatswissenschaften eingerichtet wurde. Allerdings musste der erste Lehrstuhlinhaber, Karl Rathgen, seine Vorlesungen noch auf Englisch halten.⁴⁴ Ab 1886 wurde der Lehrstuhl für römisches und deutsches Privatrecht eingerichtet, den Heinrich Weipert innehatte. Ab 1887 wurde ein juristischer Kurs auf Deutsch geschaffen, und ab 1895 wurde diese deutsche Abteilung an der Universität Tokyo zu einer selbständigen Fakultät.⁴⁵ Weiperts Nachfolger, Ludwig Lönholm, lehrte dort von 1889 bis 1913.⁴⁶ Ihm folgte als letzter Inhaber dieses Lehrstuhls Theodor von Sternberg 1913 bis 1918.⁴⁷ Mit Ende des Ersten Weltkriegs wurde die Praxis, diesen Lehrstuhl mit deutschen Professoren zu besetzen, beendet.

Nicht unerwähnt bleiben darf an dieser Stelle, dass die Gründung und der Bestand der Deutschen Vereinsschule auf dem Wunsch und der ganz intensiven Unterstützung wesentlicher japanischer Politiker und Gelehrter basierte. Bereits 1882 hatten ca. 60 japanische Politiker und Gelehrte den Verein, der 1883 die Schule ins Leben rief, gegründet, d.h. noch bevor Ito und der spätere Erziehungsminister *Arinori Mori* 1883 in Paris eine Reform des japanischen Ausbildungswesens nach preußischem Vorbild beschlossen hatten.⁴⁸ An dieser Entwicklung nahmen vor allem *Hiroyuki Kato*, *Shuzo Aoki*, *Hirobumi Ito*, *Amane Nishi*, *Taro Katsura* und Prinz *Kitashirakawa* teil, indem sie regelmäßig den Schul- bzw. Vereinsvorsitz übernahmen. Ohne diese äußerst feine Vernetzung von Gesetzgebung und Beamtenausbildung japanischerseits wäre u.U. der gesamte Rechtstransfer nicht so pro-deutsch verlaufen. So engagierte sich z.B. der bereits erwähnte *Hiroyuki Kato* ab 1890 nicht nur als Präsident an der *Doitsu Gaku Kyokai Gakko*, sondern war gleichzeitig (1890-1893) Rektor der Universität Tokyo.⁴⁹ Damit waren zwei maßgebliche Stellen des damaligen japanischen Wissenschaftsbetriebs mit einem Verfechter der deutschen Rechtswissenschaft besetzt, was sicherlich deren Durchsetzung in Japan förderte.

43 GEORG MICHAELIS, Brief an seine Mutter vom 19. Juni 1888, wiedergegeben in: Becker (Fn. 1) 462.

44 GEORG MICHAELIS (Fn. 3) 100. Siehe dazu auch die Ausführungen von *Nobushige Hozumi*, wiedergegeben bei GUNTRAM RAHN, Rechtsdenken und Rechtsauffassung in Japan (München 1990) 112.

45 SCHENCK (Fn. 7) 255.

46 Vgl. SCHENCK (Fn. 7) 335, 343.

47 Zu Sternberg vgl. ANNA BARTELS-ISHIKAWA, Theodor Sternberg einer der Begründer der Freirechtslehre in Deutschland und in Japan (Berlin 1998) 89 ff., 146 sowie DIES. (Hrsg.), Post im Schatten des Hakenkreuzes (Berlin 2000).

48 Vgl. SCHENCK (Fn. 7) 163 f. und 251-256. Zu Mori „Kurzbiographien wichtiger japanischer Politiker und Gelehrter der Meiji-Zeit“ (*Anhang 5*).

49 Kato war zweimal Rektor der Universität Tokyo, nämlich von 1877-86 und von 1890-93.

So konnte Lönholm 1898 ohne Übertreibung in seiner Vorrede zu seiner Übersetzung des Handelsgesetzbuches ins Deutsche behaupten:

„Nach der neuesten Entwicklung der japanischen Gesetzgebung ist es für jeden japanischen Juristen, der wissenschaftlich oder praktisch etwas leisten will, unumgänglich notwendig, daß er die deutsche Sprache versteht und sich mit der deutschen Rechtsliteratur vertraut macht“.⁵⁰

3. *Rechtstransfer durch Literaturimport*

Wie zu Beginn dieses Abschnitts erwähnt, kann ein Staat neben der Entsendung eigener Fachleute und Studenten ins Ausland oder der Beschäftigung ausländischer Fachleute zur Rezeption von fremdem Recht und von fremden Rechtsanwendungstechniken auch ausländische Fachliteratur einführen und diese für das Studium und die Ausbildung seiner zukünftigen Fachleute benutzen.

Japan hat – wie dargestellt – nicht nur die zuerst genannten beiden Wege beschritten, sondern zudem auch einen umfangreichen Literaturimport betrieben.

Recht gut bekannt ist dieser Import auf dem Gebiet der Zivilprozessordnung. In Japan erfreute sich z.B. der ZPO-Kommentar von Leo Rosenberg über Jahrzehnte großer Beliebtheit.

Als weiterer großer „Bestseller“ in Japan muss Rudolf von Iherings berühmter Vortrag „Kampf um's Recht“ genannt werden.⁵¹ Es ist allgemein bekannt, dass der von Ihering im März 1872 in Wien gehaltene Vortrag sehr schnell zu einem publizistischen Erfolg wurde, der in viele Sprachen übersetzt wurde.⁵² Und auch die japanischen Juristen der Meiji-Zeit interessierten sich für diese knapp 100 Seiten umfassende Schrift.

Insgesamt gibt es bis heute acht Übersetzungen ins Japanische. Den ersten – aber leider nicht vollendeten – Übersetzungsversuch unternahm 1886 der Philosoph und Jurist *Amane Nishi*.^{52a} Nishi sprach sehr gut Deutsch und war von 1883 bis 1886 Präsident der bereits erwähnten „Deutsche Vereinsschule“, *Doitsu Gaku Kyokai Gakko*. In dieser Funktion setzte sich Nishi für einen stärkeren Einfluss der deutschen Rechtswissenschaft

50 LUDWIG LÖNHOLM, Entwurf des Japanischen Handelsgesetzbuches, (dt. Übersetzung), (Tokyo 1898) Vorrede am Ende.

51 RUDOLF VON IHERING, Der Kampf um's Recht (1. Aufl., Wien 1872); in diesem Beitrag wird die 16. Aufl., Wien 1906, verwendet und zitiert.

52 Zur Publikationsgeschichte siehe MARIO G. LOSANO, Der Briefwechsel zwischen Ihering und Gerber, Bd. II (Ebelsbach 1984) 223-240, 244-256. Ferner ANNA BARTELS-ISHIKAWA: El éxito del „Kampf um's Recht“ de Ihering en Japón, especialmente en el período Meiji, übersetzt von Victor Merino (engl. Originaltitel: The success of Ihering's „Kampf um's Recht“ in Japan esp. in the Meiji-Period), in: Gregorio Peces-Barba u.a. (Hrsg.), El Derecho en red, Festschrift für Mario Losano (Madrid 2006) 87 ff.

52a Zu seiner Person unten *Anhang 5*: „Kurzbiographien wichtiger japanischer Politiker und Gelehrter der Meiji-Zeit“.

ein. Sein Übersetzungsversuch, von dem sowohl Ihering als auch *Norio Hioki* berichten, war Teil dieser Bestrebungen.⁵³

1894 erschien dann die erste vollständige japanische Übersetzung des Juristen *Goro Utsunomiya* mit dem Titel „Kenri Kyoso-ron“.⁵⁴ Über Utsunomiya konnten keine persönlichen Daten ermittelt werden. Aus dem Vorwort zu seiner Übersetzung ergibt sich jedoch, dass er ein fähiger Jurist war, der mit so bekannten Kollegen wie Hiroyuki Kato und Nobushige Hozumi eng befreundet war.^{54a} Es folgte dann 1915 in Tokyo die dritte Übersetzung, angefertigt von dem Juristen *Tatsuhito Mimura*. Sie trug den Titel „Kenri tôsô-ron“ und wurde aber erst 1924 veröffentlicht.⁵⁵

Das Publikumsinteresse an einer Übersetzung von Iherings Schrift war auch zu dieser Zeit noch so rege, dass bereits sieben Jahre später, also im Jahre 1931, eine neue Übersetzung vorgelegt wurde. Diese Übersetzung, angefertigt von *Norio Hioki* (Hioki hatte einen Lehrstuhl für Strafrecht an der Hitotsubashi-Universität in Tokyo inne), erschien im Verlag Iwanami als kleines Heftchen in einem Format, das dem der „Reclam-Heftchen“ in Deutschland ähnelte.⁵⁶ Damit war ein so niedriger Preis garantiert, dass sich jeder Student Iherings Schrift kaufen konnte. 1942 unternahm Hioki eine zweite Übersetzung mit dem Titel „Kenri no tame no tôsô“, die im gleichen Jahr erschien und bis 1971, also fast 30 Jahre lang, aufgelegt wurde.

Dieser vierten Übersetzung folgte 1978 noch eine Übersetzung durch die bekannten Staatsrechtler *Takasuke Kobayashi* und *Tamio Hirotsawa*, ebenfalls unter dem Titel „Kenri no tame no tôsô“, sowie 1982 eine von *Junichi Murakami*. Sie wird bis heute verkauft und trägt ebenfalls den Titel „Kenri no tame no tôsô“.⁵⁷

Neben diesen sechs monolingualen Übersetzungen gab es ferner zwei bilinguale Ausgaben, die in den Mittel- und Oberschulen benutzt wurden. Ziel dieser Ausgaben war es, die Schüler frühzeitig mit der deutschen Kultur und dem deutschen Recht vertraut zu machen. 1933 erschien die erste dieser beiden bilingualen Ausgaben. Sie wurde von *Kenzaburo Ozaki*, der selbst Lehrer an einer Oberschule war, unter dem Titel „Kenri tôsô-ron“ vorgelegt.⁵⁸ Die zweite bilinguale Schulausgabe fertigte nach dem Krieg im Jahr 1949 *Retsuo Matsushima* an.⁵⁹

53 Siehe auch IHERING (Fn. 51) VII sowie NORIO HIOKI, *Kenri no tame no tôsô* (2. Aufl., Tokyo 1971) 1.

54 GORO UTSUNOMIYA, *Kenri Kyoso-ron* (Tokyo 1894). Die Lebensdaten von Utsunomiya ließen sich trotz langer Suche nicht ermitteln; Näheres bei ANNA BARTELS-ISHIKAWA, Iherings „Kampf um’s Recht“: Die Geschichte einer Erfolgsstory in Japan, in: *Chuo Law Review*, Bd. 113 (2006) Heft 1/2, 1 (9 ff.).

54a Zu diesen unten in *Anhang 5* „Kurzbiographien wichtiger japanischer Politiker und Gelehrter der Meiji-Zeit“.

55 Vgl. auch BARTELS-ISHIKAWA (Fn. 54) 13.

56 Siehe BARTELS-ISHIKAWA (Fn. 54) 13.

57 Siehe zu diesen Übersetzern und ihren Übersetzungen BARTELS-ISHIKAWA (Fn. 54) 13 f.

58 Ebd.

59 Siehe BARTELS-ISHIKAWA (Fn. 54) 16.

Die Gründe für die Erfolgsgeschichte von Iherings Schrift in Japan sind vielschichtig und wandeln sich im Laufe der Zeit entsprechend den Interessen ihrer Leserschaft.

Ein Grund für die Übersetzung während der Meiji-Zeit war die hohe Wertschätzung, die Ihering in Japan genoss. Utsunomiya hielt ihn für den „Polarstern der Jurisprudenz“, Hozumi zählte ihn neben Beccaria und Savigny zu den wichtigsten Juristen der Zeit.⁶⁰

Ein weiterer Grund für den Erfolg von Iherings Schrift lag darin, dass sie der japanischen Leserschaft einen Einblick in die westliche, vor allem deutsche Mentalität bzgl. des Umgangs mit dem Recht eröffnete. Der Leser wurde mit einer völlig anderen, ihm unbekanntem gesellschaftlichen Herangehensweise an das Recht konfrontiert. Iherings berühmte Sätze: „Der Kampf um's Recht ist eine Pflicht des Berechtigten gegen sich selbst...“ und „...die Behauptung des Rechts ist eine Pflicht gegen das Gemeinwesen“⁶¹ standen in völligem Gegensatz zu den 1000 Jahre alten japanischen gesellschaftlichen und rechtlichen Gepflogenheiten, bei denen die Wahrung der sozialen Harmonie an erster Stelle steht und nicht die Durchsetzung eines Rechts. Anhand dieser Schrift vermeinten die Übersetzer und Leser den Umgang mit dem Recht in der westlichen Gesellschaft verstehen und erlernen zu können. Die Analyse des antipodischen Systems sollte helfen, den Umgang mit dem neuen Recht und den Ausländern zu erlernen, was z.B. Utsunomiya 1894 in seinem Vorwort explizit ausführte:

„Japan würde nicht mehr länger von den westlichen Vertragsstaaten beleidigt werden können, wenn jeder Japaner den Inhalt von Iherings Schrift kennen und seine Auffassung zur allgemeinen Meinung in Japan werden würde. Wenn das Recht und die Rechtsdurchsetzung in Japan entsprechend Iherings Schrift installiert und institutionalisiert würden, so könnte sich Japan genau so gut schützen wie früher die Chinesen durch ihre guten Waffen. Dann könnte Japan wieder stolz sein.“⁶²

Diese Betrachtung machte das neue Recht und den für Japaner neuen Umgang mit Recht für japanische Juristen zum Mittel der gesellschaftlichen und politischen Modernisierung.

Der „Import“, d.h. die Rezeption von Iherings Vorstellungen vom Umgang mit Recht veränderte also die Haltung japanischer Juristen.

IV. HERMANN ROESLER –

EIN DEUTSCHER BERATER IN JAPANISCHEN REGIERUNGSDIENSTEN

Möchte man die Tätigkeit eines deutschen Regierungsberaters in der Meiji-Zeit *in concreto* kennenlernen, so ist Hermann Roesler, der von allen deutschen Beratern am längsten, nämlich von 1878 bis 1893 in Tokyo gewirkt hat, für diesen Zweck sicherlich

60 Siehe BARTELS-ISHIKAWA (Fn. 54) 17.

61 IHERING (Fn. 51) 46.

62 Siehe BARTELS-ISHIKAWA (Fn. 54) 18 ff., 28.

besonders geeignet. Denn er hat als einziger deutscher Berater an der Rezeption vieler Gesetze mitgewirkt, wie beim Entwurf der Verfassung, der Bank- und Börsengesetze sowie des HGB-Entwurfes. Damit hat er in drei Bereichen den Rechtstransfer besonders nachhaltig geprägt, und zwar in der Form der selektiven und veränderten Rezeption.^{62a}

Roeslers Tätigkeit in Japan lässt sich in zwei Abschnitte einteilen: Ab dem 24.12.1878 war er zunächst als Berater im japanischen Außenministerium beschäftigt, für das er insbesondere das Handelsgesetzbuch entwarf; und ab 1885 war er dann als vortragender Rat im Kaiserlichen Staatsrat als Berater von Fürst Ito vor allem in Fragen des Verfassungsentwurfes tätig.

1. *Roesler in Japan*

Roesler traf am 23. Dezember 1878 in Yokohama ein und trat seinen Dienst am 24. Dezember 1878 an.⁶³ Sein erster Vertrag lief bis zum 24. Dezember 1884. Aus diesem Vertrag geht hervor, dass ihm in Tokyo ein Haus an der Reinanzaka zur Verfügung gestellt wurde (es stand ungefähr dort, wo heute die Residenz des US-amerikanischen Botschafters in Tokyo liegt). Da Roesler mit seiner Familie die gesamte Zeit seines Japanaufenthaltes in diesem Haus wohnte, kann auf die „Erinnerungen“ seiner jüngsten Tochter, Elisabeth, zurückgegriffen werden. Danach handelte es sich um ein Haus europäischen Stils, das auf einer Anhöhe in einem großen Garten lag und eine schöne Aussicht bot. Die Kinder wurden von ihrer Mutter unterrichtet, bis sie später nach Österreich in katholische Internate geschickt wurden.⁶⁴ Der Lebensstil der Familie Roesler war sehr gleichmäßig und zurückgezogen. Roesler schrieb dazu: „Ich lebe hier zurückgezogen und mache kein Haus; diese Leute wollen nur eingeladen sein, gut essen und trinken ... und wenn man das nicht mitmacht, räsonnieren sie über einen“.⁶⁵

Über sein Leben in Tokyo berichtete Roesler 1881:

„Das Klima ist nicht so ganz angenehm, als es scheinen könnte. Im Sommer mehrere Monate ist es entsetzlich heiß, und im Winter doch wieder kalt; meine Frau empfindet die Winterkälte hier viel mehr als in Europa. Auch haben wir viele Erdbeben und oft sehr heftige gefährliche Stürme, so dass Häuser einstürzen und Menschenleben verloren gehen. Dazu kommen sehr häufige Brände, wo die Häuser, freilich nur meist kleine Holzgebäude, zuweilen zu vielen Tausenden abbrennen, ohne dass Hilfe möglich wäre. So ist man hier immer in einer gewissen Unsicherheit, zumal wenn noch Epidemien wie vor zwei Jahren auftreten, die viele Tausende hinraffen“.⁶⁶

62a Siehe dazu auch die Übersicht „Selektive Rezeption deutschen Rechts“ (*Anhang 4*).

63 Zu Roeslers biographischen Daten s. „Kurzbiographie von Hermann Roesler“ (*Anhang 6*).

64 Erinnerungen von Elisabeth Roesler, wiedergegeben in: Bartels-Ishikawa (Fn. 10) 124 ff.

65 ROESLER, Brief vom 23. März 1888, wiedergegeben in: Bartels-Ishikawa (Fn. 10) 120.

66 ROESLER, Brief vom 17. Febr. 1881, wiedergegeben in: Bartels-Ishikawa (Fn. 10) 106.

Über die Japaner schrieb er im gleichen Brief:

„Die Japaner sind ein gutherziges, angenehmes Volk: im Verkehr ungemein höflich und zuvorkommend, und gegen Fremde in meiner Stellung von der wohlthuendsten Rücksicht. Das Fremdartige in Kleidung etc. verliert sich bald, und man sieht, dass sie im Ganzen eben auch Menschen sind wie überall.“⁶⁷

Gelegentlich machte die Familie Sommerferien in Hakodate auf der japanischen Insel Hokkaido. 1884 schrieb Roesler seiner Schwester: „... ich habe hier im Norden von Japan Seebäder genommen, die mir immer sehr gut thun...“.⁶⁸ Er war mit dem dortigen Bischof Berlioz befreundet und wohnte zuweilen in dessen Amtssitz. Roesler war streng katholisch, weshalb er seine Kinder später in Klosterschulen schickte. Er schrieb hierzu 1884: „Meinen Sohn habe ich den Jesuiten übergeben, einmal weil sie anerkannt die besten Lehrmeister sind, zumal in den alten Sprachen, und sodann, weil sie die treuesten Söhne der Kirche sind. Da weiss ich ganz gewiss, welche Moral und Religion ihm gelehrt wird...“.⁶⁹ Mosse, der 1889 zufällig zur gleichen Zeit wie Roesler in Hakodate war, schrieb über Roesler mit klarem Blick: „... er ist doch meiner Überzeugung nach Jesuit...“.⁷⁰

2. *Roeslers Entwurf des japanischen Handelsgesetzbuches*

Im Januar 1879 begann Roesler seine Arbeit als Rechtsberater im japanischen Außenministerium. Sein Arbeitstag sah so aus, dass er nach dem Frühstück in sein Büro im Ministerium ging und zu Fuß zum Mittagessen, das um 12h30 stattfand, zurückkehrte. Nachmittags ging er um 14h30 wieder ins Büro, um erst zum Abendessen heimzukehren.⁷¹ 1881 schrieb er seiner Schwester Lina über seine Arbeit: „Ich nehme natürlich viel teil an Regierungsgeschäften und verkehre amtlich nur mit den Höchstgestellten, wobei meist englisch gesprochen wird. Meine Aufgabe ist aber mehr Rat zu erteilen, eine eigentliche Arbeitslast liegt nicht auf mir“.⁷² Sogar noch im Jahre 1888, also während seiner Arbeit am Verfassungsentwurf, schrieb er: „... ich thue einfach meine Arbeiten und gebe meinen Rath“, (im Übrigen) ist meine Stellung „...angenehm und einträglich...“.⁷³ Roesler selbst betont also, dass er nur als Ratgeber fungiert und nichts entscheidet.

67 Ebd.

68 ROESLER, Brief vom 24. Aug. 1884, wiedergegeben in: Bartels-Ishikawa (Fn. 10) 108.

69 ROESLER, Brief vom 22. Okt. 1884, wiedergegeben in: Bartels-Ishikawa (Fn. 10) 114.

70 ALBERT MOSSE, wiedergegeben in: *Fast wie mein eigen Vaterland*, hrsg. von Ishii, Shiro, München 1995) 458.

71 ELISABETH ROESLER, *Erinnerungen*, wiedergegeben in: Bartels-Ishikawa (Fn. 10) 132, 138.

72 ROESLER, Brief vom 17. Febr. 1881, wiedergegeben in: Bartels-Ishikawa (Fn. 10) 106.

73 ROESLER, Brief vom 23. März 1888, wiedergegeben in: Bartels-Ishikawa (Fn. 10) 120.

Nachdem er sich einen Überblick über die Wirtschafts- und Rechtsverhältnisse geschaffen hatte⁷⁴, verfasste er Gutachten zum Aufbau der Bank von Japan und den entsprechenden Gesetzesentwurf. Es trat 1887 ebenso in Kraft wie das Börsengesetz von 1887 und das Bankgesetz von 1890.⁷⁵

Wie bereits erwähnt, arbeitete Roesler ab 1878 für das Außenministerium, das auch für die Revision der „Ungleichen Verträge“ zuständig war. Zur Vorbereitung der Revisionsverhandlungen erhielt Roesler deshalb im Juli 1881 den Auftrag, den Entwurf des japanischen Handelsgesetzbuches auszuarbeiten. Roesler besaß sehr gute Kenntnisse des Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrechts, so dass er innerhalb von drei Jahren, also im/bis zum Jahre 1884, den HGB-Entwurf vorlegen konnte. Der Entwurf umfasst drei Bände (ca. 1500 Seiten): eine Einleitung, den Entwurf des HGB und eine Kommentierung der von Roesler vorgeschlagenen Normen. Zwar erlangte der Roeslersche Entwurf keine Gesetzeskraft, aber er bildete immerhin die Grundlage für das Handelsgesetzbuch, das 1899 in Kraft trat.⁷⁶

Roesler hatte bei der Abfassung seines HGB-Entwurfs insbesondere die Revision der „Ungleichen Verträge“ im Auge. In der Einleitung zu seinem HGB-Entwurf nennt er die Prinzipien, die ihn leiteten. Roesler wollte

„...dem Handel und der Industrie Japans eine feste und erschöpfende Rechtsgrundlage geben, und sodann, die commerciale und industrielle Thätigkeit der Japanischen Nation auf gleichen Fuß mit den übrigen Handelsnationen der Welt bringen. ... (Deshalb ist) ein Gesetzbuch herzustellen nach den besten und neuesten Principien, welche als gemeinsame und allgemein anerkannte Handelsgrundsätze der civilisierten Nationen angesehen werden müssen“.⁷⁷

Die vorhandenen japanischen Normen und Gewohnheiten, nach denen sich der Handel bis zur Meiji-Zeit richtete, erschienen ihm ungenügend, zumal es „... für viele Rechtsverhältnisse des Handels ... in dem bisherigen Recht Japans ... keine Normen ...“ gebe.⁷⁸ Roesler beabsichtigte also, die juristischen Grundlagen und Voraussetzungen für Japans Teilnahme am Welthandel zu legen. Er wollte „... Klarheit, Sicherheit und Bestimmtheit“ bezüglich der handelsrechtlichen Verhältnisse schaffen, um so eine solche Rechtsicherheit zu etablieren, dass auch Ausländer „... (die) unter japanischer Jurisdiction ... stehen werden ...“ keine Bedenken mehr zu haben brauchten.⁷⁹ Gerade diese Punkte hatten die Vertragsstaaten der „Ungleichen Verträge“ moniert und damit u.a. die Exemp-

74 ROESLER, Übersicht des japanischen Außenhandels seit dem Jahre 1868, in: Mitteilung der Gesellschaft für Natur- und Völkerkunde Ostasiens, Heft 22 (Yokohama 1880).

75 Vgl. SIEMES (Fn. 17) 51.

76 Zum Scheitern von Roeslers HGB-Entwurf siehe BARTELS-ISHIKAWA (Fn. 10) 62 ff.

77 ROESLER, Entwurf eines Handels-Gesetzbuches für Japan mit Commentar, 1. Bd. (Tokyo 1884) I.

78 ROESLER (Fn. 77) I.

79 ROESLER (Fn. 77) II f.

tion ihrer Staatsangehörigen von der japanischen Gerichtsbarkeit begründet. Hier zeigt sich deutlich, wie eminent politisch Roeslers Arbeit war.

Für die Erstellung seines HGB-Entwurfes arbeitete Roesler rechtsvergleichend, d.h. er zog die Handelsgesetze Frankreichs, Spaniens, Hollands, Deutschlands, Italiens und Ägyptens (damals das neueste Handelsgesetz) sowie gelegentlich englisches Recht heran und erstellte eine Synopse.^{79a} Äußerlich folgte Roeslers Entwurf dem französischen Code de commerce, da er den Normenstoff nur in vier Bücher aufteilte und nicht in fünf wie das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch von 1861.^{79b} Ebenso verhielt sich Roesler bei seiner Entscheidung, ob er für die Frage der Anwendung des Handelsgesetzbuchs an das sog. subjektive oder an das objektive System anknüpfen sollte. Er entschied sich für das objektive System. Das subjektive System, das dem heutigen deutschen HGB (seit dem 1.1.1900 in Kraft) zugrunde liegt, verlangt für die Anwendung der Normen des HGB, dass wenigstens eine der am Handelsgeschäft beteiligten Personen Kaufmann ist (§§ 1, 345 ff. HGB, ferner ergibt sich aus der Überschrift des Ersten Buches „Handelsstand“, dass das HGB das Recht der Kaufleute ist). Das objektive System, das dem französischen Recht und dem ADHGB von 1861 zugrunde liegt, verlangt hingegen für die Anwendung der HGB-Normen, dass es sich um ein Handelsgeschäft handelt (Roeslers Entwurf Art. 1,4).

Roeslers HGB-Entwurf scheiterte jedoch, weil er in die Diskussionen des bekannten Kodifikationsstreites geriet. Ferner wurde bemängelt, dass der Entwurf das japanische Gewohnheitsrecht nicht ausreichend berücksichtige. Allerdings war die Kritik an seinem Entwurf eines HGB nicht so heftig wie an dem Entwurf für ein Zivilgesetzbuch. Roesler war klug genug, seinen HGB-Entwurf nur als Vorschlag zu betrachten und konzidierte, dass Japan „... in einzelnen Materien und Punkten seine eigenen Rechtsanschauungen und Rechtsübungen ...“ beibehalten könne, wegen der zukünftigen Entwicklungen jedoch grundsätzlich das westliche Recht übernehmen solle.⁸⁰ 1892 wurde das Inkrafttreten des Handelsgesetzbuchs wegen der Kritik auf 1896 verschoben. Zwar erlangte Roeslers HGB-Entwurf keine Gesetzeskraft; dessen ungeachtet traten jedoch einige Teile (z.B. bezüglich der Handelsgesellschaften) bereits am 1.1.1893 in Kraft.

Mit der Revision des HGB-Entwurfs wurde eine Kommission beauftragt, die aus den Professoren *Kenjirô Ume*, *Keijirô Okano* sowie dem Rath im Justizministerium *Kaoru Tanabe* bestand. 1898 legte sie einen überarbeiteten Entwurf vor, der am 16. Juni 1899 nach weiteren Änderungen Gesetz wurde.⁸¹ Das Handelsgesetz hatte in seiner endgültigen Gestalt nun fünf Bücher, die noch mehr dem deutschen Vorbild ähnelten.⁸²

79a Siehe *Anhang 7*.

79b Siehe „Roeslers HGB-Entwurf von 1884 im Vergleich“ (*Anhang 8*).

80 ROESLER (Fn. 77) VIII.

81 SIEMES (Fn. 17) 55; s. auch PAUL REHME, Das japanische Handelsrecht, in: Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht, 1. und 2. Heft, 1901, 1 (4). Der revidierte HGB-Entwurf vom

Die fünf Bücher haben folgende Überschriften:

- Erstes Buch. Allgemeine Bestimmungen
- Zweites Buch. Die Handelsgesellschaft
- Drittes Buch. Das Handelsgeschäft
- Viertes Buch. Der Wechselbrief
- Fünftes Buch. Seehandel

Dies ist eine Einteilung, die aufgrund ihrer Ähnlichkeiten mit dem deutschen HGB deutschen Juristen heute noch bekannt ist. Inhaltlich folgt das Handelsgesetz von 1899, wie es schon Roeslers Entwurf vorsah, dem objektiven System. Im Ergebnis trug Roeslers Beratertätigkeit auch hinsichtlich dieses Gesetzes reiche Frucht; wenn auch sein Entwurf revidiert wurde, so führte gerade die Revision durch die japanischen Professoren – man mag dies als eine Ironie des Schicksals betrachten – zu noch größerer Ähnlichkeit mit dem deutschen Recht. Insofern ist es berechtigt, bezüglich des japanischen Handelsgesetzes von einem Rechtstransfer in Form einer Rezeption deutschen Rechts zu sprechen, und zwar vermittelt durch den deutschen Berater Roesler einerseits und japanische Berater andererseits.

V. GEORG MICHAELIS – EIN DEUTSCHER DOZENT IN JAPANISCHEN REGIERUNGSDIENSTEN

Wie bereits erwähnt, trug Michaelis als Dozent an der Deutschen Vereinsschule nicht unwesentlich zum Rechtstransfer zwischen Preußen und Japan bei. Hinsichtlich Michaelis Wirken ist die Quellenlage besonders gut, weil er selbst über seine Tätigkeit in Japan ausführlich berichtet hat und dies nicht nur in seinen Briefen und Tagebuchaufzeichnungen, sondern auch in seiner Autobiographie.⁸³

1. Die Deutsche Vereinsschule

Wie bereits erwähnt, hatten japanische Politiker und Gelehrte im Januar 1882 den „Verein für Deutsche Wissenschaften“ (*Doitsu Gaku Kyokai*) gegründet, der 1883 mit dem Aufbau die Vereinsschule begann.⁸⁴ Ziel dieser beiden Gründungen war es, wie es

Mai 1898 wurde von Lönholm im Juni 1898 auf Deutsch in gedruckter Form veröffentlicht, vgl. LUDWIG LÖNHOLM, Entwurf des japanischen Handelsgesetzbuches (Tokyo 1898).

82 Lönholm, kommentiert in der eben genannten Vorrede (s. Fn. zuvor) die Revision folgendermaßen: „Die deutschen Juristen werden mit Freude sehen, dass die japanische Gesetzgebung sich auch in diesem Gesetz dem deutschen System angeschlossen hat. Das neue deutsche Handelsgesetzbuch ist offenbar das Vorbild gewesen, nach dem sich der Gesetzgeber gerichtet hat“. Siehe auch „Roeslers HGB-Entwurf von 1884“ (*Anhang 8*).

83 Zu Herkunft und Ausbildung Michaelis und seinem Lebenslauf s. *Anhang 9*.

84 Vgl. den Bericht des Gesandten von Holleben vom 24. Nov. 1886, wiedergegeben in: Becker (Fn. 1) 584 ff.

Michaelis 1888 in einem Brief erwähnt und Bert Becker ihm folgend treffend formuliert einen

„... Gegenpol zum starken englischen Einfluß innerhalb der Tokyo-Universität (zu schaffen) und ... (in einer) bewußt privat geführte(n) Anstalt einen von der Öffentlichkeit ungestörten Aufbau einer deutschorientierten Beamtenschaft (zu) ermöglichen, bis ein universitäres Jurastudium möglich sein würde. In drei unteren und drei oberen Klassen sowie in einem „Spezialkursus“ war Deutsch Unterrichtssprache“.⁸⁵

Vom Hausministerium, d.h. mit Unterstützung durch den Kaiser, erhielt die Schule jährlich eine Zuwendung von 2400 Yen.⁸⁶ General Katsura stellte als Gebäude eine ehemalige Kaserne kostenlos zur Verfügung, bis die Schule 1884 in ein neues Gebäude umzog. Als General Katsura die Schulleitung 1886/87 übernahm, wurde die Schulfinanzierung umgestellt. Das Unterrichtsministerium übernahm die Zuständigkeit und bewilligte 10.000 Yen jährlich, ein juristischer Spezialkurs wurde hingegen vom Justizministerium finanziert. Zugleich wurde der Schule der Rang einer staatlichen Mittelschule zuerkannt.

An der Schule wurden ca. 500 Schüler unterrichtet, die aus der damaligen Oberschicht stammten und mit 14 Jahren aufgenommen wurden. Dank des stetig zunehmenden deutschen Einflusses hatte die Schule 1887 „... 550 Schüler, 15 japanische und sechs deutsche Lehrer“, wie Michaelis berichtet.⁸⁷ Zum Aufnahmeexamen 1887 gingen 200 Anmeldungen bei der Schule ein, von denen sie aber nur die Hälfte berücksichtigte.

Die Schule hatte sich selbst eine Satzung gegeben, in der sie den Lehrplan, die Prüfungsordnung, die Pflichten der Schüler, die Aufnahmegebühren, das Schulgeld, die Schulstrafen sowie Stipendien regelte. So kostete die Schule im Monat 1 Yen Schulgeld, das aber Schülern, die aus armen Familien stammten, als rückzahlungspflichtiges Stipendium gewährt werden konnte. Zum Vergleich sei hier das für damalige Verhältnisse sehr gute Gehalt von Michaelis genannt: Er verdiente 250 Silber-Yen monatlich, d.h. 3.000 Yen jährlich, was dem Einkommen eines preußischen Regierungspräsidenten entsprach. Ein japanischer Diener verdiente damals ca. 72 Yen jährlich und ein niederer Samurai ca. 500 Yen.⁸⁸

Michaelis wurde 1885 von Aoki für den Unterricht im Spezialkurs angestellt; er sollte in dem Spezialkurs, der als Aufbaukurs drei Jahre dauerte, die Studenten für ihre spätere Arbeit als Richter und Beamten ausbilden. Michaelis hatte die Studenten im Verfassungs- und Verwaltungsrecht sowie in der Nationalökonomie zu unterrichten.⁸⁹

85 BECKER (Fn. 1) 31; s. auch MICHAELIS, Brief vom 20. Okt. 1885, wiedergegeben in: Becker, a.a.O., 96, und Brief vom 19. Juni 1888, a.a.O., 462.

86 MICHAELIS, Brief vom 20. Okt. 1885, wiedergegeben in: Becker (Fn. 1) 96.

87 MICHAELIS, Brief vom 17. Sept. 1887, wiedergegeben in: Becker (Fn. 1) 396.

88 Vgl. BECKER (Fn. 1) 69.

89 Vgl. Anstellungsvertrag für Georg Michaelis vom 8. Mai 1885 wiedergegeben in: Becker (Fn. 1) 581 ff.

2. *Michaelis' Tätigkeit an der Deutschen Vereinsschule*

Michaelis bezog nach seiner Ankunft am 13. Oktober 1885 in Tokyo ein einzeln stehendes Haus im westlichen Stil in Ushigome Sanaizaga No. 21.⁹⁰ Sein direkter Nachbar war der Philologe Dr. Otto Hering, der ebenfalls an der Vereinsschule lehrte;⁹¹ mit ihm und seiner Familie pflegte er eine tiefe Freundschaft.

Über seinen ersten Arbeitstag an der Vereinsschule, am 19. Okt. 1885, berichtet Michaelis:

„... habe ich meine ersten Vorlesungen gehalten und bin offiziell in die Schule eingeführt worden... (im) speziellen Kurs ... sind bisher nur 12 Japaner und diese sind meine Zuhörer. ... Im Allgemeinen Kurs wird ... deutsche Grammatik, Geographie und Literatur unterrichtet und wer nach Absolvierung dieser Klassen versetzt wird, kommt in den speziellen Kursus, wo Rechtswissenschaften gelehrt und die Studien deutscher Geschichte etc. fortgesetzt werden. Die Lehrmethode ist nicht rein vortragend, sondern man überzeugt sich durch Zwischenfragen vom Verständnis und der Aufmerksamkeit. Der Mikado, welcher dem Institut seine ganz besondere Aufmerksamkeit widmet und theils aus eigener Schatulle die Mittel hergiebt, hofft, aus den jungen Leuten geeignete Beamten zu erziehen, die in Japan ganz besonders bei der 1890 zu erwartenden Einführung der Verfassung nöthig sein werden.

Die Schule hat ein schönes großes Haus, mit luftigen Räumen; auf dem Hofe sind zahlreiche Turngeräte, zur Erholung und Belustigung in den Pausen, angebracht. Ich habe täglich von 10 – 1 Uhr drei Stunden vorzutragen, doch wird auch in Japan schon das akademische Viertel eingehalten und kommen in den Pausen die Lehrer in einem Konferenzzimmer zusammen, in denen (sic!) stets heißer japanischer Thee gereicht wird.

Es sind außer mir drei deutsche und elf japanische Lehrer an dem Institut. Die Schüler in dem speciellen Kursus sind aus den besten Familien und sehr artige, gut erzogene Menschen. Leider sind 3 oder 4 wohl nur aus Rücksicht auf hohe Verwandte aufgenommen worden, denn sie sind dumm und faul; dagegen sind die Übrigen höchst talentvolle Leute, deren Antworten auf allgemeine Fragen mich frappirten [sic!].⁹²

Über die Schüler berichtet Michaelis an anderer Stelle ferner: „Sie sind fast alle sehr fleißig. Manche haben geradezu die Bildungs-Freßsucht und 7 von ihnen haben ein Fassungsvermögen, das mich manchmal geradezu in Erstaunen setzt“.⁹³ Die Schüler saßen barfuß auf dem Boden des Klassenzimmers, so dass Michaelis zunächst „... unwillkürlich den Eindruck einer Dorfschule empfing ... Alle Schüler tragen uniforme Mützen mit einer Kokarde, auf welche die Buchstaben D.K. (*Doitsu Kakko* = deutsche Schule) aufgenäht sind“.⁹⁴

90 MICHAELIS, Brief vom 30. Okt. 1885, wiedergegeben in: Becker (Fn. 1) 104.

91 MICHAELIS, Brief vom 3. Nov. 1885, wiedergegeben in: Becker (Fn. 1) 111, 586 f.

92 MICHAELIS, Brief vom 20. Okt. 1885, wiedergegeben in: Becker (Fn. 1) 93, 95 f.

93 MICHAELIS, Brief vom 3. Nov. 1885, wiedergegeben in: Becker (Fn. 1) 106.

94 Ebd.

Später wurde Michaelis zum wissenschaftlichen Leiter der Schule ernannt und hatte den Lehrplan für den Spezialkurs zu erstellen.⁹⁵ Im „speciellen Kursus“ wurden z.B. folgende Fächer unterrichtet: „Allgemeine Rechtswissenschaft,... Civilrecht, Alte und neue japanische Gesetzgebung (sowie) Allgemeine Staatswissenschaften, Civil- (und) Strafrecht (sowie) Weltgeschichte“.⁹⁶

Michaelis machte seine Tätigkeit an der Schule „... große Freude“.⁹⁷ 1886 hatte er bereits 20 Studenten.⁹⁸ Er unterrichtete seine Studenten nicht nur in den dogmatischen Fächern, sondern machte mit ihnen auch praktische Übungen – ähnlich wie im Referendariat. Um seinen Studenten z.B. zu zeigen, wie Akten geführt werden, ließ er sich Musterakten aus dem japanischen Justizministerium kommen. Dabei stellte es sich heraus, dass sich das „... Ministerium ... Akten vom preußischem Ministerium erbeten (hatte), um nach ihrem Muster japanische anzulegen. Als ... (Michaelis) sie aufschlug, waren sie aus Frankfurt a/O und ... (er) selbst ... hatte die Sache bearbeitet“, wobei Michaelis die Sache wohlwollend für einen Zufall hielt.⁹⁹

Ferner hielt er in seiner Wohnung einmal wöchentlich ein juristisches Seminar ab, in dem er Rollenspiele durchführte. Er berichtet:

„Wir führen dabei, wie auf einem ernsten Theater, Gerichtsverhandlungen auf, damit sich die Studenten ein Bild davon machen können. Ich muß natürlich immer der Präsident sein, dann ernenne ich die übrigen Richter, den als Gerichtsschreiber fungirenden [sic!] Referendar, die Rechtsanwälte und den Gerichtsdiener und die nicht Betheiligten bilden das Publicum. Vorher erhalten die fingierten Rechtsanwälte streitige Sachen zum Vortrage und bei dem eifrigen Wesen der Japaner entwickelt sich dann meist ein lebhafter, juristischer Streit. Das ist eine gute Übung für Lehrer und Schüler und außerdem macht's den Betheiligten Spaß“.¹⁰⁰

Aber nicht nur machte Michaelis seine Arbeit Spaß, er wurde japanischerseits auch sehr geschätzt. Der japanische Vereins- und Schulvorstand erkannte, welche Aufbauarbeit er mit seinem Unterricht in den dogmatischen und praktischen juristischen Fächern für die Zukunft Japans leistete. Sein Beitrag zum Transfer dieser Rechtskenntnisse wurde von der japanischen Seite für so wesentlich erachtet, dass der japanische Schulleiter ihn im Juni 1888 wiederholt bat, einer Verlängerung seines Vertrages um ca. ein Jahr zuzustimmen.

95 MICHAELIS am 11. April 1888 in einem Artikel in der Kreuzzeitung, wiedergegeben in: Becker (Fn. 1) 619 (621).

96 VON HOLLEBEN, Bericht vom 24. Nov. 1886 an Bismarck, wiedergegeben in: Becker (Fn. 1) 584 (590).

97 MICHAELIS, Brief vom 8. Okt. 1887, wiedergegeben in: Becker (Fn. 1) 399.

98 MICHAELIS, Brief vom 20. Febr. 1886, wiedergegeben in: Becker (Fn. 1) 153.

99 MICHAELIS, Brief vom 8. Okt. 1887, wiedergegeben in: Becker (Fn. 1) 399.

100 MICHAELIS, Brief vom 8. Okt. 1887, wiedergegeben in: Becker (Fn. 1) 399.

Michaelis schrieb darüber:

„Trotzdem wird sich meine Rückkehr um Etwas hinausschieben – du brauchst nicht zu erschrecken. Die Sache liegt so: Ende dieses Jahres machen meine ältesten Studiosi bekanntlich das Staats-Examen. Dann sollen sie gleich in den Staatsdienst u. werden mit allseitiger Spannung erwartet. Ihre Leistungen werden nicht nur für sie selbst, sondern für das Schicksal unserer deutschen Rechtsschule von entscheidender Bedeutung sein. Bewähren sie sich nicht, dann wird die Regierung sagen: wozu ein separates, sehr theures Rechts-Institut, wenn die Zöglinge desselben nicht mehr leisten, als die nach englischem Muster erzogenen Studenten der „Tokyo University“. Bewähren sie sich dagegen, dann hoffen wir zu erreichen, was mein u. Aoki's Streben (u. vieler Anderer) von Anfang an war, daß an der „Tokyo University“ eine eigene deutsche Rechtsfakultät nach dem Muster unserer Doitsu Gaku eingerichtet wird. Die Leiter unserer Anstalt haben mich nun wiederholt auf das dringende gebeten, noch einige Monate hierzubleiben u. auch nachträglich die jungen Beamten zu überwachen u. zu unterstützen; es fehlt ihnen ja noch die Praxis um alsdann den eventuellen Verhandlungen über die Instituts-Veränderung beizuwohnen. Dörnberg meinte, es sei dies in unserem Interesse geradezu geboten u. da habe ich zugesagt. – Ich bitte nun heute den Justizminister um Urlaub bis Herbst 1889, weil mein Hierbleiben eventuell so lange nöthig ist. Länger bleibe ich auf keinen Fall u. habe diesbezügliche Anerbietungen auf das Bestimmteste abgeschlagen. Andererseits konnte ich aber die kurze Verlängerung nicht ablehnen“.¹⁰¹

Dieses Zitat zeigt deutlich, für wie eminent wichtig der juristische Unterricht von japanischer aber auch von deutscher Seite angesehen wurde. Sogar Legationsrat von Dörnberg machte Michaelis auf das deutsche Interesse, das mit dessen Tätigkeit an der Schule nach Meinung des deutschen Auswärtigen Amtes verknüpft war, aufmerksam. Für Michaelis wurde so seine Arbeit zur „vaterländischen Pflicht“. Nach Auffassung sowohl der deutschen wie auch der japanischen Seite hingen von Michaelis Arbeit der Erfolg und die Durchsetzung des Transfers von deutschem Recht ab. Insofern kann der Beitrag von Michaelis zum Rechtstransfer gar nicht hoch genug eingeschätzt werden.

VI. SCHLUSSBETRACHTUNG

Sowohl die deutsche Seite als auch die japanische hatten erkannt, dass ohne eine entsprechende Ausbildung die Zukunft des deutschen Rechts „im Kampf“ mit dem englischen Rechtssystem nicht gesichert war. Die Durchsetzung einer am deutschen Recht orientierten Rechtsordnung war aber auch von einem Teil der japanischen Elite wie z.B. Ito, Aoki etc. und wohl auch vom Meiji-Tenno selbst gewünscht,¹⁰² weil sie eher ein Garant für ein konservatives politisches System zu sein schien. Zudem konnte eine

101 MICHAELIS, Brief vom 19. Juni. 1888, wiedergegeben in: Becker (Fn. 1) 462.

102 Zum Interesse des Meiji-Tenno siehe den oben zitierten Brief vom 20. Okt. 1885 von Michaelis, wiedergegeben in: Becker (Fn. 1) 96.

solche Rechtsordnung die Entstehung einer vom Staat sehr unabhängigen Richterschaft wie sie im *case law system* mit seiner Rechtsfortbildung durch die Richter besteht, vermeiden helfen.

Festzuhalten bleibt, dass im Verhältnis zwischen Japan und Preußen bzw. später dem Deutschen Kaiserreich sowohl die selektive Rezeption einzelner Rechtsgebiete als auch der Rechtstransfer in Form der Vermittlung von Rechtsanwendungstechniken bewusst und gewollt von beiden Seiten gefördert und durchgeführt wurde.

Wichtig ist allerdings auch die Feststellung, dass die deutsche Seite in dem gesamten Prozess des Rechtstransfers niemals selbständig eine Entscheidung treffen konnte. Denn wie z.B. Roesler und Michaelis in ihren oben erwähnten privaten Briefen betonen, durften sie nur ihren Rat geben, wenn sie zu einem bestimmten Punkt von japanischer Seite gefragt wurden. Die Entscheidungsgewalt lag allein auf japanischer Seite, wie sich gerade am Beispiel der Handelsgesetzgebung eindrücklich hat zeigen lassen: Nach der Revision des Roeslerschen Entwurfs ausschließlich durch japanische Juristen ähnelte das Handelsgesetz, das dann in Kraft trat, dem deutschen Recht noch mehr als es Roesler in seinem Entwurf vorgeschlagen hatte.

Bevor die japanische Seite entschied, holte sie – wie wir z.B. aus der Verfassungsgesetzgebung wissen – zuvor mehrere Gutachten zum gleichen Thema von verschiedenen deutschen Beratern – wie etwa Roesler und Mosse – ein. Hier zeigt sich deutlich, wie systematisch und umfassend die japanische Seite ihre Entscheidungen auf dem Gebiete der Gesetzgebung vorbereitete und dann durchführte. Im Endeffekt schuf sie damit eine Rechtsordnung, die ihr nicht nur den Eintritt in die damalige moderne westliche Welt ermöglichte, sondern auch die Revision der „Ungleichen Verträge“.

Für uns Nachgeborene ist es heute eine große Kommunikationshilfe, dass unsere Rechtsordnungen sich grundsätzlich ähneln und so beim Handel oder bei der Lösung von bilateralen Fragen eine gute Grundlage bilden für das gegenseitige Verständnis.

ANHANG

- Anhang 1* Bekannte deutsche Juristen in japanischen Regierungsdiensten in der Meiji-Zeit
- Anhang 2* Statistischer Überblick über deutsche Juristen in japanischen Regierungsdiensten von 1878 – 1918
- Anhang 3* Formen deutschen Rechtstransfers nach Japan in der Meiji-Zeit
- Anhang 4* Selektive Rezeption deutschen Rechts bzgl. verschiedener Rechtsgebiete in Japan in der Meiji-Zeit
- Anhang 5* Kurzbiographien wichtiger japanischer Politiker und Gelehrter der Meiji-Zeit
- Anhang 6* Kurzbiographie von Hermann Roesler (1834 – 1894)
- Anhang 7* Von Roesler erstellte Synopse
- Anhang 8* Roeslers HGB-Entwurf von 1884 im Vergleich
- Anhang 9* Kurzbiographie von Georg Michaelis (1857 – 1936)
- Anhang 10* Kurzbiographie von Theodor Sternberg (1878 – 1950)

Anhang 1

Bekannte deutsche Juristen in japanischen Regierungsdiensten in der Meiji-Zeit

Name	Vorname	Lebensdaten	Aufenthalt in Japan	Arbeitsbereich in Japan	Arbeitsbereich in Deutschland (vor/nach dem Japanaufenthalt)
1. Bergmann	Johannes	(* 1845 – † 1935)	1887 – 1889	Berater und Übersetzer	Richter / Geheim. Justizrat
2. Delbrück	Ernst	(* 1858 – † 1933)	1887 – 1889	Lehrer an der Dt. Vereinsschule	Preuß. Verwaltungsdienst / Präs. Kaiserl. Statist. Amtes
3. Delbrück	Felix	(* 1859 – † 1924)	1887 – 1889	Lehrer an der Dt. Vereinsschule	Richter / Landgerichtspräs.
4. Jasmund, von	Hellmuth	(?)	1886 – 1888	Berater im Außenministerium	Assessor im Auswärt. Amt / Entlass. wg. geistiger Umnachtung
5. Lönholm	Ludwig	(* 1854 – † nach 1913)	1889 – 1913	Today-Prof. für röm. u. dt. Privatrecht; RA	Richter / RA
6. Michaelis	Georg	(* 1857 – † 1936)	1886 – 1889	Lehrer an der Dt. Vereinsschule	Preußischer Verwaltungsdienst / Reichskanzler
7. Mosse	Albert	(* 1846 – † 1925)	1886 – 1890	Berater	OLG-Richter / Geheimer Justizrat
8. Mosthaf, von	Heinrich	(* 1854 – † 1933)	1891 – 1894	Berater	Württemb. Verwaltung / Geh. Rat
9. Nippold	Otfried	(* 1864 – † 1938)	1889 – 1892	Lehrer an der Dt. Vereinsschule	Richter / Präs. des obersten Gerichtshofes in Saarlouis
10. Rathgen	Karl	(* 1856 – † 1921)	1882 – 1890	Today-Prof. für Rechts- u. Staats- wissenschaften, Nationalök.	Ordinarius Uni Marburg, später Heidelberg
11. Roesler	Hermann	(* 1834 – † 1894)	1878 – 1893	Berater	Ordinarius Uni Rostock
12. Rudolph	Karl	(* 1841 – † 1915)	1883 – 1887	Berater	Preußischer Verwaltungsdienst (Oberregierungsrat)
13. Rudorff	Otto	(* 1845 – † 1922)	1884 – 1890	Berater	Richter / OLG-Richter in Hamburg
14. Schultzenstein	Karl	(* 1847 – † 1922)	1886 – 1887	Berater	Richter / Vizepräs. des OVG Berlin
15. Sternberg	Theodor	(* 1878 – † 1950)	1913 – 1950	Today-Prof. für dt. Privatrecht	Privatdozent / Prof. (Keio)
16. Techow	Hermann	(* 1838 – † 1909)	1883 – 1887	Berater	Richter / OVG (Breslau)?
17. Weipert	Heinrich	(* 1856 – † 1905)	1886 – 1889	Today-Prof. für röm. u. dt. Privatrecht	RA / dt. Konsul in Korea, später in Prag

Quellen: ANNA BARTELS-ISHIKAWA, Theodor Sternberg – einer der Begründer des Freirechts, Berlin 1998; PETER PANTZER, Heinrich von Mosthaf, Ein deutscher Rechtsberater in Japan, Ankündigung zum gleichnamigen Vortrag, gehalten in der OAG am 1. Dez. 2010 (Vorankündigung abgedruckt in: OAG Notizen, Dezember 2010, S. 42 f.); PAUL-CHRISTIAN SCHENCK, Der deutsche Anteil an der Gestaltung des modernen japanischen Rechts- und Verfassungswesens (Diss., Stuttgart 1997); OTTO SCHMIEDEL, Die Deutschen in Japan, Leipzig 1920.

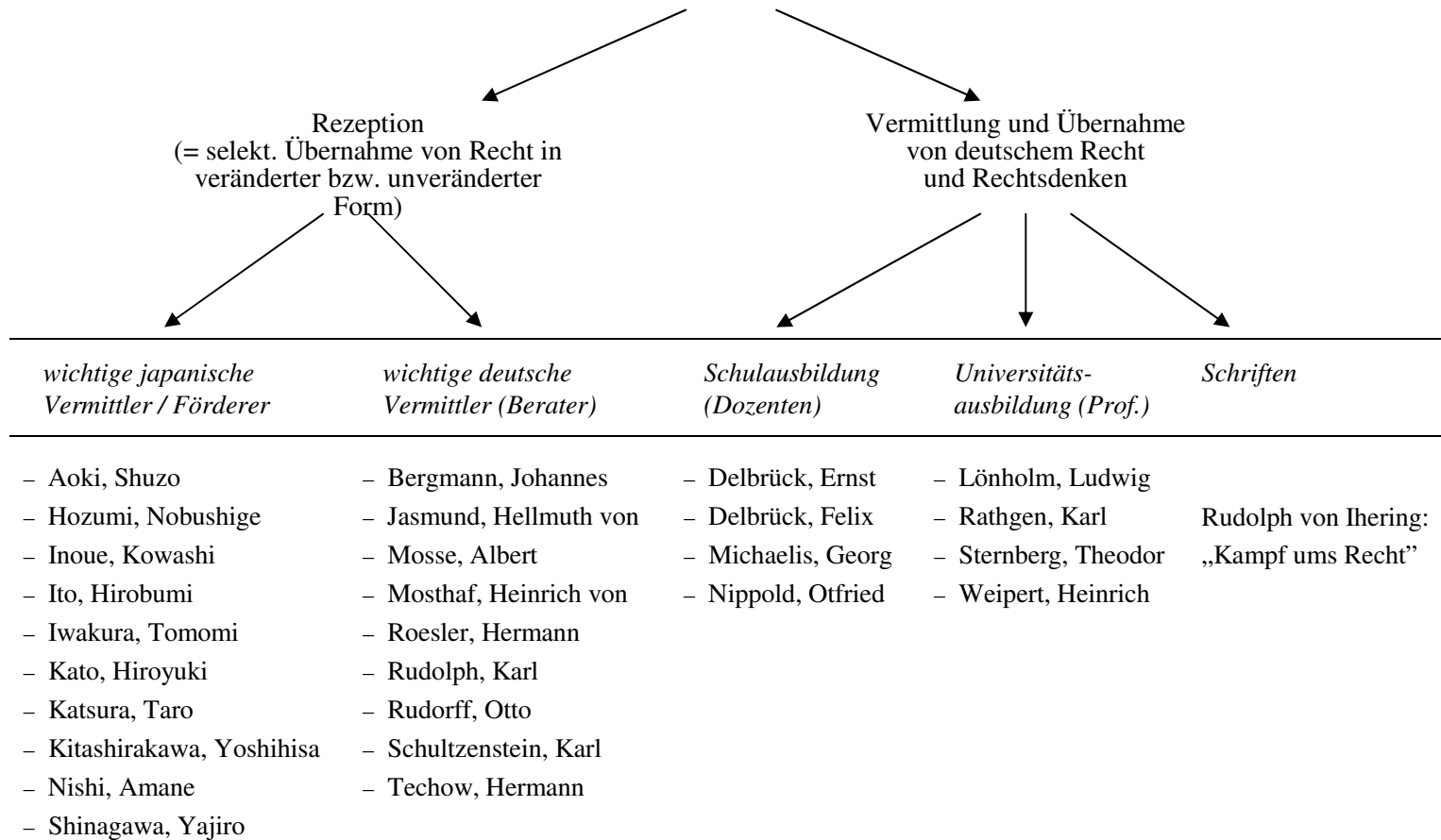
Anhang 2

**Statistischer Überblick
über deutsche Juristen in japanischen Regierungsdiensten
von 1878 – 1918**

10 0 } <i>Juristen</i>																	
<i>Jahr</i>	1868-1877	1878-1881	82	83	84	85	86	87	88	89	90	91	92	95	1894-1912	1913-1917	1918
<i>Zahl der Juristen</i>	0	1	2	4	5	5	10	10	9	6	3	4	3	2	1	1	0

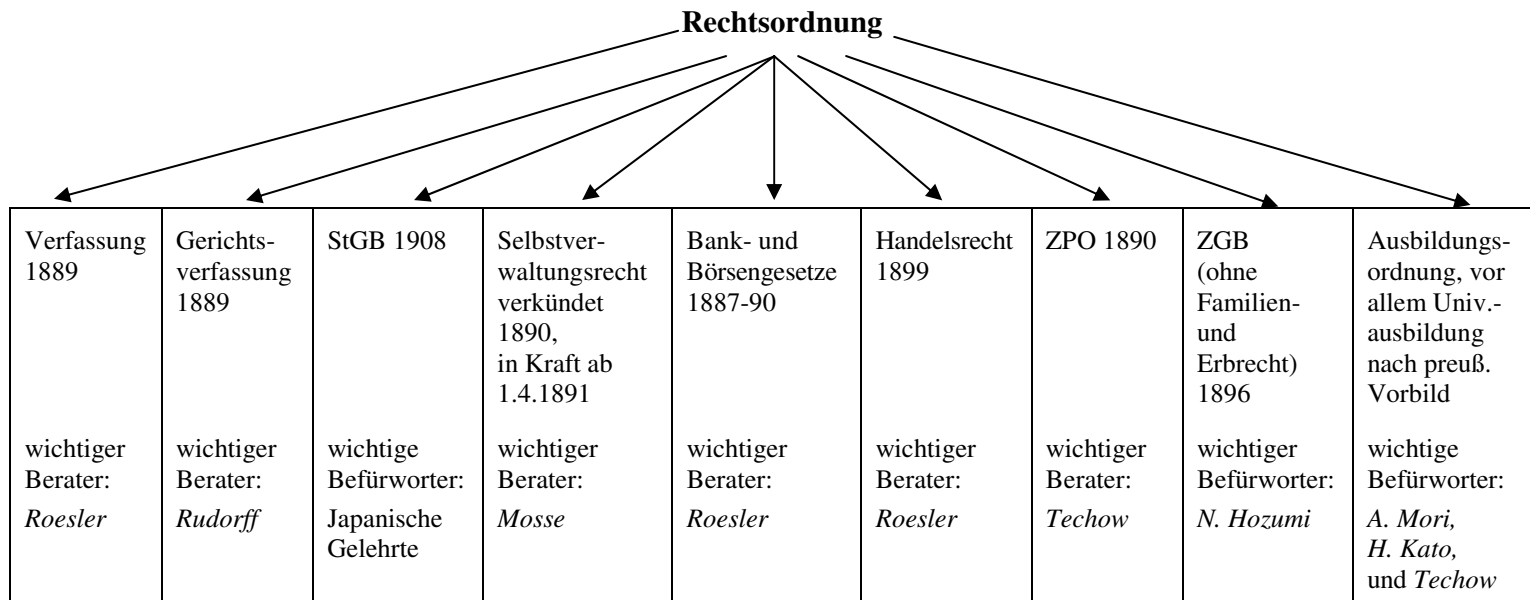
Anhang 3

Formen deutschen Rechtstransfers nach Japan in der Meiji-Zeit



Anhang 4

**Selektive Rezeption deutschen Rechts
bzgl. verschiedener Rechtsgebiete in Japan in der Meiji-Zeit**



*Anhang 5***Kurzbiographien
wichtiger japanischer Politiker und Gelehrter der Meiji-Zeit**

Aoki, Shuzo, Vicômte (1844 – 1914), Diplomat, Minister und Politiker. Als Sohn des Arztes Miura, Genshu geboren, wurde er 1865 von der Samurai-Familie Aoki adoptiert und mit einer Tochter dieser Familie verheiratet. Er studierte Medizin und westliche Wissenschaften. Ab 1869 studierte er in Berlin Staatswissenschaften und wurde 1874 erster hauptamtlicher Gesandter der japanischen Gesandtschaft in Berlin. In zweiter Ehe heiratete Aoki 1877 die deutsche Adlige Elisabeth von Rhade (1848 – 1931). 1879 – kurz nach seiner Rückkehr nach Tokyo – arbeitete Aoki an der Frage der Revision der „Ungleichen Verträge“. Von 1880 bis 1885 war er wieder Gesandter in Berlin, 1885 kehrte er nach Tokyo zurück, wo er stellvertretender Außenminister wurde. 1889 wurde Aoki Außenminister, wobei er sich vornehmlich der Revision der „Ungleichen Verträge“ widmete. Ab 1892 wiederum Gesandter in Berlin. Als Gesandter in England 1893 trug er wesentlich zur Beendigung der „Ungleichen Verträge“ (Aoki-Kimberley-Abkommen) bei. Die vorstehenden Angaben sind z.T. einer „Zeittafel“ über das Leben Aokis entnommen. Dieser tabellarische Lebenslauf, deren Autor nicht bekannt ist, ist Bestandteil des Familienarchivs der Familie der Altgrafen zu Salm-Reifferscheidt, die Aoki zu ihren Vorfahren zählt. Der Lebenslauf wurde der Verfasserin von der Familie zu Salm-Reifferscheidt freundlicherweise als Kopie überlassen.

Im erwähnten Familienarchiv der Altgrafen zu Salm-Reifferscheidt ist von Aoki ein handgeschriebener Brief vom 7. Juli 1886 erhalten; der Brief ist in einer sehr gewählten deutschen Ausdrucksweise abgefaßt, die Aokis sprachliche Fähigkeiten beeindruckend zeigt. Von Aoki ist überliefert, dass er Zuhause (auch in Tokyo) nur Deutsch gesprochen haben soll, wie Georg Michaelis berichtet, der ebenfalls einige Zeit in Tokyo wirkte.

Hozumi, Nobushige, (1855 – 1926) studierte von 1877 bis 1880 in London englisches Recht und von 1880 bis 1881 in Berlin Staatsrecht. In Tokyo war er Professor an der Todai und Mitglied der Revisionskommission des japanischen Zivilgesetzbuches. Er trug zur Rezeption des deutschen Zivilrechts bei.

Inoue, Kowashi, (1844 – 1895), Vicômte, Staatsbeamter, Erziehungsminister im 2. Kabinett Ito, studierte 1872/73 in Frankreich und Deutschland. Inoue arbeitete für die führenden Meiji-Politiker als Berater.

Ito, Hirobumi, Fürst (1841 – 1909), führender Staatsmann, war Sohn eines Bauern, der von einem Samurai adoptiert wurde; ging als junger Mann heimlich nach England und gewann die Überzeugung, dass Japan sich öffnen und modernisieren müsse. Gehörte von Anfang an zum Führungskreis der Meiji-Politiker. Ito war ebenfalls ein Mitglied der Iwakura-Mission (1871 – 1873), die durch Europa und Amerika zum Studium reiste. Danach übernahm Ito verschiedene Regierungsämter u.a. auch das Amt für das Rechtssystem (*Hōsei Kyoku*), das die Gesetzgebungsarbeiten beaufsichtigte. Ito studierte auf einer Europareise (1882/83) die europäischen Verfassungssysteme, unter anderem hörte er Vorlesungen in Berlin. Von 1885 bis 1900 war Ito Ministerpräsident. 1909 war er japanischer Statthalter in Korea; dort wurde er Opfer eines Attentats.

Ito, Miyoji, Graf, (1857 – 1934), Sekretär von Fürst Ito, begleitete ihn auf dessen Europareise (1882/1883), Chefsekretär des Kabinetts, Minister für Handel- und Landwirtschaft, Mitglied des Geheimen Staatsrats.

Iwakura, Tomomi, (1825 – 1883) Hofadliger, gehörte zu den führenden Politikern der Meiji-Zeit. Er war Leiter der berühmten, nach ihm benannten Iwakura-Mission (1871 – 1873), die durch Europa und Amerika zum Studium reiste. Er bevorzugte das Preußische Verfassungssystem.

Kaneko, Kentaro, (1853 – 1942), Graf, studierte Jura in Havard, war als Student Teilnehmer der Iwakura-Mission; später war er Sekretär von Fürst Ito und nahm an der Ausarbeitung der Meiji-Verfassung teil; danach wurde er Geheimer Staatsrat; siehe insofern auch sein Vorwort in: Shinichi Fuji, Japanisches Verfassungsrecht, Tokyo 2600 (1940), S. 1 ff.

Kato, Hiroyuki, (1836 – 1916) war einer der berühmtesten Germanisten der Meiji-Zeit, der den Sozialdarwinismus in Japan mit seinem Buch „Der Kampf um's Recht des Stärkeren und seine Entwicklung“ (Tokyo 1893) bekannt machte. Kato war zweimal Rektor der kaiserlichen Universität in Tokyo (1877 als erste Universität Japans gegründet), nämlich in den Jahren 1877 bis 1886 und 1890 bis 1893; ferner hatte Kato ab 1890 den Vorsitz der Vereinsschule (*Doitsu Gaku Kyokai Gakko*) inne.

Katsura, Taro, (1847 – 1913), Herzog. Katsura war General, Vize-Kriegsminister und später (1912) Ministerpräsident. Er war sehr deutschfreundlich und setzte sich unermüdlich für die deutsch-japanischen Beziehungen ein. Unter anderem war er Leiter der Vereinsschule *Doitsu Gaku Kyokai Gakko* von 1886 bis 1890.

Kitashirakawa, Yoshihisa, (1847 – 1895), kaiserlicher Prinz, stand während der Kämpfe zwischen den kaisertreuen und den shogunatreuen Daimiaten auf seiten der letzteren.

Wurde deshalb mit Hausarrest bestraft, aber 1869 begnadigt. 1870 – 1877 Ausbildung zum Offizier (Heer) in Berlin, wo er an der preuß. Kriegsakademie studierte. Kitashirakawa sprach gut Deutsch und wollte eine Deutsche ehelichen, was ihm aber vom japanischen Kaiser untersagt wurde. Nach seiner Rückkehr nach Japan wurde er zum General ernannt. Er war u.a. auch einer der Vorsitzenden des Vereins der *Doitsu Gaku Kyokai Gakko*.

Mori, Arinori (1847 – 1889, ermordet), Vicômte, stammte aus Samurai-Familie, 1865 – 1867 Studium in England, 1867/68 Studium in Amerika. Mori trat für Glaubensfreiheit und Sozialreformen ein (1869 Antrag auf Aufhebung der Pflicht der Samurai, ein Schwert zu tragen). Arbeitete ab 1870 im aufwärtigen Dienst. Gesandter in China, England, stellvertr. Außenminister. 1885 Kultusminister, nachdem er Hirobumi Ito von seiner Erziehungspolitik überzeugt hatte. Mori schuf das westliche japan. Erziehungssystem. Hermann Techow beriet Mori im Bereich des Erziehungswesens ab 1883.

Nishi, Amane, (1829 – 1897), berühmter Philosoph, Germanist und Jurist der Meiji-Zeit. Nishi hat in Holland und Deutschland studiert. Von 1883 – 1886 Vorsitzender der Vereinsschule (*Doitsu Gaku Kyokai Gakko*).

Shinagawa, Yajiro, (1843 – 1900), Vicômte, 1870 hielt er sich in England auf; von 1871 – 1876 studierte er in Berlin Kommunalverwaltung und Agrarpolitik. Nach seiner Tätigkeit als stellvertr. Minister für Landwirtschaft und Handel (1882) ging er an die japanische Gesandtschaft in Berlin. Zurück in Tokyo wurde er 1891 Innenminister. 1895 war er Vorsitzender der *Doitsu Gaku Kyokai Gakko*.

Anhang 6

**Kurzbiographie von Hermann Roesler
(1834 – 1894)**

- | | |
|-------------------|---|
| 18. Dezember 1834 | in Lauf bei Nürnberg
als 2. Kind des Advokaten Karl, Friedrich, Max Roesler
(1798 in Muggendorf, Obermainkreis – 9. Februar 1841)
und dessen Gemahlin Sophie Roesler, geb. Nägelsbach
(1809 – 1902) geboren |
| 9. Februar 1841 | Tod des Vaters |
| August 1851 | Abitur am Melanchton-Gymnasium in Nürnberg |
| 1852 | Beginn des Studiums der Rechts- und Staatswissenschaften
an der Univ. Erlangen |
| 1856 | 1. jurist. Prüfung „cum laude“, anschl. Rechtspraktikum |
| 1858 | Bayerische Staatsprüfung (Note 1) |
| 6. April 1860 | Erwerb der juristischen Doktorwürde an der Univ. Erlangen |
| August 1860 | Erwerb der staatswissenschaftlichen Doktorwürde an der
Univ. Tübingen |
| 1860/1861 | Habilitation an der Univ. Erlangen, dann dort Privatdozent an
der philosophischen Fakultät für das Fach Staatswissenschaften |
| 20. August 1861 | Ruf an die Univ. Rostock als ordentlicher Professor auf den
Lehrstuhl für Staatswissenschaften (philosophische Fakultät) |
| 14. Oktober 1862 | Heirat mit Marie von Schwarz-Henfenfeld, Tochter eines
Gutsbesitzers aus Nürnberg, die aber bereits am 8. Oktober 1867
an Diphtherie starb |
| 1861-1878 | Veröffentlichung zahlreicher Werke zu volkswirtschaftlichen
und juristischen Fragen |
| 8. September 1871 | Heirat mit der englisch-irischen Adligen Agnes Winterton-
Turnour (geb. 3. August 1851 – 12. August 1921) |
| 12. Juni 1872 | Geburt der Tochter Marian Sophie, gestorben 1934 |
| 2. August 1875 | Geburt des Sohnes Alexander, gestorben am 31. Mai 1904 |
| 5. Oktober 1878 | Vertrag als Berater im japanischen Außenministerium
(6-Jahresvertrag) |
| 22. Oktober 1878 | Konversion zum römisch-katholischen Glauben und Aufgabe
der Professur |
| 23. Dezember 1878 | Ankunft in Tokyo, Beginn von Roeslers Beratertätigkeit im
japanischen Außenministerium. Roesler hatte Gutachten zu
völker- und staatsrechtlichen Fragen zu erstellen sowie
Gesetzesentwürfe vorzubereiten |

23. Januar 1879 Geburt der Tochter Elisabeth, verh. von Borell du Fernay-Roesler
- Dezember 1880 Veröffentlichung von „Übersicht des japanischen Außenhandels seit dem Jahre 1868“
- März 1881 Beginn der Arbeiten am Entwurf des japanischen Handelsgesetzbuches
- 1884 Veröffentlichung von Roeslers dreibändigem Entwurf des japanischen HGB mit Kommentar
- Dezember 1884 Verlängerung von Roeslers Dienstvertrag bis 1890
- 1885 (Frühjahr) Teilnahme an einer Gesandtschaft nach Peking zur Regelung des Koreaproblems
- September 1885 als Vertreter Japans beim Kongress zur Kodifizierung des internationalen Handelsrechts in Antwerpen
- Ende 1885 private Reisen nach London und Deutschland
- Februar 1886 Roeslers Rückkehr nach Japan
- ab Herbst 1886 Arbeiten zum Entwurf der Meiji-Verfassung
30. April 1887 Roesler legt seinen Verfassungsentwurf vor
- Sommer 1887 Roesler nimmt als einziger westlicher Berater an den Beratungen Itos über den Verfassungsentwurf auf der Insel Natsushima teil
11. Februar 1889 Verkündung der Meiji-Verfassung
25. Dezember 1890 Verlängerung von Roeslers Dienstvertrag
- 31. März 1893
- April 1893 endgültige Rückkehr nach Europa;
Roesler läßt sich in der Nähe von Mozen/Tirol nieder
2. Dezember 1894 Roesler stirbt kurz vor seinem 60. Geburtstag

Anhang 7 Von Hermann Roesler erstellte Synopse

FRANKREICH 1808.	SPANIEN 1830.	HOLLAND 1838.	DEUTSCHLAND 1861. (Allgem. Df. HGB)	ITALIEN 1865.	EGYPTEN 1874.
o I. Buch. Handel im Allgemeinen.	I. Buch. Kaufleute u. Handelsagenten.	I. Buch. Handel im Allgemeinen.	o I. Buch. Handelsstand.	I. Buch. Handel im Allgemeinen.	I. Cap. Allgemeine Bestimmungen.
1. Titel. Kaufleute.	I. Titel. Fähigkeit zum Handelsbetrieb. II. Titel. Allgemeine Verpflichtungen der Kaufleute.	I. Titel. Kaufleute u. Handelsgeschäfte.	1. Titel. Kaufleute.	1. Titel. Kaufleute.	1. Sect. Kompetenz.
2. Titel. Handelsbücher.	1. Öffentliche Handelsregister.	II. Titel. Handelsbücher.	2. Titel. Handelsregister.	2. Titel. Handelsbücher.	2. Sect. Kaufleute.
3. Titel. Gesellschaften. (Collectiv-Commandit, anonyme Gesellschaften.)	2. Kaufmännische Buchführung.	III. Titel. Handelsgesellschaften.	3. Titel. Handelsfirmen.	3. Titel. Börsen, Wechselagenten und Mäkler.	3. Sect. Handelsbücher.
4. Titel. Gütertrennung (von Eheleuten.)	3. Correspondenz.	IV. Titel. Handelsbörsen, Mäkler und Cassierer.	4. Titel. Handelsbücher.	4. Titel. Commissionäre (Spediteur u. Frachtführer).	4. Sect. Eheverträge der Kaufleute.
5. Titel. Handelsbörsen, Wechselagenten und Mäkler.	III. Titel. Hilfspersonen des Handels.	V. Titel. Commissionäre, Spediteure, Frachtführer.	5. Titel. Procuristen etc.	5. Titel. Handelsgeschäfte im Allg.	II. Cap. Commerciale Verträge.
6. Titel. Commissionäre (incl. Spediteure und Frachtführer.)	1. Mäkler.	VI. Titel. Wechsel.	6. Titel. Handlungsgebühren.	6. Titel. Kauf.	1. Sect. Gesellschaften.
7. Titel. Kauf und Verkauf.	2. Commissionäre.	VII. Titel. Ordrebillets etc.	7. Titel. Handelsmäkler.	7. Titel. Handelsgesellschaften.	2. Sect. Mäkler.
8. Titel. Wechsel, Ordrebillets und Verjährung.	3. Factoren und Commis.	VIII. Titel. Revindication.	o II. Buch. Handelsgesellschaften; Offene, Commandit-u. Actiengesellschaft.	8. Titel. Faustpfand.	3. Sect. Commissionäre.
o II. Buch. Seehandel.	4. Frachtführer.	IX. Titel. Versicherung im Allgem.	o III. Buch. Stille Gesellschaft und Vereinigung zu einz. Handelsgesellschaften.	9. Titel. Wechsel u. Ordrepapiere.	4. Sect. Spediteure.
1. Titel. Schiffe u. a. Fahrzeuge.	II. Buch. Handelsgeschäfte im Allgemeinen.	X. Titel. Feuer, Lebens- und Productenversicherung.	o IV. Buch. Handelsgeschäfte.	II. Buch. Seehandel.	5. Sect. Wechsel.
2. Titel. Beschlagnahme und Verkauf der Schiffe.	I. Titel. Abschliessung der H. Geschäfte.	II. Buch. Schifffahrt.	1. Titel. Im Allgemeinen.	1. Titel. Schiffe.	6. Sect. Ordrebillets u. a. Handelspapiere.
3. Titel. Schiffseigentümer.	II. Titel. Handelsgesellschaften.	I. Titel. Schiffe.	2. Titel. Kauf.	2. Titel. Verpfändung u. Beschlagnahme der Schiffe.	7. Sect. Verjährung in Handelsachen.
4. Titel. Capitain.	III. Titel. Kauf und Verkauf.	II. Titel. Schiffseigentümer.	3. Titel. Commissionsgeschäft.	3. Titel. Schiffseigentümer.	III. Cap. Bankerott.
5. Titel. Matrosen u. Schiffsleute.	IV. Titel. Tauschgeschäfte.	III. Titel. Capitain.		4. Titel. Capitain.	1. Sect. Bankerottklärung.
6. Titel. Chartepartie, Frachtvertrag.	V. Titel. Darlehen und Zins.	IV. Titel. Schiffsoffiziere u. Mannschaft.		6. Titel. Schiffsmannschaft	2. Sect. Ernennung d. gericht. Commissärs.

Quelle: ROESLER, Entwurf eines Handels-Gesetzbuches für Japan mit Commentar. I. Bd. 1 (Tokyo 1884)

*Anhang 8***Roeslers HGB-Entwurf von 1884
im Vergleich**

Der *Entwurf Roeslers* zu einem japanischen Handelsgesetzbuch ist in vier Bücher unterteilt; sie tragen die folgenden Überschriften:

- Buch I. Vom Handel im Allgemeinen
- Buch II. Vom Seehandel
- Buch III. Vom Bankrott
- Buch IV. Streitigkeiten über Handelssachen

Das *japanische Handelsgesetz* vom 16. Juni 1899 hatte bei seinem Inkrafttreten folgenden Aufbau:

- Erstes Buch. Allgemeine Bestimmungen
- Zweites Buch. Die Handelsgesellschaft
- Drittes Buch. Das Handelsgeschäft
- Viertes Buch. Der Wechselbrief
- Fünftes Buch. Seehandel

Die Einteilung des japanischen Handelsgesetzes erscheint auch heute noch deutschen Juristen aufgrund ihrer teilweisen Übereinstimmungen mit dem *deutschen HGB* vertraut. Dieses wurde am 17. Mai 1897 verabschiedet und trat am 1. Januar 1900 in Kraft. Es hat folgenden Aufbau:

- Erstes Buch. Handelsstand
- Zweites Buch. Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft
- Drittes Buch. Handelsbücher
- Viertes Buch. Handelsgeschäfte
- Fünftes Buch. Seehandel

Anhang 9

**Kurzbiographie von Georg Michaelis
(1857 – 1936)**

8. September 1857	Geburt in Haynau (Schlesien) als Sohn des Kreisrichters Paul Michaelis und dessen Frau Henriette, geb. von Tschirschky-Boegendorff
1876 – 1879	Jurastudium in Breslau und Leipzig
Mai 1879	Erstes juristisches Staatsexamen
1879 – 1880	Einjährig-Freiwilliger (Heer) in Frankfurt a. O.
1879 – 1884	Gerichtsreferendar in Frankfurt a. O. und Berlin
Oktober 1884	Assessorexamen, Ernennung zum Gerichtsassessor
Mai 1885	Anstellungsvertrag mit der japan. Regierung
Juli 1885	Promotion zum Dr. iur. an der Univ. Göttingen (Doktorvater: R. v. Ihering)
Oktober 1885	Ankunft in Japan
19. Oktober 1885 – 18. August 1889	Dozent für deutsches Recht an der Deutschen Vereinsschule (= <i>Doitsu Gaku Kyokai Gakko</i> in Tokyo)
Dezember 1889 – 1891	Staatsanwalt bei den Landgerichten Berlin, Guben
7. Juli 1891	Heirat mit Margarete Schmidt (aus dieser Ehe gehen 7 Kinder hervor)
Februar 1892	Tätigkeit in der Verwaltung in Trier (Rheinprovinz)
September 1892	Übernahme in den Verwaltungsdienst Regierungsrat
September 1900	Stellvertr. Regierungspräsident in Liegnitz (Schlesien)
Oktober 1902	Oberpräsidialrat in Breslau (1903 bei der Oderhochwasser- katastrophe effiziente Organisation von Hilfe für die Opfer, anschließl. Maßnahmen zur Oderregulierung)
November 1905	Ständ. Kommissar für das Odergesetz beim Oberpräsidium in Breslau
Juni 1909	Unterstaatssekretär im preuß. Finanzministerium
März 1915	Reichskommissar für die Versorgung der Bevölkerung mit Brotgetreide
Februar 1917	Preuß. Staatskommissar für Volksernährung
Juli - November 1917	Reichskanzler und preuß. Ministerpräsident
März 1918	Oberpräsident der Provinz Pommern
April 1919	Verabschiedung aus dem Staatsdienst
24. Juli 1936	Gestorben in Bad Saarow (Mark)

Anhang 10

**Kurzbiographie von Theodor Sternberg
(1878 – 1950)**

5. Januar 1878	als ältestes Kind des Kaufmanns, Max Sternberg, und seiner Frau Karoline, geb. Mendelsson, geboren
1896 – 1899	Studium der Rechte an den Universitäten Heidelberg und Berlin
Januar 1899	Erstes juristisches Staatsexamen
November 1899	Promotion zum Dr. iur. (Doktorvater: Josef Kohler)
1899 – 1900	Militärdienst
1901 – 1903	Referendar im preuß. Justizdienst
11. Dezember 1902	Heirat mit Paula Heynemann (Sohn Robert geb. 26.8.1903)
ab November 1904	Habilitationsschrift zu einem ZPO-Thema (bei Franz v. Liszt)
1904	Publikation der „Allgemeinen Rechtslehre“
1905	Berufung als Privatdozent an die Univ. Lausanne (dt. Straf- und Strafprozeßrecht sowie Zivil- und Zivilprozeßrecht)
1908	Zusätzlich außerordentlicher Professor an der privaten Handelshochschule in Lausanne
1910 – 1912	Berufungen an die Univ. Berlin, Königsberg, Münster und Halle scheitern wegen seiner jüdischen Herkunft
1911 – 1913	Vorlesungen an der Humboldt Akademie (Berlin)
September 1913	Ordentlicher Professor für deutsches Recht an der kaiserl. Univ. Tokyo
–1918	Univ. Tokyo
1919 – 1920	stellungslos
1921 – 1945	Dozent (Prof.) an den Univ. Keio, Chuo, Hosei, Nippon und Meiji in den Fächern deutsches Zivil- und Strafrecht, Rechtsphilosophie, -theorie u. -soziologie
1921 – 1934	Korrespondent für das „Berliner Tageblatt“
1924 – 1928	Berater des japanischen Justizministeriums und von Wilhelm Solf (dt. Botschafter in Tokyo von 1920-28, Solfer Kreis)
1930	Scheitern einer Berufung an die Univ. Greifswald
1933	„Begriff der Philosophie“, (2. Aufl. 1938 in Österreich verboten)
Februar 1937	Sohn Robert (prom. Jurist) emigriert über die Schweiz nach Tokyo; für Sternberg selbst wird Japan zum Exil
April 1938	Tod des Sohnes
1946 – 1949	Berater des japan. Kultusministers
13. 3. 1950	Ehrenmitglied der japanischen Akademie der Wissenschaften
17. 4. 1950	Tod durch Nierenversagen

Von der *Iwakura*-Mission zur *Meiji*-Verfassung

Kazuhiro Takii * **

I.

Die am 11. Februar 1889 proklamierte Verfassung des Japanischen Kaiserreiches, die so genannte „*Meiji*-Verfassung“, gilt nicht nur als erste konstitutionelle Verfassungsurkunde Japans, sondern Ostasiens überhaupt.¹ Auf der Basis dieses bedeutsamen Schritts trat im November des folgenden Jahres erstmals eine gewählte Volksvertretung, der japanische Reichstag, zusammen. Damit begab sich Japan auf den Weg zu einem Verfassungsstaat, wie er in den parlamentarischen Systemen des Westens schon lange üblich war.

Weder war der Weg dahin leicht gewesen, noch sollte es die nachfolgende parlamentarische Praxis sein. Am Anfang verstand sich die Volksvertretung als Gegenpartei und Hochburg der Kritik. Mehrmals war man nahe daran, die Verfassung wieder zu beseitigen. Im Unterschied zu der Verfassung des Osmanischen Reiches aus dem Jahr 1876, die, kaum erlassen, schon wieder suspendiert wurde, überwand Japan diese Krisen jedoch und entwickelte dadurch bis in die 1920er Jahre eine spezifische demokratische Praxis der Politik, wie sie in etwa das englische Zweiparteiensystem verwirklicht hatte. Begründet wird dies im Allgemeinen durch einen Verweis auf jenen politischen Konsens, der die Bereitschaft enthielt, einen selbständigen japanischen Nationalstaat zu sichern. Dies beschwichtigte die Parteien, die sich letztlich doch zu einem Kompromiss bereit fanden und die konstitutionelle Regierung akzeptierten.² Außerdem ist nicht zu übersehen, dass die japanische Regierung bei den Arbeiten an der Verfassungsgesetzgebung vorsorglich vielseitige Vorbeugungsmaßnahmen ergriffen hatte. Aus dieser Perspektive ist eine Vielzahl von deutschen Einflüssen auf die „*Meiji*-Verfassung“ zu konstatieren.³

* Dr. iur., Associate Professor, International Research Center for Japanese Studies, Kyoto.

** Dieser Aufsatz ist eine überarbeitete Fassung meines Beitrags „Japans Hinwendung zum deutschen staatsrechtlichen Modell“ für einen Katalog zu der in den Reiss-Engelhorn Museen (Mannheim) ausgerichteten Jubiläumsausstellung „150 Jahre deutsch-japanische Beziehungen“; siehe ALFRIED WIECZOREK / SUSANNE WICHERT (Hrsg.), *Ferne Gefährten. 150 Jahre deutsch-japanische Beziehungen* (Regensburg 2011). Für die deutsche Übersetzung des japanischen Originals ist der Verfasser Frau *Nana Miyata* (Fritz-Thyssen-Stiftung) zu herzlichem Dank verpflichtet.

1 KAZUHIRO TAKII, *The Meiji Constitution; The Japanese experience of the West and the shaping of the modern state* (International House of Japan, Tokyo 2007).

2 Vgl. JUNJI BANNO, *The establishment of the Japanese constitutional system* (Routledge, London 1992).

3 Zu diesem Thema siehe auch PAUL-CHRISTIAN SCHENCK, *Der deutsche Anteil an der Gestaltung des modernen japanischen Rechts- und Verfassungswesens: deutsche Rechtsberater*

II.

Im Dezember 1871 entsandte die kaiserliche Regierung Japans eine Mission in die westlichen Länder, die wegen ihres Botschafters *Tomomi Iwakura* (1825–1883) als *Iwakura-Mission* bekannt ist.⁴ Eines der Ziele dieser Mission war eine genaue Beobachtung der westlichen Kultur, wohinter sich eine eigenartige Einstellung der damaligen Regierung Japans zu den westlichen Großmächten verbarg. Eine Richtlinie der Entsendung lautete nämlich: “Um die bestehenden ungleichen Verträge mit den westlichen Ländern revidieren zu können, soll man sich an das Völkerrecht wenden, das uns als ein Prinzip unseres neuen Staats-, Zivil-, Handels-, Straf- und Steuerrechts dienen muss.” Wie sich in dieser Aussage erkennen lässt, galt damals in Japan das westliche Völkerrecht, *bankoku kôhō* (万国公法), als das Motto der neuen Zivilisation, in die Japan eintreten wollte.⁵ Tatsächlich hatte sich das damalige Völkerrecht allerdings noch nicht völlig von dem Charakter eines Gemeinschaftsrechts der christlichen Länder befreit; es war aber der naive Glaube der Japaner, dass Japan ein Mitglied der internationalen Gemeinschaft würde, wenn es institutionell wie ein europäischer Staat ausgestattet werden könnte.

Unter dieser Annahme wurde die Mission in die USA und nach Europa geschickt, um sich über eine völkerrechtsgemäße Staatsreform vor Ort zu informieren. Was aber diese Mission in den westlichen Ländern erlebte, verdeutlichte eher den großen Unterschied, der zwischen Japan und diesen Ländern bestand. Eine der zentralen Figuren in der Meiji-Restauration und ein Vizebotschafter der Mission, *Toshimichi Ôkubo* (1830–1878),⁶ beklagte in England, dass “das, was ich nun tun kann, nur mein Rücktritt sein kann, denn ein Veralteter wie ich entspricht gar nicht dieser fortschrittlichen Welt”.⁷

im Japan der Meiji-Zeit (Steiner, Stuttgart 1997); JUNKO ANDO, Die Entstehung der Meiji-Verfassung. Zur Rolle des deutschen Konstitutionalismus im modernen japanischen Staatswesen (Iudicium Verlag, München 2000).

- 4 Vgl. WILLIAM G. BEASLEY, *Japan Encounters the Barbarian: Japanese Travellers in America and Europe* (Yale University Press, New Haven 1995). Der umfangreiche Reisebericht eines Begleiter dieser Reise, *Kunitake Kume*, der zu einem der Begründer der modernen Geschichtswissenschaft gezählt wird, ist heute nicht nur in der englischen Übersetzung, sondern auch in einer zusammengefassten deutschen Fassung zugänglich, siehe KUNITAKE KUME, *The Iwakura Embassy, 1871-73: A True Account of the Ambassador Extraordinary & Plenipotentiary's Journey of Observation Through the United States of America and Europe*, 5 Bde, (Matsudo, The Japan Documents, Chiba 2002); DERS. (Peter Pantzer Hrsg. u. Übers.), *Die Iwakura-Mission: Das Logbuch des Kume Kunitake über den Besuch der japanischen Sondergesandtschaft in Deutschland, Österreich und der Schweiz im Jahre 1873* (Iudicium Verlag, München 2002).
- 5 SUSUMU YAMAUCHI, *Civilization and International Law in Japan During the Meiji Era (1868-1912)*, in: *Hitotsubashi Journal of Law and Politics* 24 (1996) 1 ff.
- 6 MASAKAZU IWATA, *Ôkubo Toshimichi: the Bismarck of Japan* (University of California Press, Berkeley 1964).
- 7 CHION MATSUHARA, *Ôkubo Toshimichi* (Matsuno-Shoten, Yamaguchi 2003) 125 f.

Am Ende der Reise besuchte die Mission Deutschland. Ôkubo hoffte, dass man dort etwas lernen könne. Auf dieses nach dem Krieg gegen Frankreich gerade entstandene Kaiserreich setzte er seine letzte Hoffnung und Deutschland enttäuschte Ôkubo nicht. Nach seiner Heimkehr sagte er: „Mein einziger Gewinn der Reise war ein Gespräch mit Bismarck und Moltke“.⁸ Was für ein Gewinn war damit gemeint? Die Antwort findet sich in einer Rede Bismarcks, die er am 15. März 1873 an die japanische Mission gerichtet hatte:

„Das Völkerrecht bezweckt, die rechtliche Ordnung der einzelnen Staaten zueinander aufrecht zu erhalten; wenn aber ein großes Reich Differenzen mit einem anderen Staate hat, dann wird es alles dem Völkerrecht entsprechend machen, vorausgesetzt, dass dies für es vorteilhaft ist; wenn dies aber nicht der Fall ist, dann will es vom Völkerrecht nichts wissen und vertritt seine Ansprüche mit Gewalt“.⁹

Derart sprach also Bismarck über das Wesen der Zivilisation und des Völkerrechts, das damals in Japan als das Symbol der westlichen Zivilisation galt. Nach Bismarck war die Zivilisation demnach nichts anderes als der Daseinskampf, und die Konkurrenz der Staaten und das Völkerrecht war nicht mehr als ein bloßer Schleier dieser realen Beziehungen der internationalen Politik.

Alles, was ein Kleinstaat in diesem Kampf ums Dasein tun konnte, war danach, seine eigenen Kräfte zu pflegen und zu entwickeln. Bismarck versäumte nicht, diesen Standpunkt Deutschlands als Vorbild für Japan darzustellen:

„Die Zustände in Ihrem Lande, meine Herren, sind so, wie sie vor Jahren hier in Preußen waren. Ich kann mich in die Verhältnisse ganz gut hineindenken, weil ich in einem kleinen und schwachen Lande, das sich langsam auf den heutigen Standpunkt emporgeschwungen hat, geboren bin. Wir schützen unsere Rechte und unsere Selbsterhaltung. Japan befindet sich in derselben Lage, und wegen dieser Verhältnisse müssen wir besonders freundschaftlich verkehren“.¹⁰

Nach der Iwakura-Mission musste die Anschauung der japanischen Politiker zur Zivilisation drastisch geändert werden: nämlich von einer Zivilisation der Tugend (der chinesischen Zivilisation) zur einer Zivilisation der Macht (der europäischen Zivilisation).¹¹ Überzeugt von der Richtigkeit dieser Maxime nahm Ôkubo in Japan wieder seine Regierungspflichten auf. Jetzt lautete die Devise, Maßnahmen zu ergreifen, um die industrielle sowie militärische Macht des Staates zu stärken und auf diese Weise die Selbstständigkeit gegenüber den ausländischen Mächten sicherzustellen. Ein wesentlicher Schritt dahin war für Ôkubo die Schöpfung einer entsprechend ausgestalteten Verfassung. Schon im November 1873 hatte Ôkubo eine konstitutionelle Staatsform in einem

8 Brief Ôkubos an *Tokujiro Nishi* vom 27. März 1873, in: *Ôkubo Toshimichi monjo* [Ôkubo Toshimichi papers], Bd. 4, (University of Tokyo Press, Tokyo 1973) 501.

9 OTTO VON BISMARCK, Die Gesammelten Werke, Bd. 8 (Berlin 1926) 65.

10 Ebenda.

11 TAKII (Fn. 1) 30.

schriftlichen Entwurf niedergelegt.¹² Der Entwurf bezeichnete die politischen Befugnisse des Herrschers und der Staatsbürger, die gemeinsam ein Ganzes bilden sollten. Die Tradition des kaiserlichen Hauses sollte in ungebrochener Linie bewahrt werden und die Verfassung die Staatsbürger Schritt für Schritt zu Zivilisation und Gemeinwohl führen.

Die Idee hinter Ôkubos Vorhaben war, das Staatswesen zu festigen, die Einheit des Volkes zu beschleunigen – vor der Meiji-Restauration war Japan in Dutzende von nahezu autonomen Fürstentümern zersplittert gewesen – und im internationalen Wettbewerb der Nationen zu überleben. Deutschland lieferte das Leitprinzip, um mit der Kraft der Verfassung über ein dem Völkerrecht entsprechendes Instrument zu verfügen.¹³

III.

Im Mai 1878 fiel Ôkubo einem Mordanschlag zum Opfer. Nun sprang *Hirobumi Itô* in die Bresche, der schon des längeren auf Wunsch von Ôkubo an der Formulierung einer Verfassung arbeitete.

Auch Itô, der später Ministerpräsident werden sollte, war ein Mitglied der Iwakura-Mission gewesen. Zehn Jahre nach dieser Mission wurde er im März 1882 erneut nach Europa geschickt. Die Regierung entschied, eine Delegation, die offiziell mit gezielten Recherchen für eine Verfassung beauftragt war, nach Europa zu entsenden. Die Leitung der Delegation hatte Itô inne. Im Prinzip sollte jede der wichtigsten europäischen Verfassungen einer Evaluation unterworfen werden. Tatsächlich aber war der Einfluss Deutschlands auf die damalige Regierung von Anfang an nicht geringer gewesen, als jener, der auf Ôkubos Gedanken gewirkt hatte.

So war es nur naheliegend, den Schwerpunkt der Recherchen in Deutschland anzusetzen. Dies war allerdings im Vorfeld von innerjapanischer Kritik nicht frei geblieben. Die Antithese formulierte das Kabinettsmitglied *Shigenobu Ôkuma*, der heftige schriftliche Einwände äußerte. Erstens wollte Ôkuma eine sehr viel schneller geschaffene Verfassung und eine frühere Einberufung eines Parlaments und zweitens setzte er sich für eine Einführung des englischen parlamentarischen Regierungssystems ein. Die andere Seite konterte mit einem Leitfaden zur Verfassungsgesetzgebung nach dem Vorbild Preußens. Es war diese Richtlinie, die sich schließlich durchsetzte und Aufnahme in das kaiserliche Edikt des Jahres 1881 fand, eine Volksvertretung einzurichten. Man spricht hier gerne von der Geburtsstunde des japanischen „Preußentums“, der Übernahme betont deutscher verfassungsrechtlicher Konzepte.¹⁴

Mit dieser vom Kaiserlichen Hof sanktionierten Haltung reiste nun Itô nach Europa ab. Es war nicht verwunderlich, dass das Deutsche Kaiserreich sein erstes Ziel bildete.

12 In: *Ôkubo Toshimichi kankei monjo* [Nachlass von Ôkubo Toshimichi], Bd. 5 (Tokyo Daigaku Shuppan-kai (University of Tokyo Press) Tokyo 1970) 182 ff.

13 TAKII (Fn. 1) 47-48.

14 Dazu auf Deutsch siehe: SCHENCK (Fn. 3) 130 ff; ANDO (Fn. 3) 47 ff.

Im Mai 1882 war man in Berlin eingetroffen. Zum vorrangigen Ansprechpartner erwählte man den berühmten Staatsrechtler *Rudolf von Gneist* an der Berliner Universität. Er sollte die Delegation aus seinem Erfahrungsschatz belehren. Gneist aber war dem Vernehmen nach deren Interessen gegenüber nicht aufgeschlossen genug, jedenfalls aber nicht engagiert genug, um sich in der Diskussion deren Bedürfnissen und Anliegen zu stellen. Beim ersten Treffen habe Gneist der Delegation vielmehr eröffnet, dass eine Verfassung nichts anderes als die Offenbarung des Volksgeistes sei und auf der Geschichte des jeweiligen Volkes beruhe, und dass er bezweifle, wegen seines Mangels an Wissen über die japanische Geschichte dem Land behilflich sein zu können.¹⁵ Gneist war Nachfolger auf dem Lehrstuhl *Friedrich Carl von Savignys*, des Begründers der historischen Rechtsschule.¹⁶ Dieser Grundhaltung folgte auch Gneist, der nun seinerseits in Deutschland zu den führenden Vertretern der Historischen Rechtsschule zählte und der japanischen Delegation vor diesem Hintergrund seine Bedenken an der Einführung einer aus den Wurzeln der Geschichte und der Kultur des Westen entstandene Verfassung in Japan andeutete.

In einer Atmosphäre wie dieser war in Berlin weder für Itô noch für die anderen japanischen Begleiter ein Weiterkommen oder gar ein sicheres Resultat bei ihren Studien zu erwarten. So übersiedelte die Gruppe im August des Jahres 1882 nach Wien. Und siehe, hier fand sich plötzlich für die japanische Seite ein juristisch höchst vorteilhaftes Ambiente.

In Wien traf die Delegation mit dem aus Schleswig stammenden *Lorenz von Stein* zusammen, der seit 1855 als Professor an der Wiener Universität Staatswissenschaft und Nationalökonomie lehrte.¹⁷ Stein pflegte bereits mit den in Wien stationierten japanischen Diplomaten Umgang, und darum nahm er die Delegation entgegenkommend auf.¹⁸ Aber mehr noch fanden seine grundsätzlichen Überlegungen über das Funktionieren eines Staates bei den japanischen Besuchern, einer Offenbarung gleich, ungeteilten Anklang.

Der Grund, warum Steins Lehre Itô dermaßen faszinierte, lag darin, dass nicht die Verfassung im engeren Sinn, sondern das Konzept des gesamten Staates im Mittelpunkt seiner Überlegungen stand. Stein bot weniger eine Erklärung über die in der Verfassung niederzulegenden einzelnen Regeln, sondern vielmehr für das Gesamtbild eines Ver-

15 TAKII (Fn. 1) 60.

16 Über Gneist siehe ERICH J. HAHN, *Rudolf von Gneist, 1816-1895: Ein politischer Jurist in der Bismarckzeit* (Klostermann, Frankfurt am Main 1995).

17 Vgl. WILHELM BRAUNEDER, *Lorenz von Steins Wirken in Wien*, in: WILHELM BRAUNEDER / KANAME NISHIYAMA (Hrsg.), *Lorenz von Steins „Bemerkungen über Verfassung und Verwaltung“ von 1889 zu den Verfassungsarbeiten in Japan* (Peter Lang, Frankfurt am Main u.a. 1992).

18 Die freundliche Beziehung Steins mit den japanischen Diplomaten in Wien zeigen beispielsweise die Briefe von *Renkichi Watanabe*, der als Attaché der japanischen Gesandtschaft in Wien tätig war; siehe: *Der Nachlass Lorenz von Steins*, 4.2: 04.96, in: Schleswig-Holsteinische Landesbibliothek.

fassungsstaates. Die Verfassung war danach kein Selbstzweck, sie fungierte primär als Leitfaden für die effektive Verwaltung eines Staates. Itô schrieb nach Japan: „Ich habe das Gefühl, den rechten Ort gefunden habe, um ruhig sterben zu können“.¹⁹

Der Ruf Steins verbreitete sich nach der Rückkehr der Delegation und nach Itôs Äußerungen, die voll des Lobes waren, dermaßen rasch, dass eine regelrechte Pilgerschaft nach Wien einsetzte (*shutain-môde* シュタイン詣で), um Steins Worte und Ansichten direkt vor Ort vernehmen zu können. Zahllose japanische Politiker, Bürokraten, Wissenschaftler und Studierende gaben sich bei Stein einer nach dem anderen die Klinke in die Hand.²⁰ Als Stein am 23. September 1890 starb, hielten seine japanischen „Verehrer“, angefangen bei *Hirobumi Itô*, am 15. Tag des Folgemonats in Tokyo eine Trauerfeier ab. Die Feier erfolgte im Stil des *Shintô*-Glaubens, Japans vorbuddhistischer Religion. *Steins* Hinterbliebenen in Wien war von diesem ehrenden Abschied berichtet worden und dass *Stein* dabei „göttliche“ Verehrung zuteil geworden war.²¹

Kehren wir zu Itôs Studien in Europa zurück. Diese Reise wurde historisch als „Verfassungsinspektion“ benannt; im Ergebnis war diese Bezeichnung allerdings irreführend, denn die Reise führte auch zur Entdeckung der Verwaltung.²²

„Es lohnt nicht“, heißt es einmal bei Itô nach Steins Unterricht, „bloß eine Verfassung zu analysieren.“ Er folgerte weiter:

„Wie gut man auch eine Verfassung entwirft oder ein Parlament zusammensetzt, es wird keine Ergebnisse zeitigen, wenn die Verwaltung nicht richtig funktioniert. ... Das Wichtigste ist und bleibt, dem Staat und seiner Regierung ein Regelwerk in die Hand zu geben, das eine gute Verwaltung sichert“.²³

Verfassung und Verwaltungssystem müssten sich gegenseitig bereichern, lautete die Devise für Itô. Denn nur in dem großen Ganzen eines funktionierenden Staatskörpers würden die rechtlichen Vorgaben einer konstitutionellen Verfassung den passenden Schlüssel bieten.

19 Brief Itôs an Tomomi Iwakura vom 11. August 1882, in: *Itô Hirobumi-ten* [Biographie von Hirobumi Itô], Bd. 2 (Tôseisha, Tokyo 1940) 297.

20 Vgl. KAZUHIRO TAKII, „Stein-Pilgerfahrten“. Zum Kulturaustausch zwischen dem österreichischen und dem japanischen Recht im 19. Jahrhundert, in: ders. (Hrsg.), Lorenz von Steins Arbeiten für Japan. Österreichisch-japanische Rechtsbeziehungen II (Peter Lang, Frankfurt am Main u.a. 1998).

21 Siehe dazu den Brief von *Nobuyoshi Kayeda*, ein ehemaliger Pilger zu Stein, an dessen Sohn vom 15. Oktober 1890; siehe: Der Nachlass Lorenz von Steins, 44.2: 04.25-5, in: Schleswig-Holsteinische Landesbibliothek.

22 Dies klingt nicht zweifelhaft, wenn man sich daran erinnert, dass Stein gar kein Verfassungsrechtler war, sondern vielmehr als Begründer der Verwaltungslehre galt; vgl. BRAUNEDER (Fn. 17).

23 ATSUSHI HIRATSUKA, *Zoku Ito Hirobumi hiroku* [Private Dokumente von Hirobumi Ito], Bd. 2, (Hara-Shobo, Tokyo 1982) 46.

IV.

Als drittes Beispiel eines Rezipienten der deutschen Einflüsse bei der Gestaltung des japanischen Verfassungsstaates ist der damalige Innenminister *Aritomo Yamagata* (1838–1922) zu nennen, der ein großer Rivale Itôs war. Yamagata verließ Japan im Dezember 1888 in Richtung Europa und Amerika. Eine Folge dieser Reise war, dass Yamagata eine sehr kritische Einstellung gegenüber dem zwei Jahre später eröffneten japanischen Parlament entwickelte.²⁴

Was Yamagata in Europa beobachtet hatte, war nichts anderes als ein vom Parlament ausgelöstes Chaos in der Politik. Das schlug Yamagata schon in seinem ersten Reiseziel, Paris, entgegen, welches damals durch den so genannten „Boulangisme“ stark erschüttert wurde. Dort eskalierte anlässlich der Parlamentswahl eine Antiregierungsbewegung, die von einer den reaktionären General *George Boulanger* (1837–1891) unterstützenden Masse, angetrieben wurde. Zufälligerweise konnte Yamagata in Paris diese Vorgänge konkret beobachten. Obwohl die Bewegung letztlich scheiterte, war es für Yamagata ein einprägsames Erlebnis, welches dazu führte, dass er über die Schattenseiten des Parlamentarismus nachzudenken begann. Nach diesen Ereignissen schrieb er nach Japan, dass die Zentralgewalt nicht dem Parlament übergeben werden sollte.²⁵

Yamagatas Skepsis gegenüber dem Parlamentarismus verstärkte sich auf der Reise Schritt für Schritt. Nach seiner Einschätzung litt der Parlamentarismus der europäischen Länder darunter, dass moderate Meinungen eher unterschätzt und radikale und populistische Ansichten wegen des ihnen zukommenden heftigen Applauses überschätzt würden. Allgemein schien ihm das Parlament ein Hort und eine Demonstration des Radikalismus zu sein. Yamagata sah in dem von ihm als Ausfluss der westlichen Zivilisation betrachteten Parlament durchaus auch ein staatsgefährdendes Element.²⁶

In Mai 1889 besuchte Yamagata Berlin, wo er Rudolf von Gneist begegnete. Ganz anders als Itô in 1882, war er von dem Gespräch mit Gneist begeistert. In Übereinstimmung mit der negativen Einschätzung Yamagatas erhob Gneist deutliche Einwände gegen eine Einführung des Parlamentarismus in Japan. Gneist riet Yamagata, dass es für die Eröffnung des Parlaments in Japan noch zu früh wäre und man lieber die bisherige unbeschränkte Regierung möglichst nicht ändern solle.²⁷ Trotz der Verkündung der Verfassung am 11. Februar 1889 und der für das folgende Jahr beabsichtigten Eröffnung

24 TAKII (Fn. 1) Kap. 3.

25 Brief Yamagatas an *Akimasa Yoshikawa* vom 16. Februar 1889, in: Nachlass von *Kaoru Inoue* (Modern Japanese Political History Materials Room, National Diet Library) 639–4.

26 Brief Yamagatas an *Mitsuaki Tanaka* vom 5. April 1889, in: SOHO TOKUTOMI, *Koshaku Yamagata Aritomo-ten* [Biographie vom Herzog Yamagata Aritomo], Bd. 2 (Hara-Shobo, Tokyo 1969) 1051.

27 *Gunaihito[sic]-shi togi* [Antworten von Herrn Gneist], in: Der Nachlass von *Kanrokurô Nakayama*, Center for Modern Japanese Legal and Political Documents der juristischen Fakultät der Universität Tokyo, 6-377. Nakayama begleitete Yamagata auf dieser Reise als sein Sekretär.

des Parlaments hatte Gneist nach wie vor Einwände, was Yamagata stark beeindruckt haben muss.

Gneist riet Yamagata weiter, mittels einer von moderaten Lokalhonoratioren getragenen Selbstverwaltung Einflussnahmen der Parlamentsabgeordneten abzuwehren.²⁸ So gesehen ist die „Eindeutschung“ des japanischen konstitutionellen Systems zwar mit einer effektiven Führung des Landes verbunden, aber auch von einem – zumindest aus dem Blickwinkel unserer heutigen Zeit – Anti-Parlamentarismus gekennzeichnet.

V.

Am 11. Februar 1889 wurde die Meiji-Verfassung vom *Tennô* in einer feierlichen Zeremonie ihrer Bestimmung übergeben. Bisher wurde diese Verfassung sehr oft als eine Nachahmung der Preußischen Verfassungsurkunde von 1850 betrachtet. Diese Ansicht ist aber aus zweierlei Gründen nicht gerechtfertigt.

Erstens sind die Beschränkung der monarchischen Gewalt und die Garantie des Parlamentarismus in Japan nicht zu verkennen, obwohl in der Meiji-Verfassung wie in der Verfassung Preußens vergleichbar umfangreiche Prärogativen festgeschrieben waren. Tatsächlich war, wie am Anfang dieses Artikels erwähnt, in Japan bis 1930 die schrittweise Verwirklichung der parlamentarisch-konstitutionellen Monarchie zu beobachten, wobei die englische „Verfassung“ als Vorbild galt.²⁹

Zweitens darf man die Einflüsse aus Deutschland nicht nur im Text der Verfassung suchen; sie werden vielmehr deutlich, wenn man die Auswirkungen der Verfassung breiter zu begreifen versucht und sie mit der Struktur des Staates oder dem realen Regierungssystem gleichsetzt. So nahmen die in diesem Referat erwähnten führenden japanischen Politiker, Ôkubo, Itô und Yamagata, in je eigener Weise wichtige Lehren aus

28 Ebenda.

29 Hier sind noch ein paar Worte zur theokratischen Seite der Meiji-Verfassung hinzuzufügen. Der berühmte Artikel 1 der Verfassung lautete: „Das Großjapanische Kaiserreich wird für ewige Zeiten von einer ununterbrochen Linie von Kaisern regiert und beherrscht“. Wie sich mit einem Blick erkennen lässt, wird hier die Vergöttlichung der Macht des Tennôs als Souverän verordnet. Zwar rechtfertigte dieser Artikel den „Kokutai“-Gedanken, eine japanische Gottesgnadentumslehre, die in den 1930er Jahren den Faschismus förderte. Aber in der Meiji- und in der sich daran anschließenden Taishô-Zeit trat diese Geistesströmung noch nicht hervor, es galt vielmehr die Selbstbeschränkung der kaiserlichen Prärogative zugunsten des Parlamentarismus. In der Praxis handelte der Tennô politisch niemals selbständig. So nahm er beispielsweise Ernennungen und Entlassungen des Premierministers und der Minister seines Kabinetts nicht autonom vor, sondern immer nach dem Rat erfahrener Staatsmänner. Eigentlich beabsichtigte Artikel 1 weniger einem innenpolitischen Zweck zu dienen, als vielmehr außenpolitisch die Eigentümlichkeit dieser Verfassung hervorzuheben. Die japanischen Verfassungsväter versuchten nämlich, entsprechend dem damals in Europa verbreiteten Historismus, zu zeigen, dass die japanische Verfassung mehr als eine Nachahmung ihrer westlichen Vorbilder war.

Deutschland mit. Dabei ist zu betonen, dass es ihnen nicht um die Verfassung im formellen Sinn, sondern um die Verfassung als zentrales Strukturelement des ganzen Staatswesens ging. So erkannte Ôkubo die Symbolfunktion der Verfassung für die Bildung des Nationalstaates und Itô sowie Yamagata konnten ihr Blickfeld erweitern, indem beide die Bedeutung der den Parlamentarismus ergänzenden und beschränkenden Verwaltung begriffen.

Abschließend seien dem politischen Wirken Itôs und Yamagatas in Japan noch einige Worte gewidmet. Die Erfahrungen und Überzeugung der beiden, die sie aus Deutschland über die Rolle der Verfassung mitnahmen, betrafen eher die Idee und die Organisation der Verwaltung, die den von der Verfassung eingeführten Parlamentarismus ergänzen und die konstitutionelle Monarchie verwirklichen sollten. Dabei darf allerdings der erheblich unterschiedliche Stellenwert, der dem Parlamentarismus in den Ansichten beider Staatsmänner zukam, nicht verkannt werden. Während bei Itô die Herrschaft schrittweise auf ein auf der Volksvertretung beruhendes demokratisches System übergehen sollte, wollte Yamagata dieses vermittels der Bürokratie und des Militärs beschränken. Die Verfassungswirklichkeit des Meiji-Japan bildete sich aus der Konkurrenz dieser beiden unterschiedlichen Ansichten heraus.

Die Entwicklung des Leistungsstörungenrechts seit 1900 – die japanischen Erfahrungen –

Keizo Yamamoto * **

- I. Themenstellung
- II. Der Wandel des japanischen Leistungsstörungenrechts I
 - 1. Die Entstehung des japanischen Zivilgesetzes – unterschiedlicher Ausgangspunkt im Vergleich zum deutschen Recht
 - 2. Die Rezeption deutschen Rechts in Zuge der Theorienrezeption – Annäherung an das deutsche Recht
- III. Der Wandel des japanischen Leistungsstörungenrechts II
 - 1. Abwendung vom deutschen Recht
 - 2. Suche nach einer neuen Richtung
- IV. Ausblick auf die Schuldrechtsreform in Japan

I. THEMENSTELLUNG

Das Thema meines Beitrages ist die rechtsvergleichende Untersuchung des japanischen und deutschen Leistungsstörungenrechts. Im Leistungsstörungenrecht gibt es jedoch eine Vielzahl von Fragestellungen. Ich möchte mich daher im Folgenden auf die Begründung der Schadensersatzhaftung beschränken. Zentrale Fragen sind hierbei einerseits, was eine Leistungsstörung darstellt, die eine Schadensersatzpflicht begründet, und wie diese mittels Rechtsbegriffen oder Rechtskategorien erfasst werden kann, und andererseits, worin die Zurechnungsgründe der Schadensersatzhaftung bestehen, insbesondere ob Verschulden erforderlich ist oder nicht.

Das deutsche BGB sah hinsichtlich der erstgenannten Frage anfangs nur zwei Arten von Leistungsstörungen vor, die Unmöglichkeit und den Verzug, jedoch keinen beide umfassenden Oberbegriff. Demnach wäre eine Verletzung von anderen als auf den Leistungsgegenstand gerichteten Interessen als nicht vom Leistungsstörungenrecht erfasst anzusehen. Jedoch wurde bald nach Inkrafttreten des BGB vom Bestehen einer Lücke im Leistungsstörungenrecht ausgegangen und die positive Forderungsverletzung bzw. Vertragsverletzung von Rechtsprechung und Lehre als dritte Form der Leistungsstörung anerkannt. Mit der Schuldrechtsreform von 2002 wurde diese Rechtsentwicklung in das BGB aufgenommen, indem § 241 Abs. 2 BGB n.F. nunmehr bestimmt, dass jede Partei

* Dr. iur., Professor für Zivilrecht an der Universität Kyoto.

** Der Verfasser dankt Frau Dr. *Gabriele Koziol*, Frankfurt, für die engagierte Unterstützung bei der Erstellung der deutschen Fassung des Manuskriptes.

des Schuldverhältnisses die Pflicht treffen könne, auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils Rücksicht zu nehmen, und die Regelung des § 280 Abs. 1 BGB n.F. als Grundnorm (einheitlicher Haftungstatbestand)¹ des Schadensersatzes bei Leistungsstörung lautet:

„Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen.“

Hinsichtlich der zweiten Frage, also jener nach den Zurechnungsgründen für die Schadensersatzhaftung, folgt das BGB dem Verschuldensprinzip und verlangt grundsätzlich nicht nur bei der deliktischen Haftung, sondern auch bei der Haftung wegen Nichterfüllung Vorsatz oder Fahrlässigkeit als Zurechnungsgrund. Dieser Grundsatz wurde auch im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung von 2002 beibehalten; gemäß § 276 Abs. 1 BGB n.F. kann davon jedoch abgewichen werden, wenn dies

„aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos zu entnehmen ist“.²

Dies wird jedoch als bloße Klarstellung dessen, was auch bisher schon aufgrund von § 276 Abs. 1 BGB a.F. anerkannt war („sofern nicht ein anderes bestimmt ist“), angesehen.³

Im Vergleich zu dem eben dargestellten deutschen Recht weist das japanische Recht eine äußerst interessante Entwicklung auf. Grob skizziert näherte sich das japanische Recht von ganz anderen Voraussetzungen ausgehend vorübergehend stark an das deutsche Recht an, um sich nun wieder davon zu entfernen und gegenwärtig nach einer neuen Ausrichtung zu suchen. Inwiefern unterscheiden sich nun aber die jeweiligen Voraussetzungen, von denen die beiden Rechtsordnungen ausgegangen sind? Wie näherten sie sich in weiterer Folge einander an? In welchen Punkten und vor allem warum entfernen sich die beiden nun doch wieder voneinander? Und in welche neue Richtung strebt das japanische Recht heute? Welche Gemeinsamkeiten und Unterschiede zum heutigen deutschen Recht lassen sich dabei finden? Gewiss ist es auch für die

1 Vgl. Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, in: C.-W. CANARIS, Schuldrechtsmodernisierung 2002 (München 2002) 669 ff.; DERS., a.a.O., XIV f.

2 Das Verständnis von Verschuldens- und Garantiehaftung in § 276 Abs. 1 BGB n.F. sowie deren Angemessenheit wird in Deutschland immer noch diskutiert. Kritisch hierzu etwa H. SUTSCHET, Garantiehaftung und Verschuldenshaftung im gegenseitigen Vertrag (Tübingen 2006); W.-TH. SCHNEIDER, Abkehr vom Verschuldensprinzip? (Tübingen 2007). Dagegen sieht etwa S. LORENZ, Schuldrechtsmodernisierung – Erfahrungen seit dem 1. Januar 2002, in: E. Lorenz (Hrsg.), *Karlsruher Forum 2005* (Karlsruhe 2005), 59 ff., 136 eine Verstärkung des Verschuldensprinzips im neuen Schuldrecht. Für einen Überblick über die Diskussion siehe auch T. WATANABE, *Kiseki jiyû* [Vertretenmüssen], in: *Hikaku-hô Kenkyû* 71 (2009) 154 ff.

3 Vgl. Begründung der Bundesregierung (Fn. 1) 665.

deutschen sowie wohl auch die anderen Kollegen von Interesse, den skizzierten Wandel des japanischen Rechts und dessen Hintergründe näher zu beleuchten.

Der Wandel des japanischen Leistungsstörungenrechts⁴ wird im Folgenden in zwei Abschnitten dargestellt. Der erste betrifft jene Periode, in der sich das japanische Recht trotz verschiedener Ausgangspunkte an das deutsche Recht annäherte. Das ist grob gesprochen die Zeit von der Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert bis zur Mitte des 20. Jahrhunderts. Den zweiten Abschnitt bildet die Zeit der Abwendung des japanischen Rechts vom deutschen und der Suche nach einer neuen Richtung; dies setzte um die Mitte des 20. Jahrhunderts ein und dauert bis heute an.

II. DER WANDEL DES JAPANISCHEN LEISTUNGSSTÖRUNGSRECHTS I

1. *Die Entstehung des japanischen Zivilgesetzes – unterschiedlicher Ausgangspunkt im Vergleich zum deutschen Recht*

Ich möchte zunächst von den Bestimmungen des japanischen Zivilgesetzes (ZG)⁵ ausgehen, das im Jahr 1898 erlassen wurde. Die Voraussetzungen für den hier relevanten Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung sind in Art. 415 ZG geregelt,⁶ der wie folgt lautet:

„Erfüllt der Schuldner seine Verpflichtung nicht entsprechend dem wesentlichen Inhalt der Schuld, so kann der Gläubiger den Ersatz des daraus entstehenden Schadens verlangen. Dasselbe gilt, wenn die Leistung infolge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden ist.“

Dies unterscheidet sich in zweierlei Hinsicht vom deutschen Recht. Erstens wurde die Nichterfüllung als einheitliches Tatbestandmerkmal festgelegt. Zwar spricht Art. 415 ZG in Satz 1 die Nichterfüllung und in Satz 2 die Unmöglichkeit an. Nach dem Willen der Verfasser des ZG sollte jedoch kein Unterschied zwischen beiden bestehen.

4 Zur Dogmengeschichte von Art. 415 Zivilgesetz siehe Y. SHIOMI, *Saimu fu-rikô, keiyaku sekinin ronshi* [Dogmengeschichte der Haftung für Nichterfüllung und der Vertragshaftung], in: ders., *Saimu fu-rikô no kyûsai hōri* [Prinzipien der Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung] (Tokyo 2010) 13 ff.; K. YOSHIDA, *Saiken no kakushu – „kiseki jiyū“ ron no sai-kentō* [Verschiedene Arten von Forderungen – Neubetrachtung der Lehre vom „Vertretenmüssen“], in: E. Hoshino (Hrsg.), *Minpō kōza bekkā 2* [Vorlesungen zum Bürgerlichen Recht Sonderband 2] (Tokyo 1990) 1 ff. Zur Entwicklung der Rechtsprechung zu Art. 415 Zivilgesetz siehe H. NAKATA, *Minpō 415-jō, 416-jō (saimu fu-rikô ni yoru songai baishō)* [Art. 415, 416 ZG (Schadenersatz wegen Nichterfüllung)], in: T. Hironaka/E. Hoshino (Hrsg.), *Minpō-ten no hyakunen III* [100 Jahre Zivilgesetzbuch III] (Tokyo 1998) 1 ff. Vgl. auch K. YAMAMOTO, *Vertragsrecht*, in: H. Baum/M. Bälz (Hrsg.), *Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht* (Köln 2011) Rn. 185 ff.

5 *Minpō*, Gesetz Nr. 89/1896 und Gesetz Nr. 9/1898 i.d.F. Gesetz Nr. 74/2011.

6 Zur Entstehungsgeschichte von Art. 415 ZG siehe YOSHIDA (Fn. 4) 5 ff.; NAKATA (Fn. 4) 1 ff. Vgl. auch Z. KITAGAWA, *Rezeption und Fortbildung des europäischen Rechts in Japan* (Frankfurt/M. 1970) 37 ff.

Satz 2 wurde nur deshalb hinzugefügt, weil die Verfasser des ZG befürchteten, dass der Ausdruck „Nichterfüllung“ zu dem Missverständnis Anlass geben könne, die Unmöglichkeit sei nicht mitumfasst. Der Absicht der Verfasser zufolge fällt die Unmöglichkeit jedoch selbstverständlich unter den Begriff der Nichterfüllung. Daraus wird ersichtlich, dass die Nichterfüllung als einheitliches Tatbestandsmerkmal des Schadenersatzanspruchs wegen Nichterfüllung konzipiert war. Dies unterscheidet sich vom Ansatz des deutschen Rechts, das je nach der Art der Leistungsstörung – ursprünglich nur Unmöglichkeit und Verzug, später zusätzlich auch die positive Forderungsverletzung – verschiedene Voraussetzungen für den Schadenersatzanspruch vorsah.

Zweitens sieht die Bestimmung des ZG ebenfalls als einheitliche Tatbestandsvoraussetzung das Vorliegen eines „vom Schuldner zu vertretenden Umstandes“ vor; dies wird jedoch nicht im Sinne eines Verschuldens verstanden. Aus den Gesetzesmaterialien wird deutlich, dass das Vertretenmüssen des Schuldners nicht nur für den Fall der Unmöglichkeit, sondern generell als notwendige Voraussetzung der Nichterfüllung angesehen wurde. Jedoch ist nicht ersichtlich, dass diesem eine dem Verschulden, zumindest im Sinne des deutschen Rechts, gleichzusetzende Bedeutung zukommen sollte. Als Beispiele für nicht vom Schuldner zu vertretende Umstände führten die Verfasser das Beruhen auf höherer Gewalt oder auf Gründe, die dem Gläubiger oder einem Dritten zuzurechnen sind.

2. *Die Rezeption deutschen Rechts in Zuge der Theorienrezeption – Annäherung an das deutsche Recht*

a) *Theorienrezeption*

Bald nach Inkrafttreten des ZG, insbesondere in den Jahren ab 1910 bis in die 1920er Jahre hinein, kam es im japanischen Recht zur sog. Theorienrezeption. Nach Zentaro Kitagawa, der die Theorienrezeption als solche erkannte, wurde durch diese „das bestehende Recht bei seiner ‚Verwissenschaftlichung‘, indem sich der Jurist (meist Rechtswissenschaftler) ausschließlich nach einer fremden Rechtswissenschaft richtet, von seinen Normenkomplexen, wenn nicht ganz, so doch in wichtigen Punkten abweichend, umkonstruiert und umgebildet“.⁷ Ein typisches Beispiel für dieses Phänomen ist das Leistungsstörungenrecht. So wurde das japanische Recht hinsichtlich der Voraussetzungen des Schadenersatzes aufgrund Nichterfüllung von der deutschen Rechtsdogmatik geprägt. Das Phänomen ist wohl nur vor dem Hintergrund jener besonderen Anziehungskraft verständlich, welche die Stellung des Deutschen Reichs im damaligen Europa sowie die deutsche Rechtsdogmatik mit ihrer auf klaren und präzisen Rechtsbegriffen und Rechtsinstituten aufbauenden Systematik auf die Japaner zu dieser Zeit ausübte.

⁷ Z. KITAGAWA, *Nihon hōgaku no rekishi to riron* [Geschichte und der Theorie der japanischen Rechtswissenschaft] (Tokyo 1968) 25; DERS. (Fn. 6) 67.

b) *Drei Tatbestände der Nichterfüllung*

Nach der sich in jener Zeit herausbildenden herrschenden Lehre⁸ regelte Art. 415 ZG drei Formen der Leistungsstörung, nämlich Verzug, Unmöglichkeit und Schlechterfüllung. Unter Schlechterfüllung wurden dabei die Fälle der Mangelhaftigkeit des Leistungsgegenstandes, der Erbringung der Leistung in mangelhafter Weise sowie eines Mangels an der erforderlichen Sorgfalt bei der Erbringung der Leistung verstanden. Wie bereits ausgeführt, sieht Art. 415 ZG einen einheitlichen Tatbestand der Nichterfüllung vor. Die herrschende Lehre der damaligen Zeit legte die Bestimmung jedoch gleichsam nach deutschem Recht – richtigerweise nicht nach dem BGB, sondern nach dem nach dessen Inkrafttreten durch Lehre und Rechtsprechung ergänzten Recht – aus.

c) *Vertretenmüssen und Verschuldensprinzip*

Das Gleiche trifft auch auf die Voraussetzung des Vertretenmüssens zu. Nach allgemeiner Auffassung stellt eine Forderung das Recht dar, eine bestimmte Person zu einem bestimmten Verhalten anzuhalten sowie durch dieses Verhalten des Schuldners einen Vorteil zu erwerben. Bei einem solchen Verständnis des Forderungsinhalts bildet die Haftung des Schuldners bei Nichterbringung dieses Verhaltens jedoch keinen Inhalt der Forderung an sich. Es stellt sich daher die Frage, warum dennoch eine Haftung des Schuldners anzuerkennen ist. Die herrschende Lehre verwies hier nach dem Vorbild des deutschen Rechts auf das Prinzip der Verschuldenshaftung. Demnach sei das Prinzip, „wer schuldhaft einem anderen einen Schaden zufügt, hat für den daraus entstandenen Schaden zu haften“ auch hier anwendbar; der Schuldner hafte daher für die Nichterfüllung der Verbindlichkeit.

Der herrschenden Lehre lag die Ansicht zugrunde, dass die Haftung für Nichterfüllung eine Art Sanktion gegen den Schuldner darstelle, wobei die Nichterfüllung als eine die Rechte (die Forderung) des Gläubigers verletzende Handlung einer unerlaubten Handlung des Schuldners gleichzustellen sei. Infolgedessen wurde auch das Vorliegen von Rechtswidrigkeit als erforderlich angesehen, wobei diese bei der Nichterfüllung allerdings grundsätzlich vermutet und nur etwa durch die Einrede des nichterfüllten Vertrages oder das Bestehen eines Zurückbehaltungsrechts ausgeschlossen wurde. Darüber hinaus wurde das Vertretenmüssen nicht nur bei Unmöglichkeit, sondern auch bei anderen Nichterfüllungstatbeständen als Voraussetzung angesehen und dabei im Sinne von

8 Vgl. O. ISHIZAKA, *Nihon minpô dai-3-hen, saiken sôron jôkan* [Japanisches Zivilrecht Buch 3, Allgemeiner Teil des Schuldrechts Bd. 1] (Tokyo 1921) 461 ff.; H. HATAYAMA, *Nihon saiken-hô (sôron)* [Japanisches Schuldrecht (Allgemeiner Teil)] (2. Aufl., Tokyo 1925) 128 ff.; S. WAGATSUMA, *Shintei saiken sôron (Minpô kôgi IV)* [Schuldrecht Allgemeiner Teil (Bürgerliches Recht IV)] (2. Aufl., Tokyo 1964) 98 ff.; 145 ff.; 150 ff.; F. OHO, *Saiken sôron* [Schuldrecht Allgemeiner Teil] (2. Aufl., Tokyo 1972) 89 ff.

Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Schuldners oder diesen nach Treu und Glauben gleichzustellenden Umständen verstanden.⁹

III. DER WANDEL DES JAPANISCHEN LEISTUNGSSTÖRUNGSRECHTS II

1. *Abwendung vom deutschen Recht*

Die eben dargestellte, in der Folge der Theorienrezeption herausgebildete herrschende Lehre war auch nach dem Zweiten Weltkrieg noch lange Zeit sehr einflussreich. In den 1960er und 1970er Jahren wurde jedoch in der Literatur zunehmend auf grundlegende Probleme dieser herrschenden Lehre hingewiesen und gefordert, sich vom deutschen Recht zu lösen. Anlass hierzu gaben einerseits die neuerliche Untersuchung des deutschen Rechts und andererseits der Einfluss des französischen Rechts.

a) *Strukturelle Analyse des Vertrags- bzw. Schuldverhältnisses – aus der Sicht des deutschen Rechts*

aa) Theorie der „Vertragshaftung“

Zentaro Kitagawa war der erste, der auf das grundlegende Problem der herrschenden Lehre hinwies, dass nämlich durch die Rezeption deutschen Rechts im Zuge der Theorienrezeption die Konzeption des ZG verändert werde. Das Problem wollte Kitagawa nicht einfach durch eine Rückkehr zum eigentlichen ZG überwinden; er versuchte vielmehr, durch eine kritische Analyse des deutschen Rechts eine neue Richtung, eine eigenständige Theorie, zu finden.

Angeregt vor allem durch die rechtshistorischen und rechtsvergleichenden Arbeiten Ernst Rabels¹⁰, machte Kitagawa die Grenzen des Systems der deutschen Pandektistik, in deren Mittelpunkt die Unmöglichkeit steht, deutlich. Er sprach sich für die Anerkennung von Vertragspflichten aus, die nicht allein das Vertragsinteresse, sondern auch andere Parteiinteressen umfassen und vor Beginn des Vertrages einsetzen und bis nach dessen Ende andauern. Damit trat Kitagawa für eine die Haftung für Nichterfüllung

9 Vgl. ISHIZAKA (Fn. 8) 412 ff.; HATOYAMA (Fn. 8) 136 ff., 155 ff.; WAGATSUMA (Fn. 8) 100 f., 105 ff., 144 f.; OHO (Fn. 8) 93 f., 98 f. 107 f. Nach dem Vorbild des § 276 BGB a.F. wurde in diesem Zusammenhang unter Fahrlässigkeit verstanden, dass die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen und daher nicht erkannt wurde, dass es zur Nichterfüllung kommen werde, und deshalb keine geeigneten Maßnahmen zur Vermeidung der Nichterfüllung getroffen wurden, vgl. M. OKUDA, *Saiken sōron* [Schuldrecht Allgemeiner Teil] (erw. Aufl., Tokyo 1992) 125.). Als nach Treu und Glauben gleichzustellende Umstände wurden vor allem der Vorsatz oder die Fahrlässigkeit des Erfüllungsgehilfen angesehen, vgl. WAGATSUMA (Fn. 8) 106 ff.; OHO (Fn. 8) 93 f.

10 Vor allem E. RABEL, Unmöglichkeit der Leistung, in: Festschrift Bekker (Weimar 1907) 171 ff.; DERS., Das Recht des Warenkaufs, Bd. 1 (Berlin 1936), Bd. 2 (Berlin 1958).

erweiternde „Vertragshaftung“ ein.¹¹ Er suchte sich damit insoweit von der bisher vorherrschenden, dem deutschen Recht folgenden Ansicht zu lösen, als er beispielsweise das Dogma des *impossibilium nulla obligatio est*, wonach bei anfänglicher Unmöglichkeit der Vertrag nichtig sein soll, ebenso ablehnte, wie die Meinung, die Gewährleistung sei eine gesetzliche Sonderhaftung und keine Haftung wegen Nichterfüllung; nach Kitagawa sind vielmehr sowohl die Haftung bei anfänglicher Unmöglichkeit als auch die Gewährleistung als „Vertragshaftung“ einzuordnen.

bb) Strukturelle Analyse des Schuldverhältnisses durch die Lehre

Auch wenn der Ansatz, das Vertragsverhältnis als Bündel von „Vertragspflichten, die nicht allein das Vertragsinteresse, sondern auch andere Parteiinteressen umfassen und vor Beginn des Vertrages einsetzen und bis nach dessen Ende andauern“ zu sehen, im Vergleich zu dem auf Unmöglichkeit und Verzug gestützten Leistungsstörungenrecht des BGB sicherlich eine Innovation darstellt, so bleibt er doch insofern in der deutschen Rechtsdogmatik verhaftet, als er einer nach Inkrafttreten des BGB von Staub angestoßenen Diskussion über die Struktur des Schuldverhältnisses entspricht.

Tatsächlich versuchte die japanische Lehre in der darauffolgenden Zeit, insbesondere in den 1970er und 1980er Jahren, mit Blick auf das deutsche Recht die Tatbestandsvoraussetzungen der Nichterfüllung in Art. 415 ZG durch eine Analyse der Struktur der Pflichten im Schuldverhältnis zu klären.¹² Dabei wurde etwa je nach Gegenstand der Pflicht unterschieden zwischen Leistungspflichten, die auf das Leistungsinteresse gerichtet sind, und Schutzpflichten, die auf das Integritätsinteresse gerichtet sind. Erstere wurden noch weiter in Pflichten zur Erbringung der Leistung, Pflichten zur Verwirklichung des Leistungserfolgs sowie Nebenpflichten unterteilt.

Schutzpflichten wurden dabei mit dem Gedanken einer sog. Sonderverbindung bzw. eines sozialen Kontaktverhältnisses begründet.¹³ Denn in einem derartigen besonderen Verhältnis setze jede Partei ihr Integritätsinteresse dem Einfluss der jeweils anderen Partei aus. Um dieses Verhältnis reibungslos zu gestalten, müsse jede Partei darauf vertrauen können, dass ihr Integritätsinteresse von der anderen Partei besonders geschützt werde. Deshalb gelte für Parteien, die in einem derartigen Verhältnis zueinander stehen, eine über die allgemeinen, dem Deliktsrecht zugrunde liegenden Verhaltenspflichten hinausgehende gegenseitige Pflicht, das Integritätsinteresse der jeweils anderen Partei zu schützen. Die Parteien eines Vertragsverhältnisses treffe nun genau diese als Schutzpflicht bezeichnete Pflicht. Unter dem Einfluss dieser Lehre erkannte auch die Recht-

11 Vgl. Z. KITAGAWA, *Keiyaku sekinin no kenkyû* [Untersuchung zur Vertragshaftung] (Tokyo 1963) 349 ff.; DERS., *Nihon minpô to doitsu hō* [Das japanische Zivilrecht und das deutsche Recht], in: *Minshō-hō Zasshi* 131 (2005) 5 ff.

12 Vgl. OKUDA (Fn. 9) 15 ff.; T. MAEDA, *Kōjutsu saiken sōron* [Vorlesung zum Schuldrecht Allgemeiner Teil] (3. Aufl., Tokyo 1993) 120 ff.; Y. SHIOMI, *Keiyaku kihan no kōzō to tenkai* [Struktur der Vertragsnormen und ihre Entwicklung] (Tokyo 1991).

13 Vgl. OKUDA (Fn. 9) 18 ff.; MAEDA (Fn. 12) 122 f.

sprechung unter anderem bei Arbeitsverträgen eine vertragliche Pflicht an, für die Sicherheit des Vertragspartners Sorge zu tragen.¹⁴

b) *Die Lehre von der Nichterfüllung als einheitlichem Tatbestand und die Lehre von obligation de résultat und obligation de moyens*

aa) Die Lehre von der Nichterfüllung als einheitlichem Tatbestand

Auf der anderen Seite gewann ebenfalls in den 1970er und 1980er Jahren zunehmend die Ansicht an Bedeutung, dass Art. 415 ZG auf einem anderen Gedanken als der Regelung des BGB beruhe und keine Notwendigkeit bestehe, ihn auf eine dem deutschen Recht entsprechende Weise auszulegen.¹⁵ Art. 415 ZG normiere vielmehr einheitliche Tatbestandsvoraussetzungen für den Fall, dass der Schuldner nicht dem wesentlichen Inhalt der Schuld entsprechend leiste. Es bestehe kein Grund, dies anders auszulegen und je nach Verzug, Unmöglichkeit oder Schlechterfüllung zu unterscheiden. Art. 415 ZG umfasse ganz selbstverständlich auch die Schlechterfüllung und die positive Forderungsverletzung, so dass hier keine Lücke bestehe. Es sei daher nicht notwendig zu diskutieren, ob Schutzpflichten als eigene Kategorie von vertraglichen Pflichten, die keine Leistungspflichten sind, anerkannt werden müssen oder nicht. Für die Anwendung von Art. 415 ZG sei es ausreichend zu prüfen, ob der Schuldner dem wesentlichen Inhalt der Schuld entsprechend geleistet habe oder nicht.

bb) Anknüpfung an die Lehre von *obligation de résultat* und *obligation de moyens*

In der Folge wurde in der Lehre vertreten, dass zur Klärung der Bedeutung der Begriffe „wesentlicher Inhalt der Schuld“, „Nichterfüllung“ und „zu vertretende Umstände“ die Unterscheidung zwischen *obligation de résultat* und *obligation de moyens*, wie sie im französischen Recht besteht, heranzuziehen sei.¹⁶

(1) Verhältnis von Nichterfüllung und Vertretenmüssen

Dieser Ansicht zufolge ist bei einer *obligation de résultat* die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges geschuldet, etwa die Übergabe einer bestimmten Sache oder die Zahlung eines bestimmten Geldbetrages. In diesem Fall könne man klar zwischen Nichterfüllung und Vertretenmüssen unterscheiden. Werde der Erfolg, also etwa die Übergabe der geschuldeten Sache, nicht herbeigeführt, so liege Nichterfüllung vor. Ein Vertretenmüssen des Schuldners sei dann gegeben, wenn es dem Schuldner auch zurechenbar sei, dass der Erfolg nicht herbeigeführt wurde.

Bei einer *obligation de moyens* sei hingegen die sorgfältige Vornahme bestimmter Handlungen zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolgs geschuldet, etwa die Behand-

14 Vgl. etwa OGH v. 25.2.1975, Minshû 29, 143.

15 E. HOSHINO, *Minpô gairon III* [Grundriss des bürgerlichen Rechts III] (Tokyo 1978) 45 f.; Y. HIRAI, *Saiken sôron* [Allgemeines Schuldrecht] (2. Aufl., Tokyo 1994) 47 ff.

16 Vgl. T. NAKANO, *Kashitsu no suinin* [Vermutung des Verschuldens] (Tokyo 1978) 90 ff., 105 ff.; Y. HIRAI, *Saiken sôron* [Allgemeines Schuldrecht] (Tokyo 1985) 51 ff.

lung eines Patienten. In diesem Fall sei eine klare Unterscheidung zwischen Nichterfüllung und Vertretenmüssen schwer möglich. Wenn beispielsweise ein Patient bei einer Operation im Krankenhaus aufgrund eines Fehlers des operierenden Arztes sterbe, so stelle dieser Fehler ein Verschulden des Krankenhauses und gleichzeitig aber auch eine Nichterfüllung der geschuldeten Leistung, nämlich der sorgfältigen Behandlung, dar.

(2) Unterschiede hinsichtlich der Beweislast

Die genannte Unterscheidung wurde hinsichtlich der Beweislast als bedeutsam angesehen. Bis dahin war man davon ausgegangen, dass bei einem Schadensersatzanspruch gemäß Art. 415 ZG der Gläubiger die Beweislast für die Nichterfüllung und der Schuldner die Beweislast für das Nicht-Vertretenmüssen trage.¹⁷ Das bedeutete, dass die Schadensersatzpflicht des Schuldners zwar grundsätzlich durch die Nichterfüllung entstehen solle, er sich aber durch den Beweis davon befreien könne, dass ihm die Nichterfüllung nicht zurechenbar sei.

Das gilt sicherlich gleichermaßen für die *obligation de résultat*. Bei der *obligation de moyens* hingegen sind Nichterfüllung und Vertretenmüssen nicht klar voneinander zu trennen, so dass der Gläubiger die Beweislast für die Nichterfüllung und damit gleichzeitig auch für das Vorliegen eines Verschuldens trägt. Insoweit gleicht die Schadensersatzpflicht in diesem Fall der deliktischen Haftung. Für den Geschädigten macht also, zumindest was die Beweislast angeht, die Anwendung der Regeln der Vertragshaftung keinen großen Unterschied.

(3) Entlastungsgründe bei der *obligation de résultat*

Die Vertreter einer Unterscheidung zwischen *obligation de résultat* und *obligation de moyens* gingen ferner davon aus, dass das Verständnis der Entlastungsgründe bei der *obligation de résultat* zu überdenken sei. Die bis dahin herrschende Lehre betrachtete, wie oben erwähnt, das Nicht-Vertretenmüssen als einen Entlastungsgrund, wobei sie unter dem Vertretenmüssen des Schuldners ein Verschulden verstand. Auch bei der *obligation de résultat* wird der Schuldner demnach von der Haftung befreit, wenn er beweisen kann, dass ihn kein Verschulden an der Nichterfüllung trifft.

Jedoch verpflichtet sich der Schuldner bei der *obligation de résultat*, den geschuldeten Erfolg herbeizuführen. Wenn dieser Erfolg nicht herbeigeführt wird, haftet der Schuldner dann aber nicht unabhängig davon, ob ihn ein Verschulden daran trifft? Wenn sich der Schuldner beispielsweise verpflichtet, am 1. Juni ein Auto an den Gläubiger zu übergeben, und das Auto an diesem Tag nicht übergibt, trifft ihn dann nicht eine Schadensersatzpflicht? Wenn er das Auto wegen höherer Gewalt, z.B. eines schweren Erdbebens, nicht übergeben konnte, so ist natürlich eine Haftungsbefreiung anzuerkennen. Liegen aber keine derartigen Umstände vor, so haftet der Schuldner, wenn er den geschuldeten Erfolg nicht herbeiführen kann. Gerade darin sehen die Vertreter der Lehre von der *obligation de résultat* deren Bedeutung.

17 Vgl. WAGATSUMA (Fn. 8) 111; OHO (Fn. 8) 95, 107; OKUDA (Fn. 9) 136, 149.

2. *Suche nach einer neuen Richtung*

Aufgrund der geschilderten Entwicklung bis zu den 1980er Jahren wurde mit Beginn der 1990er Jahre in der Lehre die Tendenz weg von einer Haftung wegen Nichterfüllung und hin zu einer Haftung wegen Vertragsverletzung deutlich. Diese neue Meinung sah den Zurechnungsgrund für die Schadensersatzpflicht des Schuldners in der Bindungswirkung des Vertrages, die ja die Grundlage für das Entstehen der Schuld bildet.¹⁸

a) *Begründung der Haftung*

Nach der heute überwiegenden Ansicht¹⁹ trifft den Schuldner eine Schadensersatzpflicht, weil er den Vertrag verletzt hat, obwohl er an ihn gebunden ist (*pacta sunt servanda*). Dahinter steht folgender Gedanke: Wer nicht erbringt, was er sollte, hat dafür zu haften; man könnte es als eine Haftung für die Nichterbringung des Versprochenen bezeichnen. Was zu erbringen ist, wird dabei nicht durch das Prinzip der Verschuldenshaftung, sondern durch die Bindungswirkung des Vertrages festgelegt. Das Prinzip der Verschuldenshaftung schützt insoweit die Handlungsfreiheit des Menschen, als eine Haftung nur dann besteht, wenn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht eingehalten wurde. Im Fall der Nichterfüllung geht es jedoch um etwas, was der Schuldner von sich aus zu erbringen übernommen hat; erbringt er dies nicht, so führt dies zu einer Haftung wegen Nichterbringung des Versprochenen. Käme in diesem Fall das Prinzip der Verschuldenshaftung zur Anwendung, so wäre das, was der Schuldner zu erbringen hat, ungeachtet des vertraglich Versprochenen, lediglich auf die Einhaltung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt reduziert und der Vertrag verlöre jegliche Bedeutung. Es besteht weder ein Bedarf noch ein Grund dafür, auf diese Weise die Handlungsfreiheit desjenigen zu schützen, der sich selbst durch einen Vertrag die Erbringung des Versprochenen auferlegt hat.

b) *Haftungsvoraussetzungen*

Entscheidend für das Entstehen von Schadensersatzpflichten ist demnach, was die Parteien im Vertrag vereinbart haben. Dazu, was Inhalt der Vereinbarung ist, was also die

18 Zu dieser Strömung siehe K. YAMAMOTO, *Keiyaku no kôsoku-ryoku to keiyaku sekinin-ron no tenkai* [Die Bindungswirkung des Vertrages und die Entwicklung der Vertragshaftungslehre], in: *Jurisuto* 1318 (2006) 91 ff.; DERS., *Saimu fu-rikô sekinin ni okeru „kiseki jiyû“* [Das „Vertretenmüssen“ bei der Haftung wegen Nichterfüllung der Verpflichtung], in: *Hôgaku Seminâ* 679 (2011) 11 ff.

19 H. MORITA, *Kekka saimu, shudan saimu no kubetsu no igi ni tsuite* [Zur Bedeutung der Unterscheidung zwischen obligation de résultat und obligation de moyens], in: ders., *Keiyaku sekinin no kiseki kôzô* [Zurechnungsstruktur der Vertragshaftung] (Tokyo 2002) 49 ff., 55 ff.; Y. SHIOMI, *Saiken sôron I* [Schuldrecht Allgemeiner Teil I] (2. Aufl., Tokyo 2003) 269 ff.

Parteien mit dem Vertrag übernommen haben, bestehen streng genommen zwei Auffassungen.²⁰

aa) Die Lehre von der Übernahme einer Verpflichtung

Nach einer Ansicht haben die Parteien mit dem Vertrag die Erfüllung einer „Verpflichtung“ übernommen. Diese auf dem französischen Recht aufbauende Lehre geht von einer unterschiedlichen Reichweite (*portée*) und Intensität (*intensité*) abhängig von der Art der Verpflichtung aus und stellt so eine Verbindung zur Trennung zwischen *obligation de résultat* und *obligation de moyens* her.²¹ Bei einer *obligation de résultat* haftet der Schuldner daher, wenn der versprochene Erfolg nicht eintritt, es sei denn dies beruht auf einem Leistungsstörungsgrund, der höherer Gewalt gleichkommt. Zur Haftungsbefreiung des Schuldners bei Vorliegen eines höherer Gewalt entsprechenden Leistungsstörungsgrundes komme es, da die vertragliche Verpflichtung (*obligation contractuelle*) nicht soweit gehe, den Erfolg durch Überwindung eines solchen Leistungsstörungsgrundes herbeiführen zu müssen. Bei einer *obligation de moyens* hingegen haftet der Schuldner, wenn die vereinbarte Handlung konkret als nicht vorgenommen anzusehen ist. Den Schuldner treffe in diesem Fall eine Haftung, da die vertragliche Verpflichtung gerade auf die Vornahme dieser konkreten Handlung gerichtet sei.

Ist Voraussetzung der Haftung jedoch allein die Nichterfüllung der Verpflichtung, so führt dies dazu, dass ein Vertretenmüssen nicht mehr erforderlich ist. Tatsächlich wird nach dem Vorbild der französischen *faute contractuelle* auch ein allein auf die Nichterfüllung abstellender Haftungstatbestand befürwortet.²² Es erscheint zumindest schwierig, das Nebeneinanderbestehen von Nichterfüllung und Nichtvorliegen eines Vertretenmüssens als Voraussetzungen in Art. 415 ZG – und zwar nicht bloß als Beweislastregelung, sondern als materiellrechtliche Norm – angemessen zu erklären.

bb) Die Lehre von der Übernahme einer Verpflichtung und der Übernahme des Risikos einer Leistungsstörung

Nach einer anderen Ansicht wäre es auch denkbar, im Vertrag nicht allein die Erfüllung einer Verpflichtung, sondern auch die Übernahme des Risikos, dass Umstände eintreten, die zur Nichterfüllung führen können, also die Übernahme des Risikos einer Leistungsstörung, zu vereinbaren.²³

Demnach hat der Schuldner zu haften, wenn die Verpflichtung nicht erfüllt wird, da er durch den Vertrag die Erfüllung der Verpflichtung – die Verwirklichung der vertraglich zugesicherten Interessen – übernommen hat. Folglich ist die Nichterfüllung insofern Voraussetzung der Haftung.

20 Zu den beiden Ansichten siehe YAMAMOTO, in: Hôgaku Seminâ (Fn. 18) 12 ff.

21 Vgl. MORITA (Fn. 19) 54 ff.

22 Vgl. YOSHIDA (Fn. 4) 48.

23 Vgl. Y. SHIOMI, *Saimu fu-rikô no kyûsai shudan* [Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung], in: ders. (Fn. 4) 89 ff.

Jedoch rechtfertigt auch dies nicht, die dem Gläubiger aus der Nichterfüllung entstandenen Nachteile dem Schuldner aufzuerlegen, wenn die zur Nichterfüllung führenden Umstände im Vertrag nicht berücksichtigt wurden und auch nicht hätten berücksichtigt werden müssen, wenn sich also aus dem Zweck des Vertrages keine Notwendigkeit ergab, das Eintreten derartiger Umstände zu berücksichtigen. Denn die Übernahme des Risikos, dass derartige Umstände eintreten (Leistungsstörungsrisiko), durch den Schuldner war im Vertrag nicht vorhergesehen. In diesem Fall liegen keine „vom Schuldner zu vertretenden Umstände“ vor, es sei daher möglich, den Schuldner von der Haftung zu befreien.

Der Unterschied zwischen *obligation de résultat* und *obligation de moyens* liegt demnach darin, inwieweit erstere Verpflichtung übernommen wird. Die Frage ist dabei, ob der Schuldner durch den Vertrag die Verpflichtung zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolges oder die Verpflichtung zur Aufwendung der nach dem Vertrag angemessenen Sorgfalt und Mühe versprochen hat. Liegt eine Nichterfüllung der auf diese Weise bestimmten Verpflichtung vor, so trifft den Schuldner in beiden Fällen eine Haftung wegen Nichterfüllung der von ihm selbst durch den Vertrag übernommenen Verpflichtung. Bei der *obligation de moyens* kann jedoch bereits bei der Feststellung des Inhalts der Verpflichtung ermittelt werden, was der Schuldner nach dem Zweck des Vertrages in der konkreten Erfüllungssituation zu erbringen hat. Wurde daher der Inhalt der Verpflichtung festgestellt und kommt man zu dem Ergebnis, dass eine Nichterfüllung dieser Verpflichtung vorliegt, so besteht keinerlei Raum mehr für die Prüfung des Vorliegens etwaiger Entlastungsgründe.

IV. AUSBLICK AUF DIE SCHULDRECHTSREFORM IN JAPAN

Gegenwärtig laufen in Japan die Arbeiten an einer grundlegenden Reform des Zivilrechts, vorrangig des Schuldrechts. Der in diesem Zusammenhang von der Reformkommission für das Zivilrecht (Schuldrecht) im Jahre 2009 vorgelegte Entwurf beinhaltet Reformvorschläge, die der hier vorgestellten Ansicht der neueren Lehre folgen. Vorschlag 3.1.1.62, wonach

„der Gläubiger [...] vom Schuldner den Ersatz des durch die Nichterfüllung seiner Verpflichtung entstandenen Schaden verlangen kann“,

wird ergänzt durch Vorschlag 3.1.1.63 Abs. 1, der bestimmt:

„Tritt die Nichterfüllung durch Umstände ein, die der Schuldner im Vertrag nicht übernommen hat, so haftet der Schuldner nicht nach 3.1.1.62 für den Ersatz des Schadens.“²⁴

24 Vgl. MINPÔ (SAIKEN-HÔ) KAISEI KENTÔ I'IN-KAI (Hrsg.), *Saiken-hô kaisei no kihon hôshin* [Grundlinien der Reform des Schuldrechts], in: Bessatsu NBL 126 (2009) 136 ff.; DIES.

Man kann dies als Ausfluss der zuvor dargestellten Lehre von der Übernahme einer Verpflichtung sowie des Leistungsstörungsrisikos ansehen.

Diese Lehre wird häufig als eine Anwendung der *strict liability* des anglo-amerikanischen Rechts und des UN-Kaufrechts verstanden und kritisiert. Das beruht jedoch auf einem Missverständnis. Nach der genannten Lehre bestimmt sich das Vorliegen einer Nichterfüllung danach, was im Vertrag vereinbart wurde. Es wird zwar nicht verneint, dass ein Verstoß gegen denselben als Nichterfüllung anzusehen sein kann, wenn die Einhaltung eines bestimmten Sorgfaltsmaßstabs durch den Schuldner Vertragsinhalt wurde. Auch wenn sich dies im Ergebnis nicht von der Verschuldenshaftung unterscheidet, so bedeutet es dennoch nicht, dass der Grundsatz der Verschuldenshaftung herangezogen wird. Die Haftung wird allein auf das Vorliegen einer Vertragsverletzung gestützt.²⁵ Im Unterschied zum Ansatz des neuen deutschen Schuldrechts, das die Verschuldenshaftung als Grundregel und die Garantiehafung als bloße Ausnahme ansieht, ist nach dieser Ansicht die Haftung als eine einheitliche „Vertragshaftung“ im Sinne einer Haftung, die auf dem Vertrag beruht, anzusehen.²⁶

Gegenwärtig bildet die Frage, ob der derzeitige Art. 415 ZG in diesem Sinne zu ändern sei oder nicht, einen der zentralen Punkte in den Beratungen der Abteilung für Zivilrecht (Schuldverhältnisse) des Legislativausschusses des Justizministeriums. Art. 415 ZG in seiner derzeitigen Fassung spricht ursprünglich nur von „vom Schuldner zu vertretenden Umständen“, normiert jedoch nicht, was darunter zu verstehen ist. Da diese Vorschrift daher von jeder Seite entsprechend ihrer jeweiligen Ansicht ausgelegt werden kann, wäre es denkbar, die Vorschrift im Grunde zu belassen. Aber auch wenn im Ergebnis in den meisten Fällen kaum ein Unterschied besteht, ob man von einer Verschuldenshaftung, einer verschuldensunabhängigen Haftung oder von der Verschuldenshaftung als Grundregel und der Garantiehafung als Ausnahme oder aber von einer beide Ansätze integrierenden „Vertragshaftung“ ausgeht, stellt dies doch eine jedenfalls für

(Hrsg.), *Shōkai saiken-hō kaisei no kihon-hōshin dai-2-kan* [Kommentar zu den Grundlinien der Reform des Schuldrechts Bd. 2] (Tokyo 2009) 242. Eine englische Übersetzung des Reformvorschlags ist online abrufbar unter http://www.shojihomu.or.jp/saikenhou/English/index_e.html.

25 Der Begriff der „Pflichtverletzung“ des § 280 BGB n.F. wurde von den Verfassern als gleichbedeutend mit „Nichterfüllung“ bzw. „Vertragsverletzung“ verstanden. Dass schließlich der Terminus „Pflichtverletzung“ gewählt wurde, liegt daran, dass er für die Systematik des BGB als allgemeines Leistungsstörungsrecht nicht nur für Vertragsverhältnisse, sondern auch für sonstige Schuldverhältnisse als passender erachtet wurde; vgl. Begründung der Bundesregierung (Fn. 1) 668, 670. Schneider etwa hingegen sieht darin einen Widerspruch zur Beibehaltung des Verschuldensprinzips und tritt für eine Abkehr vom Verschuldensprinzip ein; vgl. SCHNEIDER (Fn. 2) 479 ff. Y. SHIOMI, *Doitsu saimu-hō no gendai-ka to nihon saiken hōgaku no kadai* [Modernisierung des deutschen Schuldrechts und Aufgaben der japanischen Schuldrechtswissenschaft] in: ders., *Keiyaku sekinin no gendai-ka* [Modernisierung der Vertragshaftung] (Tokyo 2004) 378, dagegen sieht in § 276 BGB n.F., der ein Nebeneinander von Verschuldens- und Garantiehafung vorsieht, bereits angedeutet, dass für die Haftungsbefreiung des Schuldners die vertragliche Risikoverteilung maßgeblich ist.

26 Vgl. YAMAMOTO, in: *Hōgaku Seminā* (Fn. 18) 14 f.

das japanische Recht, aber auch für das deutsche und das europäische Recht grundlegende und unumgängliche Frage dar. In diesem Sinne steht das japanische Recht in seinem Verhältnis zum deutschen und auch zum europäischen Recht nun am Scheideweg.

Die Entwicklung des Leistungsstörungenrechts im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch

Stephan Lorenz *

- A. Das System des Leistungsstörungenrechts des BGB 1900
 - I. Das gemischte System
 - II. Das allgemeine Leistungsstörungenrecht des BGB 1900
 - 1. Das Konzept der Unmöglichkeit
 - 2. Das Konzept des Verzugs
 - III. Das besondere Leistungsstörungenrecht des BGB 1900 am Beispiel des Kaufrechts
 - IV. Lücken des Leistungsstörungenrechts
 - 1. Das Fehlen eines allgemeinen Pflichtverletzungstatbestandes: Die „positive Forderungsverletzung“
 - 2. Das Verschulden bei Vertragsverhandlungen (*culpa in contrahendo*)
 - 3. Geschäftsgrundlage
 - V. Die fehlende Feinabstimmung zwischen Gewährleistungsrecht und allgemeinem Leistungsstörungenrecht – das Problem der „Zweispurigkeit“
 - VII. Zwischenresümee
- B. Schuldrechtsreform 2002
 - I. Die Reformvorschläge der Schuldrechtskommission sowie die Vorarbeiten zur Schuldrechtsreform
 - II. Das Leistungsstörungenrecht des Diskussionsentwurfs
- C. Das Leistungsstörungenrecht nach der Schuldrechtsreform
 - I. Das allgemeine Leistungsstörungenrecht
 - 1. Die Systematik der gesetzlichen Regelung
 - 2. Der Begriff der „Pflichtverletzung“ als zentraler Anknüpfungspunkt
 - 3. Die Abgrenzung zum Vertretenmüssen
 - 4. Arten der Pflichtverletzung
 - 5. Die Kodifizierung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) und des Rechts zur Kündigung von Dauerschuldverhältnissen (§ 314 BGB)
 - 6. Materielle Tendenzen
 - II. Die Rückführung des Gewährleistungsrechts auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht: Das Ende der Spaltung
 - 1. Ausgangspunkt: Mangelhafte Leistung als Pflichtverletzung
 - 2. Qualitative Unmöglichkeit
 - 3. Qualitative Verspätung der Leistung
- D. Systemvergleich
- E. Tendenzen: Die Entwicklung seit 2002

* Dr. iur., Professor für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Ludwig-Maximilians-Universität München; Mitglied des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs.

Der Begriff der „Leistungsstörung“ ist weder ein gesetzlicher Begriff noch ein feststehender Begriff der juristischen Dogmatik. Es handelt sich vielmehr um eine Sammelbezeichnung des juristischen Sprachgebrauchs.¹ Man fasst darunter jeden Fall, in welchem eine (gesetzlich oder vertraglich) geschuldete Leistung nicht, nicht rechtzeitig oder nicht ordnungsgemäß erbracht wird und auch keine Surrogation der Erfüllung eintritt.² Der Gesetzgeber kann die Rechtsfolgen solcher Leistungsstörungen ohne Rücksicht auf die Besonderheiten des jeweiligen Schuldverhältnisses generell und abstrakt regeln (Allgemeines Leistungsstörungsrecht) oder aber für bestimmte vertragliche oder gesetzliche Schuldverhältnisse spezielle Regelungen vorhalten (Besonderes Leistungsstörungsrecht). Selbstverständlich ist konzeptionell auch eine Kombination beider Systeme denkbar.

A. DAS SYSTEM DES LEISTUNGSSTÖRUNGSRECHTS DES BGB 1900

I. DAS GEMISCHTE SYSTEM

Das Leistungsstörungsrecht des BGB 1900 folgte bekanntlich einem gemischten System von allgemeinem und besonderem Leistungsstörungsrecht. Das in den §§ 241–432 BGB geregelte allgemeine Schuldrecht enthielt Regelungen über die Unmöglichkeit der Leistung sowie den Verzug des Schuldners. Im Besonderen Schuldrecht waren die Leistungsstörungen in den praktisch bedeutsamsten Fällen wie etwa im Kauf- und Werkvertragsrecht besonders und abweichend vom allgemeinen Schuldrecht geregelt. Dabei handelte es sich nicht etwa um bereichsspezifische, auf den Rechtsbehelfen des allgemeinen Leistungsstörungsrechts aufbauende Sonderregelungen, sondern vielmehr um grundsätzlich geschlossene Systeme. Im Bereich des besonderen Gewährleistungsrechts, also etwa des Kaufgewährleistungsrechts, war die Anwendung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts ausgeschlossen. In der Rechtsentwicklung stellten sich hier im Laufe der Zeit insbesondere Schwierigkeiten der Abgrenzung der Systeme in den Randbereichen, die weniger auf der dogmatisch-theoretischen Konzeption des Gesetzes als auf später aufgedeckten rechtspolitischen Defiziten des besonderen Leistungsstörungsrechts beruhten. Das betraf nicht nur das Rechtsbehelfssystem als solches, sondern auch Fragen insbesondere des Verjährungsrechts.

1 ULRICH HUBER, Leistungsstörungen, in: Joachim Gernhuber (Hrsg.), Handbuch des Schuldrechts, Bd. 9/I (1999), Tübingen: Mohr Siebeck, S. 2.

2 DIETER MEDICUS / STEPHAN LORENZ, Schuldrecht I. Allgemeiner Teil, 19. Aufl. 2010, München: Beck, Rn. 332.

II. DAS ALLGEMEINE LEISTUNGSSTÖRUNGSRECHT DES BGB 1900

Das allgemeine Leistungsstörungenrecht des BGB beruhte auf der grundlegenden Unterscheidung zwischen Unmöglichkeit der Leistung und Verspätung der Leistung (Verzug).

1. Das Konzept der Unmöglichkeit

Das Konzept der Unmöglichkeit basierte dabei auf einer hochkomplizierten vierfachen Unterscheidung, die hier nur verkürzt wiedergegeben werden kann.³ Zu unterscheiden waren anfängliche und nachträgliche, sowie objektive und subjektive Unmöglichkeit.

a) Die objektive Unmöglichkeit: Vertragsnichtigkeit

Im Falle objektiver Unmöglichkeit ordnete § 306 BGB a.F. nach römisch-rechtlichem Vorbild (*impossibilium nulla est obligatio*⁴) die Nichtigkeit des Vertrages an. Nach § 307 GB haftete allerdings die Vertragspartei, welche die Unmöglichkeit kannte oder schuldhaft verkannte, auf Ersatz des Vertrauensschadens des anderen Teils, sofern dieser seinerseits die Unmöglichkeit nicht kannte und auch nicht kennen musste.

Im Falle nachträglicher Unmöglichkeit entfiel die Leistungspflicht des Schuldners nach dem Wortlaut des § 275 Abs. 1 BGB a.F. nur, wenn er die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hatte. Die Bedeutung des Erfordernisses des Vertretenmüssens bei der Frage der Leistungsbefreiung war nie wirklich geklärt.⁵ Lag Vertretenmüssen vor, haftete der Schuldner nach § 280 Abs. 1 BGB a.F. auf das positive Interesse. Im Falle eines gegenseitigen Vertrages bestimmten sich die Rechtsfolgen nach § 325 BGB a.F., der dem Gläubiger im Falle des Vertretenmüssens des Schuldners ein Wahlrecht zwischen Rücktritt vom Vertrag und Schadensersatz wegen Nichterfüllung einräumte. Hatte der Schuldner die Unmöglichkeit nicht zu vertreten, begnügte sich das Gesetz im Falle eines gegenseitigen Vertrages mit einem *ipso-iure* Wegfall der Gegenleistungspflicht (§ 323 BGB a.F.). War die Unmöglichkeit hingegen vom Gläubiger zu vertreten oder trat sie zu einem Zeitpunkt ein, in welchem sich der Gläubiger im Annahmeverzug befand, blieb die Gegenleistungspflicht aufrechterhalten (§ 324 BGB a.F.).

3 Für eine Analyse der Defizite dieses bereits von ERNST RABEL, in: Festschrift für Ernst Immanuel Bekker. Aus römischem und bürgerlichem Recht (1907) S. 171 (= Gesammelte Aufsätze I. Arbeiten zum Privatrecht 1907 – 1930 (1965) S. 1) sowie RheinZ 3 (1911) S. 467 (= Gesammelte Aufsätze a.a.O. S. 56), kritisierten Konzepts siehe nur ULRICH HUBER, Leistungsstörungen, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts I (1981), Köln: Bundesanzeiger, S. 647, 770 ff. m.w.N.

4 Dig. 50.17.185.

5 Siehe dazu nur ULRICH HUBER, in: Wolfgang Ernst/Reinhard Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform. Zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz (2001), Tübingen: Mohr Siebeck, S. 31, 55.

b) *Die subjektive Unmöglichkeit (Unvermögen)*

Die anfängliche nur subjektive Unmöglichkeit berührte die Wirksamkeit des Vertrages nicht. Die h.M. ging in diesem Bereich von einer (eingeschränkten) Garantiehaftung des Schuldners aus, die letztlich auf seinem Leistungsversprechen beruhte. Grundsätzlich haftete der Schuldner also nach § 280 Abs. 1 BGB, bei gegenseitigen Verträgen aus § 325 BGB a.F. ohne Rücksicht auf Verschulden. Der Verzicht auf das Erfordernis des Verschuldens wurde dabei einer dem Leistungsversprechen immanenten Garantieerklärung des Schuldners entnommen, zumindest für aus seiner Sphäre entstammende Leistungshindernisse gerade zu stehen.⁶ Diese h.M. war jedoch in Ergebnis und Begründung stets umstritten.⁷ Die nachträgliche subjektive Unmöglichkeit war hingegen nach § 275 Abs. 2 BGB a.F. der (nachträglichen) objektiven Unmöglichkeit gleichgestellt, d.h. der Schuldner haftete nach § 325 BGB a.F. grundsätzlich nur im Falle des Verschuldens.

Eine Besonderheit, die ihren gesetzgeberischen Grund wiederum in einem dem Leistungsversprechen immanenten Gedanken der Garantie suchte, bestand in der durch § 279 BGB a.F. gesetzlich ausdrücklich angeordneten Garantiehaftung des Gattungsschuldners. Dieser haftete im Falle nur subjektiven Unvermögens ohne Verschulden, „solange die Leistung aus der Gattung möglich ist.“

2. *Das Konzept des Verzugs*

Verzug des Schuldners ist der Gegenpol zur Unmöglichkeit, denn in Bezug auf die Erbringung der Leistung als solche sind rein phänomenologisch nur zwei Konstellationen denkbar: Der Schuldner *kann* die Leistung nicht erbringen (Unmöglichkeit) oder er erbringt die ihm zumindest nicht dauerhaft unmögliche Leistung trotz ihrer Fälligkeit nicht (Verspätung). Eine der grundlegenden Schöpfungen des deutschen Leistungsstörungenrechts, die sich weltweit als „Exportartikel“ erwiesen hat, ist dabei das Konzept der Nachfrist: Der Gläubiger soll eine Verspätung der möglichen Leistung des Schuldners als solche noch nicht zum Anlass nehmen dürfen, sich von dem Vertrag aus u.U. sachfremden Motiven zu lösen. Aus diesem Grunde gewährte § 326 BGB a.F. dem Gläubiger im Verzug des Schuldners (§ 284 BGB a.F.) ein Recht zum Rücktritt oder (wahlweise) zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung erst mit Ablauf einer dem Schuldner zu setzenden Nachfrist und einer damit verbundenen Ablehnungsandrohung. Die Rechtsbehelfe waren alternativ und setzten beide ein Vertretenmüssen seitens des Schuldners voraus.

Einen Anspruch auf Ersatz eines neben dem primären Leistungsanspruch geltend zu machenden Verspätungsschadens knüpfte § 286 Abs. 1 BGB a.F. an den Begriff des

6 Siehe dazu etwa KARL LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts I. Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, München: Beck, § 8 II = S. 100 f.

7 Siehe dazu z.B. U. HUBER, Leistungsstörungen (Fn. 1) S. 530 ff., der für eine analoge Anwendung von § 326 BGB a.F. plädierte.

Verzugs (§ 284 BGB a.F.) an. Dieser wiederum setzte neben der Fälligkeit der Leistung eine Mahnung oder einen Mahnungersatz voraus, d.h. eine über die bloße Fälligkeit hinausgehende besondere Warnung des Schuldners.

III. DAS BESONDERE LEISTUNGSSTÖRUNGSRECHT DES BGB 1900 AM BEISPIEL DES KAUFRECHTS

Für das besondere Leistungsstörungenrecht exemplarisch ist das kaufrechtliche Leistungsstörungenrecht, d.h. das Gewährleistungsrecht. Der Gesetzgeber des BGB hat es – ebenso wie in anderen Bereichen – nicht etwa als Unterfall des allgemeinen Leistungsstörungenrechts begriffen, sondern einer in sich geschlossenen Regelung zugeführt. Exemplarisch kann das am Streit zwischen der Nichterfüllungstheorie und der Gewährleistungstheorie dargestellt werden. Nach ganz herrschender Auffassung war der Verkäufer einer Sache nicht etwa zu einer sachmangelfreien Leistung verpflichtet. Auch die Lieferung einer sachmangelhaften Kaufsache stellte also grundsätzlich eine Erfüllung der Verkäuferverpflichtung dar. Ausgehend vom Modell des Stückkaufs hatte der Verkäufer den verkauften Gegenstand so zu liefern, wie er ist. Das bedeutete freilich nicht, dass die Mangelhaftigkeit der Kaufsache sanktionslos blieb. An sie schloss sich vielmehr ein bestimmter Kanon spezieller Rechtsbehelfe an, die in den §§ 459 ff. BGB a.F. geregelt waren. Der Käufer konnte sich vom Kaufvertrag durch Wandelung lösen oder den Kaufpreis mindern (§ 462 BGB a.F.), hatte aber keinen gesetzlichen Anspruch auf Nacherfüllung etwa durch Beseitigung des Mangels. Schadensersatzansprüche gewährte das Gesetz in Bezug auf das Leistungsinteresse des Käufers nur im Falle einer vertraglichen Garantie (sog. zugesicherte Eigenschaft) sowie im Falle des arglistigen Verschweigens eines Mangels (§ 463 BGB a.F.). Nur für den Gattungskauf gewährte das Gesetz dem Käufer alternativ die Möglichkeit eines Nacherfüllungsanspruchs (§ 480 BGB a.F.).

Anders verhielt es sich mit Rechtsmängeln. Hier bestand in Gestalt von § 434 BGB a.F. eine Verpflichtung des Verkäufers zu rechtsmangelfreier Leistung, bezüglich der an einen Rechtsmangel geknüpften Rechtsfolgen verwies § 440 BGB a.F. grundsätzlich auf die Regelungen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts.

IV. LÜCKEN DES LEISTUNGSSTÖRUNGSRECHTS

1. *Das Fehlen eines allgemeinen Pflichtverletzungstatbestandes: Die „positive Forderungsverletzung“*

Die wohl empfindlichste Lücke des Leistungsstörungenrechts des BGB bestand im Fehlen einer allgemeinen Regelung über die Schlechtleistung. Schon im Jahre 1904 machte *Hermann Staub* in seiner berühmten Monographie „Die positiven Vertragsverletzungen“ die „Entdeckung“ einer Gesetzeslücke, wenn der Schuldner bei Gelegenheit der Erfüllung einer Verpflichtung bestehende Rechtsgüter, d.h. das Integritätsinteresse

des Verkäufers, verletzt. Das Fehlen einer solchen allgemeinen Regelung wurde zu Recht als einer der (allerdings früh erkannten) Kardinalfehler der gesetzlichen Regelung aufgefasst. Er geht letztlich auf die Streichung einer allgemeinen Verschuldenshaftung für jede Pflichtverletzung zurück, die in § 244 Abs. 1 S. 2 des Ersten Entwurfs zum BGB noch vorgesehen war.⁸ Auch die Rechtsprechung ist sehr bald auf das Problem gestoßen, dass Leistungsstörungen, die weder Unmöglichkeit noch Verspätung darstellen, dann nicht durch das besondere Gewährleistungsrecht abgedeckt werden können, wenn bestehende Rechtsgüter des Käufers verletzt werden. Paradigmatisch hierfür ist der berühmte „Pferdefutter-Fall“ des Reichsgerichts aus dem Jahre 1907, in welchem durch Rizinuskörner verunreinigtes Pferdefutter zum Verenden der Tiere des Käufers geführt hatte⁹. Das Reichsgericht behalf sich hier zwar noch damit, eine Haftung direkt aus § 276 BGB herzuleiten, obwohl diese Regelung (damals wie heute) keine Anspruchsgrundlage darstellt, sondern lediglich den Haftungsmaßstab des Vertretenmüssens definiert, d.h. Zurechnungsfragen regelt. Unabhängig von dieser problematischen positivrechtlichen Verankerung hat es aber letztlich anerkannt, dass jede schuldhaftige Leistungsstörung, die durch eine Verletzung dieser im weitesten Sinne aufzufassenden Vertragspflichten den Vertragsgegner schädigt, eine Verpflichtung zum Schadensersatz begründet.¹⁰ Damit schloss die Entdeckung der positiven Vertragsverletzung eine entscheidende Lücke nicht nur im allgemeinen Leistungsstörungenrecht des BGB, sondern gerade auch im Gewährleistungsrecht. Zumindest für den Fall bloßer Fahrlässigkeit war der Weg zur Ersatzfähigkeit sog. „Mangelfolgeschäden“ erst durch die positive Vertragsverletzung eröffnet.

2. *Das Verschulden bei Vertragsverhandlungen (culpa in contrahendo)*

Nicht als wesentliche Lücke erwiesen hatte sich hingegen die fehlende Kodifizierung des *Verschuldens bei Vertragsverhandlungen*. Schon vor dem Inkrafttreten des BGB war Iherings 1860 gemachte „Entdeckung“ in der Rechtsprechung wohl etabliert.¹¹ Die Schöpfer des BGB haben sie nicht generell, sondern nur punktuell legislatorisch festgelegt. Die Dynamik, die dieses Rechtsinstitut im Laufe von 100 Jahren entwickelt hat, dürften sie freilich kaum vorausgesehen haben. Insbesondere waren die gesetzlichen Fälle der *culpa in contrahendo* nur wenig mit dem Leistungsstörungenrecht, sondern eher mit Fragen der Vertragswirksamkeit verknüpft. Die Motive zum BGB erwähnen die *culpa in contrahendo* im Zusammenhang mit der „Haftung für die bei Eingehung eines Rechtsgeschäfts unterlaufene Fahrlässigkeit“¹². So stellt der Gesetzgeber des BGB die

8 Siehe dazu nur U. HUBER, Leistungsstörungen (Fn. 3) S. 647, 759.

9 RGZ 66, 289.

10 RGZ 160, 310, 314; siehe auch BGHZ 11, 80, 83.

11 IHERING, *Culpa in contrahendo* oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, IherJB (= Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen Römischen Rechts und deutschen Privatrechts) 4 (1861) S. 1 ff.

12 Motive I S. 195.

culpa in contrahendo vor allem in den Zusammenhang der Haftung für unwirksame Verträge (§§ 122, 179, 307, 309 BGB a.F.).

Erst sehr viel später und vom historischen Gesetzgeber kaum vorausgesehen erlangte die Haftung für Verschulden beim Vertragsschluss Bedeutung im Zusammenhang mit dem Leistungsstörungenrecht. So wurde sie etwa herangezogen, um als Defizit empfundene Haftungslücken des Gewährleistungsrechts zu schließen. Versagte etwa das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht dem Käufer Rechtsbehelfe in Bezug auf einen Sachmangel, bestand die Versuchung, durch ein Ausweichen auf eine Haftung wegen der Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten dennoch Ansprüche des Käufers zu kreieren. Daraus hatte sich ein kaum überschaubares Geflecht von Regeln und Ausnahmen ergeben, das sich häufig als Einfallstor von Billigkeitsrechtsprechung erwiesen hat.

3. *Geschäftsgrundlage*

Eine stärkere Verbindung zum Leistungsstörungenrecht hat hingegen die 1921 von *Oertmann* begründete Lehre von der Geschäftsgrundlage.¹³ Sie wurde vom Reichsgericht vor dem Hintergrund der gravierenden Auswirkungen der Weltwirtschaftskrise des Jahres 1923 rezipiert und positivrechtlich in § 242 BGB, d.h. im Grundsatz von Treu und Glauben verankert.¹⁴ Sie dient primär der Korrektur schwerwiegender Äquivalenzstörungen, hat aber Verbindungen auch zur Rechtsgeschäftslehre, indem sie (etwa in den Fällen des anfänglichen Fehlens der Geschäftsgrundlage) Fälle des gemeinschaftlichen Motivirrtums erfasst. Der Bezug zum Leistungsstörungenrecht ergab sich in Fällen der Äquivalenzstörungen (insbesondere der Leistungerschwerungen) sowie der Verwendungszweckstörungen. So umstritten die genauere Ausgestaltung der Lehre von der Geschäftsgrundlage in Rechtsprechung und Lehre auch war, so bestand doch Einigkeit über die grundsätzliche Billigung dieses Rechtsinstituts, das ohne unnötig große Gefährdung des Grundsatzes *pacta sunt servanda* die Anpassung von Verträgen an das von den Parteien wirklich gewollte Äquivalenzverhältnis ermöglicht und damit letztlich die materielle Vertragsgerechtigkeit sichert.¹⁵

13 PAUL OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff* (1921), Leipzig [u.a.]: Deichert.

14 Grundlegend RGZ 103, 332.

15 Siehe nur STEPHAN LORENZ/THOMAS RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht* (2002), München: Beck, Rn. 386.

V. DIE FEHLENDE FEINABSTIMMUNG ZWISCHEN GEWÄHRLEISTUNGSRECHT
UND ALLGEMEINEM LEISTUNGSSTÖRUNGSRECHT –
DAS PROBLEM DER „ZWEISPURIGKEIT“

Freilich waren mit der Schließung dieser Lücken die Inkohärenzen des Leistungsstörungsrechts nicht behoben. Das Verhältnis zwischen dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht und dem Gewährleistungsrecht war vielmehr bis zur Reform des Schuldrechts im Jahre 2002 ein andauernder Störfaktor, der die Regelung in vielfacher Hinsicht schwer nachvollziehbar und unsicher machte. Das galt insbesondere vor dem Hintergrund unterschiedlich geregelter Verjährungsfristen. Diese sowie das Fehlen einer Schadensersatzhaftung des Verkäufers für bloße Fahrlässigkeit führten zu einer wenig glücklichen Vorverlagerung von Leistungsstörungsfällen in die *culpa in contrahendo*. Die dabei auftretenden Probleme der Konkurrenz zwischen der Gewährleistungshaftung und einer Haftung des Verkäufers aus *culpa in contrahendo* für unterlassene oder fehlerhafte Aufklärung über Eigenschaften der Kaufsache hatte zu einem kaum noch überschaubaren Geflecht von Regeln und Ausnahmen geführt. Zwar bestand die Grundregel, dass im Anwendungsbereich des Gewährleistungsrechts ein Rückgriff auf die Haftung aus *culpa in contrahendo* im Falle bloßer Fahrlässigkeit ausgeschlossen war, jedoch gelang es der Rechtsprechung, über einen äußerst eng gezogenen Begriff des Sachmangels der *culpa in contrahendo* dennoch einen weiten Anwendungsbereich zu verschaffen. Grund hierfür waren insbesondere die äußerst kurze 6-monatige Verjährung kaufrechtlicher Rechtsbehelfe nach § 477 BGB a.F. sowie das Fehlen einer Fahrlässigkeitshaftung des Verkäufers, der nach § 463 BGB a.F. auf Schadensersatz nur im Falle einer Zusicherung (Garantie) oder bei Arglist haftete.¹⁶

VII. ZWISCHENRESÜMEE

Im Grunde kann von einer wirklichen Weiterentwicklung des Leistungsstörungsrechts des BGB seit der „Entdeckung“ der positiven Vertragsverletzung durch *Staub* im Jahre 1904 kaum die Rede sein. Zwar gab es weitere wichtige Fortentwicklungen durch die Rechtsprechung wie etwa der Gedanke eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte, doch ist das Leistungsstörungsrecht trotz dieser Fortentwicklung einzelner Rechtsinstitute dogmatisch relativ statisch geblieben. Man hatte sich mit dem System des historischen Gesetzgebers arrangiert, der Reformwille war gering. Das muss freilich nicht zwingend als Ausdruck eines reaktionären Verharrens gewertet werden, sondern kann auch durchaus als Qualitätsnachweis eines funktionierenden Systems betrachtet werden.

16 Zu den Einzelheiten siehe etwa STEPHAN LORENZ, *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag* (1997), München: Beck, S. 393 ff.

B. SCHULDRECHTSREFORM 2002

Den wohl wichtigsten Impuls zur Fortentwicklung des deutschen Leistungsstörungsrechts haben dann die Vorarbeiten zur großen Schuldrechtsreform des Jahres 2002 gebracht. Sie geht letztlich zurück auf einen Vorstoß des damaligen Bundesjustizministers *Hans-Jochen Vogel*, der das Projekt 1978 erstmals im Deutschen Bundestag und auf dem 52. Deutschen Juristentag vorstellte. Neben anderen Anliegen war ein Ziel der angedachten Reform die Anpassung des allgemeinen Schuldrechts an neuere Entwicklungen im internationalen Bereich.¹⁷

I. DIE REFORMVORSCHLÄGE DER SCHULDRECHTSKOMMISSION SOWIE DIE VORARBEITEN ZUR SCHULDRECHTSREFORM

Nachdem das Bundesjustizministerium in der Folgezeit eine Reihe von wissenschaftlichen Gutachten in Auftrag gegeben hatte, die 1981 und 1983 in drei Bänden veröffentlicht wurden¹⁸, legte eine im Jahre 1984 ebenfalls vom Bundesjustizministerium eingesetzte Schuldrechtskommission, der bedeutende Juristen aus Wissenschaft und Praxis angehörten, im Jahre 1991 einen Abschlussbericht zur Überarbeitung des Schuldrechts vor, der einen Entwurf zur Änderung des Verjährungsrechts, des Allgemeinen Leistungsstörungsrechts, des Kaufrechts, und des Werkvertragsrechts enthielt.¹⁹ Dieser sog. „Kommissionsentwurf“ (BGB-KE) orientierte sich insbesondere im Leistungsstörungsrecht und im Kaufrecht an dem Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG). Im Übrigen sah der Kommissionsentwurf ein gegenüber der *lex lata* stärker vereinheitlichtes Verjährungsrecht vor. Im Jahre 1994 beriet der 60. Deutsche Juristentag in seiner zivilrechtlichen Abteilung den Entwurf mit insgesamt positiver Tendenz.²⁰ In der Wissenschaft stieß er vereinzelt auf grundsätzliche Kritik²¹, in Wirtschaft und Industrie auf kategorische Ablehnung. Eine breite Diskussion hat allerdings nie stattgefunden, das Projekt versank rechtspolitisch in eine Art

17 Siehe dazu etwa die Darstellung bei REINHARD ZIMMERMANN, Schuldrechtsmodernisierung?, in: Wolfgang Ernst/Reinhard Zimmermann (Fn. 5) S. 1, 13 ff.

18 BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts (1981 und 1983). Ein zusätzliches rechtsvergleichendes Gutachten zur Entwicklung des Kaufrechts wurde 1986 von Jürgen Basedow für das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht erstattet, siehe JÜRGEN BASEDOW, Die Reform des deutschen Kaufrechts (1986), Köln: Bundesanzeiger.

19 Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts (1992), Köln: Bundesanzeiger; dazu WALTER ROLLAND, Schuldrechtsreform – Allgemeiner Teil, NJW 1992, 2377 ff.

20 Siehe dazu die Berichte in NJW 1994, 3069 ff. und JZ 1995, 189 ff.

21 Siehe insbesondere WERNER FLUME, in: Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentages, Bd. II/2 (1994), München: Beck, S. K 112 ff.

„Dornröschenschlaf“, die anfängliche Aufbruchstimmung wich einer Art „diffusen Gleichgültigkeit“.²²

Erst 15 Jahre später gab die Umsetzung einer europäischen Richtlinie zu den Rechten des Verbrauchers beim Kauf Anlass, die die Idee einer „großen“ Schuldrechtsreform wiederzubeleben. Im August 2000 wurde der Öffentlichkeit relativ überraschend²³ der „Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes“ vorgestellt.²⁴ Dieser erfuhr z.T. heftige Kritik von Seiten der Wissenschaft sowohl über einzelne Aspekte des Entwurfs als auch über die Notwendigkeit einer Reform als solcher, die bezeichnende Parallelen zu der derzeit in Japan geführten Reformdiskussion aufweist.²⁵ Die Kritik führte im März 2001 zu einer „Konsolidierten Fassung“ des Diskussionsentwurfs. Diese ging – ebenso wie die weitere Entwicklung – auf die Arbeiten einer weiteren vom Bundesjustizministerium eingesetzten Kommission hochrangiger Experten zurück und beseitigte wesentliche Mängel des ursprünglichen Diskussionsentwurfs. Bereits im Mai 2001 wurde das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren eingeleitet, am 11.10.2001 wurde das „Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts“ schließlich vom Deutschen Bundestag verabschiedet und konnte so am 1.1.2002 in Kraft treten.²⁶ Die durch das Reformwerk vorgenommenen Änderungen betreffen neben dem Leistungsstörungenrecht vor allem das Verjährungsrecht, das Kauf- und Werkvertragsrecht sowie die Integration bisher in Nebengesetzen geregelter Materien insbesondere aus dem Bereich des vertragsrechtlichen Verbraucherschutzes.²⁷

II. DAS LEISTUNGSSTÖRUNGSRECHT DES DISKUSSIONSENTWURFS

Das Leistungsstörungenrecht des Diskussionsentwurfs beruhte in weiten Teilen auf den Vorschlägen, die *Ulrich Huber* in seinem Gutachten gemacht hatte und bereits vom Kommissionsentwurf im Wesentlichen übernommen wurden. *Huber* orientierte seinen Entwurf stark an dem Einheitlichen Kaufrecht (EKG), dem Vorläufer des UN-Kaufrechts. *Huber* brandmarkte in seiner scharfsinnigen Analyse das damals geltende Leistungsstörungenrecht des BGB als unsystematisch, lückenhaft, inkonsequent und unausgewogen.

22 So ZIMMERMANN, in: Ernst/Zimmermann (Fn. 17) S. 16.

23 ZIMMERMANN, in: Ernst/Zimmermann (Fn. 17) S. 16 sprach von einem „Paukenschlag“.

24 Sämtliche Materialien sind auf der Webseite des Verfassers unter www.stephan-lorenz.de/schumod zugänglich.

25 Siehe dazu sowie zu den Reformvorschlägen der im 2006 eingesetzten japanischen Reformkommission AKIRA KAMO; Crystallization, unification, or differentiation? The Japanese Civil Code (The Law of Obligations) Reform Commission and Basic Reform Policy (Draft Proposals), Columbia Journal of Asian Law, Vol. 24, 2010. Die Vorschläge der Reformkommission sind in englischer Sprache abrufbar unter: www.shojihomu.or.jp/saikenhou/English/index_e.html.

26 Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26.11.2001, BGBl. 2001 I S. 3138 ff.

27 Für einen Überblick über die einzelnen materiellen Änderungen siehe STEPHAN LORENZ, Schuldrechtsmodernisierung – Erfahrungen seit dem 1. Januar 2002, in: Egon Lorenz (Hrsg.), Karlsruhe Forum 2005 (2006), Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft, S. 5, 37 ff.

Er kritisierte insbesondere, dass Wichtiges – so namentlich die positive Forderungsverletzung – vollständig übergangen werde, praktisch Unwichtiges wie insbesondere das Recht der Unmöglichkeit zu breiten Raum einnehme und durch die Zweispurigkeit von allgemeinem Leistungsstörungenrecht und Gewährleistungsrecht Zusammengehöriges getrennt werde. Als Basis des Leistungsstörungenrechts schlug er einen allgemeinen Tatbestand der „Pflichtverletzung“ vor. Der Begriff der Unmöglichkeit sollte aus dem Gesetz gebannt und durch einen allgemeinen Tatbestand eines Verweigerungsrechts bei Leistungerschwerungen ersetzt werden.

Freilich hat sich *Huber* später im Zusammenhang mit der wissenschaftlichen Diskussion des Diskussionsentwurfs von seinem Gutachten losgesagt und es fast 20 Jahre später in weiten Teilen als veraltet und auch als irrtümlich bezeichnet. Das gilt insbesondere für die Aufgabe des Begriffs der Unmöglichkeit.²⁸ Im Zuge der weiteren Arbeiten am Diskussionsentwurf hat man daher den Begriff der Unmöglichkeit wieder in das Gesetz aufgenommen, ihn freilich durch die grundsätzliche Gleichstellung von anfänglicher und nachträglicher sowie subjektiver und objektiver Unmöglichkeit einer radikalen Vereinfachung zugeführt.²⁹

C. DAS LEISTUNGSSTÖRUNGSRECHT NACH DER SCHULDRECHTSREFORM

I. DAS ALLGEMEINE LEISTUNGSSTÖRUNGSRECHT

1. *Die Systematik der gesetzlichen Regelung*

Regelungen des Leistungsstörungenrechts finden sich in den §§ 275–304, §§ 320–326 sowie in den §§ 311 Abs. 2, 3, 311 a, 313 und 314 BGB. Die §§ 275–304 BGB gelten für jede Art von Leistung, gleichviel ob die Leistungspflicht aus einem Rechtsgeschäft oder aus dem Gesetz resultiert. Die §§ 320 ff. BGB stehen hingegen unter der Titelüberschrift „Gegenseitiger Vertrag“. Die dort anzutreffenden Regelungen treten im Falle eines gegenseitigen Vertrages aber nicht etwa an die Stelle der §§ 275 ff. BGB, sondern ergänzen diese Regelungen für den (praktisch wohl wichtigsten) Fall, dass die gestörte Forderung einem gegenseitigen Vertrag entstammt.

§ 311 a BGB enthält eine Sonderregelung für den Schadensersatz statt der Leistung im Falle anfänglicher Unmöglichkeit der Leistung und gehört systematisch in den Sachzusammenhang der §§ 280–284 BGB. In den §§ 313 BGB (Geschäftsgrundlage) und 314 BGB (Kündigung von Dauerschuldverhältnissen) geht es darum, dass einer Partei das Festhalten am Vertrag zwar nicht unmöglich, jedoch unzumutbar ist oder wird.

28 Siehe U. HUBER in: Ernst/Zimmermann (Fn. 5) S. 31 ff.

29 Siehe dazu unten C.I.4.a)(1).

2. Der Begriff der „Pflichtverletzung“ als zentraler Anknüpfungspunkt

Zentralbegriff des Leistungsstörungenrechts ist seit dem 1.1.2002 die *Pflichtverletzung*.³⁰ Nach § 280 Abs. 1 S. 1 BGB kann der Gläubiger Schadensersatz verlangen, wenn der Schuldner „eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis“ verletzt. Nach § 280 Abs. 1 S. 2 gilt dies nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Aus der negativen Formulierung ergibt sich, dass das Vertretenmüssen vom Gesetz widerleglich vermutet wird, d.h. der Schuldner hat den Negativbeweis zu führen, dass er die (vom Gläubiger zu beweisende) Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Im Rücktrittsrecht wird der Begriff der Pflichtverletzung in § 323 Abs. 3 und Abs. 5 S. 2 BGB wieder aufgenommen, beim Kündigungsrecht begegnet er in § 314 Abs. 2 BGB.

Das Grundanliegen der Einführung des Begriffs der Pflichtverletzung und der Reform des Leistungsstörungenrechts im Jahre 2002 war es, das dem früheren Schuldrecht zu Grunde liegende System der Ausdifferenzierung unterschiedlicher Arten von Leistungsstörungen (Unmöglichkeit, Verzug, besonderes Leistungsstörungenrecht) mit jeweils eigenständigen Rechtsfolgen durch einen einheitlichen Tatbestand der Leistungsstörung und ein grundsätzlich einheitliches System der Rechtsfolgen (Schadensersatz und Rücktritt) zu ersetzen. Dieses idealtypische System konnte und wollte der Reformgesetzgeber freilich nicht vollständig umsetzen. Bei den Voraussetzungen eines Rücktrittsrechts oder eines Schadensersatzanspruchs ist, wie die §§ 280 Abs. 2, 3, 281–283, 286 und 323 f., 326 BGB zeigen, weiterhin nach der Art der Pflichtverletzung und ihrer Ursache (nämlich Unmöglichkeit oder Verzögerung der Leistung bzw. einer Nebenpflichtverletzung) sowie dem geltend gemachten Schaden (Schadensersatz „statt der Leistung“ und Schadensersatz „neben“ der Leistung) zu differenzieren.

Der Grundtatbestand des § 280 Abs. 1 BGB spricht von der Verletzung einer Pflicht aus dem Schuldverhältnis. § 241 BGB unterteilt die Pflichten aus dem Schuldverhältnis in Leistungspflichten (§ 241 Abs. 1 BGB) und Schutzpflichten (§ 241 Abs. 2 BGB). Als Leistungspflicht kann der Eintritt eines bestimmten Erfolges wie etwa bei der Pflicht des Verkäufers zur Übergabe und Übereignung einer (mangelfreien) Sache gem. § 433 Abs. 1 S. 1, 2 BGB oder die Vornahme einer bestimmten Tätigkeit wie bei einem Dienstvertrag (z.B. ärztlicher Behandlungsvertrag) geschuldet sein. Bei ersteren kann man die geschuldete Leistungshandlung vom dadurch zu bewirkenden Leistungserfolg trennen. Bei letzterem ist ein bestimmtes Ergebnis der Leistungshandlung nicht Teil des Pflichtenprogramms. Die Vornahme der geschuldeten Tätigkeit ist bereits der geschuldete Leistungserfolg. Schutzpflichten wiederum halten den Schuldner dazu an, auf Rechtsgüter und Interessen des Gläubigers Rücksicht zu nehmen. Auch hierbei handelt

30 Für einen Kurzüberblick siehe STEPHAN LORENZ, Grundwissen Zivilrecht – Was ist eine Pflichtverletzung (§ 280 I BGB)? JuS 2007, 213 ff.; MEDICUS / LORENZ, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, (Fn. 2) Rn. 335 ff. m.w.N., sowie eingehend S. LORENZ, Karlsruher Forum (Fn. 27) S. 37 ff.

es sich um Verhaltenspflichten: Geschuldet wird nicht, dass der Gläubiger keine Schäden erleidet, sondern dass sich der Schuldner rücksichtsvoll verhält.

Eine Pflichtverletzung liegt nach der Konzeption des Gesetzgebers immer dann vor, wenn das Verhalten des Schuldners vom objektiven Pflichtenprogramm des Schuldverhältnisses abweicht. Ist der Schuldner also zur Erreichung eines bestimmten Erfolges verpflichtet (wie etwa der Verkäufer zu Übergabe und Übereignung einer mangelfreien Sache, § 433 Abs. 1 BGB), so genügt zur Feststellung der Pflichtverletzung die Darlegung und der Beweis, dass der geschuldete Erfolg ausgeblieben ist, der Käufer also z.B. nicht oder nicht rechtzeitig Eigentum und Besitz an der Kaufsache erhalten hat bzw. die Sache mangelhaft war. Dies gilt auch im Falle der Unmöglichkeit: Trotz der Tatsache, dass § 275 Abs. 1 BGB den Schuldner dann von der Leistungspflicht befreit, bleibt – wie § 275 Abs. 4 BGB mit seinem Verweis u.a. auf § 280 klarstellt – die Nichtleistung dennoch eine *objektive* Pflichtverletzung. Die Leistungsbefreiung bezieht sich damit nur auf die *Primärleistungspflicht* (d.h. die eigentlich geschuldete Leistung), sagt aber nichts darüber aus, ob an die Stelle der entfallenen Primärleistungspflicht eine *Sekundärleistungspflicht* (z.B. eine Schadensersatzpflicht) tritt. Alles andere, d.h. die Frage, warum es zur Unmöglichkeit gekommen ist, ist hingegen eine Frage des Vertretenmüssens, hinsichtlich derer sich der Schuldner entlasten muss.

Ist der Schuldner nicht zur Bewirkung eines bestimmten Leistungserfolges in Form eines Zustandes verpflichtet, sondern besteht der geschuldete Erfolg lediglich in einem bestimmten Tätigwerden (etwa im Rahmen eines Dienst- oder Arbeitsvertrags), besteht kein Unterschied zwischen einer erfolgs- oder verhaltensbezogenen Sichtweise: Die Pflichtverletzung kann hier nur darin bestehen, dass sich der Schuldner nicht so verhalten hat, wie geschuldet (so etwa bei einer fehlerhaften ärztlichen Behandlung). Das geschuldete Verhalten wiederum bestimmt sich nach dem Maß verkehrserforderlicher Sorgfalt, welches zugleich Maßstab des Verschuldens in § 276 Abs. 2 BGB ist. In einer solchen Situation fallen auch bei der erfolgsbezogenen Betrachtungsweise objektive Pflichtwidrigkeit und Verschuldensvorwurf weitgehend zusammen. Ist die Pflichtverletzung nachgewiesen (etwa ein Kunstfehler des Arztes), ist in der Regel zugleich auch der Nachweis des Vertretenmüssens geführt, so dass eine Entlastung des Schuldners nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB nur in seltenen Fällen (etwa im Falle der Schuldunfähigkeit, §§ 276 Abs. 1 S. 2, 827, 828 BGB) in Betracht kommt.

Gleiches gilt für die Verletzung von Nebenpflichten (§ 241 Abs. 2 BGB). Auch hier fallen mangels geschuldeten Erfolgs Pflichtverletzung und Vertretenmüssen in der geschilderten Weise zusammen, weil der Schuldner nicht einen Erfolg in Gestalt des Ausbleibens einer Beschädigung, sondern lediglich sorgsames Verhalten schuldet.

3. Die Abgrenzung zum Vertretenmüssen

Setzt also der (objektive) Begriff der Pflichtverletzung keine subjektive Verantwortlichkeit des Schuldners im Sinne einer Vorwerfbarkeit voraus, ist letzteres allein eine Frage

des (weiterhin in § 276 BGB definierten) Vertretenmüssens. Mit diesem wird die Zurechenbarkeit der (objektiven) Pflichtverletzung an den Schuldner, d.h. dessen Verantwortlichkeit für die Pflichtverletzung beschrieben. Erst beide Elemente gemeinsam begründen die Schadensersatzverpflichtung des Schuldners nach § 280 Abs. 1 BGB. Die Unterscheidung zwischen Pflichtverletzung und Vertretenmüssen ist vor allem hinsichtlich der Beweislastverteilung in § 280 Abs. 1 BGB von Bedeutung. Dadurch, dass das Vertretenmüssen zu Lasten des Schuldners vermutet wird, kommt der Gläubiger nicht in die missliche Situation, Vorgänge nachweisen zu müssen, die sich regelmäßig allein in der Sphäre des Schuldners abspielen und ihm daher typischerweise unzugänglich sind. Lediglich bei Verletzungen arbeitsvertraglicher Pflichten durch einen Arbeitnehmer bleibt die Beweislast gem. § 619a BGB beim Gläubiger (Arbeitgeber). Allerdings setzen nicht alle Rechtsbehelfe des Leistungsstörungenrechts Vertretenmüssen seitens des Schuldners voraus. Nicht erforderlich ist Vertretenmüssen etwa für den Rücktritt (§ 323, 324, 326 Abs. 5 BGB), die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund (§ 314 BGB) sowie für den Wegfall der Gegenleistungsverpflichtung im Falle von Unmöglichkeit (§ 326 Abs. 1 BGB). In diesem Zusammenhang kann wiederum die Verantwortlichkeit des Gläubigers eine Rolle spielen (§ 326 Abs. 2 BGB).

4. Arten der Pflichtverletzung

a) Die Verletzung von Leistungspflichten

Eine leistungsbezogene Pflicht kann dadurch verletzt werden, dass der Schuldner die Leistung zum Fälligkeitszeitpunkt nicht oder (quantitativ oder qualitativ) nicht vollständig erbringt. Das kann wiederum nur auf zwei Ursachen beruhen: Entweder der Schuldner kann die Leistung endgültig nicht (mehr) erbringen, oder aber der Schuldner „will“ sie gerade nicht erbringen oder ist nur vorübergehend gehindert, die Leistung zu erbringen.

(1) Unmöglichkeit

Ist dem Schuldner die Leistung unmöglich (§ 275 Abs. 1 BGB) oder liegt ein der Unmöglichkeit gleichgestellter Tatbestand von § 275 Abs. 2, 3 BGB vor, so wird er nach dieser Regelung von der Leistungspflicht befreit. Das gilt nunmehr im Gegensatz zum früheren Recht³¹ unabhängig von der Frage des Vertretenmüssens: Das Gesetz reagiert insoweit lediglich auf die Tatsache, dass eine unmögliche Leistung unabhängig von der Ursache der Unmöglichkeit als solche rein tatsächlich nicht erbracht werden kann. § 275 Abs. 4 BGB stellt aber durch den Verweis u.a. auf § 280 BGB klar, dass die Befreiungswirkung nur in Bezug auf die *Primärleistungspflicht*, d.h. die Leistung in natura, eintritt. Damit ist klargestellt, dass die bloße Tatsache der Nichtleistung auch im Falle der Unmöglichkeit eine (objektive) „Pflichtverletzung“ i.S.v. § 280 Abs. 1 BGB darstellt.

31 Siehe dazu oben bei Fn. 5.

Zwar mag es sprachlogisch zweifelhaft erscheinen, von der Verletzung einer Pflicht zu sprechen, von deren Erfüllung der Schuldner nach § 275 Abs. 1–3 BGB befreit wurde, jedoch hat der Gesetzgeber durch § 275 Abs. 4 BGB (und § 283 BGB) klar zu erkennen gegeben, dass die Nichterbringung der Leistung auch im Falle von Unmöglichkeit als Pflichtverletzung im Sinne des § 280 Abs. 1 BGB gilt.³²

Ist dem Schuldner die Leistung unmöglich, so sind wiederum nur zwei tatsächliche Konstellationen denkbar: Die Leistung kann bereits bei Vertragsschluss unmöglich gewesen sein (*anfängliche Unmöglichkeit*) oder aber die Unmöglichkeit ist nach Vertragsschluss eingetreten (*nachträgliche Unmöglichkeit*).

Im Falle *nachträglicher Unmöglichkeit* stellt die bloße Tatsache, dass die geschuldete Leistung endgültig ausbleibt, eine objektive Pflichtverletzung dar. Der Gläubiger kann nach § 280 Abs. 1, 3 i.V.m. § 283 BGB ohne Weiteres den Ersatz seines Äquivalenzinteresses verlangen, sofern der Verkäufer nicht den Entlastungsbeweis fehlenden Vertretenmüssens nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB führt. Im Falle *anfänglicher Unmöglichkeit* besteht die Besonderheit, dass wegen § 275 Abs. 1 BGB eine Leistungspflicht des Schuldners zu keinem Zeitpunkt bestanden hat. Dies beeinflusst, wie § 311 a Abs. 1 BGB klarstellt, die Wirksamkeit des Vertrages aber im Gegensatz zum früheren Recht (§ 306 BGB a.F.) in keiner Weise.³³ Es bleibt damit dabei, dass die bloße Nichterbringung der Leistung eine objektive Pflichtverletzung darstellt. (Nur) in Bezug auf den Schadensersatz statt der Leistung enthält aber § 311 a Abs. 2 BGB eine gegenüber § 280 Abs. 1 BGB spezielle Anspruchsgrundlage. Diese (nur für den Schadensersatz statt der Leistung geltende) Sonderregelung hat ihren Grund im *Bezugspunkt des Vertretenmüssens*: Da der Schuldner im Falle der anfänglichen Unmöglichkeit zu keinem Zeitpunkt zur Primärleistung verpflichtet war, weil bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Voraussetzung von § 275 Abs. 1 BGB vorlag, konnte nach Ansicht des Gesetzgebers das Vertretenmüssen, d.h. der dem Schuldner zu machende Vorwurf einer Sorgfaltspflichtverletzung, nicht an die Herbeiführung der Unmöglichkeit angeknüpft werden: Wenn nämlich der Verkäufer mit der noch nicht verkauften Sache unsorgsam umgegangen ist und dieser deshalb vor Vertragsschluss zerstört wurde, lag zu diesem Zeitpunkt kein vorwerfbares Verhalten des späteren Schuldners gegenüber dem späteren Gläubiger vor. § 311 a Abs. 2 BGB knüpft deshalb die Schadensersatzpflicht zwar in objektiver Hinsicht auch an das Ausbleiben der Leistung, in subjektiver Hinsicht aber an einen anderen Verschuldensvorwurf: Haftet der Schuldner auf Schadensersatz statt der Leistung, sofern er nicht nachweist, dass er „das Leistungshindernis bei Vertragsschluss

32 Im Vorfeld der Schuldrechtsreform wurde auch vorgeschlagen, anstelle des Begriffs der Pflichtverletzung denjenigen der „Nichterfüllung“ zu verwenden, der dies wohl klarer zum Ausdruck gebracht hätte, siehe dazu Bundestag Drucksache 14/6040, S. 134 m.w.N.

33 Die Aufgabe der Vertragsnichtigkeit bei anfänglicher Unmöglichkeit findet sich ebenso in § 3.3. der UNIDROIT-Principles (PICC) sowie in II.-7:102 des Draft Common Frame of Reference (DCFR). Auch der derzeit vorliegende japanische Reformentwurf der 2006 eingesetzten Reformkommission folgt dieser Lösung, siehe dazu KAMO (Fn. 25).

nicht kannte und seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten hat“, so wird ihm nicht vorgeworfen, sich nicht leistungsbereit gehalten zu haben. Der Vorwurf an den Schuldner lautet vielmehr, einen Vertrag geschlossen zu haben, obwohl er wusste oder fahrlässig verkannt hat, dass er ihn nicht wird erfüllen können. Typologisch gesehen liegt damit ein Fall der *culpa in contrahendo* (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB) vor, an den der Gesetzgeber aber eine Ersatzpflicht auf das Erfüllungsinteresse geknüpft hat. § 280 Abs. 1, 2 i.V.m. § 283 BGB einerseits und § 311 a Abs. 2 BGB andererseits unterscheiden sich damit vor allem durch die dem Schuldner auferlegten Sorgfaltspflichten auf der Ebene des Vertretenmüssens: *Vor Vertragsschluss hat er sich über sein Vermögen zur Leistung zu informieren, nach Vertragsschluss hat er für die Bewirkung der versprochenen Leistung zu sorgen.*³⁴

(2) Verspätung der Leistung

Ist der Schuldner nicht nach § 275 BGB wegen Unmöglichkeit von der Leistungspflicht befreit, so liegt, wenn er dennoch nicht rechtzeitig leistet, ein Fall der *Verspätung der fälligen Leistung* und damit ebenfalls eine Pflichtverletzung i.S.v. § 280 Abs. 1 BGB vor. Da es in Bezug auf den Grundsatz „*pacta sunt servanda*“ nicht gerechtfertigt ist, dem Gläubiger bereits aufgrund einer Verzögerung der Leistung unmittelbar die Möglichkeit zu geben, unter Verzicht auf die Leistung Schadensersatz zu wählen und es dem Schuldner dadurch zu verwehren, seine Leistung in natura zu erbringen, soll Schadensersatz statt der Leistung nach § 280 Abs. 3 BGB nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen der §§ 281 ff. BGB verlangt werden können. Der Gläubiger kann dann Schadensersatz statt der Leistung grundsätzlich erst dann verlangen, wenn er dem Schuldner erfolglos eine *angemessene Frist* gesetzt hat. Dem Schuldner muss somit eine letzte Chance eingeräumt werden, die Leistung zu erbringen. Erst wenn er diese nicht nutzt, ist es gerechtfertigt, ihn statt der Leistung zum Schadensersatz zu verpflichten. Für das (kein Vertretenmüssen voraussetzende) Rücktrittsrecht gilt nach § 323 BGB derselbe Grundsatz.

Ähnliches gilt für den *Verzögerungsschaden*: Zwar stellt die bloße Verzögerung der Leistung eine Pflichtverletzung i.S.v. § 280 Abs. 1 BGB dar, jedoch sieht § 280 Abs. 2 BGB vor, dass der daraus entstandene Schaden nur unter den weiteren Voraussetzungen des § 286 (Verzug) zu ersetzen ist. Dieser wiederum setzt i.d.R. eine Mahnung seitens des Gläubigers (hier: des Käufers) voraus.

b) Die Verletzung nicht leistungsbezogener Pflichten (Schutzpflichten)

(1) Schutz-, Obhuts- und Rücksichtnahmepflichten bei einem bestehenden Schuldverhältnis: Die Kodifizierung der „positiven Vertragsverletzung“

Wie § 241 Abs. 2 BGB klarstellt, „kann“ ein (gesetzliches wie vertragliches) Schuldverhältnis „nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und

³⁴ BGH NJW 2007, 3777 Tz. 37.

Interessen des anderen Teils verpflichten.“ Gegenstand dieser Pflichten ist also nicht das Leistungsinteresse, sondern das Integritätsinteresse des Gläubigers. Wird eine solche Pflicht verletzt, führt dies unmittelbar zu einer Schadensersatzpflicht nach § 280 Abs. 1 BGB, sofern der Schuldner nicht den Nachweis mangelnden Vertretenmüssens führt. Sämtliche Fälle der positiven Vertragsverletzung gliedern sich somit jetzt mühelos in das gesetzliche Haftungssystem ein. Dabei hat der Gesetzgeber auch die in der Rechtsprechung schon lange anerkannte Situation berücksichtigt, dass eine Nebenpflichtverletzung so gravierend sein kann, dass sie die Durchführung des Vertrages, d.h. auch die Erfüllung von Leistungspflichten in Frage stellt. § 280 Abs. 3 i.V.m. § 282 BGB eröffnet daher dem Gläubiger die Möglichkeit, auch in den Fällen bloßer Schutzpflichtverletzung Schadensersatz statt der Leistung, d.h. Ersatz des Äquivalenzinteresses unter Ablehnung der Leistung zu erlangen, wenn die Annahme der Leistung als nicht mehr zumutbar erscheint. § 324 BGB gewährt in diesem Fall auch die Möglichkeit eines (vom Vertretenmüssen unabhängigen) Rücktritts. Der Gesetzgeber hat damit die bereits zum alten Recht etablierte Rechtsprechung kodifiziert, wonach schwerwiegende Nebenpflichtverletzungen (wie etwa die Vertragsaufsage vor Fälligkeit) die Durchführung des Leistungsaustausches selbst in Frage stellen können.³⁵

(2) Schutz- und Obhutspflichten bei der Vertragsanbahnung (*culpa in contrahendo*)
Schließlich ergibt sich aus § 311 Abs. 2 i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB weiter, dass die genannten Schutz- und Obhutspflichten nicht erst mit Vertragsschluss entstehen, sondern dass bereits mit der Aufnahme rechtsgeschäftlichen Kontakts, insbesondere der Vertragsanbahnung, ein auf Schutzpflichten beschränktes Rechtsverhältnis entsteht. Die Arten dieser geschäftlichen Kontakte werden in § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB (Aufnahme von Vertragsverhandlungen) und Nr. 2 (Vertragsanbahnung) näher präzisiert. § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB (ähnliche geschäftliche Kontakte) bildet einen Auffangtatbestand und stellt klar, dass die in Nr. 1 und 2 beschriebenen Situationen nicht abschließend zu verstehen sind. Hierdurch steht fest, dass in den genannten Situationen eine (gesetzliche) Pflicht zur „Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils“ entsteht, deren Verletzung nach § 280 Abs. 1 BGB zum Ersatz des entstandenen Schadens verpflichtet, sofern der Schuldner nicht fehlendes Vertretenmüssen nachweisen kann (§ 281 Abs. 1 S. 2 BGB). Der Gesetzgeber hat damit zwar einen – wenn auch generalklauselartigen, so doch subsumtionsfähigen – Grundtatbestand geschaffen, gleichzeitig aber bewusst darauf verzichtet, das mit der *culpa in contrahendo* verbundene Pflichtenprogramm auszudifferenzieren und gesetzliche Fallgruppen zu bilden. Ziel war also auch hier nicht, etwas Neues zu schaffen oder Bestehendes zu verändern, sondern es ging lediglich um eine gesetzliche Verankerung eines lange etablierten Rechtsinstituts. Damit ist weder der Rückgriff auf bisher in der Rechtsprechung Erarbeitetes entbehrlich noch

35 Für den Rücktritt ist die Möglichkeit eines vorfälligen Rücktritts in § 323 Abs. 4 BGB gesondert geregelt.

ist die weitere Entwicklung dieses sehr dynamischen Rechtsinstituts in irgendeiner Weise gehindert.

Bereits unter dem nicht kodifizierten Recht war anerkannt, dass unter bestimmten Voraussetzungen auch Dritte, die nicht Partei des angebahnten Vertrages werden sollten, aus *culpa in contrahendo* haften oder aus einer solchen eigene Ansprüche herleiten können. In dem Bemühen, auch diese anerkannten Fälle der Dritthaftung aus *culpa in contrahendo* im Gesetzestext widerzuspiegeln, hat der Gesetzgeber in § 311 Abs. 3 BGB anerkannt, dass das vorvertragliche Schuldverhältnis sowohl in Bezug auf den Gläubiger als auch in Bezug auf den Schuldner Drittwirkung entwickeln kann.

5. *Die Kodifizierung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB)
und des Rechts zur Kündigung von Dauerschuldverhältnissen (§ 314 BGB)*

Auch durch die Kodifizierung des Rechts der Geschäftsgrundlage in § 313 BGB und des Rechts zur außerordentlichen Kündigung von Dauerschuldverhältnissen (§ 314 BGB) wollte der Gesetzgeber nichts Neues schaffen, sondern lediglich lange Etabliertes im Gesetzestext verankern. Für die Rechtsanwendung kann daher grundsätzlich uneingeschränkt auf die bisher vorliegende Rechtsprechung und Literatur zurückgegriffen werden. Ebenso wie die Haftung aus *culpa in contrahendo* ist die Vorschrift auch hinreichend offen formuliert, um zukünftigen Entwicklungen nicht im Wege zu stehen.

6. *Materielle Tendenzen*

Zeigt sich somit insgesamt, dass das 2002 reformierte allgemeine Leistungsstörungenrecht systematisch keinen Paradigmenwechsel, sondern lediglich eine Neuordnung erfahren hat³⁶, so ist das reformierte Leistungsstörungenrecht dennoch nicht frei von materiellen Änderungen geblieben. Will man sie tendenziell charakterisieren, so kann man insgesamt eine verstärkte Gläubigerbegünstigung und eine Hintanstellung von Schuldnerinteressen konstatieren. Die Besserstellung des Gläubigers besteht insbesondere in der Erweiterung seines *ius variandi* bezüglich der ihm zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe. Es stellt ohne Zweifel aus Gläubigersicht eine deutliche Vereinfachung dar, dass er bei der Verspätung der Leistung des Schuldners lediglich eine Nachfrist zu setzen hat, das Erfordernis einer Ablehnungsandrohung (§ 326 Abs. 1 S. 1 BGB a.F.) aber nunmehr entfallen ist (für den Rücktritt s. § 323 BGB, für den Schadensersatz statt der Leistung s. § 281 BGB), der Gläubiger also allein aufgrund einer fruchtlosen Fristsetzung zu Rücktritt oder Schadensersatz berechtigt ist. § 325 BGB erlaubt jetzt auch die Kombination beider Rechtsbehelfe, was zu einer deutlichen Vereinfachung der Rechtsanwendung und zu einer bedeutenden Besserstellung des Gläubigers geführt hat.³⁷ Legi-

36 Siehe dazu unten D.

37 Paradigmatisch dafür etwa BGH NJW 2008, 911 = BGHZ 174, 290 sowie BGH NJW 2010, 2426.

time Schuldnerinteressen werden aber dadurch vernachlässigt, dass der Schuldner im Fall der Verspätung der Leistung nach Ablauf der Nachfrist in eine von ihm nicht beendbare Schwebelage gerät: Anders als im früheren Recht fällt nämlich der Erfüllungsanspruch nicht bereits mit Ablauf der Nachfrist weg (so aber § 326 Abs. 1 S. 2 BGB a.F.). Der Gläubiger hat vielmehr die Wahl zwischen Erfüllung, Rücktritt und Schadensersatz (letzteres auch kombiniert), ohne dass der Schuldner ihn zu einer Entscheidung zwischen diesen Rechtsbehelfen zwingen könnte.³⁸ Auch kann der Gläubiger, der zunächst nach Ablauf der Nachfrist weiter Erfüllung verlangt, grundsätzlich ohne weiteres auf Rücktritt und/oder Schadensersatz übergehen, ohne hierzu erneut eine Frist setzen zu müssen.³⁹ Diese Regelung, die es letztlich dem Gläubiger gestattet, auf Kosten des Schuldners zu spekulieren, wird zutreffend von vielen als rechtspolitisch verfehlt, ja als eine gravierende Schwachstelle des reformierten Leistungsstörungsrechts betrachtet.⁴⁰

II. DIE RÜCKFÜHRUNG DES GEWÄHRLEISTUNGSRECHTS AUF DAS ALLGEMEINE LEISTUNGSSTÖRUNGSRECHT: DAS ENDE DER SPALTUNG

Neben der Neustrukturierung des Allgemeinen Leistungsstörungsrechts war eines der weiteren Hauptziele der Reform die *Vereinheitlichung* des Leistungsstörungsrechts in den Bereichen des Kauf- und Werkvertragsrechts. Diese Vereinheitlichung sollte durch die Rückführung der Rechtsbehelfe des Käufers/Bestellers auf die Rechtsinstitute des Allgemeinen Leistungsstörungsrechts erfolgen⁴¹. Ausgangspunkt dieser Ankoppelung der Rechtsbehelfe des Gewährleistungsrechts an das allgemeine Leistungsstörungsrecht ist die Pflicht zur rechts- und sachmangelfreien Leistung sowohl im Kaufrecht (§ 433 Abs. 1 S. 2 BGB) als auch im Werkvertragsrecht (§ 633 Abs. 1 BGB)⁴². Dieses sowie der grundsätzliche Verzicht auf eigenständige spezielle Rechtsbehelfe im Kauf- und Werkvertragsrecht führen dazu, dass jede rechts- oder sachmangelhafte Leistung strukturell einen Fall von Verzögerung der (mangelfreien) Leistung oder von (anfänglicher oder nachträglicher) Unmöglichkeit der (mangelfreien) Leistung darstellt. Diese Denkkategorie, Gewährleistungsrecht als Unmöglichkeits- oder Verspätungsrecht zu definieren, ist nicht neu, sondern lediglich ihre Anwendung im Kauf- und Werkvertragsrecht. So hatte auch der historische Gesetzgeber des BGB die Schlechtleistung weithin als

38 Siehe dazu nur BGH NJW 2006, 1198.

39 BGH NJW 2006, 1198.

40 Siehe etwa MÜNCHENER KOMMENTAR / WOLFGANG ERNST, BGB, Bd. 2, Hrsg. v. Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, 5. Aufl. 2007, München: Beck, § 323 Rn. 147; eingehend BEATE GSELL, Kaufrechtliche Gewährleistung und Rechtsbehelfe nach allgemeinem Schuldrecht: Ab wann gilt das Eine, bis wann gilt das Andere?, in: Festschrift für Ulrich Huber (2006), Tübingen: Mohr Siebeck, S. 299 ff.; weitere Nachw. bei S. LORENZ, Karlsruher Forum (Fn. 27) S. 86.

41 Siehe nur Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drucks. 14/6040 S. 94: „Wegfall eines besonderen Gewährleistungsrechts beim Kauf“.

42 Wo sie freilich keine Neuerung gegenüber dem früheren Recht darstellt.

einen Fall teilweiser Unmöglichkeit angesehen und darin noch einen Schlüsselbegriff des Leistungsstörungenrechts gesehen. Auch der BGH hat diesen Begriff vollkommen zutreffend im Zusammenhang mit der Beschädigung eines zurückzugewährenden Pachtgegenstandes verwendet⁴³. Es geht also auch hier nicht um eine neue Denkweise, sondern um einen erweiterten Anwendungsbereich der Übertragung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts auf das Kauf- und Werkvertragsrecht. Diese führt zu durchwegs überzeugenden Ergebnissen:

1. Ausgangspunkt: Mangelhafte Leistung als Pflichtverletzung

Wenn der Schuldner zwar die Leistung erbringt, diese aber nicht so, wie er sie erbringen müsste, insbesondere nicht in der geschuldeten Qualität erbringt, liegt ebenfalls eine Pflichtverletzung vor. Sofern das Gesetz für diesen Fall bei den einzelnen Vertragsarten des Besonderen Teils des Schuldrechts spezielle Regelungen enthält, haben diese Vorrang vor dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht. Das gilt z.B. für das Mietrecht oder das Reisevertragsrecht: Hier sieht das Gesetz besondere Regelungen über die Rechtsbehelfe bei der Mangelhaftigkeit der Mietsache bzw. der Reise vor (s. §§ 536 ff., 651 c ff. BGB). Sofern dies aber, wie insbesondere im Kauf- und Werkvertragsrecht, nicht der Fall ist, gelten auch insoweit die Regelungen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts, die dann lediglich durch Detailregelungen ergänzt oder modifiziert werden. So verweisen § 437 BGB für das Kaufrecht und § 634 BGB für das Werkvertragsrecht im Rahmen einer Rechtsgrundverweisung ausdrücklich auf die Regelungen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts. Damit ist auch die mangelhafte Leistung stets ein Fall entweder von Unmöglichkeit oder von Verzögerung der (mangelfreien) Leistung. Ausgangspunkt und damit Schnittstelle zu den Regelungen des Allgemeinen Leistungsstörungenrechts ist, dass § 433 Abs. 1 S. 2 BGB den Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die Sache „frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen“. Die gleiche Verpflichtung trifft nach § 633 Abs. 1 BGB den Werkunternehmer.

2. Qualitative Unmöglichkeit

Wird ein Gegenstand verkauft, der – was bei Gattungsschulden seltener der Fall sein wird als bei Stückschulden – einen unbehebaren Sach- oder Rechtsmangel aufweist, so kann der Verkäufer die gesetzliche Verpflichtung zu mangelfreier Leistung aus § 433 Abs. 1 S. 2 BGB nicht erfüllen. Dieser Konflikt wird durch das Wort „soweit“ in § 275 Abs. 1 BGB aufgelöst: Dem Verkäufer ist es sehr wohl möglich, einen Teil der geschuldeten Leistung (Besitz- und Eigentumsverschaffung am Kfz, § 433 Abs. 1 S. 1 BGB) zu erbringen, nicht aber ist es ihm möglich, die weitere Verpflichtung zur sachmangelfreien Leistung aus § 433 Abs. 1 S. 2 BGB zu erfüllen. Er ist daher nach § 275 Abs. 1 BGB (nur) von diesem Teil seiner Verpflichtung befreit, so dass ein Fall teilweiser Unmög-

43 BGHZ 127, 297, 314 f.

lichkeit (in Bezug auf die Qualität der Leistung) vorliegt. Damit treten grundsätzlich auch die weiteren Rechtsfolgen der Unmöglichkeit ein: Im Falle eines anfänglich unbeheblichen Mangels haftet der Verkäufer auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 437 Nr. 3, 311 a Abs. 2 BGB. Er schuldet (ohne das Erfordernis einer Fristsetzung) Schadensersatz statt der Leistung (also z.B. den mangelbedingten Minderwert des Fahrzeugs), wenn er den Mangel und dessen Unbehebbarkeit kannte bzw. seine Unkenntnis zu vertreten hat. Im Falle eines nach Vertragsschluss eingetretenen unbeheblichen Mangels haftet er nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 283 BGB, wenn er die Unbehebbarkeit des Sachmangels zu vertreten hat. Allerdings sieht das Gesetz für diesen Fall im Detail bestimmte Sonderregelungen vor. So wird etwa der automatische Wegfall der Gegenleistungsverpflichtung im Falle von Unmöglichkeit nach § 326 Abs. 1 S. 2 BGB ausgeschlossen und durch ein Rücktrittsrecht (§§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5 BGB) und ein daran anknüpfendes Minderungsrecht (§§ 437 Nr. 2, 441 BGB) ersetzt bzw. ergänzt. Das Rücktrittsrecht und das Recht zum Schadensersatz statt der Leistung werden bei unerheblichen Mängeln ausgeschlossen bzw. eingeschränkt (§§ 280 Abs. 1, 3, 283 S. 2 oder § 311 a Abs. 2 S. 3 i.V.m. § 281 Abs. 1 S. 3 BGB bzw. § 326 Abs. 5 i.V.m. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB). Diese Sonderregelungen, die man immer daran erkennt, dass das Gesetz davon spricht, dass der Schuldner die Leistung „nicht wie geschuldet“ (§ 281 Abs. 1 S. 3 BGB) oder „nicht vertragsgemäß“ bewirkt hat (s. § 326 Abs. 1 S. 2, § 323 Abs. 5 S. 2 BGB) haben dazu geführt, dass man insoweit auch von *qualitativer Unmöglichkeit* (als einem besonders geregelten Fall teilweiser Unmöglichkeit) spricht.⁴⁴

3. *Qualitative Verspätung der Leistung*

Ist im Falle der mangelhaften Leistung der Mangel behebbar, ist der Schuldner von der Pflicht zur mangelfreien Leistung nicht nach § 275 Abs. 1 BGB befreit. Es besteht also weiter ein Erfüllungsanspruch auf vertragsgemäße Leistung. Damit liegt ein Fall (wiederum teilweiser) Verspätung der Leistung vor, auf welche – wiederum modifiziert – die Regelungen über die Verspätung der (fälligen) Leistung anwendbar sind. Weist also eine Kaufsache einen behebbaren Mangel auf, so hat der Käufer weiterhin einen Anspruch auf mangelfreie Leistung, der allerdings durch das Kaufrecht in Form des Nacherfüllungsanspruchs (§§ 437 Nr. 1, 439 BGB) in gewisser Weise modifiziert wird. Schadensersatz statt der Leistung in Form des mangelbedingten Minderwerts kann der Käufer dann grundsätzlich erst nach Ablauf einer dem Verkäufer gesetzten Nacherfüllungsfrist verlangen (§§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 281 BGB), gleiches gilt für das Rücktrittsrecht (§§ 437 Nr. 2, 323 BGB) sowie für das an die Rücktrittsvoraussetzungen angekoppelte Minderungsrecht (§§ 437 Nr. 2, 441 BGB). Auch hier werden aber die Regelungen über die Rechtsfolgen der Verzögerung der Leistung in bestimmter Hinsicht modifiziert: Im

⁴⁴ Siehe STEPHAN LORENZ, Schadensersatz wegen Pflichtverletzung – ein Beispiel für die Überhastung der Kritik an der Schuldrechtsreform, JZ 2001, 742, 743; zu dem Begriff siehe bereits BGHZ 127, 297, 314.

Kauf- und Werkvertragsrecht tritt der Nacherfüllungsanspruch des (§§ 439, 635 BGB) an die Stelle des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs, die Fristsetzungserfordernisse werden teilweise abgemildert (§§ 440, 636 BGB), das Rücktrittsrecht und das Recht zum Schadensersatz statt der „ganzen Leistung“ werden unter denselben Voraussetzungen wie im Falle der Unmöglichkeit bei unerheblichen Mängeln ausgeschlossen bzw. eingeschränkt (§§ 281 Abs. 1 S. 3, 323 Abs. 5 S. 2 BGB). Aus diesem Grunde kann man analog dem oben Dargelegten von *qualitativer Verspätung* der Leistung sprechen. Wiederum gilt Gleiches im Werkvertragsrecht.

D. SYSTEMVERGLEICH

Vergleicht man ohne Rücksicht auf – sicher nicht unwichtige – Unterschiede im Detail das System des deutschen Leistungsstörungenrechts des deutschen BGB des Jahres 1900 mit demjenigen des reformierten Leistungsstörungenrechts des Jahres 2002, so ist der Befund klar und angesichts der Zielvorgabe des Gesetzgebers auch wenig erstaunlich: Es hat weder dogmatisch noch inhaltlich ein Paradigmenwechsel oder gar eine Revolution stattgefunden, sondern eine Evolution. Die hergebrachten Grundstrukturen des Leistungsstörungenrechts, d.h. die Aufteilung der Leistungsstörungen in Unmöglichkeit, Verspätung, Nebenpflichtverletzung und vorvertragliche Pflichtverletzungen sind nicht nur erhalten geblieben, sondern sehr viel deutlicher gesetzlich niedergelegt worden. Die materiellen Grundprinzipien Privatautonomie, Vertragsbindung und Selbstverantwortung sowie das Verschuldensprinzip sind unangetastet geblieben.⁴⁵ Tatsächlich ist das neue Leistungsstörungenrecht in weiten Teilen nichts anderes als eine Bestätigung der hergebrachten Struktur, die in keiner Weise zu einer grundsätzlichen Änderung der deutschen Schuldrechtsdogmatik zwingt.⁴⁶ Zwar knüpft das Gesetz die Rechtsbehelfe des Gläubigers an den zentralen Tatbestand der Pflichtverletzung, jedoch verbirgt sich dahinter keine strukturell neue Denkweise, sondern eine – äußerst gelungene – kodifikatorische Neuordnung des im Übrigen in seinen Grundstrukturen gleich gebliebenen Systems. Das deutsche Recht denkt weiter in den Kategorien „Unmöglichkeit, Verzug, positive Forderungsverletzung und *culpa in contrahendo*“. Das neue Recht vereint die Fälle von Unmöglichkeit und Verzug zwar unter dem Dach eines einheitlichen Pflichtverletzungstatbestandes, bleibt aber inhaltlich bei den offenbar zeitlosen Denkstrukturen des Jahres 1900. Diese lassen sich auf wenige Grundprinzipien und Grundwertungen zurückführen: Ist die Leistung dem Schuldner unmöglich, haftet er auf Schadensersatz

45 Siehe dazu S. LORENZ, *Karlsruher Forum* (Fn. 27) S. 134 ff.

46 Siehe dazu schon den Befund von DIETER MEDICUS, in: Barbara Dauner-Lieb/Horst Konzen/Karsten Schmidt (Hrsg.), *Das neue Schuldrecht in der Praxis. Akzente – Brennpunkte – Ausblicke* (2002). Köln: Carl Heymanns Verlag, S. 61, 70: „Insgesamt kann ich daher an dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz nichts finden, was man als „Systemwechsel“ bezeichnen müsste“.

unter grundsätzlicher Geltung des Verschuldensprinzips. Im Falle der Leistungsverzögerung gilt weiter das Prinzip der Nachfristsetzung: Ein Rechtsbehelf, der wie Rücktritt oder Schadensersatz statt der Leistung den Leistungsaustausch des Vertrages verhindert, soll grundsätzlich erst zur Verfügung stehen, wenn dem Schuldner in Gestalt einer Nachfrist eine „zweite Chance“ zur Erfüllung eingeräumt wurde. Die positive Forderungsverletzung sowie die Haftung wegen *culpa in contrahendo* konnten bruchlos in den zentralen Haftungstatbestand der Pflichtverletzung eingefügt werden.

Für den Blick von außen bleibt damit festzuhalten: Rechtsordnungen, die sich im Bereich des Leistungsstörungenrechts am System des BGB orientiert haben, haben durch die Neugestaltung des Leistungsstörungenrechts ihr Vorbild nicht auszuwechseln. Der Vorgang, den man etwa in Japan als *Theorienrezeption* bezeichnet hat⁴⁷, ist damit nicht gegenstandslos geworden. Man hat eher den Eindruck, dass das deutsche Leistungsstörungenrecht durch die Einführung eines allgemeinen Pflichtverletzungstatbestandes jetzt mehr als früher mit der modernen Sichtweise des japanischen Leistungsstörungenrechts kongruiert, in welchem Art. 415 des japanischen Zivilgesetzbuchs zunehmend als ein einheitlicher Pflichtverletzungstatbestand verstanden wird.⁴⁸ Wer freilich das System des BGB wegen seines hohen Abstraktionsgrades kritisiert hat, hat nach der Reform des Jahres 2002 wohl noch verstärkten Grund zu einer solchen Kritik.

Trotz der Tatsache, dass das reformierte Leistungsstörungenrecht des BGB nicht zu einem grundsätzlichen Systemwandel geführt hat, bleibt aber zugleich eine Annäherung des Leistungsstörungenrechts an die europäische Entwicklung festzustellen. Die Reform ist insoweit keinen deutschen Sonderweg gegangen, sondern hat sich neben dem CISG auch an der wissenschaftlichen Entwicklung des Schuldrechts in Europa orientiert, wenngleich es – zu Recht – einen höheren Differenzierungsgrad aufweist als etwa die *Principles of European Contract Law (PECL)*.

E. TENDENZEN: DIE ENTWICKLUNG SEIT 2002

Der Befund, dass der Gesetzgeber im Jahre 2002 kein wirklich neues System des Leistungsstörungenrechts geschaffen hat, bestätigt sich in einer Analyse der Rechtsprechung zu dem „neuen“ Recht seit dem Jahr 2002.⁴⁹ Diese hat sich sehr schnell auf das neue System eingestellt. Selbstverständlich ergaben sich eine Reihe von Detailfragen, die weiterhin Stoff für wissenschaftliche Auseinandersetzung liefern. Ein „substantieller

47 Siehe dazu ZENTARO KITAGAWA, *Rezeption und Fortbildung des europäischen Rechts in Japan* (1970), Frankfurt a.M.: Alfred-Metzner-Verlag, S. 27 ff.; KEIZO YAMAMOTO, *Vertragsrecht*, in: Harald Baum/Moritz Bälz (Hrsg.) *Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht*, 1. Aufl. 2011, Köln: Carl Heymanns Verlag, S. 461, 502 f. m.w.N.

48 Siehe dazu YAMAMOTO (Fn. 47) S. 503 f. m.w.N.

49 Siehe dazu im Einzelnen etwa STEPHAN LORENZ, *5 Jahre „neues“ Schuldrecht im Spiegel der Rechtsprechung*, NJW 2007, 1 ff.

Verlust an Niveau“ oder „nachhaltiger Qualitätsverlust in der juristischen Alltagsarbeit“⁵⁰ lässt sich aber keinesfalls attestieren. Grundlegende Systemfehler sind in nahezu 10 Jahren nicht hervorgetreten und wohl auch nicht zu erwarten. Die Befürchtungen, die insbesondere die Praktiker bereits vor der Reform gehegt haben, haben sich nicht bewahrheitet. Der deutsche Gesetzgeber hat gut daran getan, diesen – wohl natürlichen – Reaktionen der Praxis nicht nachzugeben.⁵¹

Zuzugeben ist, dass es durch die Rückführung des besonderen Gewährleistungsrechts auf die Rechtshilfe des Allgemeinen Leistungsstörungenrechts zu einer vermehrten Relevanz abstrakter Grundfragen gekommen ist.⁵² Das spiegelt sich insbesondere in der Rechtsprechung zum kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht wider, in welcher der Rückgriff auf frühere Rechtsprechung durch die grundsätzliche neue dogmatische Struktur nur in seltenen Fällen möglich ist. Die im Vorfeld der Reform heftig kritisierte Abstraktionshöhe des Gesetzes hat aber auch hier keineswegs zu einen „Irrgarten von Regelungen“⁵³ geführt. Der Bedeutungszuwachs von Grundlagenfragen hat gerade den Vorteil, dass eine einmal geklärte Grundlagenfrage zugleich die Detailfrage abseits unkontrollierbarer Kasuistik voraussehbar bestimmt und damit Rechtssicherheit schafft. Bestätigt wird dies auch durch den akademischen Unterricht: Das „neue“ deutsche Leistungsstörungenrecht ist Studenten wesentlich einfacher, klarer und unmissverständlicher zu erläutern, als es das frühere Recht jemals erlaubte. Das ist ein wichtiger Qualitätsnachweis für das Funktionieren eines Systems.⁵⁴ Zu Recht hatte schon *Ulrich Huber* in seinem Gutachten für die Schuldrechtskommission attestiert, dass sich die „sozialen Unkosten“ eines Rechtszustandes in der juristischen Ausbildung gut ablesen lassen. Das Recht der Leistungsstörungen hat er zutreffend als ein Gebiet charakterisiert, dessen Beherrschung von jedem fertig ausgebildeten Juristen erwartet werden muss. Dem früheren Leistungsstörungenrecht stellte er insoweit zu Recht ein vernichtende Zensur aus: In der Ausbildung werde eine ganz erhebliche Zeit darauf verwendet, die Lösung von Problemen zu erlernen, die bei geeigneter Fassung des Gesetzes gar nicht vorhanden wären.⁵⁵

50 So aber die Prognose von HOLGER ALTMEPPEN, Schadensersatz wegen Pflichtverletzung – Ein Beispiel für die Überhastung der Schuldrechtsreform, DB 2001, 1131.

51 Zu ganz ähnlichen Reaktionen im Zuge des gegenwärtigen Reformprozesses in Japan siehe KAMO (Fn. 25).

52 BARBARA DAUNER-LIEB / WOLFGANG DÖTSCH, Schuldrecht aktuell – Entwicklungstendenzen und Problemschwerpunkte zwei Jahre nach der Schuldrechtsreform (2003), Bonn: Deutscher Anwaltverlag, S. 8.

53 So aber der Vorwurf von OLE LANDO, Das neue Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die Grundregeln des europäischen Vertragsrechts, *RabelsZ* 67 (2003) S. 231, 244.

54 Vgl. dazu auch den Appell von *Claus-Wilhelm Canaris* im Vorfeld der Reform, nicht nur an den im bisherigen Recht verwurzelten Praktiker, sondern gerade auch an die in einem verbesserten Recht zu schulenden Juristen zu denken, siehe dazu KATJA LANGENBUCHER, Sondertagung Schuldrechtsmodernisierung: Diskussionsbericht zum Vortrag von Claus-Wilhelm Canaris, *JZ* 2001, 528.

55 U. HUBER (Fn. 3) S. 774.

Im neuen Leistungsstörungenrecht mag es durchaus Bereiche geben, die man in rechtspolitischer Hinsicht kritisieren kann. Das System als solches hat sich aber fraglos bewährt. Es hat unter Wahrung der dogmatischen Grundstrukturen des Leistungsstörungenrechts zu einer wesentlichen Vereinfachung geführt. Das deutsche Leistungsstörungenrecht wird so auch im „Wettbewerb“ der Rechtsordnungen auf dem Weg zu einem Europäischen Vertragsrecht wichtige Impulse geben können. Ohne eine solche Reform würde die Stimme des deutschen Rechts im Europäischen Reformprozess kaum Gehör finden können. Die deutsche Erfahrung zeigt, dass Reformierung letztlich die Bewahrung des Erhaltenswerten ist und letztlich allein dessen Überleben sichert. Die wirklichen Bewahrer einer Rechtskultur sind ihre Reformer.

II. KAPITEL

DIE AMERIKANISIERUNG DES WIRTSCHAFTSRECHTS IN JAPAN UND DEUTSCHLAND

Amerikanisierung des Wirtschaftsrechts in Japan und Deutschland?

Einflüsse auf die Entwicklung der Gesetzgebung in Deutschland am Beispiel des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts

Jan von Hein * **

- I. Einführung
- II. Kapitalanleger-Musterverfahren und *class action*
 - 1. Die Intention des Gesetzgebers
 - 2. Unterschiede zwischen *class action* und Kapitalanleger-Musterverfahren
 - 3. Mangelnde materiellrechtliche Flankierung
 - 4. Evaluation
 - 5. Alternativen
 - 6. Die Reform des KapMuG
 - 7. Ergebnis zu II
- III. Stimmrechtsvertretung und *proxy-voting*
 - 1. Partielle Rezeption des *proxy-voting*
 - 2. Rechtslage in den USA
 - 3. Rezeption in Deutschland
 - 4. Evaluation
 - 5. Alternativen
 - 6. Ergebnis zu III
- IV. Unternehmerisches Ermessen und „Business Judgment Rule“
 - 1. Die „Business Judgment Rule“ in den USA
 - 2. Die Kodifikation der „Business Judgment Rule“ in Deutschland
 - a) Kodifikation statt Richterrecht
 - b) Tatbestandsausschluss statt Beweislastregel
 - c) Entgegengesetzte Beweislastverteilung
 - 3. Auslegung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG
 - 4. Ergebnis zu IV
- V. Zusammenfassung

* Dr. iur., Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, IPR und Rechtsvergleichung an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

** Der vorliegende Beitrag entwickelt in aktualisierter Form Gedanken weiter, die ich erstmals in meiner Habilitationsschrift – JAN VON HEIN, *Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland* (Mohr Siebeck Tübingen 2008) – vorgestellt habe.

I. EINFÜHRUNG

Die Amerikanisierung des deutschen Wirtschaftsrechts ist ein hoch aktuelles Thema. Hiervon zeugt beispielsweise das im Februar 2010 zu Ehren *Otto Sandrocks* anlässlich seines 80. Geburtstags veranstaltete Münsteraner Symposium, das unter dem Titel stand: „Das deutsche Wirtschaftsrecht unter dem Einfluss des US-amerikanischen Rechts“¹. Insbesondere im Aktien- und Kapitalmarktrecht haben im Laufe des 20. und 21. Jahrhunderts in Deutschland vielfältige Rezeptionen US-amerikanischer Regelungsvorbilder stattgefunden². Die Ursachen hierfür sind vielfältig: Erstens kann eine Nachbildung US-amerikanischen Rechts erfolgen, um deutschen Aktiengesellschaften eine Signalisierung positiv bewerteter Eigenschaften gegenüber amerikanischen Investoren zu ermöglichen (Zertifizierungseffekt)³. Diesem Aspekt ging bereits der 34. Deutsche Juristentag in Köln 1926 nach, der unter der Frage stand, ob eine grundsätzliche Annäherung des deutschen Aktienrechts an anglo-amerikanischer Vorbilder erfolgen solle, um deutschen Emittenten die Einwerbung von Kapital im Ausland zu erleichtern⁴. Zweitens kann die Übernahme US-amerikanischen Rechts eine Reaktion auf dessen internationale Anwendung darstellen, z.B. in Reaktion auf den Sarbanes-Oxley Act⁵ oder künftig auf den Dodd Frank Act⁶. Nicht zuletzt lässt sich die Rezeption amerikanischen Rechts aber vielfach als Folge eines ökonomischen Strukturwandels innerhalb Deutschlands deuten. Die herkömmliche, aufgrund der unterentwickelten Kapitalmärkte der Nachkriegszeit entstandene „Deutschland AG“ hat sich seit den 1990-er Jahren weit gehend aufgelöst⁷. Dieses traditionelle deutsche System der Corporate Governance war durch eine hohe Anteilskonzentration, starke Unternehmensverflechtungen und eine dominierende Rolle der Großbanken in der Unternehmenskontrolle gekennzeichnet. Die Machtposition der Großbanken speiste sich nicht nur aus ihrem beträchtlichen Anteilsbesitz an den größten

-
- 1 WERNER F. EBKE/SIEGFRIED H. ELSING/BERNHARD GROSSFELD/GUNTHER KÜHNE (Hrsg.), *Das deutsche Wirtschaftsrecht unter dem Einfluss des US-amerikanischen Rechts* (Verlag Recht und Wirtschaft Frankfurt am Main 2010), besprochen durch JAN VON HEIN, ZVglRWiss 110 (2011) 98; HANNO MERKT, RIW H. 3/2011, S. III.
 - 2 Überblicksdarstellungen bei HOLGER FLEISCHER, *Legal Transplants im deutschen Aktienrecht*, NZG 2004, 1129; KLAUS J. HOPT, *Aktienrecht unter amerikanischem Einfluss*, in: Heldrich, Andreas u.a. (Hrsg.): *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, Band II (C.H. Beck München 2007) 105; KLAUS PETER BERGER, *Gelungene oder unvermeidbare Rezeptionen: Bank- und Kapitalmarktrecht*, in: Ebke / Elsing / Großfeld / Kühne (Fn. 1) 77; monographisch VON HEIN, *Die Rezeption* (Fn.**).
 - 3 Hierzu eingehend VON HEIN, *Die Rezeption* (Fn.**.) 297 ff.
 - 4 Näher VON HEIN, *Die Rezeption* (Fn.**.) 126 ff.; JESSICA SCHMIDT, *Grundlegende Reform des Aktienrechts? – 34. DJT (1926)*, in: Walter Bayer (Hrsg.), *Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in den Beratungen des Deutschen Juristentages* (Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft Jena 2010) 259.
 - 5 Hierzu eingehend JAN VON HEIN, *Die Rezeption* (Fn.**.) 321 ff.
 - 6 Hierzu GERALD SPINDLER/KATHRIN BRANDT/JULIUS RAAPKE, *Finanzmarktreform in den USA – Der neue Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, RIW 2010, 746 ff.
 - 7 Eingehend VON HEIN, *Die Rezeption* (Fn.**.) 367 ff.

deutschen Aktiengesellschaften, sondern auch aus der Anzahl der von Bankenvertretern wahrgenommenen Aufsichtsratsmandate sowie aus der Stimmrechtsvertretung der Kleinanleger in Gestalt des sog. Depotstimmrechts (§ 135 AktG). Die externe Corporate Governance durch liquide Kapitalmärkte, Publizität und eine Haftung der Geschäftsleiter für Fehlinformationen des Kapitalmarkts spielte hingegen lange Zeit wegen materiellrechtlicher und prozessualer Defizite nur eine sehr untergeordnete Rolle. Heute dominiert aber bei großen deutschen Aktiengesellschaften der Streubesitz⁸. Die deutschen Aktiengesellschaften haben sich dem in den USA dominanten Phänotyp, der bereits von *Berle* und *Means* im Jahre 1933 beschrieben wurde⁹, angeglichen, was es nahelegt, auch für die daraus resultierenden Probleme der Corporate Governance – die Trennung von Eigentum und Kontrolle – nach Lösungsmustern in den USA zu suchen. Hinzu kommt, dass auch die Großbanken sich heute ganz überwiegend auf ihr Kerngeschäft in der Finanzbranche konzentrieren. Die Stärkung der externen Corporate Governance durch kapitalmarktrechtliche Haftungstatbestände steht dabei ebenso auf der Tagesordnung wie die Füllung der Lücke, die durch den weit gehenden Rückzug der Banken aus der wenig lukrativen Stimmrechtsvertretung entstanden ist. Gleichwohl behalten die deutsche Unternehmenspraxis und der Gesetzgeber einen oft beträchtlichen Spielraum, um differenziert auf amerikanische Erwartungen und Anforderungen zu reagieren. Eine Totalrezeption US-amerikanischen Aktien- und Kapitalmarktrechts ist weder gewünscht noch empirisch zu beobachten. Vielmehr dominiert bislang in der deutschen Gesetzgebung ein selektiver, doppelspuriger Ansatz, der im Kapitalmarktrecht tendenziell offen gegenüber der Übernahme von Standards ist, die auf dem globalen Kapitalmarkt nach wie vor überwiegend anglo-amerikanisch geprägt sind. In Kernbereichen der Unternehmensorganisation, etwa dem herkömmlichen zweistufigen Aufbau der Unternehmensspitze (Vorstand/Aufsichtsrat) und erst recht im Hinblick auf die unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer, zeigt das deutsche Recht hingegen oft ein erhebliches Beharrungsvermögen¹⁰. Eine Grenze der Öffnung gegenüber US-amerikanischem Recht wird darüber hinaus bei der prozessualen Bündelung der Interessen geschädigter Anleger erreicht, da zwischen dem deutschen und dem US-amerikanischen Zivilprozessrecht in vielen Grundfragen unterschiedliche Präferenzen herrschen.

Jede Rechtsordnung ist mehr als nur die Summe ihrer einzelnen Bestandteile; die jeweiligen Regeln und Institutionen sind vielmehr funktional in vielfältiger Weise voneinander abhängig. Werden einzelne Teile aus ihrem US-amerikanischen Regelungs-

8 Siehe ALEXANDER HELLGARDT/ANDREAS HOGER, Transatlantische Konvergenz der Aktionärsrechte- Systemvergleich und neuere Entwicklungen, ZGR 2011, 38, 55, m.w.N.

9 ADOLF A. BERLE / GARDINER C. MEANS, *The Modern Corporation and Private Property* (Transaction Publishers, New York 1933; Nachdruck 1982).

10 Näher JAN VON HEIN, *Between a Rock and a Hard Place: German Codetermination Under Pressure*, *Kyoto Journal of Law and Politics* Jg. 3 (2007), Heft 2, S. 1–30 sowie in japanischer Übersetzung („*Doitsu kyodo kettei seido no jirenma*“) in: *Jurisuto* Nr. 1330 (2007) 38–49, m. w. Nachw.

zusammenhang gelöst und in das deutsche Recht übertragen, drohen Anpassungsschwierigkeiten, Reibungsverluste und schlimmstenfalls Abstoßungsreaktionen. Aufgrund des hier zur Verfügung stehenden begrenzten Raumes kann im Folgenden keine Gesamtdarstellung der Rezeption US-amerikanischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts in Deutschland gegeben werden¹¹. Vielmehr sollen drei Bereiche exemplarisch herausgegriffen werden, an denen sich die Probleme der selektiven Rezeption US-amerikanischer Regelungsvorbilder und ihrer Einbettung in die deutsche Rechtsordnung verdeutlichen lassen: Erstens wird das im Jahre 2005 geschaffene Kapitalanleger-Musterverfahren näher betrachtet, das vom deutschen Gesetzgeber als ein funktionales Äquivalent zur US-amerikanischen Sammelklage (*class action*), die man bewusst nicht rezipieren wollte, konzipiert worden ist (unter II). Zweitens wird der Versuch näher beleuchtet, im Jahre 2001 eine Stimmrechtsvertretung durch von der Aktiengesellschaft benannte Vertreter nach dem Vorbild des US-amerikanischen *proxy-voting* in das deutsche Recht einzuführen, ohne zugleich die komplexe aufsichtsrechtliche Regulierung dieser Vollmachten (*proxy regulation*) aus den USA zu importieren (unter III). Drittens wird der unternehmerische Ermessensspielraum im deutschen Aktienrecht näher untersucht. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG enthält seit dem Jahre 2005 eine deutsche Spielart der US-amerikanischen Business Judgment Rule, deren gesetzliche Ausgestaltung jedoch erheblich vom amerikanischen Vorbild abweicht (unter IV). Eine Zusammenfassung der Ergebnisse und ein Ausblick beschließen den Beitrag (unter V).

II. KAPITALANLEGER-MUSTERVERFAHREN UND CLASS ACTION

1. Die Intention des Gesetzgebers

Im deutschen Kapitalmarktrecht bestand lange Zeit ein Defizit in Bezug auf die prozessuale Bündelung der Klagen mehrerer geschädigter Anleger¹². Solche Massenprozesse waren insbesondere wegen der notwendigen mehrfachen Beweisaufnahmen und des Kostenrisikos für einzelne Kläger kaum praktikabel und in angemessener Zeit durchzuführen¹³. Dies hatte zur Folge, dass im Gegensatz zu den USA, in denen die *securities litigation* ein wichtiges Instrument der externen Corporate Governance darstellt¹⁴, die materiellrechtlichen deutschen Vorschriften z.B. zur Prospekthaftung ihre

11 Insoweit ist auf VON HEIN, Die Rezeption (Fn.***) zu verweisen.

12 Ausführlich zu den Defiziten der herkömmlich bestehenden Bündelungsformen die Begründung KapMuG-RegE, BT-Drs. 15/5091, S. 13 f.; THEODOR BAUMS (Hrsg.): Unternehmensführung – Unternehmenskontrolle – Modernisierung des Aktienrechts. Bericht der Regierungskommission „Corporate Governance“ (Otto Schmidt Köln 2001) Rz. 189.

13 Begründung KapMuG-RegE, BT-Drs. 15/5091, S. 13 f.; BAUMS-Kommission (Fn. 12) Rz. 188.

14 Näher ROBERT B. THOMPSON/HILLARY A. SALE, Securities Fraud as Corporate Governance: Reflections upon Federalism, Vand. L. Rev. 56 (2003) 859.

Präventionswirkung weitgehend einbüßen¹⁵. Bereits der 64. Deutsche Juristentag in Berlin (2002) und die Regierungskommission Corporate Governance hatten die Einführung einer bereichsspezifischen Gruppenklage (DJT¹⁶) bzw. eines Vertretermodells (*Baums-Kommission*¹⁷) vorgeschlagen. Die Pläne zur Einführung einer Gruppenklage erhielten erheblichen rechtspolitischen Auftrieb durch die in der Öffentlichkeit vielbeachteten Schwierigkeiten des Telekom-Verfahrens vor dem LG Frankfurt/Main, bei dem ein Vorsitzender Richter, unterstützt von zwei ehrenamtlichen Handelsrichtern, für die Entscheidung über die Prospekthaftungsklagen von mehr als 15 000 Aktionären mit 2500 Klagen, vertreten durch 750 Rechtsanwälte, zuständig war¹⁸. Das Bundesjustizministerium verfügte bei der Vorbereitung des KapMuG¹⁹ über eine breite rechtsvergleichende Grundlage²⁰, die sich auch in der Begründung des Regierungsentwurfs niederschlug²¹.

Sowohl in der das KapMuG vorbereitenden Diskussion als auch in der Begründung des Regierungsentwurfs wurde eine Rezeption der US-amerikanischen *class action* (FRCP 23) als solche abgelehnt²². Insbesondere wurde gegen das amerikanische Modell eingewandt, dass eine „automatische Rechtskrafterstreckung auf am Verfahren nicht beteiligte Dritte [...] den individualistisch geprägten Rechtsschutzgrundsätzen des deutschen Verfassungs- und Prozessrechts fremd“ sei²³. In der Begründung des KapMuG-RegE wurde deshalb nicht allein das amerikanische Recht herangezogen; vielmehr wurden auch die Prozessrechte anderer europäischer Staaten, nämlich Englands, Österreichs und der Schweiz ausgewertet; auch das Recht Japans wurde betrachtet²⁴. Wenngleich

15 Begründung KapMuG-RegE, BT-Drs. 15/5091, S. 13, 16.

16 Siehe DJT 64 (2002) II/1 P 89 (Beschluss Nr. 1.15 der wirtschaftsrechtlichen Abteilung); hierzu siehe den Diskussionsbeitrag von KLAUS J. HOPT, DJT 64 (2002) II/2 P 138–140; ANDREAS MEYER, Aspekte einer Reform der Prospekthaftung – Eine Würdigung der Verhandlungen des 64. Juristentages – Teil II, WM 2003, 1349 ff.

17 BAUMS-Kommission (Fn. 12) Rz. 188–190.

18 Hierzu TIMO GANSEL/ANDREAS GÄNGEL, Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, NJ 2006, 13; BURKHARD HESS, Musterverfahren im Kapitalmarktrecht, ZIP 2005, 1713 f.

19 BGBl. 2005 I 2437.

20 Eingehend die vom BMJ in Auftrag gegebene Untersuchung des MPI, JÜRGEN BASEDOW/KLAUS J. HOPT/HEIN KÖTZ/DIETMAR BAETGE (Hrsg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess (Mohr Siebeck, Tübingen 1999); rechtsvergleichend auch BURKHARD HESS, Sammelklagen im Kapitalmarktrecht, AG 2003, 113 ff.

21 Siehe Begründung KapMuG-RegE, BT-Drs. 15/5091, S. 15 f.

22 BAUMS-Kommission (Fn. 12) Rz. 188, 190; KLAUS J. HOPT, DJT 64 (2002) II/2 P 138; Begründung KapMuG-RegE, BT-Drs. 15/5091, S. 15 f.; CHRISTIAN DUVE/TANJA V. PFITZNER, Braucht der Kapitalmarkt ein neues Gesetz für Massenverfahren? Der Entwurf eines Gesetzes über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten (KapMuG) auf dem Prüfstand, BB 2005, 673, 677.

23 Begründung KapMuG-RegE, BT-Drs. 15/5091, S. 16; ebenso MEYER (Fn. 16), WM 2003, 1349, 1352 f.; eingehende Darlegung verfassungsrechtlicher Bedenken bei RUPERT SCHOLZ, Individualer oder kollektiver Rechtsschutz? Zum Verfassungsproblem der Zulassung von Sammel-, Gruppen- und Verbandsklagen, ZG 18 (2003) 248–263.

24 Begründung KapMuG-RegE, BT-Drs. 15/5091, S. 15 f.

diese rechtsvergleichenden Erörterungen einen eher geringen Einfluss des US-amerikanischen Rechts auf die Ausarbeitung des KapMuG nahelegen²⁵, darf eine wichtige indirekte Wirkung der amerikanischen Rechtsordnung auf die Schaffung dieser neuartigen Verfahrensform nicht übersehen werden. Das KapMuG wurde nämlich bewusst als funktionales Substitut zur US-amerikanischen class action konzipiert, um es deutschen Emittenten zu ermöglichen, einen substantiierten Antrag auf Abweisung einer in den USA erhobenen Klage nach den Grundsätzen des *forum non conveniens* zu stellen²⁶. So stellte die Begründung des Regierungsentwurfs die Motivation, durch eine prozessuale Bündelung der Interessen geschädigter Kapitalanleger eine extraterritoriale Rechtsanwendung abzuwehren, deutlich heraus. Es heißt darin, dass mit der Einführung eines Kapitalanleger-Musterverfahrens die Anleger dazu veranlasst werden sollen,

„vor deutschen Gerichten zu klagen und nicht im Wege des forum shoppings auf andere Staaten auszuweichen. Darüber hinaus trägt die Einführung eines kollektiven Rechtsverfolgungsinstruments auch dem berechtigten staatlichen Interesse Rechnung, deutsche Kapitalmärkte durch die inländische Justiz zu kontrollieren und eine extraterritorial ausgreifende Gesetzgebung anderer Staaten zu verhindern. Aus der Sicht deutscher Emittenten schafft das Musterverfahren die Möglichkeit, auf ausländischen Kapitalmarktplätzen auf geeignete kollektive Rechtsschutzmöglichkeiten in Deutschland zu verweisen und dadurch eine Kanalisierung von Rechtsstreiten im Inland bewirken zu können.“²⁷

Der zuständige Referent im BMJ, *Reuschle*, stellte in einem Begleitaufsatz klar, dass mit den „andere[n] Staaten“, in die deutsche Anleger nicht ausweichen sollten, die USA gemeint waren²⁸. Der von deutscher Seite erhobene Anspruch auf Regulierung des eigenen Kapitalmarkts wurde zusätzlich durch die Schaffung eines ausschließlichen

25 Apodiktisch GEORG MAIER-REIMER/ULRICH WILSING, Das Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten, ZGR 2006, 79, 84: „Das Gesetz folgt nicht Vorbildern aus dem angelsächsischen Raum“; eine bewusste Anlehnung an das US-amerikanische Recht erfolgte aber bei der Auswahl des Musterklägers gem. § 8 Abs. 2 Nr. 1 KapMuG, die der Bestimmung des „lead plaintiff“ gem. dem Private Securities Litigation Reform Act (PSLRA), 15 U.S.C § 78u-4(a)(B)(iii)(I), nachgebildet ist, hierzu FABIAN REUSCHLE, Ein neuer Weg zur Bündelung und Durchsetzung gleichgerichteter Ansprüche – Zum Entwurf eines Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes (KapMuG), WM 2004, 2334, 2339; ASTRID STADLER, Das neue Gesetz über Musterfeststellungsverfahren im deutschen Kapitalanlegerschutz, in: Ludwig Bittner / Thomas Klicka / Georg E. Kodek / Paul Oberhammer (Hrsg.), Festschrift für Walter H. Rechberger zum 60. Geburtstag (Springer, Wien/New York 2005) 663, 669; DETLEF HASS/CHRISTIAN ZERR, Forum Shopping in den USA nach Erlass des KapMuG, RIW 2005, 721, 726.

26 Näher HASS/ZERR (Fn. 25), RIW 2005, 721, 723.

27 Begründung KapMuG-RegE, BT-Drs. 15/5091, S. 17; der Regierungsentwurf übernimmt hier nahezu wörtlich eine Passage aus dem Aufsatz von HESS (Fn. 20), AG 2003, 113, 115, I. Sp.

28 FABIAN REUSCHLE, Möglichkeiten und Grenzen kollektiver Rechtsverfolgung: Zu den Defiziten im deutschen Prozessrecht, der Übertragbarkeit ausländischer Lösungen und den Grundzügen eines kollektiven Musterverfahrens, WM 2004, 966, 973.

Gerichtsstands abgesichert (§ 32b ZPO n.F.), der eine Klage gegen ein deutsches Unternehmen nur an dessen Sitz ermöglicht und so mittelbar die Anerkennung amerikanischer Urteile gegen deutsche Emittenten ausschließt²⁹. Der aktuelle Anlass für diese Neuerungen war wiederum der Streit um die angeblich unrichtigen Grundstücksbewertungen der Telekom, der nicht allein vor dem LG Frankfurt/Main, sondern auch in New York ausgetragen wurde³⁰.

Die im KapMuG für die Bündelung der Interessen geschädigter Kapitalanleger gewählte Lösung hat in ihrem Verhältnis zum US-amerikanischen Recht folglich einen zwispältigen Charakter: Einerseits war der deutsche Gesetzgeber darum bemüht, in bewusster Abgrenzung von der amerikanischen *class action* ein eigenständiges Modell eines kollektiven Rechtsschutzes zu entwickeln³¹; andererseits hegte er die Erwartung, dass amerikanische Gerichte dieses neuartige Verfahren als einer *class action* funktional gleichwertig akzeptieren würden. Es ist fraglich, ob diese Doppelstrategie von Erfolg gekrönt ist³².

2. Unterschiede zwischen *class action* und Kapitalanleger-Musterverfahren

Ohne an dieser Stelle auf die vielfältigen zivilprozessualen Probleme des KapMuG im Detail eingehen zu können, seien die wesentlichen Unterschiede zur *class action* kurz umrissen³³: Bei der US-amerikanischen *class action* (FRCP 23) repräsentiert der „lead

29 Hierzu eingehend FELIX MORMANN, *Zuständigkeitsrechtlicher Schutz vor Kapitalanlegerklagen in den USA* (Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft Jena 2010).

30 Siehe *In re Deutsche Telekom AG Securities Litigation*, 229 F. Supp. 2d 277 (S.D.N.Y. 2002); näher hierzu BURKHARD HESS, *Aktuelle Brennpunkte des transatlantischen Justizkonflikts*, AG 2005, 897, 899; STADLER (Fn. 25) 663.

31 Insoweit ist das Urteil von MAIER-REIMER/WILSING (Fn. 25) 84 zutreffend.

32 Näher zur Evaluation unten II 4.

33 Zum KapMuG näher RICHARD M. FRANKLIN/TRUIKEN J. HEYDN, *KapMuG: class action vor deutschen Gerichten?*, ZVglRWiss 105 (2006) 313 ff.; GANSEL/GÄNGEL (Fn. 18), NJ 2006, 13 ff.; HASS/ZERR (Fn. 25), RIW 2005, 721 ff.; HESS (Fn. 18), ZIP 2005, 1713 ff.; CHRISTOPH KELLER/ANNABELLA KOLLING, *Das Gesetz zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren – Ein Überblick*, BKR 2005, 399 ff.; STEFAN R. KRANZ, *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz – Die Einführung eines Musterverfahrens im Zivilprozess*, MDR 2005, 1021 f.; WOLFGANG LÜKE, *Der Musterentscheid nach dem neuen Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*, ZZP 119 (2006) 131 ff.; MAIER-REIMER/WILSING (Fn. 25), ZGR 2006, 79–120; NORBERT MEIER, *Das neue Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*, DStR 2005, 1860 ff.; THOMAS M. J. MÖLLERS/TILMAN WEICHERT, *Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*, NJW 2005, 2737 ff.; HEIKO PLASSMEIER, *Brauchen wir ein Kapitalanleger-Musterverfahren? Eine Inventur des KapMuG*, NZG 2005, 609 ff.; BURKHARD SCHNEIDER, *Auf dem Weg zu Securities Class Actions in Deutschland? – Auswirkungen des KapMuG auf die Praxis kapitalmarktrechtlicher Streitigkeiten*, BB 2005, 2249 ff.; STADLER (Fn. 25), FS Rechberger, S. 663 ff.; noch zu den Entwürfen FRANZ BRAUN / KLAUS ROTTER, *Der Diskussionsentwurf zum KapMuG – Verbesserter Anlegerschutz?*, BKR 2004, 296 ff.; CHRISTIAN DUVE/TANJA V. PFITZNER (Fn. 22), BB 2005, 673 ff.; MARIO HECKER, *Der Regierungsentwurf zum Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) aus übernahmerechtlicher Sicht*, ZBB 2004, 503 ff.; BURKHARD HESS/

plaintiff“ die gesamte Klasse der Geschädigten³⁴. Letztere werden am Prozess nicht beteiligt, sondern haben lediglich die Möglichkeit, nach entsprechender Bekanntmachung ihr „opt-out“ aus der *class action* zu erklären³⁵. Das Urteil wirkt vollumfänglich gegen alle Mitglieder der Klasse³⁶. In der US-amerikanischen Rechtspraxis dominiert der Abschluss entsprechender Verfahren durch einen Vergleich, der richterlicher Genehmigung bedarf (*class action settlement*)³⁷. Im Gegensatz zu diesem Modell weitreichender Repräsentation beschränkt sich das KapMuG auf das Modell eines dem § 93a VwGO nachempfundenen Musterverfahrens (§§ 1 ff KapMuG). Unter bestimmten Bedingungen kann vom Gericht ein Musterkläger bestimmt werden (§ 8 KapMuG). Im Musterverfahren wird sodann nicht über den gesamten Rechtsstreit, sondern nur über einzelne Tatbestandselemente oder Rechtsfragen entschieden (§ 16 KapMuG). Die Parallelkläger werden mit der Auswahl des Musterklägers aber nicht vom weiteren Verfahren ausgeschlossen, sondern haben das Recht, als Beigeladene, also ähnlich wie Nebenintervenienten, auch am Musterprozess zu partizipieren (§ 8 Abs. 1 Nr. 3, § 12 KapMuG). Mit dem Abschluss des Musterverfahrens werden zudem nicht zugleich die anhängigen Parallelprozesse beendet; diese müssen vielmehr unter Bindung an die Ergebnisse des Musterverfahrens erst noch zu einem separaten Abschluss gebracht werden (§ 16 KapMuG)³⁸, was gegenüber dem Modell der *class action* die Gefahr einer weiteren zeitlichen Verzögerung mit sich bringt³⁹. Der Abschluss eines Vergleichs im Musterverfahren ist überdies ausdrücklich untersagt, sofern nicht alle Beteiligten zustimmen (§ 14 Abs. 3 S. 2 KapMuG)⁴⁰.

CHRISOULA MICHALIDOU, Das Gesetz über Musterverfahren zu Schadensersatzklagen: Anmerkungen zum Diskussionsentwurf des Bundesjustizministeriums, ZIP 2004, 1381 ff.; BURKHARD HESS, Der Regierungsentwurf für ein Kapitalanlegermusterverfahrensgesetz – eine kritische Bestandsaufnahme, WM 2004, 2329 ff.; REUSCHLE (Fn. 28), WM 2004, 966 ff.; DERS. (Fn. 25), WM 2004, 2334 ff.; DERS., Musterverfahren als neuer prozessualer Weg zur Bewältigung von Massenschäden, ZBB 2004, 518 ff.; ANKE SESSLER, Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz: eine Stellungnahme aus anwaltlicher Sicht, WM 2004, 2344 ff.; BRIGITTE ZYPRIES, Ein neuer Weg zur Bewältigung von Massenprozessen – Entwurf eines Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes, ZRP 2004, 177 ff.

34 Ausführlich KLAUS J. HOPT/RAINER KULMS/JAN VON HEIN, Rechtshilfe und Rechtsstaat – Die Zustellung einer US-amerikanischen *class action* in Deutschland (Mohr Siebeck Tübingen 2006), 38 ff. m.w.N.

35 Ebd.

36 Ebd.

37 Ebd.

38 Siehe HASS/ZERR (Fn. 25), RIW 2005, 721, 726; MEIER (Fn. 33), DStR 2005, 1860, 1863: Jeder Kläger erhalte ein individuelles Urteil; zur dogmatischen Natur und dem Umfang der Bindungswirkung näher MARTIN GEBAUER, Zur Bindungswirkung des Musterentscheids nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG), ZJP 119 (2006) 159 ff.; MÖLLERS/WEICHERT (Fn. 33), NJW 2005, 2737, 2740.

39 Hierzu SCHNEIDER (Fn. 33), BB 2005, 2249, 2258.

40 Näher HESS (Fn. 18), ZIP 2005, 1713, 1718 (gegen amerikanisches Modell des „Zwangsvergleichs“); der Regierungsentwurf sah sogar noch den vollständigen Ausschluss jeder

3. *Mangelnde materiellrechtliche Flankierung*

In materiellrechtlicher Hinsicht sollte das KapMuG nach der ursprünglichen Planung im Zehn-Punkte-Programm⁴¹ der Regierung Schröder durch ein geplantes Kapitalmarktinformationshaftungsgesetz (KapInHaG⁴²) flankiert werden⁴³. Auch die seinerzeit geführte rechtspolitische Diskussion um die materiellrechtlichen Haftungsgrundlagen stand deutlich unter US-amerikanischem Einfluss⁴⁴. Aufgrund politischer Widerstände kam es jedoch nicht zur Verabschiedung dieses Gesetzes. Außer im Bereich der Prospekthaftung fehlt es daher für die zivilrechtliche Haftung z.B. aufgrund fehlerhafter Ad-hoc-Mitteilungen gegenwärtig im deutschen Recht an speziellen kapitalmarktrechtlichen Anspruchsgrundlagen. Der BGH greift insoweit auf § 826 BGB, die allgemein-zivilrechtliche Haftung für vorsätzliche sittenwidrige Schädigungen, zurück. Zwar eröffnet der generalklauselartige Tatbestand des § 826 BGB deutschen Gerichten einen weiten Spielraum dafür, das Sittenwidrigkeitsurteil auch im Lichte rechtsvergleichender Betrachtungen zu fällen. Die funktionale Annäherung an das US-amerikanische Recht, die durch das KapMuG im Verfahrensrecht erfolgt ist, wird vom BGH jedoch bislang nicht durch eine komplementäre, an US-amerikanischen Vorbildern orientierte Rechtsfortbildung abgesichert. So hat der BGH in mehreren Entscheidungen die Frage einer Rezeption der US-amerikanischen *fraud-on-the-market theory* zwar explizit angesprochen⁴⁵. Nach dieser Rechtsfigur, die auf der Hypothese effizienter Kapitalmärkte beruht, wird vermutet, dass eine Fehlinformation des Kapitalmarkts den Preis eines dort gehandelten

Vergleichsmöglichkeit vor, siehe hierzu PLASSMEIER (Fn. 33), NZG 2005, 609, 612; STADLER (Fn. 25), FS Rechberger, S. 663, 677 f.

- 41 Siehe das 10-Punkte-Papier zur Stärkung der Unternehmensintegrität und des Anlegerschutzes, dokumentiert in: BörsZ Nr. 166 vom 29.8.2002, S. 5.
- 42 BMF, Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Haftung für falsche Kapitalmarktinformationen (Kapitalmarktinformationshaftungsgesetz – KapInHaG), NZG 2004, 1042.
- 43 Näher ECKART GOTTSCHALK, Die persönliche Haftung der Organmitglieder für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen *de lege lata* und *de lege ferenda*, Konzern 2005, 274 ff.; MARC GROTHEER, Außenhaftung von Aufsichtsratsmitgliedern: Ein Anreiz zur Verbesserung der Überwachungstätigkeit?, WM 2005, 2070 ff.; KATJA LANGENBUCHER, Kapitalerhaltung und Kapitalmarkthaftung, ZIP 2005, 239 ff.; THOMAS M. J. MÖLLERS, Der Weg zu einer Haftung für Kapitalmarktinformationen, JZ 2005, 75 ff.; JOCHEM REICHERT / MARC-PHILIPPE WELLER, Haftung von Kontrollorganen, ZRP 2002, 49 ff.; RANDOLF SCHNORR, Geschäftsführerhaftung für fehlerhafte Buchführung, ZHR 170 (2006) 9–38; GERALD SPINDLER, Persönliche Haftung der Organmitglieder für Falschinformationen des Kapitalmarkts – *de lege lata* und *de lege ferenda*, WM 2004, 2089 ff.
- 44 Siehe nur MÖLLERS (Fn. 43), JZ 2005, 75, 79: „Weil der US-amerikanische Kapitalmarkt zu den ältesten und größten der Welt zählt, hat man sich [bei der Ausarbeitung des KapInHaG-Entwurfs] an den US-amerikanischen Haftungsnormen orientiert“; Überblick über den Stand der Kapitalmarktinformationshaftung nach deutschem Recht bei CHRISTOPH TEICHMANN, Haftung für fehlerhafte Informationen am Kapitalmarkt, JuS 2006, 953 ff. m.w.N.
- 45 BGH 28.11.2005 – II ZR 80/04, NZG 2007, 345, 346; BGH 28.11.2005 – II ZR 246/04, NZG 2007, 346, 347; BGH 26.6.2006, WM 2007, 486; hierzu s. die Besprechung von RÜDIGER VEIL, LMK 2007, 237162; erneut BGH 4.6.2007, ZIP 2007, 1560, 1562.

Wertpapiers beeinflusst und sich insoweit auch auf jede Anlageentscheidung auswirkt, ohne dass der einzelne Anleger nachweisen muss, dass er die fragliche Aktie gerade aufgrund der Fehlinformation erworben habe⁴⁶. Diese Beweiserleichterung wird insbesondere damit gerechtfertigt, dass bei einem Festhalten an einem individualisierten Kausalitätsnachweis jedes einzelnen Anlegers die Bündelung zahlreicher Ansprüche in Gestalt der class action praktisch nicht mehr durchführbar wäre⁴⁷. Der BGH hat eine Rezeption der *fraud-on-the-market theory* im deutschen Recht jedoch wegen der „Gefahr einer uferlosen Ausweitung des ohnehin offenen Haftungstatbestandes“ des § 826 BGB wiederholt abgelehnt⁴⁸. Dies hat zur Folge, dass im Gegensatz zu den USA weiterhin jeder geschädigte Anleger individuell nachweisen muss, dass die fehlerhafte Ad-hoc-Mitteilung für seine jeweilige Anlageentscheidung kausal gewesen ist.

4. Evaluation

Angesichts der Schwächen des im KapMuG vorgesehenen Verfahrens ist dieses Modell im deutschen Schrifttum vielfach mit Skepsis aufgenommen worden⁴⁹. Auch aus der Praxis wurden schon kurz nach der Verabschiedung des Gesetzes „ernüchternd[e]“ Erfahrungen berichtet⁵⁰. Da das KapMuG bewusst als gesetzgeberisches Experiment konzipiert worden war, enthielt es eine sog. *sunset clause*, um nach Ablauf einer Periode von fünf Jahren zu untersuchen, ob sich die darin gewählte Form der Bündelung der

46 Grundlegend *Basic Inc. v. Levinson*, 485 U.S. 224, 108 S.Ct. 978 (1988); jüngst *Dura Pharmaceuticals, Inc. v. Broudo*, 544 U.S. 336, 125 S.Ct. 1627 (2005); eingehende und kritische Bestandsaufnahme der amerikanischen Rechtsprechung bei JAMES C. SPINDLER, *Why Shareholders Want their CEOs to Lie More after Dura Pharmaceuticals*, *Geo. L. J.* 95 (2007) 653, 659 ff.; Überblick aus deutscher Sicht bei MAXIMILIAN FINDEISEN/RICHARD BACKHAUS, *Umfang und Anforderungen an die haftungsbegründende Kausalität bei der Haftung nach § 826 BGB für fehlerhafte Ad-hoc-Mitteilungen*, *WM* 2007, 100, 106 f.; alle m.w.N.

47 *Basic Inc. v. Levinson*, 485 U.S. 224, 242; 108 S.Ct. 978, 989 (1988): „Requiring proof of individualized reliance from each member of the proposed plaintiff class effectively would have prevented respondents from proceeding with a class action, since individual issues then would have overwhelmed the common ones.”

48 Siehe die Nachw. in Fn. 45.

49 Deutlich STADLER (Fn. 25), *FS Rechberger*, S. 663, 670: „Mit einem vergleichsweise hohen Regelungsaufwand erreicht das KapMuG nur minimale Fortschritte“; kritisch auch MAIER-REIMER/WILSING (Fn. 25), *ZGR* 2006, 79, 120 („mit heißer Nadel gestrickt“); SCHNEIDER (Fn. 33), *BB* 2005, 2249, 2258; MÖLLERS/WEICHERT (Fn. 33), *NJW* 2005, 2737, 2741 kritisieren „einige Schwächen [...] wie die Zuständigkeitsfrage, die Kostenregeln sowie die Frage der Bindungswirkung“ (viel Positives bleibt dann nicht mehr übrig!); Kritik vor allem an den Zuständigkeitsregeln bei KELLER / KOLLING (Fn. 33), *BKR* 2005, 399, 402 f.; positive Würdigung hingegen bei HESS (Fn. 18), *ZIP* 2005, 1713, 1719; für insgesamt überflüssig hält das KapMuG PLASSMEIER (Fn. 33), *NZG* 2005, 609, 616.

50 Erste Bestandsaufnahme bei DOROTHEE ERTTMANN/THOMAS KEUL, *Das Vorlageverfahren nach dem KapMuG – zugleich eine Bestandsaufnahme der Effektivität des Kapitalanlegermusterverfahrens*, *WM* 2007, 482 ff.

Interessen geschädigter Anleger in der Praxis bewährt hat⁵¹. Das Bundesjustizministerium hatte zum Zwecke der Evaluation des KapMuG eine rechtswissenschaftlich-ökonomische Studie in Auftrag gegeben, deren Ergebnisse im Jahre 2009 vorgelegt wurden⁵². Auch im Schrifttum wurde der fünfte Jahrestag des KapMuG von einer Vielzahl teils kritischer, teils affirmativer Aufsätze begleitet⁵³. Letztlich entschied sich der Gesetzgeber weder für eine Aufhebung der Befristung noch dafür, das Gesetz auslaufen zu lassen, sondern verlängerte die Geltung des KapMuG um zwei weitere Jahre, um nach diesem Zeitraum zu einer abschließenden Bewertung zu gelangen⁵⁴. Das KapMuG bleibt folglich einstweilen ein Gesetz auf Bewährung, sodass es angezeigt ist, die im Rahmen der Evaluation vorgebrachten empirischen Argumente für und wider das Gesetz näher zu würdigen.

In nackten Zahlen ausgedrückt, hat das KapMuG eine eher kümmerliche Resonanz erfahren⁵⁵. So verzeichnet das elektronische Klageregister derzeit elf Musterverfahren und nur drei Musterentscheide⁵⁶. Bedenkt man, dass das KapMuG inzwischen im sechsten Jahr seiner Geltung steht, sind dies durchschnittlich weniger als zwei neue Verfahren pro Jahr; zudem konnte im Durchschnitt nur alle zwei Jahre ein Verfahren mit einem Musterentscheid abgeschlossen werden. Das Frankfurter Telekom-Verfahren, das den Auslöser für die Schaffung des Gesetzes bildete (siehe oben II 1), ist noch immer nicht abgeschlossen, als Entscheidungstermin ist nunmehr der 25. April 2012 vorge-

51 Art. 9 Abs. 2 KapMuG, BGBl. 2005 I 2437, 2445.

52 AXEL HALFMEIER/PETER ROTT/EBERHARD FEESS, Evaluation des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes – Abschlussbericht, Frankfurt am Main, 14. 10. 2009, abrufbar unter http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Abschlussbericht_KapMuG_Frankfurt%20School_2009.pdf?__blob=publicationFile.

53 Überwiegend kritisch: BERGER (Fn. 2) 80 ff.; JUSTUS FROELICH, Das ablaufende Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, Bucerius L. J. 2010, 55 ff.; WOLFGANG SCHIRP / KERSTIN KONDERT, Kapitalanlagen und „Klageindustrie“ – Plädoyer für eine grundlegende Revision des kollektiven Rechtsschutzes, NJW 2010, 3287 ff.; NIKOLAUS STACKMANN, Kein Kindergeburtstag – Fünf Jahre Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, NJW 2010, 3185 ff.; BRIGITTE VARADINEK / THOMAS ASMUS, Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz: Verfahrensbeschleunigung und Verbesserung des Rechtsschutzes?, ZIP 2008, 1309 ff.; überwiegend affirmativ: MATTHIAS CASPER, Auf einen Espresso: Gelungene und unvermeidbare Rezeptionen im Bank- und Kapitalmarktrecht in fünf Minuten, in: Ebke / Elsing / Großfeld / Kühne (Fn. 1) 91, 92 f.; JOACHIM JAHN, Der Telekom-Prozess: Stresstest für das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, ZIP 2008, 1314 ff.; MARINA TAMM, Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz – Hintergrund, Ausgestaltung und Reformüberlegungen, ZHR 174 (2010) 525 ff.

54 Durch Art. 5 Abs. 2 des Gesetzes vom 24.7.2010, BGBl. I 977 wurde die Geltungsdauer des KapMuG bis zum 1. 11. 2012 verlängert.

55 Anders TAMM (Fn. 53), ZHR 174 (2010) 525, 542, die aber allein auf die Zahl der gestellten Musterfeststellungsanträge (!) abstellt.

56 Das Klageregister wurde aufgrund des § 2 Abs. 6 KapMuG eingerichtet durch die Klageregister-Verordnung vom 26.10.2005, BGBl. I 3092; es ist abrufbar unter <http://www.bundesanzeiger.de> (Stand: 11. 3. 2011).

sehen⁵⁷ – dem dann freilich noch der Abschluss der bislang lediglich ausgesetzten Einzelverfahren folgen muss. Bereits diese magere Statistik deutet darauf hin, dass das KapMuG die Hoffnungen des Gesetzgebers auf eine nachhaltige Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Massenverfahren nicht erfüllt hat⁵⁸. Nach Ansicht des Vorsitzenden Richters der für Finanzanlagesachen zuständigen Kammer des Landgerichts München I, *Nikolaus Stackmann*, erreicht das Gesetz sogar „eher das Gegenteil“⁵⁹:

„Entschließen sich die Parteien überhaupt, ein Musterverfahren anzustreben, entwickelt sich schon das Verfahren bis zur Eintragung des Antrags zu einem bürokratischen Tauziehen. Klägervertreter sind regelmäßig daran interessiert, aus Haftungsgründen die Eintragung einer Vielzahl von festzustellenden Gesichtspunkten zu erreichen. Das fängt bei noch so abwegigen bis zu eindeutigen – jedenfalls möglichst vielen – Haftungsgründen an, setzt sich über angeblich notwendige Feststellungen zum Verschulden und zur Schadenshöhe bis zur Frage der Verjährung fort. Werden Einträge abgelehnt, schließen sich je nach Höhe des Streitwerts in den betroffenen Verfahren routinemäßig das Musterfeststellungsverfahren verzögernde Beschwerdeverfahren an.“⁶⁰

Als ein weiterer Schwachpunkt des Gesetzes wird vielfach angesehen, dass auch bei einem erfolgreichen Musterfeststellungsantrag zahlreiche Voraussetzungen für die Durchsetzung der geltend gemachten Ansprüche, insbesondere die Kausalität der Fehlinformation für die Entscheidung des Anlegers (siehe oben II 3) und die Höhe des individuell erlittenen Schadens, weiterhin aufwendig in den jeweiligen Einzelverfahren geklärt werden müssen⁶¹. Kritisch werden auch die Mitwirkungsrechte der Beigeladenen beurteilt: Nehmen diese ihre Rechte in extensiver Weise wahr, droht der Musterprozess im Ergebnis zu einem „monströsen“ Massenverfahren zu degenerieren⁶². Darüber hinaus wird das Erfordernis, dass alle Beteiligten einem Vergleich zustimmen müssen (§ 14 Abs. 3 S. 2 KapMuG), als einer effizienten Verfahrensbeilegung hinderlich einge-

57 Siehe zum aktuellen Stand des Verfahrens KARSTEN SEIBEL, Der fehlende Sachverstand des Manfred Krug, DIE WELT online v. 25.1.2012, <http://www.welt.de/finanzen/article13833674/Der-fehlende-Sachverstand-des-Manfred-Krug.html>.

58 Ebenso CASPER (Fn. 53), der sarkastisch bemerkt, es scheine nur wenig mehr Verfahren nach dem KapMuG als Kommentierungen des Gesetzes zu geben.

59 STACKMANN (Fn. 53), NJW 2010, 3185, 3187.

60 STACKMANN (Fn. 53), NJW 2010, 3185, 3187; zu Möglichkeiten, den Rechtsschutz de lege ferenda effizienter zu gestalten, eingehend VARADINEK / ASMUS (Fn. 53), ZIP 2008, 1309 ff.

61 BERGER (Fn. 2) 80 f.; FROELICH (Fn. 53), Bucerius L. J. 2010, 55; SCHIRP / KONDERT (Fn. 53), NJW 2010, 3287, 3289; STACKMANN (Fn. 53), NJW 2010, 3185, 3186.

62 Von einem „nicht mehr manövrierbaren Monstrum“ spricht STACKMANN (Fn. 53), NJW 2010, 3185, 3189; ähnlich JAHN (Fn. 53), ZIP 2008, 1314, 1317 („Verfahrensmonster“); hiervor warnte bereits STADLER (Fn. 25), FS Rechberger, S. 663, 669, 676; Bedenken äußert auch HESS (Fn. 18), ZIP 2005, 1713, 1716, der insbesondere die Auswirkungen des § 13 Abs. 1 KapMuG (Antrag eines Beigeladenen auf Erweiterung des Feststellungsgegenstandes) skeptisch sieht.

stuf⁶³. Schon kurz nach Verabschiedung des Gesetzes ist auf das dieser Vorschrift innewohnende Erpressungspotenzial hingewiesen worden⁶⁴. Während in den USA der Abschluss eines Sammelklageverfahrens durch ein class action settlement den Regelfall bildet⁶⁵, kann die im Auftrag des Bundesjustizministeriums durchgeführte Evaluation von keiner einzigen vergleichweisen Erledigung eines deutschen Musterverfahrens berichten⁶⁶. Die Autoren plädieren folgerichtig für eine Erleichterung der gütlichen Streitbeilegung, wobei sie auf das niederländische Modell eines Vergleichs mit Opt-out-Möglichkeit zurückgreifen wollen⁶⁷.

Schließlich ist fraglich, ob das KapMuG die von deutscher Seite gehegten Erwartungen an eine großzügige Handhabung der forum-non-conveniens-Doktrin durch US-amerikanische Gerichte erfüllt hat⁶⁸. Die vor In-Kraft-Treten des Gesetzes geäußerte Prognose, dass die Drohung mit einer Nicht-Anerkennung eines amerikanischen Urteils in Deutschland nach §§ 32b, 328 Abs. 1 Nr. 1 PO auf die amerikanische Justiz eher mäßigen Eindruck machen dürfte, wenn amerikanische Anleger geschädigt worden sind und der betroffene Emittent über Vermögen in den USA verfügt⁶⁹, scheint sich bestätigt zu haben, denn der Erlass des KapMuG hat die Zahl der in den USA anhängigen Sammelklagen gegen deutsche Unternehmen, soweit ersichtlich, nicht signifikant beeinflusst⁷⁰. Die Nicht-Anerkennung eines *class action*-Urteils in Deutschland kann allerdings ein Argument dafür bilden, deutsche Kläger nicht an einer Sammelklage z.B. gegen ein französisches Unternehmen in den USA teilnehmen zu lassen⁷¹. Darüber hinaus hat der U.S. Supreme Court jüngst in der auch in Deutschland vielbeachteten Rechtssache *Morrison* die bisher großzügig dimensionierte extraterritoriale Anwendung US-amerikanischen Kapitalmarktrechts auf ausländische Emittenten erheblich eingeschränkt⁷²:

63 FROELICH (Fn. 53), Bucerius L. J. 2010, 55, 58; JAHN (Fn. 53), ZIP 2008, 1314, 1317; MARCO SUSTMANN / RÜDIGER SCHMITT-BENDUN, Der Referentenentwurf zur Reform des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes (KapMuG), NZG 2011, 1207, 1211: Vergleichsabschluss sei „nahezu unmöglich“.

64 So SCHNEIDER (Fn. 33), BB 2005, 2249, 2258.

65 Siehe oben bei Fn. 37.

66 HALFMEIER / ROTT / FEESS (Fn. 52) 38.

67 HALFMEIER / ROTT / FEESS (Fn. 52) 104 ff.; vgl. auch die Überlegungen de lege ferenda bei STACKMANN (Fn. 53), NJW 2010, 3287, 3289 f.

68 Skeptisch bereits JAN VON HEIN, Der ausschließliche Gerichtsstand für ein Kapitalanleger-Musterverfahren – eine Lex Anti-Americana?, RIW 2004, 602, 608 f.; vorsichtig optimistisch hingegen HASS / ZERR (Fn. 25), RIW 2005, 721, 727.

69 Hierzu VON HEIN (vorige Fn.), RIW 2004, 602, 608 f.; zu § 32b ZPO ausführlich GREGOR BACHMANN, Die internationale Zuständigkeit für Klagen wegen fehlerhafter Kapitalmarktinformationen, IPRax 2007, 77–86; MANFRED CUYPERS, Gerichtliche Zuständigkeit bei fehlgeschlagener Kapitalanlage, WM 2007, 1446–1456.

70 HALFMEIER / ROTT / FEESS (Fn. 52) 87 f.

71 Vgl. In re Vivendi Universal S.A. Securities Litigation, 242 F.R.D. 76, 105 f. (S.D.N.Y. 2007); hierzu TAMM (Fn. 53), ZHR 174 (2010) 525, 540.

72 Morrison v. National Australia Bank, Ltd., 130 S.Ct. 2869, 177 L.Ed.2d 535; besprochen von MATTHIAS LEHMANN, Eine neue Ära der extraterritorialen Anwendung des US-ameri-

Verklagen australische Kapitalanleger eine australische Aktiengesellschaft wegen eines Anlagebetruges aufgrund des Erwerbs von Wertpapieren an einer australischen Börse, findet das US-amerikanische Kapitalmarkthaftungsrecht hierauf keine Anwendung, auch wenn der Betrugsvorwurf mittelbar auf Vorgänge bei einer US-amerikanischen Tochtergesellschaft der Beklagten gestützt wird⁷³. Diese restriktive Entwicklung der US-amerikanischen Rechtsprechung dürfte deutschen Emittenten zumindest teilweise die Sorge nehmen, von deutschen Kapitalanlegern in den Vereinigten Staaten wegen Sachverhalten verklagt zu werden, die allenfalls einen peripheren Bezug zu den USA haben. Ob ein amerikanisches Gericht sich jedoch bei Vorliegen eines hinreichenden Inlandsbezuges allein deshalb zum *forum non conveniens* erklären wird, weil das deutsche Kapitalanleger-Musterverfahren ein vollwertiges Äquivalent zur US-amerikanischen *class action* darstelle, ist nach den in der Evaluation zutage getretenen Defiziten des Musterverfahrens zu bezweifeln⁷⁴. Amerikanische Gerichte werden in einen solchen Rechtsvergleich nämlich auch zahlreiche andere Institutionen des Zivilprozessrechts einbeziehen, über die das deutsche Recht selbst nach Erlass des KapMuG nicht oder nur in geringerem Maße als das US-amerikanische Recht verfügt⁷⁵ (*discovery*⁷⁶, *jury-trial*, *American rule of costs*⁷⁷, *contingency fees*⁷⁸ usw.), ganz abgesehen von fortbestehenden Divergenzen im materiellen Haftungsrecht (*punitive damages*)⁷⁹.

5. Alternativen

Letztlich erschienen dem Gesetzgeber die bisher gesammelten spärlichen Erfahrungen nicht ausreichend für ein abschließendes Urteil über das KapMuG (siehe oben II 4). Im Rahmen der Evaluationsdiskussion sind zahlreiche weitere Detailvorschläge für systemimmanente Verbesserungen des Musterverfahrens unterbreitet worden, auf die hier nicht im Einzelnen eingegangen werden kann⁸⁰. Auch die Frage nach einer Ausdehnung des Musterverfahrens auf Verbraucherprozesse im Allgemeinen und die Einstellung der

kanischen Rechts, RIW 2010, 841 ff.; PETER MANKOWSKI, Extraterritoriale Reichweite des US-Wertpapierrechts?, NZG 2010, 961 ff.

73 Morrison v. National Australia Bank, Ltd. (vorige Fn.).

74 So auch MORMANN (Fn. 29) 462.

75 So auch HALFMEIER/ROTT/FEESS (Fn. 52) 87.

76 Siehe SCHNEIDER (Fn. 33), BB 2005, 2249, 2258.

77 Siehe MEIER (Fn. 33), DStR 2005, 1860, 1862.

78 Siehe MEIER (Fn. 33), DStR 2005, 1860, 1862; SCHNEIDER (Fn. 33), BB 2005, 2249, 2258; insoweit ist allerdings auf die aufgrund einer Entscheidung des BVerfG erfolgte Liberalisierung der Vereinbarung anwaltlicher Erfolgshonorare hinzuweisen, siehe BVerfG RIW 2007, 304; darauf folgend das Gesetz zur Neuregelung des Verbots von Erfolgshonoraren vom 12.6.2008, BGBl. I 1000; näher DIETMAR BAETGE, Erfolgshonorare wirtschaftlich betrachtet – Eine ökonomische Analyse der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Zulässigkeit anwaltlicher Erfolgshonorare, RabelsZ 73 (2009) 669 ff.

79 VON HEIN (Fn. 68), RIW 2004, 602, 608 f.

80 Siehe HALFMEIER/ROTT/FEESS (Fn. 52) sowie die oben in Fn. 53 genannten Aufsätze.

maßgebenden Regeln in die ZPO werden auf der Tagesordnung bleiben⁸¹. Darüber hinaus sind in der Evaluationsdiskussion aber erneut radikalere Forderungen laut geworden, den halbherzigen Ansatz des KapMuG zugunsten einer nachhaltigen Zentralisierung der Anspruchsdurchsetzung im Wege einer echten Sammelklage zu überwinden⁸². Hierbei wird zum Teil explizit die US-amerikanische class action als Vorbild genannt⁸³. Überwiegend stößt die Opt-out-Variante des US-amerikanischen kollektiven Rechtsschutzes aber nach wie vor auf Bedenken⁸⁴.

6. Die Reform des KapMuG

Infolge der Ergebnisse der Evaluierung hat das Bundesjustizministerium am 21. Juli 2011 einen Referentenentwurf veröffentlicht, der neben Regelungen zur Beschleunigung und zur Verbesserung der Effektivität des Musterverfahrens vor allem die Möglichkeit einer Beendigung des Musterverfahrens durch einen Vergleich vorsieht⁸⁵. Ein hierauf aufbauender Gesetzentwurf wurde zwischenzeitlich durch die Bundesregierung beschlossen und am 30. Dezember 2011 dem Bundesrat zugeleitet⁸⁶. Im Folgenden sollen die Reformvorschläge beleuchtet werden.

Als Instrumente der Beschleunigung des Musterverfahrens sieht der Gesetzentwurf zum einen eine Entscheidungsfrist zur Bekanntmachung eines Musterverfahrensanspruchs durch das Prozessgericht vor (§ 3 Abs. 3 S. 1 KapMuG-RegE), Abweichungen von dieser Frist müssen durch das Gericht begründet werden (§ 3 Abs. 3 S. 2 KapMuG-RegE)⁸⁷. Diese geplante Neuregelung wird im Schrifttum überwiegend begrüßt⁸⁸. Des weiteren

81 Hierzu siehe den Regelungsvorschlag von HALFMEIER/ROTT/FEES (Fn. 52) 110 ff.; ferner TAMM (Fn. 53), ZHR 174 (2010) 525, 543 ff.

82 JAHN (Fn. 53), ZIP 2008, 1314, 1317 („beherzterer Schritt in Richtung einer Sammelklage“); SCHIRP/KONDERT (Fn. 53), NJW 2010, 3287, 3289 („einheitliche Führung von ‚Sammelklagen‘“); STACKMANN (Fn. 53), NJW 2010, 3185, 3189 („Individualprozess [...], in der eine Person die Interessen der Anleger zentral vertritt“).

83 SCHIRP/KONDERT (Fn. 53), NJW 2010, 3287, 3289.

84 Vgl. etwa CASPER (Fn. 55); anders JAHN (Fn. 53), ZIP 2008, 1314, 1317.

85 Referentenentwurf des BMJ, abrufbar unter http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RefE_KapMuG.pdf?__blob=publicationFile. Näher zu den Reformvorschlägen AXEL HALFMEIER, Trippelschritte auf dem Weg zum kollektiven Rechtsschutz: Der Referentenentwurf zur Entfristung des KapMuG, ZIP 2011, 1900; MORITZ KELLER/JOHANNES WIEGAND, Der Referentenentwurf zur Reform des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes (KapMuG) – Überblick und Stellungnahme, ZBB 2011, 373; BURKHARD SCHNEIDER/HEIKO HEPPNER, Reform des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes, BB 2011, 2947; WOLF STUMPF / DENNIS MÜLLER, Referentenentwurf zur Reform des KapMuG: Neuerungen und Kritik, GWR 2011, 464; SUSTMANN/SCHMITT-BENDUN (Fn. 63), NZG 2011, 1207.

86 BR-Drs. 851/11.

87 Der Referentenentwurf sah eine solche Begründungspflicht bei einer Nichteinhaltung der Frist noch nicht vor, siehe § 3 Abs. 3 KapMuG-RefE.

88 Jeweils zum Referentenentwurf KELLER/WIEGAND (Fn. 85), ZBB 2011, 373, 383; STUMPF/MÜLLER (Fn. 85), GWR 2011, 464; Stellungnahme des Instituts für Prozess- und Anwaltsrecht (IPA) der Leibniz-Universität Hannover zum Referentenentwurf eines KapMuG-

verlagert der Gesetzentwurf – wie auch bereits der Referentenentwurf – die Zuständigkeit für Ergänzungen der Feststellungsziele ausschließlich auf das Oberlandesgericht (§ 15 KapMuG-RegE), wodurch das bisherige zeitraubende Ergänzen des Vorlagebeschlusses durch das Prozessgericht entfallen würde⁸⁹.

Zur Erhöhung der Effektivität und zur Beschleunigung des Musterverfahrens sah der Referentenentwurf eine Änderung der Voraussetzungen vor, unter denen Verfahren auszusetzen sind, die solche Fragen zum Gegenstand haben, die anhand des Musterverfahrens geklärt werden sollen⁹⁰. Für die Aussetzung sollte es nach dem Referentenentwurf ausreichend sein, dass „die Feststellungsziele den Streitgegenstand des zugrunde liegenden Rechtsstreits betreffen“ (§ 8 Abs. 1 KapMuG-RefE). Anders als nach bisheriger Rechtslage (siehe § 7 KapMuG) käme es dann für die Aussetzung nicht mehr auf die Entscheidungserheblichkeit der im Musterverfahren zu klärenden Feststellungsziele an, eine Aussetzung würde vielmehr unabhängig von der Entscheidungserheblichkeit erfolgen, was zu einer erheblichen Beschleunigung des Verfahrens führen könnte⁹¹. Dieses zwangsweise Aussetzen eines Verfahrens bzw. die im Referentenentwurf vorgesehene Erleichterung der Verfahrensaussetzung führt aber nach Auffassung von Teilen des Schrifttums dazu, dass der Kläger möglicherweise in ein Musterverfahren hineingezogen werde, das für seine Klage letztlich keinen Einfluss habe⁹² und welches für den Kläger erhebliche Kosten verursachen könne⁹³. Ein solches Zwangsverfahren sei im Hinblick auf den *fair trial*-Grundsatz „nicht unproblematisch“⁹⁴. Die in § 8 Abs. 2 KapMuG-RefE vorgesehene Klagerücknahme, die nach § 24 Abs. 1 KapMuG-RefE das

Reformgesetzes, S. 8; abrufbar unter http://www.jura.uni-hannover.de/fileadmin/fakultaet/Institute/Wolf/pdfs/2011/Stellungnahme_des_IPA_zum_Referentenentwurf_des_KapMuG-Reform-gesetzes.pdf.

Kritisch dagegen SCHNEIDER/HEPPNER (Fn. 85), BB 2011, 2947, 2948: „Dreimonatsfrist viel zu kurz“ und bloßer „Appell“, diese Kritik kann aber hinsichtlich des im Regierungsentwurf vorgesehene Begründungspflicht nicht mehr gelten.

89 Kritisch gegen diese Lösung wegen einer fehlenden Sachnähe des Oberlandesgerichts zu den Ausgangsverfahren die Stellungnahme des IPA (vorige Fn.), S. 11 f., die stattdessen eine Kooperation zwischen dem Gericht des Ausgangsverfahrens und dem Oberlandesgericht vorschlägt.

90 So das BMJ in der Begründung zu § 8 KapMuG-RefE, S. 29.

91 Die Aussetzung der einzelnen den Telekom-Prozess betreffenden Verfahren nahm einen Zeitraum von über einem Jahr in Anspruch, siehe HALFMEIER (Fn. 85), ZIP 2011, 1900, 1902. Kritisch gegen einen Rückschluss auf den Telekom-Prozess für alle KapMuG-Verfahren die Stellungnahme des IPA (Fn. 88), S. 12.

92 HALFMEIER (Fn. 85), ZIP 2011, 1900, 1902, der letztlich die Abschaffung eines solchen „Zwangsverfahrens“ anmahnt; STUMPF/MÜLLER (Fn. 85), GWR 2011, 464. Ebenso die Stellungnahme des IPA (Fn. 88), S. 5, 13, 15, welche für eine „opt out option“ plädiert.

93 STUMPF/MÜLLER (Fn. 85), GWR 2011, 464; SUSTMANN/SCHMITT-BENDUN (Fn. 63), NZG 2011, 1207, 1209; Stellungnahme des IPA (Fn. 88), S. 5, 13.

94 HALFMEIER (Fn. 85), ZIP 2011, 1900, 1902. Noch weitergehender MORITZ KELLER, Referentenentwurf des KapMuG – Auf dem richtigen Weg?, BB 2011, 2305: „verfassungsrechtlich bedenklich“; ebenso SCHNEIDER/HEPPNER (Fn. 85), BB 2011, 2947, 2948: „Verletzung prozessualer Grundrechte“.

Kostenrisiko abwendet, könne diesen Umstand nicht wesentlich verbessern, da damit der Kläger sein Ziel, nämlich die Anspruchsdurchsetzung, nicht mehr erreichen könne⁹⁵ und zudem die Verjährung des Anspruchs drohe, da eine Hemmung nach § 204 BGB nach Klagerücknahme nicht mehr erfolge⁹⁶. Zudem schade die in § 8 Abs. 2 KapMuG-RefE auch den Beklagten, da eine Klage auch ohne deren Zustimmung nach Beginn der mündlichen Verhandlung zurückgenommen werden könne⁹⁷.

Das Schrifttum sieht in der Regelung über die Aussetzung überdies ein erhebliches Konfliktpotenzial im Hinblick auf die im Referentenentwurf vorgesehene Möglichkeit eines erleichterten Vergleichsabschlusses⁹⁸. Durch die Einbeziehung von eigentlich unschlüssigen Ausgangsverfahren in das Musterverfahren werde die Gesamtsumme des Musterverfahrens aufgebläht, was eventuelle Vergleichsverhandlungen im Musterverfahren, in die dann auch die unschlüssigen Ausgangsverfahren einbezogen werden müssten, deutlich erschwere⁹⁹. Zudem bestünde die Gefahr des rechtsmissbräuchlichen Abschlusses von „Generalvergleichen“, in die auch die unschlüssigen Klagen einbezogen wären¹⁰⁰.

Gegen die vereinfachte Aussetzungsmöglichkeit wird zudem eingewendet, dass sie in solchen Ausgangsverfahren, auf die das Ergebnis des Musterverfahrens wegen der Unschlüssigkeit der Klage des Ausgangsprozesses keinen Einfluss haben werde, eine Verzögerung der betreffenden Ausgangsverfahren zur Folge habe¹⁰¹. Schließlich wird vorgebracht, dass keinerlei Bedarf zur Änderung der Voraussetzungen für eine Aussetzung bestünde¹⁰². Aus diesen Gründen wird im Schrifttum vorgeschlagen, die Aussetzung des betreffenden Verfahrens von einer Schlüssigkeitsprüfung oder einer summarischen Prüfung abhängig zu machen¹⁰³.

Der von der Bundesregierung beschlossene und am 30. Dezember 2011 dem Bundesrat zugeleitete Gesetzesentwurf greift diese Kritik aus der Literatur auf und macht die

-
- 95 HALFMEIER (Fn. 85), ZIP 2011, 1900, 1902; KELLER/WIEGAND (Fn. 85), ZBB 2011, 373, 387; SCHNEIDER/HEPPNER (Fn. 85), BB 2011, 2947, 2949.
- 96 Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer, S. 5, abrufbar unter <http://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2011/september/stellungnahme-der-brak-2011-55.pdf>; Stellungnahme des IPA (Fn. 88), S. 13.
- 97 SUSTMANN/SCHMITT-BENDUN (Fn. 63), NZG 2011, 1207, 1210.
- 98 KELLER/WIEGAND (Fn. 85), ZBB 2011, 373, 389; SCHNEIDER/HEPPNER (Fn. 85), BB 2011, 2947, 2952.
- 99 KELLER / WIEGAND (Fn. 85), ZBB 2011, 373, 389. Die Aufblähung des Streitwerts des Musterverfahrens durch unschlüssige Klagen sehen auch STUMPF/MÜLLER (Fn. 85), GWR 2011, 464 als „Dilemma“ für den Musterbeklagten an.
- 100 KELLER/WIEGAND (Fn. 85), ZBB 2011, 373, 389. Ebenso SCHNEIDER/HEPPNER (Fn. 85), BB 2011, 2947, 2952. Die Stellungnahme des IPA spricht insofern von einem „öffentlichen Druckpotential“ für die Musterbeklagten, siehe Stellungnahme des IPA (Fn. 88), S. 13.
- 101 SUSTMANN/SCHMITT-BENDUN (Fn. 63), NZG 2011, 1207, 1209.
- 102 KELLER/WIEGAND (Fn. 85), ZBB 2011, 373, 388.
- 103 SUSTMANN/SCHMITT-BENDUN (Fn. 63), NZG 2011, 1207, 1209. Für eine Änderung des Referentenentwurf diesbezüglich sprechen sich auch KELLER (Fn. 94), BB 2011, 2305 sowie KELLER/WIEGAND (Fn. 85), ZBB 2011, 373, 387 f. aus.

Aussetzung – wie nach geltender Rechtslage – weiterhin davon abhängig, dass „die Entscheidung des Rechtsstreits von den geltend gemachten Feststellungszielen abhängt“ (§ 8 Abs. 1 S. 1 KapMuG-RegE)¹⁰⁴. Im Gegensatz zur alten Rechtslage (§ 7 Abs. 1 S. 4 KapMuG) und dem Vorschlag des Referentenentwurfs (§ 8 Abs. 1 S. 4 KapMuG-RefE) ist der Aussetzungsbeschluss nach dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung nunmehr auch anfechtbar¹⁰⁵.

Die bedeutendste Neuerung im Vergleich zur geltenden Rechtslage stellt jedoch die Erleichterung eines Vergleichs im Musterverfahren dar (zum geltenden Recht s.o. bei Fn. 63). Der Gesetzentwurf sieht – wie auch bereits der Referentenentwurf – vor, dass der Musterkläger mit den Musterbeklagten ein Vergleich schließen kann (§ 17 KapMuG-RegE), der nach § 18 Kap-MuG-RegE vom Gericht genehmigt werden muss. Der Vergleich, der sich nach § 17 Abs. 1 S. 1 KapMuG-RegE sowohl auf das Muster- als auch auf das Ausgangsverfahren erstrecken muss, bindet dabei sowohl die Vertragsschließenden als auch die Beigeladenen (§ 23 Abs. 1 KapMuG-RegE), sofern letztere nicht von ihrem in § 19 Abs. 2 KapMuG-RegE vorgesehenen Recht zum Austritt aus dem Vergleich Gebrauch gemacht haben. Wird ein Vergleich geschlossen, so hat dies zur Folge, dass sowohl das Musterverfahren (§ 23 Abs. 2 KapMuG-RegE) als auch alle ausgesetzten Prozesse, bei denen der Kläger nicht den Austritt aus dem Vergleich erklärt hat (§ 23 Abs. 3 KapMuG-RegE) beendet werden. Der Gesetzentwurf sieht in § 23 Abs. 4 KapMuG-RegE zudem ein Mittel vor, um einer Nichterfüllung des Vergleichs durch den Beklagten entgegenzutreten, nämlich die Wiedereröffnung des Verfahrens¹⁰⁶.

Die Einführung einer Vergleichsmöglichkeit wird im Schrifttum begrüßt¹⁰⁷. Als problematisch wird jedoch angesehen, dass für den Abschluss eines umfassenden Vergleichs, bei dem möglichst viele beigeladene Kläger zustimmen, eine umfassende Kenntnis der in den einzelnen Ausgangsverfahren bestehenden Sachlagen und Anträgen erforderlich ist¹⁰⁸. Kritisiert wird zudem, dass zwar im Vergleichsverfahren ein Opt-out-Recht der Beigeladenen bestünde, die Beteiligung am Musterverfahren als solche aber zwingend sei¹⁰⁹. Schließlich wird darauf hingewiesen, dass das Recht zum Opt-out vor allem von Großanlegern genutzt werden könnte, um die jeweiligen Ausgangsprozesse weiterzuführen und dort separate Vergleiche herbeizuführen¹¹⁰. Um dem zu begegnen, wird vorgeschlagen, das Musterverfahren für diejenigen Beigeladenen weiterzuführen, die aus dem Vergleich ausgetreten sind¹¹¹.

104 BR-Drs. 851/11, S. 6.

105 Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung, BR-Drs. 851/11, S. 31.

106 Der Referentenentwurf sah ein solches Recht noch nicht vor, siehe Referentenentwurf des BMJ, S. 14.

107 KELLER/WIEGAND (Fn. 85), ZBB 2011, 373, 383; Stellungnahme des IPA (Fn. 88), S. 19.

108 KELLER/WIEGAND (Fn. 85), ZBB 2011, 373, 383.

109 SCHNEIDER/HEPPNER (Fn. 85), BB 2011, 2947, 2952.

110 SCHNEIDER/HEPPNER (Fn. 85), BB 2011, 2947, 2952, 2953. Ebenso die Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer (Fn. 96), S. 7.

111 Stellungnahme des IPA (Fn. 88), S. 20.

Im Schrifttum wird zudem als kritisch betrachtet, dass der Referentenentwurf keine Bestimmungen über die Aufgabe des OLG bei der Herbeiführung eines Vergleichs enthält¹¹²; vorgeschlagen wurde insofern die Verpflichtung des Gerichts zur Hinwirkung auf eine gütliche Einigung entsprechend der Regelung des § 278 ZPO¹¹³. Der Gesetzesentwurf sieht in § 11 Abs. 1 S. 2 KapMuG-RegE durch den fehlenden Ausschluss der Anwendbarkeit des § 278 Abs. 1 ZPO jetzt zumindest vor, dass das Gericht eine gütliche Einigung in Betracht ziehen soll¹¹⁴. Die Einführung einer verpflichtenden Güteverhandlung hält die Gesetzesbegründung der Bundesregierung dagegen für „mit dem Charakter und der Funktion des Musterverfahrens nicht vereinbar“¹¹⁵.

7. *Ergebnis zu II*

In der gegenwärtigen Ausgestaltung bleibt das KapMuG hinsichtlich seiner Effizienz und Effektivität weit hinter der US-amerikanischen class action zurück. Es fehlt insbesondere an einer zentralen Bündelung der Anspruchsdurchsetzung sowie an der erforderlichen materiellrechtlichen Flankierung des Gesetzes. Dieses Manko bliebe auch nach Inkrafttreten der Reform des KapMuG weiterhin bestehen¹¹⁶. Die externe Corporate Governance aufgrund der gerichtlichen Durchsetzung der Ansprüche geschädigter Kapitalanleger kann daher im deutschen Recht nicht die Rolle spielen, die ihr in den USA zukommt. Dies lenkt den Blick wiederum auf die interne Corporate Governance, auf die im Folgenden am Beispiel der Stimmrechtsvertretung eingegangen werden soll.

112 KELLER/WIEGAND (Fn. 85), ZBB 2011, 373, 384.

113 KELLER/WIEGAND (Fn. 85), ZBB 2011, 373, 384.

114 BR-Drs. 851/11, S. 7.

115 BR-Drs. 851/11, S. 33.

116 Ebenso die Stellungnahme des IPA (Fn. 88), S. 1 ff.

III. STIMMRECHTSVERTRETUNG UND *PROXY-VOTING*

1. *Partielle Rezeption des proxy-voting*

Der deutsche Gesetzgeber hat in § 134 Abs. 3 AktG i.d.F. des Gesetzes zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung (NaStraG¹¹⁷) ein dem US-amerikanischen *proxy-voting* ähnliches Modell der Stimmrechtsvertretung durch von der Aktiengesellschaft benannte Vertreter geschaffen, bei dieser Reform aber bewusst auf eine Übernahme der aufsichtsrechtlichen US-amerikanischen *proxy regulation* verzichtet (näher unten III 3). Auch das im Jahre 2009 verabschiedete Gesetz zur Umsetzung der EU-Aktionärsrechte-Richtlinie¹¹⁸ (ARUG¹¹⁹) hat in dieser Hinsicht keine signifikanten inhaltlichen Änderungen gebracht¹²⁰. Das ARUG konzentriert sich vielmehr auf eine Umgestaltung und Deregulierung des sog. Depotstimmrechts, d.h. auf die in Deutschland traditionell dominierende Stimmrechtsvertretung durch Kreditinstitute (§ 135 AktG)¹²¹. In Bezug auf sonstige Stimmrechtsvertreter hat sich das ARUG auf die Klärung zuvor bestehender Zweifelsfragen bei der Bevollmächtigung von mehr als einer Person (§ 134 Abs. 3 S. 2 AktG i.d.F. des ARUG) sowie auf formal-technologische Erleichterungen bei der Erteilung und dem Nachweis der Vollmacht beschränkt (§ 134 Abs. 3 S. 3–4 AktG i.d.F. des ARUG), denen hier nicht weiter nachzugehen ist¹²². Die Frage, wie die Interessenkonflikte, die einem verbandsrechtlichen *proxy-voting* innewohnen, ohne eine flankierende aufsichtsrechtliche *proxy regulation* bewältigt werden können, bleibt daher unvermindert aktuell.

117 Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung (Namensaktien-gesetz – NaStraG) v. 18.1.2001, BGBl. I 123.

118 Richtlinie 2007/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.7.2007 über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften, ABl. EG Nr. L 184 vom 14.7.2007, S. 17.

119 Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie vom 30.7.2009, BGBl. I 2479.

120 Von einer „sehr stiefmütterlich[en]“ Regelung des Verwaltungsstimmrechts spricht STEFAN GRUNDMANN, Das neue Depotstimmrecht nach der Fassung im Regierungsentwurf zum ARUG, BKR 2009, 31, 32; für eine grundlegende Reform *de lege ferenda* noch KARL HOFSTETTER, Von der Landsgemeinde zur *proxy*-Generalversammlung: Vorschläge für einen Paradigmenwechsel in der Schweiz – Analoge Anregungen zur deutschen Hauptversammlung, ZGR 2008, 560, 592.

121 Hierzu näher GRUNDMANN (vorige Fn.), BKR 2009, 31 ff.; HELLGARDT/HOGER (Fn. 8), ZGR 2011, 38, 64 ff.; STEFAN SIMON/DIRK ZETZSCHE, Das Vollmachtstimmrecht von Banken und geschäftsmäßigen Vertretern (§ 135 AktG nF) im Spannungsfeld von Corporate Governance, Präsenzsicherung und prozeduraler Effizienz, ZGR 2010, 918, 932 ff.

122 Hierzu näher CORNELIUS GÖTZE, Erteilung von Stimmrechtsvollmacht nach dem ARUG, NZG 2010, 93 ff.

2. Rechtslage in den USA

Ein Verwaltungsstimmrecht ohne begleitende aufsichtsrechtliche Regulierung ist auch dem Recht in den USA nicht schlechthin unbekannt gewesen¹²³. Vor dem Erlass des Securities Exchange Act von 1934 unterlagen Stimmrechtsvollmachten allein dem jeweils maßgebenden Recht der Einzelstaaten¹²⁴. Das einzelstaatliche Recht stellte indes nur geringe inhaltliche Anforderungen an die Erteilung einer Stimmrechtsvollmacht; üblicherweise reichte es aus, wenn die Aktionäre nur grob über die Gegenstände der Tagesordnung für die bevorstehende Hauptversammlung informiert wurden¹²⁵. Dies führte dazu, dass die Verwaltungen die Stimmrechtsvertreter auswählten und mit Hilfe der zur Vorbereitung der Hauptversammlung verteilten Unterlagen dafür sorgten, dass zumeist im Sinne der jeweils amtierenden Verwaltung abgestimmt wurde¹²⁶. Die Hauptversammlung fiel dadurch als Instrument der Corporate Governance in der Praxis vielfach faktisch aus¹²⁷.

Auf diesen dem Verwaltungsstimmrecht immanenten Interessenkonflikt reagierte der Bundesgesetzgeber im Jahre 1934, indem er die Einwerbung der Stimmrechtsvollmachten und die zur Vorbereitung der Stimmabgabe verbreiteten Informationen einer strengen Regulierung auf Bundesebene unterwarf, deren genaue Ausarbeitung und Durchsetzung in die Hände der SEC gelegt wurden¹²⁸. Der Grundgedanke dieses sehr komplexen Regelungsgeflechts besteht darin, die Aushöhlung der traditionellen Präsenz-
hauptversammlung als gegeben zu akzeptieren, aber durch die Regulierung der Stimmrechtseinwerbung und -erteilung gewissermaßen im Vorfeld der Hauptversammlung ein

123 Guter Abriss der historischen Entwicklung bei STEPHEN M. BAINBRIDGE, *Corporation Law and Economics* (Foundation Press, New York 2002) 472 f.; ROBIN A. TUERKS, *Depotstimmrechtspraxis versus U.S.-proxy-System* (C.H. Beck, München 2000) 73 ff.

124 BAINBRIDGE, *Corporation Law* (vorige Fn.) 472 f.; TUERKS, *Depotstimmrechtspraxis* (vorige Fn.) 73–75.

125 Näher BAINBRIDGE, *Corporation Law* (Fn. 123) 473.

126 BAINBRIDGE, *Corporation Law* (Fn. 123) 473.

127 Siehe BAINBRIDGE, *Corporation Law* (Fn. 123) 473: „The proxy system thus allegedly helped incumbent directors and managers to perpetuate themselves in office“; von einem „Versagen der einzelstaatlichen Normen“ spricht MARIO HÜTHER, *Namensaktien, Internet und die Zukunft der Stimmrechtsvertretung*, AG 2001, 68, 73 f.

128 Eingehende Darstellung der Proxy Regulation bei BAINBRIDGE, *Corporation Law* (Fn. 123) 473–511; konzise Überblicke im deutschsprachigen Schrifttum bei GERALD SPINDLER / MARIO HÜTHER, *Das Internet als Medium der Aktionärsbeteiligung in den USA*, RIW 2000, 329, 330 ff.; HOFSTETTER (Fn. 120), ZGR 2008, 560, 568 ff.; zu jüngsten Reformen HELLGARDT/HOGER (Fn. 8), ZGR 2011, 38, 44 ff.; siehe ferner HÜTHER (vorige Fn.), AG 2001, 68, 73 f.; JÖRG ZÄTZSCH/MORITZ GRÖNING, *Neue Medien im deutschen Aktienrecht: Zum RefE des NaStraG*, NZG 2000, 393, 400 f.; monographisch die Dissertationen von JOCHEN HOFFMANN, *Systeme der Stimmrechtsvertretung in der Publikumsgesellschaft* (Nomos, Baden-Baden 1999) 40–60, 82–98; CHRISTIAN RUOFF, *Stimmrechtsvertretung, Stimmrechtsermächtigung und Proxy-System* (Verlag V. Florenz, München 1999) 177–304 und ROBIN A. TUERKS, *Depotstimmrechtspraxis* (Fn. 123) 73–164.

funktionales Äquivalent zur Willensbildung der Aktionäre zu schaffen¹²⁹. Bis ins kleinste Detail ist daher geregelt, welches Verhalten die Einwerbung einer Stimmrechtsvollmacht (*proxy solicitation*) darstellt und welchen Inhalt der Bericht über die beabsichtigte Stimmrechtsausübung (*proxy statement*) haben muss¹³⁰. Die Einhaltung dieser formalen Anforderungen wird von der SEC beaufsichtigt, die Verstöße streng sanktioniert¹³¹. Die Kontrollbefugnisse der SEC gestatten es der Behörde indes nicht, inhaltliche Vorgaben für die Ergebnisse der Stimmrechtsausübung zu erlassen¹³².

3. Rezeption in Deutschland

In Deutschland wurde während des 20. Jahrhunderts eine Rezeption des US-amerikanischen *proxy-voting* (im Sinne einer Verwaltungsvollmacht) wegen der hierdurch befürchteten Interessenkonflikte beharrlich abgelehnt¹³³. Unter dem AktG 1965 entsprach es der überwiegenden Meinung, dass eine Bevollmächtigung eines von der Gesellschaft eingesetzten Stimmrechtsvertreters außerhalb der Kreditwirtschaft (§ 135 Abs. 3 S. 3 AktG)¹³⁴ wegen dieser Konflikte unzulässig sei (arg. § 136 Abs. 2 AktG)¹³⁵. Aufgrund der Dominanz des Depotstimmrechts in der deutschen Unternehmenspraxis war die Frage eines *proxy-voting* lange Zeit ohne praktische Bedeutung¹³⁶. Erst gegen Ende der 1990-er Jahre erregte dieser Punkt Aufmerksamkeit, als die Deutsche Telekom AG versuchte, ihre Aktionäre zur Stimmrechtsvertretung durch eine von der AG bezahlte Wirtschaftsprüfungsgesellschaft zu bewegen¹³⁷.

129 Näher ZÄTZSCH/GRÖNING (vorige Fn.), NZG 2000, 393, 400; HÜTHER (Fn. 127), AG 2001, 68, 74; HOFSTETTER (Fn. 120), ZGR 2008, 560, 569; HELLGARDT/HOGER (Fn. 8), ZGR 2011, 38, 52 f.

130 Siehe SPINDLER/HÜTHER (Fn. 128), RIW 2000, 329, 330.

131 Näher SPINDLER/HÜTHER (Fn. 128), RIW 2000, 329, 330 f.

132 The Business-Roundtable v. SEC, 905 F.2d 406 (D.C. Cir. 1990); hierzu näher JEFFREY Y. WU, Revisiting Business Roundtable and Section 19(c) in the Wake of the Sarbanes-Oxley Act, Yale J. Reg. 23 (2006) 249 ff.

133 Aus der Literatur nach 1965 namentlich PHILIPP MÖHRING, Proxy-Stimmrecht und geltendes deutsches Aktienrecht, in: Kurt Ballerstedt/Wolfgang Hefermehl (Hrsg.), Festschrift für Ernst Geßler zum 75. Geburtstag (C.H. Beck, München 1971) 127–138; zuletzt dezidiert WOLFGANG ZÖLLNER, Stimmrechtsvertretung der Kleinaktionäre, in: Marcus Lutter/Marcus Scholz/Walter Sigle (Hrsg.), Festschrift für Martin Peltzer (Otto Schmidt, Köln 2001) 661, 667 f.

134 So die Zählung in der heutigen Fassung des AktG durch das ARUG.

135 Zum dogmatischen Streitstand vor In-Kraft-Treten des NaStraG siehe zuletzt die eingehenden Bestandsaufnahmen bei THORSTEN BEHNKE, Die Stimmrechtsvertretung in Deutschland, Frankreich und England, NZG 2000, 665, 671 f.; STEFAN HANLOSER, Proxy-Voting, Remote-Voting und Online-HV: § 134 III 3 AktG nach dem NaStraG, NZG 2001, 355 f.; HÜTHER (Fn. 127), AG 2001, 68, 71 f., ZÖLLNER (Fn. 133), FS Peltzer, S. 661, 663 ff., alle mit umfassenden Nachweisen zur älteren Literatur.

136 HÜTHER (Fn. 127), AG 2001, 68, 71.

137 OLG Karlsruhe 24.2.1999, NJW-RR 2000, 1057 („Forum T-Aktie“); das OLG hielt dieses Vorgehen indes für zulässig; zu diesem Rechtsstreit näher REINHARD MARSCH-BARNER, Neue Entwicklung im Vollmachtstimmrecht der Banken, FS Peltzer (Fn. 133) 261, 271;

Vor diesem Hintergrund wurde es als „sensationell“ empfunden¹³⁸, dass der Rechtsausschuss im November 2000 die Einfügung eines neuen Satzes in § 134 Abs. 3 AktG vorschlug, in dem erstmals die Zulässigkeit einer Bevollmächtigung eines von der Gesellschaft benannten Stimmrechtsvertreters ausdrücklich anerkannt wurde¹³⁹; seinerzeit war dies Satz 3; heute, in der Fassung des ARUG, ist es Satz 5. Der Rechtsausschuss verwies hierbei ausdrücklich auf die Vorbildfunktion des angloamerikanischen Rechts: Mit der vorgeschlagenen Regelung werde „ein dem im angloamerikanischen Rechtskreis bekannten *proxy-voting* vergleichbares Abstimmungsverfahren möglich“¹⁴⁰. Bereits in der Begründung des Regierungsentwurfs war es ausdrücklich für denkbar erklärt worden, dass Aktiengesellschaften

„es ihren Aktionären ermöglichen, nach Identifizierung durch eine Aktionärsnummer o.Ä. auf der Homepage der Gesellschaft einen von der Gesellschaft eingesetzten Stimmrechtsvertreter zu bevollmächtigen (sog. *Proxy-voting*).“¹⁴¹

Angesichts des einschneidenden Charakters dieser Änderung und im Lichte des lang anhaltenden Widerstands gegenüber dem anglo-amerikanischen *proxy system* in der deutschen Gesetzgebung und Wissenschaft überrascht es, dass dieser Schritt weder in der Begründung des Regierungsentwurfs noch in dem Bericht des Rechtsausschusses inhaltlich näher gerechtfertigt wurde, zumal erst drei Jahre zuvor das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG¹⁴²) sich zu einer systemimmanenten Verbesserung der etablierten Depotstimmrechtspraxis bekannt hatte¹⁴³. Die Gründe für die Einführung des *proxy-voting* waren zum einen ökonomischer, zum anderen politischer Natur. In ökonomischer Hinsicht war der bereits (oben unter I.) erwähnte Strukturwandel der Beziehung zwischen den deutschen Aktiengesellschaften und den Banken ausschlaggebend. In dieser Hinsicht ist der amtliche Bericht über die Implementation des NaStraG aufschlussreich, der zwar erst drei Jahre später als das Gesetz erstellt

ULRICH NOACK, Stimmrechtsvertretung in der Hauptversammlung nach NaStraG, ZIP 2001, 57, 61 f.; ZÖLLNER (Fn. 133), FS Peltzer, S. 661, 668 f.

138 ULRICH SEIBERT, Aktienrechtsnovelle NaStraG tritt in Kraft: Übersicht über das Gesetz und Auszüge aus dem Bericht des Rechtsausschusses, ZIP 2001, 53, 55; zustimmend STEFAN HANLOSER (Fn. 135), NZG 2001, 355; JÖRG TRÖDER, Erste Erfahrungen mit den Auswirkungen des NaStraG auf die Praxis der Hauptversammlung, RNotZ 2001, 439, 441.

139 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum NaStraG-RegE, BT-Drs. 14/4618, S. 8: „Werden von der Gesellschaft benannte Stimmrechtsvertreter bevollmächtigt, so ist die Vollmachtserklärung von der Gesellschaft drei Jahre nachprüfbar festzuhalten; § 135 Abs. 4 Sätze 1 bis 3 gelten entsprechend“.

140 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum NaStraG-RegE, BT-Drs. 14/4618, S. 14.

141 BT-Drs. 14/4051, S. 15.

142 Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich v. 27. 4. 1998, BGBl. I 786.

143 Ungewöhnlich unergiebig auch SEIBERT (Fn. 138), ZIP 2001, 53, 55 f., der im Wesentlichen den Bericht des Rechtsausschusses referiert und ein Satzungsbeispiel bringt; kritisch auch MATHIAS HABERSACK, Aktienrecht und Internet, ZHR 165 (2001) 172, 188 f. („eine Grundsatzfrage des Aktienrechts, die eine intensivere Diskussion verdient gehabt hätte“).

wurde, aber Rückschlüsse auf die im Bundesjustizministerium und im Rechtsausschuss bei der Vorbereitung des Gesetzes verfolgten Gedankengänge zulässt¹⁴⁴. Darin heißt es:

„Das Szenario, von dem der Deutsche Bundestag bei Verabschiedung des Namensaktiengesetzes (NaStraG) ausging, hat sich realisiert, wenn auch teilweise langsamer als erwartet. Die in den 90er Jahren noch zentrale Streitfrage der Bankenmacht hat erheblich an Bedeutung verloren. Kreditinstitute haben sich wie vorhergesehen in großem Umfang aus der Stimmrechtsausübung für Depotkunden zurückgezogen. [...] Zugleich ist der mit dem NaStraG erhoffte Effekt eingetreten. Der Rückgang der Bankenvollmachten wurde durch alternative Stimmrechtsausübungsinstrumente zwar nicht überkompensiert[,] aber doch zumindest aufgefangen [...].“¹⁴⁵

Das mit dem NaStraG eingeführte *proxy-voting* diene folglich dem Zweck, ein Gegengewicht für den sich abzeichnenden Rückzug der Banken aus der Stimmrechtsvertretung zu schaffen¹⁴⁶.

Die Annäherung des deutschen Rechts an das amerikanische *proxy-voting* wird jedoch insoweit kritisch bewertet, als der Rechtsausschuss die anlegerschützenden Informations- und Offenlegungspflichten, denen das US-amerikanische Bundesrecht die Einwerbung von *proxies* unterwirft, „ausgeblendet“ hatte¹⁴⁷. Es ist in der Tat problematisch, dass der deutsche Gesetzgeber meinte, im Aktienrecht das Verwaltungsstimmrecht nach angloamerikanischem Vorbild rezipieren zu können, ohne zugleich die hiermit funktional eng verknüpften Transparenzanforderungen und aufsichtsrechtlichen Befugnisse zu übernehmen¹⁴⁸. Gerade die enge Wechselbeziehung zwischen dem *proxy*-Stimmrecht und den notwendigen Kontrollmechanismen im Aufsichtsrecht war lange Zeit ein Argument gegen die Rezeption des *proxy*-Modells im deutschen Recht gewesen¹⁴⁹. Im Gegensatz zur Diskussion in den 1960-er Jahren bestand aber im Zeit-

144 BMJ, NZG 2004, 948.

145 BMJ, NZG 2004, 948.

146 Hieraus erklärt sich auch die Passage aus der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 135 AktG n.F. (BT-Drs. 14/4051, S. 16): „Freilich wird die Entwicklung möglicherweise dahin gehen, dass das Vollmachtsstimmrecht der Banken insgesamt nach und nach obsolet werden und in einigen Jahren vielleicht ganz verzichtbar sein wird“; diesbezüglich skeptisch aber MARSCH-BARNER (Fn. 137), FS Peltzer, S. 261, 278.

147 HANLOSER (Fn. 135), NZG 2001, 355, 356; ebenso UWE HÜFFER, AktG (C.H. Beck, München, 9. Aufl. 2010) § 134 Rz. 26a: bloße sprachliche Anlehnung ohne rechtsvergleichende Legitimation; kritisch auch SUSANNE LENZ, Die gesellschaftsbenannte Stimmrechtsvertretung (Proxy-Voting) in der Hauptversammlung der deutschen Publikums-AG (Duncker & Humblot, Berlin 2005) 132 ff.

148 Dies bemerkt auch TRÖDER (Fn. 138), RNotZ 2001, 439, 441; hierzu näher VON HEIN, Die Rezeption (Fn.***) 872 ff.

149 Vgl. WOLFGANG FIKENTSCHER, Besprechung von WIETHÖLTER, Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht, ZVglRWiss 65 (1963) 248, 252; so auch noch UWE HÜFFER, AktG (C.H. Beck, München, 4. Aufl. 1999) § 135 Rz. 4: „Das Proxy-Stimmrecht [...] ist [...] nur um den Preis staatlicher Aufsicht zu haben“; ebenso, aber beschränkt auf die nicht weisungsgebundene Vollmacht; ULRICH NOACK, Die organisierte Stimmrechtsvertretung auf Hauptversammlungen – insbesondere durch die Gesellschaft, in: Uwe H. Schneider/Peter Hommelhoff/Karsten Schmidt/Wolfram Timm/

punkt des Erlasses des NaStraG bereits eine Kapitalmarktaufsichtsbehörde, das BAWe (jetzt: die BaFin). Die institutionelle Infrastruktur, in die man eine dem US-amerikanischen Recht nachempfundene *proxy regulation* hätte einbetten können, war in Deutschland also durchaus vorhanden. Gleichwohl verzichtete man im Bundesjustizministerium und im Rechtsausschuss bewusst auf eine aufsichtsrechtliche Flankierung des Verwaltungsstimmrechts. *Seibert* führte in einem Begleitaufsatz hierzu aus:

„Wenn man die SEC-Rules zum Proxy-Voting in den USA damit [§ 134 Abs. 3 AktG n.F.] vergleicht, erscheint die Vorschrift sehr knapp. Das war beabsichtigt, da zunächst Erfahrungen mit dem neuen Institut gesammelt werden sollen und später noch angemessen reagiert werden kann.“¹⁵⁰

Auch der Rechtsausschuss sprach von einer „zunächst rudimentär[en]“ Regelung des *proxy-voting*¹⁵¹. Im Schrifttum wurde deshalb mit einer baldigen Nachbesserung gerechnet¹⁵², die indes auch in jüngster Zeit durch das ARUG nicht verwirklicht wurde (siehe oben III 1). Dies hat weitreichende Folgen: So wird z.B. die gezielte Einwerbung von Stimmrechtsvollmachten durch die Gesellschaft für unzulässig gehalten, weil es an aufsichtsrechtlichen Regeln zur „*proxy solicitation*“ fehle¹⁵³. Insoweit fragt sich aber, wie rechtssicher zwischen einer Information der Aktionäre über die von der Gesellschaft angebotenen Möglichkeiten der Stimmrechtsvertretung (etwa durch die Bereitstellung von Formularen zum Download im Internet) und einer verpönten „Einwerbung“ derartiger Vollmachten abgegrenzt werden soll.

Vor dem Hintergrund der eingehenden US-amerikanischen Regulierung des *proxy*-Systems ist die Entscheidung des Gesetzgebers, nur die verbandsrechtliche Seite dieses Instituts zu rezipieren, auf rechtspolitische Kritik gestoßen¹⁵⁴. So wird zwar der Verzicht auf eine nähere gesetzliche Ausformung zur Sammlung von Erfahrungen grund-

Barbara Grunewald/Tim Drygala (Hrsg.), Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag (Otto Schmidt, Köln 2000) 1463, 1480: „Die damit [der Rezeption des Proxy-Modells] notwendig verbundene Etablierung eines Aktienamtes, das mit seinen Beamten über das Stimmrechtsgebaren auf Hauptversammlungen wacht, ist keine erbauliche Vorstellung“.

150 SEIBERT (Fn. 138), ZIP 2001, 53, 55.

151 BT-Drs. 14/4618, S. 14.

152 So PETER HEMELING, Stimmrechtsausübung in der Hauptversammlung im Lichte des Namensaktiengesetzes (NaStraG), in: Hartwig Henze/Michael Hoffmann-Becking (Hrsg.): Gesellschaftsrecht 2001, RWS Forum 20 (RWS Verlag, Köln 2001) 79, 91; CORRADO WOHLWEND, Die Neufassung der Satzung börsennotierter Aktiengesellschaften im Lichte des Namensaktiengesetzes, NJW 2001, 3170, 3171.

153 HÜFFER (Fn. 147) § 134 Rz. 26b; OLIVER RIECKERS, in: Gerald Spindler / Eberhard Stilz (Hrsg.), Aktengesetz, Bd.1 (C.H. Beck, München, 2.Aufl. 2010) § 134 Rz. 59.

154 GREGOR BACHMANN, Verwaltungsvollmacht und „Aktionärsdemokratie“: Selbstregulative Ansätze für die Hauptversammlung, AG 2001, 635, 636; HERIBERT HIRTE, Kapitalgesellschaftsrecht (RWS Verlag, Köln, 6. Aufl. 2009) Rz. 3.241; HÜTHER (Fn. 127), AG 2001, 68, 74; GÜNTHER H. ROTH, Die (Ohn-)Macht der Hauptversammlung – Oder: Unlautere Werbung für Aktienrecht, ZIP 2003, 369, 373; JÖRG TRÖDER (Fn. 138), RNotZ 2001, 439, 441.

sätzlich gebilligt, aber eingewandt, dass man der BaFin zumindest die Ermächtigung zum Erlass entsprechender Richtlinien hätte übertragen können¹⁵⁵. Als aktienrechtliche Minimallösung, heißt es, wäre eine Parallelvorschrift zur Stimmrechtsausübung für Kreditinstitute auf ihrer eigenen Hauptversammlung (§ 135 Abs. 3 S. 3 AktG) notwendig gewesen¹⁵⁶. Da sich der Gesetzgeber dieser Kritik aber auch bei der jüngsten Reform der Stimmrechtsvertretung durch das ARUG verschlossen hat und auch eine freiwillige Unterwerfung unter die amerikanische *proxy regulation* mit Hilfe einer Zweitnotierung in den USA nicht in Betracht kommt, weil dieser Teil des US-amerikanischen Kapitalmarktrechts nicht auf ausländische Emittenten angewendet wird¹⁵⁷, steht das deutsche Recht vor der Aufgabe, das Fehlen der aufsichtsrechtlichen Flankierung, welche die deutsche Variante des *proxy-voting* kennzeichnet, mit Hilfe verbandsrechtlicher Instrumente oder im Wege der Selbstregulierung zu bewältigen.

Eine radikale Lösung des Problems liegt in dem Vorschlag, § 134 Abs. 3 S. 5 AktG restriktiv auszulegen¹⁵⁸. So wird argumentiert, dass die genannte Vorschrift zwar die Bevollmächtigung eines von der Gesellschaft benannten Stimmrechtsvertreters ermögliche, aber zu dessen persönlichen Eignungsvoraussetzungen schweige¹⁵⁹. Aus dem Verbot von Stimmbindungsverträgen (§ 136 Abs. 2 AktG) und der Unzulässigkeit der Stimmrechtsausübung aus eigenen Aktien der AG (§§ 71b, 71d S. 2 und 4 AktG) wird sodann der allgemeine Rechtsgedanke entnommen, dass ein Stimmrechtsvertreter sich nicht durch seine persönliche Nähe zur Verwaltung in einem Interessenkonflikt befinden dürfe, der eine Stimmrechtsausübung im Interesse der Aktionäre gefährde¹⁶⁰. Folglich seien sowohl Organmitglieder als auch Mitarbeiter der AG als Stimmrechtsvertreter nicht geeignet¹⁶¹. Mit diesem Vorschlag wäre das Verwaltungsstimmrecht praktisch weit gehend eliminiert; das Problem einer Regulierung und Beaufsichtigung etwaiger Interessenkonflikte des Stimmrechtsvertreters würde sich kaum noch stellen.

155 BACHMANN (vorige Fn.), AG 2001, 635, 636 (damals noch: BAWe).

156 G. H. ROTH (Fn. 154), ZIP 2003, 369, 374.

157 Dies erwägt BACHMANN (Fn. 154), AG 2001, 635, 643; zur Nicht-Anwendung der proxy rules auf ausländische Emittenten siehe VON HEIN, Die Rezeption (Fn.***) 316 f.

158 Siehe PETER KINDLER, Der Aktionär in der Informationsgesellschaft – Das Gesetz zur Namenaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung, NJW 2001, 1678, 1687.

159 KINDLER (vorige Fn.), NJW 2001, 1678, 1687.

160 KINDLER (Fn. 158), NJW 2001, 1678, 1687; ähnlich JÖRN HIRSCHMANN, in: Wolfgang Hölter (Hrsg.), AktG (C.H. Beck/Franz Vahlen, München 2011) § 134 Rz. 50 (keine Bevollmächtigung von Mitgliedern des Vorstands oder des Aufsichtsrats).

161 KINDLER (Fn. 158), NJW 2001, 1678, 1687. Es ist wohl unstrittig, dass die AG selbst oder ihre Organe (Vorstand/Aufsichtsrat) nicht als Stimmrechtsvertreter in Betracht kommen, so übereinstimmend HIRTE, Kapitalgesellschaftsrecht (Fn. 154) Rz. 3.241; KINDLER (Fn. 158), NJW 2001, 1678, 1687; RÜDIGER VOLHARD, in: Wulf Goette/Mathias Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Band 4 (C.H. Beck, München, 2. Aufl. 2004) § 134 Rz. 37, 39; BODO RIEGGER, Hauptversammlung im Internet, ZHR 165 (2001) 204, 214.

Der Vorschlag, gesellschaftsnahe Personen als Stimmrechtsvertreter prinzipiell auszuschließen, ist jedoch ganz überwiegend auf Ablehnung gestoßen¹⁶². Hierbei wird zum einen entstehungsgeschichtlich argumentiert: Da in der Unternehmenspraxis vor Erlass des NaStraG in der Regel eigene Mitarbeiter der AG als Stimmrechtsvertreter benannt worden seien, könne nicht davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber diese Variante stillschweigend habe missbilligen wollen¹⁶³. Überdies wird darauf abgestellt, dass der Rechtsausschuss explizit auf das Vorbild des US-amerikanischen *proxy-voting* Bezug genommen habe¹⁶⁴. Schließlich hat auch in jüngster Zeit der Gesetzgeber des ARUG von Korrekturen oder Einschränkungen hinsichtlich des als Stimmrechtsvertreter in Betracht kommenden Personenkreises abgesehen. An der Zulässigkeit der Bevollmächtigung gesellschaftsnahe Personen kann daher nach heutigem deutschem Aktienrecht kein Zweifel mehr bestehen.

Es bleibt also die Frage, wie das Fehlen aufsichtsrechtlicher Maßnahmen kompensiert werden kann, um Missstände zu vermeiden, wie sie für das Verwaltungsstimmrecht im Recht der US-amerikanischen Gliedstaaten vor 1934 kennzeichnend waren. Die herrschende Meinung versucht, den mit der Stimmrechtsvertretung durch gesellschaftsangehörige oder -nahe Personen verbundenen Interessenkonflikt dadurch in den Griff zu bekommen, dass eine Erforderlichkeit der Bindung des Vertreters an ausdrückliche Weisungen postuliert wird¹⁶⁵. Entstehungsgeschichtlich wird hierfür vorgebracht, dass sowohl in der dem NaStraG vorausgehenden wissenschaftlichen Diskussion als auch in der die Gesetzesänderung inspirierenden Unternehmenspraxis stets von einer Weisungsgebundenheit eines von der AG benannten Stimmrechtsvertreters ausgegangen worden sei¹⁶⁶. Dieser Auffassung war offenbar auch der Gesetzgeber des ARUG, denn in der

162 HABERSACK (Fn. 143), ZHR 165 (2001) 172, 187; HÜFFER (Fn. 147) § 134 Rz. 26b (aber Organmitglieder nur im Einzelfall); MüKo-AktG / VOLHARD § 134 Rz. 37 f.; NOACK (Fn. 137), ZIP 2001, 57, 61; RITA PIKÓ/TINO PREISLER, Die Online-Hauptversammlung bei Publikumsaktiengesellschaften mit Namensaktien, AG 2002, 223, 227; RIEGGER (vorige Fn.), ZHR 165 (2001) 204, 213; ANDREAS WIEBE, Vorstandsmacht statt Bankenmacht? Aktienrechtlicher Rahmen und strukturelle Auswirkungen der Einführung des Verwaltungsstimmrechts (§ 134 Abs. 3 S. 3 AktG), ZHR 166 (2002) 182, 190; STEFAN GRUNDMANN, in: Klaus J. Hopt / Herbert Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar AktG, Band 5 (De Gruyter, Berlin, 4. Aufl. 2009) (Bearbeitungsstand 2008) § 134 Rz. 122 (auch Organmitglieder, sogar das Organ selbst); Spindler / Stilz / RIECKERS § 134 Rz. 54 (auch Organmitglieder).

163 HABERSACK (Fn. 143), ZHR 165 (2001) 172, 187; RIEGGER (Fn. 161), ZHR 165 (2001) 204, 213; WIEBE (vorige Fn.), ZHR 166 (2002) 182, 190; ebenso BACHMANN (Fn. 154), AG 2001, 635, 636.

164 HABERSACK (Fn. 143), ZHR 165 (2001) 172, 187; WIEBE (Fn. 162), ZHR 166 (2002) 182, 190.

165 HABERSACK (Fn. 143), ZHR 165 (2001) 172, 187; HIRTE, Kapitalgesellschaftsrecht (Fn. 154) Rz. 3.241 in Fn. 421; HÜFFER (Fn. 147) § 134 Rz. 26b; NOACK (Fn. 137), ZIP 2001, 57, 62; PIKÓ/PREISLER (Fn. 162), AG 2002, 223, 227; Hölters/HIRSCHMANN § 134 Rz. 51; ebenso DCGK Nr. 2.3.3; als h.M. bezeichnet vom BMJ, NZG 2004, 948, 953.

166 HÜFFER (Fn. 147) § 134 Rz. 26b; NOACK (Fn. 137), ZIP 2001, 57, 62; HÖLTERS / HIRSCHMANN § 134 Rz. 51.

Begründung des Regierungsentwurfs zu § 134 Abs. 3 AktG n.F. heißt es in Bezug auf die Umnummerierung des bisherigen Satzes 3 zu Satz 5 lapidar:

„Die Änderung in Satz 3 ist eine Folgeänderung. Sie bringt keine Änderung zu der Frage, dass dem Gesellschaftsvertreter nur Vollmacht mit Einzelweisung erteilt werden kann.“¹⁶⁷

Dogmatisch wird diese Lösung auf eine Analogie zu § 135 Abs. 3 S. 3 AktG gestützt, der eine entsprechende Weisungsgebundenheit für die Ausübung des Depotstimmrechts in der eigenen Hauptversammlung des betroffenen Kreditinstituts anordnet¹⁶⁸. Die Annahme einer Weisungsgebundenheit des von der Gesellschaft benannten Stimmrechtsvertreters trifft jedoch auch auf Widerspruch¹⁶⁹. Gegen eine analoge Anwendung des § 135 Abs. 3 S. 3 AktG wird zum einen der Wortlaut des § 134 Abs. 3 S. 5 AktG angeführt, der lediglich auf § 135 Abs. 5 AktG verweise¹⁷⁰. Zudem wird § 135 Abs. 3 S. 3 AktG als eine nicht analogiefähige Ausnahmegesetzgebung eingestuft¹⁷¹. Diesem klassischen methodologischen Argument des „*singularia non sunt extendenda*“ wird wiederum entgegengehalten, dass der herkömmliche Ausnahmecharakter infolge der zunehmenden Verdrängung des Depotstimmrechts durch das Verwaltungsstimmrecht nicht mehr gegeben sei¹⁷². Es fällt indes schwer, heute noch eine unbewusste Regelungslücke anzunehmen, weil sowohl der Gesetzgeber des TransPuG als auch des ARUG der Empfehlung der *Baums*-Kommission, für eine gesetzliche Klarstellung zu sorgen, nicht nachgekommen sind. Das noch unmittelbar nach der Verabschiedung des NaStraG vorgetragene und damals durchaus plausible Argument, der Gesetzgeber habe die Folgen

167 BT-Drs. 16/11642, S. 32.

168 HABERSACK (Fn. 143), ZHR 165 (2001) 172, 187 f.; HÜTHER (Fn. 127), AG 2001, 68, 71 f.; NOACK (Fn. 137), ZIP 2001, 57, 62; DIRK ZETZSCHE, NaStraG – Ein erster Schritt in Richtung Virtuelle Hauptversammlung für Namens- und Inhaberaktien, ZIP 2001, 682, 684; GroßKomm-AktG/GRUNDMANN (2009) § 134 Rz. 124; als zusätzliches Argument herangezogen von HÜFFER (Fn. 147) § 134 Rz. 26b.

169 Gegen Weisungsgebundenheit analog § 135 Abs. 3 S. 3 AktG: BACHMANN (Fn. 154), AG 2001, 635, 638 f.; HANLOSER (Fn. 135), NZG 2001, 355; MüKo-AktG / VOLHARD § 134 Rz. 39; RIEGGER (Fn. 161), ZHR 165 (2001) 204, 214; WIEBE (Fn. 162), ZHR 166 (2002) 182, 191 sowie (im Rahmen seines prinzipiell anderen Lösungsansatzes) KINDLER (Fn. 158), NJW 2001, 1678, 1687; skeptisch zur Analogie auch HEMELING (Fn. 152), Stimmrechtsausübung, S. 79, 90; die Regierungskommission Corporate Governance bezeichnete die Frage ausdrücklich als „umstritten“ und regte eine gesetzliche Klarstellung an, BAUMS-Kommission (Fn. 12) Rz. 122; ebenso G. H. ROTH (Fn. 154), ZIP 2003, 369, 374; ablehnend aber BACHMANN (Fn. 154), AG 2001, 635, 638 f.; einschränkend auch SPINDLER / STILZ / RIECKERS § 134 Rz. 56: Weisungserfordernis nur bei Organmitgliedern und Arbeitnehmern der AG.

170 BACHMANN (Fn. 154), AG 2001, 635, 638; HANLOSER (Fn. 135), NZG 2001, 355; KINDLER (Fn. 158), NJW 2001, 1678, 1687; MüKo-AktG / VOLHARD § 134 Rz. 40; WIEBE (Fn. 162), ZHR 166 (2002) 182, 191; Spindler/Stilz/RIECKERS § 134 Rz. 55.

171 MüKo-AktG / VOLHARD § 134 Rz. 40; RIEGGER (Fn. 161), ZHR 165 (2001) 204, 214.

172 HÜTHER (Fn. 127), AG 2001, 68, 72.

der Einführung des Verwaltungsstimmrechts nicht bis ins Letzte durchdacht¹⁷³, kann vor dem Hintergrund, dass der Legislative die Lückenhaftigkeit der im Jahre 2001 geschaffenen Regelung seither von namhaften Experten deutlich vor Augen geführt wurde, nicht mehr ohne Weiteres überzeugen. Indes mag man die gesetzgeberische Enthaltensamkeit auf die offenbar auch bei der Ausarbeitung des ARUG zugrunde gelegte Auffassung zurückführen, die h.M. habe sich ohne weiteres Zutun des Gesetzgebers auf die Weisungsgebundenheit des Stimmrechtsvertreters eingestellt¹⁷⁴.

Konzediert man um des Argumentes willen eine Regelungslücke des § 134 Abs. 3 S. 5 AktG, bleibt die Frage, ob die Konstellation von der Interessenlage her tatsächlich der in § 135 Abs. 3 S. 3 AktG geregelten Fallgestaltung vergleichbar ist. Dagegen wird eingewandt, dass beim Depotstimmrecht die Bank selbst, im Rahmen des § 134 Abs. 3 S. 5 AktG aber ein mit der AG nicht personenidentischer Stimmrechtsvertreter beauftragt werde¹⁷⁵. Dieser Unterschied ist indes eher formaler Natur und spricht als solcher nicht entscheidend gegen die vorgeschlagene Analogie. Der hinter § 135 Abs. 3 S. 3 AktG stehende Gedanke, eine Bank davor zu schützen, dass das Kreditinstitut gerade die eigenen Kunden bezüglich der Stimmrechtswahrnehmung an die Konkurrenz verliert, ist auf die Bevollmächtigung des von einer nicht kreditwirtschaftlich tätigen AG eingesetzten Stimmrechtsvertreters aber mangels einer entsprechenden Konkurrenzlage nur schwerlich übertragbar¹⁷⁶. Darüber hinaus werden Stimmrechtsvollmachten an Banken in der Regel als Dauervollmachten erteilt, wodurch der Einholung ausdrücklicher Weisungen eine Warnfunktion zukommt¹⁷⁷. Die Bevollmächtigung nach § 134 Abs. 3 S. 5 AktG wird hingegen nur für eine Hauptversammlung erteilt, sodass die Interessenlage auch insoweit nur bedingt vergleichbar ist¹⁷⁸.

Die rein verbandsrechtlich-dogmatische Strategie zur Lösung des der Verwaltungsvollmacht inhärenten Interessenkonflikts stößt folglich auf erhebliche Schwierigkeiten und führt zu einer nicht unbeträchtlichen Rechtsunsicherheit. Die Unternehmenspraxis hat sich vor diesem Hintergrund dafür entschieden, den zur Ausschaltung von Anfechtungsklagen (§ 243 AktG) sicheren Weg einzuschlagen und die Bevollmächtigung eines von der Gesellschaft benannten Stimmrechtsvertreters als weisungsgebunden auszugestalten¹⁷⁹. Es stellt sich jedoch die Frage, ob hiermit nicht die Effektivität der Stimmrechtsvertretung über Gebühr eingeschränkt wird. In der Diskussion um die Auslegung des § 134 Abs. 3 S. 5 AktG ist wiederholt darauf hingewiesen worden, dass ein striktes

173 So HABERSACK (Fn. 143), ZHR 165 (2001) 172, 188.

174 Vgl. auch bereits BMJ, NZG 2004, 948, 953.

175 MüKo-AktG / VOLHARD § 134 Rz. 39; RIEGGER (Fn. 161), ZHR 165 (2001) 204, 214.

176 Siehe zum Normzweck BRUNO KROPFF, Aktiengesetz, Textausgabe mit Begründung des Regierungsentwurfs.. (1965) 196; diesen Einwand relativierend aber HABERSACK (Fn. 143), ZHR 165 (2001) 172, 188.

177 So MüKo-AktG / VOLHARD § 134 Rz. 39.

178 MüKo-AktG / VOLHARD § 134 Rz. 39; von einer „Einzelvollmacht“ spricht BMJ, NZG 2004, 948, 953.

179 Siehe BMJ, NZG 2004, 948, 953.

Beharren auf der Weisungsgebundenheit des Stimmrechtsvertreters die Gefahr heraufbeschwöre, dass aufgrund der rationalen Apathie der Anleger de facto deren Stimmrechte verloren zu gehen drohen¹⁸⁰. Da die Aktionäre häufig keine Weisungen erteilen würden, müssten ihre Stimmrechte bei einer strikten Obliegenheit zur Erteilung von Einzelweisungen verfallen¹⁸¹. Daher wird im Schrifttum auch dafür plädiert, eine generelle Weisung, im Sinne der Verwaltungsvorschläge abzustimmen, ausreichen zu lassen¹⁸², was aber mit der bereits zitierten Regierungsbegründung des ARUG, die auf eine „Vollmacht mit Einzelweisung“ abstellt¹⁸³, nicht im Einklang steht.

4. Evaluation

In diesem Punkt ist der vom BMJ im Jahre 2004 zu den Erfahrungen mit dem NaStraG vorgelegte Prüfbericht aufschlussreich¹⁸⁴. Das BMJ führt darin zunächst aus, dass die Mehrheit der Gesellschaften die Möglichkeit, die Übertragung der Stimmrechte auf eigene Stimmrechtsvertreter der Gesellschaft anzubieten, nutze¹⁸⁵. Der Anteil der von den Stimmrechtsvertretern der Gesellschaft vertretenen Stimmen unterliege jedoch erheblichen Schwankungen:

„Zum Teil vertreten die Stimmrechtsvertreter weniger als ein Prozent des Kapitals, zum Teil aber bis zu zehn Prozent, wobei sich bei Namensaktiengesellschaften wohl eine größere Akzeptanz des Proxy-Voting abzeichnet. Insgesamt wird eine zunehmende Tendenz berichtet. Dem Umfrageergebnis zufolge nutzen insbesondere institutionelle Investoren die Stimmrechtsvertreter der Gesellschaften schon vermehrt, wenn ihre Depotbanken eine Stimmrechtsvertretung nicht mehr anbieten.“¹⁸⁶

Im Prüfbericht wird sodann dargelegt, dass das Erfordernis der Einzelweisung zu erheblichen Problemen bei kurzfristigen Tagesordnungsänderungen geführt habe¹⁸⁷. Da bei neuen Beschlussgegenständen keine Weisung des Aktionärs vorliege, habe dies „regelmäßig zur Folge, dass die Stimmrechte der über die Stimmrechtsvertreter der Gesellschaft vertretenen Aktionäre insoweit nicht berücksichtigt werden können“¹⁸⁸. Durch diese Entwicklungen werden die Zielsetzungen des Gesetzgebers infrage gestellt, ein am US-amerikanischen Vorbild orientiertes *proxy-voting* zu ermöglichen und ein funktio-

180 BACHMANN (Fn. 154), AG 2001, 635, 639; WIEBE (Fn. 162), ZHR 166 (2002) 182, 191; diese Konsequenz explizit in Kauf nehmend HÜFFER (Fn. 147) § 134 Rz. 26b: „[O]hne Weisungen werden die Stimmrechte nicht vertreten“.

181 BACHMANN (Fn. 154), AG 2001, 635, 639; WIEBE (Fn. 162), ZHR 166 (2002) 182, 191.

182 Spindler / Stilz / RIECKERS § 134 Rz. 57.

183 Vgl. BT-Drs. 16/11642, S. 32.

184 BMJ, NZG 2004, 948, 952 f.; aufschlussreich auch der Bericht aus der notariellen Praxis von TRÖDER (Fn. 138), RNotZ 2001, 439 ff.

185 BMJ, NZG 2004, 948, 952.

186 BMJ, NZG 2004, 948, 953.

187 BMJ, NZG 2004, 948, 953.

188 BMJ, NZG 2004, 948, 953.

nales Äquivalent für das bisher dominierende Depotstimmrecht zu schaffen¹⁸⁹. Im US-amerikanischen Recht ist es zulässig, dass dem Stimmrechtsvertreter die Vollmacht zur Stimmabgabe nach eigenem Ermessen für alle Tagesordnungspunkte erteilt wird, die in zulässiger Weise vor die Hauptversammlung gebracht werden¹⁹⁰. Ein typisches Formulierungsbeispiel für eine ordnungsgemäße Proxy Card lautet:

„In their discretion, the Proxies are authorized to vote upon such other business as may properly come before the meeting.“¹⁹¹

Diese Stimmrechtsausübung nach Ermessen hat große praktische Bedeutung in all denjenigen Fällen, in denen auf der Hauptversammlung Anträge gestellt werden, die der Position der Unternehmensleitung widersprechen¹⁹². Unzulässig ist es allerdings, wenn eine Stimmrechtsvollmacht nach Ermessen eingeworben wird, obwohl bereits absehbar ist, dass ein bestimmter Gegenstand vor die Hauptversammlung gebracht werden wird¹⁹³. Während also das US-amerikanische *proxy-voting* die Stimmrechte der Aktionäre auch bei neuen Beschlussgegenständen nicht verfallen lässt, führt die deutsche Praxis zu § 134 Abs. 3 S. 5 AktG zu ebendieser Konsequenz¹⁹⁴. Mit dem noch bei der Schaffung des NaStraG ausdrücklich geäußerten Willen des Gesetzgebers, ein an dem anglo-amerikanischen *proxy-voting* orientiertes Verwaltungsstimmrecht zu schaffen, ist dieser Widerspruch nur schwer zu vereinbaren. Durch diese restriktive deutsche Rechtsanwendung wird ferner das seinerzeit verfolgte Ziel, mit der Stimmrechtsvertretung nach § 134 Abs. 3 S. 5 AktG ein funktionales Substitut für das in seiner Bedeutung schwindende Depotstimmrecht zu schaffen, unterlaufen, denn im Rahmen der herkömmlichen Depotstimmrechtspraxis ist eine Bank dazu befugt, auf der Hauptversammlung einer *anderen* Aktiengesellschaft auch zu neuen oder veränderten Tagesordnungspunkten abzustimmen (§ 135 Abs. 3 S. 1 AktG)¹⁹⁵.

189 Zu den mit dem NaStraG verfolgten Zielen siehe JAN VON HEIN, Die Rezeption (Fn.***) 248 ff.

190 SEC Rule 14a-4(c), hierzu näher BAINBRIDGE, Corporation Law (Fn. 123) 479; TUERKS, Depotstimmrechtspraxis (Fn. 123) 102 f.

191 Beispiel von BAINBRIDGE, Corporation Law (Fn. 123) 478.

192 BAINBRIDGE, Corporation Law (Fn. 123) 479; TUERKS, Depotstimmrechtspraxis (Fn. 123) 102 f.

193 BAINBRIDGE, Corporation Law (Fn. 123) 479; zu den einschlägigen Fristen eingehend TUERKS, Depotstimmrechtspraxis (Fn. 123) 102 f.

194 Explizit HÜFFER (Fn. 147) § 134 Rz. 26b: „Diese Praxis setzt nämlich Weisungen zu den einzelnen Tagesordnungspunkten voraus; ohne Weisungen werden die Stimmrechte nicht vertreten.“

195 Näher HÜFFER (Fn. 147) § 135 Rz. 28 f.; kritisch zu dem durch die Neuregelung entstandenen „Machtvakuum“ und für eine „Renaissance des Depotstimmrechts“ SUSANNE LENZ, Renaissance des Depotstimmrechts, AG 2006, 572, 574; monographisch DIES., Gesellschaftsbenannte Stimmrechtsvertretung (Fn. 147).

5. Alternativen

Das Bundesjustizministerium hatte in seinem Prüfbericht von 2004 drei Lösungsvorschläge für diese missliche Situation erwogen: Erstens wurde die Zulassung weisungsloser Dauervollmachten für die von der Gesellschaft benannten Stimmrechtsvertreter ins Spiel gebracht¹⁹⁶. Diese Idee stieß jedoch unter den Befragten überwiegend auf Ablehnung, weil die Unabhängigkeit der Stimmrechtsvertreter von der Gesellschaft nicht gesichert sei¹⁹⁷. Der in diesem Zusammenhang gemachte Alternativvorschlag, Mitarbeiter der Gesellschaft als Stimmrechtsvertreter auszuschließen und überdies eine Benennung der Stimmrechtsvertreter künftig analog den Regeln über die Auswahl der Abschlussprüfer vorzusehen¹⁹⁸, würde indes das Modell des *proxy-voting* wieder an sich infrage stellen und bietet daher im Rahmen der für diesen Ansatz getroffenen Grundentscheidung keine Hilfe. Offen bliebe auch die wesentliche Frage, wer den unabhängigen Stimmrechtsvertreter für seine Dienste bezahlen soll¹⁹⁹.

Ferner wurde darüber nachgedacht, nach dem Regelungsvorbild des § 135 Abs. 3 S. 1 AktG dem von der Gesellschaft benannten Stimmrechtsvertreter die Möglichkeit zu eröffnen, in engen Grenzen abweichende Abstimmungen vorzunehmen²⁰⁰. Hierbei hatte man exakt die Konstellation vor Augen, die in den USA zu Zulassung des „*discretionary voting*“ geführt hat, nämlich dass „die Tagesordnung in der Praxis meist gerade bei Kritik an der Geschäftsführung kurzfristig geändert werden müsse“²⁰¹. Jedoch wurde im Prüfbericht genau entgegengesetzt zur US-amerikanischen Lösung ein Ermessen des Stimmrechtsvertreters aus den folgenden Gründen verworfen:

„[Es] stehe zu befürchten, dass das ‚abweichende‘ Abstimmverhalten des Stimmrechtsvertreters zum Gegenstand von Anfechtungsklagen gemacht werde, um kontroverse Beschlüsse auf diese Weise anzugreifen. Zudem müsste der dem Proxy zustehende Spielraum detailliert geregelt werden, um einem Missbrauch vorzubeugen und das Vertrauen in das Instrument des Proxy nicht zu beschädigen. Dabei müsse festgeschrieben werden, dass das geänderte Abstimmungsverhalten unter Würdigung der Gesamtumstände ausschließlich im Interesse der vertretenen Aktionäre stattfinden dürfe. Zudem müsse dem Rechtsgedanken des § 181 BGB Rechnung getragen und ein gewisses Maß an Unabhängigkeit des Proxy sichergestellt werden, insbesondere dürfe ein von dem Geschäftsführungsvorschlag abweichendes Stimmverhalten ihm nicht zum Nachteil gereichen. Problematisch sei schließlich, nach welchem Maßstab die hypothetische Billigung der ‚abweichenden‘ Stimmabgabe zu beurteilen sei, ob nach

196 BMJ, NZG 2004, 948, 953.

197 BMJ, NZG 2004, 948, 953.

198 BMJ, NZG 2004, 948, 953; in diesem Sinne vor Verabschiedung des NaStraG noch GREGOR BACHMANN, Namensaktie und Stimmrechtsvertretung, WM 1999, 2100, 2106; *de lege lata* davon abrückend DERS. (Fn. 154), AG 2001, 635, 638.

199 Unbefriedigend hierzu BMJ, NZG 2004, 948, 953.

200 BMJ, NZG 2004, 948, 953.

201 BMJ, NZG 2004, 948, 953.

einem objektiven oder einem auf die konkrete Person des vertretenen Aktionärs bezogenen Maßstab.“²⁰²

Diese Erwägungen laufen auf eine Quadratur des Kreises hinaus. Der Interessenkonflikt zwischen Aktionär und *proxy* ist dem Verwaltungsstimmrecht systemimmanent und lässt sich nicht durch eine Ermessensbindung, Analogie zu § 181 BGB oder ähnliche Maßnahmen beseitigen. Man kann, dies lehrt das US-amerikanische Beispiel, im Rahmen des *proxy*-Systems nur dafür Sorge tragen, dass die Aktionäre vollständig, in transparenter Weise und rechtzeitig von allen Beschlussgegenständen in Kenntnis gesetzt werden. Das „*discretionary voting*“ hat lediglich die Funktion eines Auffangtatbestandes, der dafür Sorge tragen soll, dass die Stimmrechte der Kleinaktionäre nicht verfallen, wenn das amtierende Management in unvorhersehbarer Weise auf der Hauptversammlung von „Aufständischen“ herausgefordert wird. Hierbei wird es bewusst in Kauf genommen, dass die *proxies* in der Regel im Sinne des amtierenden Management abstimmen werden. Gegenüber dem gegenwärtigen deutschen Szenario, dass die Stimmrechte verfallen, erscheint diese „Prämie auf den legalen Machtbesitz“ der amtierenden Verwaltung als das kleinere Übel²⁰³. Jedenfalls ist es ein in sich schlüssiges und vor allem praktikables Modell, was man von dem gegenwärtigen deutschen Recht nicht sagen kann. Stimmrechte der Kleinanleger allein deshalb verfallen zu lassen, weil man im Falle der Stimmrechtsausübung durch von der Gesellschafter benannte Vertreter Interessenkonflikte befürchtet, ist auch nicht mit den bisher das Depotstimmrecht tragenden Wertungen vereinbar, denn auch diese Form der Stimmrechtsvertretung war und ist nicht frei von Interessenkonflikten, wie sich an den eingehenden Vorkehrungen des § 135 Abs. 2 AktG zeigt; dennoch hat der Gesetzgeber sie immer wieder als bessere Lösung gegenüber einer „Verödung“ der Hauptversammlung angesehen²⁰⁴.

Schließlich wurde in dem Prüfbericht auf einen dritten Lösungsansatz eingegangen, nämlich bei kurzfristigen Tagesordnungsänderungen erneute Einzelweisungen durch E-Mails einzuholen²⁰⁵. Dies dürfte schon vor dem ARUG zulässig gewesen sein²⁰⁶, ist aber praktisch kaum wirkungsvoll, da wohl kaum eine hinreichende Zahl an Kleinanlegern die Hauptversammlung im Internet verfolgt und bei kurzfristigen Tagesordnungsänderungen erreichbar ist²⁰⁷. Das Problem der „rationalen Apathie“ der Kleinanleger beruht eher auf fehlenden ökonomischen Anreizen als auf mangelnden technologischen Möglichkeiten²⁰⁸. Überdies bietet § 118 Abs. 1 2 AktG i.d.F. des ARUG den an einer Online-Teilnahme interessierten Aktionären die Möglichkeit, ihre Rechte in der Haupt-

202 BMJ, NZG 2004, 948, 953.

203 Zum Begriff der „Prämie“ im Staatsrecht (Art. 68 GG) näher BVerfG 16.2.1983, BVerfGE 62, 1, 48.

204 In diesem Sinne LENZ (Fn. 195), AG 2006, 572.

205 BMJ, NZG 2004, 948, 953.

206 Näher HELLGARDT/HOGER (Fn. 8), ZGR 2011, 38, 71, m. w. Nachw. zum Schrifttum vor dem ARUG.

207 BMJ, NZG 2004, 948, 953.

208 Zutreffend BACHMANN (Fn. 154), AG 2001, 635, 637.

versammlung auch direkt, d.h. ohne einen Bevollmächtigten, im Wege der elektronischen Kommunikation auszuüben, sofern die Satzung der AG dies vorsieht.

Der Gesetzgeber des ARUG hat im Jahre 2009 davon abgesehen, das deutsche Modell des *proxy-voting* im Wege einer weiteren Annäherung an das US-amerikanische Regelungsvorbild auszubauen (siehe oben III 1). Dies ist prima facie erstaunlich, da auch in der Begründung des ARUG-Regierungsentwurfs erneut festgehalten wird, dass sich „insbesondere die öffentlichen Banken massiv aus dem Depotstimmrecht zurückgezogen“ haben²⁰⁹, sodass das Verwaltungsstimmrecht als Auffangregelung seit der Evaluation des NaStraG im Jahre 2004 eine eher zunehmende praktische Bedeutung gewonnen haben dürfte. Ferner hat sich das deutsche Aktienrecht durch die Einführung der Online-Teilnahme an der Hauptversammlung (§ 118 Abs. 1 S. 2 AktG) erheblich von dem herkömmlich das deutsche Recht prägenden Leitbild der Präsenzversammlung entfernt²¹⁰, sodass auch insoweit eine komplementäre Annäherung an das US-amerikanische Regelungsmodell der *proxy regulation* zu erwarten gewesen wäre²¹¹. Statt dessen setzt das ARUG aber auf eine Modernisierung und Deregulierung des herkömmlichen Depotstimmrechts in § 135 AktG n.F.²¹². Dies wirft die Frage auf, ob im Falle einer „Renaissance“ des Depotstimmrechts in Deutschland erneut eine Divergenz zum US-amerikanischen Recht auftreten würde. Insoweit ist zwar zu berücksichtigen, dass die Abstimmungsergebnisse, zu denen die Depotstimmrechtspraxis führt, häufig nicht von denjenigen abweichen werden, die bei einem *proxy-voting* zu erwarten wären. In der Begründung des ARUG wird es als eine „Tatsache“ bezeichnet, „dass die Banken, die eine Stimmrechtsvertretung anbieten, schon derzeit fast durchweg mit den Verwaltungsvorschlägen übereinstimmende Abstimmungsvorschläge unterbreiten“²¹³. Jedoch sieht der deutsche Gesetzgeber in der Bevollmächtigung der Kreditinstitute einen wesentlichen Vorteil gegenüber der Benennung von Stimmrechtsvertretern durch die Gesellschaft selbst. Das Depotstimmrecht entfalte nämlich – ganz im Sinne guter Corporate Governance – eine „Kontrollwirkung“ gegenüber der Verwaltung²¹⁴:

„Wenn Vorstand und Aufsichtsrat wissen, dass ihre Beschlussvorschläge von den Banken vor Erstellung der Abstimmungsvorschläge [gemäß § 135 Abs. 1 S. 4 Nr. 1 AktG i.d.F. des ARUG] kritisch im Aktionärsinteresse evaluiert werden, dürfte sie das dazu anhalten, von vornherein keine dem Aktionärsinteresse zuwiderlaufenden Vorschläge zu machen und auf die Gesetzmäßigkeit dieser Vorschläge besonders zu achten.“²¹⁵

209 BT-Drs. 16/11642, S. 33.

210 Näher HELLGARDT/HOGER (Fn. 8), ZGR 2011, 38, 69 ff.

211 Vgl. noch die Überlegungen bei HOFSTETTER (Fn. 120), ZGR 2008, 560, 589 f.

212 Siehe oben bei Fn. 121.

213 BT-Drs. 16/11642, S. 33.

214 BT-Drs. 16/11642, S. 33.

215 BT-Drs. 16/11642, S. 33.

Vereinfacht kann man sagen: Das deutsche Recht setzt statt auf eine aufsichtsrechtliche Kontrolle der *proxy solicitation* auf ein funktionales Substitut, nämlich die Kontrolle der Verwaltungsvorschläge durch die zur Stimmrechtsvertretung bevollmächtigten Banken. Ein solches Schutzkonzept weist jedoch erhebliche Lücken auf. Zum einen kann es bereits dann nicht eingreifen, wenn ein Aktionär sich dafür entscheidet, keine Bank mit der Stimmrechtsvertretung zu beauftragen, sondern nach § 134 Abs. 3 S. 5 AktG einen Gesellschaftsvertreter zu bevollmächtigen. Zum anderen kann es aufgrund des auch in der Begründung des ARUG erneut hervorgehobenen Rückzugs der Kreditinstitute aus der Depotstimmrechtspraxis geschehen, dass etwa der Kunde einer öffentlichen Bank auf diese Dienstleistung gar nicht zurückgreifen kann, wenn er nicht die Bank wechseln will. Schließlich ist auch innerhalb der Depotstimmrechtspraxis kein zwingender Schutz des Aktionärs verwirklicht: Nach § 135 Abs. 1 S. 4 Nr. 2 AktG kann der Aktionär nämlich von Einzelweisungen absehen und das Kreditinstitut dazu bevollmächtigen, generell entsprechend den Verwaltungsvorschlägen abzustimmen. In diesem Fall findet weder eine Kontrolle im Wege einer *proxy regulation* noch eine kritische Evaluation der Verwaltungsvorschläge durch die bevollmächtigte Bank statt. Schließlich bleibt abzuwarten, ob die Deregulierung und Modernisierung des Depotstimmrechts durch das ARUG den deutschen Banken einen hinreichenden Anreiz bietet, diesen Service ihren Kunden weiterhin (oder gar erneut) anzubieten, oder ob sich der seit der Verabschiedung des NaStraG zu beobachtende Rückzug der Kreditinstitute aus der Stimmrechtsvertretung weiter fortsetzt.

6. Ergebnis zu III

Das deutsche Experiment eines *proxy-voting* ohne *proxy regulation* veranschaulicht die Probleme, die entstehen, wenn der Gesetzgeber ein materiellrechtliches Institut aus den USA rezipiert, ohne der für die Funktionsfähigkeit dieser Rechtsfigur in den USA essenziellen aufsichtsrechtlichen Flankierung Rechnung zu tragen. Die als Reaktion auf dieses Defizit im deutschen Aktienrecht bislang entwickelte dogmatische Lösung (Erforderlichkeit von Einzelweisungen) kann wegen der bei mangelnder Weisung eintretenden Effektivitätseinbußen (Verfallen der Stimmrechte) auf Dauer als vollwertige Kompensation nicht überzeugen. Es ist daher bedauerlich, dass der Gesetzgeber bei der Ausarbeitung des ARUG die sich bietende Gelegenheit zu einer schlüssigen Gesamtlösung für die Stimmrechtsvertretung nicht ergriffen hat.

IV. UNTERNEHMERISCHES ERMESSEN UND „BUSINESS JUDGMENT RULE“

1. Die „Business Judgment Rule“ in den USA

Ein weiteres viel zitiertes Beispiel für eine Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland bildet die „Business Judgment Rule“ (im Folgenden: BJR)²¹⁶. Die

216 Wertvolle Überblicksdarstellungen der „Business Judgment Rule“ in den USA geben aus amerikanischer Sicht STEPHEN M. BAINBRIDGE, *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, *Vand. L. Rev.* 57 (2004) 83–130; DOUGLAS M. BRANSON, *The Rule That Isn't A Rule – The Business Judgment Rule*, *Val. U. L. Rev.* 36 (2002) 631–654; MELVIN ARON EISENBERG, *Die Sorgfaltspflicht im amerikanischen Gesellschaftsrecht*, *Konkern* 2004, 386–405 (in deutscher Sprache); ferner KENNETH B. DAVIS JR., *Once More, the Business Judgment Rule*, *Wis. L. Rev.* 2000, 573 ff.; FRANKLIN A. GEVURTZ, *The Business Judgment Rule: Meaningless Verbiage or Misguided Notion?*, *S. Cal. L. Rev.* 67 (1994) 287 ff.; KENT E. GREENFIELD/JOHN E. NILSSON, *Gradgrind's Education: Using Dickens and Aristotle to Understand (and Replace?) the Business Judgment Rule*, *Brook. L. Rev.* 63 (1997) 799 ff.; LYMAN P.Q. JOHNSON, *The Modest Business Judgment Rule*, *Bus. Law.* 55 (2000) 625 ff.; alle m.w.N.; rechtsvergleichend aus deutscher Sicht jüngst monographisch ANDREA LOHSE, *Unternehmerisches Ermessen* (Mohr Siebeck, Tübingen 2005); WALTER G. PAEFGEN, *Unternehmerische Entscheidung und Rechtsbindung der Organe der AG* (Otto Schmidt, Köln 2002); MARKUS ROTH, *Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Vorstands* (C.H. Beck, München 2001); aus der neueren Aufsatzliteratur CHRISTOPH BRÖMMELMEYER, *Neue Regeln für die Binnenhaftung des Vorstands – Ein Beitrag zur Konkretisierung der Business Judgment Rule*, *WM* 2005, 2065–2070; HOLGER FLEISCHER, *Die „Business Judgment Rule“: Vom Richterrecht zur Kodifizierung*, *ZIP* 2004, 685–692; DERS., *Die „Business Judgment Rule“ im Spiegel von Rechtsvergleichung und Rechtsökonomie*, in: Rolf Wank / Heribert Hirte / Kaspar Frey / Holger Fleischer / Gregor Thüsing (Hrsg.), *Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag* (C.H. Beck, München 2002) 827–849; JÜRGEN GEHB/MARTIN HECKELMANN, *Haftungsfreistellung von Vorständen*, *ZRP* 2005, 145–149; CHRISTOPH E. HAUSCHKA, *Grundsätze pflichtgemäßer Unternehmensführung – Entwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts*, *ZRP* 2004, 65–67; HANS-CHRISTOPH IHRIG, *Reformbedarf beim Haftungstatbestand des § 93 AktG*, *WM* 2004, 2098–2107; MARTIN KOCK/RENATE DINKEL, *Die zivilrechtliche Haftung von Vorständen für unternehmerische Entscheidungen – Die geplante Kodifizierung der Business Judgment Rule im Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts*, *NZG* 2004, 441, 444–448; WALTER G. PAEFGEN, *Dogmatische Grundlagen, Anwendungsbereich und Formulierung einer Business Judgment Rule im künftigen UMAG*, *AG* 2004, 245–261; MARKUS ROTH, *Das unternehmerische Ermessen des Vorstands*, *BB* 2004, 1066–1069; DERS., *Haftung des Aufsichtsrats*, *GesRZ-SH* 2005, 12, 18 f.; CARSTEN SCHÄFER, *Die Binnenhaftung von Vorstand und Aufsichtsrat nach der Renovierung durch das UMAG*, *ZIP* 2005, 1253–1259; SVEN H. SCHNEIDER, *„Unternehmerische Entscheidungen“ als Anwendungsvoraussetzung für die Business Judgment Rule*, *DB* 2005, 707–712; RODERICH C. THÜMMEL, *Organhaftung nach dem Referentenentwurf des Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) – Neue Risiken für Manager?*, *DB* 2004, 471–474; PETER ULMER, *Haftungsfreistellung bis zur Grenze grober Fahrlässigkeit bei unternehmerischen Fehlentscheidungen von Vorstand und Aufsichtsrat?*, *DB* 2004, 859–863; auf das deutsche Recht beschränkt PHILIPP GÖZ/TIMO HOLZBORN, *Die Aktienrechtsreform durch das Gesetz für Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts – UMAG*, *WM* 2006, 157 f.; ANDREAS KOLB, *Unternehmensintegrität, Minderheitenrechte und Corporate Governance*, *DZWir* 2006, 50, 52 f.; schließlich aus ökonomischer Perspektive JENS GRUNDEI/AXEL

BJR ist im Gesellschaftsrecht der amerikanischen Gliedstaaten nicht kodifiziert, sondern beruht auf Richterrecht²¹⁷. Einigkeit besteht darin, dass es sich bei der Regel nicht um eine „rule“ im tatsächlichen Sinne, d.h. um eine ein bestimmtes Verhalten ge- oder verbotende Rechtsnorm handelt²¹⁸. Umstritten ist indes die genaue dogmatische Natur der BJR. Nach der wohl herrschenden Ansicht ist zwischen Verhaltensanforderungen an die Direktoren bzw. Manager²¹⁹ (*standard of conduct*) und judiziellen Prüfungsmaßstäben für ein solches Verhalten (*standards of review*) zu unterscheiden²²⁰. Die BJR bezeichnet aus dieser Sicht eine Vorgabe für den Umfang der gerichtlichen Überprüfung eines mutmaßlichen Fehlverhaltens der Geschäftsleiter oder der Direktoren, liefert jedoch nicht selbst die Beurteilungskriterien für das in Rede stehende Verhalten oder gar eine Anspruchsgrundlage für die Haftung der Betroffenen.

Der Zweck der BJR besteht darin, unternehmerische Entscheidungen gegenüber einer zu engmaschigen gerichtlichen Kontrolle abzuschirmen. Diese Kontrollbeschränkung wird oft auf den Gedanken gestützt, dass Richter gegenüber Geschäftsleitern und Direktoren nur über geringeren geschäftlichen Sachverstand verfügen²²¹. Dieses Argument wird in der neueren Literatur jedoch mit Recht als nicht überzeugend zurückgewiesen, da Richter in anderen Lebensbereichen ebenfalls den jeweils ausgewiesenen Sachverständigen unterlegen sein dürften (z.B. Arzthaftung, Entschädigung für den Verlust eines Kunstwerks, Patentschutz), was sie aber bekanntlich nicht davon abhält, das Ver-

VON WERDER, Die Angemessenheit der Informationsgrundlage als Anwendungsvoraussetzung der Business Judgment Rule, AG 2005, 825–834.

217 Siehe VON HEIN, Die Rezeption (Fn.***) 799 ff.

218 Plastisch der Aufsatztitel von BRANSON (Fn. 216), *The Rule That Isn't A Rule – The Business Judgment Rule*, Val. U. L. Rev. 36 (2002) 631; deutlich auch *In re The Walt Disney Co. Derivative Litigation*, 907 A.2d 693, 746 f. (Del. Ch. 2005): „The business judgment rule is not actually a substantive rule of law [...]“; inhaltlich ebenso EISENBERG (Fn. 216), Konzern 2004, 386, 390; im Ausgangspunkt auch BAINBRIDGE (Fn. 216), Vand. L. Rev. 57 (2004) 83, 88 f.

219 Ob solche Vertreter des Managements, die nicht zugleich Mitglieder des Board sind (Officers), mangels einer organschaftlichen Stellung nicht in den Genuss der Business Judgment Rule kommen, ist umstritten; einen Schutz verneinend LYMAN P.Q. JOHNSON, *Corporate Officers and the Business Judgment Rule*, Bus. Law. 60 (2005) 439–469; einen Schutz bejahend aber LAWRENCE A. HAMERMESH/GILCHRIST SPARKS, *Corporate Officers and the Business Judgment Rule: A Reply to Professor Johnson*, Bus. Law. 60 (2005) 865–876, m.w.N.

220 Eingehend EISENBERG (Fn. 216), Konzern 2004, 386–390.

221 Prägnant (statt vieler) *In re J.P. Stevens & Co. Shareholders Litigation*, 542 A.2d 770, 780 (Del. Ch. 1988): „Because businessmen and -women are correctly perceived as possessing skills, information and judgment not possessed by reviewing courts and because there is great social utility in encouraging the allocation of assets and the evaluation and assumption of economic risks by those with such skill and information, courts have long been reluctant to second-guess such decisions when they appear to have been made in good faith“; *In re The Walt Disney Co. Derivative Litigation*, 907 A.2d 693, 746 (Del. Ch. 2005): „[C]ourts are ill equipped to engage in POST HOC substantive review of business decisions [...]“.

halten der Beklagten einer eingehenden Prüfung zu unterziehen²²². Nach überwiegender Ansicht wird die BJR auf das normativ anzuerkennende Interesse der Aktionäre an einer Steigerung des Kurswertes zurückgeführt: Da die Anleger sich vor unsystematischen Risiken durch Diversifikation ihrer Investments mit einfachen Mitteln selbst schützen können, haben sie typischerweise kein Interesse daran, dass sich Manager und Direktoren aus Angst vor einer persönlichen Inanspruchnahme davon abhalten lassen, potenziell gewinnbringende Entscheidungen zu treffen²²³. Eine solche Aversion wäre indes die natürliche Folge einer detaillierten gerichtlichen Überprüfung des Inhalts unternehmerischer Entscheidungen. Da diese Entscheidungen stets einen ausgeprägten Prognosecharakter haben, stünde zu befürchten, dass Gerichte vom negativen Ausgang einer Investitionsentscheidung darauf schließen würden, bereits der Entschluss als solcher sei inhaltlich mangelhaft gewesen²²⁴. Behavioristische Untersuchungen haben eingehend belegt, dass Menschen anfällig für eine derartige Ex-Post-Verzerrung in der Beurteilung von Entscheidungen sind (sog. hindsight bias)²²⁵. Die BJR soll folglich im Interesse der Aktionäre einer übermäßigen Risikoaversion der Unternehmensverantwortlichen entgegenwirken, um deren Entschlussfreude zu erhalten²²⁶.

Nach einer Minderheitsmeinung dient die BJR hingegen gerade entgegengesetzt dem Zweck, die Geschäftsleiter und Direktoren gegenüber einer Inanspruchnahme durch die Aktionäre in Schutz zu nehmen, wenn die Verantwortlichen bei einer Abwägung der unterschiedlichen mit dem Unternehmen verbundenen Interessen diverser Stakeholder (Arbeitnehmer, Gläubiger, lokale Gemeinde usw.) zu einer Entscheidung kommen, die nicht allein oder primär dem Ziel der Gewinnmaximierung folgt²²⁷. Diese Minderheitsmeinung ist aber mit der normativen Ausrichtung des unternehmerischen Handelns auf die Steigerung des „Shareholder Value“ nicht zu vereinbaren. Der Delaware Chancery Court hat die enge funktionale Verknüpfung der BJR mit dem Konzept des Shareholder Value und einer externen Unternehmenskontrolle durch effiziente Kapitalmärkte wie folgt hervorgehoben:

222 DAVIS (Fn. 216), *Wis. L. Rev.* 2000, 573, 581.

223 BAINBRIDGE (Fn. 216), *Vand. L. Rev.* 57 (2004) 83, 110–113; EISENBERG (Fn. 216), *Konzern* 2004, 386, 389.

224 DAVIS (Fn. 216), *Wis. L. Rev.* 2000, 573, 574.

225 BAINBRIDGE (Fn. 216), *Vand. L. Rev.* 57 (2004) 83, 114; EISENBERG (Fn. 216), *Konzern* 2004, 386, 393.

226 Siehe *Gagliardi v. TriFoods Int'l Inc.*, 683 A.2d 1049, 1052 (Del. Ch. 1996): „Obviously, it is in the shareholders' economic interest to offer sufficient protection to directors from liability for negligence, etc., to allow directors to conclude that, as a practical matter, there is no risk that, if they act in good faith and meet minimalist proceduralist standards of attention, they can face liability as a result of a business loss“ (Hervorhebungen hinzugefügt).

227 In diesem Sinne GREENFIELD/NILSSON (Fn. 216), *Brook. L. Rev.* 63 (1997) 799 ff.

„The decision-makers entrusted by shareholders must act out of loyalty to those shareholders. They must in good faith act to make informed decisions on behalf of the shareholders, untainted by self-interest. [...] The redress for failures that arise from faithful management must come from the markets, through the action of shareholders and the free flow of capital, and not from this Court. Should the Court apportion liability based on the ultimate outcome of decisions taken in good faith by faithful directors or officers, those decision-makers would necessarily take decisions that minimize risk, not maximize value. [...] That is why [...] corporate decision-makers [...] are free to act as their judgment and abilities dictate, free of *post hoc* penalties from a reviewing court using perfect hindsight. Corporate decisions are made, risks are taken, the results become apparent, capital flows accordingly, and shareholder value is increased.“²²⁸

Die BJR beruht auf vier Elementen: Erstens muss eine unternehmerische Entscheidung (*business judgment* bzw. *decision*) vorliegen²²⁹. Bloße Untätigkeit fällt daher nicht unter den Schutz der BJR, während ein bewusstes Unterlassen angesichts eines erkannten Handlungsbedarfs einem aktiven Tun gleichstehen kann²³⁰. Zweitens muss sich der Director oder Manager angemessen informiert haben²³¹. Die Angemessenheit der Informationsbeschaffung und -auswertung wird dabei stark einzelfallbezogen und aus der ex-ante-Perspektive des Handelnden beurteilt: Dieser muss sich „über die unternehmerische Entscheidung so gründlich informiert haben, wie er es unter den gegebenen Umständen vernünftigerweise für angemessen hält“²³². Drittens muss der Director oder Manager im guten Glauben handeln, mit seiner Entscheidung das Wohl der Gesellschaft und ihrer Aktionäre zu fördern²³³. Viertens dürfen keine Interessenkonflikte, insbesondere solcher finanzieller Natur, vorliegen, welche die Integrität der getroffenen Entscheidung in Zweifel ziehen könnten²³⁴.

228 In re The Walt Disney Co. Derivative Litigation, 907 A.2d 693, 698 (Del. Ch. 2005).

229 Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805, 813 (Del. 1984); BRANSON (Fn. 216), Val. U. L. Rev. 36 (2002) 631, 639 f.; EISENBERG (Fn. 216), Konzern 2004, 386, 390.

230 Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805, 813 (Del. 1984); BRANSON (Fn. 216), Val. U. L. Rev. 36 (2002) 631, 639; EISENBERG (Fn. 216), Konzern 2004, 386, 390.

231 In re The Walt Disney Co. Derivative Litigation, 907 A.2d 693, 747 (Del. Ch. 2005); Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984); BRANSON (Fn. 216), Val. U. L. Rev. 36 (2002) 631, 640; EISENBERG (Fn. 216), Konzern 2004, 386, 390.

232 EISENBERG (Fn. 216), Konzern 2004, 386, 390; siehe auch BRANSON (Fn. 216), Val. U. L. Rev. 36 (2002) 631, 640, der betont, dass das Element „vernünftigerweise“ eine residuale objektivierte Kontrolle ermöglicht.

233 In re The Walt Disney Co. Derivative Litigation, 907 A.2d 693, 747 (Del. Ch. 2005); Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984) („honest belief that the action taken was in the best interests of the company [and its shareholders]“); BRANSON (Fn. 216), Val. U. L. Rev. 36 (2002) 631, 644 f.; EISENBERG (Fn. 216), Konzern 2004, 386, 390 („redlich[e]“ Entscheidung).

234 In re The Walt Disney Co. Derivative Litigation, 907 A.2d 693, 747 (Del. Ch. 2005) m.w.N. zur st. Rspr.; BRANSON (Fn. 216), Val. U. L. Rev. 36 (2002) 631, 641–643; EISENBERG (Fn. 216), Konzern 2004, 386, 390.

Nach ständiger Rechtsprechung der Gerichte in Delaware stellt die BJR eine widerlegliche Vermutung zugunsten der Direktoren dar²³⁵. Es wird vermutet, dass die Direktoren bei einer unternehmerischen Entscheidung auf der Grundlage angemessener Information und in dem ehrlichen Glauben gehandelt haben, dass die von ihnen getroffene Wahl den Interessen der Gesellschaft und ihrer Aktionäre dient²³⁶. Diese Vermutung wird erschüttert, wenn von dem Kläger Beweise vorgelegt werden, die auf Betrug, Bösgläubigkeit oder Interessenkonflikte schließen lassen²³⁷. Können derartige Beweise nicht beigebracht werden, wird die Entscheidung grundsätzlich aufrechterhalten, es sei denn, die getroffene Maßnahme lässt sich mit keinerlei rationalem Geschäftszweck in Einklang bringen²³⁸.

Genügen die Directors den prozeduralen Anforderungen der BJR, besteht für sie folglich praktisch kein Haftungsrisiko. Selbst wenn den Direktoren eine Sorgfaltspflichtverletzung nachgewiesen werden kann, profitieren sie zudem in der Regel von dem in der Satzung verankerten Haftungsausschluss nach Sect. 102(b)(7) Del. Gen. Corp. L., sofern sie in gutem Glauben gehandelt haben²³⁹. Anders als bei der Prüfung des guten Glaubens im Rahmen der BJR trifft die Direktoren aber die Beweislast, wenn sie sich auf eine derartige Satzungsregelung berufen²⁴⁰.

2. Die Kodifikation der „Business Judgment Rule“ in Deutschland

a) Kodifikation statt Richterrecht

Die BJR ist in Deutschland durch das Gesetz zur Unternehmensintegrität und zur Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG²⁴¹) in der folgenden Form kodifiziert worden (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG):

„Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“

Da § 116 AktG für Aufsichtsratsmitglieder auf den § 93 AktG einschließlich dessen Abs. 1 S. 2 verweist, gilt die Neuregelung nicht nur für die Geschäftsleiter, sondern auch für die Mitglieder des Überwachungsorgans²⁴².

235 Zusammenfassung der st. Rspr.: In re The Walt Disney Co. Derivative Litigation, 907 A.2d 693, 747 (Del. Ch. 2005) m.w.FN.; siehe auch PAEFGEN (Fn. 216), AG 2004, 245, 256 f.

236 In re The Walt Disney Co. Derivative Litigation, 907 A.2d 693, 747 (Del. Ch. 2005) m.w.N.

237 In re The Walt Disney Co. Derivative Litigation, 907 A.2d 693, 747 (Del. Ch. 2005) m.w.N.

238 In re The Walt Disney Co. Derivative Litigation, 907 A.2d 693, 748 (Del. Ch. 2005) m.w.N.

239 Hierzu siehe JAN VON HEIN, Die Rezeption (Fn.***) 526 ff.; eingehend jüngst In re The Walt Disney Co. Derivative Litigation, 907 A.2d 693, 751–753 (Del. Ch. 2005).

240 In re The Walt Disney Co. Derivative Litigation, 907 A.2d 693, 752 f. (Del. Ch. 2005); HOLGER FLEISCHER, Haftungsfreistellung, Prozesskostenersatz und Versicherung für Vorstandsmitglieder, WM 2005, 909, 910.

241 BGBl. 2005 I 2802; siehe VON HEIN, Die Rezeption (Fn.***) 270 ff.

242 Unstreitig, siehe statt aller IHRIG (Fn. 216), WM 2004, 2098, 2101 f.

Trotz der erkennbaren Orientierung der Neuregelung am US-amerikanischen Vorbild bestehen mehrere Unterschiede zum dortigen Recht. Die auffälligste Differenz besteht zunächst darin, dass es in Deutschland überhaupt eine Kodifikation der BJR gibt, während die Regel in den USA allenfalls in Modellgesetzen niedergelegt wurde, in der Praxis aber überwiegend reines Richterrecht darstellt²⁴³. Auch in Deutschland war die BJR zunächst vom BGH in der ARAG/Garmenbeck-Rechtsprechung rezipiert worden²⁴⁴. Ob angesichts dessen überhaupt eine Kodifikation erforderlich oder sinnvoll war, ist aus heutiger Sicht eine müßige Frage²⁴⁵. Hierin mag man trotz aller Annäherung des Civil Law an das Common Law ein Beharren auf dem Primat des gesetzten Rechts gegenüber richterlicher Rechtsfortbildung und insoweit eine rechtskulturelle Prägung entdecken²⁴⁶. Praktisch wichtiger dürfte der Aspekt gewesen sein, der Wirtschaft mit Blick auf die Verschärfung des Verfolgungsrechts der Aktionärsminorität (§ 148 AktG n.F.) deutlich vor Augen zu führen, dass dieser Erhöhung des prozessualen Risikos eine sichtbare Anhebung der Haftbarkeitsschwelle gegenübersteht²⁴⁷. Die praktische Bedeutung dieses Unterschieds sollte man indes nicht überschätzen, da die BJR im Recht von Delaware eine gefestigte Ausformung erfahren hat, die eine weitgehende Vorhersehbarkeit der Entscheidungsfindung ermöglicht. Umgekehrt ist trotz der Kodifikation im deutschen Recht der Tatbestand sehr offen und ausfüllungsbedürftig gefasst.

b) *Tatbestandsausschluss statt Beweislastregel*

Eine weitere Differenz besteht in der dogmatischen Struktur. Während das Recht von Delaware die BJR als eine lediglich im Prozess beachtliche Beweislastregel ausgestaltet hat, setzt das deutsche Recht unmittelbar auf der Tatbestandsebene an, indem bestimmt wird, dass eine Pflichtverletzung unter den genannten Voraussetzungen nicht vorliegt²⁴⁸. Dieser Unterschied ist zwar im Rahmen eines Schadensersatzprozesses nicht gravierend,

243 Siehe VON HEIN, Die Rezeption (Fn.**) 799 ff.; die internationale Unüblichkeit einer Kodifikation in diesem Punkt betonen auch FLEISCHER (Fn. 216), ZIP 2004, 685, 687 f.; M. ROTH (Fn. 216), BB 2004, 1066; SCHÄFER (Fn. 216), ZIP 2005, 1253, 1254.

244 BGH 21.4.1997, BGHZ 135, 244, 253 f.

245 Eingehende Abwägung des pro und contra noch bei FLEISCHER (Fn. 216), ZIP 2004, 685, 687 f.; kritisch BRUNO KROPPF, Schlusswort, in: 40 Jahre Aktiengesetz – Festsymposium zu Ehren von Bruno Kropff aus Anlass seines 80. Geburtstags (Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Bonn 2005) 69, 75 f.

246 Einen Zuwachs an „Legitimation“ sieht FLEISCHER (Fn. 216), ZIP 2004, 685, 687.

247 Von einem „durchsichtigen Kompensationsgeschäft“ spricht IHRIG (Fn. 216), WM 2004, 2098, 2101, der dies (a.a.O. 2102) aber sachlich billigt; von einer „rechtspolitische[n] Gleichgewichtslehre“ spricht FLEISCHER (Fn. 216), ZIP 2004, 685, 687.

248 Näher BRÖMMELMEYER (Fn. 216), WM 2005, 2065, 2069; GÖZ/HOLZBORN (Fn. 216), WM 2006, 157; IHRIG (Fn. 216), WM 2004, 2098, 2102 (zum UMAG-RefE); KOLB (Fn. 216), DZWir 2006, 50, 53; SCHÄFER (Fn. 216), ZIP 2005, 1253, 1255; die Annahme, der deutsche Gesetzgeber habe die oben (siehe IV.1.) genannte Trennung von *standard of conduct* und *standard of review* übernehmen wollen (so zum UMAG-RefE M. ROTH (Fn. 216), BB 2004, 1066, 1069; dies als Alternative erwägend auch FLEISCHER (Fn. 216), ZIP 2004, 685, 689 f.), ist mit dem Wortlaut des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG nicht zu vereinbaren.

weil bei Vorliegen der Voraussetzungen der BJR die Klage in beiden Rechtsordnungen abgewiesen wird: im Recht von Delaware, weil die Kläger die Vermutung pflichtgemäßen Handelns nicht widerlegen können, im deutschen Recht, weil der Beklagte sich auf pflichtgemäßes Handeln berufen kann. Eine bedeutsame Abweichung ergibt sich jedoch daraus, dass, wie überwiegend angenommen wird, mit dem Ausschluss des objektiven Tatbestands einer Pflichtverletzung gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG auch eine Abberufung eines Vorstandsmitglieds oder des Vorstandssprechers durch den Aufsichtsrat nach § 84 Abs. 3 S. 2 AktG ausscheidet, der als Beispiel für einen die Entlassung rechtfertigenden wichtigen Grund u.a. die „grobe Pflichtverletzung“ nennt²⁴⁹. Richtiger Ansicht nach ist jedoch eine teleologische Reduktion dahingehend vorzunehmen, dass § 93 Abs. 1 S. 2 AktG nur die gerichtliche Kontrolldichte betrifft und nicht das Abberufungsrecht des Aufsichtsrates beschneidet²⁵⁰.

c) *Entgegengesetzte Beweislastverteilung*

Eine weitere erhebliche und viel diskutierte Abweichung der deutschen BJR von ihrem amerikanischen Vorbild besteht in der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast²⁵¹. Während das Recht von Delaware die Darlegungs- und Beweislast für die Nicht-Erfüllung der Anforderungen der BJR im Hauptsacheverfahren den Klägern auferlegt²⁵², bürdet das deutsche Recht bewusst den Vorstands- bzw. Aufsichtsratsmitgliedern die Darlegungs- und Beweislast dafür auf, dass ihr Verhalten den in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG normierten Voraussetzungen entsprochen habe²⁵³. Die Gesetzesbegründung beschränkt

249 Auf diese Konsequenz weisen FLEISCHER (Fn. 216), ZIP 2004, 685, 688; IHRIG (Fn. 216), WM 2004, 2098, 2102 und SCHÄFER (Fn. 216), ZIP 2005, 1253, 1255 hin; ebenso TOBIAS BÜRGERS / ALEXANDER ISRAEL, in: Tobias Bürgers / Torsten Körber (Hrsg.), AktG (C.F. Müller, Heidelberg 2008) § 93 Rz. 10; HÜFFER (Fn. 147) § 93 Rz. 4c; GERD KRIEGER / VIOLA SAILER-COCEANI, in: Karsten Schmidt / Marcus Lutter (Hrsg.), AktG, Band I (Otto Schmidt, Köln, 2. Aufl. 2010) § 93 Rz. 11; HANS-JOACHIM MERTENS / ANDREAS CAHN, in: Wolfgang Zöllner / Ulrich Noack (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Band 2/1 (Carl Heymanns Köln, 3. Aufl. 2010), § 93 Rz. 15; JULIAN REDEKE, Zur gerichtlichen Kontrolle der Angemessenheit der Informationsgrundlage im Rahmen der Business Judgment Rule nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, ZIP 2011, 59, 60.

250 Ebenso KLAUS J. HOPT / MARKUS ROTH, in: Klaus J. Hopt / Herbert Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar AktG, Band 5 (De Gruyter, Berlin, 4. Aufl. 2008) (Bearbeitungsstand 2006) § 93 Abs. 1 Satz 2, 4 nF Rz. 61 f.; GERALD SPINDLER, in: Wulf Goette / Mathias Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum AktG, Band 2 (C.H. Beck, München, 3. Aufl. 2008) § 84 Rz. 119. Näher VON HEIN, Die Rezeption (Fn.***) 952 ff.

251 Hierzu insbesondere M. ROTH (Fn. 216), BB 2004, 1066–1069 (zum UMAG-RefE); ferner BRÖMMELMEYER (Fn. 216), WM 2005, 2065 f.; FLEISCHER (Fn. 216), ZIP 2004, 685, 688; GÖZ / HOLZBORN (Fn. 216), WM 2006, 157, 158 in Fn. 23; ULMER (Fn. 216), DB 2004, 859, 860.

252 Siehe VON HEIN, Die Rezeption (Fn.***) 914 ff.; zum davon abweichenden Maßstab im Verfahren des summary judgment (z.B. Disney II) siehe VON HEIN, Die Rezeption (Fn.***) 526 ff.

253 Eindeutig die Begründung des Regierungsentwurfs (BT-Drs. 15/5092, S. 12): „Da der Haftungsfreiraum des Satzes 2 als Ausnahme und Einschränkung gegenüber Satz 1 formuliert ist,

sich in diesem Punkt auf eine formal-systematische Argumentation zum Verhältnis der Sätze 1 und 2 des § 93 Abs. 1 AktG, ohne einen inhaltlichen Grund für diese Abweichung vom amerikanischen Muster zu geben²⁵⁴. In der Reformdiskussion wurde diese Divergenz zwar vielfach erkannt, aber unterschiedlich beurteilt. Nach einer Ansicht lag in der unterschiedlichen Ausgestaltung der Darlegungs- und Beweislast bei der BJR lediglich eine gewöhnliche Assimilation der rezipierten Rechtsfigur an die dogmatische Struktur der aufnehmenden Rechtsordnung²⁵⁵. Andere Autoren betonten hingegen die Wichtigkeit der Beweislastverteilung für die Funktionsweise der amerikanischen BJR und die sich aus der deutschen Regelung ergebende Verschärfung im Vergleich zum amerikanischen Recht²⁵⁶. Manche forderten eine entsprechende Anpassung des UMAG-Entwurfs an die amerikanische Rechtslage, hatten damit aber keinen Erfolg²⁵⁷. Es bleibt daher die Frage, ob der Gesetzgeber mit der abweichenden Beweislastverteilung im Rahmen der deutschen BJR selbst den Keim für einen Misserfolg der Rezeption dieser Rechtsfigur geschaffen hat: Da es nicht zu bestreiten ist, dass die deutsche Beweislastverteilung im Vergleich zum amerikanischen Vorbild eine erhebliche Haftungsverschärfung bedeutet, ist zweifelhaft, ob der ökonomische Normzweck der BJR, einer übertriebenen Risikoaversion der Geschäftsleiter entgegenzuwirken, erreicht werden kann. Hinzu kommt, dass das geltende Aktienrecht aufgrund des § 23 Abs. 5 AktG eine satzungsmäßige Haftungsfreistellung nach dem Vorbild der Sect. 102(b)(7) Del. Gen. Corp. L. unstreitig nicht zulässt²⁵⁸. Umstritten ist, welche inhaltlichen Gründe den Gesetzgeber zu der mit dem UMAG getroffenen Darlegungs- und Beweislastverteilung bestimmt haben und ob diese Lösung de lege lata im Wege der Auslegung korrigiert werden kann²⁵⁹.

liegt die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale beim betroffenen Organ“; ferner ULRICH SEIBERT / CARSTEN SCHÜTZ, Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts, ZIP 2004, 252, 254. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob das unternehmerische Ermessen sich auch auf die Angemessenheit der Informationsgrundlage bezieht, hierzu jüngst eingehend REDEKE (Fn. 249), ZIP 2011, 59 ff., m.w.N.

254 Siehe die vorige Fn.

255 So FLEISCHER (Fn. 216), ZIP 2004, 685, 688; ähnlich GERD HOOR, Die Präzisierung der Sorgfaltsanforderungen nach § 93 Abs. 1 AktG durch den Entwurf des UMAG, DStR 2004, 2104, 2106.

256 KOCK/DINKEL (Fn. 216), NZG 2004, 441, 448; PAEFGEN (Fn. 216), AG 2004, 245, 256-259; M. ROTH (Fn. 216), BB 2004, 1066, 1067; zur endgültigen Fassung auch KATJA LANGENBUCHER, Vorstandshandeln und Kontrolle – Zu einigen Neuerungen durch das UMAG, DStR 2005, 2083, 2084.

257 So PAEFGEN (Fn. 216), AG 2004, 245, 258 f.; M. ROTH (Fn. 216), BB 2004, 1066, 1069.

258 Näher FLEISCHER (Fn. 240), WM 2005, 909, 914.

259 Dafür namentlich WALTER G. PAEFGEN, Die Darlegungs- und Beweislast bei der Business Judgment Rule, NZG 2009, 891 ff.; anders REDEKE (Fn. 249), ZIP 2011, 59, 61.

3. *Auslegung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG*

Als mögliche Ursache dafür, dass der Gesetzgeber sich trotz der bewussten Orientierung am US-amerikanischen Vorbild gerade in der zentralen Frage der Darlegungs- und Beweislastverteilung anders entschieden hat, kommt theoretisch ein schlichtes Missverständnis des US-amerikanischen Rechts in Betracht. Die Referenten des BMJ zitieren in einem Begleitaufsatz als Beispiel für die angestrebte Formulierung der BJR § 4.01 der ALI Principles²⁶⁰. Diesem Prinzip wird zum Teil im US-amerikanischen und im deutschen Schrifttum eine Beweislastverteilung zugunsten der Directors entnommen²⁶¹. Diese Auffassung ist jedoch fragwürdig, weil die ALI Principles sich, ihrer Rechtsnatur als Corporate-Governance-Prinzipien entsprechend, allein an Direktoren und Manager und nicht an die Gerichte wenden. Sie enthalten folgerichtig allein Verhaltensanforderungen (*standards of conduct*), aber keine judiziellen Prüfungsmaßstäbe (*standards of review*)²⁶². Selbst wenn man der Annahme folgte, aus den ALI Principles ergäbe sich eine Beweislastverteilung zuungunsten der Direktoren oder Manager, würde dies angesichts der Unverbindlichkeit dieser Privatkodifikation nichts daran ändern, dass die Beweislastverteilung in der Rechtsprechung von Delaware, also im tatsächlich geltenden Recht, dezidiert entgegengesetzt ausgestaltet ist. Angesichts der Fülle an rechtsvergleichenden Veröffentlichungen zur BJR und der unbestrittenen Sachkunde der beteiligten Referenten kann man sich schlechterdings nicht vorstellen, dass die Abweichung der vorgeschlagenen deutschen BJR von ihrem amerikanischen Pendant im Bundesjustizministerium während des Gesetzgebungsverfahrens unbemerkt geblieben ist²⁶³. Es muss sich daher in diesem Punkt um eine bewusste Entscheidung gegen eine Rezeption des Rechts von Delaware handeln.

Ein anderer Erklärungsansatz könnte an die oben erwähnte „Gleichgewichtstheorie“ anknüpfen, der zufolge die Kodifikation der BJR eine notwendige Kompensation für die Verschärfung des Verfolgungsrechts der Aktionärsminorität darstellt (§ 148 AktG n.F.). Obwohl die Anspruchsverfolgung mit dieser Reform gegenüber dem vorherigen deutschen Rechtszustand erleichtert worden ist und hierin eine Annäherung an die amerikanische *derivative suit* gesehen wird²⁶⁴, bleibt die Gefahr einer gerichtlichen Inanspruchnahme der Geschäftsleiter im deutschen Recht aufgrund der andersartigen prozessualen

260 SEIBERT/SCHÜTZ (Fn. 253), ZIP 2004, 252, 252; den Vorbildcharakter der ALI Principles für die deutsche Kodifikation betont auch PAEFGEN (Fn. 216), AG 2004, 245, 245, 247; ebenso BRÖMMELMEYER (Fn. 216), WM 2005, 2065 in Fn. 12.

261 So BRANSON (Fn. 216), Val. U. L. Rev. 36 (2002) 631, 636; ihm folgend KOCK/DINKEL (Fn. 216), NZG 2004, 441, 445; ferner BRÖMMELMEYER (Fn. 216), WM 2005, 2065 in Fn. 13.

262 Differenzierend zwischen den ALI Principles und dem MBCA EISENBERG (Fn. 216), Konzern 2004, 386, 388.

263 In der Bundestagsdebatte wurde die vorgesehene Beweislastverteilung zudem von den Abgeordneten MERZ (CDU) und FUNKE (FDP) angegriffen, siehe MERZ, BT-Plenarprotokoll 15/167 v. 18.3.2005, S. 15696; FUNKE, ebd., S. 15697 („eine Praline mit Senffüllung“).

264 Siehe VON HEIN, Die Rezeption (Fn.***) 270 ff.

Rahmenbedingungen hinter den USA zurück²⁶⁵. Da somit das prozessuale Risiko nach § 148 AktG n.F. nicht das amerikanische Niveau erreicht, kann man im Sinne der von den Gesetzesverfassern zugrunde gelegten „Gleichgewichtstheorie“ argumentieren, dass auch im Rahmen des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG kein ebenso großer Haftungsfreiraum wie im amerikanischen Recht geschaffen werden müsse.

Die vom amerikanischen Recht abweichende Darlegungs- und Beweislastverteilung könnte darüber hinaus auf Unterschiede im allgemeinen Zivilprozessrecht zurückzuführen sein²⁶⁶. Während das US-amerikanische Zivilprozessrecht mit der *pre-trial discovery* dem Kläger ein höchst effektives Mittel bietet, um den Beklagten oder die Gesellschaft zur Herausgabe belastender Dokumente oder sonstiger Beweismittel zu zwingen²⁶⁷, steht das deutsche Zivilprozessrecht einem solchen „Ausforschungsbeweis“ herkömmlich ablehnend gegenüber, was sich u.a. in einem entsprechenden Vorbehalt bei der Ratifikation des Haager Beweisaufnahmeübereinkommens niedergeschlagen hat²⁶⁸. Auch § 142 ZPO (Anordnung der Urkundenvorlegung) kann wegen des fortbestehenden Verbots des Ausforschungsbeweises und der höheren Spezifizierungserfordernisse hinsichtlich der angeforderten Beweismittel nach einhelliger Ansicht nicht als funktionales Äquivalent zur *discovery* amerikanischen Typs eingestuft werden²⁶⁹. Die prozessuale Problematik klingt auch in den Stellungnahmen zum UMAG-Entwurf an²⁷⁰.

265 Siehe VON HEIN, Die Rezeption (Fn.***) 821 ff.

266 Vgl. zu den Informationsrechten des besonderen Vertreters nach § 147 Abs. 2 AktG STEPHAN BALTHASAR / UWE HAMELMANN, Finanzkrise und Vorstandshaftung nach § 93 Abs. 2 AktG: Grenzen der Justiziabilität unternehmerischer Entscheidungen, WM 2010, 589, 593 f.

267 Näher PETER HAY, US-Amerikanisches Recht (C.H. Beck, München, 4. Aufl. 2008) Rz. 184–193; MALTE RICHTER, Bessere Aussichten für das Haager Beweisübereinkommen?, RIW 2005, 815–826; ROLF TRITTMANN / MARIO LEITZEN, Haager Beweisübereinkommen und pre-trial discovery: Die zivilprozessuale Sachverhaltsermittlung unter Berücksichtigung der jeweiligen Zivilprozessreformen im Verhältnis zwischen den USA und Deutschland, IPRax 2003, 7–12; JOACHIM ZEKOLL/JAN BOLT, Die Pflicht zur Vorlage von Urkunden im Zivilprozess – Amerikanische Verhältnisse in Deutschland?, NJW 2002, 3129, 3133 f.; alle m.w.N.

268 Bekanntmachung über das In-Kraft-Treten des Haager Übereinkommens über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- und Handelssachen v. 21.6.1979 (BGBl. 1979 II 780) unter B.5; hierzu aus jüngster Zeit näher RICHTER (vorige Fn.), RIW 2005, 815–826; ROLF A. SCHÜTZE, Zum Stand des deutsch-amerikanischen Justizkonflikts, RIW 2004, 162, 163 f.; TRITTMANN/LEITZEN (vorige Fn.), IPRax 2003, 7–12, alle m.w.N.

269 Siehe nur TRITTMANN/LEITZEN (Fn. 267), IPRax 2003, 7, 12; ZEKOLL/BOLT (Fn. 267), NJW 2002, 3129, 3133 f.

270 Siehe einerseits die Gemeinsame Stellungnahme von BDI/BDA/DIHK/GDV/BdB v. 2.4.2004, S. 2: „Zwar kennt unser Recht – im Gegensatz zum amerikanischen – keinen Ausforschungsbeweis. Jedoch kann der Kläger auch ohne Ausforschungsbeweis den Beweis dafür führen, dass das Organmitglied sein Ermessen überschritten hat“; andererseits die Stellungnahme der DSW zum UMAG-RefE (2004) 2 f.: „In jedem Fall wird die Tatsache, dass die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen der Haftungsprivilegierung beim Management liegt, dazu führen, dass sich der Dokumentationsaufwand in den Unternehmen deutlich erhöhen dürfte. Dieser Nachteil ist jedoch hinzunehmen, da es bei einer anderen Darlegungs- und Beweislastverteilung im Ergebnis

Die unterschiedliche materielle Beweislastverteilung lässt sich daher als Assimilation der BJR an die andersartigen prozessualen Rahmenbedingungen deuten²⁷¹.

Ferner ist es denkbar, dass die vom Gesetzgeber gewählte Beweislastverteilung darauf zurückzuführen ist, dass die Zusammensetzung des Aufsichtsrates einer deutschen Aktiengesellschaft und die normative Ausrichtung des Vorstandshandelns eine höhere Risikoaversion der Manager begünstigen, als dies in den USA der Fall ist. Zu beachten ist, dass der Aufsichtsrat in Deutschland der paritätischen Mitbestimmung unterliegt und die normative Richtschnur des Vorstandshandelns, das sog. Unternehmensinteresse, im Sinne einer „Stakeholder“-Philosophie von der h.M. pluralistisch definiert wird²⁷². Bezieht man in dieses Unternehmensinteresse auch die Interessen der Arbeitnehmer ein, ergibt sich eine geringere Risikotoleranz als bei einer Ausrichtung auf den Shareholder Value, weil die Arbeitnehmer im Gegensatz zu den Aktionären ihr firmenspezifisches Risiko nicht diversifizieren können. Die strengere Haftung des Managements nach der deutschen BJR und die dadurch zulasten der Aktionäre möglicherweise höhere Risikoaversion der Geschäftsleiter spiegelt insoweit die abweichende normative Grundhaltung des deutschen Aktienrechts in der Ausrichtung des Vorstandshandelns wider. Gerade die pluralistische, „Stakeholder“-orientierte Ausprägung des deutschen Unternehmensinteresses verstärkt überdies die Gefahr, dass die Vorstandsmitglieder ihren Ermessensspielraum in einer Weise ausnutzen, die zu einer Benachteiligung der Aktionärsinteressen führt; dies ist das bekannte „Too-many-masters“-Argument aus der amerikanischen Diskussion²⁷³. Eine Intensivierung der gerichtlichen Kontrolldichte stellt aus dieser Perspektive einen Ausgleich dafür dar, dass der Vorstand einer deutschen AG einen weiteren Ermessensspielraum genießt als ein director im US-amerikanischen Recht, das prinzipiell die Aktionärsinteressen in den Vordergrund stellt. Dagegen wird wiederum eingewandt, gerade angesichts des „diffusen“ Gehalts des „Unternehmensinteresses“ könne sich ein beklagtes Vorstandsmitglied leicht aus seiner Darlegungslast „herausreden“²⁷⁴. Dies ist aber zu bezweifeln, denn der weitere Zuschnitt des pluralistisch verstandenen Unternehmensinteresses legt eher eine größere als eine geringere Sorgfalt bei der Sammlung der für eine ausgewogene Entscheidungsfindung relevanten Informationen nahe.

Schließlich lässt sich an die oben (bei Fn. 228) zitierte Passage aus der *Feder Chandlers* anknüpfen, welche die funktionale Komplementarität zwischen der niedrigen

auch in gravierenden Fällen nicht zu einer Inanspruchnahme von Organmitgliedern kommen könnte“.

271 Anders aber PAEFGEN (Fn. 259), NZG 2009, 891, 894 f.

272 Z.B. BGH 21.12.2005, ZIP 2006, 72, 73 („Mannesmann“); ferner HÜFFER (Fn. 147) § 76 Rz. 12; siehe VON HEIN, Die Rezeption (Fn.***) 229 ff.

273 Siehe etwa STEPHEN M. BAINBRIDGE, In Defense of the Shareholder Wealth Maximation Norm: A Reply to Professor Green, Wash. & Lee L. Rev. 50 (1993) 1423, 1434; JONATHAN R. MACEY, An Economic Analysis of the Various Rationales for Making Shareholders the Exclusive Beneficiaries of Corporate Fiduciary Duties, Stetson L. Rev. 21 (1991) 23 f.

274 So PAEFGEN (Fn. 259), NZG 2009, 891, 895.

gerichtlichen Kontrolldichte im Recht von Delaware und der externen Kontrolle durch effiziente Kapitalmärkte thematisiert. Insoweit ließe sich bei der Übertragung der BJR auf das deutsche Recht argumentieren, dass der deutsche Kapitalmarkt trotz der in den vergangenen Jahren erzielten Fortschritte noch nicht in demselben Maße ein effektives Kontrollinstrument darstellt, wie dies in den USA der Fall ist. Eine im Vergleich zu den USA höhere gerichtliche Kontrolldichte ließe sich aus dieser Sicht als Kompensation für die im Bereich der externen Corporate Governance noch bestehenden Defizite legitimieren. Diesem Argument wird zwar entgegengehalten, dass es die nicht börsennotierte AG ausklammere und den bereits erzielten Fortschritten bei der Schaffung eines liquiden und streng reglementierten deutschen Kapitalmarkts nicht hinreichend Rechnung trage²⁷⁵. Ohne diese positiven Entwicklungen negieren zu wollen, wird man aber doch, wie auch die obige Evaluation des KapMuG gezeigt hat (siehe oben II), feststellen müssen, dass die externe, über Kapitalmärkte und Anlegerklagen vermittelte Corporate Governance in Deutschland noch nicht den Stellenwert hat, den sie in den USA einnimmt. Es ist daher bei einer Gesamtabwägung durchaus eine vertretbare gesetzgeberische Wertung, den Haftungsstandard bei Sorgfaltspflichtverletzungen der Geschäftsleiter strenger zu fassen als im US-amerikanischen Recht.

4. Ergebnis zu IV

Die abweichende Darlegungs- und Beweislastverteilung im Rahmen des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG muss nach der obigen Analyse als bewusste legislative Assimilation der BJR an die andersartigen prozessualen, aktienrechtlichen, wirtschaftlichen und politischen Rahmenbedingungen in Deutschland betrachtet werden. Sie lässt sich folglich nicht im Wege einer rechtsvergleichenden Auslegung unter Berufung auf das US-amerikanische Regelungsvorbild beiseiteschieben.

V. ZUSAMMENFASSUNG

Wie die oben dargestellten Beispiele aus dem Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht belegen, übernimmt der deutsche Gesetzgeber Institutionen aus dem US-amerikanischen Recht in der Regel nicht 1:1, sondern geht hierbei selektiv vor. Die Spannbreite reicht hierbei von der Schaffung eines funktionalen Äquivalents zum amerikanischen Recht (Kapitalanleger-Musterverfahren) über dessen partielle Rezeption (*proxy-voting* ohne *proxy regulation*) bis zu einer annähernd vollständigen Übernahme, die aber wiederum durch inhaltliche Modifikationen an das andersartige deutsche Regelungsumfeld assimiliert wird („Business Judgment Rule“). Hieran zeigt sich erneut, dass die Rezeption fremden Rechts keinen blinden, passiven Kopiervorgang darstellt, sondern einen schöpferischen Prozess der Um- und Neuformung in der aufnehmenden Rechtsordnung bildet.

275 PAEFGEN (Fn. 259), NZG 2009, 891, 895 f.

Obwohl man in der Grundtendenz eine Annäherung des deutschen Rechts an US-amerikanische Vorbilder feststellen kann, bleiben wichtige Unterschiede in Einzelfragen bestehen. Ob es gelingen wird, aus der selektiven und partiellen Übernahme US-amerikanischer Institutionen erneut ein inhaltlich und funktional geschlossenes System zu bilden, bleibt eine Aufgabe für Rechtsprechung und Wissenschaft. Hierbei können Erfahrungen mit der Rezeption fremden Rechts in anderen Rechtsordnungen, wie sie Japan seit mehr als 100 Jahren gesammelt hat, eine außerordentlich wichtige Hilfe darstellen.

Der Einfluss des deutschen und amerikanischen Rechts auf das japanische Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Hiroyuki Kansaku * **

- I. Gegenstand und Aufbau dieser Abhandlung
- II Die Struktur des modernen Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts
und der Einfluss des deutschen Rechts
 - 1. Entstehung des Gesellschaftsrechts
 - 2. Entstehung des Kapitalmarktrechts
 - 3. Die Lage der japanischen Aktiengesellschaften
auf dem Kapitalmarkt
- III. Beispiele für bewusste Abweichungen bei der Übernahme
deutschen Rechts
- IV. Der Einfluss des amerikanischen Rechts
 - 1. Einführung des Trust –
das Treuhandgesetz betreffend gedeckte Anleihen
 - 2. Reformen des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts
nach dem Zweiten Weltkrieg
- V. Das japanische Recht der Gegenwart –
jüngste Reformen und Tendenzen in der Diskussion
 - 1. Diskussion über die Reform des Gesellschaftsrechts
 - 2. Kapitalmarktrecht – Regulierung öffentlicher Übernahmeangebote
 - 3. Die Vision eines „Gesetzes über börsennotierte Gesellschaften“
- V. Zusammenfassung

I. GEGENSTAND UND AUFBAU DIESER ABHANDLUNG

In dieser Abhandlung wird zunächst der erhebliche Beitrag des deutschen Rechts sowie der deutschen Rechtswissenschaft und -dogmatik zur Entstehung und Fortbildung des modernen japanischen Gesellschaftsrechts dargestellt, um anschließend zu zeigen, dass trotz vieler Ähnlichkeiten dennoch große Unterschiede in der tatsächlichen Rechtsanwendung entstanden sind (II). Es fanden bei der Übernahme deutschen Rechts allerdings auch bewusste Abweichungen statt. Diese Regelungen werden in ihrer Bedeutung für die Entwicklung des japanischen Gesellschaftsrechts bewertet (III).

* Professor für Handels- und Gesellschaftsrecht an der Universität Tokyo (Graduate Schools of Law and Politics).

** Diese Abhandlung basiert auf den Ergebnissen meiner Forschung zum Verhältnis von Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, die von der Japanese Society for the Promotion of Science (JSPS) in der Kategorie Grundlagenforschung (B) unterstützt wird.

Anschließend wird der Einfluss des (US-)amerikanischen Rechts auf das japanische Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht skizziert. Beginnend mit dem Erlass des japanischen Börsengesetzes im Jahre 1893, diente das amerikanische Recht als Vorbild für das System der als nichtwirtschaftlicher Verein organisierten Börse. Im Jahre 1905 wurde auf dem Feld der Sicherheitenverwaltung bei gedeckten Anleihen das Konzept des *Trust* eingeführt, das innerhalb eines ansonsten kontinentaleuropäisch geprägten Rechtssystems oft als Fremdkörper kritisiert wurde. Es fand also über das Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht Eingang in das Rechtssystem Japans. Nach dem Zweiten Weltkrieg gewann das amerikanische Recht unter der Leitung des Hauptquartiers der alliierten Streitkräfte (nachfolgend: GHQ) im Bereich des Gesellschafts- und insbesondere des Kapitalmarktrechts erheblich an Einfluss (IV). Auf dem Gebiet des Übernahmerechts ist jedoch seit einer Reform im Jahre 1990 eine Abkehr vom amerikanischen Modell zugunsten einer Annäherung an die Vorschriften des europäischen Gemeinschafts- und insbesondere des deutschen Rechts unverkennbar. Darüber hinaus werden auch im Gesellschaftsrecht am deutschen beziehungsweise am europäischen Recht orientierte Reformen in den Bereichen des Konzernrechts sowie hinsichtlich einer Arbeitnehmermitbestimmung erwo-gen (V). Die Abhandlung schließt mit einigen Überlegungen zur künftigen Bedeutung des deutschen Rechts und der deutschen Rechtswissenschaft für das japanische Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (VI).

II DIE STRUKTUR DES MODERNEN GESELLSCHAFTS- UND KAPITALMARKTRECHTS UND DER EINFLUSS DES DEUTSCHEN RECHTS

1. *Entstehung des Gesellschaftsrechts*

Unter der Leitung der Meiji-Regierung wurde die Grundlage für ein modernes Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht geschaffen. Nicht nur die Vorschriften über die Gesellschaften, deren Rechnungslegung sowie die im Rechtsverkehr bedeutsame Publizität, sondern auch die Vorschriften über die Kaufleute und die Handelsgeschäfte entstanden unter starkem Einfluss des deutschen Rechts.¹

Unter dem Motto „ein reiches Land, eine starke Armee“ (*fukoku kyōhei*) unternahm die Meiji-Regierung Anstrengungen, neue Wirtschaftsunternehmen zu fördern. So wurde 1868 ein staatliches Handelsbüro (*Shōhō Tsukasa*) in Kyoto gegründet, dessen Aufgaben in der Finanzierung und Förderung einer industriellen Wirtschaft sowie deren Kontrolle bestanden. 1872 wurde auf Grundlage der Verordnung über staatliche Banken eine Bankgesellschaft und damit die erste Aktiengesellschaft Japans gegründet.² 1886 gründete die

1 H. KANSAKU / M. BÄLZ, Gesellschaftsrecht, in: Baum / Bälz (Hrsg.), Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht (Köln 2011) 75-76; K. UEYANAGI / T. ÔTORI / A. TAKEUCHI / UEYANAGI (Hrsg.), *Shinpan chūshaku kaisha-hō* [Neuer Kommentar zum Gesellschaftsrecht], Bd. 1 (Tokyo 1985) 10.

2 S. ASAGI, *Nihon kaisha-hō seiritsu-shi* [Entstehungsgeschichte des japanischen Gesellschaftsrechts] (Tokyo 2003), 43-47.

Regierung einen Rechtsausschuss im Außenministerium, der mit der Kodifikation eines Zivil- und eines Handelsgesetzes beauftragt wurde. Maßgeblich beteiligt an der Ausarbeitung des Entwurfs für das japanische Handelsgesetz war der deutsche Wissenschaftler *Carl Friedrich Hermann Roesler*. Obwohl sein Entwurf auch Elemente anderer europäischer Rechtsordnungen wie der französischen enthielt, bleibt doch festzustellen, dass er sich im Wesentlichen am deutschen Recht orientierte.

Der Entwurf des Handelsgesetzes wurde am 7. Juni 1889 auf der Generalversammlung des *Genrō-in* (Ältestenrat der frühen Meiji-Zeit) verabschiedet und am 27. März 1890 bekanntgemacht. Das geplante Inkrafttreten zum 1. Januar 1891 wurde jedoch verschoben. Erst 1899 wurde schließlich das noch heute geltende Handelsgesetz³ verabschiedet. Die größten Unterschiede zwischen den beiden Gesetzeswerken bestanden darin, dass das geltende Handelsgesetz die Erfordernis einer Konzession zur Gründung einer Gesellschaft zugunsten einer bloßen Eintragungspflicht abschaffte, die Kompetenzen der Hauptversammlung ausgeweitet wurden und Vorschriften über den Zusammenschluss von Gesellschaften, über die Kommanditgesellschaft auf Aktien und über ausländische Firmen neu aufgenommen wurden. Da das neue Gesetz sich aber im Wesentlichen am Entwurf von 1890 orientierte, kann man feststellen, dass auch hier deutsche Vorbilder die wichtigste Rolle spielten.

3 *Shōhō*, Gesetz Nr. 48/1899. Aufgrund vermehrter Forderungen, das Inkrafttreten des Handelsgesetzes im Jahr 1890 zu verschieben, wurde auf dem am 25. November einberufenen ersten Reichstag zuerst im Unterhaus und anschließend im Herrenhaus ein „Gesetzentwurf über den Termin des Inkrafttretens des Handelsgesetzes und der Verordnung über das Inkrafttreten des Handelsgesetzes“ folgenden Inhalts verabschiedet: Das Handelsgesetz und die Verordnung über das Inkrafttreten des Handelsgesetzes sollten gemeinsam mit dem Zivilgesetz am 1. Januar 1893 in Kraft treten. 1892 wurde nochmals ein „Gesetz zur Verschiebung des Inkrafttretens des Zivilgesetzes und des Handelsgesetzes“ verabschiedet, das den Zeitpunkt des Inkrafttretens des Zivilgesetzes und des Handelsgesetzes nochmals verschob. Am 7. Oktober desselben Jahres setzte die Regierung eine Untersuchungskommission zum Inkrafttreten des Zivilgesetzes und des Handelsgesetzes ein, die zu dem Schluss kam, beide Gesetze seien zu überarbeiten. Im selben Jahr wurde auch der „Gesetzentwurf für eine Reform des Handelsgesetzes und der Verordnung über das Inkrafttreten des Handelsgesetzes“ im Herrenhaus und Unterhaus verabschiedet. Danach sollten die Vorschriften zu Handelsgesellschaften und Handelsgenossenschaften, Wechseln und Schecks sowie zum Konkurs mehr oder weniger überarbeitet und dann am 1. Januar 1898 in Kraft gesetzt werden. Unmittelbar nach Verkündung dieses Gesetzes wurde durch kaiserliches Edikt eine Kommission zur Prüfung der Gesetzbücher (*Hōten Chōsa-Kai*) einberufen. Von dieser wurde nach eingehenden Diskussionen ein Alternativentwurf erstellt, der schließlich 1899 in Kraft trat. Das Handelsgesetz des Jahres 1899 unterschied sich von jenem aus dem Jahre 1893 in seiner Gliederung. Das Gesellschaftsrecht, dessen Regelungen sich im alten Handelsgesetz im 6. Kapitel des 1. Buches fanden, wurde nunmehr in einem eigenständigen 2. Buch folgendermaßen gegliedert: „1. Kapitel: Allgemeine Vorschriften“, „2. Kapitel: Offene Handelsgesellschaft“, „3. Kapitel: Kommanditgesellschaft“, „4. Kapitel: Aktiengesellschaft“, „5. Kapitel: Kommanditgesellschaft auf Aktien“, „6. Kapitel: Ausländische Gesellschaften“ und „7. Kapitel: Strafvorschriften“.

2. *Entstehung des Kapitalmarktrechts*

Im Jahr 1878 wurde die Verordnung über den Aktienhandel (*Kabushiki torihiki jôrei*) verabschiedet, in die das System der seit der Edo-Zeit blühenden Warentermingeschäfte mit Reis weitgehend einbezogen war. Gemäß dieser Verordnung wurden Wertpapierbörsen in Form von Aktiengesellschaften in Tokyo und Osaka gegründet.⁴ Der spekulative Handel nahm jedoch schnell Überhand und entfaltete schädliche Wirkung, sodass die Regierung 1887 durch den Erlass eines Börsengesetzes versuchte, die Börsen in nichtwirtschaftliche Vereine umzuwandeln und darüber hinaus statt spekulativen auf tatsächlicher Nachfrage basierende Börsengeschäfte vor Ort in den Mittelpunkt zu stellen. Dieser Versuch scheiterte jedoch am Widerstand der bereits bestehenden Börsen.⁵

Mit dem Erlass des Börsengesetzes (*Torihiki-jo-hô*) 1893 trat die Börsenverordnung außer Kraft. Durch das Börsengesetz wurden den Börsen zwei Rechtsformen zugebilligt, zum einen die des nichtwirtschaftlichen Vereins und zum anderen die der Aktiengesellschaft. Darüber hinaus wurden unter anderem die Struktur und die Aufgaben der Börsen, die Handelsobjekte sowie das Verhältnis von Rechten und Pflichten zwischen Mitgliedern und Händlern festgelegt. Unter rechtsvergleichenden Gesichtspunkten betrachtet, wurde das japanische Börsengesetz unter dem Einfluss verschiedener Rechtsordnungen erstellt. Beispielsweise orientierten sich die Vorschriften über die Börsen als nichtwirtschaftliche Vereine am Vorbild angelsächsischer Börsen.⁶ In der Praxis bestand die Mehrheit der Börsen allerdings in Form von Aktiengesellschaften.⁷

3. *Die Lage der japanischen Aktiengesellschaften auf dem Kapitalmarkt*

Dem oben genannten Börsengesetz, das als patchworkartige Kombination des anglo-amerikanischen und kontinentaleuropäischen Rechts eine systematische Regulierung zur Gewährleistung des lautereren Wettbewerbs vermissen ließ, kam im Vergleich zum Aktiengesetz eine untergeordnete Bedeutung zu. Als Instrument des Anleger- und Gläubigerschutzes steht in Japan daher eher das Gesellschaftsrecht im Vordergrund.

4 T. SUZUKI / I. KAWAMOTO, *Shôken torihiki-hô (shinpan)* [Wertpapierhandelsrecht, Neuauflage] (Tokyo 1984) 27.

5 K. TANAKA, *Torihiki-jo-hô* [Börsenrecht] (Tokyo 1998) 280.

6 TANAKA (Fn. 5) 296.

7 Die Börsen in Form von Aktiengesellschaften wurden durch die Verordnung über Warenbörsen für Reis (*Dajô-kan*-Edikt Nr. 105, *Dajô-kan* war das höchste Verwaltungsorgan der frühen Meiji-Zeit) im Jahr 1876 und durch die Verordnung über Wertpapierbörsen (*Dajô-kan*-Edikt Nr. 8) ermöglicht. Durch das 1938 kodifizierte Effektenhandelskontrollgesetz und das Effektenannahmengesetz erfolgte endlich eine Überwachung der Effekthändler und -handelsgesellschaften. 1941 wurde die Effekthändlerkontrollregelung festgelegt und die Registrierung der Effektenmakler wurde gesetzlich vorgeschrieben. 1937 gab es 27 Börsen in Form der Aktiengesellschaft und 6 Börsen in Form des nichtwirtschaftlichen Vereins. Die dortigen Zustände konnte man allerdings mit einem öffentlichen Spielkasino vergleichen, TANAKA (Fn. 5) 280.

Japanische Unternehmen finanzierten sich im Allgemeinen nicht über den Kapitalmarkt, sondern überwiegend aus Bankdarlehen und thesauriertem Gewinn, was wohl auch auf das mangelhafte Kapitalmarktrecht und den unterentwickelten Kapitalmarkt zurückzuführen ist. Vielmehr spielten auf dem Markt damals Spekulationsgeschäfte die Hauptrolle. Viele Aktiengesellschaften, darunter überwiegend kleine und mittelgroße Unternehmen, hatten mit dem Kapitalmarkt nichts zu tun.

Diese Lage hat sich bis heute nicht grundlegend geändert. Gegenwärtig sind in Japan rund 1.575.000 Aktiengesellschaften geschäftlich aktiv. Rechnet man die 1.725.000 sogenannten Sonder-GmbH (*tokurei yûgen gaisha*)⁸ hinzu, ergibt sich eine Gesamtzahl von 3.300.000 Aktiengesellschaften,⁹ von denen aber nur 3.600 börsennotiert sind.¹⁰ Demgegenüber gibt es in Deutschland ungefähr 12.000 Aktiengesellschaften,¹¹ von denen etwa 900 börsennotiert sind.¹²

III. BEISPIELE FÜR BEWUSSTE ABWEICHUNGEN BEI DER ÜBERNAHME DEUTSCHEN RECHTS

Trotz des überwältigenden Einflusses des deutschen Rechts im Bereich des Gesellschaftsrechts nahm das japanische Recht auch bewusst Regelungen und Konzepte auf, die sich von der deutschen Rechtsordnung unterschieden. Einige wichtige Beispiele davon werden hier angeführt und anschließend aus heutiger Sicht bewertet.

Beim ersten Beispiel handelt es sich um die Rechtsfähigkeit der (Handels-)Gesellschaft (*kaisha*). Das japanische Recht übernahm die Rechtsformen der Aktiengesellschaft, der Gesellschaft mit beschränkter Haftung,¹³ der offenen Handelsgesellschaft, der Kommanditgesellschaft und der Kommanditgesellschaft auf Aktien.¹⁴ Aber im

8 Das Gesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, *Yûgen gaisha-hô*, Gesetz Nr. 74/1938, wurde nach dem Vorbild des deutschen Rechts 1938 geschaffen, trat aber 2005 zugunsten des Gesellschaftsgesetzes außer Kraft. Folglich mussten die bereits existierenden GmbH nach den Vorschriften des Einführungsgesetzes zum Gesellschaftsgesetz (Art. 2 und 3) zwischen zwei Alternativen wählen: zum einen konnten sie sich durch Änderung ihrer Satzung in eine Aktiengesellschaft umwandeln, zum anderen konnten sie weiterhin unter Anwendung von mit dem alten GmbH-Gesetz weitgehend identischen Vorschriften unter der Bezeichnung Sonder-GmbH firmieren.

9 H. KANDA, *Kaisha-hô* [Gesellschaftsrecht] (14. Aufl., Tokyo 2012) 7.

10 KANDA (Fn. 9) 7.

11 Deutsche Bundesbank, Kapitalmarktstatistik, September 2011, 46, abrufbar unter http://www.bundesbank.de/Redaktion/DE/Downloads/Veroeffentlichungen/Statistische_Beihefte_2/2011/2011_09_kapitalmarktstatistik.pdf?__blob=publicationFile, zuletzt aufgerufen am 7.5.2013.

12 S. RUDOLF, Entwicklungen im Kapitalmarkt in Deutschland, in: Habersack / Mülbert / Schlitt (Hrsg.), Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt (Köln 2005) 17, 19.

13 Vgl. Fn. 8.

14 Diese Rechtsform wurde nach deutschem Vorbild 1899 ins Handelsgesetz aufgenommen, fand aber in der Praxis keine Anwendung und wurde daher bei der Reform im Jahr 1950 wieder abgeschafft.

Gegensatz zum deutschen Recht waren auch die japanischen Personenhandelsgesellschaften, das heißt die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft, von Anfang an voll rechtsfähig. Diese Sichtweise wurde auch auf das heute gültige Gesellschaftsrecht übertragen. Damit ist heute die Rechtsfähigkeit aller unter den Sammelbegriff der Anteilsgesellschaft (*mochibun gaisha*) fallenden Firmen wie der offenen Handelsgesellschaft, der Kommanditgesellschaft und der im Jahr 2006 neu eingeführten LLC (*gōdō gaisha*) anerkannt. Diese Entscheidung erweist sich im Hinblick auf die Anforderungen der Gegenwart als richtig, da sich die Rechtsfähigkeit der jeweiligen Gesellschaft aus diversen finanztechnischen Gründen als zweckmäßige Eigenschaft und die Anteilsgesellschaft etwa im Rahmen von Verbriefungen oder von Anlagemodellen (*collective investment schemes*) wachsender Beliebtheit erfreut.

Beim zweiten Beispiel handelt es sich um den Status der gesellschaftsinternen Prüfer (*kansa-yaku*). Die gesellschaftsinternen Prüfer japanischer Aktiengesellschaften haben seit Bestehen des Gesetzes bis heute unverändert keine Befugnis, Verwaltungsratsmitglieder zu bestellen oder abzuverufen. Die Verwaltungsratsmitglieder werden von der Hauptversammlung unmittelbar bestellt, die Kompetenzen der Prüfer sind auf eine bloße Rechtmäßigkeitskontrolle reduziert.¹⁵ Im Gegensatz zum deutschen Recht wurde in diesem Punkt keine reine zweigliedrige Leitungs- und Kontrollstruktur etabliert. Man kann zu dem Schluss kommen, dass die zahlreichen Reformbemühungen, die sich an die Einführung dieses ambivalenten Systems der gesellschaftsinternen Prüfer anschlossen, aber nie dazu führten, dass die gesellschaftsinternen Prüfer Befugnis erhalten hätten,

15 Durch die 1870 erfolgte Reform des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs wurde die Bildung eines Aufsichtsrates für Aktiengesellschaften verpflichtend festgesetzt. Zu Beginn bestand der Aufsichtsrat aus Aktionären und hatte die Aufgabe, die Geschäftsführung in jeder Hinsicht zu überwachen, und das Recht, zu diesem Zwecke Auskunft über die Geschäfte der Gesellschaft zu erhalten. Da Aufsichtsratsmitglieder jedoch zugleich auch Verwaltungsratsmitglieder sein durften, war eine deutliche Trennung der Überwachungs- und der Geschäftsführungsfunktion nicht gewährleistet. Um den Status des Aufsichtsrats als Überwachungsorgan deutlich hervorzuheben, erfolgte 1884 eine umfassende Reform des Gesetzes: Unter anderem musste 1) die Anzahl der Aufsichtsratsmitglieder drei oder mehr betragen; 2) die Bedingung, dass Aufsichtsratsmitglieder auch Aktionäre sein müssen, wurde abgeschafft; 3) Aufsichtsratsmitglieder dürfen seitdem die Ausübung ihrer Kompetenzen nicht auf einen anderen übertragen; 4) Aufsichtsratsmitglieder dürfen nicht gleichzeitig Vorstandsmitglieder sein. Durch diese Reform wurde der Status des Aufsichtsrats klarer festgelegt. Da eine Erweiterung der Befugnisse des Aufsichtsrats durch entsprechende Regelungen in der Satzung der Gesellschaft zulässig war, kam es gleichwohl auch nach dieser Reform häufig zu einer Übertragung von Kompetenzen des Vorstands an den Aufsichtsrat. Das Aktiengesetz von 1937 sah ein Verbot derartiger Übertragungen vor und beseitigte so die Hauptursache für Unklarheiten bezüglich der Funktion des Aufsichtsrats. Darüber hinaus mussten nunmehr die Vorstandsmitglieder vom Aufsichtsrat bestellt werden. Dieses Gesetz aus dem Jahre 1937 wird gemeinhin als die Vollendung des gegenwärtigen deutschen Aufsichtsratssystems angesehen, M. LUTTER, Der Aufsichtsrat im Wandel der Zeit – von seinen Anfängen bis heute, in: Bayer / Habersack (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel, Bd. 2 (Tübingen 2007) 392-409.

Verwaltungsratsmitglieder zu bestellen oder abuberufen, dazu beigetragen haben, auch die jüngeren Reformbemühungen zu behindern.

Beim dritten Beispiel handelt es sich um die Kompetenzen der Hauptversammlung. Nach dem alten japanischen Aktiengesellschaftsrecht war das höchste Organ der Aktiengesellschaft die Hauptversammlung. Nach dem aktuellen japanischen Gesellschaftsgesetz von 2005 (nachfolgend: GesG)¹⁶ bleibt die Stellung der Hauptversammlung als höchstes Organ innerhalb des Unternehmens erhalten, vorausgesetzt die Kompetenzen werden in der Satzung entsprechend festgelegt. In einer Aktiengesellschaft ohne Verwaltungsrat (*torishimari yaku-kai*) kann die Hauptversammlung über alle die Gesellschaft betreffenden Gegenstände beschließen, ohne auf die im Gesellschaftsgesetz oder in der Satzung genannten Gegenstände beschränkt zu sein (Art. 295 Abs. 1 GesG). Das Konzept einer Trennung zwischen Eigentum und Leitung durch eine zwingend geregelte Begrenzung der Befugnisse der Hauptversammlung existiert im Gegensatz zum deutschen Recht nicht.¹⁷ Es ist vom Standpunkt der *corporate governance* aus allerdings fraglich, ob diese Regelung im Hinblick auf große Unternehmen wie börsennotierte Aktiengesellschaften angemessen ist.

Beim vierten Beispiel handelt es sich um die Einordnung der stillen Gesellschaft. Das japanische Handelsgesetz betrachtet diese nicht als Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Die diesbezüglichen rechtlichen Regelungen finden sich stattdessen neben den Vorschriften über Handelskauf und Kontokorrent im Recht der Handelsgeschäfte.

Zum Schluss kann festgestellt werden, dass nach dem Zweiten Weltkrieg der Einfluss des deutschen Rechts zugunsten des amerikanischen Rechts zurückgedrängt wurde. Beispielsweise blieben sowohl das deutsche Konzernrecht als auch das deutsche Mitbestimmungssystem, die erst nach dem Zweiten Weltkrieg in Deutschland eingeführt wurden, bisher ohne Einfluss auf das japanische Recht.

16 *Kaisha-hô*, Gesetz Nr. 86/2005 i.d.F. des Gesetzes Nr. 16/2012; engl. Übers. abrufbar unter <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?ft=1&dn=1&x=0&y=0&co=01&ky=kaisha+ho&page=1> (Stand: Gesetz i.d.F. des Gesetzes Nr. 109/2006), zuletzt aufgerufen am 7.5.2013.

17 In Deutschland konnte die Hauptversammlung gemäß § 103 AktG in der Fassung von 1937 über Fragen der Geschäftsführung nur entscheiden, wenn der Vorstand dies verlangte, H. FLEISCHER, Kompetenzen der Hauptversammlung – eine rechtsgeschichtliche, rechtsdogmatische und rechtsvergleichende Bestandsaufnahme, in: Bayer / Habersack (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel, Band II (Tübingen 2007) 432-438. Diese Bestimmung findet eine gewisse Entsprechung im heutigen japanischen Aktienrecht insofern, als auch bei einer Aktiengesellschaft mit Verwaltungsrat die Hauptversammlung über alle Gegenstände beschließen kann, die in der Satzung genannt sind.

IV. DER EINFLUSS DES AMERIKANISCHEN RECHTS

1. *Einführung des Trust – das Treuhandgesetz betreffend gedeckte Anleihen*

Es ist bemerkenswert, dass im Jahr 1905 das Treuhandgesetz betreffend gedeckte Unternehmensanleihen nach dem angloamerikanischen Modell in Japan erlassen wurde, obwohl Japan bis dahin hauptsächlich den kontinentaleuropäischen Rechtssystemen gefolgt war. Nach diesem Gesetz muss bei der Emission gedeckter Anleihen zwischen Treuhänder (Treuhandbank) und Treugeber (Sicherungsgeber) ein Treuhandvertrag zum Zweck der Verwaltung der Sicherheiten für die Anleihen geschlossen werden. Mit diesem Gesetz führte Japan erstmals den rechtlichen Begriff des *Trust* ein, einen der Kernbegriffe des angloamerikanischen Rechts. Die Einführung des *Trust* erfolgte aus folgenden Gründen: Da Anleihen durch ein Wertpapier verkörpert werden, kann es zu einem erhöhten Auftreten allgemeiner Anleger und zu einem häufigen Wechsel der Inhaber dieser Anleihen kommen. Unter diesen Umständen ist es für den Anleger schwierig, die Sicherheiten für diese Anleihen selbst effizient zu verwalten.¹⁸ Nach dem Inkrafttreten des Gesetzes wurden in Japan Trustgeschäfte im Wesentlichen von Kreditinstituten getätigt. So hat sich zunehmend ein eigenständiges Modell des *Trust* im Bereich des Finanzwesens entwickelt.

2. *Reformen des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts nach dem Zweiten Weltkrieg*

Nach dem Zweiten Weltkrieg nahm der Einfluss des amerikanischen Rechts vor allem im Bereich des Wirtschaftsrechts rasch zu. Innerhalb kurzer Zeit wurden große Teile des Gesellschafts- und des Kapitalmarktrechts nach amerikanischen Vorbild reformiert, was als Schritt in Richtung Internationalisierung verstanden wurde. Hier soll der Einfluss auf diese beiden Rechtsgebiete kurz skizziert werden.

a) *Amerikanische Einflüsse auf das Gesellschaftsrecht*

Da das System der Ratenzahlung bei der Ausgabe von Aktien unter dem Gesichtspunkt der Stabilisierung der Unternehmensführung zahlreiche Probleme verursachte, wurde es im Zuge der Reform des Handelsgesetzes 1948 auf die nachdrückliche Forderung des GHQ hin durch ein Gesamteinzahlungssystem ersetzt.

Bei der Reform des Handelsgesetzes im Jahre 1950 erfolgte unter dem Einfluss des GHQ eine umfassende Reform des Gesellschaftsrechts:¹⁹ Als erstes wurden zur Erleichterung der Kapitalbeschaffung ein genehmigtes Kapital und nennwertlose Aktien eingeführt. Ebenfalls erwiesen sich die Aufnahme von Aktien mit Rückerwerbsklausel und einer Stockdividende sowie die Ausweitung der Ausgabegrenze von Anleihen als Mittel

18 Damals gab es in Japan noch kein allgemeines *Trust*-Gesetz und der Status des *Trust* war im Zivilgesetz nicht eindeutig festgelegt. Aus diesem Grunde wurde 1922 das Treuhandgesetz (*Shintaku-hô*, Gesetz Nr. 62/1922) erlassen.

19 Zur Gesetzesreform von 1950 vgl. M. NAKAHIGASHI (Hrsg.), *Shô-hô kaisei GHQ/SCAP bunsho* [Aufzeichnungen des GHQ/SCAP zur Handelsrechtsreform] (Tokyo 2003).

zur erleichterten Finanzierung als nützlich. Außerdem musste eine Aktiengesellschaft fortan in ihrer Satzung bestimmen, ob die Aktionäre ein Bezugsrecht haben oder nicht, gegebenenfalls den Inhalt der Beschränkung des Bezugsrechtes der Aktionäre und ob das Bezugsrecht Dritten erteilt werden kann.²⁰

Zweitens erfolgte eine Umstrukturierung der gesellschaftsinternen Organe und ihrer Kompetenzen: So wurden zum Beispiel die Kompetenzen der Hauptversammlung durch die Einführung eines Verwaltungsrates beschnitten. Die gesellschaftsinternen Prüfer wurden ebenfalls in ihren Befugnissen beschränkt, indem ihre Aufgabe auf die Überwachung des Rechnungswesens reduziert wurde und die Kontrolle der Geschäftsführung dem sich selbst kontrollierenden Verwaltungsrat übertragen wurde.

Drittens wurden die Rechte der Aktionäre gestärkt: Das Auskunftsrecht der Aktionäre wurde erweitert, die Unterlassungsklage gegen rechtswidrige Handlungen des Verwaltungsrates und der Abfindungsanspruch bei Umwandlungen wurden neu aufgenommen und die Aktionärsklage wurde eingeführt. Damit orientierte sich die Reform des japanischen Gesellschaftsrechts in bedeutendem Maße an den angloamerikanischen, vor allem an den US-amerikanischen Gesetzen.²¹

b) Amerikanische Einflüsse auf das Kapitalmarktrecht

Im Bereich des Kapitalmarktrechts wurde 1948 auf Betreiben des GHQ das Wertpapierbörsen- und Wertpapierhandelsgesetz (*Shôken torihiki-hô*, nachfolgend BWpHG) erlassen, dessen Inhalt sich die entsprechenden amerikanischen Gesetze zum Vorbild nahm. Danach wurden unter anderem folgende Systeme eingeführt: 1) laufende Publizitätspflichten, 2) Eintragung von Wertpapierhändlern und Börsen sowie deren Überwachung, 3) eine Kommission für Wertpapierhandel und Börsen.²² Darüber hinaus wurden auf Verlangen des GHQ Vorschriften zur Trennung zwischen Wertpapiergeschäften sowie Bank- und Treuhandgeschäften hinzugefügt. Diese Vorschriften gelten im Wesentlichen auch noch im gegenwärtigen japanischen Finanzaufsichtsrecht, sodass Universalbanken in Japan nicht zugelassen sind.

20 Nach der Reform des Handelsgesetzes im Jahre 1955 durfte die Aktiengesellschaft auch ohne besondere Satzungsbestimmung ein Bezugsrecht erteilen. Jedoch war ein Sonderbeschluss der Hauptversammlung nötig, wenn das Bezugsrecht nicht Aktionären, sondern Dritten gewährt wurde. Bei der Reform des Handelsgesetzes im Jahre 1966 wurden die Regelungen über das Bezugsrecht wieder geändert. Der Sonderbeschluss der Hauptversammlung war fortan nur dann erforderlich, wenn das Bezugsrecht Dritten zu einem wesentlich günstigeren Preis gewährt wurde.

21 Vgl. vor allem hinsichtlich der Reformen des Gesellschaftsrechts nach dem Zweiten Weltkrieg M. NAKAHIGASHI / H. MATSUI, *Kaisha-hô no sentaku – atarashii shakai no kaisha-hô o motomete* [Die Wahl des Gesellschaftsrechts – im Streben nach einem Gesellschaftsrecht für eine neue Gesellschaft] (Tokyo 2010).

22 Diese Kommission wurde gemäß den Bestimmungen des 1947 verfassten BWpHG nach dem amerikanischen Vorbild der *Securities Exchange Commission* eingesetzt, aber 1952 wieder abgeschafft. Danach war für diese Aufgaben das Finanzministerium zuständig. Bei der Reform im Jahre 1992 wurde der Überwachungsrat für Wertpapierhandel eingerichtet.

Danach erfolgten noch mehrere Reformen nach amerikanischem Vorbild. So wurden in einer Reform im Jahre 1971 Regeln für öffentliche Übernahmeangebote neu aufgenommen, bei einer weiteren Reform im Jahre 1988 Regelungen zum Insiderhandel festgesetzt und 1990 eine Mitteilungspflicht für Großaktionäre eingeführt.

Eine besonders bemerkenswerte Ausprägung des US-amerikanischen Einflusses im Bereich des Kapitalmarktrechts ist die Unterwerfung unter eine freiwillige Selbstregulierung der Börsen und der Wertpapierhändler. Vor allem die Börsen erlegten sich freiwillig detaillierte Regeln betreffend der Offenlegung von Informationen, der Art und Weise der Geschäftsführung und der Unternehmensstruktur auf. Auf diese Weise wird durch ein Zusammenspiel von *hard law* und *soft law* eine zeitgemäße, angemessene und flexible Regulierung eines aktiven, hoch spezialisierten Kapitalmarktes angestrebt.²³

V. DAS JAPANISCHE RECHT DER GEGENWART – JÜNGSTE REFORMEN UND TENDENZEN IN DER DISKUSSION

1. Diskussion über die Reform des Gesellschaftsrechts

a) Einführung

Nach dem Zweiten Weltkrieg konnte das deutsche Recht seine Stellung im japanischen Rechtswesen unter dem überwältigenden Einfluss des US-amerikanischen Rechts bei den Gesetzesreformen kaum behaupten. In der Abteilung für Gesellschaftsrecht der Gesetzgebungskommission im Justizministerium wurde jedoch im Zuge der Reformdiskussionen um die Verbesserung der *corporate governance* und die Neuordnung des Konzernrechts in letzter Zeit wieder vermehrt Bezug auf das deutsche Recht genommen.²⁴

b) Konzernrecht

Bezüglich verbundener Unternehmen stehen die folgenden Themen auf der Tagesordnung: der Schutz der Minderheitsaktionäre und Gläubiger von Tochtergesellschaften, der Schutz der Aktionäre der Muttergesellschaft zum Beispiel durch die Einführung einer mehrstufigen Aktionärsklage und eine gesetzliche Regelung von *cash-out* und *sell-out*.²⁵ Dabei werden auch das deutsche Konzernrecht und die deutschen Regeln für Über-

23 H. KANSAKU, Private Ordering auf dem Finanz- und Kapitalmarkt, in: Assmann / Isomura / Kansaku / Kitagawa / Nettesheim (Hrsg.), Markt und Staat in einer globalisierten Gesellschaft (Tübingen 2010) 157-161.

24 Am 7. September 2012 hat die Abteilung für Gesellschaftsrecht der Gesetzgebungskommission im japanischen Justizministerium (*Hôsei Shingi-Kai Kaisha Hôsei Bukai*) Leitlinien für eine Reform des Gesellschaftsgesetzes beschlossen und in einem Bericht veröffentlicht, abrufbar unter <http://www.moj.go.jp/content/000102013.pdf>, zuletzt aufgerufen am 7.5.2013.

25 Der Bericht (Fn. 24) schlägt vor, in beschränktem Umfang die mehrstufige Aktionärsklage und gesetzliche Regeln für *cash-outs* einzuführen sowie die Zuständigkeit der Hauptversammlung einer Muttergesellschaft in Bezug auf die Veräußerung der Anteile an Tochtergesellschaften zu erweitern.

nahmeangebote unter Einschluss der Holzmüller-Entscheidung und der Gelatine-Entscheidung vergleichend herangezogen.

c) *Die Kapitalerhöhung mittels Bezugsangebots an eine dritte Partei*

In Japan wurde 1950 im Zuge einer Reform des Handelsgesetzes das System des genehmigten Kapitals eingeführt und folglich den Aktionären ein ihrer Beteiligung entsprechendes Bezugsrecht nicht länger garantiert. Allerdings wurde diese Art der Kapitalerhöhung häufig missbraucht, etwa um eine feindliche Übernahme abzuwehren. In folgenden Punkten wird eine Änderung der gesetzlichen Regelungen diskutiert: Eine Kapitalerhöhung mittels Bezugsangebot an eine dritte Partei, durch das ein Aktionär gewonnen werden soll, der anschließend die Mehrheit des Stimmrechts besitzen würde, soll künftig grundsätzlich die Zustimmung der Hauptversammlung voraussetzen, wenn Aktionäre, die zusammen mindestens 1/10 der stimmrechtsberechtigten Aktien halten, der Kapitalerhöhung widersprechen. In dringenden Fällen, etwa bei einer für den Fortbestand des Unternehmens notwendigen Kapitalbeschaffung, soll auch der Beschluss des Verwaltungsrats genügen.²⁶ Dies wird als ein Beispiel dafür angesehen, dass im japanischen Gesellschaftsrecht eine Hinwendung vom amerikanischen zum europäischen Gemeinschaftsrecht zu beobachten sei. Verallgemeinern lässt sich diese Tendenz allerdings nicht.²⁷

d) *Das System der gesellschaftsinternen Prüfer*

Dass die japanischen gesellschaftsinternen Prüfer (*kansa-yaku*) – obschon ursprünglich am Vorbild des deutschen Aufsichtsrats orientiert – mangels Kompetenz zur Bestellung und Abberufung der Verwaltungsratsmitglieder „zahnlose Tiger“ sind, wurde bereits oben erwähnt. In der Abteilung für Gesellschaftsrecht der Gesetzgebungskommission im Justizministerium wird deshalb derzeit über folgende Themen diskutiert: 1) die Stärkung der gesellschaftsinternen Prüfer, indem man sie mit der Befugnis zur Bestellung und Abberufung der Abschlussprüfer sowie mit der Entscheidungskompetenz bezüglich deren Entlohnung ausstattet;²⁸ 2) die Einführung eines Mitbestimmungssystems, das die Wahl der gesellschaftsinternen Prüfer durch die Arbeitnehmer vorsieht;²⁹ 3) die Möglichkeit

26 Vgl. den Bericht (Fn. 24) sowie die Materialien der Abteilung für Gesellschaftsrecht der Gesetzgebungskommission im Justizministerium Nr. 14, 6-9.

27 Materialien der Abteilung für Gesellschaftsrecht der Gesetzgebungskommission im Justizministerium Nr. 14, 6. Die US-amerikanischen Börsenvorschriften setzen jedoch bei Kapitalerhöhungen mittels Bezugsangebot an dritte Parteien in bestimmten Fällen ein festgelegtes Verfahren wie etwa die Zustimmung der Hauptversammlung voraus.

28 Der Bericht (Fn. 24) schlägt allerdings keine Entscheidungskompetenz bezüglich deren Entlohnung (mehr) vor.

29 Für Unternehmen, die großen gesellschaftlichen Einfluss ausüben, wie zum Beispiel eine börsennotierte Gesellschaft mit einer großen Anzahl von Angestellten, wird das neue System der arbeitnehmergewählten gesellschaftsinternen Prüfer aufgrund folgender Annahme vorgeschlagen: Wenn die Angestellten das Recht besäßen, die Prüfer selbst zu ernennen, bestünde eine höhere Bereitschaft, Informationen – insbesondere solche, die für die Ge-

der Abschaffung der gesellschaftsinternen Prüfer und deren Ersetzung durch ein neues Prüfungs- und Überwachungsgremium (*kansa kantoku i'in-kai*).

Bezüglich des letztgenannten Punktes 3) erkannte der japanische Gesetzgeber mit dem revidierten Handelsgesetz aus dem Jahre 2002 die dem amerikanischen Aufsichtssystem nachgebildete Aktiengesellschaft mit Ausschüssen an (*i'in-kai setchi kaisha*) und gestattete die Wahl zwischen dieser Organisationsstruktur und jener, die gesellschaftsinterne Prüfer vorsieht. Bis jetzt haben sich jedoch nur wenige Gesellschaften durch eine Änderung ihrer Satzung für die Form einer Gesellschaft mit Ausschüssen entschieden. Die Abteilung für Gesellschaftsrecht der Gesetzgebungskommission im Justizministerium plant daher, eine Gesellschaftsform mit einer neuen Organisationsstruktur vorzuschlagen: die Gesellschaft mit einem Prüfungs- und Überwachungsgremium ohne gesellschaftsinterne Prüfer.³⁰ Diese Organisationsstruktur wäre gewissermaßen zwischen jener mit gesellschaftsinternen Prüfern und jener mit Ausschüssen einzuordnen und sähe anstelle von internen Prüfern einen mehrheitlich aus externen, selbständigen Verwaltungsratsmitgliedern bestehendes Prüfungs- und Überwachungsgremium vor.³¹ Verglichen mit der Gesellschaft mit gesellschaftsinternen Prüfern wäre der Rahmen der vom Verwaltungsrat an seine Mitglieder übertragbaren Aufgaben weiter gefasst. Die Befugnisse wären allerdings enger begrenzt als jene des Geschäftsführers (*shikkô-yaku*) der Gesellschaft mit Ausschüssen. Das System der gesellschaftsinternen Prüfer, das in Japan eine ganz eigentümliche Entwicklung nahm, steht also auch bei dieser Gesellschaftsrechtsreform wieder im Mittelpunkt der Revisionsbemühungen.

2. Kapitalmarktrecht – Regulierung öffentlicher Übernahmeangebote

Im Jahre 1971 wurde die Regulierung öffentlicher Übernahmeangebote nach amerikanischem Vorbild ins BWpHG aufgenommen. Das 1990 revidierte BWpHG sah erstmals ein obligatorisches öffentliches Übernahmeangebot für all jene Fälle vor, in denen der Aktienanteil des Bieters nach dem Erwerb 1/3 übersteigen würde (Ein-Drittel-Regel).³²

schaftsführung nachteilig sind – an die Prüfer weiterzuleiten, was Unregelmäßigkeiten bei der Geschäftsführung vorbeuge und so zur nachhaltigen Erhöhung des Gesellschaftswerts beitrage, vgl. Bericht der 2. Sitzung der Abteilung für Gesellschaftsrecht der Gesetzgebungskommission im Justizministerium am 26. Mai 2010, abrufbar unter <http://www.moj.go.jp/content/000049082.txt>, zuletzt aufgerufen am 7.5.2013. Der Bericht über die Leitlinien für eine Reform des Gesellschaftsgesetzes (Fn. 24) enthält allerdings kein solches Mitbestimmungssystem mehr.

30 Vgl. den Bericht (Fn. 24) sowie die Materialien der Abteilung für Gesellschaftsrecht der Gesetzgebungskommission im Justizministerium Nr. 14, 1-4

31 Hauptmerkmal der gesellschaftsinternen Prüfer ist, dass diese keine Geschäftsführungsfunktion wahrnehmen. In dieser Hinsicht bestehen also Parallelen zu den externen Verwaltungsratsmitgliedern. Da sie allerdings keinerlei Kompetenz zur Ernennung oder Abberufung der Verwaltungsratsmitglieder besitzen, wird ihre Rolle im Allgemeinen als auf eine reine Legalitätsprüfung beschränkt verstanden.

32 Erwerben 11 oder mehr Personen innerhalb eines Zeitraums von 60 Tagen Aktien der Zielgesellschaft und übersteigt ihr Aktienanteil daraufhin 5% (5%-Regel) oder erwerben 10

Eine erneute Revision 2006 ergänzte die Regelung, dass in Fällen, in denen der Aktienanteil des Bieters nach dem Erwerb 2/3 übersteigen würde, den Bieter die Pflicht zu einem Angebot an alle Aktionäre der Zielgesellschaft³³ und gegebenenfalls zum Kauf aller Aktien³⁴ trifft (Zwei-Drittel-Regel). Damit schwenkte das japanische Recht bezüglich des öffentlichen Übernahmeangebots in Richtung des europäischen beziehungsweise des deutschen Modells mit seinem Pflichtangebot um.

3. Die Vision eines „Gesetzes über börsennotierte Gesellschaften“

Ein Ansatz unter anderen in der aktuellen Debatte über eine Gesellschaftsrechtsreform ist das Konzept eines „Gesetzes über börsennotierte Gesellschaften“.³⁵ Dabei handelt es sich um eine Vereinheitlichung beziehungsweise Angleichung von Bestimmungen des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts im Bereich der Regelungen bezüglich der Offenlegung, Prüfung und *governance* von Gesellschaften, auf die das Finanzprodukte- und Börsengesetz³⁶ Anwendung findet, wie beispielsweise börsennotierte Gesellschaften oder solche, die zur Vorlage eines Geschäftsberichtes an die *Financial Services Agency* (FSA) verpflichtet sind.³⁷ In Japan bestehen zwei Regelungssysteme für die Rechnungslegung und die Überwachung. Das eine beruht auf dem Handels- und Gesellschaftsrecht, das dem deutschen Vorbild folgt, das andere auf dem 1948 festgeschriebenen Kapitalmarktrecht, das dem amerikanischen Vorbild folgt. Deshalb ist es erforderlich, eine Ordnung des Verhältnisses zwischen beiden Rechtssystemen herzustellen. Im Grundsatz gelten bereits jetzt die gleichen Rechnungslegungsvorschriften, aber in welchem Maße eine weitere Vereinheitlichung beziehungsweise Angleichung möglich ist, ist umstritten. Vertreter einer umfassenden Lösung dieses Konflikts schlagen die Vereinigung von Gesellschaftsrecht und Kapitalmarktrecht in Bezug auf börsennotierte Gesellschaften vor.³⁸ Da allerdings die im Kapitalmarktrecht und im Gesellschaftsrecht verfolgten Zwecke nicht vollständig kompatibel sind, gestaltet sich eine umfassende Vereinigung schwierig.

oder weniger Personen innerhalb eines Zeitraums von 60 Tagen Aktien und ihr Aktienanteil übersteigt daraufhin 1/3 (Ein-Drittel-Regel), so müssen grundsätzlich die Vorschriften über das öffentliche Übernahmeangebot zur Anwendung kommen.

33 Art. 27-2 Abs. 5 *Kin'yū shōhin torihiki-hō* [Finanzprodukte- und Börsengesetz], Gesetz Nr. 65/2006; Art. 8 Abs. 5 Nr. 3 Durchführungsverordnung zum FBG.

34 Art. 27-13 Abs. 4 FBG, Art. 14-2-2 Durchführungsverordnung zum FBG.

35 Demokratische Partei Japans, Zum Erlass eines Gesetzes über börsennotierte Gesellschaften, Juli 2009; T. UEMURA, *Kaisha hōsei to shihon shijō* [Das Gesellschaftsrecht und der Kapitalmarkt], in: Shōji Hōmu 1940 (2011), 7-18.

36 Angaben zum Gesetz in Fn. 33.

37 N. MATSUO, *Kōkai kaisha-hō to kin'yū shōhin torihiki-hō* [Das Gesetz zu börsennotierten Gesellschaften und das Finanzprodukte- und Börsengesetz], Nishimura Institute of Advanced Legal Studies. S. OCHIAI/H. ŌTA, *Kaisha hōsei minaoshi no ronten* [Streitpunkte der Revision des Gesellschaftsrechts] (Tokyo 2011), Kap. 2.

38 Vgl. MATSUO (Fn. 36).

Auch im Bereich des Schutzes der Minderheitsaktionäre greifen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht ineinander. So sind etwa die Einführung und Ausweitung des obligatorischen öffentlichen Übernahmeangebots oder des Pflichtangebots eng mit den Ideen des Konzernrechts auf dem Feld des Gesellschaftsrechts verknüpft. So haben sowohl das Gesellschaftsrecht als auch die auf die Kontrolle von gesellschaftsinternen Machtverschiebungen gerichteten Neuerungen des Übernahmerechts durch die Einführung des Pflichtangebots das Motiv des Schutzes der Minderheitsaktionäre gemein. Unter dem Aspekt des Schutzes der Minderheitsaktionäre wird über den Anwendungsvorrang im Verhältnis von Übernahmeangebotsregeln und Gesellschaftsrecht sowie deren Verhältnis zueinander diskutiert.³⁹

V. ZUSAMMENFASSUNG

Wie in Abschnitt IV dargelegt wurde, sind im Bereich des Gesellschaftsrechts und des Rechts der öffentlichen Übernahmeangebote Tendenzen zur Annäherung an das europäische beziehungsweise das deutsche Recht festzustellen. Es besteht zwar die Idee, das Problem der Kollision eines Gesellschaftsrechts nach deutschem Vorbild und eines Kapitalmarktrechts nach amerikanischem Vorbild durch die Vision eines „Gesetzes über börsennotierte Gesellschaften“ endgültig zu lösen, allerdings steckt dieses Konzept noch in den Kinderschuhen und bedarf einer eingehenden Prüfung in allen Punkten. Es wird angesichts der wachsenden Bedeutung des Kapitalmarktrechts immer mehr Gewicht auf eine Harmonisierung beider Regelungssysteme gelegt. In dieser Hinsicht wird über die Art und Weise der Angleichung des Gesellschaftsrechts und des Rechtes der Übernahmeangebote diskutiert. Es geht in dieser Frage vor allem um die Vereinbarkeit beziehungsweise Unvereinbarkeit der beiden Gesetze. Dabei sollten in Japan die Diskussion vor Inkrafttreten des deutschen Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes und seine Entwicklung seitdem sowie besonders die Einführung der Definition der börsennotierten Gesellschaft und ihre Folgewirkungen im Gesellschaftsrecht berücksichtigt werden.

39 Der Bericht (Fn. 24) schlägt nur vor, dass die Ausübung der Stimmrechte eines Aktionärs, der die Regelungen über die Ein-Drittel-Regel und Zwei-Drittel-Regel bei einem Übernahmeangebotsrecht verletzt, auf Verlangen von anderen Aktionäre untergesagt werden sollte.

Deutsches Recht im globalen Wettbewerb

Christoph Frank *

Vor dem Hintergrund einer fortschreitenden Globalisierung und Internationalisierung der Wirtschaftsbeziehungen und der Bedeutung rechtsstaatlicher Standards für das Ansehen von Staaten und Gesellschaften stehen nicht nur Unternehmen mit ihren Produkten und Dienstleistungen, sondern auch die verschiedenen Rechtsordnungen im Wettbewerb. Im nationalen Geschäftsverkehr wird nicht mehr nur das vertraute, gewachsene und soziokulturell verankerte, das Verhalten der Beteiligten prägende eigene Rechtssystem genutzt. Importierte rechtliche Lösungen bieten neue Gestaltungsmöglichkeiten, können aber auch Wertvorstellungen verändern und ausgewogene Gerechtigkeitsysteme ins Ungleichgewicht bringen. Schwellen- und Transformationsländer, um die ein Kampf in der Rechtsberatung geführt wird, wählen die Gesetzeslösungen aus, denen sie zutrauen, dass sie am besten ihre oft rasante Entwicklung fördern werden. Rechtssysteme werden als wesentlich für die Umsetzung rechtsstaatlicher Garantien und die Steuerung wirtschaftlicher Prozesse begriffen.

Wir haben in Deutschland lange gebraucht, bis wir erkannt haben, dass es sich bei der Konkurrenz des kontinental-europäischen und des angloamerikanischen Rechts nicht um einen akademischen Diskurs handelt, bei dem sich das alte Recht des alten Europa am Ende selbstverständlich als überlegen erweisen würde.

Der Wettbewerb der Rechtsordnungen ist ein Wettbewerb um politischen und wirtschaftlichen Einfluss. Es ist also nicht verwunderlich, dass insbesondere angloamerikanische Staaten und Organisationen hohe Summen in den Export ihres Rechts investieren.

Bei uns hat sich die Erkenntnis erst später durchgesetzt, dass die offensichtlichen Vorteile des in kontinentaleuropäischer Tradition stehenden deutschen Rechts nicht allein durch staatliche Beratungsprogramme und durch erfolgreiche Rechtsanwendungspraxis, über die man in der Juristen eigenen Zurückhaltung nicht spricht, verbreitet werden können, sondern durch die Rechtsanwender selbst herausgestellt und aktiv „beworben“ werden müssen, also Lobbyarbeit für unser Recht geleistet werden muss.

* Vorsitzender des Deutschen Richterbundes. Der Deutsche Richterbund ist der größte Berufsverband der Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte in Deutschland und deren Spitzenorganisation. 25 Landes- und Fachverbände mit rund 14.000 Mitgliedern (bei rund 25.000 Richtern und Staatsanwälten insgesamt) vereinigen sich unter seinem Dach. Der Deutsche Richterbund vertritt die Interessen seiner Mitglieder gegenüber Regierungen, Parlamenten und Öffentlichkeit; www.drbb.de

Man darf durchaus einräumen, dass Initialzündler für diesen Prozess die von der *Law Society of England and Wales* Ende 2007 auf den Markt gebrachte Broschüre mit dem Titel „Jurisdiction of Choice“ gewesen ist, die in der Aufmachung einer Reklameschrift die Vorzüge des englischen Rechts und des Gerichtsstandorts London anpreist.

In einer bisher einmaligen und bis dahin auch kaum für möglich gehaltenen Allianz haben sich 2008 die großen juristischen Berufsorganisationen in Deutschland – die Bundesrechtsanwaltskammer, die Bundesnotarkammer, der Deutsche Anwaltverein, der Deutsche Notarverein und der Deutsche Richterbund – gemeinsam mit dem Bundesjustizministerium zu einem „Bündnis für das deutsche Recht“ zusammengeschlossen. Durch die Gründung eines selbständigen Bündnisses sollten die im Wesentlichen nachfrageorientierten staatlichen Rechtsberatungsaktivitäten durch aktive Angebote ausgefüllt und ergänzt werden. Dieser Schritt in die Offensive ist einem Berufsstand, dessen hohes Ansehen auf Zurückhaltung, Diskretion und Seriosität gründet, nicht leicht gefallen. Die Idee, mit den Beiträgen der Mitglieder Werbung für das eigene Recht zu machen, musste in den beteiligten Institutionen selbst erst durchgesetzt werden.

Für alle Bündnispartner ist selbstverständlich, dass ein rechtlicher Erfahrungsaustausch mit anderen Staaten in Form eines partnerschaftlichen Dialogs auf Augenhöhe erfolgen muss, aus dem nach unseren Erfahrungen regelmäßig beide Seiten bedenkenswerte Anregungen erhalten. Gefragt sind individuelle Mischlösungen, angepasst an die gesellschaftlichen, kulturellen, sozialen und wirtschaftlichen Besonderheiten der Partnerländer.

Geeint hat unser Bündnis die Überzeugung von der Überlegenheit vieler Lösungen des kontinentalen Rechts für alle Teilnehmer am Rechts- und Wirtschaftsleben, und zwar als Standortvorteil in Deutschland, als Vorbild für im Aufbau befindliche junge Staaten und als alternatives Angebot für global agierende Unternehmen.

Dank seiner aus einer überzeugenden Rechtsdogmatik und immer wieder den Regelungsbedürfnissen angepassten Kodifizierung können Verbraucher und Unternehmen das für sie geltende Recht klar und eindeutig feststellen.

Der Gesetzgeber gibt Systematik und Struktur vor. Rechtsanwälte und Notare gestalten den Einzelfall mit maßgeschneiderten Lösungen. In öffentlichen Registern werden transparent verlässliche Daten im Immobilien- und Handelsrecht vorgehalten, die Grundlage rechtssicherer, effizienter und flexibler Finanzierungen sind. Faire Gesetze tariieren unterschiedliche Interessen aus und sorgen für gerechte Lösungen. Das kontinentale Recht sorgt für kurze und effiziente Verträge. Nur solche Punkte müssen geregelt werden, bei denen von den gesetzlichen Regelungen abgewichen werden soll. Dies spart Zeit und finanzielle Ressourcen. Die Ergebnisse der Rechtsanwendung sind vorhersehbar. Eine leistungsfähige Rechtspflege aus Justiz, Anwaltschaft und Notariat sind Garanten für gesellschaftlichen Ausgleich, individuelle Freiheit und wirtschaftlichen Erfolg. Der Zugang zum Recht ist für jedermann offen und bezahlbar. Nicht wirtschaftliche Macht und Risikodenken, sondern die materielle Rechtslage bestimmen die Erfolgsaussichten einer Klage. Wer in einem Rechtsstreit obsiegt, hat einen Anspruch

auf Erstattung seiner Kosten gegen die unterlegene Partei. Die Gerichte sind unabhängig, die Verfahren werden schnell und kostengünstig erledigt, eine zeitnahe Vollstreckung durch staatliche Gerichtsvollzieher ist gewährleistet.

Deutsches Recht hat eine große Geschichte und es hat seine Qualität in den Umwälzungen der vergangenen Jahrzehnte bewiesen. Nach dem Zweiten Weltkrieg war es Grundlage des als Wirtschaftswunder bezeichneten rasanten Aufschwungs unter den Bedingungen eines hoch entwickelten sozialen Rechtsstaates. Die gesellschafts- und sozialpolitischen Herausforderungen nach der Wiedervereinigung hätten ohne ein in ganz Deutschland akzeptiertes Recht mit ausgewogenen Lösungen nicht bewältigt werden können.

Für die Anwaltschaft und das Notariat verbinden sich mit der Darstellung der Vorzüge unseres Rechts auch legitime wirtschaftliche Erwartungen; die Richterschaft beteiligt sich, weil erstmals alle Rechtspflegeberufe in einer Wertegemeinschaft unsere rechtlichen Lösungen offensiv vertreten und den Gerichtsstandort Deutschland stärken, der durch die zunehmende Vereinbarung internationaler Schiedsgerichtsverfahren an Definitionsmacht und Bedeutung zu verlieren droht. Die Richter tragen die Lobbyarbeit mit, weil sie stolz sind auf ihr Recht.

Im November 2008 ist das „Bündnis für das deutsche Recht“ mit einer gemeinsamen Broschüre „Law – Made in Germany“ an die Öffentlichkeit getreten¹. Adressaten sind inländische, insbesondere aber auch ausländische Unternehmen, für deren Investitionen und Verträge das deutsche Recht einen optimalen Rahmen sowohl für eine vorsorgende Rechtspflege als auch für spätere Gerichtsprozesse bieten kann. Die eigenen Stärken und Vorzüge im Rahmen eines fair competition der verschiedenen Rechtssysteme werden selbstbewusst benannt. Gerade für den exportorientierten Mittelstand ist deutsches Recht vorteilhaft. Seine Effizienz spart Zeit und damit wertvolle Ressourcen. Es hat sich erwiesen, dass seine Vorhersehbarkeit streitvermeidend wirkt. Rechtsberatungs- und Gerichtskosten sind berechenbar und im internationalen Vergleich günstig. Es lohnt sich auch wirtschaftlich, deutsches Recht zur Grundlage von Vertragsbeziehungen zu machen.

Von der inzwischen vergriffenen Auflage von 50.000 Schriften – eine Neuauflage ist für 2012 geplant – wurden etwa 33.000 Exemplare an Abgeordnete gegeben und über Bundes- und Landesministerien, Auslandsvertretungen, Handelskammern, Industrie-Handwerks, Banken- und Versicherungsverbände, politische Stiftungen, staatliche Stiftungen zur Rechtsberatung, Universitäten und über die Bündnispartner selbst vertrieben. Weitere 17.000 Exemplare konnten verkauft werden.

Die Reaktion auf die Schrift war durchweg positiv: Die Presse hat schnell erkannt, dass es dem Bündnis nicht um Rechtschauvinismus, sondern um die Vermittlung rechtlicher

1 www.lawmadeingermany.de

Lösungen geht, die den Anwendern unmittelbaren Nutzen bringen. In Kommentaren wurden die Vorzüge berechenbaren Rechts wieder wahrgenommen.

Das „Bündnis für das deutsche Recht“ und die Broschüre „Law – Made in Germany“ sind inzwischen allseits bekannte anerkannte „Marken“.

Auch die deutsche Rechtspolitik hat reagiert:

Um das deutsche Recht und die deutsche Justiz, die beide international hohe Anerkennung genießen, weiter zu stärken, ist ein Gesetzentwurf eingebracht worden, der die Möglichkeit vorsieht, in Deutschland bei den Landgerichten Kammern für internationale Handelssachen einzurichten, vor denen Rechtsstreitigkeiten in englischer Sprache geführt werden können. In Deutschland gibt es zahlreiche Richterinnen und Richter, die die englische Sprache – einschließlich der Fachsprache – hervorragend beherrschen.

Derzeit ist grundsätzlich nur Deutsch als Gerichtssprache zugelassen. Ausländische Vertragspartner und Prozessparteien schrecken oft davor zurück, in einer fremden, für sie nur im Wege der Übersetzung verständlichen Sprache vor einem deutschen Gericht zu verhandeln. Das hat Auswirkungen nicht nur auf die Wahl des Gerichtsstandes, sondern schon auf die Frage der Rechtswahl. Das deutsche Recht wird trotz seiner Vorzüge kaum gewählt, wenn als Gerichtsstand ein Gericht in einem anderen Staat vereinbart ist, vor dem in englischer Sprache als „lingua franca“ des internationalen Wirtschaftsverkehrs verhandelt werden kann. Bei internationalen Rechtsstreitigkeiten sind die zugrunde liegenden Verträge und die Kommunikationen zwischen den Parteien regelmäßig in englischer Sprache gehalten. Wird eine Kongruenz zwischen der Vertragssprache und der Sprache des gerichtlichen Verfahrens hergestellt, kann dies zu einer größeren Rechtssicherheit führen.

Der Gerichtsstandort Deutschland wird durch die Einführung von Englisch als Gerichtssprache in hohem Maße an Attraktivität gewinnen. Deutsche Kammern für internationale Handelssachen werden bedeutende wirtschaftsrechtliche Verfahren anziehen, die bisher entweder vor Schiedsgerichten oder im englischsprachigen Ausland verhandelt werden. Die zunehmende Vereinbarung des Gerichtsstandortes Deutschland wird auch die vermehrte Wahl des deutschen Rechts als auf internationale Vertragsverhältnisse anwendbares Recht nach sich ziehen.

Das Bündnis für das deutsche Recht hat sich in allen Aktivitäten immer in der Tradition und in der Einbindung in das kontinentaleuropäische Recht insgesamt gesehen.

Es war daher ein logischer und konsequenter Schritt, dass sich 2010 das Bündnis für das deutsche Recht und die französische *Fondation pour le droit continental* zu einer deutsch-französischen Initiative zur Stärkung des kontinental(-europäischen) Rechts zusammenschlossen und die Vorzüge ihrer Rechtsordnungen in einer mit einer Auflage

von 25.000 Exemplaren herausgegebenen Broschüre „Kontinentales Recht“ vorgestellt haben².

Diese Broschüre wurde im Februar 2011 in Berlin im Beisein der Bundesjustizministerin und in Paris in Anwesenheit des französischen Justizministers der Öffentlichkeit übergeben. Die Weltkarte auf dem Umschlag der Broschüre zeigt eindrucksvoll die Verbreitung des kontinentalen Rechts. In Anlehnung an die zunächst national ausgerichtete Broschüre „Law – Made in Germany“ klärt die bilateral in einem Team von Richtern, Rechtsanwälten und Notaren erarbeitete Broschüre zum kontinentalen Recht – vor allem an Anwendungsbeispielen aus Deutschland und Frankreich – über die Vorteile der kontinentaleuropäischen bzw. kontinentalen Rechtssysteme auf und wirbt für deren Anwendung bei grenzüberschreitend tätigen Unternehmen und Juristen, die in einem internationalen Umfeld beraten.

Die Zusammenarbeit ist von höchster kollegialer Offenheit geprägt. Sie hat bei den Beteiligten beider Länder prägende Erkenntnisse zu den vielfältigen Übereinstimmungen im Recht erbracht. Aufgreifen werden wir in Deutschland den von der *Fondation pour le droit continental* verfolgten Ansatz, den Wert der kontinentaleuropäisch organisierten Rechtspflege für die nationale gesamtwirtschaftliche Entwicklung und für das Bruttoinlandsprodukt zu ermitteln.

Dass Frankreich und Deutschland aus gemeinsamen Wurzeln der Rechtsentwicklung auch gemeinsam für die Vorzüge des kontinentaleuropäischen Rechts streiten, hat viele Beobachter überrascht, hat zugleich aber auch eindrucksvoll die Ernsthaftigkeit des Anliegens unterstrichen. Die Deutsche Industrie- und Handelskammer wird nun aus diesem Eindruck bei der Erstellung der Neuauflage der Broschüre „Law – Made in Germany“ mitwirken. Damit ist dem Bündnis die Einbindung der Wirtschaft gelungen, die sich – im Gegensatz zu großen Firmen in Frankreich – zuvor zurückhaltend gezeigt hatte.

Auch im Ausland hat die gemeinsame Broschüre Beachtung gefunden, insbesondere bei Ländern mit kontinentalen Rechtstraditionen. Anfragen aus Brasilien, Mexiko, Kolumbien, Russland und Spanien, die Broschüre in ihre Landessprachen zu übersetzen, werden derzeit gerade umgesetzt. Nach unserer Erfahrung besteht vor allem in den Nachfolgestaaten der ehemaligen Sowjetunion großes Interesse am deutschen bzw. kontinentalen Wirtschaftsrecht.

Beide Broschüren können über die Internetseiten entweder kostenfrei heruntergeladen oder gegen geringes Entgelt in gebundener Fassung bestellt werden. Die zahlreichen Veranstaltungen der deutschen Berufsorganisationen im Ausland, in denen für die Anwendung des deutschen bzw. kontinentalen Rechts geworben wird, werden auf diesen Seiten aufgelistet.

Die deutschen Bündnispartner sind auch Teil einer engen Kooperation deutscher Stellen im Bereich der internationalen rechtlichen Zusammenarbeit.

2 www.continentallaw.eu

Deutschland misst der Beteiligung an Rechtstransformationsprozessen in anderen Ländern einen hohen Stellenwert zu.

Wir können bei der Beratung anderer Staaten im Rahmen von Rechtstransformationsprozessen auf die besondere innerdeutsche Erfahrung im Zuge der deutschen Wiedervereinigung zurückgreifen, mussten doch im Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands vom 31. August 1990 nicht nur zwei unterschiedliche Staatssysteme zu einem zusammengeführt, sondern auch divergierende Rechtsordnungen harmonisiert werden.

In seiner Ausgestaltung erweist sich das deutsche Angebot an Rechtsberatung als ein durchaus vielstimmiger Chor. Am Erfahrungsaustausch und gegenseitigen Wissenstransfer sind verschiedene Ministerien – vor allem das Bundesministerium der Justiz, das Auswärtige Amt und das Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung – sowie deren nachgeordnete Institutionen – insbesondere die Deutsche Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit (IRZ-Stiftung)³ und die Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ)⁴ beteiligt. Daneben bieten die politischen Stiftungen⁵ der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien ein breites Spektrum rechtlicher Beratungsleistungen in vielen Ländern an⁶. Der Deutsche Richterbund stellt als größter Berufsverband der deutschen Richter und Staatsanwälte für all diese Ministerien, Behörden und Organisationen auf Anfrage seine Rechtsexperten zur Verfügung, um die Expertise der deutschen Justiz in den Erfahrungsaustausch einfließen zu lassen.

So ist der Deutsche Richterbund fester Partner an den vom Bundesministerium der Justiz geleiteten jährlichen Rechtsstaatsdialogen mit der Volksrepublik China und mit der Sozialistischen Republik Vietnam. Der deutsch-chinesische Rechtsstaatsdialog ist ein Forum, in welchem auf hoher Ebene offen über Gemeinsamkeiten und unterschiedliche Ansatzpunkte auf dem Gebiet der Menschenrechte, bei der Ausgestaltung des Rechtsstaates oder beim Aufbau eines Rentensystems, aber auch über wirtschaftsrechtliche Themen diskutiert wird. Angesichts der Bedeutung von Investitionen deutscher Unternehmen in China das Recht der unlauteren Handlungen im Wettbewerb von großer praktischer Relevanz. Bei aller Bedeutung eines effektiven Vorgehens gegen unlauteren Wettbewerb müssen im Rechtsstaat jedoch die Gesetze zugleich dem Leitbild des mündigen Bürgers und Verbrauchers gerecht werden. Im September 2011 war ich anlässlich

3 Deutsche Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit e.V., www.irz.de.

4 Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit GmbH, www.giz.de.

5 CDU: Konrad-Adenauer-Stiftung (KAS), SPD: Friedrich-Ebert-Stiftung (FES), FDP: Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit (FNST), GRÜNE: Heinrich-Böll-Stiftung, CSU: Hanns-Seidel-Stiftung, DIE LINKE: Rosa-Luxemburg-Stiftung.

6 www.interjus.de

des deutsch-chinesischen Rechtsstaatsdialoges als Referent zu einem strafrechtlichen Thema in China.

Ziel der zwischen Deutschland und Vietnam vereinbarten Rechtsstaatsinitiative ist es, durch das bessere Verständnis der vietnamesischen Traditionen und Kultur einen gemeinsamen Beitrag zur Durchsetzung von rechtsstaatlichem Denken und Handeln zu leisten, das eine effektive Respektierung der Menschenrechte einschließt. Unter diesem Leitgedanken der Rechtsstaatsförderung sollen die Reformen der Justiz und des Rechtssystems in Vietnam weiter begleitet werden. Zentrale Themen dieses Dialoges waren und sind insbesondere auch die Beratungen bei zivil- und wirtschaftsrechtlichen Modernisierungsprozessen. Im Oktober 2011 endete ein Workshop der gemeinsamen Arbeitsgruppe „Gesetzesreform zum Zivilgesetzbuch“ in Vietnam. Anfang Oktober hat der Deutsche Richterbund als Spitzenorganisation der deutschen Justiz an einer Reise nach Vietnam teilgenommen, um die bisher erbrachten Ergebnisse dieses Dialoges zu evaluieren und die strategischen Weichenstellungen für dessen Fortsetzung zu stellen.

Eine gewichtige Rolle im Spektrum der rechtsberatenden Angebote bei Transformationsprozessen von deutscher Seite spielen die *Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit (IRZ)* und die *Gesellschaft für internationale Zusammenarbeit (GIZ)*.

Die IRZ-Stiftung wurde 1992 auf Initiative des ehemaligen Bundesministers der Justiz und Außenministers Dr. *Klaus Kinkel* gegründet. Seither berät die Stiftung die Partnerstaaten in Mittel-, Ost- und Südosteuropa, die Russische Föderation und die neuen unabhängigen Staaten der ehemaligen Sowjetunion nachhaltig bei der Reformierung des Rechtssystems und des Justizwesens. Als weitere regionale Tätigkeitsbereiche sind die Staaten Zentralasiens, des Nahen Ostens und Vietnam hinzugekommen. Die jüngsten Umwälzungen in Nordafrika haben dazu geführt, dass Bundesregierung und IRZ-Stiftung den vom Freiheitswillen der Bevölkerung getragenen Wunsch zur Reformierung des Rechts- und des Justizwesens zum Ausbau einer demokratischen Zivilgesellschaft und eines Rechtsstaats unter Beachtung nationaler Rechtstraditionen mit Nachdruck unterstützen wollen, auch um zur Verwirklichung von Menschen- und Bürgerrechten beizutragen. Neben der Schaffung rechtsstaatlicher Verfassungsstrukturen, einer Demokratisierung der Gesellschaft und einer Stärkung der unabhängigen Justiz wird auch in den Ländern des arabischen Frühlings die Herstellung einer stabilen Zivil- und Wirtschaftsrechtsordnung eine Kernaufgabe sein, um privatrechtliche Betätigungen zu fördern und um die Voraussetzungen für einen breiteren Wohlstand für alle zu ermöglichen.

Die GIZ ist mit Wirkung zum 1. Januar 2011 aus der Verschmelzung der Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), der Internationalen Weiterbildung und Entwicklung (Inwent) und dem Deutschen Entwicklungsdienst (DED), also unterschiedlichen in der Entwicklungshilfe tätigen Institutionen, hervorgegangen. Der GIZ kommt die grundsätzliche Aufgabe der Ausführung der durch den Auftraggeber vereinbarten

„technischen“ Zusammenarbeit zu. Diese besteht vor allem aus Beratung, Finanzierungsbeiträgen, Entwicklungsleistungen, Aufbau und Förderung von Projektträgern, Bereitstellung von Ausrüstung und Material und der Erstellung von Studien und Gutachten. Neben diesen rein technisch orientierten Leistungen bietet die GIZ zunehmend auch Beratungen bei Rechtstransformationsprozessen an, die in ihrer Ausgestaltung im Wesentlichen derjenigen der IRZ-Stiftung entsprechen.

Selbst in den Kernländern des angloamerikanischen Rechts gibt es erste Erfolge der Überzeugungsarbeit:

Wesentliche Vorzüge des deutschen Rechts haben es geschafft, sogar Bestandteil des Vorwahlkampfes um das amerikanische Präsidentenamt zu werden. Einer der aussichtsreichsten Präsidentschaftskandidaten der Republikaner, der Texaner *Rick Perry*, gab jüngst zum Auftakt des traditionell in Iowa beginnenden US-Vorwahlkampfes zu Protokoll, es gelte zu unterbinden, dass zu viele Unternehmen durch sinnlose Klagen behindert würden. Diese müssten Unsummen für Verteidigerhonorare aufwenden. Als Lösung schlug er die landesweite Einführung jener Prozesskostenregel vor – der Verlierer einer Klage muss bezahlen –, die sich nicht nur in Deutschland, sondern auch in anderen Ländern mit kontinentalem Recht unter dem Begriff des Unterliegensprinzips bewährt hat. Die deutsche Zivilprozessordnung besagt hingegen, dass der Verlierer eines Rechtsstreits entsprechend der Obsiegsquote der anderen Partei neben seinen eigenen Anwaltskosten die Gerichtskosten sowie die Anwaltskosten des Prozessgegners zu übernehmen hat. Eine entsprechende Regelung hat Perry im texanischen Recht bereits eingeführt.

Diese Werbung für einen Eckpfeiler des deutschen Zivilprozessrechts ist ein bedeutender Wandel, wird doch in den USA derzeit noch die „American Rule“ im Kostenrecht, wonach bei einem Rechtsstreit unabhängig von dessen Ausgang jede Partei ihre Kosten selbst zu tragen hat, mit dem Anspruch auf Zugang zu den Gerichten gleichgesetzt.

Die „American Rule“ soll den Zugang zu den Gerichten erleichtern. Dies entspricht einem gesellschaftlichen Grundverständnis, das die Lösung von sozialen Konflikten häufig privatisiert und nur den gerichtliche Rechtsschutz als Ausgleich für fehlende gesetzliche Regelungen, etwa zum Verbraucherschutz oder zur Sozialversicherung vorsieht.

In anglo-amerikanischen Rechtskreisen besteht die Tendenz, wenn etwa bei Personenschäden keine gesetzliche Unfallversicherung einspringt, dass die Kläger mit Schadensersatzklagen ihre Existenz und ihren Lebensstandard abzusichern versuchen. Dabei können die Gerichte neben dem Ersatz der tatsächlich entstandenen Schäden auch einen Strafschadensersatz („punitive damage“) verhängen, dessen generalpräventive Wirkung Unternehmen zu größerer Sorgfalt in der Zukunft anhalten soll.

Gerade von der Aussicht auf den Strafschadensersatz („punitive damage“) geht ein beträchtlicher Anreiz zu rechtlich zweifelhaften Klagen aus. Dieser wird durch kein

Kostenrisiko gezügelt, da der Kläger wegen der „American Rule“ für die gegnerischen Anwaltskosten nicht aufkommen muss und die Klägeranwälte häufig auf Basis von Erfolgshonoraren arbeiten. Klagen gegen solvente Unternehmen wegen schädigender Produkte oder bei ärztlichen Behandlungsfehlern sind in den Vereinigten Staaten zu einem überwiegend von wirtschaftlichen Interessen geleiteten anwaltlichen Geschäftsmodell geworden, das Bedürftige weitgehend von der Rechtsgewährung ausschließt

Für amerikanische Unternehmen sind solche Klagen ein beträchtliches Risiko, da die Höhe eines möglichen Schadensersatzes schwer zu kalkulieren ist und auch offensichtlich abwegige Klagen eine intensive, kostenträchtige anwaltliche Vertretung erfordern.

Es ist ein Teufelskreis entstanden aus hohen Schadensersatzansprüchen, hohen Anwaltshonoraren und hohen Versicherungsprämien.

Das Gesetz, wonach die Gerichte künftig besonders aussichtslose Klagen kurzfristig abweisen und dem Kläger auch die Kosten der Gegenseite auferlegen können, ist in Texas zum 1. September 2011 in Kraft getreten. Es stößt bei Gewerkschaften und Anwälten auf Widerstand, die einen erschwerten Zugang zu den Gerichten befürchten. Mit einem Studium unserer Prozessordnung ließen sich diese Ängste sehr schnell widerlegen.

Aber nicht nur das Unterliegensprinzip oder die kritische Infragestellung der *punitive damages* hat das Interesse des angloamerikanischen Rechtskreises geweckt. Im sog. Jackson Report⁷ für England und Wales, einer zusammenfassenden Analyse zu den Kosten der britischen Zivilprozesse, heißt es gleich zu Beginn in einer Art Eingeständnis:

In bestimmten Bereichen behindern die bisweilen exzessiven Kosten in Zivilverfahren die Parteien bei der Durchsetzung ihrer Rechte.

Während der Jackson Report dem Unterliegensprinzips verhalten bis kritisch gegenübersteht, wird hingegen die Einführung streitwertabhängiger Verfahrensgebühren wie in unserem Recht angeregt.⁸ Die Erkenntnis scheint sich durchzusetzen, dass streitwertabhängige Gerichtskosten und Anwaltsgebühren den Vorteil ihrer Vorhersehbarkeit und Planbarkeit haben.

Es wird eine spannende und lohnende Aufgabe bleiben, dass wir uns in Deutschland auch künftig dem globalen Wettbewerb der Rechtsordnungen stellen.

7 Jackson Report, Review of Civil Litigations Costs: Final Report, 2009 (Jackson Report): <http://www.judiciary.gov.uk/NR/rdonlyres/8EB9F3F3-9C4A-4139-8A93-56F09672EB6A/0/jacksonfinalreport140110.pdf>.

8 Jackson Report, S. 463.

Rechtstransfer und globaler Wettbewerb zwischen Rechtssystemen

Mikio Tanaka *

- I. Einleitung
- II. Geschichte des Rechtstransfers *nach* Japan
- III. Rechtsgebiete mit umfangreichen Anpassungen
 - 1. Familienrecht
 - 2. Arbeitsrecht
- IV. Rechtstransfer und Rechtskultur
 - 1. Religion und Rechtskultur
 - 2. Fehlen allgemeinen Vertrauens in den Bürger und „verwässerte Demokratie“
 - 3. Weitere Beispiele für Eigenheiten der japanischen Rechtskultur
 - 4. Konflikt zwischen rezeptierten Rechtssystemen und lokaler Rechtskultur – ein Beispiel
- V. Akkulturation
- VI. Rechtstransfer *aus* Japan?
- VII. Fazit

I. EINLEITUNG

Während Deutschland sich in letzter Zeit strategisch für einen Transfer seines Rechtssystems in andere Staaten engagiert, lassen sich in Japan keine derartigen Bestrebungen erkennen. Im Folgenden sollen mögliche Gründe der unterschiedlichen Einstellung in Bezug auf den Rechtstransfer untersucht werden.

II. GESCHICHTE DES RECHTSTRANSFERS *NACH* JAPAN

Das erste zentralistische Rechtssystem in der japanischen Geschichte war der *Taihô*-Kodex aus dem Jahr 701 (*Taihô ritsuryô*) mit Schwerpunkten im Straf- und Verwaltungsrecht. Nach der Niederlage des mit Japan verbündeten innerkoreanischen Königreichs *Baekje* gegen das von China unterstützte *Silla* im Jahr 663 begann Japan, ein Rechtssystem in Anlehnung an das der chinesischen *Tang*-Dynastie aufzubauen, ohne jedoch die japanische Kultur zu ändern. Diesem Ansatz lag das Prinzip des *wakon kansai* („japanischer Geist, chinesische Gelehrsamkeit“) zugrunde. Dieses System bestand bis zum Zusammenbruch des *Ritsuryô*-Systems im Mittelalter fort.

* Rechtsanwalt, Partner, City-Yuwa Partners, Toyko.

Die *Meiji*-Restauration von 1867 beendete die 260 Jahre andauernde Feudalherrschaft des Schwertadels und ersetzte die tradierte Rechtsordnung durch ein westliches Rechtssystem. Diese Entwicklung ist vor dem Hintergrund der sprunghaften Machtzunahme westlicher Staaten infolge der industriellen Revolution seit den 1760er Jahren zu sehen, die einen Wettlauf um Kolonien in Asien ausgelöst hatte. Die Niederlage Chinas im Opiumkrieg (1840) sowie der demütigende Vertrag von Nanking (1842) hatten in Japan einen Umschwung bewirkt, wo man sich in der Folge darum bemühte, mittels rascher und grundlegender Modernisierung aller gesellschaftlichen Bereiche – einschließlich Technologie, Bildung und Rechtssystem – seine Position zu stärken und so seine Unabhängigkeit zu bewahren. Wiederum geschah dies jedoch weitgehend ohne Änderung der japanischen Kultur (sog. *wakon yōsai*, d.h. japanischer Geist, westliche Gelehrsamkeit). Dabei orientierte man sich nun an den Rechtsordnungen der europäischen Staaten, welche die Hegemonialmacht China in die Knie gezwungen hatten. Der Fokus lag hierbei auf dem zu der Zeit zentralistisch geprägten, deutschen Rechtssystem.

Nach dem Zweiten Weltkrieg wurde der Rahmen des vom kodifizierten Recht geprägten, kontinentaleuropäischen Rechts beibehalten; es fanden jedoch rasch Rechtskonzepte des Siegers, d.h. amerikanischen Rechts, Eingang ins japanische Recht: Wesentliche Bereiche waren das Wirtschaftsrecht (Handels-, Kapitalmarkt-, Kartellrecht usw.) und die Verbraucherschutzgesetze (z.B. das Produkthaftungsrecht). Insbesondere die Einführung der Aktionärsklage¹ und interner Kontrollsysteme wären ohne den Einfluss des amerikanischen Rechts (*derivative action*, *Sarbanes-Oxley Act*) nicht denkbar gewesen. Es gab aber (und gibt immer noch) energischen kulturell bedingten Widerstand gegen stark marktwirtschaftlich orientierte Gestaltungen.

Aus den oben genannten Beispielen lassen sich folgende Gemeinsamkeiten ableiten:

- (i) Tiefgreifende Reformen des Rechtssystems in Japan wurden in allen drei der genannten historischen Fälle durch äußere Bedrohungen ausgelöst.
- (ii) Man orientierte sich stets am Rechtssystem des zum jeweiligen Zeitpunkt stärksten Landes (welches gleichzeitig die jeweilige „Bedrohung“ für Japan darstellte: China, die europäischen Großmächte, dann die USA).
- (iii) In vielen Fällen brachten die Rechtstransfers nach Japan Konflikte mit der eigenen Kultur mit sich.

Wenn beim Transfer von Rechtsinstitutionen Konflikte zwischen dem ausländischen Vorbild und der japanischen Rechtskultur entstehen, können sich insbesondere folgende Situationen ergeben:

- (i) In Rechtsbereichen, in denen erhebliches Konfliktpotenzial besteht, wird das jeweilige Rechtssystem entweder gar nicht nach Japan „importiert“, oder es wird erst nach umfangreichen Anpassungen eingeführt.

1 Heute Artt. 847 ff. Gesellschaftsgesetz (*Kaisha-hō*), Gesetz Nr. 86/2005 i.d.F. des Gesetzes Nr. 74/2009; engl. Übers. verfügbar unter <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/>.

- (ii) In Rechtsgebieten, die weniger konfliktgeladen sind, werden keine bzw. nur geringe Anpassungen vorgenommen, was zur Folge hat, dass die japanische Rechtskultur an das jeweilige importierte Rechtssystem angepasst werden musste.

III. RECHTSGEBIETE MIT UMFANGREICHEN ANPASSUNGEN

Als Rechtsgebiete mit hohem Konfliktpotenzial (oben (i)) lassen sich die folgenden Beispiele anführen:

1. Familienrecht

Typisches Beispiel eines solches Rechtsgebietes war das Familienrecht: Der 1890 veröffentlichte Entwurf zum japanischen Zivilgesetz stieß aufgrund seiner individualistischen Prägung auf Protest, da er die dem tradierten Haussystem der Familien (*ie seido*) zugrundeliegende, hierarchische Ordnung des Konfuzianismus zerstöre. Bis dahin waren die Begriffe *minpô* (Zivilrecht) oder sogar *kenri* ((subjektives) Recht) unbekannt. Professor *Yatsuka Hozumi* von Universität Tokyo kritisierte damals: „*Minpô idete, chûkô horobu*“ („Zivilrecht geboren – Loyalität und Pietät gestorben“). Diese in Japan berühmte Kritik und weiterer Widerstand führten schließlich zu einem japanischen Zivilgesetz² mit zahlreichen konfuzianischen Elementen im Kapitel des Familienrechts (z.B. umfangreiche feudalistische Rechte des Familienoberhaupts) welches 1898 in Kraft trat. Nach dem Zweiten Weltkrieg wurde dieses Familienrecht jedoch von der Alliierten, sprich der amerikanischen Besatzungsmacht umfassend demokratisiert. Dabei wurden die feudalistischen Elemente eliminiert, da die Besatzungsmacht den Standpunkt vertrat, dass ein feudal geprägtes Familienrecht der Demokratisierung Japans hinderlich sein würde.

2. Arbeitsrecht

Ein weiteres Beispiel war und ist das Arbeitsrecht. In der hierarchisch organisierten konfuzianischen Gesellschaft gilt es als Tugend, dass der sozial „höher“ Stehende (z.B. die Geschäftsführung) dem sozial „niedriger“ Gestellten (z.B. dem Arbeitnehmer) seine Gunst erweist, aber eine Geltendmachung von Rechten auf „gleicher Ebene“ durch Arbeitnehmer gegenüber Arbeitgebern wird durch konservativ eingestellte Personen immer noch als Frechheit angesehen. Das deutsche Prinzip der Arbeitnehmermitbestimmung wäre in Japan völlig undenkbar.³ Japanische Arbeitgeber, die ständig zehn oder mehr Arbeitnehmer beschäftigen, müssen gemäß Artt. 89 ff. Arbeitsstandardgesetz⁴ eine

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

3 Siehe auch M. TANAKA, Mitbestimmung in Japan?, in: JapanMarkt 11 (2009) 34.

4 *Rôdô kijun-hô*, Gesetz Nr. 49/1947 i.d.F. des Gesetzes Nr. 89/2008; engl. Übers. verfügbar unter: <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law>.

shūgyō kisoku (Betriebsordnung, inhaltlich vergleichbar mit allgemeinen Arbeitsbedingungen) aufstellen und bei der zuständigen Arbeitsaufsichtsbehörde einreichen. Da eine „Vertragskultur“ in Japan weniger verbreitet ist, spielen diese Betriebsordnungen im japanischen Arbeitsrecht eine entscheidende Rolle. Obwohl der Arbeitnehmerschutz durch umfassende Rechtsprechung gestärkt worden ist, sind die Unterschiede hinsichtlich Gestaltung und Konzept des Arbeitsrechts in Japan und Deutschland beträchtlich. So ist das Arbeitsrecht (z.B. die Rechtsnatur der Betriebsordnungen) eines der typischen Gebiete, bei denen japanische Juristen Schwierigkeiten haben, sie westlichen Juristen zu erklären.

Es gibt jedoch Rechtsmaterien, die ebenfalls erst nach umfangreichen Anpassungen in Japan eingeführt wurden, bei denen solche Unterschiede aber nicht auf die Rechtskultur zurückzuführen sind. Dazu gehören das Sachenrecht und das Vertriebsrecht. Das Sachenrecht Japans kennt zum Beispiel kein Abstraktionsprinzip. Ferner werden Grundstücke und darauf befindliche Gebäude rechtstechnisch als getrennte Immobiliargüter behandelt.⁵ Auch im Bereich des Vertriebsrechts weichen die beiden Rechtssysteme stark voneinander ab.⁶ So kennt das japanische Recht den Begriff des verschuldungsabhängigen Ausgleichsanspruchs (§ 89b HGB) nicht, wie er in der EG-Richtlinie über Handelsvertreter geregelt ist. Diese Unterschiede stehen jedoch nicht in einem direkten Zusammenhang mit der Rechtskultur.

IV. RECHTSTRANSFER UND RECHTSKULTUR

Viele Rechtsmaterien, die ohne oder nur mit geringen Anpassungen in Japan eingeführt worden sind, führten zu Konflikten mit der lokalen Rechtskultur. Im folgenden Abschnitt wird erläutert, wie Japan, das eine eigene Rechtskultur entwickelt und bis 1867 nur den Feudalismus als Staatsform gekannt hatte, plötzlich mit dem Import eines westlichen Rechtssystems konfrontiert wurde und wie dieses nach einer Zeit der Konflikte langsam Fuß fassen konnte. Um den Ursprung dieser Spannungsfelder besser zu verstehen, wird im Folgenden die japanische Rechtskultur mit derjenigen, die dem westlichen Rechtssystem zugrunde liegt, verglichen.

1. *Religion und Rechtskultur*

Letzten Endes werden alle Gesetze von Menschen angewandt, die in einer bestimmten Rechtskultur leben. Um die prägenden Rechtskulturen zu vergleichen, soll kurz die Religion Japans den monotheistischen Religionen gegenübergestellt werden: Laut Statistik des Kulturamts (Stand: 31.12.2005) sind ca. 84 % der Japaner Shintoisten und 71 %

5 Siehe auch M. TANAKA, *Perfektion unter japanischem Recht – Immobilien*, in: *JapanMarkt* 8 (2008) 23.

6 Siehe M. MARTINEK / F. SEMLER / S. HABERMEIER / E. FLOHR (Hrsg.), *Handbuch des Vertriebsrechts*, 1784 ff. (München 2010).

Buddhisten. Bei der aktuellen Bevölkerungszahl Japans von ca. 128 Mio. würde dies 107 Mio. Shintoisten und 98 Mio. Buddhisten bedeuten. Das heißt, daß viele Japaner zwei Religionen haben (man spricht auch vom sog. religiösen Synkretismus), wobei der Shintoismus nur in Japan existiert.

Anders als das Christentum ist der Shintoismus ein polytheistischer Glaube (mit ca. 8 Millionen, teils gewaltsamen Göttern), der nicht über einen Kanon konkreter Gebote oder Verbote verfügt, wie etwa die Bibel oder der Koran. Somit existiert im Shintoismus kein Konzept einer „absoluten Gerechtigkeit“. Die Tatsache, dass der Gedanke einer absoluten Gerechtigkeit, wie man sie in monotheistischen Religionen kennt, in Japan nur schwach ausgeprägt ist, mag mit dazu beigetragen haben, dass die japanische Gesellschaft relativ flexibel auf die grundlegenden Umwälzungen der Rechtssysteme nach der *Meiji*-Restauration und dem Zweiten Weltkrieg reagiert hat. Man könnte diese Flexibilität aus anderer Perspektive auch mit dem Sprichwort „*kateba kangun*“ beschreiben, was so viel bedeutet wie „Wer die Schlacht gewinnt, ist die legitime Armee“, d.h. die Regeln des Siegers werden als „Gerechtigkeit“ anerkannt.

Der Konfuzianismus ist eine aus China nach Japan gelangte Philosophie, die auch großen Einfluss auf die japanische Rechtskultur genommen hat.⁷ Der monotheistische Charakter des Christentums wurde als Gefahr für das konfuzianisch geprägte Feudalsystem wahrgenommen, das blinden Gehorsam gegenüber dem Herrscher forderte, und so war die Zugehörigkeit zum Christentum in Japan zeitweise bei Todesstrafe verboten.

2. *Fehlen allgemeinen Vertrauens in den Bürger und „verwässerte Demokratie“*

Es lässt sich der Standpunkt vertreten, dass Voraussetzung für ein demokratisches Rechtssystem eine „westliche“ Rechtskultur ist, in welcher der Bürger sich für gemeinnützige Themen interessiert, eigenständig über Gerechtigkeit nachdenkt und mit Fremden sachlich diskutiert. Die Gegebenheiten des traditionellen Japans unterschieden sich jedoch stark von der Situation westlicher Länder.

Im monotheistischen Christentum steht der Bürger von klein auf mit Gott (der Gerechtigkeit) in Verbindung, indem er – ohne die Vermittlung durch einen Herrscher – die gesammelten Gebote und Verbote der Bibel schon früh kennenlernt und sich darin übt, eigenständig über Gut und Böse nachzudenken.

Die Bürger Japans waren nach über 400 Jahren Herrschaft durch zentralistische Bürokratien an eine passive Haltung gewöhnt und ihr Bewusstsein für Eigenverantwortung war eher schwach ausgeprägt. Anfang des 17. Jahrhunderts war das Shogunat zunächst eine Militärregierung gewesen, doch mit der Stabilisierung der Gesellschaft entwickelte es sich unter der *Samurai*-Klasse zu einem ausgebauten bürokratischen Regierungsapparat des herrschenden Klassensystems. Nach dem Zusammenbruch des Shogunats bemühte man sich während der *Meiji*-Restauration ab 1867 mittels Reformen, die

⁷ Siehe auch M. TANAKA, Konfuzianismus und japanisches Recht, in: JapanMarkt 9 (2009) 30.

maßgeblich von einer zentralistischen Bürokratie vorangetrieben wurden, eine Kolonialisierung Japans durch den Westen zu verhindern. Auch nach der Niederlage im Zweiten Weltkrieg 1945 widmete man sich unter Federführung einer zentralistischen staatlichen Verwaltung dem Ziel des raschen Wirtschaftsaufbaus. Dies ist darauf zurückzuführen, dass in Japan seit Langem die Auffassung verbreitet ist, dass das Urteilsvermögen der Obrigkeit anerkennenswerter sei als das der Bürger (sog. *kanson minpi*). Ebenso hatte die Regierung allgemein wenig Vertrauen in den Bürger, der in westlichen demokratisch verfassten Rechtssystemen eine entscheidende Rolle spielen soll.

Trotzdem benötigte die *Meiji*-Regierung möglichst rasch ein demokratisch verfasstes, westlich-orientiertes Rechtssystem: Eines der wichtigsten politischen Ziele war die Revision der sogenannten „ungleichen Verträge“, die Japan mit verschiedenen westlichen Staaten Mitte des 19. Jahrhunderts zu schließen gezwungen gewesen war, in denen Japan keine Zollhoheit zugebilligt und den westlichen Vertragspartnerstaaten Extraterritorialität garantiert wurde. Da die westlichen Länder diese Verträge u.a. mit der Begründung rechtfertigten, dass das japanische Justizwesen unzulänglich sei, bemühte sich die Regierung um eine rasche Rezeption einer westlichen Rechtsordnung, um belegen zu können, dass man über ein modernes Justizsystem verfüge. Aber das Fehlen von allgemeinem Vertrauen in die Bürger, in eine demokratische Staatsform sowie eine Marktordnung führte letztendlich zu einer verwässerten bzw. – etwas übertrieben gesagt – Pseudo-Demokratie (und einer Pseudo-Marktwirtschaft), in welcher der staatlichen Verwaltung starke Eingriffsbefugnisse vorbehalten blieben. Die so geschaffenen Strukturen wurden auch als *nihon-gata shakai shugi* (Sozialismus japanischer Art) oder *Nippon KK* (Japan AG) bezeichnet und überlebten in Teilen bis zum Ende des 20. bzw. Anfang des 21. Jahrhunderts.

3. Weitere Beispiele für Eigenheiten der japanischen Rechtskultur

Wie dargestellt, beinhaltet der Shintoismus kein Wertesystem, das sich als Beurteilungskriterium für Gut und Böse heranziehen lässt, wie es z.B. in der Bibel oder im Koran, also in monotheistischen Religionen, der Fall wäre. Durch die hierarchiebewussten, konfuzianischen Wertvorstellungen in Japan besteht eine Tendenz, Entscheidungen der Vorgesetzten abzuwarten, anstatt sie selbst zu treffen. Fehlt eine solche Entscheidung des Vorgesetzten, so orientiert man sich rechts und links und verhält sich so, wie es andere tun – man geht also gewissermaßen mit der Masse. Dieses Phänomen wird *yokonarabi* genannt („Tue, was die Anderen tun!“). So zögert man allgemein, in Fällen, in denen eine Fehlentscheidung getroffen worden ist, die (gemäß individualitätsbetontem, westlich-konstruiertem Gesetz) rechtlich verantwortliche Person zur Rechenschaft zu ziehen.

Der *mura* (Dorf)-Mentalität folgend tendieren Japaner zudem dazu, sich verstärkt für Belange innerhalb der eigenen Gruppe (z.B. Gesellschaft) zu interessieren, während allgemeine Angelegenheiten außerhalb der eigenen Organisation vernachlässigt werden.

Daher mangelt es vielen Japanern heute noch an der Fähigkeit, mit „Fremden“ gelassen und sachlich zu diskutieren. So kommt es z.B. bei Hauptversammlungen selten vor, dass ein normaler Aktionär das Wort ergreift.⁸

Ein weiteres Phänomen in Japan ist die gesellschaftliche Praxis, deutlich zwischen offizieller Fassade (*tatema*) und ehrlichen Ansichten (*honne*) zu unterscheiden. In Verträgen traditionellen Stils kommen in diesem Sinne die wahren Absichten der Parteien kaum zum Vorschein und die Vertragstexte weisen oft inhaltlose, rhetorische Passagen auf. Ein weiteres Beispiel sind die zahlreichen Aktiengesellschaften (*kabushiki kaisha*, KK) in Japan. Des Ansehens wegen wählten viele Kleinbetriebe die KK anstelle einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (*yûgen kaisha*, YK) als Gesellschaftsform. Dies wurde lange Zeit toleriert, führte jedoch dazu, dass viele der komplizierten Vorschriften für die KK nur noch Fassade waren; zahlreiche KKs veranstalteten nicht einmal mehr ordentliche Hauptversammlungen. Das 2006 in Kraft getretene Gesellschaftsgesetz⁹ hat deshalb die Rechtsform der YK abgeschafft und stattdessen zahlreiche organisatorische Varianten der KK ermöglicht.

Der Begriff des *kotodama* (Seele der Sprache) spiegelt die Auffassung wider, dass unheilvolle Dinge nicht offen gesagt werden sollten, da sie sich sonst bewahrheiten könnten. Sie hatte zur Folge, dass in Japan Verträge nach westlichem Muster, die genaue Vorschriften für den Fall eventueller negativer Ereignisse (wie z.B. Insolvenz oder Tod) beinhalten, lange Zeit nicht verbreitet waren.

4. *Konflikt zwischen rezeptierten Rechtssystemen und lokaler Rechtskultur – ein Beispiel*

Auf diese Weise kann es zu rechtswidrigen Handlungen ganzer Organisationen kommen (so gibt es das japanische Sprichwort: „Gehen alle gemeinsam bei Rot über die Ampel, braucht man sich nicht zu fürchten.“). Diese Tendenz in Verbindung mit der beschriebenen Verschlossenheit der Dorf-Mentalität, welche den Vorteil für die eigene Organisation an erste Stelle stellt, bildet den Nährboden für große Unternehmensskandale und führt dazu, dass oft ein großer Bogen um demokratische Kontrolle und Transparenz gemacht wird. Das System der Aktionärsklage, die es – nach Vorbild der amerikanischen *derivative action* – Aktionären ermöglicht, gegen den Direktor des Unternehmens vorzugehen, hat jedoch frischen Wind in solch verschlossene Unternehmenskulturen gebracht. Trotz großen Widerstands hat dies zweifellos viel zur japanischen Corporate Governance beigetragen.¹⁰

8 Zum Kampf börsennotierter Gesellschaften gegen die organisierte Wirtschaftskriminalität, welche die traditionelle Rechtskultur ausnutzt, siehe M. TANAKA, Corporate Governance und Aktionärsklagen, Teile 1 bis 4, in: JapanMarkt 11 (2008) 31 bis 2 (2009) 34.

9 Zum Nachweis siehe Fn. 1.

10 Siehe dazu erneut Fn. 8.

V. AKKULTURATION

Es dauerte lange, bis man sich in Japan an den demokratischen Gedanken gewöhnt hatte, dass auch gesellschaftlich hochrangige Personen (z.B. ein Geschäftsführer) der Aufsicht unterliegen und von ihnen Transparenz gefordert wird, obwohl dies der hierarchischen Ordnung des Konfuzianismus widersprach.¹¹ Aber auch in zahlreichen anderen Bereichen hat sich mittlerweile Rechtsmaterie westlichen Ursprungs verwurzelt.

So ist die Aktionärsklage inzwischen weithin als Instrument der Corporate Governance anerkannt. Die problematische Konzentration von Hauptversammlungen vieler börsennotierter Aktiengesellschaften auf einen gemeinsamen Tag – den sog. *shûchû-bi* (Konzentrationstag)¹² – ist signifikant zurückgegangen. Zahlreiche gravierende gesellschaftliche Skandale¹³ sind durch *Whistleblowers*¹⁴ ans Licht gebracht worden. Auch die Kronzeugenregelung in Art. 7-2 (10) Antimonopolgesetz¹⁵ usw., welche zunächst als mit der japanischen Kultur unvereinbar kritisiert wurde, da sie dazu ermutige, Mitglieder der eigenen Gruppe anzuzeigen, wird inzwischen sowohl im Westen als auch in Japan angewendet; und auch die in der Vergangenheit lediglich als „notwendiges Übel“ angesehenen wettbewerbsbeschränkenden Absprachen und Kartelle werden in letzter Zeit strenger verfolgt.

Dieser Wandel ist vor dem Hintergrund zunehmender internationaler Transaktionen, Arbeits- und Studienaufenthalte im Ausland, bitterer Erfahrungen bei Rechtsstreitigkeiten mit ausländischen Unternehmen sowie dem breiten Zugang zu Informationen aus dem Internet zu sehen, was insgesamt dazu geführt hat, dass man häufiger mit der westlichen Rechtskultur konfrontiert wird.

VI. RECHTSTRANSFER AUS JAPAN?

Im Rahmen der Auslandshilfe leistet die japanische Föderation der Rechtsanwaltskammern JFBA (*Nihon Bengo-shi Rengô-kai*, entspricht der BRAK Deutschlands) gemeinsam u.a. mit der Entwicklungshilfeorganisation JICA (*Kokusai Kôryoku Kikô*) kontinuierlich Unterstützung beim Aufbau von Rechtssystemen anderer Länder (z.B. China, Kambodscha, Myanmar, Mongolei, Vietnam, Nepal). Dabei ist jedoch zu beachten, dass

11 Siehe auch M. TANAKA, Der Konflikt zwischen westlicher Compliance und japanischer Unternehmenskultur am Beispiel Olympus, in: JapanMarkt 12 (2011) 32.

12 Siehe auch M. TANAKA, Corporate Governance und Aktionärsklagen, Teil 2, in: JapanMarkt 12 (2008) 28.

13 Siehe auch M. TANAKA, *Tobashi* – Die wiederaufgetauchten Geister der 1990er, in: JapanMarkt 1 (2012) 32.

14 Siehe auch M. TANAKA, Das Whistleblower-Gesetz in Japan, in: JapanMarkt 2 (2012) 28.

15 Gesetz über das Verbot privater Monopolisierung und die Sicherung des freien und lautereren Wettbewerbs (*Shiteki dokusen no kinshi oyobi kôsei torihiki no kakuho ni kansuru hôritsu*), Gesetz Nr. 54/1947 i.d.F. des Gesetzes Nr. 51/2009; dt. Übers. bei H. IYORI / A. UESUGI / C. HEATH, Das japanische Kartellrecht (Köln 1994) 225 ff. (Stand 1992) .

in der Vergangenheit stets ein einseitiger Rechtstransfer *nach* Japan stattgefunden hat, d.h. eine fremde Rechtskultur rezipiert worden ist, weshalb in Japan die Denkweise, die eigene Rechtskultur in der Welt weiter zu verbreiten, schwach ausgeprägt ist. Ferner fehlt es an einer tragfähigen Strategie zur Internationalisierung der Rechtsinfrastruktur als Antwort auf die grenzüberschreitende Entwicklung der Wirtschaft (anders als z.B. in Deutschland, wo an einigen ausgewählten Gerichten mündliche Verhandlungen und Beweise in englischer Sprache zulässig sind).

Als Grund hierfür lässt sich anführen, dass in Japan das System der „großen Regierung und kleinen Justiz“ (sog. „20%-Justiz“) eine lange Tradition hat, um schnelle und grundlegende Reformen zu ermöglichen. Rechtsberatung ist also nicht als wichtiger Dienstleistungszweig wahrgenommen worden und im Allgemeinen lag der Gedanke fern, zur Erweiterung des Tätigkeitsfelds japanischer Rechtsanwälte das kodifizierte Recht in Entwicklungsländern oder Transformationsstaaten zu verbreiten. Infolgedessen dient die Unterstützung beim Aufbau von Rechtssystemen in anderen Ländern keinen strategischen Zielen, sondern geht über eine bloße „Hilfe“ nicht hinaus.

VII. FAZIT

Aufgrund eigener Erfahrungen mit dem Rechtstransfer aus anderen Ländern und den daraus resultierenden Schwierigkeiten und Problemen bei der Rezeption und Verankerung fremder Systeme in der eigenen Kultur hat Japan bisher keine Ambitionen entwickelt, sein eigenes Recht in andere Länder zu exportieren.

Der Rechtstransfer in Länder, die sich im Übergangsstadium aus dem Sozialismus befinden, setzt eine umfassende Reform des rechtlichen Grundkonzepts (wie ehemals in Japan) voraus. Bei einem Rechtstransfer muss jedoch – abgesehen von zentralen Werten wie Rechtsstaatlichkeit und Demokratie – immer die Anpassungsfähigkeit an die bestehende Rechtskultur berücksichtigt und so eine Feinabstimmung angestrebt werden. Andernfalls besteht das Risiko, dass das übertragene Recht nicht richtig Fuß fassen kann. Es wäre unangemessen, zu behaupten, dass eine bestimmte Rechtsordnung oder die Rechtskultur, die dieser zugrunde liegt, einen universellen Wert hat, und zu erwarten, dass andere Länder dieses Recht deshalb vorbehaltlos rezipieren.

III. KAPITEL

DIE EUROPÄISIERUNG UND MODERNISIERUNG DES SCHULDRECHTS

Europäisierung des deutschen Vertragsrechts: Unionsrecht und gemeineuropäische Entwicklung †

*Jens-Uwe Franck * / Karl Riesenhuber ***

- I. Zwei zusammenlaufende Entwicklungsstränge
 - 1. Grundlagen eines Vertragsrechts der Europäischen Union
 - 2. Gemeineuropäische Entwicklung
 - 3. Europarechtliche Entwicklung
 - 4. Konvergenz der Entwicklungsstränge
- II. Binnenmarktpolitische Grundfragen
 - 1. (Vertrags-)Rechtszersplitterung als Binnenmarkthemmnis?
 - 2. Verbraucherschutz als Binnenmarktförderung und Binnenmarkthemmnis
 - 3. Das optionale Instrument: Kein gordisches Schwert
 - 4. Ein Europäisches Vertragsrecht auch für Transaktionen zwischen Unternehmen?
 - 5. Folgerungen für das Verfahren
- III. Ausblick:
Vom gesetzten optionalen Vertragsrechts-Kodex zum gelebten Europäischen Vertragsrecht

I. ZWEI ZUSAMMENLAUFENDE ENTWICKLUNGSSTRÄNGE

In den großen Zusammenhang unserer Tagung über „Rechtstransfer“ gehört auch die „Europäisierung“ der nationalen Vertragsrechte der Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU). Wir können zwei Entwicklungsstränge beobachten: einen unionsrechtlichen und einen gemeineuropäischen. In jüngerer Zeit laufen sie zusammen und fügen sich zu einem neuen Ganzen.

† Text des am 4.11.2011 gehaltenen, um Nachweise ergänzten Vortrags. Das Manuskript wurde im Dezember 2012 abgeschlossen. Alle Internetquellen wurden zuletzt am 10.6.2013 abgerufen.

* Dr. iur., LL.M. (Yale), Akademischer Rat und Habilitand, Juristische Fakultät, Ludwig-Maximilians-Universität München.

** Prof. Dr. iur., M.C.J. (Austin/Texas), Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Ruhr-Universität Bochum.

1. Grundlagen eines Vertragsrechts der Europäischen Union

Grundlagen der Entwicklung sind im Vertragsrecht die Grundfreiheiten des EWG-Vertrags von 1957 – des heutigen Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) – und das Kollisionsrecht.

a) Grundfreiheiten als Erstreckung der Vertragsfreiheit über die Grenzen

Die Grundfreiheiten – Waren- und Dienstleistungsfreiheit, Arbeitnehmerfreizügigkeit, Niederlassungsfreiheit, Kapitalverkehrsfreiheit – erstrecken als unmittelbar anwendbare Rechte des Einzelnen Privatautonomie und Vertragsfreiheit über die nationalen Grenzen der Mitgliedstaaten hinweg.¹ Diskriminierungen sind verboten, zudem auch jegliche Behinderungen des Freiverkehrs, soweit sie nicht zum Schutz zwingender Allgemeininteressen erforderlich sind. Übermäßige Schutzvorschriften des Lauterkeits-, Verbraucher- oder Arbeitsrechts können Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten nicht entgegengehalten werden.

b) Einheitliches Vertragskollisionsrecht

Bereits 1980 lag mit dem in Rom verabschiedeten Europäischen Vertragsrechtsübereinkommen (EVÜ) ein weitgehend vereinheitlichtes Vertragskollisionsrecht vor. Nachdem der Amsterdamer Vertrag von 1997 die Kompetenzgrundlage dafür schuf (Art. 61 lit. c EG, jetzt: Art. 67 Abs. 1, 81 Abs. 1 AEUV),² konnte das Übereinkommen durch die Rom I-Verordnung von 2008,³ wie es hieß, „in ein Gemeinschaftsinstrument überführt werden“. Parteiautonomie – die freie Rechtswahl – ist das Grundprinzip der Rom I-Verordnung. Es wird ergänzt durch Vorschriften zum „Schutz des Schwächeren“, insbesondere zum Verbraucherschutz und zum Arbeitnehmerschutz. Diese Schutzvorschriften beseitigen den Grundsatz der Parteiautonomie indes nicht, sondern modifizieren ihn nur durch das Günstigkeitsprinzip: Günstigere Vorschriften des objektiven Vertragsstatuts finden ungeachtet einer Rechtswahl Anwendung (Art. 6 Abs. 3 S. 2 und Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO).

1 S. nur GRUNDMANN, *Europäisches Schuldvertragsrecht* (1999), 1. Teil Rn. 52 ff.; RIESENHUBER, *Europäisches Vertragsrecht* (2. Aufl. 2006), Rn. 65 ff., jeweils m.w.N.

2 Dazu und zu den Grenzen der Vorschrift ROSSI, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, (4. Aufl. 2011), Art. 81 AEUV Rn. 7 ff.; LEIBLE, in: Streinz (Hrsg.), *EUV/AEUV* (2. Aufl. 2012), Art. 81 AEUV Rn. 6 ff.; LEIBLE/STAUDINGER, *EuLF* (D), 2000/01, 222, 229 f. Zu den Änderungen durch den Vertrag von Lissabon GRAßHOF, in: Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar* (3. Aufl. 2012), Art. 81 AEUV Rn. 15 ff.

3 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), *ABl.* 2008 L 177/6.

2. *Gemeineuropäische Entwicklung*

Ein *ius commune* gibt es seit dem Zeitalter der nationalen Zivilrechtskodifikationen in Europa nicht mehr. Wohl aber blieb die gemeinsame römisch-rechtliche Tradition in vielen Einzelheiten lebendig. Seit den 1980er Jahren gibt es vielfältige Bestrebungen, an diese gemeinsame Tradition anzuknüpfen oder doch auf anderer Grundlage eine gemeineuropäische Entwicklung neu zu begründen.

a) *Principles of European Contract Law*

Pionierarbeit leistete die von dem Dänen *Ole Lando* ins Leben gerufene *Commission on European Contract Law*: eine Gruppe von europäischen Wissenschaftlern, zumeist Rechtsvergleichern, die seit 1980 auf der Grundlage eines wertenden Vergleichs „Grundregeln des europäischen Vertragsrechts“ ausarbeiteten: *Principles of European Contract Law* (PECL). Teil I und II wurden 1995 und 2000⁴ veröffentlicht, ein Teil III folgte 2003⁵. Systematisch angelegt und rechtsatzförmig formuliert stellen sich die *Principles* äußerlich als ein Kodex des allgemeinen Vertragsrechts dar.

b) *Weitere nicht-legislatorische Entwicklungen*

Ende der 1980er, Anfang der 1990er Jahre kam eine Fülle weiterer gemeineuropäischer Initiativen hinzu. *Hein Kötz* hatte schon 1985 eine europäische Rechtskultur und -ausbildung angemahnt,⁶ 1996 legte er den ersten Band eines rechtsvergleichenden Lehrbuchs zum „Europäischen Vertragsrecht“ vor.⁷ Bereits 1990 erschien das monumentale „Law of Obligations“, in dem *Reinhard Zimmermann* auf historischer und rechtsvergleichender Grundlage die „römischen Grundlagen der Zivilrechtstradition“ aufzeigte,⁸ 1999 das „Europäische Obligationenrecht“ von *Filippo Ranieri*.⁹ Der frühere Generalanwalt am EuGH *Walter van Gerven* initiierte eine „Ius Commune Casebook Series for the Common Law of Europe“. ¹⁰ Die von *Giuseppe Gandolfi* begründete *Accademia dei Giusprivatisti Europei* legte 2001 den ersten Teil eines *Code Européen des Contrats* vor

4 Lando/Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law – Parts I and II* (2000). Dazu nur Basedow (Hrsg.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht* (2000).

5 Lando/Clive/Prüm/Zimmermann (Hrsg.), *Principles of European Contract Law – Part III* (2003).

6 Kötz, *Gemeineuropäisches Zivilrecht*, in: Bernstein/Drobnig/Kötz (Hrsg.), *Festschrift für Konrad Zweigert* (1981), S. 481-500.

7 Kötz, *Europäisches Vertragsrecht I* (1996).

8 Zimmermann, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1990).

9 Ranieri, *Europäisches Obligationenrecht* (1999), jetzt 3. Aufl. (2009).

10 S. z.B. van Gerven, *Cases, Materials and Texts on National, Supranational and International Tort Law* (2000).

(zweiter Teil 2007).¹¹ Anknüpfend an die Methode *Rudolf Schlesingers* bemüht sich die von *Ugo Mattei* und *Mauro Bussani* ins Leben gerufene „Trento Gruppe“ seit 1994, den „gemeinsamen Kern“ (*Common Core*) der europäischen Privatrechte freizulegen.¹² Viele weitere Einzelprojekte könnten genannt werden. Gemeinsam ist ihnen das Bemühen, in einem „bottom up“-Ansatz – d.h. ausgehend von den Mitgliedstaaten, nicht von der Union, und ausgehend von der Wissenschaft, nicht vom Gesetzgeber – beizutragen zu einem gemeineuropäischen Privatrecht und zu einer gemeinsamen europäischen Rechtskultur.

3. Europarechtliche Entwicklung

Neben diesem gemeineuropäischen Entwicklungsstrang bildete sich etwa zeitgleich ein gemeinschafts- bzw. (heute:) unionsrechtlicher Entwicklungsstrang heraus. Ergänzend zu den Grundlagen in den Grundfreiheiten und dem harmonisierten Kollisionsrecht begann der Europäische Gesetzgeber in den 1980er Jahren, Regeln auf dem Gebiet des Vertragsrechts zu setzen.

a) Grundlinien der Rechtsetzung

Diese Entwicklung wurde anfänglich nicht als eine Entwicklung des Vertragsrechts wahrgenommen, schien sie doch mit Richtlinien über Haustürgeschäfte,¹³ Verbraucherkredite¹⁴ und Pauschalreisen¹⁵ vertragsrechtliche Sondermaterien zu betreffen, die sich als „Verbraucherrecht“ isolieren ließen.¹⁶ Tatsächlich kann man beobachten, dass sich

11 GANDOLFI (Hrsg.), Code Européen des Contrats – Avant-projet – Livre premier „Des Contrats En Général“ (2001), verfügbar unter www.accademiagiurprivatistieuropei.it/; sowie GANDOLFI (Hrsg.), Code Européen des Contrats – Livre Deuxième „Des Contrats en Particulier“ – Titre Premier „De La Vente“ (2007), verfügbar unter www.accademiagiurprivatistieuropei.it/.

12 S. www.common-core.org.

13 Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. 1985 L 372/31.

14 Richtlinie 87/102/EWG des Rates vom 22. Dezember 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, ABl. 1987 L 42/48.

15 Richtlinie 90/314/EWG des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen, ABl. 1990 L 158/59.

16 Methodisch weitsichtig CANARIS, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz (1969), S. 127: „So ist z.B. daran zu denken, dass der Gesetzgeber zur Erreichung einer internationalen Rechtsvereinheitlichung – etwa innerhalb der EWG – auf bestimmten Gebieten Regelungen in Kauf nimmt und gesetzlich sanktioniert, die zu Brüchen mit tragenden Grundprinzipien unseres Rechts führen, sich aber andererseits nicht entschließen kann, diese bewährten und in das Rechtsbewußtsein eingegangenen Grundsätze *allgemein* außer Kraft zu setzen und nun *alle* vergleichbaren Vorschriften entsprechend den die neue Regelung tragenden Wertungen abzuändern“ (Hervorhebungen im Original).

anfänglich vor allem „Verbraucherrechtler“ mit der neuen Entwicklung beschäftigt.¹⁷ Allerdings hat *Peter-Christian Müller-Graff* bereits 1987 den Begriff des „Gemeinschaftsprivatrechts“ geprägt.¹⁸ Und tatsächlich lag jedenfalls mit der Handelsvertreterrichtlinie aus dem Jahr 1986 durchaus ein genuin privatrechtlicher Rechtsakt vor. Größere Aufmerksamkeit der Zivilrechtswissenschaft fand das von der (damals:) Gemeinschaft gesetzte Privatrecht erst, als es mit der Richtlinie über Allgemeine Geschäftsbedingungen von 1993 und der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie von 1999¹⁹ in Kernbereiche des Vertragsrechts vordrang²⁰ und schließlich mit Richtlinien aus den Jahren 2000 (bezüglich der Merkmale „Rasse“ und „ethnische Herkunft“) und 2004 („Geschlecht“) das Diskriminierungsverbot als Prinzip des Vertragsrechts verankerte²¹ und damit (jedenfalls in Deutschland) einen veritablen Systemwandel erzwang.

Mit der Kaufrechtsrichtlinie von 1999 tritt das Unionsvertragsrecht in eine neue Phase. Seither sind zwar durchaus noch einzelne neue Rechtsakte hinzugetreten. Die Rechtsetzung der Union dient indes seither vor allem der Konsolidierung und Überarbeitung bestehender Rechtsakte. Prominent sind die Reform der Verbraucherkreditrichtlinie,²² der Ausbau der Überweisungsrichtlinie zu einer Zahlungsdiensterichtlinie²³ und schließ-

17 Paradigmatisch: REICH, *Europäisches Verbraucherschutzrecht* (1993).

18 MÜLLER-GRAFF, *Privatrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht*, in: ders./Zuleeg (Hrsg.) *Staat und Wirtschaft in der EG* (1987), S. 17-52; selbständig veröffentlicht als DERS., *Privatrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht – Gemeinschaftsprivatrecht* (2. Aufl. 1991).

19 Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. 1999 L 171/12. Dazu nur GRUNDMANN/MEDICUS/ROLLAND (Hrsg.), *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht – Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts*, 2000; GRUNDMANN/BIANCA, *EU-Kaufrechtsrichtlinie – Kommentar* (2002).

20 S. nur HOMMELHOFF, *Zivilrecht unter dem Einfluß europäischer Rechtsangleichung*, AcP 192 (1992), 71-107; CANARIS, *Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft*, in: Badura/Scholz (Hrsg.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens – Festschrift für Peter Lerche* (1993), S. 873-891; BRANDNER/ULMER, *EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen – Kritische Bemerkungen zum Vorschlag der EG-Kommission*, BB 1991, 701-709 = *The Community Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts: Some Critical Remarks on the Proposal Submitted by the EC Commission*, CMLR 28 (1991), 647-662.

21 Dazu nur RIESENHUBER/FRANCK, *Verbot der Geschlechtsdiskriminierung im Europäischen Vertragsrecht*, JZ 2004, 529-538; DIES., *Das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen*, EWS 2005, 245-251; RIESENHUBER, *Privatautonomie und Diskriminierungsverbote – Grundlagen im deutschen Recht und europäische Regulierung*, in: Riesenhuber/Nishitani (Hrsg.), *Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie?* (2007), S. 19-61; FRANCK, *Die Materialisierung der Gleichheitsidee im deutschen Vertragsrecht – Paradigmenwechsel durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz*, ebd., S. 71-92.

22 Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.4.2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates, ABl. 2008 L 133/66.

23 Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.11.2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG, 2002/65/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 97/5/EG, ABl. 2007 L 319/1.

lich das gegenwärtige Bemühen um eine Reform zentraler Verbraucherschutzvorschriften in der geplanten Verbraucherrechterichtlinie. Die Kommission verfolgte anfänglich den Plan, weite Teile der verbraucherrechtlichen Regeln – die Richtlinien über Haustürgeschäfte, Fernabsatzgeschäfte, Klauselkontrolle und Verbrauchsgüterkauf – in einer Richtlinie zusammenzufassen und dabei von der Mindestharmonisierung zur Vollharmonisierung überzugehen.²⁴ Die Regelungen sollten inhaltlich überarbeitet und besser aufeinander abgestimmt werden. Sie sollten den Mitgliedstaaten darüber hinaus aber nicht mehr nur als Mindeststandards, sondern zugleich als Höchststandards verbindlich vorgeschrieben werden.²⁵ Von diesem ambitionierten Plan ist man indes schrittweise abgerückt.²⁶ Inhaltlich beschränkt sich die Richtlinie nunmehr im Wesentlichen auf Vorschriften für Haustür- und Fernabsatzgeschäfte.²⁷

b) *Akademische Entwicklung*

Die akademische Entwicklung schien dem zunächst nur hinkend zu folgen, jedenfalls im Privatrecht. An einem Modell für ein Einheitsgesetz wie den *Principles of European Contract Law* mitzuwirken, schien offenbar verlockender als die Arbeit an den europarechtlich geregelten Teilen des Vertragsrechts. Allerdings rückte die gemeinschaftsrechtliche Entwicklung zunehmend in den Blick. War *Ernst Steindorffs* Buch über „EG-Vertrag und Privatrecht“ von 1996²⁸ noch überwiegend primärrechtlich orientiert, so hat *Stefan Grundmann* mit seinem Ende 1998 publizierten „Europäischen Schuldvertragsrecht“ erstmals den Gesamtbestand der Rechtsangleichung durch Sekundärrecht in einem Regelungsganzen ausgehend vom Primärrecht, insbesondere den Grundfreiheiten, und dem Kollisionsrecht dargestellt und erläutert.²⁹ Ähnlich breit angelegt ist die 1999 erschienene Schrift von *Martin Franzen* über „Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft“, in der die legislative und die judikative Rechtsangleichung erörtert werden, letztere mit einem Fokus auf die sich daraus ergebenden Methodenfragen.³⁰

24 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, KOM(2008) 614 endg.

25 Dazu GSELL / HERRESTHAL (Hrsg.), *Vollharmonisierung im Privatrecht* (2009).

26 Zum Gesetzgebungsverfahren im Überblick UNGER, *Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher – Eine systematische Einführung*, ZEuP 2012, 270, 273-275.

27 Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EWG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. L 304/64.

28 STEINDORFF, *EG-Vertrag und Privatrecht* (1996).

29 GRUNDMANN (Fn. 1).

30 FRANZEN, *Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft* (1999).

Erfolgte die Rechtsangleichung auch nicht flächendeckend, sondern nur punktuell oder, wie kritisch gesagt wurde: „pointillistisch“³¹, so entwickelte sich auf dieser Grundlage doch, wie diese Ansätze ausweisen, eine genuin europäische Privatrechtswissenschaft. Mit einer zunehmenden Zahl von Rechtsakten stieg die Zahl der europaprivatrechtlichen Fragen und damit auch der Auslegungsersuchen an den Europäischen Gerichtshof. Die Entscheidungen des EuGH führten ihrerseits zu einer zunehmend intensiven Diskussion über das Europäische Vertragsrecht. Die Urteile des Gerichtshofs sind nicht allein deshalb von Bedeutung, weil er Rechtsfragen eines vorlegenden Gerichts beantwortet und Rechtswissenschaftler unionsweit die Überzeugungskraft dieser Antwort kritisch prüfen. Der Beobachter gewinnt in jedem einzelnen Fall eine Anschauung davon, wie eine europarechtliche Fragestellung sich einbettet im nationalen Recht. So entstand ganz zwanglos ein grenzüberschreitender akademischer Diskurs, der sich nicht beschränken lässt auf eine Isolation von Vertragsrechtsproblemen, die auf der Unionsebene anzusiedeln sind. Aufgrund dieser Entwicklung ist schon jetzt eine Europäische Rechtswissenschaft zu erkennen. Nicht zu leugnen ist allerdings, dass diese spezifischen Schwierigkeiten begegnet. Sie liegen nach wie vor darin, dass die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen durch unterschiedliche Sprachen getrennt sind – „niemand spricht europäisch“³² – und Rechtsfindung von unterschiedlichen methodischen Ansätzen geleitet wird.³³ Eine gemeinsame Rechtssprache und Rechtskultur entwickelt sich erst allmählich.

Ungeachtet des „punktuellen“ Charakters des Europäischen Vertragsrechts stellte sich doch auch hier die Frage des äußeren und des inneren Zusammenhangs der Einzelregelungen. Die akademische Diskussion darüber stieß *Grundmann* mit einer Ringvorlesung über „Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts“ an.³⁴ Damit übernahm die Wissenschaft im besten Sinne eine Vordenkerrolle: Die Kommission griff diesen Ansatz bereits 2001 auf, als sie in ihrem Grünbuch nun ebenfalls mehr Kohärenz im Europäischen Vertragsrecht anstrebte.³⁵

31 Der Ausdruck wurde, soweit ersichtlich, geprägt von KÖTZ, *Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele*, *RabelsZ* 50 (1986), 1, 5, dort freilich bezogen auf das Einheitsrecht; er wurde in der Folge vielfach im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht auf gegriffen; s. z.B. HOMMELHOFF (Fn. 20), *AcP* 192 (1992) 71, 99 und 102. Kritisch dazu W.-H. ROTH, *Transposing “Pointillist” EC Guidelines into Systematic National Codes – Problems and Consequences*, *ERPL* 6 (2002), 761, 762; RIESENHUBER, *System and Principles of European Contract Law*, *ERCL* 2005, 297, 298.

32 WEIR, *Die Sprachen des europäischen Rechts – Eine skeptische Betrachtung*, *ZEuP* 1995, 368-374.

33 RIESENHUBER, *Interpretation and Judicial Development of EU Private Law – The Example of the Sturgeon-Case –*, *ERCL* 2010, 384-408. S. a. die Beiträge in *RabelsZ* 75 (2011), 700 ff.

34 GRUNDMANN, *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts* (2000).

35 Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum Europäischen Vertragsrecht, *KOM*(2001) 398 endg.

4. Konvergenz der Entwicklungsstränge

Die beiden Entwicklungsstränge, der gemeineuropäische und der unionsrechtliche, liefen lange Zeit weitgehend nebeneinander her. Zwar hatte die Kommission schon die Ausarbeitung der *Principles of European Contract Law* finanziell gefördert, doch war ein Einfluss dieses Regelungsmodells auf die Rechtsangleichung nicht zu erkennen.³⁶ Das Grünbuch von 2001 führt beide Entwicklungsstränge bereits selbst in gewisser Weise zusammen und erörtert sie erstmals in einer Gesamtschau. Hier eignet sich die Kommission auch den Gedanken der Systembildung an und strebt nunmehr nach einer größeren Kohärenz in der Rechtsetzung. In dem anschließenden Aktionsplan von 2003 wird dieses Desiderat wieder aufgegriffen, erstmals aber auch das Vorhaben eines „Gemeinsamen Referenzrahmens“ für das Europäische Vertragsrecht konzipiert.³⁷

a) Das Projekt eines Gemeinsamen Referenzrahmens

Was sich hinter diesem faden und technokratisch wirkenden Titel verbergen mochte, erschien anfänglich ganz unklar und hatte die Kommission bewusst offengelassen. Daher nimmt es nicht wunder, dass viel über die möglichen Funktionen eines solchen „Instruments“ diskutiert und spekuliert wurde.³⁸ Manche Beobachter wiesen schon früh darauf hin, dass die Pläne auf die Schaffung einer Art Zivil- oder doch Vertragsgesetzbuch hinausliefen. Darauf deutet nicht zuletzt, dass die von *Christian v. Bar* ins Leben gerufene *Study Group on a European Civil Code*³⁹ – im Verein mit der *Acquis-Group*⁴⁰ und weiteren Wissenschaftlergruppen im CoPECL-Netzwerk⁴¹ zusammengeschlossen – maßgeblich mit der Ausarbeitung eines solchen Instruments betraut wurde.

36 Erst in den letzten Jahren haben sich Generalanwälte verschiedentlich auf die *Principles* berufen, siehe etwa Generalanwältin TRSTENJAK, 6.3.2007, Rs. C-1/06, Bonn Fleisch, Slg. 2007, I-5611, Tz. 68: „Im Gemeinschaftsrecht ist bezüglich der Auslegung der Willenserklärungen auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze zurückzugreifen. Bestimmungen über die allgemeinen Rechtsgrundsätze bezüglich der Auslegung der Willenserklärungen können Kapitel 5, Auslegung des Werks *Principles of European Contract Law*, der Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts entnommen werden. Dabei handelt es sich um ein Werk, das den gemeinsamen Kern des Vertragsrechts der Mitgliedstaaten erfasst.“

37 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat – Ein kohärentes Europäisches Vertragsrecht – Ein Aktionsplan, KOM(2003) 68 endg.

38 S. etwa v. BAR, Die Funktionen des Gemeinsamen Referenzrahmens aus der Sicht der Verfasser des wissenschaftlichen Entwurfs, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), *Der Gemeinsame Referenzrahmen – Entstehung, Inhalte, Anwendung* (2009), S. 23 ff.; HÄHNCHEN, Die Rechtsform des CFR und die Frage nach der Kompetenz, ebd., S. 147 ff.; RIESENHUBER, Systembildung durch den CFR – Wirkungen auf die systematische Auslegung des Gemeinschaftsrechts, ebd., S. 183 ff.

39 S. www.sgecc.net.

40 S. www.acquis-group.org.

41 S. www.copecl.org.

2008 wurde der erste,⁴² 2009 ein überarbeiteter Entwurf⁴³ für einen Gemeinsamen Referenzrahmen veröffentlicht: der *Draft Common Frame of Reference* (DCFR). Als „wissenschaftlicher Entwurf“ sollte er die Grundlage bilden für einen „politischen“ *Common Frame of Reference* (CFR): ein Entwurf für eine europäische Kodifikation des Vermögensrechts, systematisch geordnet wie ein Zivilgesetzbuch kontinentaleuropäischer Provenienz. In den 10 Büchern und 948 Artikeln des DCFR findet sich ein komplettes Vertragsrecht nebst ergänzenden Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag sowie zum Bereicherungs-, Delikts- und Eigentumsrecht.

Kern und Keimzelle des Ganzen waren die *Principles of European Contract Law*, auf denen die Study Group aufbaute und in die sie, nach Vorarbeiten der Acquis-Group, die vertragsrechtlichen Regeln des *acquis communautaire* einfügte.

Die Frage, was aus dem Gemeinsamen Referenzrahmen werden soll, adressierte ein Mitte 2010 von der Kommission veranlasster Konsultationsprozess. Die Kommission gab darin sieben verschiedene Optionen zu bedenken: die bloße Publikation des Referenzrahmens, seine Verwendung als Toolbox, die Verabschiedung als Empfehlung, als optionales Vertragsgesetzbuch oder, in Form einer Richtlinie oder Verordnung, als ein Vertrags- oder Vermögensgesetzbuch unterschiedlichen Zuschnitts. Das Grünbuch, mit dem die Konsultation eingeleitet wurde, und verschiedene Äußerungen der zuständigen Kommissarin *Viviane Reding* ließen erkennen, dass die Kommission eine klare Präferenz für die Verabschiedung des CFR als optionalen Kodex hatte. Ein solcher optionaler Kodex würde als eigenständiges Vertragsgesetz neben die nationalen Gesetze treten. Er käme zur Anwendung, wenn die Parteien eine entsprechende Rechtswahl treffen. Vorteile verspricht er zunächst vor allem den Unternehmen, denn sie könnten allen ihren Geschäften mit Unternehmern und Verbrauchern ein einheitliches Gesetz zugrunde legen. Insbesondere soll bei Anwendung des optionalen Kodex auch der von Art. 6 Abs. 2 S. 2 Rom I-Verordnung für Verbraucherverträge vorgesehene Günstigkeitsvergleich nicht anwendbar sein, nach dem sich günstigere zwingende Verbraucherschutzvorschriften des objektiven Vertragsstatuts auch gegen eine Rechtswahl durchsetzen. Für Verbraucher soll der optionale CFR dadurch attraktiv gestaltet werden, dass er mit einem „hohen Verbraucherschutzniveau“ ausgestattet wird.

Parallel zum Konsultationsverfahren, sogar noch vor dessen Initiierung, hat die Kommission bereits im April 2011 eine Expertengruppe beauftragt, eine „Machbarkeitsstudie“ im Hinblick auf die Verwendung des DCFR und seine Überführung in einen CFR zu erstellen. Auch hier hat sie enge zeitliche und auch inhaltliche Rahmenvorgaben gemacht – und deutlich zu erkennen gegeben, dass am Ende ein Entwurf für einen optionalen Kodex stehen soll. Die Arbeitsgruppe hat dem entsprochen und in einem knappen

42 V. BAR / CLIVE / SCHULTE-NÖLKE (Hrsg.), *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) – Interim Outline Edition (2008).

43 V. BAR / CLIVE / SCHULTE-NÖLKE (Hrsg.), *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) – Outline Edition (2009).

Jahr aus dem DCFR mit seinen fast tausend Artikeln einen Entwurf (im Folgenden: CFR) mit 189 Artikeln erstellt.⁴⁴ Er umfasst nun freilich nur mehr das allgemeine Vertragsrecht und das Kaufrecht.

Am 11. Oktober 2011 hat die Kommission auf der Grundlage des CFR einen Entwurf für eine Kaufrechtsverordnung vorgestellt.⁴⁵ Vielfach nimmt man an, dass dieser Entwurf sich auch durchsetzen werde – *for better or for worse*.

Ein Spezialbereich ist das Europäische Versicherungsvertragsrecht. Bereits am 17.12.2007 veröffentlichte die „Project Group ‚Restatement of European Insurance Contract Law‘“ den ersten Entwurf eines Referenzrahmens für das Versicherungsvertragsrecht, die „Principles of European Insurance Contract Law“ (PEICL).⁴⁶ Eine vor allem redaktionell überarbeitete Fassung erschien 2009.⁴⁷ Man kann diese Principles als Bestandteil des DCFR für das Versicherungsvertragsrecht sehen, auch wenn sie davon unabhängig sein können. Auch die PEICL können als optionaler Kodex verabschiedet werden.

b) Wechselwirkungen in der gegenwärtigen Entwicklung

Befinden wir uns im Augenblick an einer Weggabelung, deuten doch die Entwicklung eines Gemeinsamen Referenzrahmens und die Pläne für seine Verabschiedung als optionaler Kodex auf ein andauerndes Nebeneinander hin von (teilweise) angeglichenem mitgliedstaatlichen Vertragsrecht einerseits und eines aus dem Gemeinsamen Referenzrahmens gewonnenen unionsrechtlichen Instruments andererseits.

Beide Entwicklungen hängen zusammen: Soweit mit dem Gemeinsamen Referenzrahmen einheitlich anwendbare Regeln für den grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr zur Verfügung stehen, so erscheint damit eine breitflächige Vollharmonisierung des (Verbraucher-)Vertragsrechts rechtspolitisch obsolet. Die Reform des Verbrauchervertragsrechts kann sich auf kleinere Korrekturen beschränken, etwa die Feinabstimmung bei der Ausgestaltung der verschiedenen Widerrufsrechte. Umgekehrt mag die Einführung des Gemeinsamen Referenzrahmens als optionales Instrument umso wünschenswerter erscheinen, falls die Rechtsangleichung im Verein mit dem (Verbraucher-)Vertragskollisionsrecht den Unternehmen keine verlässliche Grundlage für das grenzüberschreitende Angebot von Waren und Dienstleistungen bietet.

44 A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback, abrufbar unter http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf.

45 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM(2011) 635 endg.

46 www.restatement.info.

47 PROJECT GROUP (BASEDOW / BIRDS / CLARKE / COUSY / HEISS), Principles of European Insurance Contract Law (2009).

II. BINNENMARKTPOLITISCHE GRUNDFRAGEN

Die Entwicklung des Europäischen Vertragsrechts war von andauernden rechtspolitischen Diskussionen begleitet,⁴⁸ man kann geradezu sagen, dass sie die Rechtswissenschaft (jedenfalls die deutsche Rechtswissenschaft) verändert und ihr Impulse für eine Öffnung von der Dogmatik hin zu einer Normsetzungswissenschaft gegeben hat. In der Tat kann sich die Rechtswissenschaft dieser Diskussion nicht verschließen. Die hier vorgestellte Entwicklung von einer punktuellen Rechtsangleichung über das Vorhaben einer weitgehenden Vollharmonisierung hin zu einem Nebeneinander von harmonisierten nationalen Vertragsrechten und einem optionalen Europäischen Kaufvertragskodex (CFR) ist Anlass, die wesentlichen Argumente der aktuellen Diskussion zu erörtern.

1. (Vertrags-)Rechtszersplitterung als Binnenmarkthemmnis?

Kodifikationen des Zivilrechts in Europa und anderswo waren nicht selten aufgeladen mit politischer Symbolik. Mit dem französischen *Code civil* sollte dem revolutionären Sieg des Bürgertums rechtlicher Ausdruck verliehen werden. Die Kodifikationsbestrebungen in Deutschland, Italien oder Griechenland waren Ausdruck gewonnener Nationalstaatlichkeit. Eine Vertragsrechtskodifikation, politisch gestützt auf die Symbolwirkung einer „neue[n] Stufe bei der Verwirklichung einer immer engeren Union der Völker Europas“⁴⁹ ist – auch eingedenk des Scheiterns des Europäischen Verfassungsvertrages – derzeit und auf mittlere Sicht nicht opportun. Die rechtspolitische Überzeugungskraft eines optionalen Europäischen Vertragsrechts hängt deshalb im Wesentlichen davon ab, ob man es für ein taugliches Mittel hält, die Binnenmarktintegration zu fördern. Der Binnenmarkt, den zu errichten sich die Union verpflichtet hat (Art. 3 Abs. 3 S. 1 EUV), verspricht mehr soziale Wohlfahrt.⁵⁰ Dieses Versprechen fußt auf Überlegungen klassischer ökonomischer Theorie (*Ricardo, Smith, Mill*): Freiwillige Transaktionen tragen in sich die Vermutung ihrer Nützlichkeit für die beteiligten Parteien. Beseitigt man Hindernisse für den grenzüberschreitenden Handel, so vergrößert sich dadurch die Auswahl potentieller Transaktionspartner, mehr Transaktionen werden ermöglicht, Kooperation und arbeitsteilige Spezialisierung erleichtert, der Wettbewerbsdruck wird erhöht und hierdurch die soziale Wohlfahrt insgesamt gefördert.⁵¹

48 S. nur exemplarisch die Übersicht bei RIESENHUBER, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts (2003), S. 171 ff.

49 Art. 1 Abs. 2 EUV.

50 Beredtes Zeugnis hierfür legt der *Spaak*-Bericht ab, Regierungsausschuss, eingesetzt der Konferenz von Messina, Bericht der Delationsleiter an die Außenminister, MAE 120 d/56 (korr.), Brüssel, den 21. April 1956, Erster Teil, Einl. S. 15; zur Wohlfahrtsförderung als Kernanliegen der Binnenmarktintegration FRANCK, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre (2. Aufl. 2010), § 6 Rn. 20 m.w.N.

51 MOLLE, The Economics of European Integration (5. Aufl. 2006), S. 35 f. und 67.

Die Kommission scheint nicht daran zu zweifeln, dass die Disparität der mitgliedstaatlichen Vertragsrechte die Vollendung des Binnenmarktes in einer Weise hemmt, die ein Eingreifen verlangt.⁵² Nicht zu bestreiten ist, dass Unterschiede zwischen den Vertragsrechten der Mitgliedstaaten Transaktionskosten bei grenzüberschreitend agierenden Anbietern und Nachfragern verursachen. Die binnenmarktpolitische Bewertung von Aktivitäten der Union auf dem Gebiet des Vertragsrechts scheidet sich mithin an den Fragen, wie stark Vertragsrechtsdivergenzen tatsächlich den grenzüberschreitenden Handel behindern, Europäisches Vertragsrecht also Nutzen schaffen kann, und ob dieser Nutzen die Kosten überwiegt, die mit der Implementierung eines Europäischen Vertragsrechts einhergehen. Die in den letzten Jahren hierzu vorgelegten Analysen⁵³ mahnen zur Zurückhaltung. Grenzüberschreitender Handel geht immer mit Kosten für die Anbieter einher, die sich den Rahmenbedingungen verschiedener Märkte und divergierenden Präferenzen der Nachfrager anpassen müssen. Die Bedeutung von Unterschieden in den Vertragsrechtsordnungen als zusätzlicher Kostenfaktor und damit Marktzutritts-hindernis relativiert sich vor diesem Hintergrund.⁵⁴ Ähnlich kann man aus Sicht privater Nachfrager argumentieren: Diese decken ihren Bedarf an Gütern und Dienstleistungen in hohem Maße im lokalen und regionalen Umfeld, ohne dass es gerade die Sorge vor ausländischem Vertragsrecht wäre, die sie von grenzüberschreitender Nachfrage abhielte.⁵⁵ Als hemmende Faktoren erscheinen – neben Reise- und Transportkosten – vor allem sprachliche und kulturelle Barrieren. Stehen auf der Haben-Seite verhältnismäßig geringe Kostenvorteile, so sind auf der anderen Seite die Kosten der Rechtsvereinheitlichung nicht zu vernachlässigen. Neben den (vorübergehenden) Implementierungskosten (insbesondere: Verlust des öffentlichen Gutes einer etablierten Rechtsprechung) zählt dazu insbesondere auch, dass mit einheitlichen Regeln (dauerhaft) die Möglichkeit einer Rücksichtnahme auf regional heterogene Präferenzen verloren geht.⁵⁶

52 S. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Grünbuch der Kommission: Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen, KOM(2010) 348 endg., S. 5-7.

53 S. etwa WAGNER, *The Economics of Harmonization: The Case of Contract Law*, CMLR 39 (2002), 995-1023; GÓMEZ, *The Harmonization of Contract Law through European Rules: a Law and Economics Perspective*, ERCL 2008, 89-118; DERS., *Some Law and Economics of Harmonizing Private Law*, in: Hartkamp/Hesselink/Hondius/Mak/du Perron (Hrsg.), *Towards a European Civil Code* (4. Aufl. 2010), S. 401-426.

54 Vgl. GÓMEZ (Fn. 53), ERCL 2008, 89, 96.

55 WAGNER (Fn. 53), CMLR 39 (2002), 995, 1016 f.

56 S. nur GÓMEZ (Fn. 53), ERCL 2008, 89, 101-103.

2. Verbraucherschutz als Binnenmarktförderung und Binnenmarkthemmnis

Prominent bedient sich der Europäische Gesetzgeber seit einigen Jahren der Rhetorik, mangelnde Binnenmarktintegration beruhe auf fehlendem Verbrauchervertrauen in den rechtlichen Schutz bei grenzüberschreitenden Geschäften. Abhilfe böten unionsweit einheitliche (Mindest-)Verbraucherschutzstandards.⁵⁷ Man kann diesem Ansatz, der dem Verbraucher die Rolle des Initiators der Binnenmarktintegration zuweist, mit guten Gründen skeptisch gegenüberstehen – sei es, weil man Divergenzen im Vertragsrecht der Mitgliedstaaten nicht für ein signifikantes Hindernis für grenzüberschreitende Verbrauchernachfrage hält, sei es, weil man generell die Unternehmen als die entscheidenden Akteure für die Entstehung von (Verbraucher-)Märkten ansieht. Indes ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Verbrauchervertrauens-Doktrin der Phase der Mindestharmonisierung eine positive konzeptionelle Begründung verleiht. Allerdings birgt diese Begründung die Gefahr eines Schutzübermaßes. Die Erhöhung des Verbraucherschutzes ist positiv konnotiert, die Absenkung indes tabu, mag sie auch sachlich begründet sein. Unter der Flagge eines verstärkten Verbraucherschutzes lässt sich Vertragsrechtsharmonisierung ohne Frage politisch leichter verwirklichen als unter der Schlagzeile: „Ein *level playing field* für Unternehmer im Binnenmarkt“.⁵⁸

Andererseits lehrt die Grundfreiheiten-Rechtsprechung des EuGH, dass zwingender mitgliedstaatlicher Verbraucherschutz die Freiheit des grenzüberschreitenden Verkehrs von Waren und Dienstleistungen beeinträchtigt, diese Behinderung allerdings gerechtfertigt ist, soweit sie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt.⁵⁹ Diese von den Grundfreiheiten geduldete Disparität nationaler Verbraucherschutzniveaus bildete eine Hürde für Unternehmen, die binnenmarktweit anbieten wollen, und wird auch vom Grünbuch zum Europäischen Vertragsrecht vornehmlich adressiert: „Unternehmen, die

57 Paradigmatisch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (Fn. 19), Begründungserwägung (5): „Die Schaffung eines gemeinsamen Mindestsockels von Verbraucherrechten, die unabhängig vom Ort des Kaufs der Waren in der Gemeinschaft gelten, stärkt das Vertrauen der Verbraucher und gestattet ihnen, die durch die Schaffung des Binnenmarkts gebotenen Vorzüge besser zu nutzen.“ S. auch KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN, Grünbuch zum Verbraucherschutz in der Europäischen Union vom 2.10.2001, KOM(2001) 531 endg., S. 3. Vgl. hierzu HEIDERHOFF, Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts (2004), S. 223-227.

58 FRANCK, Europäisches Absatzrecht (2006), S. 325 m.w.N.

59 Grundlegend EuGH, 20.2.1979, Rs. 120/78, REWE/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein („Cassis de Dijon“), Slg. 1979, 649, Rn. 8: „Hemmnisse für den Binnenhandel [...], die sich aus den Unterschieden der nationalen Regelungen über die Vermarktung [...] ergeben, müssen hingenommen werden, soweit diese Bestimmungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen [...] des Verbraucherschutzes.“

grenzüberschreitend Geschäfte machen wollen, müssen mit hohen Rechtskosten rechnen, wenn für die Verträge das Verbraucherrecht eines anderen Landes gilt.“⁶⁰

Der Europäische Gesetzgeber kann diesem Binnenmarkthemmnis auf mehreren Wegen abhelfen.⁶¹ Es steht ihm erstens offen, ein Herkunftslandprinzip sekundärrechtlich zu verankern. Punktuell ordnen etwa Art. 3 E-Commerce-Richtlinie⁶² und Art. 2 Abs. 1 Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste⁶³ an, dass Anbieter nur an die Bestimmungen des Mitgliedstaates gebunden sind, in dem sie niedergelassen sind. Für Verträge zwischen Verbrauchern und Unternehmen wird diese Lösung in Art. 6 Abs. 2 S. 2 Rom I-Verordnung verworfen: Die Wahl einer anderen Rechtsordnung als die des gewöhnlichen Aufenthalts des Verbrauchers – also etwa derjenigen des Herkunftslands des Unternehmers – darf nicht dazu führen, dass das Maß an Verbraucherschutz unter das Niveau der Heimatrechtsordnung des Verbrauchers absinkt.

Alternativ lässt sich das Binnenmarkthindernis unterschiedlicher Verbraucherschutz-niveaus durch Vollharmonisierung beseitigen: Europäisches Vertragsrecht würde zugleich Mindest- und Höchstmaß des geforderten Verbraucherschutzes bestimmen. In der Tat hat der Europäische Gesetzgeber mit der Fernabsatzrichtlinie für Finanzdienstleistungen diesen Weg eingeschlagen und mit der (reformierten) Verbraucherkreditrichtlinie und der Zahlungsdiensterichtlinie weiter verfolgt. Mit ihrem Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher aus dem Jahre 2008⁶⁴ wollte die Kommission den Weg der Vollharmonisierung für das Verbrauchervertragsrecht ein gutes Stück weiter gehen, konnte sich damit aber nicht durchsetzen und konstatierte deshalb 2010 im Grünbuch zum Europäischen Vertragsrecht: „In den zwei Jahren intensiver Verhandlungen im Europäischen Parlament und im Rat wurde deutlich, dass auch der Vereinheitlichungsansatz seine Grenzen hat“.⁶⁵

60 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Grünbuch der Kommission: Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen, KOM(2010) 348 endg., S. 5.

61 Zu rechtlichen Mechanismen der Binnenmarktintegration jenseits der Rechtsvereinheitlichung im Überblick FRANCK, Rechtssetzung für den Binnenmarkt: Zwischen Rechtsharmonisierung und Wettbewerb der Rechtsordnungen, in: Riesenhuber/Takayama (Hrsg.), Rechtsangleichung: Grundlagen, Methoden und Inhalte (2006), S. 47, 53-58 (deutsch), 70-76 (japanisch).

62 Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABl. 2000 L 178/1.

63 Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10.3.2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste, ABl. 2010 L 95/1.

64 Siehe oben Fn. 24.

65 EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 52), KOM(2010) 348 endg., S. 6.

3. *Das optionale Instrument: Kein gordisches Schwert*

a) *Drei Kritikpunkte*

Die Kommission sah sich in ihrem Bestreben, das Verbrauchervertragsrecht breitflächig voll zu harmonisieren, einer Phalanx von Gegnern gegenüber, deren Widerstand sich aus ganz unterschiedlichen Motiven speiste.

Aus Verbraucherschutzpolitischer Sicht wurde beklagt, Vollharmonisierung führe zu einer Absenkung des bestehenden Verbraucherschutzniveaus – jedenfalls teilweise und in einigen Mitgliedstaaten.⁶⁶ Verbraucher vertrauten auf das ihnen nach dem Heimatrecht zustehende Maß an Verbraucherschutz und sollten darin nicht enttäuscht werden.

Zweitens wurde moniert, eine Vollharmonisierung bereite der Einpassung unionsrechtlicher Vorgaben in das nationale Vertragsrecht übermäßige Schwierigkeiten. Die Richtlinie (Art. 288 Abs. 3 AEUV) als bevorzugtes Instrument zur Harmonisierung des Vertragsrechts soll den nationalen Gesetzgebern Spielraum eröffnen, Europäische Inhalte passgenau in die mitgliedstaatlichen Vertragsrechte einzufügen.⁶⁷ Bei vollharmonisierenden Richtlinien ist es nationalen Gesetzgebern indes regelmäßig kaum möglich, Reichweite und Regelungsinhalt einer Richtlinie und damit auch verbleibende Umsetzungsspielräume sicher abzuschätzen.⁶⁸ So lassen sich – zumal in dem komplex systematisierten Bereich des Schuldrechts – ungewollte *spill-over*-Effekte kaum vermeiden. Das gilt insbesondere auch dort, wo der unionsrechtlich vollharmonisierte Verbraucherschutzstandard unter dem des allgemeinen Vertragsrechts eines Mitgliedstaats liegt: Nimmt der mitgliedstaatliche Gesetzgeber keine allgemeine „Anpassung nach oben“ vor, so führt das zu dem widersinnigen Ergebnis, dass der Einzelne besser steht, wenn er nicht als Verbraucher handelt.⁶⁹

Drittens schließlich könnte gegen eine Angleichung mitgliedstaatlicher Verbrauchervertragsrechte eingewandt werden, diese verhindere regional heterogenen Präferenzen im Binnenmarkt regulatorisch gerecht zu werden, nähme die Chance, mit unterschied-

66 S. etwa MICKLITZ/REICH, *Crónica de Una Muerte Anunciada: The Commission Proposal for a Directive on Consumer Rights*, CMLR 46 (2009), 471, 519: „Consumer protection via the principle of ‘minimum harmonization’ – originally part of the *acquis* itself – has been transformed by the Proposal into a market access instrument via ‘full harmonization with minimal consumer protection’”; s. auch TONNER/TAMM, *Der Vorschlag einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher und seine Auswirkungen auf das nationale Verbraucherrecht*, JZ 2009, 277, 282; TWIGG-FLESNER/METCALFE, *The Proposed Consumer Rights Directive – less haste, more thought?*, ERCL 2009, 368, 373.

67 GRUNDMANN (Fn. 1), S. 23.

68 RIEHM, *Umsetzungsspielräume der Mitgliedstaaten bei vollharmonisierenden Richtlinien*, in: Gsell/Herresthal (Hrsg.), *Vollharmonisierung im Privatrecht* (2009), S. 83-111.

69 S. etwa WILHELMSSON, *Full Harmonization of Consumer Contract Law?*, ZEuP 2008, 225, 227.

lichen gesetzgeberischen Lösungen parallel experimentieren zu können und verursache damit übermäßige, für die Zwecke der Binnenmarktintegration unnötige Kosten.⁷⁰

b) Keine Antwort

Nachdem die Vollharmonisierung des (Verbraucher-)Vertragsrechts als Konzept aus diesen Gründen ins Stocken geraten ist und derzeit politisch nicht mehr durchsetzbar scheint, liegt die von der Kommission favorisierte Variante für die Entwicklung eines Europäischen Vertragsrechts in der Perspektive eines optionalen Kodex, also eines europaweit einheitlich geltenden Vertragsrechts, das Vertragsparteien als Alternative zu den herkömmlichen mitgliedstaatlichen Vertragsrechten wählen können. Die Kommission hatte diesen Ansatz bereits in ihrer Mitteilung zum Europäischen Vertragsrecht aus dem Jahre 2001⁷¹ und im Aktionsplan für ein kohärentes europäisches Vertragsrecht aus dem Jahre 2003 ins Spiel gebracht.⁷² Sie möchte nun suggerieren, dieser Ansatz könne den drei angedeuteten Kritiken gegen die Vollharmonisierung zugleich ausweichen.

Auf den Vorwurf einer teilweisen Absenkung des Verbraucherschutzniveaus entgegnet die Kommission, der Verbraucher werde die Wahl haben, ob er auf seinem ggf. höheren mitgliedstaatlichen Verbraucherschutzniveau bestehe oder sich auf das Europäische Vertragsrecht einlasse.⁷³ Damit schreibt die Kommission eine Chimäre herbei: Eine „echte“ – also nicht nur formelle, sondern tatsächliche – Rechtswahl durch den Verbraucher wird es nicht geben (können), für ihn wird es heißen „*take it or leave it*“. Die Vorstellung, Anbieter ließen den Verbrauchern mit einem „*blue button*“ die Wahl, den Vertrag nach herkömmlichen Heimatrecht oder dem optionalen Instrument schließen, ist aus mehreren Gründen nicht realistisch. Zum ersten verhalten sich Verbraucher gegenüber Divergenzen im Vertragsrecht grundsätzlich in gleicher Weise rational ignorant wie gegenüber den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Anbieter.⁷⁴ Selbst

70 Hierzu KIENINGER, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt (2002), S. 350 ff.; KIRCHNER, Europäisches Vertragsrecht, in: Weyers (Hrsg.), Europäisches Vertragsrecht (1997), S. 103, 118-121; SCHULZE, Ökonomik der Vollharmonisierung im Gemeinschaftsprivatrecht, in: Gsell/Herresthal (Hrsg.), Vollharmonisierung im Privatrecht (2009), S. 63, 79-81; WAGNER (Fn. 53), CMLR 39 (2002), 995, 1012.

71 KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN, Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum Europäischen Vertragsrecht, KOM(2001) 398 endg., S. 20.

72 KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat: Ein Kohärenteres Europäisches Vertragsrecht, KOM(2003) 68 endg., S. 2, 3, 19, 21, 27 f.

73 Sog. „Blue-Button-Argument“: der Verbraucher wähle für einen Vertragsschluss über das Internet durch einen „Klick“ das Europäische Vertragsrecht, symbolisiert durch einen „blauen Knopf“. S. EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 52), KOM(2010) 348 endg., S. 10 f.: „Verbraucher bräuchten klare Informationen, um ihre Rechte zu verstehen und eine sachkundige Entscheidung darüber treffen zu können, ob sie einen Vertrag auf der Grundlage dieser Alternativregelung schließen möchten“.

74 RIESENHUBER, A Competitive Approach to EU Contract Law, ERCL 2011, 115-133; deutsche Fassung: Wettbewerb für das Europäische Vertragsrecht, JZ 2011, 537, 542.

wenn Verbraucher die Divergenzen zwischen nationalem und Europäischem Vertragsrecht kennen würden, könnten sie diese nicht sinnvoll bewerten. Wie sollten Verbraucher die Inhalte verschiedener Vertragsrechtsordnungen verstehen und bewerten, wie einschätzen, mit welcher Wahrscheinlichkeit sich welches Risiko bei der Abwicklung des Vertrags verwirklicht?! Allenfalls punktuell ließen sich diese systematischen Informationsdefizite durch das Wirken von Informationsintermediären überwinden, etwa durch Kampagnen von Verbraucherschutzorganisationen, die öffentlichkeitswirksam für oder gegen Anbieter werben, die auf das Europäische Vertragsrecht setzen. Zweitens: Es ist die Vorstellung der Kommission, der grenzüberschreitende Produktverkehr werde billiger und also gefördert, weil Unternehmen nach einheitlichem (Europäischen) Vertragsrecht anbieten können.⁷⁵ Diesen Vorteil realisiert ein Unternehmen indes nur, wenn es seine Produkte einheitlich auf „EU-Recht“ umstellt und sie also im Binnenmarkt unter EU-Vertragsrecht auf „*take it or leave it*“-Basis anbietet. Da zudem die Rechtsdisparität nur einer von zahlreichen preisbestimmenden Faktoren ist und die daraus resultierenden Kosten schwer zu bemessen sein dürften, ist das Ausmaß möglicher Kostenvorteile schwer zu bestimmen. Ob und in welchem Umfang die Unternehmen sie an die Verbraucher weitergeben (können), ist ungewiss und hängt von den jeweiligen Markt- und Wettbewerbssituation ab.⁷⁶ Drittens endlich vernachlässigt die Vorstellung, ein Unternehmer könne sein Produkt beliebig nach Wahl des Verbrauchers unter EU-Vertragsrecht oder Heimat-Vertragsrecht anbieten, dass sich das Maß zwingenden Verbraucherschutzes optimaler Weise nicht nur auf den Vertrieb, sondern auch auf Entscheidungen des Herstellers beim Produktionsprozess auswirkt. Die erwünschte Steuerungswirkung der Haftung für Produktmängel zeigt sich schließlich im Anreiz des Unternehmers, die Summe aus Herstellungskosten und Kosten aufgrund ausgeübter Gewährleistungsrechte zu minimieren.

Aufgeworfen ist damit in aller Klarheit die Frage: Wollen die Unionsbürger eine punktuelle Absenkung des zwingende Verbraucherschutzlevels in Kauf nehmen, um dafür Kosten für grenzüberschreitende Transaktionen zu senken und Vorteile durch intensiveren grenzüberschreitenden Handel zu generieren? Die Kommission verhält sich unlauter, wenn sie suggeriert, diese Frage stelle sich nicht, weil der Verbraucher das Vertragsrecht und damit das von ihm präferierte Maß an Verbraucherschutz wählen könnte.

Die Kommission betont, der Ansatz eines optionalen, in sich geschlossenen Europäischen Vertragsrechts nehme der Kritik die Spitze, die durch die Europäisierung des Vertragsrechts die Kohärenz nationaler Schuld- bzw. Vertragsrechtskodifikationen in Gefahr sieht: „Ein fakultatives Instrument könnte für den Binnenmarkt erhebliche Vor-

75 EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 52), KOM(2010) 348 endg., S. 5 f.

76 Ein Anbieter strebt regelmäßig danach, seinen Gewinn als Funktion von Preis und abgesetzter Menge zu maximieren. Maßgeblich für die Weitergabe von Kostenvorteilen ist deshalb insbesondere die Preiselastizität der Nachfrage.

teile bringen, ohne noch weiter in einzelstaatliches Recht einzugreifen.“⁷⁷ Allerdings gehen mit dem Konzept eines optionalen Europäischen Vertragsrechts Probleme anderer Art einher. Die Nahtstelle zum mitgliedstaatlichen Recht wird zu definieren sein und hier drohen Unschärfen, vergleichbar denen, die sich aus Umsetzungsspielräume bei der Harmonisierung durch Richtlinien ergeben. Diese Unschärfen dürften nie ganz zu vermeiden sein, werden aber umso größer als das Europäische Vertragsrechtsinstrument – aufgrund politischer Vorgabe der Kommission⁷⁸ – mit nur 189 Artikeln ausgesprochen „schlank“ gehalten wurde, seine Wirksamkeit daher nicht unerheblich vom Zusammenspiel mit den mitgliedstaatlichen Vertragsrechtsregeln abhängen wird.

4. *Ein Europäisches Vertragsrecht auch für Transaktionen zwischen Unternehmen?*

Die Kommission hat mit dem Grünbuch zum Europäischen Vertragsrecht die Frage aufgeworfen, ob ein optionales Europäisches Vertragsrecht auch für Unternehmensgeschäfte im Binnenmarkt wünschenswert sei. Sie ist rechtspolitisch weit weniger brisant, weil Unternehmen nach Art. 3 Rom I-VO Rechtswahlfreiheit genießen. Zwar kann auch hier Konfliktstoff liegen: Wer etwa die in § 307 BGB auch für Unternehmensverträge vorgesehene richterliche Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen für geboten hält, wird es nicht als unproblematisch ansehen, wenn Unternehmen dieser Kontrollmöglichkeit für Verträge mit einer grenzüberschreitenden Komponente (vgl. Art. 1 Abs. 1, 3 Abs. 3 Rom I-VO) ausweichen können, etwa durch Vereinbarung Schweizer Rechts⁷⁹ oder in Zukunft dann möglicherweise eines Europäischen Vertragsrechts. Indes liegt hierin im Grunde kein spezifisch mit der Europäischen Perspektive verknüpftes Thema. Allenfalls wenn ein Europäisches Vertragsrecht auch auf rein innerstaatliche Sachverhalte anwendbar wäre, könnte es Unternehmen neue Rechtswahlfreiheiten eröffnen.

Andererseits lassen die bestehende Rechtswahlfreiheit einerseits und die UN-Konvention über den internationalen Kauf (CISG) andererseits ein einheitliches Europäisches Vertragsrecht für Unternehmensgeschäfte als weniger dringlich erscheinen. Europäischen Unternehmen steht es frei, im Rahmen ihrer Verhandlungsmacht durchzusetzen, ihre Produkte grenzüberschreitend unter einem einheitlichen Vertragsrechtsregime zu vertreiben. Zu Recht weist die Kommission im Grünbuch darauf hin: Der Nutzen eines Europäischen Vertragsrechts für Unternehmensgeschäfte hängt von seiner inhalt-

77 EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 52), KOM(2010) 348 endg., S. 10.

78 Die Kommission hatte die Obergrenze von 150 Artikeln vorgegeben; EUROPÄISCHE KOMMISSION, Synthesis of the first expert group's meeting on 21st May 2010, abrufbar unter http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/docs/cfr_report_10_06_16_en.pdf.

79 Zum Phänomen einer „Flucht“ aus dem deutschen ins schweizerische Recht, um für b2b-Verträge eine AGB-Kontrolle zu vermeiden s. HOBECK, Flucht aus der deutschen Gerichtsbarkeit bei wirtschaftsrechtlichen Streitigkeiten – warum?, DRiZ 2005, 177, 178; BRACHERT / DIETZEL, Deutsche AGB-Rechtsprechung und Flucht ins Schweizer Recht, ZGS 2005, 441.

lichen Qualität als „neutrales modernes Vertragsrechtsinstrument“⁸⁰ ab. Ein optionales Europäisches Vertragsrecht für Unternehmensgeschäfte sollte jedenfalls attraktiver sein als die Regeln des CISG. Ob dies erreicht werden kann, mag man mit guten Gründen bezweifeln: Das binnenmarktpolitische Augenmerk der Kommission ruht auf der Unternehmer-Verbraucher-Beziehung, nicht darauf, ein Vertragsrecht mit dispositiven Regeln zu kreieren, die den *state of the art* für den unternehmerischen Rechtsverkehr abbilden.⁸¹ Das Vertragsrecht des DCFR baut auf den Principles of European Contract Law auf, die wiederum weithin vom CISG inspiriert sind. Es ist nicht erkennbar, dass bei der Abfassung von PECL oder DCFR eine grundlegende Revision der Lösungen des CISG stattgefunden hätte, um neueren Einsichten der Vertragsrechtswissenschaft Rechnung zu tragen.⁸²

5. *Folgerungen für das Verfahren*

Gerade unter dem Gesichtspunkt des Rechtstransfers, der im Mittelpunkt dieser Tagung steht, sind Aspekte des Verfahrens von Bedeutung. Dabei wirft weniger die Überarbeitung des Verbrauchervertragsrechts als vor allem das Vorhaben eines Gemeinsamen Referenzrahmens Verfahrensfragen auf. Diese haben umso größeres Gewicht, je weiter das verabschiedete „Instrument“ in die nationalen Rechtsordnungen eingreift. Auf der einen Seite ist die bloße Publikation eines CFR unproblematisch, auf der anderen Seite die Verabschiedung als ein die nationalen Kodifikationen ersetzendes Vertragsgesetzbuch kaum denkbar. Dazwischen steht die Verabschiedung als optionaler Kodex, wie sie die Kommission von Anfang an unverhohlen favorisiert hat. Ein optionales Instrument greift nicht unmittelbar in die nationalen Rechtsordnungen ein, sondern etabliert eine Alternative für die Parteien. Mittelbar mag die inhaltliche Ausgestaltung eines Europäischen Rechtsinstruments mitgliedstaatliche Gesetzgeber dazu anregen, nationales Recht anzugleichen, oder darin bestärken, divergierende rechtliche Lösungen beizubehalten oder zu entwickeln. Skeptisch ist indes zu beurteilen, ob sich solche Entwicklungen sinnvoll als „Wettbewerb der Regelgeber“, vergleichbar dem Wettbewerb zwischen Unternehmen auf den Produktmärkten, beschreiben lassen und ob sich aus solchen Ansätzen normative Aussagen ableiten lassen.⁸³

80 EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 52), KOM(2010) 348 endg., S. 7.

81 S. allgemein GILLETTE/SCOTT, The Political Economy of International Sales Law, Int. Rev. L. & Econ. 25 (2005), 446-486.

82 So lautet etwa das Ergebnis einer Untersuchung der DCFR Regeln zum Schadensersatz bei Vertragsverletzungen, ACKERMANN, Beyond Expectation? – An Assessment of the DCFR Rules on Contractual Damages, in: Wagner (Hrsg.), The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics (2009), S. 34, 68.

83 S. etwa GÓMEZ (Fn. 53), ERCL 2008, 89, 99-101; GRUNDMANN/KERBER, European System of Contract Laws – A Map for Combining the Advantages of Centralised and Decentralised Rule-making, in: Grundmann/Stuyck (Hrsg.), An Academic Green Paper on European Contract Law (2002), S. 295 ff.; GRUNDMANN, The Role of Competition in the European Codification Process, in: Cafaggi/Micklitz (Hrsg.), After the Common Frame of

Allerdings hat das von der Kommission gewählte Vorgehen Kritik auf den Plan gerufen.⁸⁴ Im Hinblick auf die Ausarbeitung des DCFR geht sie vor allem dahin, dass diese Arbeiten unter einem unnötigen und sachlich unangemessenen Zeitdruck stattgefunden haben. Zudem war dieser Prozess der Ausarbeitung einer Monopolgruppe – manche sagen: einem Kartell – anvertraut und selbst nicht hinreichend wettbewerblich ausgestaltet. Die Mitglieder der Study Group und der Acquis Group waren ganz überwiegend Rechtsvergleicher und Europarechtler. Die Perspektiven der etablierten mitgliedstaatlichen Dogmatiken oder auch neuere interdisziplinäre Einsichten fanden bei der Ausarbeitung nicht ausreichend Berücksichtigung. Und bislang war auch nicht hinreichend Zeit, den mit dem DCFR vorliegenden Entwurf für ein Europäisches Vertragsgesetzbuch einer schonungslosen Kritik dieser Ansätze zu unterziehen.

Die Kommission hat darauf reagiert, indem sie im April 2010 ein Revisionsverfahren initiierte und im Juli 2010 ein Konsultationsverfahren. Auch diese Verfahren leiden indes an Mängeln.⁸⁵ So ist die Expertengruppe, die mit der Revision des DCFR betraut ist, mehrheitlich mit Experten besetzt, die schon an der Ausarbeitung des DCFR mitgewirkt haben. Hier drohen Interessenkonflikte und Bestätigungsneigungen, die eine rigorose Überarbeitung beeinträchtigen. Das Konsultationsverfahren dauerte vom 1. Juli 2010 bis zum 31. Januar 2011, so dass die Zeit zur Stellungnahme von vornherein knapp bemessen war. Gefragt war vor allem, wie mit dem DCFR jetzt weiter verfahren werden soll, ob und in welcher Form und in welchem Zuschnitt er als Vertragsgesetzbuch verabschiedet werden soll. Sowohl die Revision als auch das Konsultationsverfahren wurden indes nicht ergebnisoffen geführt. Vielmehr zeichnete sich frühzeitig ab, dass die Kommission die Verabschiedung eines überarbeiteten DCFR als optionales Vertrags-

Reference – What Future for European Private Law (2010), S. 36-55; KIENINGER (Fn. 70), S. 275-332; KIRCHNER, An Optional European Civil Code (OECC): Initiating a Learning Process, in: Grundmann/Stuyck (Hrsg.), An Academic Green Paper on European Contract Law (2002), S. 399-403; SMITS, European Private Law: A Plea for a Spontaneous Legal Order, in: Curtin/Smits/Klig/McCahery (Hrsg.), European Integration and Law (2006), S. 85; VAN DEN BERGH, Subsidiarity as an Economic Demarcation Principle and the Emergence of European Private Law, MJ 5 (1998), 129-152; DERS., Forced Harmonisation in Europe: Not to be Continued, in: Grundmann/Stuyck (Hrsg.), An Academic Green Paper on European Contract Law (2002), S. 249 ff.; RIESENHUBER (Fn. 48), S. 187-195; WAGNER (Fn. 53), CMLR 39 (2002), 995, 996-1013.

84 S. etwa GRUNDMANN (Fn. 83); JANSEN / ZIMMERMANN, „A European Civil Code in all but name“: Discussing the Nature and Purpose of the Draft Common Frame of Reference, *Cambr.L.J.* 69 (2010), 98, 111; EIDENMÜLLER / FAUST / GRIGOLEIT / JANSEN / ZIMMERMANN, Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht, *JZ* 2008, 529-550; W. DORALT, Strukturelle Schwächen in der Europäisierung des Privatrechts – Eine Prozessanalyse der jüngeren Entwicklungen, *RabelsZ* 2011, 260-285; DERS., Rote Karte oder grünes Licht für den Blue Button – Zur Frage eines optionalen Europäischen Vertragsrechts, *AcP* 211 (2011), 1-34; RIESENHUBER (Fn. 74), *JZ* 2011, 537-544.

85 S. etwa BASEDOW / EIDENMÜLLER / GRIGOLEIT / GRUNDMANN / JANSEN / KIENINGER / MANSEL / ROTH / WAGNER / ZIMMERMANN, Ein europäisches Vertragsrecht kommt – aber zu welchem Preis?, *FAZ* vom 1.7.2010 verfügbar unter <http://faz.net/-019m8q>; RIESENHUBER (Fn. 74).

gesetzbuch favorisierte – schon bevor die Verfahren abgeschlossen waren. Den unbefangenen Beobachter mag die Vermutung beschleichen, die Kommission wolle die Kosten für die Erstellung des DCFR *ex post* legitimieren, indem sie eine legislative Initiative ergreift um – wie *Kegel* in anderem Zusammenhang sagt – „etwas vorzuweisen: ut aliquid fieri videatur? Ist das der Preis, den wir zahlen müssen, dass die Rechtsvereinheitlichung überhaupt in Gange bleibt?“⁸⁶

Die Kommission hat zu gewährleisten, dass (Wohlfahrts-)Vorteile durch die Integration des Binnenmarktes ausgeschöpft werden. Geht sie davon aus, eine Vereinheitlichung und dabei punktuelle Senkung des Schutzniveaus im Verbrauchervertragsrecht sollte hingenommen werden, um hierdurch Vorteile eines intensivierten Binnenmarkthandels zu generieren, dann ist es richtig, dass sie einen entsprechenden Vorschlag für ein optionales Europäisches Vertragsrechtsinstrument erarbeitet und politisch hierfür wirbt. Nicht redlich handelt die Kommission aber, wenn sie versucht, der politischen Frage nach dem optimalen Verbraucherschutzniveau auszuweichen. Ein Manöver besteht – wie bereits bemerkt – darin, dass sie behauptet, der mitgliedstaatliche Verbraucherschutzbestand werde an keiner Stelle gesenkt, weil der Verbraucher ein „Wahlrecht“ haben werde. Zum anderen verschleiert die Kommission den rechtspolitischen Konflikt zwischen Verbraucherschutz und Binnenmarktintegration dadurch, dass sie die Ausarbeitung des Europäischen Vertragsrechts als eine rein „technische“ Frage hinstellt, deren Lösung einem Gremium juristischer Experten übertragen werden könnte, um sodann in der politischen Auseinandersetzung auf das Placet dieses Gremiums verweisen zu können. Die juristische Expertise des von der Kommission beauftragten Gremiums kann eine rechtspolitische Legitimation der mit dem Europäischen Vertragsrechtskodex einhergehenden verbraucherschutzpolitischen Weichenstellungen indes nicht ersetzen.

III. AUSBLICK:

VOM GESETZTEN OPTIONALEN VERTRAGSRECHTS-KODEX ZUM GELEBTEN EUROPÄISCHEN VERTRAGSRECHT

Wagen wir einen Blick voraus. Nachdem die Kommission am 11. Oktober 2011 einen Entwurf vorgestellt hat, deutet einiges darauf hin, dass das optionale Kaufrecht in Form einer Verordnung zum „Common European Sales Law“ beschlossen werden wird. Damit würde die Integration des Vertragsrechts in der Union eine neue Qualitätsstufe erreichen. Ein solches Instrument führte erstmalig zu einem breitflächigen, unmittelbar anwendbaren Europäischen Vertragsrecht, dessen Provenienz sichtbar wäre, anders als bei der Harmonisierung durch Richtlinien.

⁸⁶ Kritik *Kegels* gemünzt auf die sachlich fragwürdige Vielzahl rechtsangleichender Staatsverträge, KEGEL, Sinn und Grenzen der Rechtsangleichung, in: Angleichung des Rechts der Wirtschaft in Europa/Le rapprochement du droit de l'économie en Europe (1971), 9, 43.

Ein optionales Europäisches Vertragsrecht soll Kosten aufgrund von Rechtszersplitterung vermeiden, indem es von Unternehmen gewählt wird als Alternative zu den nationalen Vertragsordnungen. Ignoriert es die Praxis, werden manche Kritiker sagen, es zeige sich hieran seine inhaltliche Schwäche. Der „Wettbewerb“ habe gegen das Europäische Instrument entschieden. Einen solchen Schluss wird man indes nur ziehen dürfen, wenn das Europäische Vertragsrecht eine faire Chance gehabt hat, die „Markt“-Zutrittschürden zu überwinden. Überkommt man die Phase schierer Unkenntnis vom neuen Recht, stellt sich das Problem der Rechtsunsicherheit. Unternehmerische Investitionen benötigen Planungssicherheit. Daher werden Anbieter und Rechtsberater zögern, Gefilde nationalen Rechts zu verlassen und sich auf das unbekannte Terrain des optionalen Europäischen Vertragsrechts vorzuwagen, mögliche Vorteile aufgrund eines einheitlichen Vertragsrechtsrahmens für binnenmarktweite Aktivitäten abwägend mit den Risiken. Rechtsunsicherheit droht für den Anfang allein deshalb, weil die Rechtssätze neu sind; dauerhaft aber auch dann, wenn das Recht nicht konsistent durch die Gerichte über die nationalen Grenzen hinweg angewendet werden sollte.

Ein Vergleich mit den Startbedingungen, die das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch bei seinem Inkrafttreten hatte, mag dafür sensibilisieren, die Herausforderung einer unionsweit konsistenten Praxis nicht zu unterschätzen. Wenn es in einem Worte *Radbruchs* heißt, das BGB sei „mehr Endprodukt des 19. als Auftakt des 20. Jahrhunderts“,⁸⁷ dann liegt hierin einerseits eine inhaltliche Wertung, es wird andererseits aber auch deutlich: Das BGB ist die Frucht der Historischen Schule und der Pandektistik, einer ausdauernden, feinsinnigen und tiefgründigen inhaltlichen, systematischen und begrifflichen Durchformung des Privatrechts. Vielfach werden – gerade auch im internationalen Vergleich – die „technischen“ Qualitäten des BGB, seine Präzision in Sprache und Systematik, hervorgehoben.⁸⁸ Es nahm sich ein Juristenstand der neuen Regeln an, der gemeinsam am Römischen Privatrecht geschult worden war, den eine Einigkeit nicht nur in der Sprache, sondern im juristischen Denken auszeichnete. Das Beispiel der Vereinigten Staaten zeigt, welcher institutionelle Aufwand nötig scheint, um selbst auf der Grundlage einer weitgehenden rechtskulturellen und sprachlichen Einheit eine widerspruchsfreie Anwendung des staatenübergreifend geltenden Bundesrechts zu gewährleisten. Parallel zu den einzelstaatlichen Gerichten besteht eine Bundesgerichtsbarkeit mit vollständigem Instanzenzug. Bundesgerichte können für alle auf Bundesrecht gestützten Klagen angerufen werden.⁸⁹

Sieht man demgegenüber die Vielfalt der Sprachen, der Methoden der Rechtsfindung⁹⁰ und genereller der Rechtskulturen und juristischen Denktraditionen in Europa, so mag man erlauben, dass sich aus einem optionalen Vertragsrechtskodex nicht ohne Weiteres ein verlässliches gelebtes Unionsvertragsrecht entwickeln wird, das seine

87 RADBRUCH, Einführung in die Rechtswissenschaft (13. Aufl. 1980), S. 104.

88 ZWEIGERT / KÖTZ, Einführung in die Rechtsvergleichung (3. Aufl. 1996), S. 143 m.w.N.

89 Art. III § 2 Bundesverfassung i.V.m. 28 U.S.C. § 1331 (sog. *federal question*-Zuständigkeit).

90 Vgl. RIESENHUBER (Fn. 33).

Funktion als Instrument der Binnenmarktintegration erfüllt. Zwei Aspekte verdienen Hervorhebung: Bei den gegenwärtigen institutionellen Arrangements wird der Europäische Gerichtshof schon bald überfordert sein, allein und mit dem Mittel der Vorabentscheidung Einheit und Kohärenz eines Europäischen Vertragsrechts zu gewährleisten. Ein separater Europäischer Instanzenzug ist keine realistische Option.⁹¹ Ausichtsreicher scheinen Vorschläge, das Gerichtssystem der Union sinnvoll zu dezentralisieren.⁹² Erforderlich erscheint es daneben, den horizontalen Austausch zwischen den Gerichten zu fördern. Dazu könnte die Union beitragen, indem sie (auch untergerichtliche) Urteile zum Europäischen Vertragsrecht(skodex) dokumentiert und (ggf. auch in Übersetzung) zugänglich macht.⁹³

Ein Rechtsberater wird seinem Klienten nur dann empfehlen (können), Europäisches Vertragsrecht zu wählen, wenn er dieses Recht kennt und die darin liegende „Option“ bewerten kann. Ein optionales Vertragsrecht der Union wird sich nur dann zu einem selbstverständlichen Bestandteil mitgliedstaatlicher Vertragsrechtsordnungen entwickeln können, wenn es auch gelehrt wird, und zwar nicht als Nischenfach für Wirtschafts-, Europa- oder Internationalprivatrechtler, sondern als Variante im geltenden Vertragsrecht, als alternative Lösung eines Regelungsanliegens. Die (Teil-)Vereinheitlichung des Rechtsstoffes bietet die Chance, einen verstärkten Dialog über die Ausbildung im Vertragsrecht zu führen.⁹⁴ In anderen unionsrechtlich geprägten Bereichen, insbesondere im Kartellrecht, ist ein solcher Prozess bereits zu beobachten. Auch hier mag das Beispiel der Vereinigten Staaten vorbildlich sein. Ungeachtet der dezentralisierten Rechtssetzung und -findung gibt es im Vertragsrecht eine Rechtseinheit.⁹⁵ Die *law schools* lehren in einer Verbindung von Dogmatik und Rechtspolitik das in den Vereinigten Staaten geltende Vertragsrecht als einheitliches Thema von „issues, methods, theory, and basic doctrines of modern contract law“.⁹⁶ Ein solches Modell bietet für das Europäische Vertragsrecht die Chance, sich zu einem gelebten und in einer gewachsenen Rechtskultur verwurzelten Recht zu entfalten. Die Herausforderung besteht darin, das neue Recht zu

91 REHM, Auf dem Weg zu einer Europäischen Zivilprozessordnung und Instanzengerichtsbarkeit?, in: Lorenz/Trunk/Eidenmüller/Wendehorst/Adolff (Hrsg.), Festschrift für Andreas Heldrich (2005), 955, 969-971; WAGNER, Entwicklungstendenzen und Forschungsperspektiven im Zivilprozess- und Insolvenzrecht, ZEuP 2008, 6, 21 f.; FORNASIER, Auf dem Weg zu einem europäischen Justizraum – Der Beitrag des Europäischen Justiziellen Netzes für Zivil- und Handelssachen, ZEuP 2010, 477, 485 m.w.N.

92 S. etwa HIRSCH, Dezentralisierung des Gerichtssystems der Europäischen Union?, ZRP 2000, 57, 59; s. auch BASEDOW, Der Europäische Gerichtshof und das Privatrecht, AcP 210 (2010), 157, 191 f.

93 Diese Aufgabe könnte die Union dem Europäischen Justiziellen Netz für Zivil- und Handelssachen übertragen, s. FORNASIER (Fn. 91), ZEuP 2010, 477, 492.

94 Siehe für einen historisch fundierten Vergleich der Juristenausbildung in Europa RANIERI, Juristen für Europa: Wahre und falsche Probleme in der derzeitigen Reformdiskussion zur deutschen Juristenausbildung, JZ 1997, 801-813.

95 KÖTZ (Fn. 31), *RebelsZ* 50 (1986), 1, 15.

96 SCOTT / KRAUS, *Contract Law and Theory* (4. Aufl. 2007), S. 1.

unterrichten, dabei aber den Reichtum der nationalen Zivilrechte zu bewahren und zu mehren.

Die Bundesgerichtsbarkeit der Vereinigten Staaten sichert nicht allein eine landesweit konsistente Anwendung des materiellen Bundesrechts, sondern zugleich auch Zugang zu einer einheitlichen Gerichtsorganisation mit einheitlichen Verfahrensregeln und damit ein Gleichmaß an wirksamen Rechtsschutz. Ohne einen separaten unionsrechtlichen Instanzenzug oder äquivalente Maßnahmen verbleiben hingegen unionsweit teils erhebliche Unterschiede in den Zivilverfahrensrechten⁹⁷ und vor allem auch bei der Ausstattung der Gerichte.⁹⁸ Diese relativieren mögliche Erfolge durch eine effektive Angleichung materiellen Vertragsrechts.

Ein Europäisches Vertragsrecht wird mögliche Vorteile durch seine einheitlich unionsweite Anwendbarkeit und inhaltliche Ausgestaltung im Dienste der Binnenmarktintegration nur ausspielen können, wenn die Union zugleich die hier angerissenen institutionellen Aspekte adressiert. Wer einen Europäischen Vertragsrechtskodex voreilig beschließt, nimmt nicht nur höhere Hürden für seine Implementierung in Kauf. Er riskiert, dass das Projekt scheitert und die Rechtsvereinheitlichung in Misskredit bringt. Das Schicksal des Verfassungsvertrags steht uns vor Augen.⁹⁹ Niemand sollte sich deshalb einer Illusion hingeben: Steinig ist der Weg in die Erprobungsphase, das Risiko des Scheiterns steter Begleiter, durchgreifende positive Wirkung für den Binnenmarkt allenfalls langfristig erwartbar. Es bedarf schon der Chuzpe eines hartgesottenen Politikers, für das Projekt des Europäischen Vertragsrechts in die Waagschale zu werfen, seine zügige Verabschiedung werde „der EU helfen [...] die Wirtschaftskrise zu bewältigen“.¹⁰⁰

97 WAGNER (Fn. 53), CMLR 39 (2002), 995, 1021 f.

98 GÓMEZ (Fn. 53), ERCL 2008, 119, 106.

99 RIESENHUBER (Fn. 74), JZ 2011, 537, 539.

100 EUROPÄISCHE KOMMISSION (Fn. 52), KOM(2010) 348 endg., S. 4. Die Kommission nimmt Bezug auf die unbefriedigende, teils rezessive konjunkturelle Entwicklung in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union infolge der Weltfinanzkrise der Jahre 2008/09.

Die Modernisierung des deutschen Schuldrechts – äußeres und inneres System

Peter A. Windel *

- I. So abstrakt und so viel?
- II. Umfang und Aufteilung der Modernisierung
 - 1. Der Umfang der Modernisierung
 - a) Verbraucherrecht und Mietrecht
 - b) Individualarbeitsrecht
 - c) Handelsrecht
 - 2. Die Aufteilung der Modernisierung
 - a) Zur Mietrechtsreform
 - b) Zur Schadensrechtsänderung
- III. Allgemeines und besonderes Schuldrecht
 - 1. Besondere Schuldverhältnisse
 - a) Kaufvertrag und Werkvertrag
 - b) Werkvertrag und Dienstvertrag
 - c) „Vergessene“ Vertragstypen
 - d) Vermächtnis
 - 2. Vertragsbeendigung und Rückabwicklung
 - a) Rücktritt und Kündigung
 - b) Rückabwicklungsmodi
 - c) Schlussfolgerungen
- IV. Leistungsstörungenrecht
 - 1. Zum Einheitstatbestand
 - 2. Zu den Rechtsfolgen
 - 3. Zur Kohärenz von Tatbestand und Rechtsfolgen
- V. Schluss

I. SO ABSTRAKT UND SO VIEL?

Das Thema erscheint manchem vielleicht hoch abstrakt. Aber keine Angst: Die Modernisierung des deutschen Schuldrechts der Jahre 2001/2002 braucht hier nicht auf einer Metaebene methodologisch hinterfragt zu werden. Eine nähere Auseinandersetzung mit den Begriffen des *äußeren und des inneren Systems*¹ sollte ebenfalls verzichtbar sein.

* Dr. iur. utr., Professor für Prozessrecht und Bürgerliches Recht an der Ruhr-Universität Bochum.

1 Dazu grundlegend ENGISCH, Sinn und Tragweite juristischer Systematik, *Studium Generale* 10 (1957), 173, 180 ff., 188 = DERS., Beiträge zur Rechtstheorie, hrsg. von Bockelmann/Kaufmann/Klug (1984), S. 88 ff., 103 ff., 121; zum aktuellen Diskussionsstand RÖHL/RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl. 2008, § 54 I, II (S. 438-441).

Stattdessen wollen wir uns einen ganz simplen² Eindruck davon verschaffen, wie sich die Aktivitäten des deutschen Gesetzgebers jener Jahre im BGB als *äußerem System* des Zivilrechts niedergeschlagen und wie sie sich auf dessen Sinnzusammenhang als *innerem System* ausgewirkt haben.

Um unseren Eindruck gleich plastischer werden zu lassen, möchte ich das schöne Bild in Erinnerung rufen, das *Zentaro Kitagawa* 2007 gezeichnet hat: Ihm sei als jungem japanischem Rechtsvergleichler das deutsche Zivilrecht wie ein Schloss erschienen, zu dem ihm eine hohe Mauer den Zugang verwehrt habe. Die Schuldrechtsmodernisierung habe diese Mauer zwar eingerissen, aber das Schloss stehe immer noch da.³ Das ist richtig. Aber das Schloss selbst ist nicht unverändert geblieben, sondern es wurde in vielfältiger Weise modernisiert: Teile wurden abgerissen, andere neu dazu gebaut, wieder andere kernsaniert, manche haben nur Schönheitsreparaturen erfahren, gelegentlich wurden einfach ein paar Möbel umgestellt. Vieles ist aber auch geblieben, wie es war. Lassen Sie uns versuchen, für dieses Gemäuer einen Plan zu zeichnen. Ganz einfach wird das nicht, denn es ist ziemlich verbaut. In manchen Ecken spuken außerdem noch theoretische Gespenster, einige sogar aus der Zeit der Grundsteinlegung unseres Schlosses.

Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz⁴ hatte für den Umbau natürlich eine besondere Bedeutung. Es geht aber nicht nur um dieses eine Gesetz. Es wäre auch verkürzend, allein seine „Fernwirkungen“ anhand einiger „Schnittstellen“ zu anderen betroffenen Bereichen des Schuldrechts aufzuzeigen.⁵ Vielmehr will ich der Modernisierung des deutschen Schuldrechts alle drei großen Reformgesetze der Jahre 2001/2002 zuordnen,⁶ also neben dem eigentlichen Schuldrechtsmodernisierungsgesetz noch das Mietrechtsreformgesetz⁷ und das Schadensersatzrechtsänderungsgesetz.⁸ Das klingt nach viel mehr, als es ist. Denn die Vorarbeiten zur Modernisierung des Schuldrechts hatten in den 1980er Jahren zunächst Gutachten und Vorschläge zum gesamten Schuldrecht umfasst,⁹

-
- 2 Dazu ermutigt mich der Ansatz von LEIPOLD, Deutsches Bürgerliches Recht und Europäisches Zivilrecht in Gegenwart und Zukunft, in: Kitagawa/Riesenhuber (Hrsg.), *The Identity of German and Japanese Civil Law in Comparative Perspectives* (2007), S. 153, 182 f.
 - 3 KITAGAWA, Japanese Law and German Law – From the Viewpoint of Comparative Law, in: Kitagawa/Riesenhuber (Hrsg.), *The Identity of German and Japanese Civil Law in Comparative Perspectives* (2007), S. 11, 54.
 - 4 Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26.11.2001, BGBl. I, 3138.
 - 5 Vgl. aber S. LORENZ, *Karlsruher Forum 2005, Schuldrechtsmodernisierung – Erfahrungen seit dem 1. Januar 2002*, S. 82 ff.
 - 6 Zutreffend hervorgehoben von SHIOMI, *Modernisation of German Civil Law and Japanese Civil Law Interpretation*, in: Kitagawa/Riesenhuber (Hrsg.), *The Identity of German and Japanese Civil Law in Comparative Perspectives* (2007), S. 57, 60 f.
 - 7 Gesetz zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts v. 19.6.2001, BGBl. I, 1149.
 - 8 Zweites Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften v. 19.7.2002, BGBl. I, 2674.
 - 9 Bundesministerium der Justiz – BMJ (Hrsg.), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bd. I und II (jew. 1981), Bd. III (1983).

bevor sie auf das später im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz verwirklichte Ausmaß verkürzt¹⁰ und – wohl nicht von ungefähr – ein Jahrzehnt zunächst nicht weiterverfolgt worden sind.

Wir wollen uns dem Thema nähern, indem wir zunächst zu Umfang und Aufteilung der Modernisierung des Schuldrechts im Ganzen Stellung nehmen (II.). Dann sollen das Verhältnis von allgemeinem und besonderem Schuldrecht (III.) und kurz¹¹ das Leistungsstörungenrecht im engeren Sinne (IV.) angesprochen werden. Abschließend wollen wir versuchen, wenigstens *eine* Lehre aus der Schuldrechtsmodernisierung zu ziehen. (V.).

II. UMFANG UND AUFTEILUNG DER MODERNISIERUNG

1. *Der Umfang der Modernisierung*

Wer eine Schuldrechtsmodernisierung angeht, steht zunächst vor der Frage, ob er sie in eine umfassende Kodifikation mit einer mehr oder minder großen Zahl von Nebengesetzen oder in mehrere größere Kodifikationen gießen will. Deutschland hat insoweit einen Mittelweg eingeschlagen.

a) *Verbraucherrecht und Mietrecht*

Mit dem SchuldrechtsmodernisierungsgG wurden das AGBG,¹² das FernAbsG, das VerbrKrG, das HaustürWG und das TzWrG¹³ als wesentliche verbraucherrechtliche Nebengesetze in das BGB integriert,¹⁴ nachdem Vergleichbares für das MHG zuvor schon durch das MietrechtsreformG geschehen war. Damit hat sich Deutschland gegen das Modell eines neben dem BGB stehenden Verbrauchergesetzbuches entschieden, auch wenn das ProdHaftG bei der abschließenden Änderung des Schadensersatzrechts seinen Sonderstatus als Nebengesetz – leider – behielt.

Die Vorteile einer Einbeziehung des Verbraucherrechts in die allgemeine zivilrechtliche Kodifikation liegen auf der Hand: Das BGB wird nicht ausgetrocknet,¹⁵ und das äußere System wird tendenziell vereinfacht.¹⁶ Der augenfälligste¹⁷ Nachteil einer Inte-

10 BMJ (Hrsg.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts (1992), der den Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts der Koalitionen der SPD und von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 15.5.2001, BT-Drs. 14/6040, stark geprägt hat.

11 Ausführlich dazu S. LORENZ, oben S. 67 (in diesem Band).

12 Dazu S. LORENZ, *Karlsruher Forum* 2005, S. 9 f.

13 Dazu S. LORENZ, a.a.O., S. 10 f.

14 Dazu SHIOMI, in: Kitagawa/Riesenhuber (Hrsg.), *The Identity of German and Japanese Civil Law in Comparative Perspectives* (2007), S. 57, 61 ff.

15 Vgl. SHIOMI, a.a.O., 62 f.

16 Zu beiden Vorteilen LEIPOLD, in: Kitagawa/Riesenhuber (Hrsg.), *The Identity of German and Japanese Civil Law in Comparative Perspectives* (2007), S. 153, 171 bzw. 175 f.

17 Misslich sind auch die ständig erforderlichen Nachbesserungen, treffend WENDEHORST, *Dauerbaustelle Verbrauchervertrag*, *NJW* 2011, 2551 ff.

gration besteht für unser heutiges BGB darin, dass die Kodifikation durch eine Fülle ganz unübersichtlicher Detailregelungen „verstraucht“. Dies ist aber weniger ein deutsches und schon gar kein japanisches Problem, sondern eine Frage der unsystematischen und im Detail uneinheitlichen Vorgaben des sog. europarechtlichen *acquis*.¹⁸ Es steht zu hoffen, dass im Zuge von dessen anstehender Durchforstung¹⁹ kräftig ausgeholt werden wird. Japan könnte mit seiner laufenden BGB-Reform hierfür zum Vorbild werden.

Kaum beachtet erscheint eine weitere, in Deutschland hausgemachte Auswirkung der Integration der Nebengesetze in das BGB für dessen äußeres System: Die Nebengesetze enthielten häufig nicht nur schuldrechtliche Regelungen, sondern – hier vorwiegend interessierend²⁰ – auch solche, die die Rechtsgeschäftslehre, namentlich den Vertragsschluss, sowie Formfragen im weiteren Sinne betrafen. Da das deutsche BGB den Vertrag als Institut des Allgemeinen Teils behandelt und nicht – wie für Japan derzeit kontrovers diskutiert wird – als solches des Schuldrechts, wurden durch die Integration der Nebengesetze die Grenzen zwischen den ersten beiden Büchern des BGB verwischt. Die Modernisierung des Allgemeinen Teils hätte aber auch deshalb nicht auf das Verjährungsrecht²¹ beschränkt bleiben dürfen, weil mit § 313 Abs. 2 BGB der beiderseitige Grundlagenerrrtum geregelt wurde, der systematisch zu den §§ 119 ff. BGB gehört.²²

An die großen Fragen der Struktur des Privatrechts, die uns seit Jahrzehnten beschäftigen und weiterhin beschäftigen werden, hat sich der Gesetzgeber bei der Modernisierung nicht heranwagen wollen. Eingeholt haben sie ihn aber doch. Von einer staatskonzeptionell-politischen Warte aus lassen sich die verbraucherschutzrechtlichen Neuerungen nämlich²³ einer eher *neoliberalen Doktrin* zuordnen, während der nochmals gesteigerte²⁴ Mieterschutz schon *wohlfahrtsstaatliche Züge* trägt. Daneben stehen unverändert Normen, die auf dem *klassischen liberalen Konzept* des ursprünglichen BGB beruhen.²⁵ Daher ist bei Detailfragen durchaus kritische Wachsamkeit geboten.²⁶ Das

18 Am Beispiel der Widerrufsrechte dargelegt von LEIPOLD, in: Kitagawa/Riesenhuber (Hrsg.), *The Identity of German and Japanese Civil Law in Comparative Perspectives* (2007), S. 153, 173 f.

19 Dazu EIDENMÜLLER / FAUST / GRIGOLEIT / JANSEN / WAGNER, *Revision des Verbraucheracquis* (2011); DIES., *Towards a revision of the consumer acquis*, CML Rev. 48 (2011), 1077 ff.

20 Weniger gravierend erscheinen mir Vermischungen mit dem Sachenrecht. Sehr problematisch ist dagegen, dass die §§ 38 ff. ZPO im Gegensatz zu § 1031 Abs. 5 ZPO noch immer nicht mit dem materiellen Zivilrecht harmonisiert sind.

21 Dazu S. LORENZ, *Karlsruher Forum* 2005, S. 6 ff.

22 Zutreffend PFEIFFER, *Geschäftsgrundlage und Kündigung aus wichtigem Grund*, in: Remien (Hrsg.), *Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht* (2008), S. 134, 142.

23 Jedenfalls *cum grano salis*.

24 Das Mietrechtsreformgesetz lag in einem schon zuvor angelegten Trend.

25 Scharfsinnig SHIOMI, in: Kitagawa/Riesenhuber (Hrsg.), *The Identity of German and Japanese Civil Law in Comparative Perspectives* (2007), S. 57, 64 ff., 76.

26 Vgl. SHIOMI, a.a.O., S. 89.

Kodifikationsprinzip wird dadurch aber nicht in Frage gestellt, weil Unterschiede in den ideologischen Hintergründen einzelner Normen ihrer Einbindung in ein einheitliches dogmatisches System nicht zwingend entgegenstehen. Vielmehr bietet gerade die Rechtsdogmatik die Chance, ideologisch geprägten Übereifer zu mediatisieren und damit allzu wohlgemeinte Gesetze praktisch handhabbar zu machen.

b) *Individualarbeitsrecht*

Vor diesem Hintergrund ist es möglicherweise gar nicht so schlimm, dass im Arbeitsrecht erst spät zwei Regelungen (§ 615 S. 3 und § 619 a BGB) in das Modernisierungsprogramm aufgenommen wurden, die zudem rein defensiv den Stand der seinerzeitigen Rechtsprechung bekräftigen bzw. aufrechterhalten sollten.²⁷ Denn die damit fortgesetzte, schon jahrzehntelang beklagte Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung,²⁸ ein Arbeitsgesetzbuch zu erlassen, könnte sich historisch sogar als Segen herausstellen. Die Entwicklung geht nämlich dahin, dass die Besonderheiten des Arbeitsrechts gegenüber dem allgemeinen Zivilrecht vor dem Hintergrund der verbraucher-, mieter-, patienten-, arzneimittelkonsumenten-, versicherten- und anlegerschutzrechtlichen Dynamik zunehmend verblässen.

c) *Handelsrecht*

Das Handelsrecht ist im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung ebenfalls stiefmütterlich behandelt worden.²⁹ Die relativ geringen redaktionellen und inhaltlichen Anpassungen erscheinen aber im Wesentlichen geglückt.³⁰ Die das Verhältnis des Handelsrechts, genauer des vierten Buches des HGB zum Schuldrecht des BGB betreffende grundlegende Strukturfrage, ob das an der situativ-rollenspezifischen Unterscheidung zwischen Verbraucher und Unternehmer (§§ 13, 14 BGB) orientierte allgemeine Zivilrecht³¹ noch Raum für besondere Handelsgeschäfte (§§ 343 ff. HGB) lässt,³² wurde überhaupt nicht berührt. Damit blieb auch § 345 HGB als „handelsrechtlicher Sonderling“³³ er-

27 Dazu BRat, BT-Drs. 14/6857, S. 11; BReg, a.a.O., S. 47 f.; Rechtsausschuss, BT-Drs. 14/7052, S. 204.

28 Treffend bereits DIEDERICHSEN, Die Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung im Zivilrecht, 1974.

29 STECK, Das HGB nach der Schuldrechtsreform, NJW 2002, 3201.

30 STECK, NJW 2002, 3201 ff., dort 3203 aber auch zur unterbliebenen Anpassung des § 406 HGB an § 651 BGB n.F.

31 Zur Bedeutung dieser schon vor der Schuldrechtsmodernisierung erfolgten Neuerung für die Integration des Verbraucherrechts in das BGB treffend SHIOMI, in: Kitagawa/Riesenhuber (Hrsg.), The Identity of German and Japanese Civil Law in Comparative Perspectives (2007), S. 57, 62 f.

32 Lesenswert dazu K. SCHMIDT, „Unternehmer“ – „Kaufmann“ – „Verbraucher“, Schnittstellen im „Sonderprivatrecht“ und Friktionen zwischen §§ 13, 14 BGB und §§ 1 ff. HGB, BB 2005, 837 ff.; vgl. auch WEYER, Handelsgeschäfte (§§ 343 ff. HGB) und Unternehmergeschäfte (§ 14 BGB), WM 2005, 490 ff.

33 So K. SCHMIDT, BB 2005, 837, 841.

halten, wonach auf einseitige Handelsgeschäfte die Vorschriften über Handelsgeschäfte für beide Teile gleichmäßig zur Anwendung kommen, soweit sich aus deren Detailregelungen nicht ein anderes ergibt. Ist also ein Teil Kaufmann, gelten schon deshalb auch für seinen Vertragspartner strengere Regelungen, was in diametralem Gegensatz zum Verbraucherschutzkonzept des modernisierten BGB steht.³⁴

Solche Systembrüche lassen sich nur durch konzeptionelle Ansätze vermeiden.³⁵ Vielleicht führt die Entwicklung insgesamt ja eher zu einer Aufnahme der Regeln für Handelsgeschäfte in das BGB als zu einer völligen Ausgliederung des Individualarbeitsrechts. Der Modernisierungsgesetzgeber der Jahre 2001/2002 war mit solchen Fragen überfordert. Das zeigt schon die Hilflosigkeit, mit der er an der Regelung des an sich überschaubaren Problems des Lieferantenregresses gescheitert ist. Für das HGB war hierfür zunächst eine Vorschrift zur Untersuchungs- und Rügepflicht vorgesehen (E § 378 HGB), die dann aber fallengelassen wurde mit der Konsequenz, dass man versuchen muss, sich mit der Grundregel des § 377 HGB zu behelfen.³⁶ Stattdessen wurde als Annex zum Verbrauchsgüterkauf eine Regressregelung in das BGB aufgenommen (§§ 478, 479 BGB),³⁷ die an dem sonst völlig unbekanntem Modell: *Unternehmer – Unternehmerlein – Verbraucher* orientiert ist.³⁸ Der daraus abgeleitete zwingende Schutz des Zwischenhändlers geht vielfach an der Realität vorbei; man denke nur an mittelständische Zulieferer der großen Einzelhandelsketten.

2. Die Aufteilung der Modernisierung

Es braucht wenig Systemverständnis für die Vermutung, dass die Aufteilung der Modernisierung des Schuldrechts in drei weitgehend unabhängig voneinander erarbeitete Teilesetze zu Verwerfungen führen musste. Die nähere Analyse bestätigt das.

a) Zur Mietrechtsreform

Das heutige Mietrecht (§§ 535-580 a BGB), das (gemäß § 581 Abs. 2 BGB) grundsätzlich auch für den Pachtvertrag gilt, passt schon äußerlich schlecht in ein BGB, das traditionell zunächst das Allgemeine und dann das Besondere regelt. Denn zwar finden sich im 1. Untertitel „Allgemeine Vorschriften für Mietverhältnisse“ (§§ 535-548 BGB), so dann wird aber die Wohnraummiete als komplexeste Materie im 2. Untertitel vor den

34 Näher K. SCHMIDT, a.a.O.

35 Die von WEYER, WM 2005, 490, 495 ff., vorgelegte (einzel-)normzweckorientierte Analyse ist dafür als Vorarbeit nützlich, bietet aber keine tragfähige Gesamtlösung.

36 STECK, NJW 2002, 3201, 3202 f.

37 Insoweit befürwortend MünchKomm-BGB/S. LORENZ, Bd. III, 5. Aufl. 2008, § 478 Rn. 1 m.Nw.

38 Treffende Kritik bei S. LORENZ, Karlsruher Forum 2005, S. 81 f.; MünchKomm-BGB / S. LORENZ, Bd. III, 5. Aufl. 2008, § 478 Rn. 7.

Mietverhältnissen über andere Sachen (3. Untertitel) geregelt.³⁹ Das auch inhaltlich alles andere als einfache Mietrechtsreformgesetz⁴⁰ wurde dann „bis auf einige kosmetische Korrekturen“⁴¹ unverändert neben dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz stehen gelassen. Man ist sich einig, dass es dafür keinen inhaltlichen Grund gab⁴² oder genauer: dass der Hinweis der Bundesregierung auf die Unterschiede von Kauf- und Werkvertragsrecht einerseits und Mietrecht andererseits⁴³ weder die völlige Abschottung der Vertragstypen voneinander noch eine Entkopplung des Mietrechts vom allgemeinen Schuldrecht zu rechtfertigen vermochte. Die Richtigkeit dieser Einschätzung lässt sich für beide Problemkreise leicht belegen:

aa) Singularität des Mietrechts?

Im Kauf- und Werkvertragsrecht wurde die Unterscheidung zwischen Mängeln und zugesicherten Eigenschaften (§§ 459, 633 Abs. 1 BGB a.F.) aufgegeben und funktional durch die allgemeine Regel des § 276 Abs. 1 S. 1, vorletzter Fall BGB ersetzt, wonach der Schuldner für eine übernommene Garantie einzustehen hat. Das Mietrecht folgt aber nach wie vor der alten Systematik (§ 536 Abs. 1 und 2 BGB). Ist demzufolge § 536 Abs. 2 BGB überflüssig⁴⁴ oder umgekehrt *lex specialis* zu § 276 BGB, der damit im Mietrecht nur eingeschränkt Anwendung finden dürfte?

Die Ansprüche des Käufers und des Bestellers auf Nacherfüllung können vom Verkäufer und Werkunternehmer abgewehrt werden, wenn ihre Erfüllung unverhältnismäßige Kosten verursachen würde (§§ 439 Abs. 3, 635 Abs. 3 BGB). Das allgemeine Schuldrecht enthält mit § 275 Abs. 2 BGB eine Vorschrift, die auf dem gleichen Rechtsgedanken beruht. Im Mietrecht findet sich nichts Entsprechendes, vielmehr muss man sich nach wie vor durch eine richterrechtlich gezogene „Opfergrenze“ behelfen.⁴⁵ Unerfindlich ist auch, warum ausgerechnet im Mietrecht die Minderung bei unerheblichen Mängeln ebenso ausgeschlossen (§ 536 Abs. 1 S. 3 BGB)⁴⁶ sein soll wie ein Anspruch des Mieters auf einen Vorschuss für die Selbstvornahme der Mängelbeseitigung (§ 536 a Abs. 2 BGB)⁴⁷, wenn beides bei den anderen Vertragstypen als unproblematisch erscheint.

39 Deshalb wie wegen der missglückten Verweisungstechnik ablehnende Stellungnahme des Deutschen Mietgerichtstages e.V., NZM 2000, 599, 600.

40 Dezidiert und mit teils vernichtender Kritik STERNEL, Probleme des Neuen Mietrechts, ZMR 2001, 937 ff. (Teil I), ZMR 2002, 1 ff. (Teil II).

41 Treffend UNBERATH, Mietrecht und Schuldrechtsreform, ZMR 2004, 309, Fn. 6.

42 S. LORENZ, Karlsruher Forum 2005, S. 83; UNBERATH, ZMR 2004, 309; WÜST, Der Einfluss des modernisierten Schuldrechts auf das reformierte Mietrecht (2011), S. 19 ff.

43 So BReg, BT-Drs. 14/6857, S. 66 f., gegen BRat, ebd., S. 35.

44 So UNBERATH, ZMR 2004, 309, 310.

45 Zur Kritik näher UNBERATH, ZMR 2004, 309, 311; S. LORENZ, Karlsruher Forum 2005, S. 84.

46 Überzeugend UNBERATH, ZMR 2004, 309, 311 f.

47 Dazu UNBERATH, ZMR 2004, 309, 312.

bb) Mietrecht und allgemeines Schuldrecht⁴⁸

Das Mietrecht hat traditionell in Deutschland eine Sonderstellung, weil dem Vermieter im Interesse des Mieterschutzes grundsätzlich eine Garantiehaftung auferlegt wird, die auch zum Schadensersatz verpflichtet.⁴⁹ Das mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz flächendeckend sonst eingeführte Prinzip der verschuldensabhängigen Haftung (mit Entlastungsobliegenheit des Schuldners) gilt im Mietrecht also nach wie vor nicht. Mietrecht greift aber zu Lasten des Vermieters erst ab einem bestimmten Zeitpunkt, und Mietrecht enthält Sonderregeln für die Haftung des Mieters nur punktuell. Daraus ergeben sich weitere Verwerfungen:

Der zeitliche Übergang vom allgemeinen Schuldrecht zum Mietrecht ist für die *Haftung des Vermieters* unklar. § 536 Abs. 1 BGB knüpft an der Überlassung der Mietsache an, was aber ohnehin nur für den *Sachmangel* gelten kann,⁵⁰ § 536 a Abs. 1 S. 1 BGB demgegenüber am Vertragsschluss. Neuerdings wird mit beachtlichen Gründen vorgeschlagen, an der Fälligkeit des Überlassungsanspruches anzuknüpfen.⁵¹ Diese Unklarheiten über den maßgeblichen Zeitpunkt sind deshalb so misslich, weil er einen Bruch in der Haftungskonzeption markiert: Vor dem Übergang zur Garantiehaftung kann sich der Vermieter nämlich gemäß § 311 a Abs. 2 S. 2 BGB exkulpieren. Dies führt dazu, dass die Haftung desto eher abgewehrt werden kann, je schwerer der Mangel ausfällt. Kommt eine Überlassung der Mietsache erst gar nicht in Betracht (oder – je nach für maßgeblich gehaltenem Zeitpunkt – lehnt der Mieter die Entgegennahme der Sache wegen erkennbarer Mangelhaftigkeit ab), kann sich der Vermieter exkulpieren. Bei kleineren sowie namentlich bei versteckten Mängeln schlägt seine Garantiehaftung dagegen voll durch.⁵² Auch für den Fall, dass sogar schon die Übergabe der Sache an den Mieter als spätester diskutierter Zeitpunkt erfolgt ist, besteht leider keine letzte Klarheit über das Verhältnis der allgemeinen und der mietrechtlichen Haftungsregeln. Es fragt sich nämlich,⁵³ ob wenigstens die neue Regel zum Aufwendungs- statt Schadensersatz des § 284 BGB im Mietrecht gilt oder ob hier (allein?) die alten richterrechtlichen Regeln zur „Rentabilitätsvermutung“ herrschen.⁵⁴

Grundlegend verändert hat das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz die ergänzende *Haftung des Mieters* wegen verspäteter Rückgabe der Mietsache (§ 546 a Abs. 2 BGB). Während nach altem Recht „großer“ Schadensersatz nicht in Betracht kam, weil § 326

48 Speziell zur Vertragsbeendigung im Zusammenhang unten III. 2. a), c) aa).

49 Näher UNBERATH, ZMR 2004, 309, 312.

50 Weil beim *Rechtsmangel* auf die im Kaufrecht (richtigerweise) aufgegebene Eviktion abgestellt wird (§ 536 Abs. 3 BGB).

51 WÜST, Der Einfluss des modernisierten Schuldrechts auf das reformierte Mietrecht (2011), S. 72 ff., besonders 229 ff.

52 Näher zu allem UNBERATH, ZMR 2004, 309, 312 mit 310 f.; S. LORENZ, Karlsruher Forum 2005, S. 84; WÜST, a.a.O., S. 72 ff.

53 Man mag auch die Anwendung des § 285 BGB erwägen, wenn der Vermieter wegen Überschreitung der „Opfergrenze“ nicht mehr leisten muss.

54 Zum Problem UNBERATH, ZMR 2004, 309, 312.

BGB a.F. die Verletzung einer synallagmatischen Pflicht voraussetzte, ist gemäß § 281 BGB auch der Schaden aus der Verletzung einer nicht synallagmatischen Leistungspflicht wie derjenigen des § 546 Abs. 1 BGB voll ersatzfähig. Außerhalb der Wohnraummiete, für die § 571 Abs. 1 S. 2 BGB eine Billigkeitsentscheidung erlaubt, kann dies zu Lasten des Mieters geradezu zu einem „Zwangskauf der Mietsache“ führen.⁵⁵ Darüber, ob dies angemessen ist, lässt sich rechtspolitisch sicherlich mit guten Gründen streiten. Dass der Gesetzgeber die Frage aber übersehen hat, ist ein Armutszeugnis.

b) *Zur Schadensrechtsänderung*

Komplex liegen die Dinge für das Schadensrecht, das an sich durch das zweite Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Normen *à jour* gebracht werden sollte (aa). Denn durch die Kodifikation der *culpa in contrahendo* mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz waren die Weichen für wesentliche haftungsrechtliche Fragen bereits (falsch) gestellt (bb).

aa) Das Schadensersatzrechtsänderungsgesetz

Die Schadensersatzrechtsänderung als letzter Teil der Schuldrechtsmodernisierung hat sowohl im Gesetzgebungsverfahren wie in der fachöffentlichen Diskussion die geringste Beachtung aller drei Reformgesetze gefunden. Eine Gesamtkonzeption ist nicht auszumachen; vielmehr handelt es sich um eine Ansammlung von Detailkorrekturen, die teils tagespolitischer Aktualität geschuldet sind, teils Entwicklungen in der Rechtsprechung nachvollziehen.⁵⁶ Dabei war die Scheu des Gesetzgebers vor klaren Stellungnahmen so groß, dass er es nicht einmal gewagt hat, das seit Jahrzehnten anerkannte Allgemeine Persönlichkeitsrecht in die Kataloge der durch §§ 823 Abs. 1, 253 Abs. 2 BGB geschützten Rechtsgüter aufzunehmen.⁵⁷ Die Begründung, die Pflicht zum Ersatz immaterieller Schäden aus Persönlichkeitsrechtsverletzungen ergäbe sich schon aus der Verfassung und brauche deshalb nicht im BGB geregelt zu werden,⁵⁸ kann nicht ernst gemeint gewesen sein. Denn sonst hätten die Rechtsgüter Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit aus dem BGB gestrichen werden müssen, die in der Verfassung teils ausdrücklich, teils dem Sinn nach⁵⁹ erwähnt werden (Art. 2 Abs. 2 GG), während man auch dort von einem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht nichts liest.

Die großen Strukturfragen des Schadensrechts wurden bestenfalls zufällig berührt. So ist es sicher richtig, die Entlastung Minderjähriger für Schäden im Straßenverkehr bei gleichzeitiger Verschärfung der Gefährdungshaftung (§ 828 Abs. 2 BGB, § 7 Abs. 2

55 UNBERATH, ZMR 2004, 309, 314; S. LORENZ, Karlsruher Forum 2005, S. 84.

56 JANSEN, Tagespolitik, Wertungswandel und Rechtsdogmatik, JZ 2002, 964, 966 und 969.

57 Dazu bereits WINDEL, Ist der Mensch eine „juristische“ Person? – FS Jan Schapp (2010), S. 537, 550 f.; krit. auch JANSEN, JZ 2002, 964, 966.

58 Begr. RegE, BT-Drs. 14/7752, S. 25; ebenso DÄUBLER, Die Reform des Schadensersatzrechts, JuS 2002, 625, 626.

59 „Körperliche Unversehrtheit“ statt „Körper und Gesundheit“.

StVG) als Neuabgrenzung von Verantwortungs- und Risikobereichen einzuordnen.⁶⁰ Konzeptionell angegangen wurde das Problem aber gerade nicht.⁶¹ Das hätte der grundsätzlichen Auseinandersetzung mit dem Verhältnis von Verschuldens- und Gefährdungshaftung, der Bedeutung von reinen Vermögensverletzungen, den Vor- und Nachteilen einer deliktischen Generalklausel gegenüber einem rechts- und rechtsgüterorientierten abgeschlossenen Tatbestand,⁶² über Grund und Grenzen von Verkehrs-(sicherungs-)pflichten und mit der Gehilfenhaftung bedurft. Sicher wäre das viel Arbeit geworden. Aber etwa die – schon fast so lange wie die deutsch-japanische Freundschaft andauernde – Diskussion um § 831 BGB⁶³ dürfte in der Zukunft kaum durch neue Gedanken zur Makulatur werden. Das eine oder andere wäre also zur Entscheidung reif gewesen.⁶⁴

bb) Die Kodifikation der *culpa in contrahendo*

Bekanntlich hatten Rechtsprechung und Literatur bei uns längst Ausweichstrategien entwickelt,⁶⁵ um sich den deliktsrechtlichen Kernfragen nicht in aller Schärfe stellen zu müssen. Eine Wunderwaffe war hierbei die *culpa in contrahendo*, die mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in § 311 Abs. 2, 3 i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB kodifiziert wurde. Schon im Ansatz hat man dadurch nicht nur die „Europafähigkeit“ dieser Detailregelung,⁶⁶ sondern die „Exportfähigkeit“ des deutschen Schuldrechts überhaupt in Frage gestellt. Schlimmer noch – weil der Kodifikation mittels einer Generalklausel „keine eigentliche Regelung“ zu entnehmen ist⁶⁷ und weil zudem das Pendant einer entsprechenden Regelung des Konkurrenzinstituts der Verkehrspflichten⁶⁸ fehlt – werden unsere Gerichte geradezu zur Billigkeitsrechtsprechung⁶⁹ ermuntert.

Hinzu kommen im Detail eine ganze Reihe unnötiger Streitfragen, Verwerfungen und Spitzfindigkeiten: § 311 Abs. 2 BGB gilt für „geschäftliche Kontakte“. Dies folgt

60 JANSEN, JZ 2002, 964, 965, 968 f.

61 JANSEN, a.a.O.

62 Dieses Konzept eröffnet den direkten Weg zur Abgrenzung von Verantwortungs- und Risikobereichen, weil es die Regel *casum sentit dominus* mit ihren Ausnahmen in das Deliktsrecht zu inkorporieren ermöglicht.

63 Zu ihr MünchKomm-BGB /WAGNER, Bd. V, 5. Aufl. 2009, § 831 Rn. 1-6.

64 Auch § 619 a BGB dokumentiert die Unfähigkeit des Gesetzgebers, im Bereich der Arbeitnehmerhaftung zu gestalten: eine bloße Beweislastnorm ohne vorrangige und unverzichtbare arbeitsrechtliche Modifikation des allgemeinen Leistungsstörungenrechts.

65 Zur „Flucht in die c.i.c.“ dezidiert LEIBLE, *Culpa in contrahendo*, in: Remien (Hrsg.), *Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht* (2008), S. 219-224.

66 Treffend LEIBLE, a.a.O., S. 229-233.

67 Treffend LEIBLE, a.a.O., S. 225.

68 Vorgeschlagen als E § 824 von VON BAR, *Deliktsrecht*, in: BMJ (Hrsg.), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bd. II (1981), S. 1681, 1714 ff., 1761, 1765 ff.

69 U.a. deshalb gegen eine Generalklausel MEDICUS, *Verschulden bei Vertragsverhandlungen*, in: BMJ (Hrsg.), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bd. I (1981), S. 479, 486.

aus Nr. 3; die Nrn. 1 und 2 stellen mit der Aufnahme von Vertragsverhandlungen und der Anbahnung eines Vertrages verdichtete Sonderfälle geschäftlicher Kontakte dar. Es fehlt aber jeder Hinweis darauf, was aus der „Kontakthaftung“ wird, wenn es zum Vertragsschluss gekommen ist. Dies ist deshalb so problematisch, weil die *culpa in contrahendo* nicht ein geschlossenes Institut bildet, sondern verschiedene Haftungstatbestände umfasst, die wenig miteinander zu tun haben.⁷⁰ So bleibt die Haftung aus *c.i.c.* manchmal neben dem Vertrag bestehen, etwa für einen bereits eingetretenen Integritätsschaden wie auch für die Ersatzpflicht eines Dritten (§ 311 Abs. 3 BGB) für einen gerade auf dem Vertragsschluss beruhenden Schaden. Sind vorvertraglicher Schädiger und Vertragspartner aber identisch, wird dann, wenn der Schaden im Vertragsschluss selbst liegt, das Konkurrenzverhältnis zur Vertragsbindung und damit zur Anfechtung relevant. Denn als Schadensersatz kann auch Vertragsaufhebung verlangt werden.⁷¹ Schon weil die europäische Entwicklung dahin geht, hier einen Anfechtungsgrund anzunehmen (Art. II – 7:201(1) b) iii DCFR), hätte neben dem Deliktsrecht auch die Rechtsgeschäftslehre bei der Kodifikation der *c.i.c.* bedacht werden müssen.⁷²

Bis zur Schuldrechtsmodernisierung war in der Lehre die Ansicht im Vordringen befindlich, dass die Grundsätze der Haftung aus *c.i.c.*⁷³ auch im Gefälligkeitsverhältnis, d.h. bei „sozialem“ Kontakt gelten sollten. Damit sollten nicht zuletzt argumentative Brüche beseitigt werden, die in der von der Rechtsprechung geprägten herrschenden Meinung zur Haftung im Gefälligkeitsverhältnis auftreten. Danach wird dem Gefälligkeitsverhältnis nämlich mangels Rechtsbindungswillens der Parteien einerseits die Qualität als Schuldverhältnis abgesprochen, während man gleichzeitig die oft als unangemessen scharf empfundene deliktische Haftung durch „stillschweigende Haftungsausschlüsse“ einzudämmen sucht. Ist man jetzt auf den Weg der herrschenden Meinung festgelegt, muss man also ein und dasselbe Verhalten gleichzeitig als nicht rechtserheblich und als rechtserheblich qualifizieren, nur weil § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB von „geschäftlichem“, nicht auch von „sozialem“ oder schlicht von „Kontakt“ spricht?⁷⁴

Nach § 311 Abs. 3 S. 1 BGB kann ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Ist damit nur die *Haftung des Dritten* gemeint *oder auch* ein Schuldverhältnis mit *Schutzwirkung zugunsten Dritter*?⁷⁵ Und ist bejahendenfalls nur das *vorvertragliche Schuld-*

70 Dazu LEIBLE, a.a.O., S. 226.

71 MünchKomm-BGB / EMMERICH, Bd. II, 5. Aufl. 2007, § 311 Rn. 261 f., 271 ff.

72 S. LORENZ, Lösung vom Vertrag, insbesondere Rücktritt und Widerruf, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts (2001), S. 329, 330 ff., 352 f.; LEIBLE, in: Remien (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht (2008), S. 219, 226 f.

73 Womöglich mit modifiziertem Haftungsmaßstab.

74 Ausführlich und m. Nw. WINDEL, Personenrechtliche Grenzen der Vertragsbindung, FS Friedrich E. Schnapp (2008), S. 859, 861 ff.

75 LEIBLE, in: Remien (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht (2008), S. 219, 225.

verhältnis zugunsten Dritter oder auch der praktisch ungleich wichtigere *Vertrag* mit Schutzwirkung zugunsten Dritter von § 311 Abs. 3 S. 1 BGB erfasst? Wie ernst ist der Tatbestand des § 311 Abs. 3 S. 2 BGB überhaupt zu nehmen? Die Eigenhaftung Dritter aus *culpa in contrahendo* umfasste auch die Fallgruppe, in denen der Dritte ein wenigstens mittelbares, meist wirtschaftliches Eigeninteresse am Vertragsschluss hatte.⁷⁶ Der Normtext enthält hierzu nichts.⁷⁷ Man wird deshalb darauf verwiesen, „unbedenklich im Wesentlichen“ auf die frühere Rechtsprechung zurückzugreifen.⁷⁸ Schon deshalb, weil „das Wesentliche“ der früheren Rechtsprechung gegenüber ihrem „Unwesentlichen“ nur schwer zu unterscheiden ist, halte ich das für sehr bedenklich.

III. ALLGEMEINES UND BESONDERES SCHULDRECHT

1. *Besondere Schuldverhältnisse*

Das systematische Ziel der Schuldrechtsmodernisierung bestand darin, die Zweispurigkeit von allgemeinem Leistungsstörungenrecht und besonderem Gewährleistungsrecht aufzuheben. Stattdessen sollte das allgemeine Schuldrecht zur Matrix für die einzelnen Vertragstypen werden.⁷⁹ Für Kauf- und Werkvertrag ist dies um den fragwürdigen Preis gelungen, dass sich beide Vertragstypen in ihren Konturen angeglichen haben (a). Schon die Abschottung der Mietrechtsreform von der Schuldrechtsmodernisierung⁸⁰ gibt aber einen Fingerzeig, dass das Ziel auch für die übrigen besonderen Schuldverhältnisse weitgehend verfehlt worden sein dürfte (b-d). Insgesamt spricht deshalb mehr dafür, das Ergebnis der Modernisierung weniger von ihrem systematischen Ziel als vielmehr von ihrem äußeren Anlass her zu betrachten. So gesehen wurde die KaufR-RL zum Modell für das gesamte Leistungsstörungenrecht⁸¹ mit der Folge, dass es außerhalb von Kauf- und Werkvertrag vielfach schlecht passt.

a) *Kaufvertrag und Werkvertrag*

Der Kaufvertrag stand im Fokus des Interesses des Modernisierungsgesetzgebers; freilich nicht der historisch gewachsene Kaufvertrag als schnelles Austauschgeschäft mit kurzen Gewährleistungsfristen, sondern der Verbrauchsgüterkauf des europäischen Richtliniengebers. Dieses Modell wurde „überschießend umgesetzt“⁸² und damit für das gesamte Kaufrecht prägend. Das Charakteristikum der europarechtlichen Vorgabe be-

76 MünchKomm-BGB / EMMERICH, Bd. II, 5. Aufl. 2007, § 311 Rn. 236 ff.

77 EMMERICH, a.a.O., Rn. 242, verweist auf § 311 Abs. 3 S. 1 BGB.

78 EMMERICH, a.a.O., Rn. 232.

79 S. LORENZ, *Karlsruher Forum* 2005, S. 21.

80 *Oben II. 2.*

81 SHIOMI, in: Kitagawa/Riesenhuber (Hrsg.), *The Identity of German and Japanese Civil Law in Comparative Perspectives* (2007), S. 57, 69 f.

82 Dazu und zu den methodischen Konsequenzen S. LORENZ, *Karlsruher Forum* 2005, S. 61-63.

steht in einem Nacherfüllungsanspruch, der grundsätzlich nicht nur beim Gattungs-, sondern auch beim Stückkauf gegeben ist.⁸³ Durch die (europarechtlich nicht zwingenden) Hürden für andere Gewährleistungsrechte des Käufers wurde die Nacherfüllungspflicht des Verkäufers bei uns gleichzeitig zu einem „Recht zur zweiten Andienung“.⁸⁴ Oft erfolgt diese „zweite Andienung“ durch Beseitigung des Mangels (§ 439 Abs. 1, 1. Fall BGB), also durch Reparatur.⁸⁵

Man mag schon streiten, ob es ökonomisch sinnvoll ist, den Käufer bei mangelhafter Lieferung zunächst am Kaufvertrag festzuhalten,⁸⁶ zumal die Nacherfüllung ihrerseits erhebliche Haftungsrisiken birgt und damit leicht zum rechtspolitischen Danaergeschenk für den Verkäufer werden kann.⁸⁷ Jedenfalls wurde durch diese systematische Weichenstellung der Kaufvertrag „mit gewissen Dauerschuldelementen“ versehen⁸⁸ und die Grenze zum Werkvertrag verwischt. Dies mag im Einzelfall Vorteile bieten. So darf es in der Tat keinen Unterschied machen, ob die Eigentumswohnung, die schlüsselfertig vom Bauträger „gekauft“ wird, bei Vertragsschluss schon fertig ist (dann Kaufvertrag) oder noch nicht (dann Werkvertrag).⁸⁹ Aber für diese Fälle ist der kaufrechtliche Nacherfüllungsanspruch weder ersonnen – der Verbrauchsgüterkauf betrifft ja *bewegliche* Sachen – noch ausreichend, weil nach wie vor Unterschiede im Gewährleistungsrecht der beiden Vertragstypen bleiben.⁹⁰ Für den Regelfall verhindert das neue Recht die Wahl eines kostengünstigen Austauschvertrages⁹¹ und zieht überdies so viele Folgeprobleme nach sich, dass es sich als rechtspolitischer „Irrweg“ erweist.⁹²

Wenn der Käufer die mangelhaft gelieferte Sache nicht einfach zurückgeben und sich anderswo eindecken kann, wird ihm ziemlich schnell in den Sinn kommen, sie einfach selbst zu reparieren. Die Selbstvornahme ist demzufolge rechtstatsächlich zum Massenphänomen geworden. Gesetzlich sind weder ihre Voraussetzungen noch ihre Rechtsfolgen geregelt, was nicht nur unzählige rechtswissenschaftliche Beiträge,⁹³ sondern auch eine regelrechte Prozessflut zur Folge hatte. Selbst das Bundesverfassungsgericht wurde

83 S. LORENZ, a.a.O., S. 66 f.

84 S. LORENZ, a.a.O., S. 72 ff.

85 Näher zu den Modi der Nacherfüllung S. LORENZ, a.a.O., S. 74 f.

86 Sehr krit. DAUNER-LIEB, Die Nacherfüllung – Ein Irrweg? in: Remien (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht (2008), S. 191, 192 f., während S. LORENZ, Karlsruher Forum 2005, S. 86, dies als „Stärkung der Vertragstreue“ befürwortet.

87 DAUNER-LIEB, a.a.O., S. 195 f.

88 So DAUNER-LIEB, a.a.O., S. 203.

89 Darauf verweist S. LORENZ, Karlsruher Forum 2005, S. 19.

90 Deswegen zutreffend für eine Fortschreibung der alten Rspr., die Mängel des Bauwerks trotz Kaufvertrages nach Werkvertragsrecht zu behandeln, etwa Palandt / SPRAU, 70. Aufl. 2011, vor § 633 Rn. 3.

91 Dazu vor dem Hintergrund der Überspitzung durch den EuGH FÖRSTER, Die Pflicht des Verkäufers zur Ersatzlieferung in den sog. Einbaufällen, ZIP 2011, 1493, 1497 f.

92 Vgl. den zuvor zitierten Titel des Vortrags von DAUNER-LIEB, in: Remien (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht (2008), S. 191.

93 Vgl. die Nw. bei S. LORENZ, Karlsruher Forum 2005, S. 72 ff.; DAUNER-LIEB, a.a.O., S. 199 ff.

schon angerufen und hat sich sogar bemüht gesehen, in bester amtsrichterlicher Manier dazwischenzuhauen.⁹⁴ Nach derzeitigem Stand der Rechtsprechung des BGH hat der Käufer zunächst die Obliegenheit, die Kaufsache dem Verkäufer zur Überprüfung zur Verfügung zu stellen.⁹⁵ Danach ist ohne Fristsetzung weder eine Selbstvornahme⁹⁶ zulässig noch ein Anspruch auf Erstattung der vom Verkäufer ersparten Mangelbeseitigungskosten analog § 326 Abs. 2 S. 2, Abs. 4 BGB⁹⁷ oder gemäß §§ 684 S. 1, 812 ff. BGB⁹⁸ gegeben, sondern allenfalls als Schadensersatz statt der Leistung.⁹⁹ Kann sich der Verkäufer exkulpieren, scheidet (also?) ein Anspruch auf Kostenerstattung unter jedem Gesichtspunkt aus.¹⁰⁰ Berufet sich der Käufer darauf, die Fristsetzung sei wegen Verweigerung der Mängelbeseitigung entbehrlich gewesen, muss die Verweigerung (nachweislich) bereits vor der Selbstvornahme erfolgt sein.¹⁰¹ Das Schrifttum kämpft gegen fast jede dieser Festlegungen des BGH nach wie vor an und sucht dem Käufer auf immer neuen Wegen entgegenzukommen.

Das verbreitete Unbehagen mit den Konsequenzen der Nacherfüllung in Deutschland steht in diametralem Gegensatz zur Haltung des EuGH. „Der EuGH gestaltet das Kaufrecht radikal um“, so lautet der treffende Titel eines Editorials vom Juli dieses Jahres¹⁰² anlässlich des Urteils in den Vorabentscheidungsverfahren der verbundenen Rechtsachen *Weber und Putz*.¹⁰³ In den Verfahren ging es darum, ob der Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung die Kosten für den Ausbau mangelhaft gelieferter, aber mittlerweile vom Käufer eingebauter Verbrauchsgüter – nämlich von Fliesen¹⁰⁴ und einer Spülmaschine¹⁰⁵ – und die Kosten für den Neueinbau der mangelfrei nachzuliefernden Ware zu tragen habe. Der EuGH hat beide entscheidungserheblichen Fragen entgegen dem BGH und den Schlussanträgen des Generalanwalts¹⁰⁶ bejaht: Der verschuldensunabhängige Nacherfüllungsanspruch umfasse die Kosten für Aus- und für Neueinbau; außerdem schließe es Art. 3 Abs. 3 KaufR-RL aus, dass eine nationale Regelung wie § 439 Abs. 3 BGB dem Verkäufer das Recht gebe, allein wegen *absolut* unverhältnismäßiger Kosten die Nacherfüllung zu verweigern.

94 BVerfG, 2. Kammer des 1. Senats, Beschl. v. 26.9.2006 – 1 BvR 2389/04, ZGS 2006, 470 ff.: Erwerb von Ersatzteilen durch den Käufer ist noch keine Selbstvornahme; zur Kritik BECK, Warum entscheidet das BVerfG zu gebrauchten Kühlern?, ZGS 2008, 21 ff.

95 BGH, ZGS 2010, 278 ff.

96 BGHZ 162, 219, 221 ff.

97 BGHZ 162, 219, 224 ff.

98 BGH, NJW 2005, 2311, 2312.

99 BGH, NJW 2005, 2311, 2312.

100 BGH, NJW 2006, 988, 989 f.

101 BGH, NJW-RR 2009, 667 f.

102 SCHULTE-NÖLKE, ZGS 2011, 289.

103 EuGH, Urt. v. 16.6.2011, Rs. C-65/09 *Gebr. Weber GmbH gegen Jürgen Wittner* und Rs. C-87/09 *Ingrid Putz gegen Medianes Electronics GmbH*.

104 So im Vorlageverfahren des BGH, NJW 2009, 1660 ff.

105 So im Vorlageverfahren des AG Schorndorf, ZGS 2009, 525 ff.

106 ZGS 2010, 361.

Im ersten Punkt¹⁰⁷ kann man die Entscheidung durchaus als Fortführung der im Nacherfüllungsanspruch angelegten Konzeption sehen;¹⁰⁸ schon bisher wurden jedenfalls die Kosten für den Ausbau von einer verbreiteten Ansicht dem Verkäufer überbürdet.¹⁰⁹ Im zweiten Punkt aber geht der EuGH weit über den von der KaufR-RL gezogenen Rahmen hinaus.¹¹⁰ Dessen scheint er sich auch bewusst gewesen zu sein, denn er „erfindet“¹¹¹ die Möglichkeit der Kostenteilung zwischen Verkäufer und Käufer.¹¹² Es ist hier nicht der Ort, sich an dem damit vom EuGH eröffneten europaweiten Ideenwettbewerb zu beteiligen, in freier Rechtsschöpfung¹¹³ seine teilweise etwas kryptisch anmutenden Vorgaben umzusetzen.¹¹⁴ Es ist hier auch nicht der Ort, das hausgemachte deutsche Problem zu debattieren, ob die Rechtsprechung des EuGH wegen der überschießenden Umsetzung der KaufR-RL nun das gesamte Kaufrecht bestimmt¹¹⁵ oder ob der methodische Sündenfall¹¹⁶ einer „gespaltenen Auslegung“ des § 439 BGB für den Verbrauchsgüterkauf und sonstige Kaufverträge eingetreten ist.¹¹⁷ Es ist aber sehr wohl der Ort zu fragen, ob sich der mit der Nacherfüllung eingeschlagene („Irr“-¹¹⁸)Weg zu einem diffizilen Verbraucher- oder wohl besser: Heimwerkerschutzrecht¹¹⁹ für außer-europäische Rechtsordnungen empfehlen lässt.

-
- 107 Auch insoweit ablehnend SCHULTE-NÖLKE, ZGS 2011, 289; S. LORENZ, Ein- und Ausbauverpflichtung des Verkäufers bei der kaufrechtlichen Nacherfüllung, NJW 2011, 2241, 2242 ff.; FÖRSTER, ZIP 2011, 1493, 1494 ff.; voll zustimmend dagegen KLEES, EWIR 2011, 489 f.
- 108 STÖBER, Der Umfang der Nachlieferungspflicht des Verkäufers bei Einbau der mangelhaften Kaufsache durch den Käufer, ZGS 2011, 346, 348.
- 109 FAUST, JuS 2011, 744, 745.
- 110 STÖBER, ZGS 2011, 346, 349.
- 111 Treffend SCHULTE-NÖLKE, ZGS 2011, 289.
- 112 Rn. 74 ff.
- 113 FAUST, JuS 2011, 744, 748.
- 114 Erste Vorschläge bei SCHULTE-NÖLKE, ZGS 2011, 289; S. LORENZ, NJW 2011, 2241, 2243 ff.; STÖBER, ZGS 2011, 346, 350 ff.; FAUST, JuS 2011, 744, 747 f.; FÖRSTER, ZIP 2011, 1493, 1500; BÜDENBENDER/BINDER, Der Umfang des kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruchs nach § 439 BGB im Lichte der EuGH-Rechtsprechung zu Ein- und Ausbaurkosten, DB 2011, 1736, 1741 f.; AUGENHOFER/APPENZELLER/HOLM, Nacherfüllungs-ort und Aus- und Einbaurkosten, JuS 2011, 680, 684; SZALAI, Der Umfang der Nacherfüllung im Kaufrecht, ZAP 2011, 821, 825 f.
- 115 Dafür STÖBER, ZGS 2011, 346, 352; FAUST, JuS 2011, 744, 748.; AUGENHOFER/APPENZELLER/HOLM, JuS 2011, 680, 684; BÜDENBENDER/BINDER, DB 2011, 1736, 1742 f.
- 116 Dezidiert zum Problem S. LORENZ, Karlsruhe Forum 2005, S. 61 ff.
- 117 So S. LORENZ, NJW 2011, 2141, 2144.; FÖRSTER, ZIP 2011, 1493, 1500; *de lege ferenda* auch PURNHAGEN, Zur Auslegung der Nacherfüllungsverpflichtung – Ein Paukenschlag aus Luxemburg, EuZW 2011, 626, 630.
- 118 Vgl. den Titel des Vortrages von DAUNER-LIEB, in: Remien (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht (2008), S. 191.
- 119 Bezeichnenderweise weist der EuGH, Rn. 5, auch auf die sog. IKEA-Klausel (Art. 2 Abs. 5 S. 2 KaufR-RL, § 434 Abs. 2 S. 2 BGB) hin.

b) *Werkvertrag und Dienstvertrag*

Ein uraltes¹²⁰ Thema der Systematisierung des besonderen Vertragsrechts liegt darin, ob es sinnvoll ist, den (freien, nicht arbeitsrechtlich überformten) Dienstvertrag vom Werkvertrag zu trennen oder beide zu einem einheitlichen Vertragstyp zusammenzufassen. Eine solche Zusammenfassung bietet sich aber wohl nur an, wenn man Kauf- und Werkvertrag sauber getrennt hält. Folglich war die mit der Schuldrechtsmodernisierung angestrebte und vollzogene systematische Ausgleichung von Kauf- und Werkvertrag eines der Argumente dafür, im Dienstvertragsrecht keine grundsätzlichen Änderungen vorzunehmen.¹²¹ Damit war die insbesondere in den 1980er Jahren¹²² lebhaft, wenn auch ohne klares Ergebnis diskutierte Frage einer Zusammenfassung von Dienst- und Werkvertrag endgültig vom Tisch.

Steht man der Verschleifung von Kauf- und Werkvertrag demgegenüber kritisch gegenüber, sollte man an das Verhältnis von Dienst- und Werkvertrag durchaus einen Gedanken verschwenden. Umso mehr Anlass besteht dazu, weil in Book IV, Part C des DCFR ein Einheitsmodell für *Services* angeboten wird.¹²³ Näher kann hier darauf nicht eingegangen werden.¹²⁴ Immerhin erscheint das modularisierte Konzept des DCFR, das nach einigen allgemeinen Regeln (Chapter 1, 2) nicht weniger als sechs besondere Serviceverträge regelt (Chapter 3-8), ohne die Bandbreite denkbarer Vertragsgestaltungen auszuschöpfen, wesentlich detailverliebter als das BGB. Dies erstaunt deshalb, weil man sich von einer Zusammenfassung beider Vertragstypen eher eine Vereinfachung versprochen hätte.

c) *„Vergessene“ Vertragstypen*

Dass die unentgeltlichen Vertragstypen Schenkung und Leihe nicht geradezu im Zentrum einer Schuldrechtsmodernisierung stehen, erklärt sich aus ihrer geringen wirtschaftlichen Bedeutung.

120 Aus jüngerer Zeit FÖRSTER, Abschied vom Gegensatz von Werk- und Dienstvertrag?, ZGS 2010, 460 ff.; GREINER, Grenzfragen des Erfolgsbezugs im Werkvertragsrecht, AcP 211 (2011), 221 ff.

121 Begr. Entw. der Fraktionen der SPD und BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN, BT-Drs. 14/6040, S. 95, der am ausführlicheren Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts (S. 245 ff.) anknüpft.

122 Nicht weniger als drei Gutachten zur Überarbeitung des Schuldrechts (WEYERS, Werkvertrag, Bd. II, S. 1115; MUSIELAK, Entgeltliche Geschäftsbesorgung, Bd. II, S. 1209; LIEB, Dienstvertrag, Bd. III, S. 183) sowie ein Juristentag (Gutachten A von TEICHMANN, Verh. des 55. DJT 1984, Bd. I; Referate von BRANDNER und SOERGEL, Bd. II, I 7 ff. bzw. I 27 ff.) haben sich mit dem Fragenkreis befasst.

123 Zu Grundgedanken und Konzeption WENDEHORST, Das Vertragsrecht der Dienstleistungen im deutschen und künftigen europäischen Recht, AcP 206 (2006), 205 ff.

124 Jeweils ablehnend UNBERATH, Der Dienstleistungsvertrag im Entwurf des Gemeinsamen Referenzrahmens, ZEuP 2008, 745 ff.; FÖRSTER, ZGS 2010, 460, 465 f.

Sie von vornherein¹²⁵ vollständig zu ignorieren, ist aber unter systematischen Gesichtspunkten inakzeptabel. Denn beiden Vertragstypen ist eine spezifisch ausgestaltete Mängelhaftung eigen (§§ 521, 523 f.; 599 f. BGB), die sich nach wie vor am sonst weitgehend aufgegebenen alten Gewährleistungskonzept orientiert. Da diese Vorschriften im Gegensatz zum Mietrecht in jüngerer Zeit ihrerseits nicht überarbeitet wurden,¹²⁶ stellt sich die Frage ihres Verhältnisses zum allgemeinen Leistungsstörungenrecht hier noch schärfer als dort.¹²⁷ Konkret geht es darum, ob die Haftungsmilderung der §§ 521, 599 BGB durch eine Haftung für (vor-)vertragliche Aufklärungs- und Schutzpflichten überspielt¹²⁸ und ob die Gewährleistungsregelungen der §§ 523 f., 600 BGB durch eine allgemeine Haftung insbesondere für Mangelfolgeschäden ergänzt werden können oder gar müssen.¹²⁹ Man wende nicht ein, diese Zweifelsfragen hätten auch schon vor der Modernisierung des Schuldrechts bestanden. Denn damals ging es um das Verhältnis nicht kodifizierter Rechtsentwicklungen zum geschriebenen Recht, heute dagegen steht die Konkurrenz verschiedener Normen des BGB zur Debatte. Damit entfällt jetzt die früher helfende Konkurrenzregel vom Vorrang der *lex scripta*. Und überhaupt: Wäre es so schwer gewesen, für ein bisschen Klarheit zu sorgen?

d) *Vermächtnis*

Das BGB kennt kein Vindikationslegat. Vielmehr ist das Vermächtnis (§§ 2147 ff. BGB) als Schuldverhältnis ausgestaltet (Grundnorm ist § 2174 BGB). Die Paradigmenwechsel der Schuldrechtsmodernisierung schlagen daher auf das Vermächtnisrecht voll durch. Der Gesetzgeber hat dies an sich auch gesehen. Eine inhaltliche Anpassung an das neue Schuldrecht ist aber nur für die Unmöglichkeit erfolgt (§ 2171 BGB).¹³⁰ Für die *in praxi* bedeutsameren Komplexe der Leistungsstörung und des Gewährleistungsrechts ist es wie im Recht der Schenkung und dem der Leihe nur zu (zudem: unvollständigen) redaktionellen Anpassungen gekommen.¹³¹ Namentlich beim Gattungsvermächtnis führt dies dazu, dass – wie beim Schenkungsrecht – die allgemeinen Regeln für Leistungsstörun-

125 Es gab hierfür nicht einmal einen Gutachtenauftrag des BMJ.

126 § 523 Abs. 2 S. 2 BGB wurde lediglich redaktionell, nicht inhaltlich an das Kaufrecht angepasst. Dies ergibt sich schon daraus, dass § 524 BGB im Text nach wie vor vom *Fehler* statt vom *Sachmangel* (§ 434 BGB) handelt. Zur Kritik noch MünchKomm-BGB / KOCH, Bd. III, 5. Aufl. 2008, § 523 Rn. 1, 5; § 524 Rn. 2.

127 Oben II. 2. a) bb).

128 Dazu statt anderer MünchKomm-BGB / KOCH, Bd. III, 5. Aufl. 2008, § 521 Rn. 2, 4 f.; MünchKomm-BGB / HÄUBLEIN, Bd. III, 5. Aufl. 2008, § 599 Rn. 3.

129 Dazu statt anderer MünchKomm-BGB / KOCH, Bd. III, 5. Aufl. 2008, § 521 Rn. 7, § 524 Rn. 2; MünchKomm-BGB / HÄUBLEIN, Bd. III, 5. Aufl. 2008, § 599 Rn. 5, § 600 Rn. 3.

130 Dazu BRAMBRING, Die Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf das Erbrecht, ZEV 2002, 137, 139; SCHLICHTING, Schuldrechtsmodernisierung im Erbrecht, ZEV 2002, 478, 479; OTTE, 10 Jahre ZEV: Die Entwicklung des Erbrechts 1994 bis 2003, ZEV 2004, 9, 12.

131 Ebenso liegt es für den Erbschafts Kauf, AMEND, Schuldrechtsreform und Mängelhaftung beim Gattungsvermächtnis, ZEV 2002, 227; SCHLICHTING, ZEV 2002, 478, 479, mit Einschränkungen auch für die Auflage, SCHLICHTING, a.a.O., S. 479 f.

gen und jeweils eine gesonderte Gewährleistungsregelung für Rechts- (§ 2182 BGB) und für Sachmängel (§ 2183 BGB) nebeneinander stehen.¹³²

„Ärgerlich, ärgerlich“¹³³, sogar „weit ärgerlicher, als es zunächst den Anschein haben mag“¹³⁴, wird es, wenn man sich der Aufgabe stellt, das neue Recht im Detail auszulegen.¹³⁵ Denn dann stellt man etwa fest, dass § 2182 Abs. 1 BGB für die Haftung für *Rechtsmängel* eine ganze Reihe modernisierter kaufrechtlicher Regelungen in Bezug nimmt, aber eben nicht § 437 BGB, der die Rechte des Käufers bestimmt. Gelten folglich die §§ 280 ff. BGB unmittelbar oder sollte § 437 BGB etwa durch § 453 BGB¹³⁶ oder schlicht dadurch erfasst werden, dass der Beschwerte die gleichen Verpflichtungen hat „wie ein Verkäufer“?¹³⁷ Falls Letzteres zutreffen sollte: Was soll dann die punktuelle Aufzählung einzelner kaufrechtlicher Vorschriften überhaupt? Nicht besser sieht es für *Sachmängel* aus, für die § 2183 S. 1 BGB in Übereinstimmung mit dem alten Recht nur die Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache anordnet. Teils hält man dies für interessengerecht und damit abschließend,¹³⁸ teils schließt man aus § 2183 S. 3 BGB, mit dem pauschal auf die Sachmängelhaftung beim Kauf verwiesen wird, es müsse auch beim Vermächtnis einen Nachbesserungsanspruch geben.¹³⁹ Ist das alles nicht ärgerlich?

2. Vertragsbeendigung und Rückabwicklung

Zu den zentralen Modernisierungen des Schuldrechts gehört die Neuregelung des Rücktritts.¹⁴⁰ Sie gliedert sich in zwei Komplexe, die man zunächst getrennt betrachten sollte (a, b), bevor man Konsequenzen für das Gesamtsystem zu ziehen versucht (c).

a) Rücktritt und Kündigung

Der Rücktritt wurde durch eine Vielzahl von punktuellen Änderungen sowohl im allgemeinen Schuldrecht wie im Gewährleistungsrecht des Kauf- und Werkvertrages¹⁴¹ zu

132 BRAMBRING, ZEV 2002, 137, 139 f.; AMEND, ZEV 2002, 227 ff.; SCHLICHTING, ZEV 2002, 478.

133 BRAMBRING, ZEV 2002, 137, 140, verwendet die Vokabel gleich zwei Mal in einem Absatz.

134 AMEND, ZEV 2002, 227.

135 Ganz unverdrossen aber offenbar SCHLICHTING, ZEV 2002, 478, 481 sub 7.

136 Beides erwogen von MünchKomm-BGB / SCHLICHTING, Bd. IX, 5. Aufl. 2010, § 2182 Rn. 6. Beachte freilich: § 453 BGB regelt den *Rechtskauf* – also keine Haftung bei *Sach-* oder gar *Schiffsvermächtnis* (§ 2182 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 452 BGB)?

137 So Staudinger / OTTE, BGB (Bearbeitung 2003), § 2182 Rn. 5.

138 So OTTE, ZEV 2004, 9, 12; im Ergebnis auch BRAMBRING, ZEV 2002, 137, 140, der darin aber keinen Sinn findet.

139 So im Ergebnis AMEND, ZEV 2002, 227, 229; SCHLICHTING, ZEV 2002, 478, 479.

140 S. LORENZ, in: Karlsruher Forum 2005, S. 12 f.

141 Staudinger / KAISER, BGB (Bearbeitung 2004), vor §§ 346-354 Rn. 20, 27.

einem zentralen Rechtsbehelf ausgebaut.¹⁴² Im Leistungsstörungenrecht wurde der Rücktritt zum verschuldensunabhängigen Rechtsbehelf für jede Art von Pflichtverletzung (§§ 323, 324, 326 Abs. 5 BGB), nicht nur für die Verletzung synallagmatischer Pflichten. Beibehalten wurde aber die Begrenzung des Rücktritts als Rechtsbehelf nur im Rahmen synallagmatischer Austauschverträge. Darin liegt eine Reminiszenz konstruktiver Erwägungen zu § 326 BGB a.F., bei dem die Befreiung von der nicht gestörten Hauptleistungspflicht über deren synallagmatische Verknüpfung mit der gestörten Hauptleistungspflicht erfolgte.¹⁴³ Im neuen Recht ist die Beschränkung des Rücktritts auf synallagmatische Austauschverträge systematisch nicht mehr erforderlich, mag ein Bedürfnis zum Rücktritt vom nicht synallagmatischen Schuldvertrag auch nur selten hervortreten.¹⁴⁴

Für Dauerschuldverhältnisse wurde mit § 314 BGB eine allgemeine Vorschrift zur Kündigung aus wichtigem Grund geschaffen.¹⁴⁵ Diese Neuerung ist zwar an sich zu begrüßen, weil es neben den außerordentlichen Kündigungsrechten des besonderen Schuldrechts Lücken gab.¹⁴⁶ Weil diese Lücken aber nicht nur in Bezug auf Innominatkontrakte mit Dauerschuldcharakter, sondern auch im Rahmen der typisierten Verträge bestehen, ist das Konkurrenzverhältnis außerordentlich kompliziert: Teils greift die *lex specialis*-Regel, teils tritt das allgemeine Kündigungsrecht zu den besonderen Kündigungsgründen hinzu.¹⁴⁷ Eine Abstimmung ist nicht erfolgt, was für den Mietvertrag angesichts seiner umfassenden Reform besonders misslich erscheint.¹⁴⁸

Rücktritt¹⁴⁹ und Kündigung führen jeweils zur Vertragsbeendigung. Deshalb kann es zu Wertungswidersprüchen kommen, wenn sie unter unterschiedlichen Voraussetzungen stehen. Der Gesetzgeber hat dies durch § 314 Abs. 2 S. 2 BGB immerhin für das allgemeine Schuldrecht berücksichtigt und eine entsprechende Anwendung des § 323 Abs. 2

142 Teils geschah dies durch eine direkte statt wie bisher indirekte Bezugnahme (Paradigma: Rücktritt statt Wandelung beim Kauf), teils durch Neukodifikationen (Paradigma: § 313 Abs. 3 BGB), teils durch Ablösung von Verweisungen auf das Bereicherungs- oder das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis durch solche auf die Rücktrittsregelung. Letzteres hat übrigens den unschönen Nebeneffekt, dass die unverändert erhalten gebliebenen Verweise auf die „allgemeinen Vorschriften“ (etwa § 818 Abs. 4 BGB), die § 292 BGB meinen, nicht mehr ohne Weiteres verständlich sind.

143 Dazu besonders klar LESER, Lösung vom Vertrag, in: FS Ernst Wolf (1985), S. 373, 385 f., 390.

144 *Beispiel*: Jemand schenkt mir einen schicken Sportwagen und erzählt dann überall herum, ich sei ein Schnorrer und hätte so ein Auto wegen meiner *midlife crisis* nötig.

145 Sie geht zurück auf HORN, Vertragsdauer, in: BMJ (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I (1981), S. 551, 627 f., 639 f.

146 Neben HORN, a.a.O., etwa auch PFEIFFER, in: Remien (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht (2008), S. 133, 145.

147 HORN, a.a.O., 627 f.; PFEIFFER, a.a.O., S. 143.

148 Dazu UNBERATH, ZMR 2004, 309, 313.

149 Zu den trotz § 313 Abs. 3 S. 2 BGB ebenfalls bestehenden Abgrenzungsproblemen zwischen § 314 und § 313 BGB PFEIFFER, in: Remien (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht (2008), S. 133, 146 f.

BGB angeordnet. Diese punktuelle Verweisung ist aber zu schmal.¹⁵⁰ Mit den Kündigungsrechten des besonderen Schuldrechts einschließlich des zeitlich nahezu parallel reformierten Mietrechts¹⁵¹ ist jede Abstimmung unterblieben.

b) *Rückabwicklungsmodi*

Die Überarbeitung des Rücktrittsfolgenrechts war eine der drängendsten Aufgaben der Schuldrechtsmodernisierung. Die häufig beschriebenen Unzulänglichkeiten des alten Rechts beruhten letztlich darauf, dass es sich beim Rücktritt als allgemeinem Rückabwicklungsmodus um ein dogmengeschichtlich relativ junges Institut handelt.¹⁵² Das BGB a.F. ist vor diesem Hintergrund rückblickend als eine Art Testlauf zu verstehen, in dem wesentliche Grundlagen der Funktionsweise dieses Rückabwicklungsmodus durch Rechtsprechung und Lehre erst herausgearbeitet wurden. Wegweisend war der Übergang von der zunächst vorherrschenden Deutung, der Rücktritt führe zur Auflösung des Vertrages *ex tunc*, zu derjenigen der identitätswahrenden Umgestaltung des Austausch in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis.¹⁵³ Denn erst auf dieser Grundlage kann von einem eigenständigen Rückabwicklungsmodus, nicht nur von einer besonderen Ausgestaltung der Kondiktion, gesprochen werden. Daraus folgt freilich zweierlei:

Zum einen würde sich die gelegentlich erwogene Aufgabe eines eigenständigen (Rück-)Abwicklungsmodus zugunsten des Bereicherungsrechts¹⁵⁴ angesichts des erreichten dogmatischen Niveaus als Atavismus darstellen. *Zum anderen* muss das vereinbarte Äquivalenzverhältnis für den (Rück-)Abwicklungsmodus maßgeblich bleiben, weil der Rücktritt den Vertrag nicht beseitigt.¹⁵⁵ Die heftig diskutierte Streitfrage, ob die Rückabwicklung auf *Herstellung des Zustandes* abzielt, der *vor dem Vertragsschluss* oder desjenigen, der *vor dem Leistungsaustausch* bestanden hat, ist daher in letzterem Sinne zu entscheiden.¹⁵⁶ Diese Deutung erlaubt nicht nur eine sinnvolle Trennung von Rücktritt und ungerechtfertigter Bereicherung, ohne die die Legitimität des dogmengeschichtlich neueren Instituts zweifelhaft bleiben würde. Man kann daneben auch die Rechtsfolgen für den Rücktritt vor und demjenigen nach Leistungsvollzug einheitlich er-

150 PFEIFFER, a.a.O., S. 143 ff.

151 Dazu UNBERATH, ZMR 2004, 309, 313.

152 Dazu LESER, Der Rücktritt vom Vertrag (1975), S. 1 ff.; DERS., Vertragsaufhebung und Rückabwicklung unter dem UN-Kaufrecht, in: Schlechtriem (Hrsg.), Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht (1987), S. 225; RANIERI, Europäisches Obligationenrecht, 3. Aufl. 2009, S. 656 ff.; Staudinger/KAISER, BGB (Bearbeitung 2004), vor §§ 346-354 Rn. 5 ff.; HARKE, Allgemeines Schuldrecht (2010), Rn. 109 ff.

153 Statt aller Staudinger / KAISER, BGB (Bearbeitung 2004), § 346 Rn. 67.

154 Wie bis heute verbreitet in romanischen Rechten, dazu RANIERI, Europäisches Obligationenrecht, 3. Aufl. 2009, S. 673-676.

155 S. LORENZ, Karlsruher Forum 2005, S. 57 ff.

156 Staudinger / KAISER, BGB (Bearbeitung 2004), vor §§ 346-354 Rn. 3; a.A. etwa HARKE, Allgemeines Schuldrecht (2010), Rn. 111.

klären.¹⁵⁷ Denn letzterenfalls tritt nur die Befreiung von den Leistungspflichten ein,¹⁵⁸ der Vertrag im Übrigen bleibt bestehen. Diese Harmonisierung der Rechtsfolgen ist aber unverzichtbar, wie am Beispiel *teilweise* erbrachter Leistungen schnell klar werden sollte.

Dass das ursprüngliche Äquivalenzverhältnis unangetastet bleiben soll, ist durch § 326 Abs. 2, S. 2, 1. Hs BGB noch klarer als im alten Recht zum Ausdruck gebracht. Früher sollte eine vereinbarte Gegenleistung nicht allgemein, sondern nur für den Ersatz des Wertes geleisteter Dienste und Sachnutzungen maßgeblich sein (§ 346, S. 2 BGB a.F.). Die Erweiterung dieser Regel auf alle Fälle des Wertersatzes mag die Interpretationsfragen im Detail¹⁵⁹ vermehrt haben. Aber dies war unausweichlich und ist deshalb hinzunehmen.

Eine weitere Grundentscheidung der Rücktrittsmodernisierung liegt darin, dass der Untergang der empfangenen Leistung den Rücktrittsberechtigten unter keinen Umständen daran hindert, ein zuvor entstandenes Rücktrittsrecht auszuüben.¹⁶⁰ Die an § 351 BGB a.F. anknüpfenden Differenzierungen sind mit Recht entfallen. Allerdings hat sich damit die Sachfrage, wer die Gefahr des Untergangs trägt, nicht erledigt. Sie kehrt vielmehr dergestalt wieder, ob Wertersatz für die nicht mehr zurückzugewährende Leistung geschuldet wird. Davon geht das neue Recht im Grundsatz aus. Dies ist auch richtig, weil die Sachgefahr nach Leistungserbringung beim Empfänger liegt. In § 346 Abs. 3 BGB werden davon aber drei Ausnahmen gemacht. Die ersten beiden leuchten unmittelbar ein: die Pflicht zum Wertersatz entfällt, wenn sich ein zum Rücktritt berechtigender Mangel erst während der Verarbeitung oder Umgestaltung des Gegenstandes gezeigt hat (Nr. 1) oder soweit der Gläubiger des Rückgewähranspruchs dessen Verschlechterung oder Untergang zu vertreten hat oder der Schaden bei ihm gleichfalls eingetreten wäre (Nr. 2).

Rechtspolitisch höchst umstritten und Quell vieler Folgefragen¹⁶¹ ist aber § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB. Danach entfällt die Pflicht zum Wertersatz außerdem, wenn im Falle eines gesetzlichen Rücktrittsrechts die Verschlechterung oder der Untergang beim Berechtigten eingetreten ist, obwohl dieser diejenige Sorgfalt beobachtet hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Über Grund und Grenzen dieses „Zurück-

157 Widersprüchlich insofern Staudinger / KAISER, BGB (Bearbeitung 2004), § 346 Rn. 65, die hier den Zustand wiederherstellen will, der *ohne Vertrag* bestanden hätte.

158 Insoweit zutreffend KAISER, a.a.O.

159 Einzelfragen bei Staudinger / KAISER, BGB (Bearbeitung 2004), § 346 Rn. 104 ff.; S. LORENZ, *Karlsruher Forum* 2005, S. 57 ff.; FEST, *Die Bedeutung des § 346 Abs. 2 Satz 2, 1. Hs BGB bei der Rückabwicklung dem Werte nach*, ZGS 2009, 126 ff.

160 S. LORENZ, *Karlsruher Forum* 2005, S. 55 f.

161 S. LORENZ, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts* (2001), S. 329, 343 ff.; DERS., *Karlsruher Forum* 2005, S. 59 f.; Staudinger / KAISER, BGB (Bearbeitung 2004), § 346 Rn. 179 ff.; FORST, *Über Zweck, Tatbestand und Rechtsfolgen des § 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BGB*, ZGS 2011, 107 ff.

springens der Sachgefahr“ scheint nahezu alles gesagt.¹⁶² Von daher war die Sache also zur gesetzgeberischen Entscheidung reif. Dass das kodifizierte Ergebnis gleichwohl nicht befriedigen kann, liegt auch weniger daran, dass die für maßgeblich gehaltenen Gründe der Privilegierung und ihr Verhältnis zueinander nicht mit letzter Klarheit zum Ausdruck gekommen sind.¹⁶³ Denn gewisse Unschärfen muss der Norminterpret auch sonst hinnehmen. Der Hauptmangel liegt vielmehr darin, dass man sich des Problems nur im Rahmen des eigentlichen Rücktrittsrechts angenommen hat, indem neben § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 auch § 347 Abs. 1 S. 2 BGB gleichsinnig gefasst wurde.¹⁶⁴ Demgegenüber unterblieb die Abstimmung mit § 818 Abs. 3 BGB, in dessen Rahmen sich die Sachfrage naturgemäß ebenso stellt.¹⁶⁵ Auch wenn es richtig war, das Rücktrittsfolgenrecht mit der Schuldrechtsmodernisierung (endgültig) vom Bereicherungsausgleich zu emanzipieren, hätte in dieser Detailfrage eine Koordination erfolgen müssen.¹⁶⁶

Mit der Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses stellen sich in aller Regel schon rein praktisch Fragen seiner Abwicklung. Ich stehe nicht an, die bisher eher untechnisch als Abwicklungsverhältnis bezeichnete Rechtslage¹⁶⁷ allgemein¹⁶⁸ als Metamorphose des ursprünglichen Rechtsverhältnisses einzuordnen: Das Dauerschuldverhältnis wird mit Wirksamkeit der Kündigung identitätswahrend in ein Abwicklungsverhältnis umgestaltet. Diese Zusammenhänge wurden bei der Modernisierung des Schuldrechts völlig übersehen. Dies ist umso unverständlicher, als mit der Integration des Verbraucherkreditrechts auch Regelungen eines solchen Abwicklungsverhältnisses in das BGB gelangt sind (etwa §§ 500-502 BGB n.F.). Für das Mietrecht hatten wir unter dem Stichwort „Zwangskauf einer Mietsache?“ schon eine der aus dieser Blindheit des Modernisierungsgesetzgebers folgenden Verwerfungen erörtert.¹⁶⁹

162 Nicht weiterführend deshalb die Reformulierung in der Terminologie der *property rights*-Theorie bei FORST, ZGS 2011, 107, 108: dass „eine Leistung (...) nicht nur aufgrund ihrer Substanz wertvoll (ist), sondern vor allem, weil sich mit ihr wirtschaften lässt“, ist seit jeher unbestritten (vgl. nur Inst. 2. 4 pr., 1).

163 *Verantwortlichkeit* (etwa auch bei § 313 Abs. 3 S. 1 BGB) *des Rückgewährgläubigers* für eine Leistungsstörung *oder Privilegierung des Rückgewährschuldners* wegen (unverschuldeter?) Unkenntnis?

164 Insoweit ist die Modernisierung stimmig, Staudinger / KAISER, BGB (Bearbeitung 2004), § 347 Rn. 5; dort Rn. 7 aber auch zu weiteren Defiziten.

165 Dazu S. LORENZ, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts (2001), S. 329, 346 f.; DERS.; Karlsruher Forum 2005, S. 82 f.; Staudinger / KAISER, BGB (Bearbeitung 2004), vor §§ 346-354 Rn. 98 ff.

166 S. LORENZ, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts (2001), S. 329, 347, 355.

167 Vgl. schon ESSER, Schuldrecht I, 4. Aufl. 1970, § 31 II (S. 193).

168 Im Verbandsrecht gehören entsprechende Überlegungen zum Gemeingut.

169 Oben II. 2. a) bb).

c) *Schlussfolgerungen*

Nimmt man alles zusammen, so stehen wir vor zwei Grundentscheidungen: Ist es *erstens* gerechtfertigt, mit Rücktritt und Kündigung zwei Institute zur Vertragsbeendigung nebeneinander anzuerkennen (aa) und wie sollte *zweitens* die (Rück-)Abwicklung eines Vertragsverhältnisses kodifiziert werden (bb)?

aa) Schlussfolgerungen für die Vertragsbeendigung

Für zwei Institute zur Vertragsbeendigung in Gestalt von Rücktritt und Kündigung besteht kein Bedürfnis (mehr). Es genügt wie im DCFR eine einheitliche Grundform (dort: *Termination*, III.-3, Sec. 5). Als Kontrollüberlegung denke man an Vertragsparteien, die ein *vertragliches* Lösungsrecht vereinbaren wollen: Wollen die Beteiligten eine Vertragsaufhebung noch nach (teilweise) erbrachten Leistungen, würden wir von einem Rücktritt ausgehen. Wollen die Parteien die Vertragsaufhebung aber auf die Zeit vor der Leistungserbringung begrenzen, „würde eine Kündigung anzunehmen sein.“¹⁷⁰ Beim *gesetzlichen* Rücktrittsrecht hingegen fallen beide Konstellationen einheitlich unter § 346 BGB.¹⁷¹ Auch die klassische dogmatische Begründung für die Unterscheidung beider Institute – „die Kündigung unterscheidet sich vom Rücktritt hauptsächlich dadurch, dass das Rechtsverhältnis nur mit Wirkung für die Zukunft beendet wird“¹⁷² – ist überholt: Beide Institute wirken nach heute allgemeiner Ansicht *ex nunc*,¹⁷³ und beide Institute führen nicht zwingend zur Beendigung des Rechtsverhältnisses, sondern jedenfalls *in praxi* regelmäßig zu seiner Umgestaltung in ein (Rück-)Abwicklungsverhältnis.¹⁷⁴

Einer Vereinheitlichung der Beendigungstatbestände steht auch nicht die viel beschworene Ungeeignetheit der Rücktrittsfolgen bei Dauerschuldverhältnissen entgegen.¹⁷⁵ Vielmehr war im Gegenteil schon das ursprüngliche Rücktrittsrecht ausweislich des § 346 S. 2 BGB a.F. gerade auch auf die Beendigung von Dienst- und Gebrauchsüberlassungsverhältnissen, also von Dauerschuldverhältnissen zugeschnitten.¹⁷⁶ Nicht von ungefähr wurde im Gutachten zur Überarbeitung des Schuldrechts folglich in Bezug auf die Vertragsdauer zwar eine Immunsierung von Dauerschuldverhältnissen gegen die inakzeptablen Folgen von (ursprünglicher) Nichtigkeit und Anfechtung (mit Wirkung *ex tunc*) vorgeschlagen.¹⁷⁷ Ein entsprechender Vorschlag in Bezug auf Rücktrittsfolgen ist demgegenüber zu Recht unterblieben.

170 HECK, Grundriß des Schuldrechts (1929), § 52, 1 (S. 153).

171 Oben III. 2. b).

172 Statt vieler ESSER, Schuldrecht I, 4. Aufl. 1970, § 30 (S. 183).

173 Oben III. 2. a).

174 Soeben III. 2. a), b).

175 Zur Kritik der h.M. OETKER, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung (1994), S. 349 ff.

176 OETKER, a.a.O.

177 HORN, Vertragsdauer, in: BMJ (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I (1981), S. 551, 635 f.

De lege lata beruht die Zweispurigkeit der Vertragsbeendigung auf gesetzgeberischen Entscheidungen eines Konkurrenzverhältnisses, das vor der Schuldrechtsmodernisierung als dasjenige von allgemeinem und besonderem Schuldrecht beschrieben werden konnte.¹⁷⁸ Die damals nur im besonderen Teil enthaltenen Kündigungsmöglichkeiten standen wegen der gewichtigeren Interessen am Bestand eines Dauerschuld- als eines Austauschverhältnisses regelmäßig nicht nur unter anderen, sondern geradezu unter schärferen Voraussetzungen als der Rücktritt.¹⁷⁹ Mit der Modernisierung des Schuldrechts ist die gesetzgeberische Konzeption, Konkurrenzfragen durch terminologische Benennung mit zu erledigen, (noch) fragwürdig(er) geworden. Dies zeigen die Probleme, die die Aufnahme des § 314 BGB in das allgemeine Schuldrecht mit sich bringt.¹⁸⁰ Es wäre entschieden besser gewesen, in Parallele zur Modernisierung des Leistungsstörungen-, Kauf- und Werkvertragsrechts zu einem Einheitskonzept im doppelten Sinne überzugehen: Ein einheitlicher Grundtatbestand der Beendigung, der im Bedarfsfalle modifiziert werden kann, bei gleichzeitiger Vereinheitlichung von allgemeinem und besonderem Schuldrecht.

bb) Schlussfolgerungen für die (Rück-)Abwicklung

Wählt man für die Vertragsbeendigung ein einheitliches Institut, bedarf es der Differenzierung auf der Rechtsfolgenseite. Einer solchen Flexibilisierung steht freilich die zwingende Verknüpfung der Rücktrittsfolgen mit der Vertragsbeendigung entgegen. § 346 Abs. 1 S. 1 BGB n.F. bestimmt in inhaltlicher Übereinstimmung mit § 346 S. 1 BGB a.F. wie mit Art. III-3:510 (1) DCFR, dass die empfangenen Leistungen im Falle des Rücktritts zurückzugewähren *sind*. Hierin liegt ein entscheidender Mangel des Rücktrittsrechts, weil die Entscheidungsfreiheit der Parteien ignoriert wird.¹⁸¹ Die Entkopplung von Vertragsaufhebung und Rücktrittsfolgen ließe sich auch einfach durch die Formulierung erreichen, dass die Parteien die empfangenen Leistungen zurück verlangen *können*.¹⁸²

Die entkoppelten Rechtsfolgen sollten in einem weiterentwickelten Baukastensystem aufeinander aufgebaut werden, dessen Grundmodell ebenso wie für das verbraucherrechtliche Widerrufsfolgenrecht (§ 357 BGB) im Rücktrittsfolgenrecht bestehen sollte. Letzteres enthält mit § 347 BGB nämlich eine Vorschrift, die zwar für einen *Rückabwicklungsmodus* „auf den ersten Blick fremd“¹⁸³ erscheinen mag, bei Licht betrachtet aber den Schlüssel für die zutreffende Deutung des gesamten Instituts darstellt: Der Rückgewährschuldner muss im Regelfalle den Wert auch von Nutzungen ersetzen, die er

178 OETKER, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung (1994), S. 352 ff.

179 Zu Letzterem OETKER, a.a.O., S. 356 f.

180 Oben III. 2. a).

181 Vertraglich können diese ohnehin abweichend entscheiden.

182 Zu allem überzeugend LESER, FS Ernst Wolf (1985), S. 373, 378 ff., bes. 382 f.; DERS., in: Schlechtriem (Hrsg.), Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht (1987), S. 225, 226, 232 (freilich nur für Leistungsstörung und Sachmangel).

183 So Staudinger / KAISER, BGB (Bearbeitung 2004), § 347 Rn. 6.

nicht gezogen hat (§ 347 Abs. 1 S. 1 BGB), erhält im Gegenzug aber (mindestens) Verwendungsersatz (§ 347 Abs. 2 BGB).¹⁸⁴ Da es für den Ersatz nicht gezogener Nutzungen darauf ankommt, ob der Rückgewährschuldner sie hätte ziehen können (§ 347 Abs. 1 S. 1 BGB),¹⁸⁵ geht es nicht darum, den Rückgewährgläubiger so zu stellen, als hätte er seine Leistung behalten und selbst genutzt.¹⁸⁶ Richtiger mag man sagen, die Nutzungen würden vergütet, die der Sache „innewohnen“.¹⁸⁷ Dieser Wert kann aber nicht nur durch Eigengebrauch, sondern auch durch entgeltliche Gebrauchsüberlassung realisiert werden. So betrachtet weist das geltende Rücktrittsfolgerecht für den Normalfall deutliche *Parallelen zu einer entgeltlichen Gebrauchsüberlassung* in der Zeit vom Gefahrübergang¹⁸⁸ bis zur Wirksamkeit der Rücktrittserklärung¹⁸⁹ auf.

Diese Beobachtungen sollten im gegebenen¹⁹⁰ Zusammenhang die Tauglichkeit des Rücktrittsfolgerechts als Grundmodell für vertragliche Abwicklungsmodi bis hin zu demjenigen für echte Dauerschuldverhältnisse hinreichend illustriert haben. Als besonderen Vorteil würde ein Baukastensystem den stufenweisen Übergang vom einfachen Austauschvertrag über den sog. Langzeitvertrag zum eigentlichen Dauerschuldverhältnis ermöglichen. Damit wäre der gesetzgeberische Auftrag an die *Rechtsprechung*, sich der im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung bewusst offen gelassenen Problematik der

184 § 347 Abs. 1 BGB ist eine geringfügige Modifikation des früheren Rechts, § 347 Abs. 2 BGB aber eine deutliche Erweiterung, Staudinger / KAISER, BGB (Bearbeitung 2004), § 347 Rn. 4, 24.

185 Ist ein Reitpferd zurückzugeben, entfällt der Anspruch, wenn der Rückgewährschuldner wegen eines Beinbruches nicht reiten konnte, ein eigener Beinbruch des Rückgewährgläubigers ist für dessen Anspruch aus § 347 Abs. 1 S. 1 BGB hingegen unschädlich.

186 Falsch daher HARKE, Allgemeines Schuldrecht (2010), Rn. 111. Übrigens zeigt sich hierin erneut, dass der Rücktritt eben keine Annäherung an den Zustand bewirken soll, der ohne Vertragsschluss bestünde.

187 So Staudinger / KAISER, BGB (Bearbeitung 2004), § 347 Rn. 6 a.E.

188 Die §§ 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3, 347 Abs. 1 S. 2 BGB sollten auf dieser Grundlage rechtspolitisch-ökonomisch überdacht werden.

189 Dazu Staudinger / KAISER, BGB (Bearbeitung 2004), § 347 Rn. 12.

190 Konsequenzen für zwei Streitfragen des Rücktrittsfolgenrechts seien angedeutet. *Erstens*: Die Schwierigkeiten, bei der Bestimmung des Nutzungswertes objektive und subjektive, d.h. vertragliche, Maßstäbe ins richtige Verhältnis zu setzen (dazu Staudinger / KAISER, BGB [Bearbeitung 2004], § 347 Rn. 8 f. m.Nw.), rühren daher, dass die Parteien keine Gebrauchsüberlassung, sondern endgültigen Güteraustausch wollten. Für einen solchen ist der Erwerbzweck als Motiv aber irrelevant. *Zweitens* bietet der hier eingenommene Standpunkt eine tragfähige Beurteilungsgrundlage für die Ersatzfähigkeit sog. Nutzungsziehungskosten (dazu Staudinger / KAISER, BGB [Bearbeitung 2004], § 347 Rn. 41 f.). Sie sind hinsichtlich schlichter Gebrauchsvorteile vom Rückgewährschuldner zu tragen. Im Regelfalle geschieht dies schon durch eine entsprechende Berechnung des Nutzungswertes (*Beispiele*: Der Gebrauchswert eines Kraftfahrzeuges wird ohne Berücksichtigung der Treibstoffkosten, derjenige von Wohnraum ohne Nebenkosten, also als „Kaltmiete“ bestimmt). Wer diesen Punkt bei der Bestimmung des Nutzungswertes nicht bedenkt (*Beispiel*: eine „Warmmiete“ zugrunde legt), muss mit Hilfe von § 347 Abs. 2 BGB gegenrechnen.

Langzeitverträge anzunehmen,¹⁹¹ sicherlich leichter zu bewältigen, als wenn Rücktritt und Rücktrittsfolgen einerseits und Kündigung und Kündigungsfolgen andererseits weiterhin fälschlicherweise als disparate Institute behandelt würden.

IV. LEISTUNGSSTÖRUNGSRECHT

Die Entwicklung des deutschen Leistungsstörungsrechts wurde hier schon ausführlich behandelt.¹⁹² Vielleicht lohnt es aber dennoch, einige Fragen auch aus meinem Blickwinkel¹⁹³ wenigstens schlaglichtartig nochmals zu beleuchten.

1. Zum Einheitsstatbestand

Die Schuldrechtsmodernisierung hat das alte Modell verschiedener Institute des Leistungsstörungsrechts, die – teils geschrieben, teils ungeschrieben – sowohl Tatbestände wie auch Rechtsfolgen umfassten, durch ein Einheitskonzept ersetzt. Gesetzgebungstechnisch erscheint es an sich vorzugswürdig, auf einem flexiblen Grundtatbestand aufbauend zusätzliche Voraussetzungen für einzelne Sonderkonstellationen zu formulieren und mit den jeweils angemessenen Rechtsfolgen zu verknüpfen.¹⁹⁴ Eben dies ist aber misslungen. Man hat zutreffend festgestellt, dass der Umfang der materiellen Änderungen des allgemeinen Leistungsstörungsrechts im Verhältnis zum dogmatischen Aufwand der Neustrukturierung vergleichsweise gering ist.¹⁹⁵ Dies liegt aber in erster Linie daran, dass sich das Ergebnis der Schuldrechtsmodernisierung in einem doppelten Sinne als Mischung von altem und neuem Modell darstellt. Dabei wird *äußerlich* der Eindruck eines *Einheitskonzepts* erweckt, während *innerlich* nach wie vor die Idee *verschiedener* voneinander isolierter, teilweise sogar sich wechselseitig ausschließender *Tatbestände* herrscht. So ist die Entkopplung der Leistungsverzögerung (§§ 281 Abs. 1 S. 1, 1. Fall; 323 Abs. 1, 1. Fall BGB) vom Verzug zwar insoweit erklärlich, als dessen Verschuldens-erfordernis (§ 286 Abs. 4 BGB) für den Rücktritt keine Rolle spielt¹⁹⁶ und für den Scha-

191 Entwurf der Fraktionen der SPD und von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 14/6040, S. 177 f., im Anschluss an BMJ (Hrsg.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts (1992), S. 155 (dort aber noch richtig: *Rechtsprechung und Rechtslehre*).

192 S. LORENZ, oben S. 67 (in diesem Band).

193 Die folgenden Ausführungen greifen teils frühere Überlegungen auf, vgl. WINDEL, Mankoleistungen im modernisierten Schuldrecht, JURA 2003, 793 ff.; DERS., „Unsinnige“, rechtlich unmögliche und verbotswidrige Leistungsversprechen, ZGS 2003, 466 ff.; DERS., Was nie sich fügt, was nie gelingt – Systematisierungsversuche zu § 311 a BGB, JR 2004, 265 ff.; DERS., Personenrechtliche Grenzen der Vertragsbindung, FS Friedrich E. Schnapp (2008), S. 859 ff.; DERS., Okkultistische Tribunale?, ZGS 2011, 218 ff.

194 Nichts anderes habe ich soeben unter III. 2. c) meinerseits unternommen.

195 S. LORENZ, Karlsruher Forum 2005, S. 11.

196 Dazu etwa S. LORENZ, a.a.O., S. 27.

densersatz statt der Leistung (womöglich) anders bezogen sein muss.¹⁹⁷ Nicht nötig war es aber, mit Mahnung einerseits und Fristsetzung andererseits zwei kaum unterscheidbare objektive Voraussetzungen für die jeweiligen Rechtsfolgen aufzustellen.

Nur vom rechtskonstruktiven Ansatz her verständlich ist die dogmatisch nach wie vor bedeutende Rolle, die der Unmöglichkeit beigemessen wird. Sicher hat es Überzeugungskraft, dass eine Pflicht zu einer (*objektiv*) unmöglichen Leistung sinnlos ist.¹⁹⁸ Das gilt aber schon nicht mehr mit gleicher Plausibilität für das *subjektive* Unvermögen, und es gilt schon gar nicht für die *Leistungserschwerungen* des § 275 Abs. 2 und 3 BGB. Vor allem aber führt die vielfach gezogene Konsequenz der Unmöglichkeitsdoktrin, die §§ 281, 282 BGB seien „ausgeschlossen“, wenn die Leistung nicht (mehr) erbracht werden könne, in eine nachgerade *praxisferne Juristenausbildung*: Erhält der Gläubiger keine Leistung, so weiß er in aller Regel nicht, warum, noch sind ihm die Gründe dafür auch nur erkennbar. Der Anwalt muss daher geradezu den für das (erste) Examen (mit seinen „unstreitigen“ Sachverhalten) gelernten Satz verdrängen, § 281 BGB sei bei Unmöglichkeit „gesperrt“, wenn er seinem Mandanten sinnvoll helfen will. Das gilt übrigens nicht nur für den Vertreter des Gläubigers, sondern auch für den des Schuldners, für den sich die Voraussetzungen der Unmöglichkeit *prozessual* in allen Fällen des § 275 Abs. 1-3 BGB schlicht als *Einredetatsachen* darstellen.

Schon deshalb, aber auch wegen der untereinander schwer abgrenzbaren Tatbestände der §§ 281, 282 BGB, „verschlüsseln“ die §§ 280-283 BGB die Konkurrenz von Ansprüchen¹⁹⁹ mehr, als dass sie sie klarstellen. Dies gilt zum einen für die Konkurrenz von Primär- und Sekundäranspruch, wobei die §§ 283, 275 BGB eben wegen der Ausgestaltung von Unmöglichkeit und Leistungserschwerung als Einredetatsachen nicht zuletzt dem Interesse des Schuldners am Festhalten am Primäranspruch dienen,²⁰⁰ während die §§ 281, 282 BGB dem Gläubiger den Übergang zum Sekundäranspruch ermöglichen sollen. Chiffriert ist zum anderen aber auch die Konkurrenz der einzelnen Sekundäransprüche untereinander. Namentlich die „eigentümliche Neuschöpfung“²⁰¹ des § 284 BGB scheint nach wie vor nicht hinreichend mit den übrigen Sekundärrechten abgestimmt.²⁰²

197 Dazu etwa S. LORENZ, a.a.O., S. 28 ff.

198 In diesem Sinne statt vieler LOOSCHELDERS, Unmöglichkeit – ein Störenfried in der Dogmatik des deutschen Leistungsstörungenrechts? in: Remien (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht (2008), S. 63, 65 f.

199 Wort nach SCHMIDT-KESSEL, Schadensersatz wegen Vertragsbruchs im System der Rechtsbehelfe, in: Remien (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht (2008), S. 85, 91.

200 Nicht nur *de lege lata* zu weitgehend aber SCHMIDT-KESSEL, a.a.O., besonders S. 98, der die §§ 282, 283 BGB von seinem rechtspolitischen Konzept aus schlicht für überflüssig erklärt und einen Vorrang der Primärleistung *nur* wegen des Nacherfüllungsrechts des Schuldners anerkennen will.

201 So MünchKomm-BGB / ERNST, Bd. II, 5. Aufl. 2007, § 284 Rn. 2.

202 Dazu neben S. LORENZ, Karlsruher Forum 2005, S. 51 f., und ERNST, a.a.O., Rn. 1 f., 4 f., aus neuerer Zeit etwa FISCHINGER / WABNITZ, Aufwendungsersatz nach § 284 BGB, ZGS

Wie konnte es zu einem solchen Scheitern der Schuldrechtsmodernisierung kommen? Die Formulierung eines Einheitstatbestandes für alle Leistungsstörungen ist naturgemäß schwierig,²⁰³ auch wenn man nur nach einem Ausdruck für jede denkbare *Abweichung vom „Programm“ eines Vertrages* sucht. Speziell im deutschen Recht wird der zu erfassende Normbereich aber dadurch zusätzlich aufgebläht, dass mit der „Pflichtverletzung“ an den Rändern Problemlagen abgedeckt werden sollen, die in anderen Rechtsordnungen instrumentell durch das *Deliktsrecht* erfasst werden. Ich meine hier die Integritätsschäden der „klassischen“ *culpa in contrahendo* und „entfernere“ Mangelfolgeschäden. Insoweit zeigt sich erneut, dass die Modernisierung des Schuldrechts viel zu eng angegangen wurde.²⁰⁴ Noch entscheidender scheint mir, dass das „Vertragsprogramm“ im deutschen Recht nach wie vor differenziert nicht nur durch verschiedene Arten von *Pflichten*, sondern auch durch *Modalitäten* (§§ 266 ff. BGB) und *Obliegenheiten* (§§ 293 ff. BGB), die jeweils vielfach in Bezug genommen sind, festgelegt wird. Das Missliche darin liegt weniger in einer einheitlichen Bezeichnung, obwohl *Pflichtverletzung* für das Vertragsrecht im engeren Sinne sicherlich schlechter passt als *breach of contract* oder *non-performance*. Das Missliche liegt darin, dass der Obliegenheitsverstoß vom Grundtatbestand des § 280 Abs. 1 S. 1 BGB gar nicht und der Verstoß gegen die Leistungsmodalität „Zeit“ nur am Rande²⁰⁵ erfasst wird.

Es geht bei all dem nicht um Systempurismus, sondern um ernsthafte Interpretationsprobleme. Ein mehrfach erörtertes Beispiel²⁰⁶ liegt in der Gleichsetzung der Manko- mit der Schlechtleistung in § 434 Abs. 3, 2. Fall BGB. Damit wird die *Quantität* in das *Pflichtprogramm* des Kaufvertrages einbezogen, obwohl sie nach dem fortgeltenden § 266 BGB als Leistungsmodalität behandelt wird. Gilt im Rahmen der §§ 281, 323 BGB nun das eine oder das andere Prinzip? Ich will nicht so weit gehen, dass man vor einer Modernisierung des Leistungsstörungenrechts die gewachsene Struktur der Obligation hätte rekonstruieren müssen, wobei die Leistungsmodalitäten zu (nicht selbständig klagbaren) Pflichten umzuwandeln und die Obliegenheiten des Gläubigers zusammen mit dem nach wie vor ungelösten Problemfeld des „Verschuldens gegen sich selbst“ (§§ 254; 323 Abs. 6; 326 Abs. 2 S. 1 BGB) aufzubereiten gewesen wären. Die systematischen Verwerfungen kann ich aber ebenso wenig schönreden wie die Schwierigkeiten, die die Kodifikation der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage insbesondere mit

2007, 139 ff.; SCHENK, Aufwendungsersatz nach § 284 BGB, ZGS 2008, 54 ff.; WANKERL, Ersetzt der Aufwendungsersatz nach § 284 BGB die Rentabilitätsvermutung?, ZGS 2009, 19 ff.

203 Vgl. S. LORENZ, Karlsruher Forum 2005, S. 21 ff.; LOOSCHELDERS, in: Remien (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht (2008), S. 63, 66 ff.; SCHMIDT-KESSEL, in: Remien (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht (2008), S. 85, 88 ff.

204 Dazu oben II. 2. b) bb).

205 § 280 Abs. 1 S. 2 und § 286 Abs. 4 BGB führen zu einem doppelten Bezugspunkt des Vertretenmüssens, statt anderer S. LORENZ, Karlsruher Forum 2005, S. 28 f.

206 S. LORENZ, a.a.O., S. 71; WINDEL, JURA 2003, 793 ff.

§ 275 Abs. 2 und 3 BGB bereitet. Natürlich liegen auch darin keine unüberwindlichen Schwierigkeiten. Aber Lösungswege²⁰⁷ weist nicht der weitgehend offene Normtext, sondern die dogmengeschichtliche Entwicklung des Instituts auf. Vor allem ist durch die Kodifikation wiederum²⁰⁸ die bisherige Konkurrenzregel entfallen, war der Wegfall der Geschäftsgrundlage als *ungeschriebenes* Institut doch nachrangig gegenüber dem geschriebenen Recht.

2. Zu den Rechtsfolgen

Wirft man einen Blick auf die Rechtsfolgen der Leistungsstörungen, fällt schon äußerlich sofort auf, dass der gesetzgebungstechnische Vorteil eines Einheitstatbestandes verspielt wurde: Statt eines Baukastenmodells, das den Text entschlackt, finden wir in Gestalt der §§ 281, 282 BGB einerseits und der §§ 323, 324 BGB Doppelregelungen, die zu allem Überfluss redaktionell voneinander abweichen. Auch am Beispiel der Zuordnung unterschiedlicher Schadensarten und Schadensposten zeigt sich, dass das modernisierte Schuldrecht für die Rechtsfolgen so wenig zu einer Vereinfachung geführt hat wie für die Tatbestände. Nach wie vor können Schadensposten wie entgangener Gewinn im Einzelfall bald der einen oder der anderen Schadensart zuzuordnen sein,²⁰⁹ nach wie vor hat der Verzögerungsschaden eine Sonderrolle²¹⁰ und nach wie vor kann ein Schadensposten auf zwei Leistungsstörungen zurückzuführen sein. So beruht der sog. mangelbedingte Betriebsausfall sowohl darauf, dass zunächst *mangelhaft* geleistet wurde wie darauf, dass *nicht rechtzeitig* mangelfrei geleistet wurde.²¹¹ All dies liegt nicht am Gesetz, sondern an Sachproblemen, die sich eben nicht hinweg modernisieren lassen. Wenn aber oft nicht die Ergebnisse, sondern nur die dogmatische *Konstruktion nicht besser oder auch nur einfacher, sondern eben nur anders* wird, bleibt die Frage: *Cui bono?*

3. Zur Kohärenz von Tatbestand und Rechtsfolgen

Tatbestand und Rechtsfolgen müssen aufeinander abgestimmt sein. Ich halte daran fest, dass gegen diesen selbstverständlichen Grundsatz bei Schaffung des § 311 a Abs. 2 BGB flagrant verstoßen wurde.²¹² Ausweislich der Regelung des § 311 a Abs. 2 S. 2 BGB haftet der Schuldner, weil er es zu vertreten hat, einen Vertrag geschlossen zu

207 Vgl. die Konzepte von LOOSCHELDERS, in: Remien (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht (2008), S. 63, 74 f.; und PFEIFFER, ebd., S. 133, 139 f.

208 Vgl. schon oben III. 1. c).

209 S. LORENZ, *Karlsruher Forum* 2005, S. 24 f. (Schadensersatz „statt“ oder „neben“ der Leistung je nachdem, ob diese noch erbringbar ist).

210 So im Ergebnis auch S. LORENZ, a.a.O., S. 25 ff. Ob es sinnvoll ist, ihn gleichwohl der im Gesetz nicht verwendeten Kategorie „Schadensersatz neben der Leistung“ zuzuordnen (so S. LORENZ, a.a.O., S. 24), mag daher auf sich beruhen.

211 S. LORENZ, *Karlsruher Forum* 2005, S. 26 f.

212 Ausführlich WINDEL, *JR* 2004, 265 ff.

haben, den er nicht erfüllen kann. Von dieser typischen vorvertraglichen Pflichtverletzung führt kein gerader Weg zu einem Schadensersatz statt der Leistung. Sieht man den Haftungsgrund dagegen in der „Nichteinhaltung des Leistungsversprechens“²¹³ bzw. der Nichterfüllung,²¹⁴ verschiebt man nur die Bruchstelle im System. Denn dann haftet der Schuldner für etwas, das er nicht zu vertreten hat, und er hat etwas zu vertreten, für das er nicht haftet. Der Grundfehler der Konstruktion liegt darin, dass Teile der *culpa in contrahendo* nicht vom allgemeinen Leistungsstörungenrecht „absorbiert“ werden können,²¹⁵ ohne dass gleichzeitig eine neue Haftungsgrundlage geschaffen wird.²¹⁶

Auch bei dem sonst durchaus entlastenden Standpunkt „Gesetz ist eben Gesetz“²¹⁷ vermag ich mich persönlich nicht zu beruhigen. Ein Gesetz ohne sinnvolle inhaltliche Substanz trübt nämlich den Blick für die Lebenswirklichkeit. Dies zeigt sich, wenn der Schuldner eine schon bei Vertragsschluss unmögliche Leistung garantiert. Die Behauptung, „diese (sc. Garantie) kann sich dann nur darauf beziehen, dass der Schuldner Schadensersatz statt der Leistung auch für den Fall verspricht, dass ein anfängliches Leistungshindernis für ihn nicht erkennbar war“,²¹⁸ mag vor dem Hintergrund des § 311 a Abs. 2 S. 2 BGB zwar „systematisch“ richtig gedacht sein. Aber „der Inhalt einer Garantieverklärung wird von den Parteien, nicht von der Rechtsdogmatik festgelegt.“²¹⁹ Es bleiben folglich nur Notlösungen, die das brüchige System letztlich sprengen.²²⁰

V. SCHLUSS

Eine Modernisierung des Schuldrechts ist ein schwieriges Geschäft, bei dem Fehler kaum ausbleiben können. Wir Deutschen haben in den Jahren 2001/2002 aber wohl ein paar zu viel davon gemacht. Mögen auch andere daraus lernen!

213 So statt aller S. LORENZ, *Karlsruher Forum* 2005, S. 31 f.

214 So etwa LOOSCHELDERS, in: Remien (Hrsg.), *Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht* (2008), S. 63, 71.

215 So beschreibt KITAGAWA, in: Kitagawa/Riesenhuber (Hrsg.), *The Identity of German and Japanese Civil Law in Comparative Perspectives* (2007), S. 11, 47 f., den Vorgang.

216 Ich hatte eine Einstandshaftung gefordert (JR 2004, 265, 266 f.). Dass dies zwingend zur Abspaltung der Vertragshaftung vom Leistungsstörungenrecht im Übrigen führt (so KITAGAWA, in: Kitagawa/Riesenhuber [Hrsg.], *The Identity of German and Japanese Civil Law in Comparative Perspectives* [2007], S. 11, 49 f.), wage ich aber zu bezweifeln.

217 Auf die „klare Entscheidung des Gesetzgebers“ bzw. die *lex lata* weisen hin S. LORENZ, *Karlsruher Forum* 2005, S. 31, sowie LOOSCHELDERS, in: Remien (Hrsg.), *Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht* (2008), S. 63, 71.

218 So S. LORENZ, *Karlsruher Forum* 2005, S. 31 f.; vgl. auch S. 77.

219 So schon WINDEL, JR 2004, 265, 269.

220 Derer zwei habe ich in JR 2004, 265, 269 erwogen: Lösung gem. § 283 BGB statt § 311 a Abs. 2 BGB oder „§ 311 a Abs. 2 S. 2 BGB im Falle einer Garantieübernahme als abbedungen anzusehen.“ Letzteres ist entgegen S. LORENZ, *Karlsruher Forum* 2005, S. 32 Fn. 168, nicht als Inhalt der Garantieverklärung, sondern als diese begleitende normative Wertung zu verstehen, weil sich sonst der artikulierte Parteiwille nicht verwirklichen lässt.

Die Reformarbeiten am japanischen Zivilgesetz

Yoshinobu Handa * **

- I. Die Geschichte des japanischen Zivilrechts, insbesondere des Schuldrechts
- II. Der Ausschuss zur Erarbeitung eines neuen Zivilgesetzes
 1. Die Gründung des Ausschusses zur Erarbeitung eines neuen ZG
 2. Der Zweck des Ausschusses zur Erarbeitung eines neuen ZG
 3. Die fundamentalen Richtlinien der Erneuerung
 4. Die Organisation und die Tätigkeit des Ausschusses zur Erarbeitung eines neuen ZG
- III. Die Tätigkeit der Abteilung zur Überarbeitung des Schuldrechts des japanischen Justizministeriums
- IV. Der Gegenentwurf von *Masanobu Katô*
 1. Die Kritik von *Masanobu Katô* am Entwurf von 2009
 2. Die europäische Entwicklung und das japanische Schuldrecht
 3. Wird das Pandektensystem erhalten oder nicht?
- V. Der Einfluss des TPP-Übereinkommens auf die japanische Zivilrechtskodifikation
- VI. Ausblick

I. DIE GESCHICHTE DES JAPANISCHEN ZIVILRECHTS, INSBESONDERE DES SCHULDRECHTS

Seit das japanische Zivilgesetz (nachfolgend: ZG)¹ 1896 kodifiziert wurde, ist sein Vermögensrecht (Bücher 1 bis 3) lange Zeit trotz des Wandels der Gesellschaft und der Wirtschaft unverändert geblieben.² Erst in neuerer Zeit wurden wichtige Teile des ZG erneuert. Im ersten Buch, dem Allgemeinen Teil, wurden 1999 die Regeln des Vormundschaftsrechts für Volljährige erneuert und 2006 die Vorschriften über die juristische Person verbessert. Im Zuge dieser Gesetzgebung wurden aber auch fast alle Regeln

* Dr. iur., Prof. em. Universität Chiba; Professor für Bürgerliches Recht an der Universität Surugaidai, Tokyo

** Der Vortrag wurde im Rahmen der Japan-Woche der Ruhr-Universität am 23. November 2011 in Bochum gehalten. Die Hrsg. danken Herrn Prof. Dr. *Peter A. Windel* für die freundliche Vermittlung des den Tagungsband thematisch ergänzenden Beitrages.

¹ *Minpô*, Gesetz Nr. 89/1896 und Nr. 9/1898 i.d.F. des Gesetzes Nr. 74/2011; dt. Übers.: A. KAISER, Das japanische Zivilgesetzbuch in deutscher Sprache (Köln/München 2008, Stand 2007).

² Vgl. Z. KITAGAWA, Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan (Frankfurt/Main 1970) 33 f.; T. SUIZU, Die Schuldrechtsreform in Japan – betrachtet aus dem Blickwinkel der Kodifikationsidee –, *ZJapanR* Nr. 32 (2011) 249, 250 f.

über die juristische Person aus dem ZG ausgegliedert und drei besonderen Gesetzen über verschiedene juristische Personen zugeordnet. Im zweiten Buch, dem Sachenrecht, wurden 2003 die Regeln über die Pfandrechte, insbesondere diejenigen über die Hypothek, verbessert. Dabei wurde auch das Zwangsvollstreckungsrecht bezüglich der Vollstreckung von Pfandrechten novelliert. Demgegenüber hat es bisher im dritten Buch, dem Schuldrecht (im Original: Forderungsrecht), keine grundlegenden Reformen gegeben. Eine Ausnahme bildet das Bürgschaftsrecht, bei dem das Formerfordernis der Schriftlichkeit 2004 hinzugefügt wurde. Seither sind nur mündliche Bürgschaftsverprechen unwirksam.

II. DER AUSSCHUSS ZUR ERARBEITUNG EINES NEUEN ZIVILGESETZES

1. *Die Gründung des Ausschusses zur Erarbeitung eines neuen ZG*

Der Ausschuss zur Erarbeitung eines neuen japanischen Zivilgesetzes ist im Herbst 2006 zunächst als wissenschaftliche Tagung organisiert worden. Mit der Gründungsversammlung am 7. Oktober 2006 nahm der Ausschuss seine Tätigkeit förmlich auf. Der Zweck der Gründung des Ausschusses wird von den Initiatoren mit folgenden Worten beschrieben:

„Das Zivilgesetz als das fundamentale Gesetz im Bereich des Privatrechts, das den Rahmen der bürgerlichen Gesellschaft regelt, wurde vor 110 Jahren erlassen. Jetzt ist besonders für den Teil des Schuldrechts eine gründliche Erneuerung erforderlich, weil sich Wirtschaft und Gesellschaft gegenüber den Erwartungen zur Zeit der Verkündung des Zivilgesetzes wesentlich gewandelt haben und weil die Globalisierung der Märkte die internationale Harmonisierung des Handelsrechts erfordert. Diese qualitativen Wandlungen in den Grundlagen des bürgerlichen Rechtslebens beanspruchen die Überprüfung des Zivilgesetzes unter dem neuen Ideal. Außerdem haben die japanischen Gerichte durch ihre Entscheidungen im Laufe der Zeit bei der Anwendung des ZG zahlreiche Fallgruppen und ungeschriebene Regeln entwickelt. Dies hat in den Augen der Initiatoren das Bedürfnis hervorgerufen, durch Kodifikation der richterrechtlichen Regeln den Inhalt des Zivilrechts in Japan transparenter zu machen.

Die japanische Zivilrechtswissenschaft hat durch die über hundertjährige Auslegung und Anwendung des ZG als rezipiertem Recht eine spezifische Auslegungslehre und -praxis entwickelt, obwohl das ZG ursprünglich ganz überwiegend auf den kulturellen und rechtswissenschaftlichen Resultaten des europäischen Rechts beruhte. Wir glauben, es hat große Bedeutung, dass wir den künftigen Zustand des ZG auf Grund unserer selbst gesammelten Erfahrungen nach Maßgabe unseres eigenen wissenschaftlichen Standards darstellen.³

Und so haben sich Freiwillige aus der Wissenschaft zusammengeschlossen und einen „Vorbereitungsausschuss zur grundlegenden Erneuerung des Zivilgesetzes

3 Über den Standpunkt der Gesetzgeber ausführlicher T. SUIZU (Fn. 2) 255 ff. sowie T. UCHIDA, *Minpô kaisei* [Die Erneuerung des Zivilrechts] (Tokyo 2011).

(Schuldrechts)“ zu dem eigentlichen „Ausschuss für das neue Zivilgesetz“ gegründet, um einen Erstentwurf für ein neues japanisches ZG auszuarbeiten.“⁴

Hintergrund der Gründung des Ausschusses zur Erarbeitung eines neuen ZG ist, dass das japanische Justizministerium 2006 die Entscheidung getroffen hat, die Notwendigkeit einer Schuldrechtserneuerung in Japan zu untersuchen. Seinerzeit befassten sich bereits verschiedene Gruppen von Zivilrechtlern wissenschaftlich mit der Frage einer Schuldrechtsmodernisierung. Anlässlich der Entscheidung des Justizministeriums schlossen sich diese Gruppen zum „Ausschuss zur Erarbeitung eines neuen Zivilgesetzes“ zusammen, um als landesweite Organisation kollektiv für das gesetzgeberische Vorhaben zu arbeiten. Entsprechend hatte das Justizministerium von Anfang an großes Interesse an der Tätigkeit des Ausschusses und die Staatsbediensteten des japanischen Justizministeriums haben sich seit seiner Gründung an diesem Ausschuss beteiligt. Die Teilnahme der Staatsbediensteten an den Forschungssitzungen ist aber nicht ratsam. Der Ausschuss hat deshalb die Forschungsarbeiten privat organisiert. Dabei waren die Rechtswissenschaftler in der Majorität.⁵

2. *Der Zweck des Ausschusses zur Erarbeitung eines neuen ZG*

Der Zweck des Ausschusses zur Erarbeitung eines neuen ZG besteht darin, Vorarbeiten für eine grundlegende Modernisierung des Zivilgesetzes, insbesondere des Schuldrechts, durchzuführen und zentrale Richtlinien für die Gesetzesänderung zu erarbeiten. Aus zeitlichen Gründen wird der Umfang der Erneuerung auf das Schuldrecht begrenzt. Es ist aber dem Urteil des Ausschusses anvertraut, ob andere Bereiche des Zivilrechts in die Modernisierung mit einbezogen werden sollten. Die Reformarbeiten beziehen sich also hauptsächlich auf das dritte Buch, Schuldrecht, aber es ist nicht ausgeschlossen, sie je nach Notwendigkeit zum Beispiel auf das erste Buch, den Allgemeinen Teil, auszuweiten. In der Tat wird der Entwurf auch Vorschläge zu den Regeln über die Rechtsgeschäfte, die Berechnung von Fristen und die Verjährung enthalten. Auf der anderen Seite bleiben die Regelungen der gesetzlichen Schuldverhältnisse grundsätzlich aus dem Bereich der Erneuerung ausgenommen. Nur wenn es sich bei der Modernisierung des vertraglichen Schuldrechts als nötig erweisen sollte, auch die Regelungen der gesetzlichen Schuldverhältnisse zu verbessern, sollen insoweit kleinere Überarbeitungen hinzugefügt werden.⁶

4 MINPÔ (SAIKEN-HÔ) KAISEI KENTÔ I'INKAI [Ausschuss zur Erarbeitung eines neuen jap. ZG] (Hrsg.), *Saiken-hô kaisei no kihon hôshin* [Fundamentale Richtlinien zur Erarbeitung des jap. Schuldrechts] (Tokyo 2009) 3.

5 MINPÔ (SAIKEN-HÔ) KAISEI KENTÔ I'INKAI (Fn. 4) 3.

6 MINPÔ (SAIKEN-HÔ) KAISEI KENTÔ I'INKAI (Fn. 4) 3.

3. *Die fundamentalen Richtlinien der Erneuerung*

Der Entwurf eines ZG von 2009, den der Ausschuss der Erarbeitung eines neuen Zivilgesetzes zugrunde legen will, ist nach Artikeln geordnet, aber zurzeit noch nicht als vollständig ausgearbeiteter Entwurf eines neuen japanischen ZG vollendet. Jedoch sind in den grundlegenden Richtlinien Artikel enthalten, die fast so weit vollendet sind, dass sie in ein neues ZG eingehen könnten. Dabei handelt es sich um Regelungen, die entweder nur verbesserte Artikel des bisherigen ZG darstellen, oder um Bereiche, die im Schrifttum oder in der Rechtsprechung schon ausreichend Niederschlag gefunden haben, sodass konkrete Normen formuliert werden können. Im Übrigen enthalten die Richtlinien lediglich ein einfaches Konzept, das die Politik der Gesetzgebung nur in groben Zügen aufzeigt.

Die fortlaufenden Nummern des Entwurfs von 2009 sind in vier Teile gegliedert und jede Nummer bezeichnet Buch, Teil, Abschnitt und Artikel. Die Artikel, die mit Großbuchstaben (A, B, C) gekennzeichnet sind, enthalten nur die Leitlinien der Politik der Gesetzgebung. Es ist nicht geplant, dass sie zu gesetzlichen Artikeln werden sollen.

Die Annahme eines Vorschlages für einen Artikel erfolgt in der Vollversammlung des Ausschusses durch einen Beschluss mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der Anwesenden. Wenn die Meinungen der Mitglieder des Ausschusses nicht im Einklang und die Stimmen für und wider gleich sind, werden beide Alternativen aufgenommen. Eine Mindermeinung wird aufgenommen, wenn sie von mehr als einem Drittel der Anwesenden geteilt wird.⁷

4. *Die Organisation und die Tätigkeit des Ausschusses zur Erarbeitung eines neuen ZG*

Der Ausschuss zur Erarbeitung eines neuen ZG gliedert sich in die Vollversammlung, an der alle Mitglieder teilnehmen, die Versammlungen der fünf Abteilungen und die Versammlung des Sekretärs. Die Vollversammlung ist das Abstimmungsorgan, dessen Mitglieder die vorgeschlagenen Artikel des Entwurfs beraten und entscheiden, ob sie förmlich angenommen werden sollen.

Die Versammlungen der einzelnen Abteilungen beschäftigen sich mit dem Schreiben der Artikel des Entwurfs eines neuen ZG und der Manuskripte für die Motive dieses Entwurfs. Jede Versammlung einer Abteilung besteht aus einem Vorsitzenden, zwei Zivilrechtswissenschaftlern, einem Sekretär und einem Staatsbediensteten des Justizministeriums. Ansonsten nehmen daran vier junge Zivilrechtswissenschaftler und einige Staatsbedienstete des Justizministeriums teil.

Die Versammlung des Sekretärs beschäftigt sich mit der Anpassung und der Redaktion der Ergebnisse der Versammlungen der Abteilungen, mit der Vorbereitung der Themen, die in der Vollversammlung verhandelt werden sollen, und mit der Festsetzung

7 MINPÔ (SAIKEN-HÔ) KAISEI KENTÔ I'INKAI (Fn. 4) 3 f.

der Themen der Versammlungen der Abteilungen, wenn umstritten ist, welche Abteilung sich mit welchem Thema beschäftigen soll.

Ansonsten wurde eine Arbeitsgruppe für das Recht der Handelsgeschäfte gegründet, um diesen Themenkomplex untersuchen zu lassen. Diese Gruppe besteht aus Handelsrechtswissenschaftlern.⁸

Die Tätigkeit des Ausschusses zur Erarbeitung eines neuen ZG hat Ende März 2009 wie geplant geendet. Das Ergebnis dieser Tätigkeit des Ausschusses ist der Entwurf des neuen japanischen ZG von 2009.

III. DIE TÄTIGKEIT DER ABTEILUNG ZUR ÜBERARBEITUNG DES SCHULDRECHTS DES JAPANISCHEN JUSTIZMINISTERIUMS

Im Oktober 2009 hat die japanische Justizministerin Folgendes erklärt: „Ich denke, dass es erforderlich ist, besonders die Regeln in den Bereichen des Zivilrechts, die wie das Vertragsrecht mit dem täglichen Leben des Volkes oder der Tätigkeit der Wirtschaft in engem Zusammenhang stehen, zu verbessern. Auf Grund des Wandels der Gesellschaft und der Wirtschaft seit der Kodifikation des Zivilrechts müssen die Regeln des Schuldrechts als des fundamentalen Rechts für das Leben der Bürger modernisiert und für die Bürger noch verständlicher gemacht werden. Deswegen befürworte ich die Ausarbeitung eines entsprechenden Entwurfs.“⁹

Auf Grund dieser Rede gründete der japanische Gesetzesberatungsausschuss die Abteilung Zivilrecht (Schuldrecht). In dieser Abteilung finden seit November 2009 die Beratungen zur Verbesserung des Zivilrechts (Schuldrechts) statt.¹⁰ Am 12. April 2011 wurde entschieden, dass im Rahmen der Erneuerung des Zivilrechts eine Feststellung des erreichten Diskussionstandes in Form eines Zwischenberichtes erfolgen wird. An sich war diese Entscheidung für den 29. März 2011 geplant gewesen, wurde dann aber wegen des größten Erdbebens in der Geschichte Japans und des Tsunamis, der am 11. März 2011 die Küsten Ost-Japans heimgesucht hat, um zwei Wochen verschoben. Anschließend wurden der Zwischenbericht zur Erneuerung des Zivilrechts (Schuldrechts) und die ergänzende Erklärung zu diesem Zwischenbericht von der Abteilung Zivilrecht des japanischen Justizministeriums veröffentlicht. Die Abteilung hat die Öffentlichkeit aufgerufen, vom 1. Juni 2011 bis zum 1. August 2011 zu den Diskussionspunkten Stellung zu nehmen (*public comments*).

Warum wird ein Zwischenbericht zu den Diskussionspunkten der Neuregelung veröffentlicht? Erstens ist es erforderlich, die konkreten Themen der Erneuerung des ZG

8 MINPÔ (SAIKEN-HÔ) KAISEI KENTÔ I'INKAI (Fn. 4) 4 f.

9 SHÔJI HÔMU (Hrsg.), *Minpô (saiken kankei) no kaisei ni kansuru chûkan-teki na ronten seiri no hosoku setsumei* [Ergänzende Erläuterungen zur vorläufigen Systematisierung der Streitpunkte zur Reform des jap. Zivilrechts (des Schuldrechts)] (Tokyo 2011) 2.

10 Vgl. auch T. SUZU (Fn. 2) 252.

zu bestätigen, um die Themen unter allen Mitgliedern auf gleichem Stand zu halten und die zukünftigen Arbeiten der Abteilung zu planen. Denn der Gegenstand der Untersuchungen der Abteilung des Zivilrechts ist sehr weit gefasst und die Diskussionspunkte sind dementsprechend weit gestreut. Zweitens ist es erforderlich, nicht nur für die Abteilung des Zivilrechts, sondern auch über deren Versammlung hinaus, die Problemstellung auf gleichem Stand zu halten und über jedes Thema zu beraten, weil die Regeln des Zivilrechts (Schuldrechts) mit dem täglichen Leben und der Bewegung der Wirtschaft in engem Zusammenhang stehen.¹¹

In der Abteilung Zivilrecht (Schuldrecht) werden auch die Untersuchungen praktisch in einem Prozess von Fragen und Antworten durchgeführt. Bisher wurden folgende Themen in dieser Weise behandelt:

- die Beschaffung des Kapitals durch die Mietzinsforderung des Grundstücks;
- die besondere Vereinbarung eines Übertragungsverbots für eine Forderung;
- die Allgemeinen Geschäftsbedingungen;
- die Bürgschaft für die Mietzinsschuld bei der Wohnraummiete.

Die jeweiligen Prüfungsergebnisse sind auf der Homepage des japanischen Justizministeriums veröffentlicht.¹²

IV. DER GEGENENTWURF VON *MASANOBU KATÔ*

1. *Die Kritik von Masanobu Katô am Entwurf von 2009*

Masanobu Katô, der auch Mitglied des Ausschusses für die Erarbeitung eines neuen japanischen Zivilrechts war, hat gegen den Standpunkt der Abteilung Zivilrecht des japanischen Justizministeriums opponiert. Seiner Meinung nach will sie das gemischte System der EU-Länder, das heißt ein gemischtes System aus anglo-amerikanischem Recht (Fallrecht) und kontinentaleuropäischem Recht (knappes, positives Gesetzesrecht), in Japan einführen, obwohl dieses gemischte Rechtssystem selbst in Europa nicht positiv bewertet wird. Er befürchtet, dass sich die Qualität des japanischen Zivilrechts möglicherweise verschlechtern wird, wenn das gemischte Rechtssystem nur deswegen in Japan eingeführt wird, weil es in Europa mittlerweile so existiert. Er sieht keine Notwendigkeit, das japanische traditionelle Recht mit dem anglo-amerikanischen Recht zu vermischen und so das japanische Zivilrecht schwerer verständlich zu machen. Er vertritt sogar die Ansicht, dass in der Versammlung der Abteilung Zivilrecht des Justizministeriums die Zahl der Mitglieder (unter anderem Rechtsanwälte und Geschäftsleute), die gegen ein solches gemischtes Rechtssystem opponieren wollten, von Anfang an

11 SHÔJI HÔMU (Fn. 9) 2 f.

12 SHÔJI HÔMU (Fn. 9) 4.

unter einem Viertel gehalten worden ist. Im Folgenden möchte ich den wesentlichen Inhalt seiner Meinung wiedergeben:¹³

Im November 2009 sagte der Sekretär der Abteilung Zivilrecht des japanischen Justizministeriums, dass der Entwurf des japanischen ZG von 2009 (also genauer die fundamentalen Richtlinien zur Erneuerung des ZG), der vom Ausschuss für die Erarbeitung eines neuen ZG vorgelegt wurde, nur als Vorschlag für ein neues Zivilgesetz zu sehen sei, weswegen wir die Diskussion über die künftigen schuldrechtlichen Regeln neu anfangen könnten. Dagegen erhoben einige Zivilrechtswissenschaftler und Praktiker Einwände, weil viele Mitglieder des Ausschusses für die Erarbeitung eines neuen ZG auch Mitglieder des 2009 vom Justizministerium neu gegründeten Ausschusses seien und weil die dem neu einberufenen Ausschuss mitgegebenen Materialien auch die fundamentalen Regeln und Motive für die Gesetzgebung des Entwurfs von 2009 umfassten.¹⁴

Als eines der wichtigsten Themen der Erneuerung der Regeln des ZG wird von *Katô* der Schadensersatzanspruch infolge Nichterfüllung herausgegriffen. Art. 415 S. 1 des geltenden ZG schreibt vor, dass der Gläubiger Ersatz des Schadens beanspruchen kann, der durch die Nichterfüllung (einschließlich der verspäteten Erfüllung) entsteht, wenn der Schuldner die Verpflichtungen ihrem wesentlichen Inhalt nach nicht erfüllt. Das Gleiche gilt gemäß Art. 415 S. 2 ZG, wenn die Leistung auf Grund eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich wird. Man hat Art. 415 ZG so verstanden, dass beiden Sätzen das Verschuldensprinzip (vgl. § 276 Abs. 1 deutsches BGB) zugrunde liegt. Aber die Sekretäre der Abteilung Zivilrecht des japanischen Justizministeriums wollen Art. 415 ZG verändern und statt des Verschuldensprinzips im Bereich der Nichterfüllung das anglo-amerikanische Prinzip der strikten Haftung einführen. Sie vertreten die Ansicht, dass das Verschuldensprinzip unter dem Prinzip der Privatautonomie nicht gelten könne. Die Privatautonomie setze die Freiheit der Handlung des Menschen voraus. Die Beteiligten, die den Vertrag durch eine freie Handlung und nach ihrem Willen abgeschlossen hätten, seien schon deshalb an den Inhalt des Vertrages gebunden. Außerdem habe das Verschuldensprinzip im Bereich der Nichterfüllung keine angemessene Anwendungsfunktion. Aus diesen Gründen sollte eine Befreiung von der Vertragshaftung nur dann vorgesehen werden, wenn die Nichterfüllung auf Umständen beruht, für die der Vertragspartner keine vertragliche Einstandspflicht übernommen habe. *Katô* kritisiert, dass die Sekretäre der Abteilung Zivilrecht des japanischen Justizministeriums ohne überzeugende Gründe entgegen dem Verschuldensprinzip absichtlich die anglo-amerikanische Lehre vom *breach of contract* bevorzugten.¹⁵

Die Diskussion über dieses Thema bei der Versammlung der Abteilung Zivilrecht war sehr kontrovers. Insbesondere Mitglieder aus dem Kreise der Anwaltschaft und aus dem Kreise der Geschäftsleute plädierten für die Aufrechterhaltung des Verschuldens-

13 Vgl. auch T. SUIZU (Fn. 2) 253 ff.

14 M. KATÔ, *Minpô (saikenhō) kaisei: minpō-ten wa doko ni iku no ka* [Die Erneuerung des Zivilrechts (Schuldrechts) – Wohin geht das Zivilrecht?] (Tokyo 2011) 5 ff.

15 KATÔ (Fn. 14) 15-16.

prinzips, weil das Kriterium des Verschuldens des Schuldners von den Gerichten über 100 Jahre lang angewendet worden sei und weil möglicherweise Verwirrung verursacht werde, wenn jetzt ein neues Kriterium eingeführt werde. Einige Handelsrechtswissenschaftler haben zudem darauf hingewiesen, dass die Haftung des Schuldners im Rahmen der Handelsgeschäfte (also des Frachtführers, Spediteurs usw.) Verschulden voraussetze (Artt. 560, 577 und 590 des Handelsgesetzes¹⁶) und dass das Zivilrecht mit dem Handelsrecht in Übereinstimmung bleiben solle. Dennoch wurde schließlich der Vorschlag der Sekretäre der Abteilung Zivilrecht als Grundlage der künftigen Diskussion angenommen. *Katô* berichtet, dass nicht nur hinsichtlich der Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches bei Nichterfüllung, sondern auch bei anderen Regeln und Diskussionspunkten die Vorschläge der Abteilung Zivilrecht des japanischen Justizministeriums und damit der Entwurf zur Erarbeitung eines neuen ZG von 2009 als Grundlage der künftigen Diskussion gewählt worden seien.¹⁷

2. Die europäische Entwicklung und das japanische Schuldrecht

Zurzeit gibt es zwei Entwürfe eines neuen japanischen Schuldrechts: Den Entwurf des Ausschusses für die Erarbeitung eines neuen ZG von 2009 des japanischen Justizministeriums und den Entwurf des Volkes, der Juristen und Rechtsgelehrten für das neue japanische Zivilrecht, der ebenfalls von 2009 stammt und der auf *Masanobu Katô* zurückgeht. Der Entwurf des japanischen Justizministeriums wurde schon oben dargestellt. Im Entwurf von *Katô* sind, anders als im Entwurf des Justizministeriums, keine fundamentalen und grundlegenden Erneuerungen des japanischen Zivilrechts geplant. Das die gegenwärtige Gesetzesstruktur prägende Pandektensystem und die bisherige Reihenfolge der Artikel sollen vielmehr beibehalten und nur teilweise konkrete Bestimmungen der jeweiligen Paragraphen erneuert bzw. modernisiert werden. Das heißt, *Katô* plant, die Kontinuität von bisherigem und neuem Schuldrecht aufrechtzuerhalten. Warum will der Entwurf des japanischen Justizministeriums das bisherige japanische Schuldrecht dagegen in großem Umfang verändern? Im Allgemeinen sagt man, dass auch das japanische Schuldrecht mit dem internationalen Strom schwimmen soll. Nach *Katô* umfasst der internationale Strom der Gesetzgebung im Bereich des Schuldrechts das CISG (Wiener Kaufrecht)¹⁸, die PECL¹⁹ und andere mehr.

Nach dem Entwurf des Justizministeriums kann der Gläubiger vom Schuldner Ersatz des Schadens beanspruchen, der infolge einer Nichterfüllung entstanden ist [Art. 3.1.1.62].

¹⁶ *Shôhô*, Gesetz Nr. 48/1899 i.d.F. des Gesetzes Nr. 57/2008; dt. Übers.: O. KLIESOW / U. EISELE / M. BÄLZ, Das japanische Handelsgesetz (Köln 2002).

¹⁷ KATÔ (Fn. 14) 17 ff.

¹⁸ Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980, BGBl. 1989 II, S. 586.

¹⁹ Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, abrufbar unter http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/, zuletzt aufgerufen am 10. April 2013.

Der Schuldner haftet aber nicht, wenn die Nichterfüllung auf einem Umstand beruht, für den er im Vertrag keine Verantwortlichkeit übernommen hat [Art. 3.1.1.63 Abs. 1]. Und er haftet ebenfalls nicht, wenn er die Einrede des nichterfüllten Vertrages gem. Art. 3.1.1.54 (Prinzip der Zug-um-Zug-Erfüllung) oder die Unsicherheitseinrede des Art. 3.1.1.55 erheben kann [Art. 3.1.1.63 Abs. 2].

Nach dem Entwurf von *Katô* kann der Gläubiger dagegen Schadensersatz beanspruchen, wenn der Schuldner die Leistung im Wesentlichen nicht erbringt, es sei denn, dass die Nichterfüllung oder die Schlechtleistung nicht auf dem Verschulden des Schuldners beruht (Art. 342). Nach *Katô* sind nur die Rechtswissenschaftler, die in der Rechtsvergleichung mit dem internationalen Strom schwimmen wollen, für eine grundlegende Erneuerung der Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches bei Nichterfüllung, obwohl es in der Praxis kein Erfordernis für eine solche Neuerung gebe. Art. 342 des Entwurfs von *Katô* hält den bisherigen Artikel des ZG über die Nichterfüllung aufrecht, nimmt dabei gleichzeitig jedoch auf Schrifttum und Rechtsprechung Rücksicht. Daher wird klargestellt, dass das Fehlen des Verschuldens eine Einrede begründet, weil es auch Typen der Verantwortlichkeit gibt, bei denen es auf ein Verschulden nicht ankommt, wie zum Beispiel die Verantwortlichkeit wegen der Übernahme einer Garantie für einen Erfolg.²⁰

Der Eindruck ist weit verbreitet, dass die Erneuerung des japanischen Schuldrechts diesmal nicht nach Maßgabe der Erfordernisse der Praxis und der gesellschaftlichen Umstände des japanischen Volkes, sondern wegen des rechtswissenschaftlichen Interesses an der rechtsvergleichenden Angleichung des japanischen Schuldrechts an das neue europäische und das anglo-amerikanische Schuldrecht erfolgen soll. Derzeit erfolgt in Europa eine Angleichung des Schuldrechts. Auch für Japan wird erwartet, dass die Modernisierung und Erneuerung des Schuldrechts Züge des neuen Schuldrechts der europäischen Staaten zeigen wird.

Nach *Katô* muss gefragt werden, warum diese Rechtsveränderungen neuerdings in Europa erfolgen. Die Tendenz zur Erneuerung des Schuldrechts in Europa sei nicht von allein entstanden, sondern die europäische Einigung habe auch eine Erneuerung des europäischen Schuldrechts erfordert. Bei der deutschen Modernisierung des Schuldrechts im Jahre 2001 habe die damalige deutsche Justizministerin den Schwerpunkt auf das Recht der Leistungsstörungen gelegt, weil es beim grenzüberschreitenden Handel in der Regel auf die Schadensersatzhaftung des Verkäufers, die Haftung des Verkäufers infolge Sachmangels und die Gefahrtragung (auch für die Gegenleistung) ankomme, wenn eine Partei gar nicht oder schlecht leiste. Wenn die Regeln für Leistungshindernisse in den europäischen Ländern nicht einheitlich sind, kommen die Teilnehmer am Handelsverkehr in Schwierigkeiten. Der EU gehören Länder wie England an, wo das *Common-law*-System herrscht, und Länder wie Deutschland und Frankreich, wo das kontinentaleuropäische Recht herrscht. Deshalb bemühen sich europäische Länder wie

20 KATÔ (Fn. 14) 32 ff.

Deutschland um Angleichung der schuldrechtlichen Regeln, obwohl es einleuchtet, dass dies nicht leicht zu verwirklichen sein wird.

Auch in Japan haben der Ausschuss zur Erarbeitung eines neuen japanischen Schuldrechts und die Versammlung der Abteilung Schuldrecht des Justizministeriums den Schwerpunkt der Erneuerung auf das Recht der Leistungsstörungen und auf den Rücktritt vom Vertrag gelegt, obwohl es darauf zurzeit in Japan nicht ankommt. *Katô* kritisiert, dass die Versammlung der Abteilung Schuldrecht den Unterschied der gesellschaftlichen Umstände in Japan und Europa nicht richtig verstanden habe, und dass sie unter dem Einfluss der europäischen Rechtswandlung eine leichtsinnige Auffassung von der Angleichung an die internationale Tendenzen habe, obwohl diese Auffassung die bisherige Entwicklung und die Kontinuität der Rechtsprechung außer Acht lasse. Wenn sich im Zuge der Erneuerung des japanischen Schuldrechts Probleme für die inländische Praxis im Bereich der Leistungsstörungen zeigten, müssten sie verbessert werden. Aber in diesem Bereich habe es bisher keine Hinweise auf Problemlagen in Japan gegeben.²¹

Nach den Materialien der Abteilung Zivilrecht des japanischen Justizministeriums sind für die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung und wegen Schlechtleistung zwei Positionen zu unterscheiden:

- (a) Das Verschuldensprinzip wird aufrechterhalten.
- (b) Der Grund des Schadensersatzanspruches wird nicht im Verschuldensprinzip, sondern in der Bindungskraft des Vertrages und damit darin gefunden, dass der Schuldner den Vertrag seinem Willen gemäß abgeschlossen hat.

Nach der Abteilung Zivilrecht des japanischen Justizministeriums wird im Wiener Kaufrecht, in den PECL sowie den UNIDROIT-Prinzipien²² der Position (b) gefolgt. Der Vorschlag an die Versammlung der Abteilung Zivilrecht des Justizministeriums, wonach als Befreiungsgrund für den Schuldner nur anerkannt wird, dass er im Vertrag für die Ursache der Leistungsstörung keine Haftung übernommen hat, folge der Position (b).

Dagegen wenden einige Rechtswissenschaftler wie etwa *Kazuaki Sono* ein, dass man die Regeln des Wiener Kaufrechts, der PECL und der UNIDROIT-Prinzipien als indirekte Darstellungen des Verschuldensprinzips verstehen könne. Daraus folge, dass die Haltung der Abteilung Zivilrecht des Justizministeriums nicht dem modernen europäischen Schuldrecht folge, sondern vielmehr den anglo-amerikanischen Regeln des *breach of contract*. Es sei leicht zu verstehen, dass die Formulierungen, wonach „die Nichterfüllung auf einem außerhalb ihres Einflusses liegenden Hinderungsgrund beruht“ und dessen Überwindung „vernünftigerweise nicht erwartet werden konnte“, wie sie sich in den Regelungen des Wiener Kaufrechts (Art. 79 Abs. 1) und der PECL (Art. 8:108 Abs. 1) fänden, Elemente der Fahrlässigkeit enthielten, obwohl diese neuen europäi-

²¹ KATÔ (Fn. 14) 81 ff.

²² UNIDROIT Grundregeln der internationalen Handelsverträge, abrufbar unter <http://www.unidroit.org/german/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf>, zuletzt aufgerufen am 10. April 2013.

schen oder internationalen Regeln als Kompromiss zwischen dem anglo-amerikanischen Recht angelegt seien.²³

Die Abteilung Zivilrecht des Justizministeriums will eindeutig auf das Verschuldensprinzip verzichten und die anglo-amerikanische strikte Haftung im Bereich der Vertragshaftung einführen. Darin liegt eine Wendung weg vom kontinentaleuropäischen und hin zum anglo-amerikanischen Rechtssystem. Die Abteilung Zivilrecht bezweckt den Übergang vom bisherigen kontinentaleuropäisch, namentlich deutsch geprägten und damit transparenten japanischen ZG zu komplexen gemischten Rechtsregeln, obwohl es kein Bedürfnis für einen Import des anglo-amerikanischen Rechtssystems oder eine Marktvereinigung mit anglo-amerikanischen Ländern gibt. Man kann sagen, dass das Justizministerium die über 100-jährige Erfahrung seit Verkündung des Zivilgesetzes und das bis heute gut funktionierende Rechtssystem aufgeben will, obwohl das nicht nötig ist. Das bedeutet möglicherweise eine Verschlechterung der Qualität des ZG.

Der Ausschuss zur Erarbeitung eines neuen ZG und die Abteilung Zivilrecht des Justizministeriums wollen auf die Unterscheidung von allgemeinem Schuldrecht und allgemeinem Vertragsrecht verzichten und beides vereinigen. *Katô* sagt, dass deswegen der Befreiungsgrund für den Schuldner vom Schadensersatz, dass er eine Haftung für den der Leistungsstörung zugrunde liegenden Umstand im Vertrag nicht übernommen habe, im Bereich der gesetzlichen Schuldverhältnisse nicht angewandt werden könne. Denn bei ungerechtfertigter Bereicherung, Geschäftsführung ohne Auftrag und unerlaubter Handlung gebe es keinen Raum für die Prüfung, ob der Schuldner eine vertragliche Verpflichtung übernommen habe oder nicht. Der Vorschlag der Abteilung Zivilrecht des japanischen Justizministeriums müsse überdacht werden, wenn man das ganze System des Schuldrechts überblicke.²⁴

3. Wird das Pandektensystem erhalten oder nicht?

In der Versammlung für die Erneuerung des japanischen Schuldrechts wird auch diskutiert, ob die Regelungen der Rechtsgeschäfte in das dritte Buch (Schuldrecht) verlagert werden sollen und ob die Regelungen der derzeit sowohl erlöschenden wie erwerbenden Verjährung in Forderungsverjährung und Ersitzung aufgeteilt werden und erstere dem Buch Schuldrecht, letztere dem Buch Sachenrecht angehören sollen. Diese wichtigen Vorschläge wurden von der Abteilung der Sekretäre des japanischen Justizministeriums den Ausschussmitgliedern nicht von Anfang an, sondern erst im Dezember 2008 mitgeteilt. Natürlich wurde darüber in der Versammlung hitzig diskutiert. Über den neuen Vorschlag, insbesondere über die Verlagerung der Regeln der Rechtsgeschäfte in das Buch Schuldrecht, wurde durch Abstimmung entschieden. Für die Verlagerung stimm-

23 Vgl. K. SONO/M. YAMATE, *Kokusai baibai-hô* [Internationales Kaufrecht] (Tokyo 1993) 265; O. LANDO/H. BEALE, *Principles of European Contract Law, Parts I and II* (London 2000) 380.

24 KATÔ (Fn. 14) 127 ff.

ten 12, für Beibehaltung der Regeln im Allgemeinen Teil stimmten 13 Mitglieder. Seit-her ist festgestellt, dass die weitere Diskussion der Versammlung des Ausschusses zur Erneuerung des Schuldrechts auf der Grundlage erfolgen soll, dass die Rechtsgeschäftslehre dem Allgemeinen Teil zugeordnet bleibt. Aber es heißt, dass der Vorschlag der Abteilung der Sekretäre des Justizministeriums neu eingebracht werden soll, weil sie annehmen, dass der Ausschuss zur Erarbeitung eines neuen Schuldrechts (von 2006 bis 2009) und der Ausschuss der Abteilung Zivilrecht des Justizministeriums für das neue Schuldrecht (seit 2009) eine völlig andere Qualität hätten. Letztere sei eine Organisation, deren Gründung auf das Justizministerium zurückgehe, während erstere ein rein privater Zusammenschluss von Rechtswissenschaftlern gewesen sei.²⁵

V. DER EINFLUSS DES TPP-ÜBEREINKOMMENS AUF DIE JAPANISCHE ZIVILRECHTSKODIFIKATION

Die Abteilung des Justizministeriums hatte von Anfang an den festen Willen, vom bisherigen kontinentaleuropäischen Zivilrecht (Pandektensystem) abzurücken und sich dem anglo-amerikanischen *business law* zuzuwenden. Auch in Japan vergrößert sich daneben die Zahl der Praktiker und Rechtswissenschaftler, die überwiegend anglo-amerikanische Lehrbücher und Fallsammlungen lesen und zu Forschungsaufenthalten in die USA gehen. Dazu gehört vor allem die Gruppe der Praktiker und Rechtsanwälte, die sich mit anglo-amerikanischem Recht befassen (die Gesellschaft für Business Law, die Gesellschaft für Bankrecht, die Gesellschaft für Trusts und weitere). Im November 2011 hat die japanische Regierung erklärt, dass Japan mit anderen Ländern, besonders den USA, die Diskussion darüber, ob Japan am TPP-Übereinkommen (*Trans-Pacific Partnership*) teilnimmt oder nicht, begonnen habe. Diese Erklärung richtet sich aber gewissermaßen nur an das japanische Volk. Denn die US-amerikanische Regierung vertritt den Standpunkt, dass die japanische Regierung die Teilnahme am TPP-Übereinkommen bereits völkerrechtlich bindend versprochen hat. Wenn Japan daran teilnimmt, dürfen japanische Geschäftsleute oder Firmen mit den Geschäftsleuten oder Firmen der anderen Länder am Pazifischen Ozean nicht nur Waren, sondern auch Dienstleistungen frei handeln.

Dafür ist es besser, dass in diesen Ländern das gleiche vertragsrechtliche Rechtssystem eingeführt wird. Das heißt, für ein erfolgreiches TPP-Übereinkommen ist die Angleichung des vertragsrechtlichen Rechtssystems erforderlich. Die USA, Kanada, Neuseeland, Australien, Malaysia, die Philippinen und Singapur gehören aber den Ländern an, die das anglo-amerikanische Rechtssystem haben. Die japanische Regierung, das japanische Justizministerium und der Verband der japanischen Unternehmer wollen aus der Vergrößerung des Handels mit diesen Ländern Vorteile für die Firmen ziehen und den Wohlstand des Volkes mehren. Nach ihrer Meinung ist es für dieses Ziel besser,

25 KATÔ (Fn. 14) 212 ff.

das anglo-amerikanische Rechtssystem, insbesondere das anglo-amerikanische Vertragsrechtssystem in Japan einzuführen.

Aber ich denke, dass die Ergebnisse dieser Denkweise für das japanische Volk gefährlich werden könnten. Nach dem TPP-Übereinkommen dürfen alle Waren sowie Dienstleistungen unter den TPP-Ländern frei gehandelt werden. Dann dürfen auch in Japan ausländische Geschäftsleute oder Firmen mit Japanern uneingeschränkt Geschäfte durchführen. Erfasst sind alle Geschäfte, z.B. rechtliche, ökonomische, versichernde, finanzielle, soziale und medizinische Dienstleistungen. Deswegen werden nicht nur ausländische Produkte und Nahrungsmittel nach Japan zollfrei importiert. Wenn Probleme auftauchen, werden sie nach dem anglo-amerikanischen Rechtssystem gelöst. Dabei ist es möglich, dass japanische Bürger, die das anglo-amerikanische Rechtssystem nicht kennenlernen, unerwartet Schaden nehmen.

Darüber hinaus ist zu betonen, dass das anglo-amerikanische Vertragsrechtssystem den schwächeren Vertragsparteien gegenüber strenger ist, weil es die Bindungskraft des Vertrags als Anwendungsvoraussetzung für die Schadensersatzhaftung einer Vertragspartei erachtet. Dieser Haftungsmaßstab beherrscht alle Verträge, z.B. Verträge der rechtlichen Dienste, Arbeitsverträge, Konsumentenverträge, Mietverträge. Deswegen kann den strukturell schwächeren Schuldner in diesen Verträgen unerwartet eine strengere Haftung als bisher treffen. Wie hoch die Schadensersatzhaftung dieser Schuldner gegenüber den Gläubigern sein wird, hängt nach dem anglo-amerikanischen Vertragsrechtssystem vom Vertragsinhalt ab, der von den Vertragsparteien beim Vertragsabschluss bestimmt wird. Deswegen begrenzen nach der anglo-amerikanischen Vertragsrechtslehre grundsätzlich nur die Regeln über unfaire Geschäftsbedingungen den Missbrauch der überlegenen Stellung der stärkeren Vertragsparteien.

Demgegenüber halten das deutsche BGB und das jetzige japanische ZG nach wie vor das Verschulden des Schuldners als Maßstab zur Begrenzung der Haftung aufrecht, was auch der schwächeren Vertragspartei zugute kommt. Der Begriff des Verschuldens des Schuldners erleichtert nicht nur dessen Haftung, sondern reichert auch im Allgemeinen das Vertragsrechtssystem mit dem Faktor der Moral an, weil der Begriff des Verschuldens darauf rekurriert, dass der Schuldner ein – fehlbares – menschliches Wesen ist. Auf dieser Grundidee aufbauend wird etwa auch im Bereich des Arbeitsrechts ein Arbeiter nicht allein als eine bloße Arbeitskraft, sondern ebenfalls als menschliches Wesen erachtet. Nach dieser Meinung wird die im Schuldrecht allgemein angelegte personale Komponente im Arbeitsrecht verstärkt und man kann in weiterer Konsequenz leichter Nebenpflichten des Arbeitgebers für die Gesundheit oder die Sicherheit der Arbeiter begründen. Vor diesem Hintergrund möchte ich es positiv bewerten, dass das Verschulden als eine Anwendungsvoraussetzung der Schadensersatzhaftung im neuen deutschen BGB (§ 276) aufrechterhalten wurde.

Die Teilnehmer der Verhandlungen über das TPP-Übereinkommen hatten den endgültigen Abschluss eigentlich für das Jahr 2012 geplant. Aber noch sind die Einzelheiten des TPP-Übereinkommens zwischen den Ländern nicht geklärt. Offen ist namentlich,

welche Waren oder Dienstleistungen und auch in welchem Umfang diese vom freien Handel ausgenommen werden, und ob und in welchem Umfang eine zeitliche Begrenzung des freien Handels für alle Waren oder Dienstleistungen eingeführt wird. Diese Probleme werden von nun an diskutiert werden. Ansonsten gibt es in Asien auch das APT-Übereinkommen (ASEAN Plus Three), das neben den ASEAN-Staaten (Thailand, Indonesien, Malaysia, Singapur, die Philippinen, Brunei, Vietnam, Myanmar, Laos und Kambodscha) auch China, Korea und Japan umfasst. Japan muss auch mit diesen Ländern in Asien die Handelsbeziehungen festigen. Deswegen ist es zurzeit schwierig zu sagen, ob und inwieweit Japan künftig am TPP-Übereinkommen teilnehmen und ob dafür in Japan das anglo-amerikanische Vertragsrechtssystem eingeführt werden wird. Immerhin lässt sich festhalten, dass das japanische Justizministerium und der japanische Verband der Unternehmer zurzeit den festen Willen haben, das Verschulden des Schuldners als eine Anwendungsvoraussetzung des Schadensersatzanspruchs abzuschaffen.

VI. AUSBLICK

Die Abteilung Schuldrecht des japanischen Justizministeriums hatte anfangs geplant, im April 2011 einen Zwischenbericht zu den Diskussionspunkten zu erstellen und den Prozess der öffentlichen Anfragen und Antworten (*public comments*) zu führen. Aber wegen des größten Erdbebens in der Geschichte Japans und des Tsunamis in Ost-Japan haben sich diese Prozesse verzögert. Der Zwischenbericht wurde erst im Juni 2011 veröffentlicht und der inzwischen abgeschlossene Prozess der öffentlichen Anfragen und Antworten (*public comments*) hat im Juni und Juli 2011 stattgefunden. Jetzt beschäftigt sich die Abteilung mit der Zusammenfassung der Ergebnisse und der Ausarbeitung einer Regelung. Aber es ist fraglich, ob ein nur einmaliger Prozess der *public comments* für die Erneuerung des Zivilrechts ausreichend ist.

Der Zwischenbericht der Diskussionspunkte des japanischen Zivilrechts ist schon von einem japanischen Verlag veröffentlicht worden. Aber es ist nicht klar, welche Regelungen die Abteilung Zivilrecht des Justizministeriums vorgeben will, weil bei allen Diskussionspunkten steht: „Noch zu diskutieren?“, obwohl die Regeln, die der Ausschuss für das neue japanische Zivilrecht vorgelegt hat, in jedem Diskussionspunkt konkret dargestellt sind. Insgesamt 560 bis 570 Diskussionspunkte wurden von der Abteilung der Sekretäre des japanischen Justizministeriums ausgewählt und zu jedem Diskussionspunkt werden die neuen Anträge und Meinungen der Teilnehmer des Ausschusses dargestellt und die Worte „Noch zu diskutieren?“ hinzugefügt. Deswegen kann die Abteilung der Sekretäre des Justizministeriums von nun an mit Rücksicht auf die Antworten der Gruppen, Organisationen oder Menschen frei entscheiden und damit einen Entwurf für ein neues japanisches Zivilrecht nach ihrem Gutdünken abfassen.

Bis jetzt haben nicht nur die Rechtsanwaltsvereinigungen von Osaka, Tokyo und Fukuoka, sondern auch der Verband der japanischen Banken, der Verband der japa-

nischen Unternehmer, der Verband der japanischen Lebens- und Schadensversicherer, der Verband der japanischen Kreditgeber, die Organisation der Rückversicherer in Japan und die Organisation der Firmensanierer in Japan zu allen Diskussionspunkten ihre Meinungen und Antworten veröffentlicht.²⁶ Fast alle diese Meinungen und Antworten wurden im Prozess der *public comments* kundgegeben. Diese Verbände oder Vereine treten dafür ein, dass der Verbraucherbegriff in das ZG nicht aufgenommen werden soll. Das traditionelle System des Zivilrechts, das die Parität der Bürger voraussetzt, soll erhalten werden, die Einschränkung der unangemessenen Klauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen soll nicht erweitert oder in das ZG integriert werden und die Regeln über Erklärungsspflichten, Informationspflichten und Falschangaben (*misrepresentation*) sollen ebenfalls nicht erweitert und nicht in das ZG aufgenommen werden.

Demgegenüber betonen die genannten Rechtsanwaltsvereinigungen die Unterschiede zwischen den Bürgern. Die Rechtsanwaltsvereinigung von Tokyo unterstützt darüber hinaus die Lehre von *Masanobu Katô* zum Problem der Schadensersatzhaftung des Schuldners (Verschuldensprinzip),²⁷ während die Rechtsanwaltsvereinigung von Osaka die gegenteilige Lehre vertritt, indem sie für die Abschaffung der Haftung für Verschulden eintritt und als Grund der Schadensersatzhaftung die Vertragsbindung fordert. Dennoch soll aber substantiell der gleiche Maßstab wie der des Verschuldensprinzips, der sich bisher in der Lehre und Praxis entwickelt hat, erhalten bleiben.²⁸ Diese Rechtsanwaltsvereinigungen unterstützen ansonsten die Erweiterung der Regeln gegen unangemessene allgemeine Geschäftsbedingungen sowie deren Aufnahme in das ZG.²⁹ Es steht zu hoffen, dass auch die Ansichten der Rechtsanwaltsvereinigungen im weiteren Reformprozess angemessen berücksichtigt werden.

26 ÔSAKA BENGOSHI-KAI [Rechtsanwaltsvereinigung Osaka] (Hrsg.), *Minpô (saiken-hô) kaisei no ronten to jitsumu* [Die Diskussionspunkte der Zivilrechts- (Schuldrechts-)erneuerung und die Praxis] (Tokyo 2011) 2 Bde.; TÔKYÔ BENGOSHI-KAI [Rechtsanwaltsvereinigung Tokyo] (Hrsg.), *Minpô (saiken kankei) no kaisei ni kansuru chûkan-teki na ronten seiri ni taisuru iken-sho* [Stellungnahme zur vorläufigen Systematisierung der Streitpunkte zur Reform des Zivilrechts (des Schuldrechts)] (Tokyo 2011), (Japan) Banking Law Journal, 1932 (2011) 53 f.

27 T. KODAMA, Die Meinungen der Rechtsanwaltsvereinigung von Tokyo über die Zwischenregelung der Diskussion über die Erneuerung des jap. Zivilrechts, (Japan) Banking Law Journal 1932 (2011) 103-104; vgl. auch FUKUOKA-KEN BENGOSHI-KAI [Rechtsanwaltsvereinigung Fukuoka] (Hrsg.), *Hanrei to jitsumu kara mita minpô (saiken-hô) kaisei e no tei'an* [Ein Vorschlag für die Erneuerung des Zivilrechts (Schuldrechts) aus dem Blickwinkel von Rechtsprechung und Praxis], (Tokyo 2011) 23 (mit Ausnahme von Parteivereinbarungen über den Haftungsausschluss).

28 ÔSAKA BENGOSHI-KAI [Rechtsanwaltsvereinigung Osaka], Die Auffassung der Rechtsanwaltsvereinigung Osaka über die Zwischenregelung der Diskussion über die Erneuerung des Zivilrechts, (Japan) Banking Law Journal, 1932 (2011) 110 f.

29 T. KODAMA (Fn. 27) 107; ÔSAKA BENGOSHI-KAI (Fn. 28) 119 f.; FUKUOKA-KEN BENGOSHI-KAI (Fn. 27) 426 f.

Der Einfluss europarechtlicher Entwicklungen auf das japanische Verbraucherrecht

Kunihiro Nakata *, **

- I. Vorbemerkung
- II. Verbraucherprobleme in Japan
 - 1. Die Verbraucherproblematik in Japan vor Kodifikation der Verbrauchergesetze
 - 2. Die Entstehung des Verbraucherschutzgrundgesetzes
 - 3. Das Verbraucherrecht – Wandel der Verbraucherpolitik und Reaktion auf die Veränderung typischer Verbraucherschäden
- III. Die Entwicklung des Verbraucherrechts in Europa
 - 1. Die Entwicklung des EU-Rechts
 - 2. Das Programm zum Verbraucherschutz
 - 3. Die Intensivierung der Verbraucherpolitik
- IV. Der Einfluss des europäischen Rechts auf das japanische Verbraucherrecht
 - 1. Die Richtlinie zu missbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen und das deutsche AGB-Recht
 - 2. Das CISG
 - 3. Das europäische Privat- und Vertragsrecht, der DCFR
- V. Fazit
 - 1. Die Bedeutung rechtsvergleichender Forschung und das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht
 - 2. Die von Japan zu erfüllende Rolle – Deutschland und Japan

I. VORBEMERKUNG

Mit diesem Symposium feiern wir den 150. Jahrestag des deutsch-japanischen Austausches und ich möchte mich zunächst für die große Ehre bedanken, heute vor Ihnen sprechen zu können. Bei dieser Gelegenheit möchte ich mich auch bei all denjenigen, die mir geholfen und mir die Gelegenheit zu diesem Vortrag gegeben haben, von ganzem Herzen bedanken. Da die Zeit allerdings drängt, möchte ich nun direkt in das Thema einsteigen.

* Professor für Zivilrecht an der Ryukoku Universität (Law School), Kyoto.

** Um Fußnoten erweitere deutsche Fassung des Vortrages des Verfassers. Die Vortragsform ist beibehalten. Der Verfasser dankt Herrn *Maximilian Lentz* für die sprachliche Unterstützung bei Erstellung der deutschen Fassung.

Das heutige Thema ist der Einfluss europarechtlicher Entwicklungen auf das japanische Verbraucherrecht. Hierbei ist es nötig, zunächst zu betrachten, welche europarechtlichen Entwicklungen in Japan aufgenommen wurden und welche nicht. Auf dieser Basis soll festgestellt werden, was dort in welcher Form geschaffen wurde und noch geschaffen werden wird. Beim heutigen Vortrag wird es aus zeitlichen Gründen hingegen nicht möglich sein, auf diese Einteilung in allen Einzelheiten einzugehen. Daher möchte ich nur die großen Strömungen aufgreifen.

Bei dieser Gelegenheit möchte ich Ihre Aufmerksamkeit auf den folgenden Punkt lenken: Wir leben in einer globalisierten Wirtschaftsgesellschaft, aber gleichzeitig bestehen eigene Gesellschaftsstrukturen fort. Demzufolge gibt es auch im japanischen Verbraucherrecht einen Teil, der durch das Vorbild der globalisierten Wirtschaftsgesellschaft determiniert ist, sowie einen anderen Teil mit Regelungen, welche die für die einzelnen Staaten, hier Japan, typische Lebensmuster widerspiegeln. In diesem Vortrag richte ich den Fokus auf die gemeinsame Entwicklungen der Globalisierung.

Das japanische Verbraucherrecht weist zudem die Besonderheit auf, im Hinblick auf die politischen Ziele der Deregulierung, Verwaltungs- sowie Justizreformen einem großen Einfluss der Politik ausgesetzt zu sein. Dieses Thema soll jedoch nicht ausführlich analysiert werden.

Bei der Analyse des Verbraucherrechts kann man die folgenden zwei Arten der Regulierung unterscheiden: einerseits öffentlich-rechtliche Vorschriften und andererseits privatrechtliche. Durch Erstere schützt der Staat Verbraucherinteressen, indem er das Handeln von Unternehmen Einschränkungen unterwirft. Es handelt sich dabei um präventive Regelungen, die gewerberechtlicher Natur sind und *ex ante* wirken. Beim zweiten regulatorischen Ansatz werden Unternehmer dadurch indirekt kontrolliert, dass der Staat den Verbrauchern privatrechtliche Schutzmöglichkeiten zugesteht. Diese Vorschriften werden *ex post* durch die Gerichte angewandt und als „Verbraucherprivatrecht“ (*shôhi-sha shihô*) bezeichnet. Auf diesem soll im Folgenden der Schwerpunkt liegen.

Wie ich später ausführen werde, dominierten in Japan traditionell präventive verwaltungsrechtliche Regelungen, wobei gegenwärtig versucht wird, ein System des Verbraucherprivatrechts aufzubauen. In Deutschland lag der Fokus ursprünglich auf einem privatrechtlichen Ausgleich zwischen Verbrauchern und Unternehmen. Unter der Entwicklung des EU-Rechts wurde dann aber verstärkt der Ansatz gewählt, Einschränkungen maßgeblich durch öffentlich-rechtliche Körperschaften vorzunehmen.

II. VERBRAUCHERPROBLEME IN JAPAN

Zunächst möchte ich die Verbraucherproblematik in Japan in zwei Perioden unterteilt betrachten:¹

1. *Die Verbraucherproblematik in Japan vor Kodifikation der Verbrauchergesetze*

Im Japan des Wirtschaftsaufschwungs traten hinsichtlich der Produktsicherheit ab der zweiten Hälfte der 1950er bis in die 1960er Jahre hinein zunehmend Probleme auf.

Ein Beispiel in Bezug auf Lebensmittel ist der *Morinaga* Trockenmilchfall von 1955. Weil hier im Herstellungsprozess von Milchpulver Arsen eingemischt worden war, starben 130 Säuglinge, die mit der Pulvermilch ernährt worden waren; 12.000 Menschen erlitten Vergiftungen. Es dauerte lange bis dieser Fall bekannt wurde und es kam erst in den 1960er Jahren zu einem gesellschaftlichen Skandal. Mit Bezug auf Arzneimittel kam es 1960 zu einem Skandal, nachdem Schwangere das Schlafmittel *Isomin* (*Saridomaido*) des Herstellers *Dai-nihon Seiyaku* eingenommen hatten und dadurch über 1000 Kinder mit Missbildungen auf die Welt kamen. Durch Falschangaben kam es 1961 zu einem Skandal, als im ganzen Land Konservendosen verkauft worden waren, die laut Verpackung Rindfleisch enthalten sollten, tatsächlich jedoch überwiegend Pferdefleisch beinhalten.

Durch solche Fälle ist die Verbraucherproblematik als gesellschaftliches Problem offensichtlich geworden und es folgten Reaktionen des Gesetzgebers. Das Arzneimittelgesetz² und das Gesetz über unbillige Prämien und irreführende Angaben³ wurden 1960 bzw. 1962 erlassen. Außerdem wurde 1961 das Teilzahlungsgeschäftegesetz⁴ erlassen, um die Ratenzahlungsprobleme bei Nähmaschinenverkäufen zu bewältigen. Die Regierung bereitete durch diese Gesetze auch das System der Verbraucherverwaltung vor.

2. *Die Entstehung des Verbraucherschutzgrundgesetzes*

Die Häufung solcher Gesetze führte 1968 zunächst zum Erlass des sog. Verbraucherschutzgrundgesetzes (heute: Verbrauchergrundgesetz)⁵. Ziel dieses Gesetzes war es, Verbraucherinteressen im allgemeinen zu schützen und zu fördern. Hierzu wurden zunächst Pflichten und Funktionen staatlicher und regionaler öffentlich-rechtlicher Körperschaften sowie von Unternehmen und Verbrauchern geklärt. Zudem wurden grundsätzliche

1 Zum japanischen Verbraucherrecht im Allgemeinen K. NAKATA, Neuere Entwicklungen im japanischen Verbraucherrecht, in: ZJapanR 27 (2009) 155 ff.; sowie DERS., Verbraucherschutzrecht in Japan, in: Recht in Japan 14 (2006) 31 ff.

2 *Yakuji-hô*, Gesetz Nr. 145/1960 i.d.F. des Gesetzes Nr. 84/2006.

3 *Futô keihin-rui oyobi futô hyôji bôshi-hô*, Gesetz Nr. 134/1962 i.d.F. des Gesetzes Nr. 49/2009.

4 *Kappu hanbai-hô*, gesetz Nr. 159/1961 i.d.F. des Gesetzes 49/2009.

5 *Shôhi-sha kihon-hô* (früher: *Shôhi-sha hogo kihon-hô*), Gesetz Nr. 78/1968 i.d.F. des Gesetzes Nr. 49/2009.

Felder staatlicher Maßnahmen, also beispielsweise die Schadensvorbeugung, die Angemessenheit von Normierungen und Angaben sowie die Sicherung des lautereren Wettbewerbes geregelt. Außerdem plante man, Maßnahmen zum Verbraucherschutz einheitlich auszubauen.

Das Gesetz hatte jedoch lediglich erklärenden Charakter: Es formulierte nur ein Programm und schuf dabei keine expliziten Rechte für Verbraucher. Insofern war es ineffektiv. Diese Art der Kodifikation war stark von globalen Ansichten beeinflusst (sie ähnelte Vorhaben der EU), hatte aber zumindest den Vorteil, den Ausbau des Verbraucherschutzes auf einer einheitlichen Grundlage voranzutreiben.

3. *Das Verbraucherrecht – Wandel der Verbraucherpolitik und Reaktion auf die Veränderung typischer Verbraucherschäden*

a) *Verbraucherschäden seit den 1970er Jahren – Ausweitung und Verkomplizierung*

Nach Inkrafttreten des Verbrauchergrundgesetzes traten in den 1970er Jahren verstärkt Probleme mit der Produktsicherheit im Zuge der aufkommenden Massenkonsungesellschaft auf. Zudem vergrößerte sich die Zahl der Dienstleistungsverträge in großem Umfang, womit eine Ausdifferenzierung der Schadensarten einherging. Seit den 1980er Jahren entwickelten sich die Informationstechnologien, der Dienstleistungssektor und die Globalisierung der Wirtschaft in rasantem Tempo weiter. Zudem breitete sich die Kreditkarte immer mehr aus. Diese Entwicklungen vereinfachten den Zugang der Verbraucher zu Finanzdienstleistungen, was zu Überschuldungsproblemen führte. Auch nahmen Geschäfte mit Finanzprodukten erheblich zu.

Im Zusammenhang mit Finanzprodukten ist der *Toyota Shôji*-Fall von 1985 erwähnenswert: Das Unternehmen garantierte in Verträgen für den Vertrieb und die Verwahrung von Gold hohe Zinsen und nahm rund 200 Milliarden Yen ein, die die Zuständigen des Unternehmens unter sich aufteilten. Sodann geriet die Firma in Konkurs, ohne das Gold tatsächlich aushändigen zu können und verursachte bei einer Vielzahl von Verbrauchern hohe Schäden. In den letzten Jahren häuften sich Schadensfälle bei Anlagen in Kontrakte auf japanische Rinder oder in amtlich notierte Aktien.

Vor diesem Hintergrund sind die großen Veränderungen der Wirtschaftsgesellschaft zu sehen. Hierzu gehören die Beschleunigung des Warenumsatzes durch fortschreitende Technik, Anreize durch Regulierungsänderungen, die Informationstechnik sowie die Intensivierung der Globalisierung. Es ist ein Charakteristikum dieser Zeit, dass viele Fallkonstellationen erkennbar geworden sind, in denen Verbraucher in Bezug auf Waren und Dienstleistungen in große Probleme kommen können.

b) *Die Reaktion der Legislative*

Als Abwehr gegen derartige Schäden wurden politische Entscheidungen getroffen, um die Geschäfte mit Verbraucherkrediten oder Verbraucherverträge zu regeln. Ein Beispiel

hierfür ist das Gesetz über Haustürgeschäfte (heute: Gesetz über besondere Handelsgeschäfte)⁶. Dieses Gesetz war ursprünglich im Unternehmensrecht verortet. Nach seinem Erlass ist sein Anwendungsbereich allerdings ausgeweitet worden, weswegen es nun für den privatrechtlichen Bereich auch Regelungen zwingenden Rechts umfasst.

Im Teilzahlungsgeschäftegesetz wurden zugunsten der Verbraucher ein Rücktrittsrecht und ein Widerrufsrecht in Form einer „cooling-off“-Frist geschaffen. Diese Rechte wurden 1984 auch in das Gesetz über Haustürgeschäfte übernommen. Seitdem hat sich die „cooling-off“-Frist als wichtiges Instrument im Verbraucherschutz entwickelt. Außerdem wurde 1986 vor dem Hintergrund der sogenannten „Bubble-Economy“ und den damit rasant zunehmenden Problemen bei Geschäften zur Vermögensanlage das Verwahrungsgeschäftegesetz (Gesetz über Verträge zur Anlage und zur Verwahrung bestimmter Handelswaren)⁷ erlassen.

In den 1990er Jahren war die fortschreitende Verbreitung allgemeiner zivilrechtlicher Regeln für das Verhältnis von Verbraucher und Unternehmer prägend. Sinnbild hierfür waren das Produkthaftungsgesetz⁸ (1994) und das Verbrauchervertragsgesetz⁹ (2000), auf die ich später noch eingehen werde. Darüber hinaus trat 2007 das Finanzprodukte- und Börsengesetz in Kraft,¹⁰ welches das frühere Wertpapierbörsen- und Wertpapierhandelsgesetz ablöste.

Im Folgenden möchte ich über das Verbrauchervertragsgesetz berichten. Es trat am 1. April 2001 in Kraft und war Teil des grundlegenden Wandels von einer Gesellschaft, die durch das Modell einer *ex ante* Regulierung geprägt war, hin zu einer Gesellschaft, in der das Marktgeschehen durch *ex post* Regulierungen gesteuert wird. Seit 2007 ist den Verbraucherverbänden ein eigener Unterlassungsanspruch als Maßnahme zur Durchsetzung dieser Vorschriften eingeräumt worden. Am 25. April 2008 wurde das System der Verbraucherverbandsklage dahingehend geändert, dass nun auch Handlungen zum Vertragsabschluss untersagt werden können, die sich irreführender Angaben, unlauterer Werbemaßnahmen oder unlauterer Klauseln nach dem Gesetz gegen unbillige Prämien und irreführende Angaben oder dem Gesetz über besondere Handelsgeschäfte bedienen. Diese Änderung trat 2009 in Kraft.

6 *Tokutei shô-torihiki ni kansuru hôritsu*, Gesetz Nr. 57/1976 i.d.F. des Gesetzes Nr. 49/2009.

7 *Tokutei shôhin-tô no yotaku-tô torihiki keiyaku ni kansuru hôritsu*, Gesetz Nr. 62/1986 i.d.F. des Gesetzes Nr. 49/2009.

8 *Seizô-butsu sekinin-hô*, Gesetz Nr. 85/1994; dt. Übers.: O. KLIESOW, ZJapanR 5 (1998) 163 ff.

9 *Shôhi-sha keiyaku-hô*, Gesetz Nr. 61/2000 i.d.F. des Gesetzes Nr. 49/2009; dt. Übers.: M. DERNAUER, in: ZJapanR 11 (2001) 247 ff. (Stand 2001).

10 *Kin'yû shôhin torihiki-hô*, Gesetz Nr. 25/1948, neu gefasst durch Gesetz Nr. 65/2006 i.d.F. des Gesetzes Nr. 32/2010.

c) *Vom Verbraucherschutzgrundgesetz zum Verbrauchergrundgesetz –
Der Wandel der Idee*

Die Basis dieser Entwicklung der Verbraucherpolitik ist ein neoliberales Konzept. Dies ist eine Rückkehr zu dem Konzept des „small government“ der 1980er Jahre, das auch „Reagan-Thatcherismus“ genannt wird. Weiterhin folgte es dem Wandel in der Verbraucherpolitik Europas und Nordamerikas in den 1990er Jahren. Man kann festhalten, dass durch die Einbeziehung der Lösung von Verbraucherproblemen in die Grundbegriffe des Marktwettbewerbes eindeutig eine Entwicklung in Richtung der „Eigenverantwortung“ der Verbraucher stattfindet.

Demgegenüber basierte das erwähnte Verbraucherschutzgrundgesetz auf einem wohlfahrtstaatlichen Standpunkt und gegründet sich allein auf das Konzept des „Schutzes“ von Verbrauchern. Es hatte Verbraucher als eine „gesellschaftlich schwächere“ Gruppe eingestuft und wollte sie entsprechend schützen, um ihre Situation zu verbessern.

Dieser Ansatz des Verbraucherschutzgrundgesetzes spiegelt sich in der Idee der Verbraucherpolitik des 21. Jahrhunderts nicht mehr wider. Als Ergebnis der Wende ist im Juni 2006 das Verbrauchergrundgesetz entstanden. Diese verdeutlicht den Wandel des Verbraucherkonzepts von der Schutzbedürftigkeit hin zur Eigenverantwortung. Verbraucher werden danach nicht länger nur als zu schützende Schwache, sondern auch als eigenverantwortliche „selbständige Subjekte“ qualifiziert, die zum Schutze ihrer eigenen Interessen aktiv tätig werden. Entsprechend zeigte sich die Tendenz, nicht länger auf *ex ante* Regelungen zu setzen, sondern den Ausbau von Marktregelungen verstärkt voranzutreiben, die mit Hilfe der Justiz *ex post* durchgesetzt werden.¹¹

III. DIE ENTWICKLUNG DES VERBRAUCHERRECHTS IN EUROPA

Lassen Sie uns unseren Blick nun auf Europa schwenken.

1. *Die Entwicklung des EU-Rechts*

Man kann sagen, dass es heute allgemein anerkannt ist, dass für die Gewährleistung der Waren-, Dienstleistungs- und Personenfreizügigkeit harmonisierte Maßnahmen des Verbraucherschutzes nötig sind. Außerdem lässt sich der Verbraucherschutz als eines der wichtigsten Politikfelder der EU erkennen. Anfangs wurde der Verbraucherschutz in der Gemeinschaft allerdings noch nicht für wichtig gehalten.¹²

11 Zur geschichtlichen Entwicklung des japanischen Verbraucherschutzes, J. NAGAO / K. NAKATA, N. KANO (Hrsg.), *Rekucha shôhi-sha-hô* [Lehrbuch zum Verbraucherrecht], Hôritsu Bunka-sha, Tokyo 2012.

12 Zur Entwicklung des Privatrechts der EU in japanischer Sprache: N. KANO, *EU Shôhi-sha-hô no tenkai* [Entwicklung des EU Verbraucherrechts] in: Nakata/Kano (Hrsg.), *Yôroppa shôhi-sha-hô – kôkoku kisei-hô no dôkô to nihon-hô* [Jüngste Tendenzen des Verbraucher-

2. Das Programm zum Verbraucherschutz

Ausgangspunkt war das „Vorläufige Programm für Verbraucherschutz- und Informationspolitik“ von 1975. Hier wurden grundlegende Rechte der Verbraucher geregelt. Auf Basis des ersten Programms wurden um die Mitte der 1980er Jahre eine Reihe von Richtlinien erlassen, die ich im Folgenden aufzählen möchte.

- (1) 1984 – Richtlinie über irreführende Werbung (84/450/EEC)
- (2) 1985 – Richtlinie über die Haftung für fehlerhafte Produkte (85/374/EEC)
- (3) 1985 – Richtlinie über Haustürgeschäfte (85/577/EEC)
- (4) 1987 – Richtlinie über Verbraucherdarlehen (87/102/EEC)

Die zweite dieser Richtlinien regelt die Haftung des Produzenten für Schäden, die durch Fehler eines Produktes entstanden sind und hatte einen großen Einfluss auf den Erlass des Produkthaftungsgesetzes in Japan im Jahr 1994. Die dritte Richtlinie bestimmte Regeln für Haustürgeschäfte und führte ein Widerrufsrecht (*cooling-off*) ein. Diesbezüglich war Japan vorangegangen. Die vierte Richtlinie beinhaltet Regeln, die schriftliche Voraussetzungen und Widerspruchsrechte verbinden.

In jener Zeit erkannte die europäische Gemeinschaft die große Bedeutung der Verbraucherschutzgesetzgebung für ihre Weiterentwicklung, unabhängig davon, dass die rechtsdogmatische Begründung des Verbraucherschutzes noch ungeordnet war.

3. Die Intensivierung der Verbraucherpolitik

In der zweiten Hälfte der 1980er Jahre beschleunigte sich die Bewegung zur Bildung eines einheitlichen Marktes, womit sich auch die Verbraucherschutzpolitik weiterentwickelte. Im Zuge dieser Zeit wurden die folgenden Richtlinien erlassen:

- (1) 1990 – Richtlinie über Pauschalreisen (90/314/EEC)
- (2) 1993 – Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (93/13/EEC)
- (3) 1997 – Richtlinie über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (97/7/EC)
- (4) 1999 – Richtlinie zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und Garantien für Verbrauchsgüter (1999/44/EC)
- (5) 2000 – Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr (2000/31/EC)

rechts und des Rechts der Werbung in Europa und Japan] (Tokyo 2011) 3 ff.; und H. RÖSLER, *Yôroppa shihô oyobi shôhi-sha-hô ni okeru jakusha hôgo – kihon kôzo, genkai, kaikaku no hôkô-sei* [Der Schutz des Schwächeren im Europäischen Privat- und Verbraucherrecht – Grundstrukturen, Grenzen und Reformansätze], in: *Minshô-hô Zasshi* 137 (2008) 125-150 (Teil 1), 256-277 (Teil 2) (Übersetzung: K. Nakata). In deutscher Sprache: DERS., Schutz des Schwächeren im Europäischen Vertragsrecht – Typisierte und individuelle Unterlegenheit im Mehrebenenprivatrecht, in: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 73 (2009) 889-911.

Von den obigen Richtlinien hatte vor allem die zweite über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen einen großen Einfluss auf das 2000 verabschiedete Verbrauchertragsgesetz Japans (in Kraft seit 2001). Diese Richtlinie hat Verträge zwischen Verbrauchern und Unternehmern (Verbraucherverträge) zum Gegenstand. Darüber hinaus legt sie für Vertragsklauseln, die nicht einzeln ausgehandelt wurden, Transparenzanforderungen und Auslegungsregeln fest. Außerdem beinhaltet sie Regelungen, wann Klauseln wegen Missbräuchlichkeit nichtig sind. Ergänzend wird eine Liste missbräuchlicher Klauseln aufgeführt.

Weiterhin ist die vierte Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf (1999/44/EC) sehr wichtig. Sie wurde lediglich als ein Teil der Verbraucherschutzpolitik im gemeinsamen Markt verabschiedet, beinhaltet allerdings mit Vorschriften zur Nichterfüllung und Gewährleistung auch Regelungen, die Grundlagen des Vertragsrechts betreffen. Es ist gemeinhin bekannt, dass die Richtlinie im Prozess ihrer Umsetzung durch die Mitgliedsstaaten die Grundlagen der Vertragsrechte der einzelnen Länder stark beeinflusste; die Schuldrechtsmodernisierung in Deutschland ist ein Beispiel für diesen Einfluss. Die Richtlinie wurde auch in Japan ausführlich beschrieben und ihre Methode der klaren Regelung von Vorschriften zu Verbraucherrechten wird auch bei der japanischen Zivilrechtsreform berücksichtigt.¹³

Die in den obigen Richtlinien zum Verbraucherschutz gesetzlich verordneten Maßnahmen kann man grob wie folgt aufteilen: Eine erste Gruppe enthält Regelungen zu Informationspflichten vor Vertragsschluss, um Informationsungleichgewichte auszugleichen. Als zweites wurden Widerrufsrechte für die Verbraucher nach Vertragsschluss geschaffen und als drittes die Möglichkeit, bei unangemessenen Vertragsklauseln durch zwingendes Recht zu intervenieren, auf dessen Grundlage der Vertrag nach richterlichem Ermessen für nichtig erklärt werden kann. Diese Methoden werden allesamt auch im japanischen Verbraucherrecht angewandt.

13 Siehe K. NAKATA, Das japanische Vertragsrecht unter dem Einfluß des europäischen und des deutschen Privatrechts, in: ZJapanR 24 (2007) 161 ff.; DERS., *Yōroppa keiyaku-hō – shōhi-sha-hō kara mita saimu fu-rikō-hō* [Japanisches Leistungsstörungsrecht aus Perspektive des Europäischen Vertragsrechts und des Europäischen Verbraucherrechts], in: Hōji Bd. 81 Nr. 9, 60. Dort hat der Verfasser den Reformvorschlag der *Minpō Kaisei Kenkyū-kai* [Forschungsgruppe zur Reform des Zivilrechts, geleitet von Prof. Kato] zum Leistungsstörungsrecht behandelt.

IV. DER EINFLUSS DES EUROPÄISCHEN RECHTS AUF DAS JAPANISCHE VERBRAUCHERRECHT

1. *Die Richtlinie zu missbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen und das deutsche AGB-Recht*

Ich möchte jetzt noch etwas vertiefter auf die bereits im Rahmen der Entwicklung des europäischen Rechts erwähnte Richtlinie über missbräuchliche Vertragsklauseln sowie auf die Richtlinie über die Haftung für fehlerhafte Produkte eingehen.

Hinsichtlich des Produkthaftungsgesetzes wurde zur damaligen Zeit in Japan über die Einführung eines Produkthaftungsprinzips, das sich in Amerika entwickelt hatte, diskutiert. Damals hatte es zunächst großen Widerstand gegeben. Als jedoch auch in Europa die entsprechende Richtlinie verabschiedet wurde, trieb dies auch die Diskussion um die Gesetzgebung in Japan stark voran. Der Inhalt war dem des EG-Rechts sehr ähnlich. Auch die Richtlinie über missbräuchliche Klauseln vermittelt den Eindruck, dass sie der Verabschiedung des Verbrauchervertragsrechts in Japan Rückenwind gab. In diesem Sinne wurde der vom damaligen EG-Recht erreichte Level als Standard in Japan vergleichsweise leicht akzeptiert.

Dabei ist auch allgemein bekannt, dass das deutsche Recht und die deutsche Rechtswissenschaft einen wichtigen Beitrag zur Entwicklung des europäischen Rechts leisten. Durch die Richtlinie über missbräuchliche Klauseln verbreitete sich die Erfahrung des deutschen Rechts, welches dieses Prinzip zur Regulierung missbräuchlicher AGB entwickelt hatte, in verschiedenen Staaten Europas. Als Grundlage der Richtlinie kann man durchaus das frühere deutsche AGB-Gesetz erkennen.

Weiterhin hat die deutsche Rechtswissenschaft über die ehemalige EG hinaus eine wichtige Funktion für Japan, wo Entwicklungen oder Resultate des europäischen Rechts rezipiert werden. An dieser Stelle möchte ich auch meine eigenen Erfahrungen einbringen:

Im Japan der Mitte der 1990er Jahre hatte in Japan eine ernsthafte Diskussion zur Anpassung des Vertragsrechts begonnen. Eine Forschungsgruppe um Professor *Ishida*, an der ich beteiligt war, hatte bereits kurz davor mit einer Untersuchung des deutschen AGB-Gesetzes begonnen. Das Ergebnis wurde in Form einer Kommentierung des deutschen AGB-Gesetzes zusammengefasst, wobei diese allerdings sowohl materielles Recht als auch Prozessrecht umfasste.¹⁴ In dieser Zeit wurde die Publikation von einer Gruppe von Verbrauchernanwälten, die für einen Gesetzgebungsprozess zu einem japanischen AGB-Gesetz warben, hoch gelobt und wie eine Bibel behandelt.

Ebenfalls in jener Zeit brach ich gemeinsam mit einer Gruppe von Wissenschaftlern und Rechtsanwälten zu einer Untersuchung der tatsächlichen Lage nach Europa auf. Im Rahmen der Untersuchung Deutschlands besuchten wir Frankfurt am Main und dort den

14 Vgl. K. ISHIDA (Hrsg.), *Chûshaku doitsu yakkan kisei-hô* [Kommentar zum deutschen AGB-Gesetz] (Tokyo 1999).

mittlerweile verstorbenen Professor *Wolf*, seinerzeit eine Autorität des AGB-Rechts. Professor *Wolf* erklärte, dass, auch wenn allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des Gesetzes nur ein einziges Mal angewendet würden, sie bei der Möglichkeit einer wiederholten Anwendung dennoch als AGB zu qualifizieren seien. Weiterhin stellte bei dieser Gelegenheit auch ein Richter eines japanischen Distriktgerichts Fragen zu der Beobachtung, dass Urteile zu unlauteren Klauseln in der Wahrnehmung der Bürger eine sehr zügige Behandlung erfahren würden. Dies ließ uns die Vollständigkeit des deutschen Rechtssystems gewahr werden.

Außerdem besuchten wir das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg, wo wir Gelegenheit zur Diskussion mit weiteren Größen des AGB-Rechts, wie Professor *Kötz* und Professor *Basedow* bekamen. Ferner sprachen wir mit Professor *Ulmer*. Hierbei waren wir von der Aussage, dass allgemeine Regelungen zum Verbraucherschutz herangezogen würden, tief beeindruckt. Im Anschluss besuchten wir in Berlin den Bundesverband der Verbraucher und diskutierten Probleme der Praxis sowie über die Ausrichtung der Reform.

Im niederländischen Utrecht suchten wir Professor *Hondius* auf und befragten eine Reihe von Wissenschaftlern und Anwälten. Die Untersuchungsgruppe insgesamt, aber auch ich persönlich, lernten viel aus diesem Austausch mit europäischen Wissenschaftlern und Praktikern und erhielten Zuversicht für unsere Gesetzgebung. Vor allem die Sammlung deutscher Entscheidungen und der darauf gründenden Diskussion hatte einen großen Einfluss auf die japanische Gesetzgebung. Beispielsweise werden in den sog. „Grundlegenden Richtlinien“ der derzeitigen Reform des japanischen Schuldrechts Regelungen vorgeschlagen, die der Struktur der deutschen AGB-Regelung entsprechen.¹⁵ In jedem Fall ist es unerlässlich bei einer Betrachtung des europäischen Rechts, auch die entsprechende Entwicklung des deutschen Rechts heranzuziehen.

Die Anwälte, die zum ersten Mal Europa besuchten, konnten am eigenen Leib erfahren, dass das zu jener Zeit in Japan nicht existente AGB-Recht in Deutschland und anderen europäischen Staaten bereits in großem Umfang in der Praxis umgesetzt wurde. Dies ermutigte sie, die anschließende Bewegung zur Gesetzgebung in Japan voranzutreiben. Weiterhin engagierten sich Mitglieder der Anwaltsgruppe für den Erlass eines Verbrauchervertragsrechts, erkämpften dessen Verwirklichung und gaben später einen Kommentar heraus, in dem sie ein klares Bild des Verbraucherschutzes aus Sicht der Praxis zeichneten.¹⁶ Ein Mitglied dieser Gruppe ist mittlerweile Direktor des Nationalen Zentrums für Verbraucherbelange Japan (*Kokumin Seikatsu Sentā*) geworden. Andere

15 Zu den Richtlinien siehe MINPŌ SAIKEN-HŌ KAISEI KENTŌ I'IN-KAI, *Saiken-hō kaisei no kihon hōshin* [Grundprinzipien der Schuldrechtsreform], Bessatsu NBL 126, 105 ff.

16 NIHON BENGŌ-SHI RENGŌ-KAI SHŌHI-SHA TAISAKU I'IN-KAI [Arbeitsgruppe der Japanische Rechtsanwaltskammer für Verbrauchermaßnahmen] (Hrsg.), *Konmentaru shōhi-sha keiyaku-hō* [Kommentar zum Verbrauchervertragsgesetz], (Tokyo 2001); die zweite Auflage erschien inzwischen 2010.

bemühen sich mittels Verbraucherverbänden und wieder andere kämpfen bei Rechtsstreitigkeiten zum Verbrauchervertragsgesetz in vorderster Reihe.

Ich denke, dass die Forschungsgruppe aus Anwälten der japanischen Anwaltskammer, trotz der mit 10 Tagen kurz bemessenen Dauer ihres Aufenthaltes in Europa großen Nutzen aus den Erfahrungen dieses Forschungsaufenthaltes ziehen und eindrucksvolle Ergebnisse vorzeigen konnte. Bestimmte Ergebnisse konnten dabei angesichts der Kurzzeitigkeit des seinerzeitigen Aufenthaltes natürlich nur auf der Grundlage der langen Tradition des deutsch-japanischen Austausches erzielt werden.

2. *Das CISG*

Als nächstes möchte ich als den *mittelbaren* Einfluss des europäischen Vertragsrechts auf das japanische Verbraucherrecht darstellen.

Zunächst gehe ich auf das UN-Kaufrecht (CISG) ein. Hierbei handelt es sich um ein Abkommen zum Handel zwischen Kaufleuten, weswegen man es zunächst fälschlicherweise als irrelevant für das Verbraucherrecht bezeichnen könnte. Indes orientierte sich beispielsweise die EG-Richtlinie zum Handel mit beweglichen Sachen strukturell an dem CISG. Das CISG hat also eine große Bedeutung, wenn man an die Struktur des Verbrauchervertrages denkt und wird darüber hinaus zur Modernisierung des Vertragsrechts herangezogen.

Japan entschloss sich erst im Jahr 2009 dem CISG beizutreten. Die Gründe, aus denen Japan dieses Übereinkommen zunächst lange Zeit nicht ratifiziert hatte, vermag ich nicht genau zu bezeichnen; einer war aber sicherlich, dass das CISG stark vom System des deutschen Rechts, das die Basis des japanischen Rechts bildet, abweicht.

Das CISG ist ein Abkommen über internationale Handelsverträge und war bisher Forschungsgegenstand von Rechtswissenschaftlern des internationalen und des Handelsrechts. Es erlebte zwar durch einige Privatrechtswissenschaftler bahnbrechende Erforschung; jedoch wurde die Bedeutung seiner Erforschung und der Vermittlung im Unterricht von vielen Privatrechtswissenschaftlern des nationalen Rechts leider nicht erkannt. Damals gab es zwar keinerlei Bestrebungen, dem CISG beizutreten, aber ich hatte seine Bedeutung als Grundlage für ein europäisches Vertragsrecht erkannt. Zusammen mit einigen Kollegen gingen wir die Arbeit in einer Forschungsgruppe an und als Ergebnis veröffentlichten wir zwei Bände einer Kommentierung, die Einfluss auf viele Privatrechtswissenschaftler haben sollte.¹⁷ Die Arbeit bediente sich auch tiefgründiger Forschung aus Deutschland.¹⁸ Ich habe mit großer Freude gehört, dass diese Forschung auch für die Vorbereitungsarbeiten zur Einführung des CISG in Japan Verwendung fand.

17 M. KAI u.a. (Hrsg.), *Chūshaku kokusai tōitsu baibai-hō* [UN-Kaufrecht] Bde. 1 und 2 (Tokyo 2001 und 2003).

18 Hierbei wurden u.a. folgende Kommentare häufig zitiert: U. MAGNUS / J. STAUDINGER, *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)* (Berlin 1999); P. SCHLECHTRIEM (Hrsg.), *Internationales UN-Kaufrecht* (Tübingen 1996).

Da zudem *Ernst Rabel* als der Vater des CISG bezeichnet wird,¹⁹ kann man wohl sagen, dass die deutsche Rechtswissenschaft erneut Einfluss auf Japan genommen hat, nachdem das Land dem CISG beigetreten ist.²⁰

3. *Das europäische Privat- und Vertragsrecht, der DCFR*

Das dritte wichtige Feld neben den vorstehend genannten Themen, welches sogar einen breiteren Umfang hat, ist die Entwicklung des europäischen Privat- und Vertragsrechts. Eine Methode, um das europäische Privatrechts in seiner Gesamtheit zu betrachten, ergibt sich aus der Lektüre des Werkes „Methoden der Rechtsvergleichung“ von *Zweigert/Kötz*.²¹ Allerdings wurde der von Professor *Kötz* verfasste, zweite Teil der Schrift zum Privatrecht nicht ins Japanische übersetzt. Nachdem der Inhalt des Werks von *Kötz* unter dem Titel „Das europäische Vertragsrecht“ überarbeitet und im Jahr 1996 veröffentlicht worden ist,²² nahm ich dies zum Anlass, mit Professor *Shiomi* und Professor *Matsuoka* 1999 eine Übersetzung zu veröffentlichen, die großen Anklang fand.²³ Danach übersetzten wir die von der Lando-Kommission herausgegebenen *Principles of European Contract Law (PECL)* mitsamt der Kommentierungen und Anmerkungen.²⁴ Dies wurde sowohl bei der Arbeit der Forschungsgruppe um Professor *Uchida* an den „Grundlegenden Richtlinien“, als auch als Vergleichsliteratur für Arbeiten der Kommission an der derzeitigen Schuldrechtsreform herangezogen. Weiterhin sind in einer Buchreihe gesellschaftswissenschaftlicher Forschung an der *Ryūkoku Universität* vier Werke zur Untersuchung des europäischen Privat-, Vertrags- und Verbraucherrechtes erschienen.²⁵

-
- 19 H. RÖSLER, Siebzig Jahre Recht des Warenkaufs von Ernst Rabel – Werk- und Wirkgeschichte, in: *RabelsZ* 70 (2006) 793-805; in jap. Übersetzung von Y. Nishitani / M. Iwamoto als *Ernst Rabel to uin baibai-hô jôyaku* [Ernst Rabel und das Wiener Kaufrecht], in: *Minshô-hô Zasshi* 138 (2008) 261 ff., veröffentlicht.
- 20 Zum neuesten Lehrbuch über das CISG in japanischer Sprache u.a., K. NAKATA / Y. SHIOMI / H. MATSUOKA (Hrsg.), *Kokusai buppin baibai jôyaku* [CISG] (Tokyo 2010).
- 21 H. KÖTZ / K. ZWEIFERT, Einführung in die Rechtsvergleichung (Tübingen 1999).
- 22 H. KÖTZ, Europäisches Vertragsrecht, Bd. 1 (Tübingen 1996); japanische Übersetzung: K. NAKATA, Y. SHIOMI UND H. MATSUOKA, *Yôroppa keiyaku-hô* (Tokyo 1999).
- 23 Es handelt sich mit einem Preis über 10.000 Yen zwar um ein sehr teures Buch, aber trotzdem habe ich gehört, dass schon rund 1.000 Exemplare verkauft wurden.
- 24 LANDO U.A. (Y. Shiomi / K. Nakata / H. Matsuoka, Hrsg. und Übers.), *Yôroppa keiyaku-hô gensoku I, II, III* [Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts I, II, III] (Tokyo 2006 und 2009).
- 25 Zum europäischen Privat- und Verbraucherrecht sind bereits vier Sammelbände unserer Forschungsgruppe erschienen: Y. KAWASUMI / K. NAKATA / Y. SHIOMI / H. MATSUOKA (Hrsg.), *Yôroppa shihô no dôkô to kadai* [Tendenzen und Probleme des europäischen Privatrechts] (Tokyo 2003); DIES., *Yôroppa shihô no tenkai to kadai* [Entwicklungen und Probleme des europäischen Privatrechts] (Tokyo 2008); DIES., *Yôroppa shihô no genzai to nihon-hô no kadai* [Gegenwart des europäischen Privatrechts und Probleme des japanischen Rechts] (Tokyo 2011); K. NAKATA / N. KANO (Hrsg.), *Yôroppa shôhi-sha-hô kôkoku kisei-hô no dôkô to nihon-hô* [Jüngste Tendenzen des Verbraucherrechtes und des Rechts der Werbung in Europa und Japan] (Tokyo 2011).

Hierbei sind auch Manuskripte von Vorträgen von Professor *Basedow*, Professor *Kötz* und Professor *Zimmermann* in Japan berücksichtigt worden.

Ferner konzentriert man sich in Japan derzeit auch auf die Entwicklungen des DCFR, des Verbraucher-*acquis* sowie des *Common European Sales Law*; die diesbezügliche Forschung geht voran. Es ist geplant, den DCFR zu übersetzen. Diese Entwicklungen in Europa sind für die Analyse des japanischen Verbraucherrechts sehr wichtig.

Die Hinweise der deutschen Rechtswissenschaft zum schnellstmöglichen Angehen von Problemen sowie die Richtungen der Lösungsansätze könnten bei der Analyse des europäischen Rechts nützliches Material für japanische Wissenschaftler sein. So hatte auch die deutsche Schuldrechtsreform 2002 auf Japan dahingehend große Auswirkungen, dass sie vor Augen führte, wie dringend das Vertragsrecht reformiert werden muss. Es gibt zwar unterschiedliche Ansichten darüber, dass die Verbraucherdefinition sowie Regelungen zu Verbraucherverträgen bei der Neufassung aufgenommen wurden, aber in jedem Fall erfuhren diese Themen große Beachtung. In Japan wird es bei der Zivilrechtsreform eine große Diskussion darüber geben, wie der Verbraucherbegriff und Vorschriften zu Verbraucherverträgen in das japanische Zivilgesetz²⁶ inkorporiert werden sollen.²⁷

V. FAZIT

1. *Die Bedeutung rechtsvergleichender Forschung und das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*

Diese Entwicklungen des europäischen Rechts wurden durch die deutsche Rechtswissenschaft vorangetrieben bzw. nutzten deren Grundgedanken zur Analyse. Als Voraussetzung fand ein privatrechtlicher Vergleich der PECL und des DCFR statt. Die japanische Rechtswissenschaft nutzt diese Analyse durch die deutsche Wissenschaft als Medium, um das europäische Vertragsrecht zu analysieren.

Hierbei möchte ich aus eigener Erfahrung die Rolle des *Max-Planck-Institutes für ausländisches und internationales Privatrecht* in Hamburg besonders hervorheben.²⁸ Dort wird ein Ort für den beständigen persönlichen Austausch mit Wissenschaftlern aus europäischen Staaten und Staaten der ganzen Welt geboten; ideale Forschungsbedingungen werden sichergestellt und durch die angenehmen Lebensbedingungen im Gästehaus

26 *Minpô*, Gesetze Nr. 89/1896 und 91/1898 i.d.F. des Gesetzes Nr. 74/2011; dt. Übers. A. KAISER, *Das japanische Zivilgesetzbuch in deutscher Sprache* (Köln 2008) (Stand 2008).

27 K. NAKATA, *Japanisches Verbrauchervertragsrecht – Einfluss des europäischen Privatrechts und aktuelle Reformvorschläge*, in: *ZJapanR* 30 (2011) 211 ff.

28 Vgl. J. BASEDOW, *Der Standort des Max-Planck-Instituts – zwischen Praxis, Rechtspolitik und Privatrechtswissenschaft*, in: *Basedow / Drobnig u.a. (Hrsg.), Aufbruch nach Europa – 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht* (Tübingen 2001) 3-16; in die japanische Sprache übersetzt von K. Nakata in: KAWASUMI U.A. (Hrsg.), *Yôroppa shihô no tenkai to kadai* (Tokyo 2008) 67-84.

der Universität Hamburg vervollständigt. Der Austausch mit Wissenschaftlern, die beim europäischen Privatrecht in vorderster Reihe wirken, ist für uns unerlässlich, um nützliche Informationen aus der schier unermesslichen Informationsquelle des Europarechts zu extrahieren und diversifiziert analysieren zu können. Für die rechtsvergleichende Forschung ist ein solcher „Ort der Begegnung“ nötig. Auch ich hatte das große Glück, dies zu erfahren und verstehe somit dessen Bedeutung. Privatrechtsvergleichung ist selbstverständlich nicht auf das Gebiet Europas begrenzt, sondern wird auch für Ostasien benötigt. Insbesondere Japan, China und Korea, die dem CISG beigetreten sind, werden in Zukunft die für die Entwicklung eines gemeinsamen Privatrechts zentralen Staaten sein. Auch diese Staaten bedürfen eines Ortes beständiger Kommunikation, um beispielsweise die Beziehungen zum europäischen Recht zu analysieren oder auf eine mögliche gemeinsame, einheitliche Privatrechtsgestaltung für Ostasien hinzuwirken.

Wenn Japan, das als erstes Land die fortgeschrittene Rechtskultur Europas übernommen hat, ein „Zentrum zur Vergleichung des Privatrechts“ als einen solchen Ort der Begegnung nicht nur für Ostasien, sondern für die gesamte Welt eröffnen und betreiben würde, könnte es sicher eine wichtige Rolle einnehmen.

Auch für den Kontakt mit Europa und Deutschland wäre ein solches Forschungszentrum sicher effektiv und erfolgreich. Ich möchte hierfür ein Beispiel anführen. Wie ich bereits beschrieben habe, ist die Diskussion in Japan, wie man mit den Regelungen zum Verbrauchervertragsrecht in Bezug auf das Zivilgesetz verfahren soll, ein solches Problem. Diese Frage stellt sich sowohl auf der europäischen als auch auf der globalen Ebene. Wenn die Arbeiten an der japanischen Zivilrechtsreform eine Antwort finden würde, könnte man der weltweiten Privatrechtswissenschaft und der Arbeit der Gesetzgebung wertvolle Materialien zur Verfügung stellen. In dieser Hinsicht könnte das japanische Privatrecht eine internationale Bedeutung erlangen.

2. Die von Japan zu erfüllende Rolle – Deutschland und Japan

Die Pflicht von uns Rechtswissenschaftlern ist, egal ob in der Wissenschaft oder in der Gesetzgebung, gutes Recht zu schaffen. Das künftige novellierte Zivilrecht Japans wird die zwischenzeitliche Entwicklung der japanischen Rechtswissenschaft widerspiegeln und es ist geplant, dass es auch die von ihr entwickelten Lösungsmethoden reflektieren wird. Auf der anderen Seite hat Deutschland inzwischen eine Führungsrolle darin übernommen, die Vereinheitlichung des europäischen Rechts zu fördern. Japan sollte als Partner Deutschlands in Ostasien auf diesem zuerst in Europa beschrittenen Weg eine weiterführende Rolle übernehmen.

Hierbei liegt die Stärke Japans, wie auch Deutschland, nicht darin, dass es den Bewegungen des europäischen oder amerikanischen Rechts direkt nachfolgt. Die Kraft besteht vielmehr darin, dass diese Bewegungen, nachdem sie analysiert wurden, anhand der immanenten Probleme des eigenen Staates erneut umsichtig und sorgfältig überprüft werden können. In Japan basiert das durch diese sorgfältige Untersuchung und Prüfung

präsentierte „Recht“ entsprechend auf wohldurchdachten Erkenntnissen. So enthält beispielsweise das Verbrauchervertragsrecht nicht nur Regelungen zu unlauteren Klauseln, sondern ist auch auf Vorschriften zur Willenserklärung ausgeweitet, um die Entschlussfreiheit der Vertragsparteien zu gewährleisten. Man kann sagen, dass diese japanische Tradition seit der Kodifikation des ZG in der *Meiji*-Zeit andauert. Die Modernisierung und Internationalisierung des japanischen Vertragsrechts kann auch in diesem Sinne erklärt werden.²⁹

Hierbei wird die Vereinheitlichung und Vergemeinschaftung von Recht eine wichtige Entwicklung für unsere Gesellschaft sein. Wir wissen, wie schwierig es ist, in einer globalisierten Gesellschaft Verständnis für Gemeinschaft zu erhalten. Spüren wir nicht gerade deswegen etwas Anziehendes in Bezug auf Vereinheitlichung und Vergemeinschaftung? Dies können wir nur verwirklichen, indem wir ein „besseres Recht“ anbieten. Ich verspreche mich, anzustrengen, dass die Zivilrechtsreform in Japan der Welt ein solches „besseres Recht“ anbieten wird und möchte damit meinen Vortrag schließen.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

29 Siehe NAKATA, Fn. 13.

Der Einfluss des deutschen Rechts auf die Reform des Zivil- und Betreuungsrechts in Japan

Makoto Arai *

- I. Einführung
- II. Situation im Ausland bezüglich der Gesetzgebung der Vormundschaft für Volljährige
- III. Das deutsche Betreuungsrecht
 - 1. Wesentliche Mängel des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige
 - 2. Grundzüge des Betreuungsrechts
- IV. Das japanische Vormundschaftsrecht
- IV. Das japanische Vormundschaftsrecht
 - 1. Notwendige Anpassung an die Überalterung der Gesellschaft
 - 2. Grundzüge des Vormundschaftsrechts
- V. Inanspruchnahme in Deutschland und Japan
 - 1. Gesetzliches Vormundschaftssystem
 - 2. Freiwilliges Vormundschaftssystem
- VI. Lernen vom deutschen Recht
 - 1. Zivilrecht
 - 2. Betreuungsrecht

I. EINFÜHRUNG

Während in Japan ca. 170.000 Menschen aus einer Gesamtbevölkerung von 120 Millionen das gesetzliche Vormundschaftssystem in Anspruch nehmen, liegt die Zahl der „Betreuungen“ – dem deutschen Äquivalent der gesetzlichen Vormundschaft in Japan – in Deutschland bei ca. 1,3 Millionen, gemessen an einer Gesamtbevölkerung von 82 Millionen. Somit ist die Inanspruchnahme der Betreuung in Deutschland etwa zehnmal so hoch wie in Japan, während gleichzeitig jährlich ein Anstieg der Betreuungsfälle um ca. 10% verzeichnet wird.

Die folgende Arbeit untersucht die Ursachen und Gründe für die hohe Inanspruchnahme der Betreuung in Deutschland und versucht, eine Ausrichtung für die weitere Entwicklung des Vormundschaftsrechts für Volljährige in Japan abzuleiten.

* Dr. iur., Professor an der juristischen Fakultät der Chuo Universität, Tokyo.

II. SITUATION IM AUSLAND BEZÜGLICH DER GESETZGEBUNG DER VORMUNDSCHAFT FÜR VOLLJÄHRIGE

In den letzten Jahren wurden auch in den westlichen Ländern in rascher Folge Gesetzesrevisionen zur Änderung des Vormundschaftssystems für Volljährige vorgenommen. So wurde in Frankreich 1968 durch Revision des Code civil die frühere Regelung der Entmündigung und beschränkten Entmündigung zugunsten von Neuregelungen wie „Vormundschaft“, „Rechtsbeistand“ und „Schutz durchs Gericht“ revidiert. In Frankreich wird seit 2009 ein neues Vormundschaftsrecht für Volljährige angewendet. Auch in der kanadischen Provinz Quebec (französisches Recht) wurde 1990 mit dem Code civil die Revision des an die Stelle der bis dahin geltenden Regelung von Entmündigung und beschränkter Entmündigung eine Neuregelung von „tutelle“, „curatelle“ und „sauvegarde de justice“ eingeführt. In Österreich wurde 1983 bei der Revision des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches durch ein neues Sachwaltergesetz an die Stelle von Entmündigung und beschränkter Entmündigung ein dreistufiges System der Bevollmächtigung für den vom Gericht bestellten Sachwalter eingeführt (1. Übernahme aller Geschäfte des Betreffenden, 2. Übernahme eines bestimmten Teils der Geschäfte, 3. Übernahme einzelner Geschäfte). Das Sachwaltergesetz wurde 2006 revidiert. Auch in Deutschland wurde mit dem Betreuungsgesetz das bürgerliche Recht revidiert. Die Regelungen der Entmündigung entfielen; dafür wurde das System der Einzelfestlegung der Kompetenz für den vom Gericht bestellten Betreuer eingeführt. Das Betreuungsgesetz hat bereits dreimal eine Neuauflage erfahren.

Die in diesen Ländern vorgenommenen Revisionen des Konzepts der Entmündigung und beschränkten Entmündigung dienen alle dem Ziel, das neue Konzept des Respekts vor der Selbstbestimmung und der Normalisierung mit dem bisherigen Begriff des Individualschutzes in Einklang zu bringen und ein elastisches, flexibles und leicht anwendbares System der Vormundschaft für Volljährige aufzubauen. Japan schließt sich mit der Revision von 1999 an diese internationale Tendenz an. Das japanische Zivilgesetz orientiert sich dabei wie die Regelung in der kanadischen Provinz Quebec am Code civil Frankreichs. Die erwähnte Revision in Japan, mit der das System von Entmündigung und beschränkter Entmündigung ins System von „tutelle“, „curatelle“ und „sauvegarde de justice“ umwandelt wurde, geht denselben Weg wie die Länder, die sich auf das französische Recht stützen.

Ferner wurden in den letzten Jahren in England, den USA, Kanada und Australien nacheinander Sondergesetze verabschiedet, die das System des „enduring power of attorney“ legalisieren. Damit wurde die Möglichkeit geschaffen, vor Schrumpfung der Urteilsfähigkeit des Betreffenden einen Vormund seines Vertrauens und die Vormundschaftsangelegenheiten im Voraus vertraglich festzulegen. Der britische „Enduring Powers of Attorney Act“ von 1986 wurde durch den „Mental Capacity Act“ 2005 inhaltlich erweitert und gestärkt. Mit der neuerlichen Schaffung des wählbaren Vormundschaftssystems folgt Japan auch dieser internationalen Tendenz.

III. DAS DEUTSCHE BETREUUNGSRECHT

1. *Wesentliche Mängel des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige*

Als Kritik am bisherigen Vormundschaftsrecht in Deutschland lassen sich die folgenden Punkte anführen:

(i) Die Entmündigung lässt die Möglichkeit einer Besserung der körperlichen und seelischen Verfassung des Betroffenen durch medizinische Maßnahmen außer Acht und reduziert den Betroffenen vollständig und in den meisten Fällen dauerhaft auf das Niveau eines Kindes, was Diskriminierung und Behinderungen der medizinischen Behandlung nach sich zieht. In der überwiegenden Zahl der Fälle lässt sich die Begründung, dies geschehe zum Schutz des Betroffenen bzw. seiner Familie oder zum Schutz der vom Betroffenen zu tätigen Rechtsgeschäfte, nicht rechtfertigen.

Folglich widerspricht dieses Vorgehen dem im Grundgesetz verankerten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die automatische Verknüpfung von Hilfsmaßnahmen (Bestellung eines Vormunds oder Pflegers) mit dem Verlust bzw. der Einschränkung der Geschäftsfähigkeit ist in vielen Fällen nicht gerechtfertigt.

(ii) Im Vergleich zum Recht auf Leben und der Fürsorge für den Betroffenen (Lebensbedingungen, Privatsphäre, Gesundheit, soziale Kontakte) wird den Vermögensinteressen zu hohes Gewicht beigemessen.

(iii) In der Beziehung zwischen Betreuerem und Vormund bzw. Pfleger sind die Befugnisse des Vormunds bzw. Pflegers zu weit gefasst.

(iv) Es besteht kein ausreichender Schutz der Rechte von Betroffenen, die in der Lage sind, sich ordentlichen rechtlichen Verfahren zu unterziehen, und die Qualität der ärztlichen Stellungnahmen ist unzulänglich.

(v) Da keine angemessenen Methoden zur Ausübung der Aufgaben eines Vormunds etabliert wurden, ist in vielen Fällen eine persönliche Betreuung unmöglich, was zur Folge hat, dass der Betroffene zu einem bloßen Verwaltungsobjekt degradiert wird.

2. *Grundzüge des Betreuungsrechts*

Wie unter Punkt 1 dargestellt, wurde vor dem Hintergrund der Notwendigkeit einer neuen Gesetzgebung am 1. Juni 1990 das Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige verabschiedet, das am 1. Januar 1992 in Kraft trat.

Das Reformgesetz basiert auf drei Säulen: 1. ein grundlegender Neuansatz im Hinblick auf die Entmündigung und das Vormundschaftssystem sowie eine Änderung der Terminologie, 2. die Einrichtung von Organisationen zur Unterstützung der Betreuungsbedürftigen und 3. eine Reform des Verfahrensrechts.

Im Rahmen der ersten Säule wurde die Entmündigung abgeschafft, und anstelle der bisherigen Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige das neue Rechtsinstitut der „Betreuung“ eingeführt. Anders als beim bisherigen Vormundschaftssystem geht ferner

die Bestellung eines Betreuers nicht mehr zwangsläufig mit der Entmündigung oder Einschränkung der Geschäftsfähigkeit des Betreuten einher. Nur wenn erforderlich, kann das Gericht in einzelnen Fällen dem Betreuer ein Einwilligungsrecht verleihen. Der Schwerpunkt liegt dabei auf der Personensorge, und der Betreuer hat prinzipiell den Willen des Betreuten zu respektieren.

Die Regelungen bezüglich medizinischer Eingriffe, der Unterbringung in Einrichtungen, der Wohnungsaufgabe etc. wurden verschärft und die Zwangssterilisation sowie die Sterilisation von Minderjährigen verboten. Die Einwilligung des Betreuers zur Sterilisation eines einwilligungsunfähigen Volljährigen ist nur ausnahmsweise in Notfällen zulässig.

Hinsichtlich der zweiten Säule hat das Gericht die Möglichkeit, einen Betreuungsverein als Betreuer zu bestellen, falls durch eine einzelne bzw. mehrere natürliche Personen keine hinreichende Betreuung und Unterstützung gewährleistet ist.

Die dritte Säule sieht vor, dass bei der Bestellung eines Betreuers die betroffenen Personen, einschließlich des Betreuten, direkt angehört werden und ein detailliertes Gutachten erstellt wird. Der Betreuer muss mindestens alle fünf Jahre neu ernannt werden. Unabhängig von der Geschäftsfähigkeit des Betreuungsbedürftigen ist dieser verfahrensfähig. Falls nötig, kann dem Betroffenen ein Verfahrenspfleger zur Seite gestellt werden. Für die Umsetzung dieser verfahrensrechtlichen Reformen wurden die relevanten Vorschriften des Zivilprozessrechts und des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit angeglichen und ein einheitliches Verfahrensrecht eingeführt.

IV. DAS JAPANISCHE VORMUNDSCHAFTSRECHT

1. *Notwendige Anpassung an die Überalterung der Gesellschaft*

In unserem Land schreiten die Überalterung der Gesellschaft und die Verringerung der Kinderzahl rapide voran. Die steigende Zahl von Personen mit seniler Demenz sowie von alleinlebenden alten Menschen und Ehepaaren machen Maßnahmen zur Anpassung an eine Gesellschaft von alten Menschen zu einer vordringlichen Aufgabe.

Nach der Einführung des Pflegeversicherungssystems (Inkrafttreten April 2000) muss für dessen Inanspruchnahme durch pflegebedürftige Personen von diesen ein Antrag auf Anerkennung der Pflegebedürftigkeit gestellt und ein Pflegeservicevertrag geschlossen werden. Diejenigen, die wegen mangelnder Urteilsfähigkeit nicht in der Lage sind, Rechtsgeschäfte zu erledigen, brauchen zu ihrer Abwicklung gesetzlich festgelegte Unterstützung.

2. *Grundzüge des Vormundschaftsrechts*

Das neue Vormundschaftsrecht wurde am 1. Dezember 1999 vom Parlament bewilligt und ist am 1. April 2000 im Kraft getreten. Das neue Regelsystem der Vormundschaft

für Volljährige besteht aus der „gesetzlichen Vormundschaft“, die aus der tiefgreifenden Revision von Entmündigung und beschränkter Entmündigung hervorgegangen ist, und aus der neu eingerührten „wählbaren Vormundschaft“. Die gesetzliche Vormundschaft beruht auf gesetzlichen Bestimmungen. Hier bestellt das Familiengericht aufgrund des betreffenden Artikels einen Vormund für Volljährige und erteilt ihm eine Bevollmächtigung. Demgegenüber beruht die freiwillige Vormundschaft auf einem vertraglichen Verhältnis. Danach kann der Betreffende selbst einen Vormund benennen und ihn mit der dazu gehörigen Arbeit beauftragen. Es ist dem Betreffenden grundsätzlich freigestellt, ob er die gesetzliche Vormundschaft oder die wählbare Vormundschaft benutzt (s. *Abb. 1*). Des Weiteren sieht das neue Vormundschaftssystem für Volljährige vor, an Stelle der Bekanntmachung durch Eintragung in das Familienregister ein neues „System der Vormundschaftsregistrierung für Volljährige“ zu errichten. Diese Regelungssysteme werden im Folgenden kurz dargestellt.

a) Gesetzliches Vormundschaftssystem

Als erstes wird das gesetzliche Vormundschaftssystem (Beistand, Pflege und Vormund) im Folgenden kurz dargestellt.

(i) „Beistand“ bedeutet, dass das Familiengericht für Personen, die aufgrund leichter psychischer Behinderungen (Demenz, mentale Störungen, psychische Störungen) unter verminderter Urteilsfähigkeit leiden, ein Verfahren einleitet und einen Beistand benennt. Er bekommt auf Antrag des Betroffenen für „bestimmte Rechtsgeschäfte“ (zum Beispiel die Verwaltung von Depositen, die Verfügung über wichtiges Vermögen, den Pflegevertrag usw.) aufgrund einzelner Gerichtsentscheidungen ein Vertretungsrecht beziehungsweise ein Einwilligungsrecht (Anfechtungsrecht) zugesprochen. Aus Rücksicht auf die Selbstbestimmung sind für jede Entscheidung der Antrag und die Zustimmung durch den Betreffenden die notwendige Voraussetzung.

(ii) „Pflege“ bedeutet, dass das Familiengericht für Personen, die aufgrund psychischer Behinderungen unter beträchtlich verminderter Urteilskraft leiden, ein Verfahren einleitet und einen Pfleger benennt. Der Pfleger hat für die im Zivilgesetz Art. 13 Absatz 1 geregelten wichtigen Geschäfte (zum Beispiel Anleihen, Bürgschaften, Verfügung über wichtiges Vermögen usw.) ein gesetzliches Zustimmungs- und Anfechtungsrecht, und auf Antrag des Betroffenen kann ihm für „bestimmte Rechtsgeschäfte“ aufgrund einzelner Entscheidungen auch ein Vertretungsrecht erteilt werden. Aufgrund der Achtung der Selbstbestimmung setzt die Erteilung der Vollmacht den Antrag des Betroffenen beziehungsweise seine Zustimmung voraus.

(iii) „Vormundschaft“ schließlich bedeutet, dass das Familiengericht für die Personen, die wegen mentaler Störung keine Urteilsfähigkeit mehr haben, einen Vormund für Volljährige benennt. Der Vormund hat weitgehende Vertretungs- und Anfechtungsrechte aber aus Achtung vor der Selbstbestimmung sind „die Anschaffung von Waren für den täglichen Bedarf und andere eng mit dem Alltagsleben zusammenhängenden Hand-

lungen“ vom Widerrufsrecht ausgeschlossen und der Entscheidung des Betroffenen überlassen.

Ferner wurde für den Ausbau des Vormundsystems für Volljährige (Vormund-Pflege-Beistand) die bisherige Regelung abgeschafft, wonach der Ehepartner wie selbstverständlich zum Vormund oder Pfleger ernannt wurde. Nunmehr kann das Familiengericht unter Berücksichtigung des Sachverhalts eine geeignete Person als Vormund usw. einsetzen. Es ist nun auch möglich geworden, eine juristische Person oder mehrere Vormünder usw. zu bestellen. Der Vormund muss bei Durchführung von mit Vormundschaft verbundenen Arbeiten den Willen des Betroffenen achten und für dessen körperlichen und seelischen Zustand und dessen Lebenssituation Sorge tragen (die sogenannte Lebenssorgepflicht).

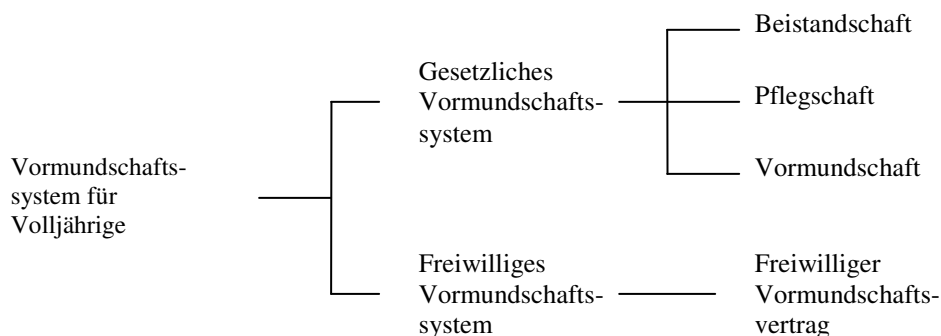
Schließlich wurden zur Verbesserung der Aufsichtsarbeit neben der Vormundschaft für Volljährige neue Konzepte wie Beistand und Pflege eingeführt. Auch juristische Personen können mit diesen Arbeiten beauftragt werden.

b) *Freiwilliges Vormundschaftssystem*

Mit dem neuen Konzept der wählbaren Vormundschaft kann der Betroffene dem auf seinen freien Willen hin gewählten Vormund das Vertretungsrecht für alle oder einen Teil der Vormundschaftsangelegenheiten erteilen, und zwar in einem im voraus geschlossenen „freiwilligen Vormundschaftsvertrag“. Damit kann er sich freiwillig unter den Schutz einer vom Familiengericht berufenen Aufsichtsperson seiner Wahl stellen. Beim Abschluss dieses Vormundschaftsvertrags muss ein Zusatzvertrag vorhanden sein, wonach der Vertrag mit der Berufung der Aufsichtsperson in Kraft tritt. Der ganze Vertrag muss notariell bestätigt werden.

Abb. 1

Überblick über das neue Vormundschaftssystem für Volljährige in Japan



V. INANSPRUCHNAHME IN DEUTSCHLAND UND JAPAN

1. Gesetzliches Vormundschaftssystem

Seit der Einrichtung des derzeitigen Systems im Jahr 2000 ist die Zahl der Menschen, die gesetzliche Vormundschaft angenommen haben, stetig gestiegen (s. Abb. 2).

Abb. 2

Entwicklung der Inanspruchnahme der gesetzlichen Vormundschaft

	Vormundschaft	Pflegschaft	Beistandschaft
2000	2980	240	272
2001	6630	713	472
2002	8966	962	550
2003	12023	1316	670
2004	12309	1271	684
2005	14498	1806	853
2006	27558	1932	799
2007	19757	2040	856
2008	20695	2273	896
2009	21264	2457	987
<i>Insgesamt</i>	146680	15010	7039
		<i>Gesamtsumme</i>	168729

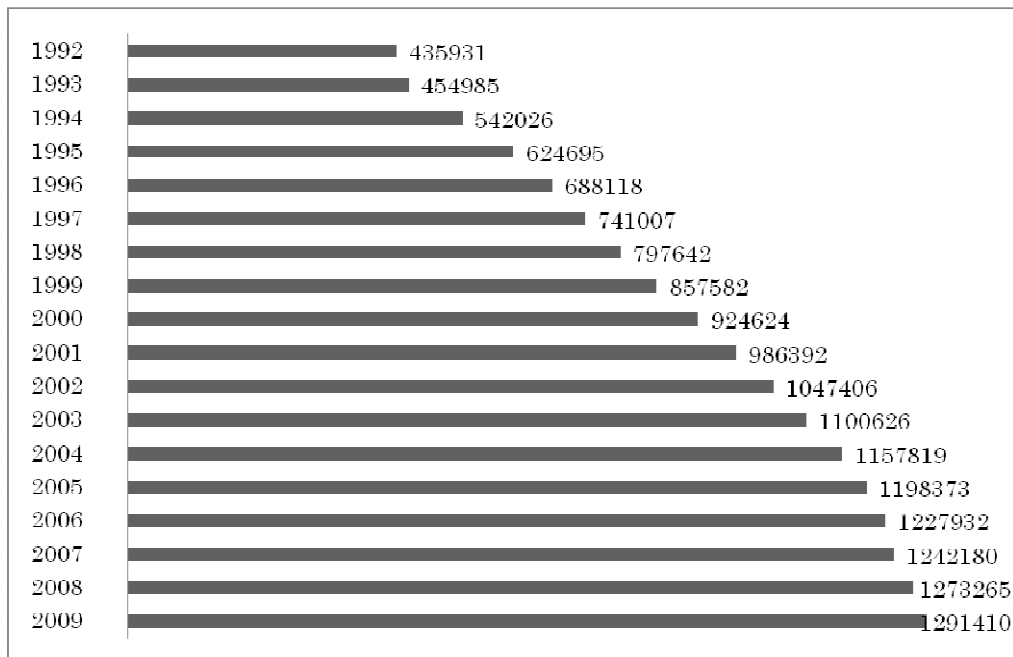
Quelle: Der „Status der Fälle mit Bezug auf Betreuer für Erwachsene“, Generalsekretariat des Obersten Gerichtshofs von Japan. Darüber hinaus gelten die statistischen Daten zwischen 1999 und 2003 für das Geschäftsjahr (Gesamtzahlen für April bis März), während Zahlen aus dem Jahr 2004 für das Kalenderjahr (Januar bis Dezember) gelten.

Der kumulierte Wert für den Zeitraum von zehn Jahren beträgt etwa 170.000 Fälle. In Anbetracht dessen, dass die Zahl für das Geschäftsjahr 1999 unter dem alten System bei rund 3.600 blieb, mit einer deutlich steigenden Gesamtzahl von Fällen mit Inkompetenz und Quasi-Inkompetenz, zeigt sich ein klarer Trend in der Nutzung, der als positive institutionelle Reform durch die Änderung des Systems ausgewertet werden kann. Aus der Perspektive, dass die Zahl der potenziellen Nutzer für Betreuer für Erwachsene entsprechend internationalem Standard ein Minimum von 1 % für die Gesamtbevölkerung ist, gibt es einen potenziellen Bedarf für rund 1,3 Millionen Fälle oder mehr in Japan, was bedeutet, dass insgesamt der Grad der Ausnutzung noch nicht ausreichend.

Betrachten wir diesen Aspekt genauer mit einem Vergleich von statistischen Daten aus Deutschland (s. *Abb. 3*). Die Gesamtbevölkerung beträgt in Deutschland etwa 82 Millionen (81.879.976 Menschen nach den Statistiken der Weltbank), also nur etwa zwei Drittel der Bevölkerung von Japan. Die Zahl der Fälle unter Verwendung des Vormundschaftssystems, wie das System der gesetzlichen Betreuer in Deutschland genannt wird, erreichte dagegen fast 1,3 Millionen Fälle bis Ende 2009. Es gibt eine erhebliche Diskrepanz in der Anzahl der Nutzer ehrenamtlicher gesetzlicher Betreuer zwischen Japan und Deutschland, wie später beschrieben, was es schwierig macht, die Tatsache zu leugnen, dass im Hinblick auf einen einfachen Zahlenvergleich die Anwendung des Systems in Japan auf weit niedrigerem Niveau als in Deutschland liegt.

Abb. 3

Zahl der Betreuungsfälle in Deutschland
(Einheit: Zahl der Fälle)



(Quelle: <http://wiki.btprax.de/Betreuungszahlen>)

2. *Freiwilliges Vormundschaftssystem*

Ebenso wie im Fall der gesetzlichen Vormundschaft deuten auch bei der freiwilligen Vormundschaft die Indikatoren für die tatsächliche Nutzung – abzulesen an der Zahl der Bestellungen von Kontrollbetreuern, die den Vormund überwachen – als auch die Kennzahl für den latenten Betreuungsbedarf – gemessen an der Zahl der Registrierungen abgeschlossener freiwilliger Vormundschaftsverträge – auf eine stetig steigende Tendenz bei der Inanspruchnahme des Systems (s. *Abb. 4*). In Bezug auf die Gesamtzahl der Nutzungen jedoch wurde eine ausreichende Zahl sicher nicht erreicht, was auch entsprechend für gesetzliche Vormundschaft gilt.

Dieser Aspekt wird deutlicher durch den Vergleich mit dem Status in Deutschland.

Abb. 4:

*Entwicklung der freiwilligen Vormundschaft A:
Zahl der inkraftgetretenen Verträge
(Einheit: Zahl der Fälle)*

Bestellung eines Kontrollbetreuers			
1999	–	2005	287
2000	51	2006	351
2001	103	2007	427
2002	147	2008	441
2003	192	2009	534
2004	220		

Quelle: Der „Status der Fälle mit Bezug auf Betreuer für Erwachsene“, Generalsekretariat des Obersten Gerichtshofs von Japan. Darüber hinaus gelten statistische Daten zwischen 1999 und 2007 für das Geschäftsjahr Zahlen (Gesamtzahlen für April-März), während Zahlen aus dem Jahr 2008 für das Kalenderjahr (Januar bis Dezember) gelten.

In Deutschland besteht die Möglichkeit, beim Zentralen Vorsorgeregister der Bundesnotarkammer neben Vorsorgevollmachten – dem deutschen Pendant der japanischen freiwilligen Vormundschaft – auch Betreuungs- und Patientenverfügungen zu hinterlegen. Das Register geht auf eine freiwillige Initiative der Bundesnotarkammer Anfang 2003 zurück und fungierte zunächst ausschließlich als Registrierungsstelle für notarielle Vorsorgevollmachten. Durch die Gesetzesnovelle vom 31. Juli 2004 erlangte das Zentrale Vorsorgeregister erstmals eine klare rechtliche Stellung, und seit dem 1. März 2005

ist mit Inkrafttreten der Verordnung über das Zentrale Vorsorgeregister die Eintragung jeder Form von Vorsorgevollmacht beim Vorsorgeregister möglich, einschließlich von Privatpersonen verfasster Vorsorgevollmachten.

Nach der Einrichtung des Registrierungssystems stieg die Zahl der Eintragungen sehr rasch auf mehr als 325.000 zum Ende des Jahres 2005 an. Diese Tendenz setzt sich fort, und sowohl die Zahl der jährlichen Neuregistrierungen als auch die Gesamtzahl der Eintragungen nehmen weiterhin in einem bemerkenswerten Umfang zu. Per Ende 2010 erreichte die Zahl der Registrierungen insgesamt mehr als 1,23 Millionen. Demgegenüber blieb die Gesamtzahl der freiwilligen Vormundschaftsverträge in Japan im Zeitraum zwischen 2000 bis 2009 auf 40.792 Fälle beschränkt und steht damit im krassen Gegensatz zur Situation in Deutschland (*Abb. 5*). Insgesamt betrachtet lässt sich auch unter Einbeziehung der oben erörterten gesetzlichen Vormundschaft nicht abstreiten, dass zumindest im Vergleich mit Deutschland die Inanspruchnahme des Vormundschaftssystems für Volljährige in Japan noch auf einem äußerst niedrigen Niveau verharrt.

Abb. 5:

*Entwicklung der freiwilligen Vormundschaft B:
Zahl der Vertragsabschlüsse
(Einheit: Zahl der Fälle)*

Registrierungen abgeschlossener freiwilliger Vormundschaftsverträge			
2000	655	2005	4732
2001	938	2006	5420
2002	1703	2007	6669
2003	2169	2008	7095
2004	3602	2009	7809

Quelle: Ministerium für Justiz, Büro für zivile Angelegenheiten:
„Registrierte Vormundschaft für Volljährige nach Art der Vormundschaft (2000-2009)“
(<http://www.e-stat.go.jp/SGL/List.do?lid=000001063755>).

Aus den bisherigen Ausführungen wird unmittelbar deutlich, dass das System der Vormundschaft für Volljährige in Japan nur in äußerst geringem Maße genutzt wird, während die Zahl der Betreuungen in Deutschland extrem hoch ist. Dies ist mit ein Grund dafür, dass Deutschland als „eine betreute Republik“ bezeichnet wird.

VI. LERNEN VOM DEUTSCHEN RECHT

1. *Zivilrecht*

Verglichen mit dem herkömmlichen Vormundschafts- und Pflegschaftssystem zeichnet sich das Betreuungssystem durch die folgenden wesentlichen Merkmale aus:

Erstens ist die Einführung des „Einwilligungsvorbehaltes“ zu nennen. Die Bestellung eines Betreuers als Schutzorgan hat für Betroffene nicht direkt die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit zu Folge, nur, wenn diese bei einzelnen Fällen erforderlich ist – und dies auch nur in einzelnen Aufgabenkreisen – geschieht dies in Form von einem Einwilligungsvorbehalt, der vom Gericht angeordnet wird.

Die zweite Besonderheit ist, dass der Schutz in persönlichen Angelegenheiten der Betroffenen in den Vordergrund gerückt wurde. Von einem Betreuer wird erwartet, dass er im Rahmen seiner Aufgabenbereiche nicht nur die Rolle des Vermögensverwalters sondern auch des rechtlichen Koordinators in persönlichen Angelegenheiten der Betroffenen einnimmt. Dies bedeutet aber nicht, dass ein Betreuer die pflegerische Tätigkeit selbst ausüben muss. Vielmehr sind die Tätigkeiten des Betreuers nach dem deutschen Gesetz darauf beschränkt, die Angelegenheiten der Betroffenen rechtlich zu besorgen. Um diesen Punkt zu verdeutlichen, wurde in dem Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft vom 1990 die Bezeichnung der Betreuung als „rechtliche Betreuung“ geändert und die neuen Vorschriften eingerichtet: „Die Betreuung umfasst alle Tätigkeiten, die erforderlich sind, um die Angelegenheiten des Betreuten nach Maßgabe der folgenden Vorschriften rechtlich zu besorgen.“ (Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch § 1901 Absatz 1)

Drittens kennzeichnet sich das Betreuungssystem durch die Einführung der Regelung der öffentlichen Kontrolle bei der Betreuung persönlicher Angelegenheiten. Für Angelegenheiten wie medizinische Maßnahmen, bei denen eine Gefahr für das Leben besteht, Sterilisation, Unterbringung oder Unterbringungsähnliche Maßnahmen, Aufgabe der Mietwohnung etc. sind Vorschriften enthalten, die streng an bestimmte Voraussetzungen gebundenes Handeln des Betreuers und Einholen einer gerichtlichen Genehmigung verlangen. Das reformierte Gesetz vom 1999 geht noch einen Schritt weiter und schreibt vor, dass auch für die Einwilligung eines Vorsorgebevollmächtigten eine Genehmigung des gesetzlich bestellten Betreuers und des Betreuungsgerichts erforderlich ist, wenn es sich um die Angelegenheiten wie medizinische Maßnahmen, Unterbringung und unterbringungsähnliche Maßnahmen handelt. (§ 1904 Absatz 2, § 1906 Absatz 5 BGB n.F.). Diese Erweiterung der Kontrollbefugnisse des Vormundschaftsgerichtes auf die Vorsorgevollmacht sichert den Schutz vor dem Risiko des Rechtsmissbrauchs durch Vorsorgebevollmächtigten und trägt dazu bei, dass das deutsche Betreuungssystem zusammen mit dem System der Vorsorgevollmacht ein umfassendes System bildet.

Viertens geht es um den Respekt vor dem Willen der Betreuten. Wie bereits wiederholt erwähnt, liegt dem Grundgedanken des Betreuungsrechts die Achtung vor dem Selbstbestimmungsrecht zugrunde. Bei der Besorgung der Angelegenheiten der Betreu-

ten müssen deshalb deren Wünsche und Vorstellungen vorrangig entsprochen werden, soweit diese deren Wohl nicht zuwiderlaufen. Der Betreuer hat den Betreuten als eine Persönlichkeit zu respektieren und bei der Erledigung der Angelegenheiten mit dem Betreuten zu besprechen. (§ 1902 Absatz 2 und Absatz 3 BGB n.F.).

Vor allem, dass die Bestellung eines Betreuers für Betroffene keine direkte Beschränkung der Geschäftsfähigkeit zur Folge hat, ist als epochal zu bezeichnen und übte auf das Zivilrechtswesen Japans eine schockartige Wirkung aus. Diese Denkweise des deutschen Rechts stimmt auch mit den Ansichten des Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (Behindertenrechtskonvention) der UNO aus dem Jahr 2006 überein und nimmt eine Vorreiterstellung in der Welt ein.

2. *Betreuungsrecht*

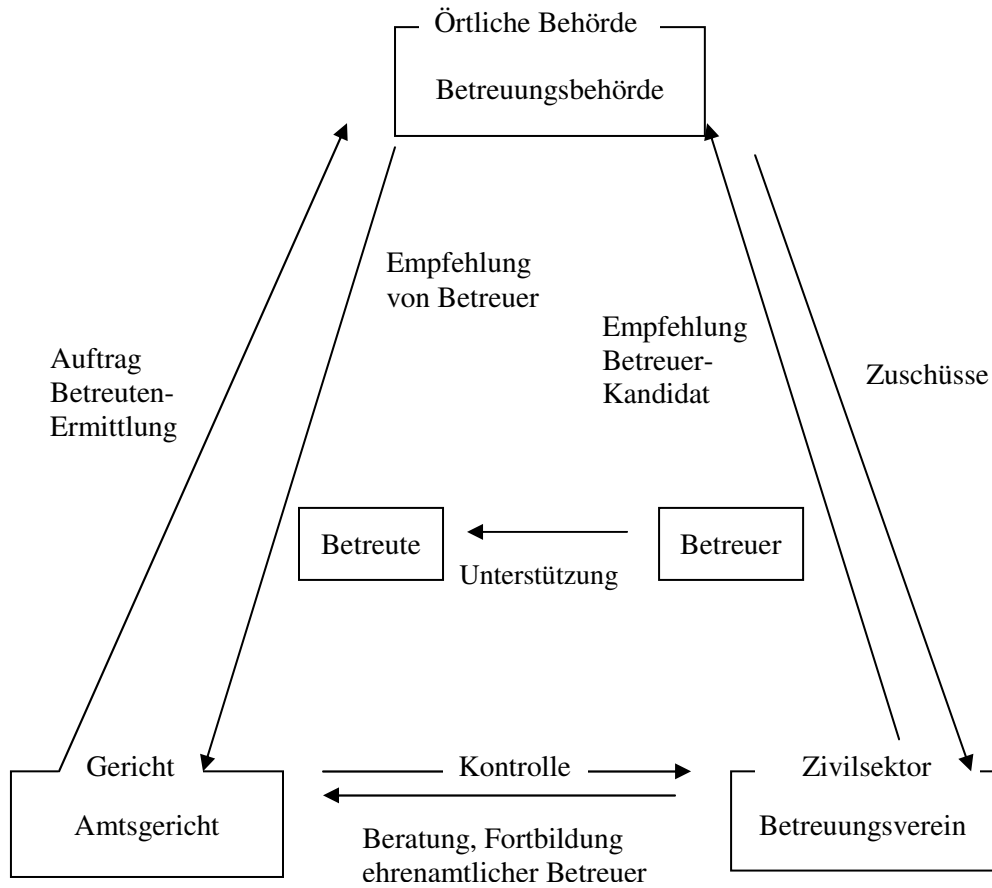
Besonders charakteristisch für das deutsche Betreuungsrecht für Volljährige ist das Betreuungssystem, das von Wohlfahrtsbehörden und zivilen Betreuungsvereinen gestützt wird und mit deren Unterstützung das Betreuungsgericht arbeiten kann.

Die Betreuungsbehörden auf Kommunalebene sind für die Wohlfahrt zuständige Kommunalverwaltungen (Betreuungsbehörden, Betreuungsämter), sie haben die Aufgaben, Sachverhalte bei Betroffenen zu ermitteln, geeignete Betreuer zu benennen etc. Betreuungsvereine sind zivile Organisationen, deren Träger NPOs und Religionsgemeinschaften sind. Sie beschäftigen als ständige Mitarbeiter Juristen und Fachkräfte der Sozialwohlfahrt und führen die Aus- und Weiterbildung ehrenamtlicher Betreuer und deren Überwachung durch.

Die Betreuungsgerichte üben ihre Aufgaben in Kooperation mit den örtlichen Betreuungsbehörden und Betreuungsvereinen aus.

Die Positionen in dem nachfolgenden Dreiecksverhältnis (s. S. 277) sind rechtlich klar positioniert. Verwaltung, Privatsektor und Justiz als Einheit treiben zusammen das Betreuungssystem an. Von diesem in Deutschland praktizierten Organisationsgefüge der Unterstützung können wir viel lernen, um Japans Vormundschaftssystem für Volljährige funktionsfähiger auszugestalten. Unter den Wissenschaftlern, die sich mit der Vormundschaft für Volljährige beschäftigen, gilt das deutsche Betreuungsgesetz mit seiner Praxis als eine „Success Story“ der Zivilrechtsgesetzgebung und wird weltweit hoch geschätzt.

Abb. 6



Abschließend möchte ich unterstreichen, dass Japan von der „betreuten Republik“ noch Vieles lernen muss.

IV. KAPITEL

RECHTSTRANSFER IN REFORMSTAATEN

**Unterstützung von Schwellenländern beim Aufbau des
Rechts- und Justizsystems durch das japanische Justizministerium:
Status Quo und Herausforderungen**

Katsuyuki Nishikawa * **

- I. Grundsatz der Unterstützungsarbeit
 - 1. Warum unterstützt Japan die Schwellenländer?
 - 2. Anerkennung der Unabhängigkeit des Partnerlandes
 - 3. Partnerländer und Unterstützungsbereiche
 - 4. Leitlinien der Regierung
- II. Unterstützungsmethoden
- III. Unterstützte Länder und die Ausgestaltung der Unterstützung
- IV. Weitere Aufgaben

Meine Damen und Herren!

Wie soeben in der Einführung erwähnt, ist mein Name *Katsuyuki Nishikawa*. Ich bin Staatssekretär im Justizministerium. Die mir heute gegebene Gelegenheit halte ich für eine große Ehre. Das Thema meines Vortrags lautet „Unterstützung von Schwellenländern beim Aufbau des Rechts- und Justizsystems durch das japanische Justizministerium: Status Quo und Herausforderungen“. Mein Vortrag setzt sich aus vier Teilen zusammen. Zuerst soll der Grundsatz unserer Arbeit dargestellt werden, das heißt mit welcher Intention das Justizministerium die Schwellenländer unterstützt. Dann werde ich im zweiten Teil die Instrumentarien einschließlich des Zusammenwirkens mit der JICA (*Japan International Cooperation Agency*) vorstellen. Der dritte Teil beinhaltet konkrete Beispiele, welchen Staaten und wie bisher geholfen wurde. Im vierten und letzten Punkt werde ich in einem Ausblick auf die weiteren Aufgaben eingehen.

Wie allgemein bekannt ist, hat Japan einst einen Import ausländischer Rechtsfiguren in sein eigenes Recht erfahren, als es westliche Rechte rezipierte. Der Unterschied zur Unterstützung, die Japan heute anderen Ländern gewährt, besteht darin, dass Japan damals die Kosten für die Reformierung seines Rechtssystems selbst getragen hat. Das ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass Japan dabei die Hilfe von den Vertretern der westlichen Staaten (u.a. Deutschlands) in Anspruch genommen hat. Im damaligen Japan

* Staatssekretär im japanischen Justizministerium.

** Die Vortragsfassung wurde beibehalten.

hatte sich ein eigenständiges Rechtssystem etabliert, das zwar ursprünglich von China übernommen worden war, sich dann aber im Laufe der Zeit eigenständig weiterentwickelt hatte.

Allerdings stand Japan nach der Meiji-Restauration 1868 unter Modernisierungsdruck. Vor allem sollten die sogenannten Ungleichen Verträge zwischen dem Tokugawa-Shogunat und den westlichen Staaten revidiert werden. Um dies zu erreichen, entschied sich die Meiji-Regierung, ein Rechtssystem nach westlichem Vorbild aufzubauen.

Anfangs lernte man von Frankreich, aber mit dem Erlass der Meiji-Verfassung, die unter dem Einfluss der preußischen Verfassung stand, nahm man zunehmend deutsches Recht zum Vorbild. In diesem Sinne wurden fünf wichtige Kodifikationen im Zivilrecht, Zivilprozessrecht, Strafrecht, Strafprozessrecht und Handelsrecht ausgearbeitet, was zur Folge hatte, dass die Ungleichen Verträge im Jahr 1911 aufgehoben werden konnten.

Wie man sieht, bekam Japan in allen wesentlichen Rechtsgebieten Gesetze mit deutschem Charakter. Doch blieb der deutsche Einfluss nicht auf das geschriebene Recht beschränkt. Zahlreiche Japaner studierten in Deutschland und machten die deutsche Rechtswissenschaft in Japan bekannt. Dies führte dazu, dass sie die Rechtsdogmatik und -anwendung in Japan stark beeinflusste. Zwar wurde der Einfluss aus den USA auf die Rechtssysteme und die Rechtswissenschaft Japans nach dem Zweiten Weltkrieg immer größer, doch lebt das deutsche Fundament im Lande weiter. In diesem Sinne sind japanische Juristen ihren deutschen Kollegen sehr dankbar.

I. GRUNDSATZ DER UNTERSTÜTZUNGSARBEIT

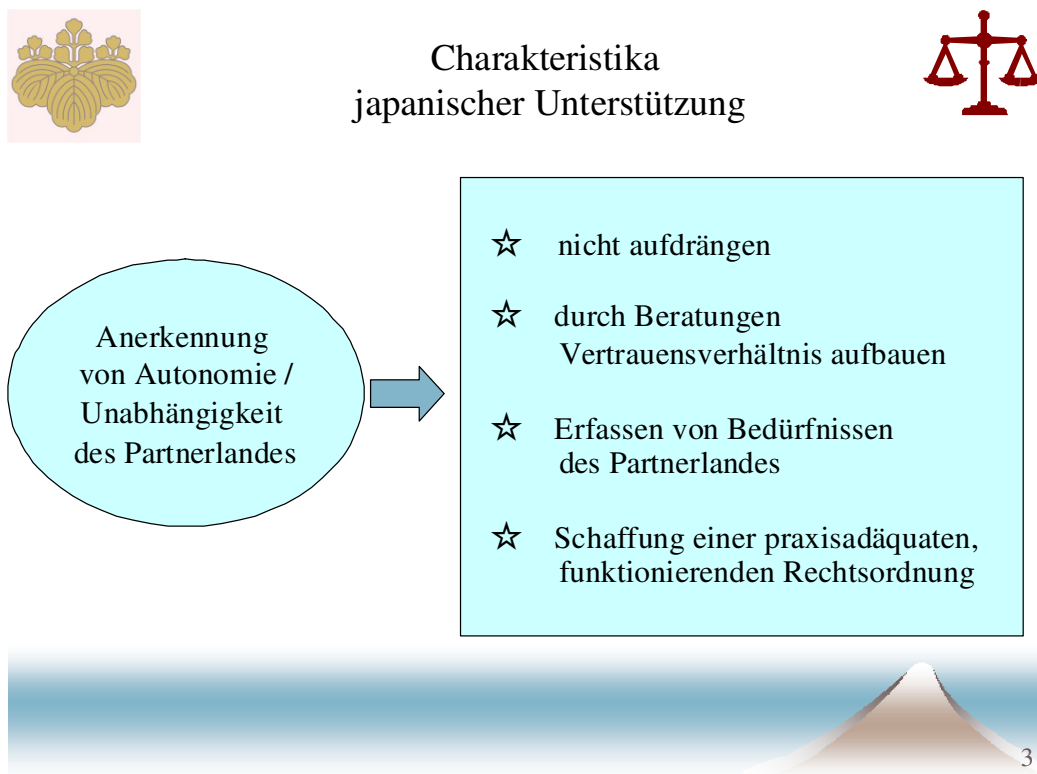
Heute sieht sich Japan in der Rolle des Unterstützers, um Schwellenländern beim Aufbau des Rechts- und Justizsystems zu helfen. Ich komme somit zum ersten Punkt, den Grundsätzen und der Einstellung zu der Arbeit, mit der wir die Weiterentwicklung der Rechts- und Justizsysteme unterstützen.

1. *Warum unterstützt Japan die Schwellenländer?*

Ich werde oft gefragt, warum Japan den Aufbau des Rechtssystems eines anderen Staates überhaupt unterstützt. Es gibt sicher diverse Meinungen hinsichtlich der Gründe und Zielsetzungen. Ein Grund dafür ist, wie bereits erwähnt, dass Japan selbst erfahren hat, wie das eigene Rechtssystem mit Hilfe des Wissens und der Erkenntnisse Frankreichs, Deutschlands, der USA u.a. etabliert wurde. Die sich entwickelnden Länder brauchen heute genauso dringend ein neues Rechtssystem wie Japan nach der Meiji-Restauration. Ihnen zu helfen ist sozusagen die selbstverständliche Aufgabe eines Erfahrenen, denn so kann sich Japan bei der internationalen Gemeinschaft für die damalige freundliche Hilfe revanchieren.

Die Erfahrung mit der Rezeption ausländischer Rechte verleiht Japan auch Stärke bei seiner Unterstützungsarbeit auf den verschiedenen Rechtsgebieten. Unter Berücksichtigung der eigenen traditionellen Rechtskultur nahm Japan Rechtssysteme aus den kontinentaleuropäischen Ländern wie Frankreich und Deutschland auf. Später kamen noch anglo-amerikanische Gesetze hinzu. Japanische Rechtswissenschaftler arbeiteten unermüdlich an der Weiterentwicklung des eigenen Rechts. Das führte dazu, dass sich eine Vielzahl von Rechtswissenschaftlern mit dem Rechtssystem zahlreicher Nationen befasste und eine große Fülle von Ergebnissen in der eigenen Sprache (Japanisch) publizierte. Inzwischen ist es schon so weit, dass fast die ganze wesentliche Rechtsliteratur in Japanisch zu lesen ist. Ein solches Beispiel ist auf der Welt einmalig. Die eigene Erfahrung, das reichliche Wissen in der Rechtsvergleichung und die Stärke Japans gilt es nun in der Unterstützungsarbeit für die Schwellenländer anzuwenden. Ich meine, dass wir Bedürfnisse und Probleme der einzelnen Länder exakt erfassen und überprüfen und so passende Hilfe anbieten können.

Abbildung 1:



2. *Anerkennung der Unabhängigkeit des Partnerlandes*

Bei unserer Unterstützungsarbeit sind wir besonders darauf bedacht, uns nicht aufzudrängen. Die Schaffung eines Rechtssystems tangiert die Souveränität eines Staates. Demnach muss dieser sie grundsätzlich selbst in die Hand nehmen. Unsere Unterstützung beim Aufbau des Rechts- und Justizsystems eines Partnerlandes ist lediglich als flankierende Hilfe zur Selbsthilfe zu verstehen.

Ein Rechtssystem kann nur dann gut funktionieren, wenn es dem Rechtsbewusstsein einer Nation mit ihrer eigenen Geschichte, Kultur und Gesellschaft entspricht. Angenommen, man versucht auf das Partnerland einzuwirken und ein hervorragendes und gut funktionierendes Gesetz oder Rechtssystem eines entwickelten Staates so einzuführen, wie es dort funktioniert, bringt dies unerwünschte Auswirkungen mit sich. Zum einen können Widersprüche zu dem tradierten Recht entstehen, zum anderen besteht die Gefahr, dass die neuen Gesetze ohne Verständnis für ihren Sinn und Zweck falsch umgesetzt werden.

Entscheidend kommt es darauf an, dass das Ergebnis der unterstützenden Arbeit, etwa in Form eines neuen Gesetzes, in der Gesellschaft des Partnerlandes Wurzeln schlägt. Ein noch so vortreffliches Gesetz oder eine gute institutionelle justizielle Erneuerung haben keinen Sinn, wenn sie nicht praktisch angewendet werden. Eine vorgegebene Transplantation von Gesetzen oder institutionellen Einrichtungen stößt mit Sicherheit auf Hindernisse bei der Anwendung, wenn sie ohne eingehende Studien über die lokalen Gegebenheiten und mit wenig Rücksicht auf die Selbständigkeit des Partnerlandes erfolgt. Auch unter dem Aspekt der Effektivität der Hilfestellung sind daher das eigene Engagement und ein aktives Mitwirken des Partnerlandes unerlässlich. Wir müssen uns folglich bei unseren Aktivitäten mit den Zuständigen des Partnerlandes ausführlich besprechen und so dafür sorgen, dass das Partnerland selbst die an die Situation des Landes angepassten Gesetze und Systeme schafft.

Bei dem Vorhaben, ein Gesetz abzufassen oder die judizielle Infrastruktur zu konzipieren, vermeiden wir nach Möglichkeit, ein von uns vorgefertigtes Konzept vorzulegen. Vielmehr diskutieren wir als Grundlage einen von dem Partner ausgearbeiteten Entwurf, um ihn zu unterstützen. Selbstverständlich stellen wir Gesetze und die judizielle Infrastruktur Japans, aber auch anderer Länder, als Alternative vor. Die internationalen Standards werden ebenso erläutert. Wir respektieren jedoch die Ansichten des Partners, was die Gesetze und Einrichtungen enthalten sollen. Ein engagiertes Mitwirken in solchen Diskussionen trägt dazu bei, dass das Ergebnis auf das jeweilige Partnerland genau zugeschnitten ist und darüber hinaus die Kompetenz der Partner gesteigert wird.

Solche Gemeinschaftsarbeit verlangt sowohl vom Unterstützer als auch vom Unterstützten viel Zeit und Geduld. Wir sind jedoch der Meinung, dass diese Vorgehensweise für den Aufbau eines Rechtssystems, das im Lande wirklich Wurzeln schlägt, am besten geeignet ist.

3. Partnerländer und Unterstützungsbereiche

Nunmehr möchte ich ansprechen, welche Länder und welche Rechtsbereiche von uns unterstützt werden.

Das japanische Justizministerium denkt vorrangig an die asiatischen Staaten. Erstens, weil diese Länder geographisch wie historisch enger mit Japan verbunden sind und ferner eine ähnliche, durch Konsens geprägte Kultur haben. Zweitens sind Stabilität und Entwicklung asiatischer Länder, zu denen Japan besonders enge Beziehungen pflegt, für uns von großer Bedeutung. Dies gilt umso mehr, als unser Land in der Rohstoff- und Lebensmittelversorgung auf den Import aus dem Ausland angewiesen und in außenwirtschaftlichen Aktivitäten in Form von Handel und Investitionen international eng verflochten ist. So gesehen ist es nur selbstverständlich, dass der Schwerpunkt unserer Unterstützung in den asiatischen Ländern liegt.

Die Arbeit begann mit dem Zivil- und Handelsrecht. Der Grund war, dass sich die Partnerländer dies wünschten und auf japanischer Seite Zivilrechtler zur Verfügung standen. Im Nachhinein war diese Vorgehensweise richtig, denn ein verfassungsrechtliches oder strafrechtliches Engagement Japans hätte eine Zurückhaltung der Partnerländer ausgelöst, weil solche Gebiete die Souveränität eines Staates direkt tangieren. Im Zivil- und Handelsrecht war dies nicht der Fall. Außerdem brauchten die Partnerländer der Marktwirtschaft adäquate Rechtsvorschriften.

Unsere Art und Weise der Hilfestellung, bei der wir uns also nicht aufdrängten und Wert auf den Dialog mit dem Partner legten, führte dazu, dass uns die Partnerländer immer mehr Vertrauen schenkten, so dass wir heute auch im Strafrecht sowie in einem Teil des Verwaltungsrechts tätig sind. Im Zuge der Unterstützungsarbeit, die anfangs in der Beratung bei der Ausarbeitung von Gesetzentwürfen bestand, wurde klar, dass man zur effektiven Anwendung der Gesetze entsprechende Organisationen und Fachkräfte braucht. So gehört auch dieser Bereich zu unseren Unterstützungstätigkeiten.

Seit 1994 bieten wir den asiatischen Ländern unsere Unterstützung an. Im Laufe der Jahre wuchs die Zahl der Partnerländer und die Rechtsbereiche, in denen wir Unterstützung leisteten, wurden vielfältiger. Daher wurde im April 2001 eine neue Abteilung, das *International Cooperation Department* im *Research and Training Institute* des Justizministeriums, geschaffen. Im zehnten Jahr nach ihrer Gründung umfasst die Abteilung neben Richtern und Staatsanwälten als Lehrkräften auch Fachreferenten für die internationale Zusammenarbeit, die sich mit der Unterstützung des jeweiligen Partnerlandes beschäftigen.

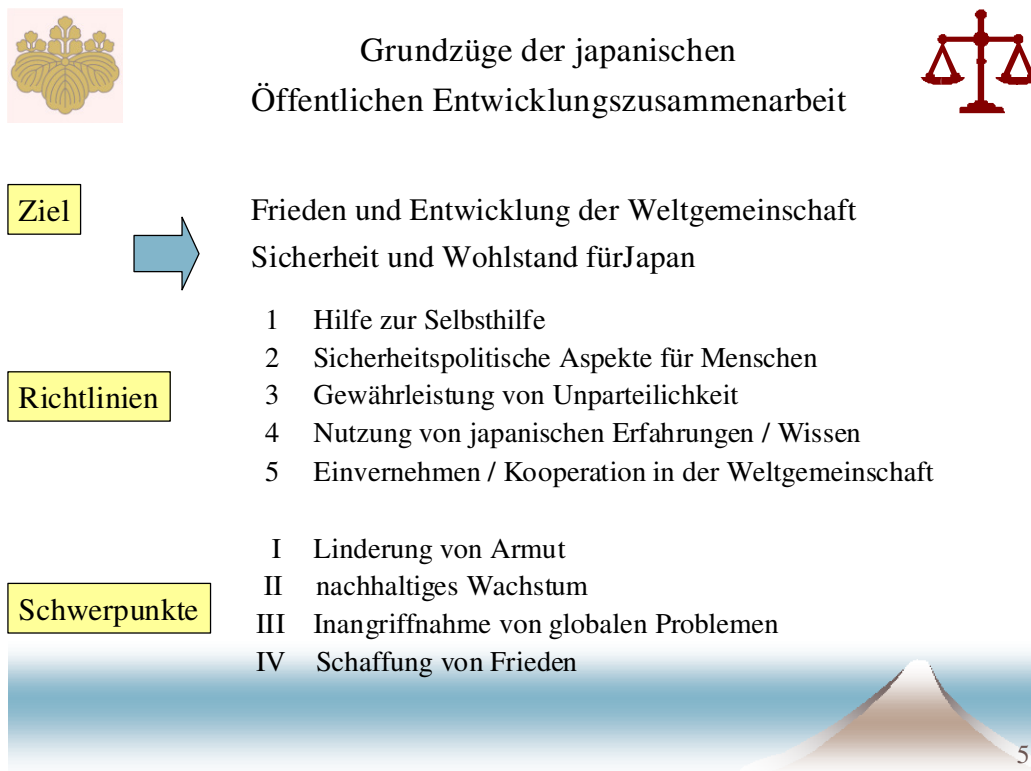
4. Leitlinien der Regierung

Zum Abschluss der Darstellung unserer Grundhaltung seien noch die Leitlinien der Regierung vorgestellt.

Der größte Teil der Unterstützung bei der Rechts- und Systementwicklung erfolgt als technische Hilfe im Rahmen der Regierungsentwicklungshilfe (ODA).

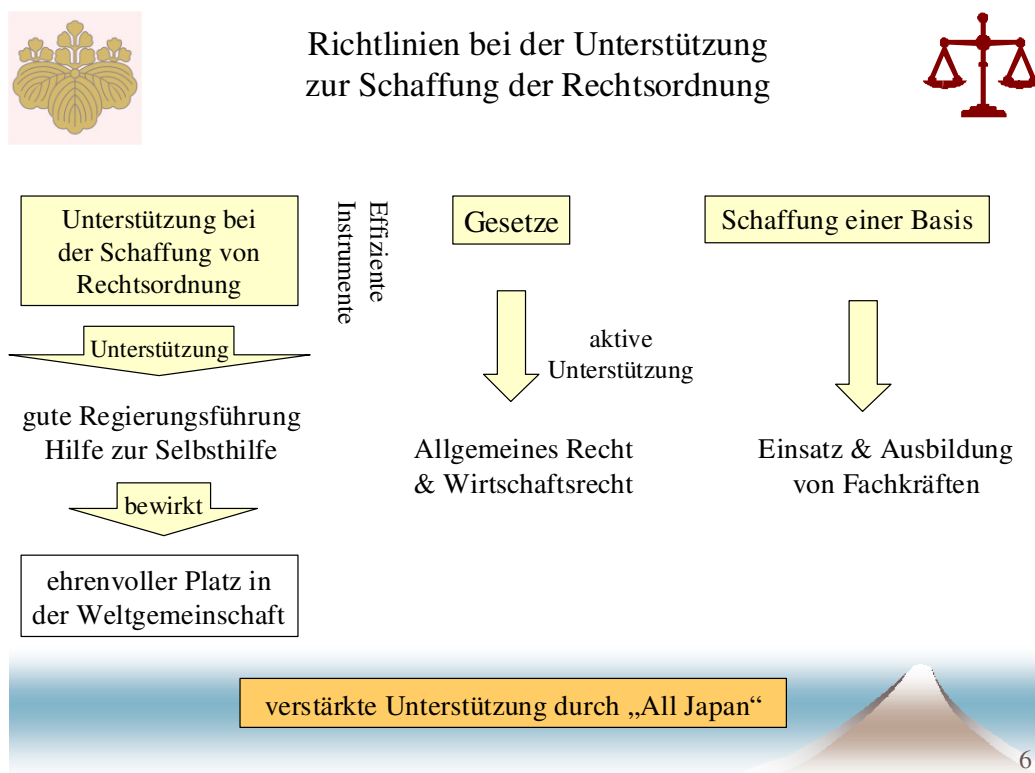
Die Zielsetzung, die Leitlinien und die Schwerpunkte von ODA sind im „Rahmenprogramm für ODA“ von 1994 – revidiert 2003 – formuliert. Demnach soll die Entwicklungshilfe zum Frieden und zur Entwicklung der internationalen Gemeinschaft beitragen und so der Sicherheit und Prosperität Japans dienen. Dies soll nach Grundsätzen wie Hilfe zur Selbsthilfe der Schwellenländer, Sicherheit für die Menschen, wobei das Individuum im Mittelpunkt der Betrachtung steht, Gewährleistung von Gerechtigkeit, Nutzung der Erfahrungen und Kenntnisse Japans sowie in Kooperation und Zusammenarbeit mit der internationalen Gemeinschaft erfolgen. Unsere Schwerpunkte liegen dabei auf der Armutsbekämpfung, einer nachhaltigen Entwicklung und der Inangriffnahme globaler Probleme; und was die Auswahl der Partner betrifft, so soll die Hilfe an die asiatischen Länder gehen, die mit Japan eng verbunden sind und die Sicherheit und Prosperität Japans stark beeinflussen können.

Abbildung 2:



In Bezug auf die internationale Wirtschaftszusammenarbeit gibt es bereits einen „Rat für die internationale Wirtschaftszusammenarbeit“ unter dem Vorsitz des Premierministers, um wichtige Angelegenheiten zu beraten und die strategische Zusammenarbeit mit dem Ausland effizient umzusetzen. In der 13. Sitzung dieses Rates im Januar 2008 wurde der Stellenwert der Unterstützung zur Schaffung der Rechtsordnung als einem wichtigen Bereich der wirtschaftlichen Zusammenarbeit bestätigt. Daraufhin wurde im April 2009 die „Richtlinie zur Unterstützung bei der Schaffung von Rechtsordnungen“ auf der Abteilungsleiterenebene beschlossen.

Abbildung 3:



Die Richtlinie definiert die Unterstützungsarbeit zur Schaffung einer Rechtsordnung als Hilfe zur Selbsthilfe der Schwellenländer auf dem Grundsatz von Good Governance. Gleichzeitig soll sie als wirksames Instrument dazu dienen, Japan eine ehrenvolle Stellung in der internationalen Gemeinschaft nachhaltig zu sichern. Der Beschluss bestätigte (1) eine engagierte Unterstützungsarbeit auf den Gebieten der wesentlichen Gesetzes-

werke sowie des Wirtschaftsrechts, (2) die Achtung der Selbständigkeit der Partnerländer und ein an Gegebenheiten und Bedarf des jeweiligen Landes angepasstes Angebot und (3) umfassende Unterstützungsaktivitäten, die nicht nur den Entwurf oder die Novellierung von Gesetzen betreffen, sondern auch die Infrastruktur zur sachgerechten Anwendung der Gesetze, die Juristenausbildung, die rechtswissenschaftliche Bildung, bis hin zur eigenständigen Umsetzung der Rechtsordnung durch die Partnerländer. Die weitere Unterstützungsarbeit sollte diese Charakteristika beibehalten. Ferner führt der Beschluss aus, dass die Infrastruktur zum Aufbau der Kapazitäten verbessert und die Unterstützungsarbeit unter Mitwirkung aller Sektoren Japans weiter verstärkt werden sollen, da die öffentlich-private Zusammenarbeit für die Planung und Umsetzung der konkreten Hilfe unerlässlich ist. Die „Richtlinie zur Unterstützung bei der Schaffung von Rechtsordnungen“ bestätigt nicht nur, sondern fördert die bisherigen Unterstützungsaktivitäten der involvierten Organisationen, u. a. des Justizministeriums. Wir fühlen uns dadurch ermutigt.

II. UNTERSTÜTZUNGSMETHODEN

Nach der Erläuterung des „Rahmenprogramms für ODA“ möchte ich zum zweiten Punkt, zu den Methoden der Unterstützung, kommen.

Die Grundlage der japanischen Aktivitäten sind, wie bereits dargestellt, das Rahmenprogramm für ODA und die Richtlinie zur Unterstützung bei der Schaffung von Rechtsordnungen. Die zuständige Organisation für ODA ist die *Japan International Cooperation Agency* (JICA). Das Justizministerium arbeitet mit ihr bei der technischen Hilfe zusammen.

Stark vereinfacht lassen sich fünf konkrete Methoden unterscheiden.

1. Langfristige Expertenhilfe. Dies ist ein JICA-spezifischer Ausdruck und bedeutet, dass die Experten für länger als ein Jahr entsandt werden.
2. Unterstützung der entsandten Experten. Die Kompetenzen der einzelnen Entsandten sind begrenzt; sie müssen von Japan aus unterstützt werden.
3. Planung und Umsetzung der Ausbildung von Praktikanten aus den Partnerländern in Japan.
4. Auswahl der Referenten, die an den Seminaren vor Ort mitwirken, und die Koordination von Themen und Diskussionspunkten für Veranstaltungen. Die JICA spricht hierbei von der kurzfristigen Expertenhilfe.
5. Studien über die Situation des Rechts- und Justizsystems in den Partnerländern.

Derzeit werden diese Methoden je nach dem Gegenstand der Hilfe und dem Bedarf der Partnerländer unterschiedlich kombiniert.

Die Experten, die sich länger im Partnerland aufhalten, sind im Prinzip aktive Juristen wie Staatsanwälte, Richter oder Rechtsanwälte. Sie erkennen und analysieren Pro-

bleme in den Gesetzen und der Infrastruktur, indem sie mit ihren Amtskollegen vor Ort eng zusammenarbeiten. In Workshops vor Ort präsentieren sie die damit zusammenhängenden Beispiele aus Japan, aber auch aus anderen Ländern und zeigen Lösungsmöglichkeiten auf. Über die von Experten erkannten und analysierten Probleme wird nach Japan berichtet.

Auf japanischer Seite gibt es, wie bereits erwähnt, eine unterstützende Organisation bestehend aus Rechtspraktikern wie Richtern, Staatsanwälten und Rechtsanwälten, aber auch Rechtswissenschaftlern. Die Probleme, die von den Experten vor Ort allein nicht gelöst werden können, werden in der unterstützenden Organisation beraten und es werden Lösungsansätze ausgearbeitet. Diese werden dem Partnerland entweder durch die Experten vor Ort oder durch kurzfristig entsandte übermittelt. Wir laden auch die in den Partnerländern Zuständigen bei Bedarf nach Japan ein, um über das Rechtssystem in Japan zu unterrichten oder über das Rechtssystem und dessen Anwendung im Partnerland zu beraten. Ferner organisieren wir Besichtigungen von Gerichten und sonstigen Institutionen.

Gegenwärtig sind Beamte aus dem Justizministerium, Staatsanwälte oder Richter, zur langfristigen Expertenhilfe in Vietnam, Kambodscha und Laos stationiert. Die Auswahl und die Entsendung der längerfristig stationierten Experten sind je nach Land unterschiedlich. Die meisten zu unterstützenden Länder geben wohl die Entsendung der Experten durch Ausschreibung in Auftrag. In der Regel erhalten Beratungsgesellschaften den Zuschlag, die wiederum Experten anwerben und in das Partnerland vermitteln. Das japanische Justizministerium dagegen ordert Richter oder Staatsanwälte in das jeweilige Partnerland ab. Sie sind Staatsbedienstete. Unserer Meinung nach gibt diese Praxis dem Partnerland ein sicheres Gefühl und trägt dazu bei, dass ein Vertrauensverhältnis zwischen den Experten und den Zuständigen im Empfängerland aufgebaut wird. In der Tat hörte ich einmal von den Zuständigen des Partnerlandes, dass sie den als Experten entsandten Richtern und Staatsanwälten des japanischen Justizministeriums Vertrauen schenken können, weil ihre Herkunft und Biographie klar sind. Außerdem erfolge die Amtsübergabe vom Vorgänger zum Nachfolger reibungslos, so dass man nachhaltig mit einer konsequenten Unterstützung rechnen könne.

Im vergangenen August gab es eine Veranstaltung mit Berichterstattung einer Staatsanwältin, die ein Jahr lang in Laos gearbeitet hatte. Ich habe ihren Bericht dort gehört und konnte sehr gut mitbekommen, wie engagiert sie arbeitete, aber auch, welche Mühen sie hatte. Ihr hochgestecktes Ziel und Ihre Willensstärke haben mich sehr beeindruckt. Sie hat etwas Gutes für die Welt getan und gleichzeitig wertvolle Erfahrungen gesammelt, die zur eigenen Kompetenzsteigerung führen werden. Davon war ich sehr angetan. Die Amtskollegen im Partnerland schätzen die längerfristig entsandten sehr. Manche sollen sogar gesagt haben: „Japanische Experten halten wir für unsere Kollegen“. Die langfristige Expertenhilfe schlägt fürwahr eine Brücke zwischen den Partnerländern und Japan.

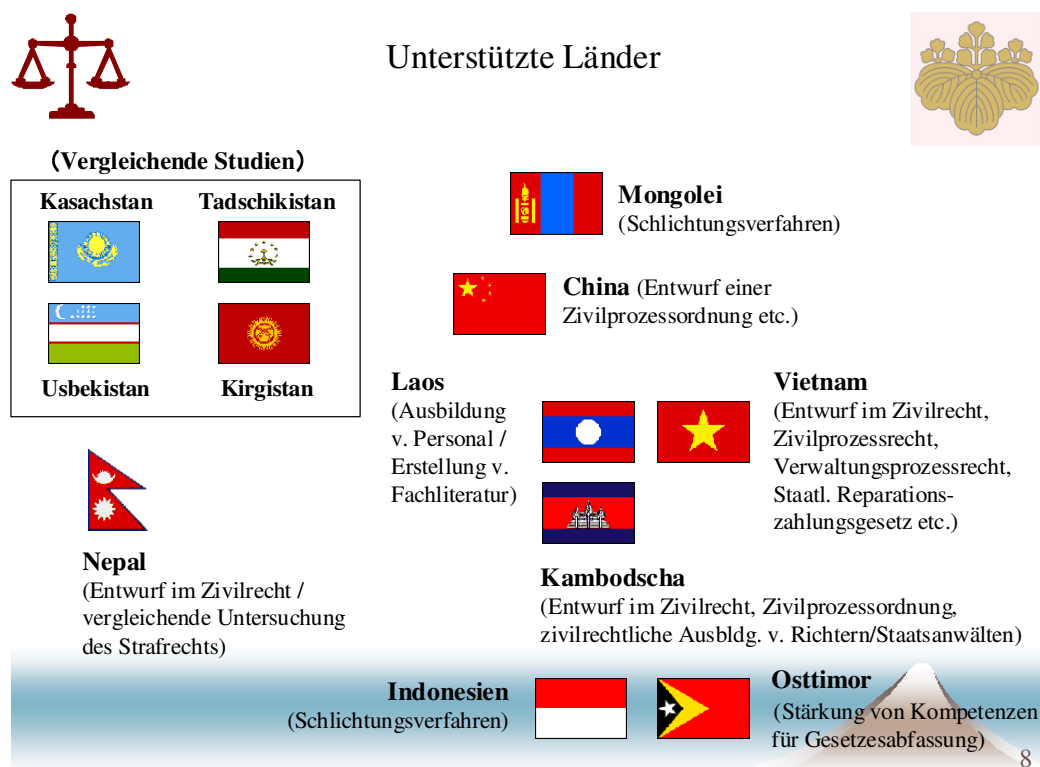
Betrachtet man nun die unterstützende Organisation im Lande näher, so stellt man fest, dass dort eine Reihe der prominentesten Wissenschaftler und Rechtspraktiker mitwirken. Am Beispiel der Arbeitsgruppen für Vietnam und Kambodscha sieht man neben den führenden Wissenschaftlern für Zivil- und Zivilprozessrecht auch Namen bedeutender Richter auf der Ebene der Oberlandesgerichte. Das sichert eine ausgesprochen hohe Qualität der Unterstützungsarbeit.

Wie Sie hieran sehen, werden die Unterstützungsaktivitäten durch alle verfügbaren Ressourcen im Lande getragen, wobei Rechtspraktiker und Rechtswissenschaftler im privaten und öffentlichen Sektor zusammenarbeiten.

III. UNTERSTÜTZTE LÄNDER UND DIE AUSGESTALTUNG DER UNTERSTÜTZUNG

Im dritten Teil meines Vortrags möchte ich konkret auf die einzelnen Länder eingehen und darlegen, welchem Land wir in welcher Form Hilfe anbieten.

Abbildung 4:



Unser Ministerium begann 1994 sein Engagement für die Unterstützung bei der Entwicklung von Rechts- und Justizsystemen. Damals lud das Ministerium erstmals aus Vietnam Vertreter der Regierung sowie der Justiz nach Japan ein, um Ausbildungsseminare zu veranstalten. Daraufhin hat die JICA 1996 die Unterstützung für die Entwicklung des Rechts- und Justizsystems in Vietnam zum eigenen Projekt gemacht, an dem unser Ministerium mitwirken soll. Seitdem erweiterte das Ministerium konsequent die Mitwirkung an Projekten der JICA. Bis dato sind wir in Vietnam, Kambodscha, Laos, Indonesien, in den vier zentralasiatischen Ländern Kasachstan, Tadschikistan, Usbekistan und Kirgistan sowie in China und in der Mongolei und weiteren Ländern tätig.

1. Vietnam

Aus den drei juristischen Berufen wurden 20 Juristen zur langfristigen Expertenhilfe nach Vietnam entsandt, darunter 13 Staatsanwälte und Richter aus dem Justizministerium. Zur kurzfristigen Expertenhilfe sind 43 Rechtsexperten bzw. Staatsanwälte gesandt worden und es wurden insgesamt 40 Ausbildungsseminare mit 410 nach Japan eingeladenen Teilnehmern veranstaltet.

Die wesentlichen Unterstützungsaktivitäten zur Gesetzesabfassung lagen auf den Gebieten des Zivilprozessrechts, der revidierten Konkursordnung, des revidierten Zivilrechts, des Zivilvollstreckungsrechts, des Staatshaftungsgesetzes und des Verwaltungsprozessrechts in Form der Beratung und mit dem Ergebnis, dass die jeweiligen Gesetze verabschiedet wurden. Auch im Bereich der Rechtspraxis waren wir um Verbesserung bemüht, indem wir die Ausarbeitung eines Handbuchs für den Staatsanwalt und für die Abfassung der Zivilurteilsschriften unterstützten.

Das JICA-Projekt, das im März dieses Jahres vorerst abgeschlossen worden war, führte nun einen neuen Versuch ein. Es werden Pilotregionen definiert, von denen zunächst Aufgaben gerichtspraktischer Natur erkannt und gesammelt werden. Diese werden an eine zentrale Stelle gemeldet. Sie erfasst die praktischen Aufgaben in der Region, analysiert dabei Probleme und verbessert damit die Beratungs- bzw. Weisungsaktivitäten für Regionalstellen. Diese Erfahrungen und die Lehren, die man daraus zieht, sollen bei der Abfassung der Rechtsvorschriften berücksichtigt werden. Dieser Versuch hat bereits positive Ergebnisse gezeitigt, so dass ein ähnliches Konzept in das Nachfolgeprojekt ab April dieses Jahres aufgenommen wurde.

2. Kambodscha

Die Unterstützung für Kambodscha begann 1996. Es wurden aus den drei juristischen Berufen insgesamt 12 Juristen entsandt. Davon waren 4 Staatsanwälte bzw. Richter. Zur kurzfristigen Expertenhilfe sind 43 Rechtsexperten bzw. Staatsanwälte entsandt worden und es wurden insgesamt 29 Ausbildungsseminare mit 268 nach Japan eingeladenen Teilnehmern veranstaltet. Auf den Gebieten des Zivilprozessrechts und des Zivilrechts

unterstützten wir die Abfassung von Gesetzen, die inzwischen verabschiedet worden sind, und helfen zurzeit, Rechtsvorschriften im Bereich des Zivilrechts zu entwerfen.

Es besteht ferner die Notwendigkeit, kompetente Zivilrichter auszubilden, welche die erlassenen Gesetze sachgerecht anwenden und in der Gerichtspraxis umsetzen können. Dazu läuft ein Projekt, die Königliche Akademie für Richter und Staatsanwälte (RSJP) zu unterstützen. Im Rahmen der langfristigen Expertenhilfe sind derzeit Richter und Staatsanwälte an der Akademie stationiert. In Zusammenarbeit mit ihnen helfen wir bei der Verbesserung der Curricula, der Erstellung der Lehrmaterialien und der Lehrerausbildung.

3. *Laos*

Seit 1999 läuft die Unterstützungsarbeit für Laos. Bisher wurden 7 Experten zum längeren Aufenthalt entsandt, davon 5 Richter bzw. Staatsanwälte. Außerdem wurden für einen kürzeren Zeitraum 26 Experten geschickt. Zu den 17 Ausbildungsseminaren in Japan wurden insgesamt 219 Teilnehmer eingeladen. Das Ergebnis der bisherigen Arbeit sind Lehrbücher für Zivilrecht und Unternehmensrecht, ein Handbuch für erstinstanzliche Urteilschriften im Zivilprozess und ein Handbuch für die Praxis des Staatsanwalts.

Im Juli vergangenen Jahres kam ein neues Projekt hinzu, das „Projekt zur verstärkten Ausbildung von Juristen“, zu dem ein Staatsanwalt und ein Rechtsanwalt entsandt wurden. Mit diesem Projekt soll die praktische Arbeit in Judikative, Legislative und Exekutive durch personelle und organisatorische Verstärkung verbessert werden. Dazu werden Lehrmaterialien erstellt und verteilt.

4. *Indonesien*

Im Rahmen eines JICA-Projekts startete 2002 die Zusammenarbeit mit Indonesien. Neben einer kurzfristigen Expertenhilfe haben wir Seminare in Japan veranstaltet, bei denen eine vergleichende Studie zwischen dem japanischen und indonesischen Justizsystem erstellt wurde. Auf diese Weise versuchten wir zunächst einmal, die Bedarfslage Indonesiens zu erfassen. Daraufhin konzentrierte man sich auf „die Stärkung des Ausgleichs- und Schlichtungsverfahrens“ und darauf, Indonesien bei der Novellierung der Verordnung des Obersten Gerichtshofes und bei der Erstellung eines Handbuches für Ausgleichs- und Schlichtungsverfahren zu helfen. Der Oberste Gerichtshof Indonesiens bemüht sich derzeit, dieses Handbuch zu verteilen. Dieses Projekt wurde 2009 abgeschlossen. Der Oberste Gerichtshof Indonesiens zeigte jedoch weiterhin starkes Interesse am japanischen Rechtssystem und der Unterstützung Japans. So werden Aktivitäten wie Seminare für die Verbreitung des Ausgleichs- und Schlichtungsverfahrens oder in Bezug auf die Richterausbildung vor Ort fortgesetzt.

5. *Usbekistan*

Mit Usbekistan arbeiten wir seit 2002 zusammen und haben in den Jahren von 2004 bis 2007 an einem JICA-Projekt für die Erstellung der Kommentare zur Konkursordnung mitgewirkt. Nach dem Abschluss dieses Projekts richteten wir unsere Tätigkeit nicht an einzelne Staaten Zentralasiens, sondern führten aufgrund der Ähnlichkeit gesellschaftlicher Gegebenheiten dieser Länder seit 2008 einmal im Jahr ein gemeinsames Seminar für Usbekistan, Kasachstan, Kirgistan und Tadschikistan durch, um einen Rechtsvergleich vorzunehmen. Unter Mitwirkung der Richter und der für die Gesetzgebung in den Partnerländern Zuständigen sollen in dem Seminar die Umstände der Rechtsanwendung und die Probleme des Unternehmensrechts in den zentralasiatischen Staaten erhellte und die Arbeitsergebnisse von den Juristen vor Ort geteilt werden.

6. *China*

Für China wurde von 2007 bis 2010 ein „Projekt zur Verbesserung des Zivilprozessrechts sowie des Schiedsgerichtsbarkeitsgesetzes“ umgesetzt. Partner war der Legislationsausschuss des Nationalen Volkskongresses, Abteilung Zivilrecht, den wir zu den für ihn interessanten Punkten bei der Abfassung der Gesetze beraten haben, wobei die japanische Rechtsordnung als Referenz diente. Infolge der Änderung der Prioritäten auf der chinesischen Seite nahm das Projekt 2009 auch das Gesetz über die Haftung bei der Rechtsbeeinträchtigung erfolgreich als Gegenstand der Unterstützungsarbeit auf; das Gesetz wurde bereits erlassen. Derzeit läuft ein neues dreijähriges Projekt zur Unterstützung auf den Rechtsgebieten Zivilprozessrecht und Zivilrecht, an dem unser Ministerium weiterhin mitwirkt.

7. *Osttimor*

Die JICA begann 2009 im Rahmen des Friedensaufbaus Osttimor zu unterstützen. Osttimor hat erst 2002 seine Unabhängigkeit erlangt, das Fundament der Rechtsordnung ist daher noch schwach. Zur Abfassung der wesentlichen Gesetzeswerke müssen dringend Kapazitäten aufgebaut werden.

8. *Nepal*

Auch für Nepal bietet die JICA seit 2009 ihre Unterstützung an. In Nepal sollen neue Gesetzeswerke u.a. im Zivilrecht, Zivilprozessrecht, Strafrecht, Strafprozessrecht verbreitet und etabliert sowie Richter und Staatsanwälte ausgebildet werden.

9. *Mongolei*

In der Mongolei begann die Unterstützung 1994 mit der Beratung zur Novellierung des Zivilrechts in Form der kurzfristigen Expertenhilfe. Darauf folgte die sukzessive Entsen-

derung von drei Rechtsanwälten zur langfristigen Expertenhilfe, mit denen Projekte zur Stärkung der Rechtsanwaltskammer oder des Schlichtungsverfahrens durchgeführt werden. Unser Ministerium wirkt dabei mit, indem die Lehrkräfte von dem *International Cooperation Department* des *Research and Training Institute* in die Beratergruppe abgeordnet werden.

IV. WEITERE AUFGABEN

Lassen Sie mich zum Schluss noch auf weitere Aufgaben eingehen. Zu nennen wären fünf Punkte, die mir wichtig erscheinen.

Das sind erstens die Frage der Philosophie bzw. Strategie, zweitens die Frage der Informationsverbreitung innerhalb Japans, drittens die Frage der Kooperation bzw. Koordinierung unter den unterstützenden Ländern, viertens die Frage der Bereitstellung der Fachkräfte auf japanischer Seite und fünftens die Frage der Evaluation.

Zum ersten Punkt wird schon lange diskutiert, dass Japan seine Unterstützung für Schwellenländer bei der Rechts- und Justizsystementwicklung strategischer gestalten sollte.

Im Rückblick ist gewiss nicht zu leugnen, dass sich die Aktivitäten schlicht an den Wünschen der Partnerländer orientierten. Jede beteiligte Organisation oder die einzelnen Zuständigen dürften wohl ihrerseits eine bestimmte Strategie haben. Auf die Frage, ob eine klare gesamtjapanische Strategie existiert, vermag ich, offen gesagt, nicht mit eindeutigem Ja zu antworten.

Zumindest lässt sich jedoch Folgendes sagen. Mitunter werden unsere Unterstützungsaktivitäten beispielsweise dahin gehend verstanden, dass sie vordringlich die Förderung der Marktwirtschaft in den Partnerländern anstreben. Im Endeffekt ist dieser Eindruck sicher nicht zu vermeiden. Allerdings war diese Zielsetzung nur vor dem Hintergrund zustande gekommen, dass auf japanischer Seite nicht genügend Fachkräfte vorhanden waren. Die Unterstützung bei der Entwicklung des Rechts- und Justizsystems sollte jedoch nicht bloß dem wirtschaftlichen Zweck wie der Förderung der Marktwirtschaft dienen. Meines Erachtens sollte man vielmehr aus übergeordneter Sicht die Etablierung der Rechtstaatlichkeit als Basis für die Stabilität des Alltagslebens der Bürger zum Ziel setzen. Wird die Rechtsherrschaft sichergestellt, werden die Rechte der Einzelnen geschützt mit der Folge, dass die rechtliche Berechenbarkeit zunimmt. Das wird letzten Endes zur Aktivierung der freien Wirtschaft führen.

Als zweiter Punkt ist die Frage des Zugangs zu den relevanten Informationen innerhalb Japans zu nennen.

An der Unterstützung bei der Rechts- und Justizsystementwicklung sind zahlreiche Behörden und Institutionen in Japan, z.B. das Außenministerium, die JICA, das Justizministerium, die Staatsanwaltschaft, Gerichte, die Rechtsanwaltskammer oder Hochschulen, beteiligt. Es ist notwendig, dass sie untereinander eng kommunizieren und sich

untereinander über effektive Unterstützungsmethoden abstimmen. In diesem Zusammenhang organisiert das Justizministerium seit 2000 eine „Arbeitsgemeinschaft für die Unterstützung bei der Rechts- und Justizsystementwicklung“ als ein Forum der Diskussion und Beratung zwischen den beteiligten Organisationen. Hier berichten die einzelnen Organisationen von ihren Aktivitäten und diskutieren über die zukünftige Ausrichtung der Unterstützungsarbeit. Aber dies reicht noch nicht aus. Die Anzahl der Partnerländer ist gestiegen, der Inhalt der Unterstützung ist komplexer und schwieriger geworden. Um darauf angemessen zu reagieren, braucht man über die bisher beteiligten Organisationen hinaus wohl noch weitere Institutionen, die nützliche Kenntnisse beisteuern können.

Beim dritten Punkt geht es um die Kooperation bzw. Koordinierung unter den unterstützenden Ländern. Bei der Unterstützung der Entwicklungsländer sind in der Regel eine Vielzahl von Staaten und Regionen engagiert. Derzeit bieten die internationalen Organisationen wie die Weltbank, die Asiatische Entwicklungsbank, die Europäische Bank für Wiederaufbau und Entwicklung, das Entwicklungsprogramm der Vereinten Nationen sowie die für die internationale Hilfe zuständigen Organisationen der Industrienationen von Nordamerika, Europa und Australien vielfältige Unterstützungen bei der Rechts- und Justizsystementwicklung. Zur Vermeidung einer möglichen Doppelarbeit hält es Japan für unerlässlich, dass die Beteiligten miteinander kooperieren und sich gegenseitig ergänzen, um Synergien in der Unterstützungsarbeit zu erzeugen.

Viertens ist die Ausbildung der Fachkräfte auf unterstützender Seite eine große Aufgabe.

Wie bereits erwähnt, hat man nun mit einer Mehrzahl an Partnerländern zu tun und die Anforderungen an die Unterstützung sind komplexer und schwieriger geworden. Vor diesem Hintergrund ist es unentbehrlich, die Kompetenz der Fachkräfte zu sichern, um auf diese Situation angemessen reagieren zu können. An der Unterstützungsarbeit sind derzeit zwar Rechtspraktiker und Wissenschaftler beteiligt, doch gibt es selten Fachkräfte, die sich auf die Unterstützung bei der Entwicklung eines Rechts- und Justizsystems spezialisiert haben. Unter den Juristen sind auch nur wenige, die überhaupt daran interessiert sind.

Unser Justizministerium ist stolz auf seinen Beitrag zur Unterstützung bei der Rechts- und Justizsystementwicklung, jedoch fehlt es an Nachwuchs. Wir hoffen, dass mehr Spezialisten auf diesem Gebiet ausgebildet werden, und halten es gleichzeitig für notwendig, eine Struktur zu schaffen, in der die gesammelten Erfahrungen und Kenntnisse unter den Beteiligten geteilt werden können.

Aus dieser Überlegung heraus veranstaltet das Justizministerium seit 2009 Symposien für Studenten, auf denen Erlebnisse der Unterstützungsarbeit simuliert werden, um die Ausbildung der Fachkräfte für die Zukunft zu stärken. Ich habe bereits das Gefühl, dass dadurch langsam aber sicher bei immer mehr jungen Menschen das Interesse an der Unterstützungstätigkeit geweckt wird.

Ich möchte als fünften Punkt zum Schluss die Frage der Evaluation aufgreifen.

Die Unterstützung bei der Rechts- und Justizsystementwicklung geschieht im Rahmen der konventionellen technischen Entwicklungshilfe. Deren Evaluation erfolgt nach den Kriterien des Ausschusses für Entwicklungshilfe der OECD, nämlich nach Angemessenheit, Wirksamkeit, Effizienz, Auswirkung und Nachhaltigkeit. Das gilt auch für die Unterstützung bei der Entwicklung eines Rechts- und Justizsystems. Da die japanischen Aktivitäten meistens nach dem Projektverfahren umgesetzt werden, wird von ihnen tendenziell eine quantitative Evaluation nach der *Logical Framework Matrix* gefordert. Diese Methode mag für Brückenbau- oder Straßenbauprojekte geeignet sein. Ob sie aber für die Evaluation der Unterstützungsarbeit bei der Entwicklung eines Rechts- und Justizsystems anwendbar ist, sollte meiner Meinung nach noch diskutiert werden. In vielen Punkten unterscheidet sich die Unterstützung auf diesem Gebiet von der technischen Hilfe. Demnach braucht man dafür wohl eine geeignetere Evaluationsmethode. Dies ist eine schwierige Frage, welche die Beteiligten jeweils für sich weiterhin überprüfen sollten.

Damit möchte ich meinen Vortrag zum Thema „Unterstützung von Schwellenländern beim Aufbau des Rechts- und Justizsystems durch das japanische Justizministerium“ beenden. Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit.

Zur politischen Dimension des Rechtstransfers – die deutsche Sicht

Birgit Grundmann * **

Meine sehr geehrten Damen und Herren,

in diesem Jahr feiern wir den 150. Jahrestag der Aufnahme diplomatischer Beziehungen zwischen Japan und Deutschland und ich freue mich, dass ich im Rahmen dieses Symposiums die Gelegenheit habe, einen Beitrag zur Würdigung dieses Ereignisses zu leisten.

Das Jubiläum bietet Anlass dafür, einen Blick auf die lange Tradition des rechtspolitischen Dialogs beider Länder zu werfen.

Ein Thema, das für Japan und Deutschland sowohl in der Vergangenheit als auch aktuell große Bedeutung hat, ist die Rezeption des Rechts im Rahmen der internationalen rechtlichen Zusammenarbeit. Deutschland und Japan unterstützen bereits seit vielen Jahren Entwicklungs-, Transformations- und Schwellenländer beim Aufbau rechtsstaatlicher Strukturen, die eine Voraussetzung für gesellschaftlichen Frieden, persönliche Freiheit und wirtschaftlichen Wohlstand bilden.

So engagiert sich Japan vor allem im asiatischen Raum und arbeitet unter anderem mit Vietnam bereits seit 1994 eng im Bereich des Rechtstransfers zusammen. Doch auch in Indonesien, Kambodscha, Laos, der Mongolei oder Zentralasien – um nur einige Beispiele zu nennen – leisten japanische Experten hervorragende Arbeit, sowohl durch die Unterstützung bei Gesetzgebungsvorhaben, als auch bei der Implementierung des Rechts.

Deutschland hingegen hat sich zunächst besonders in den Ländern Mittel-, Süd- und Osteuropas sowie in den Staaten der ehemaligen Sowjetunion engagiert und diese bei der Transformation hin zu einer marktwirtschaftlich orientierten Grundordnung unterstützt. Hierbei konnten wir insbesondere unsere eigenen Transformationserfahrungen einbringen, die wir im Rahmen der Wiedervereinigung gemacht haben. Mittlerweile sind mit den Ländern Zentralasiens, China und Vietnam weitere Tätigkeitsschwerpunkte hinzugekommen. Auch mit der Russischen Föderation gibt es eine intensive Zusammenarbeit. Und vor dem Hintergrund des „arabischen Frühlings“ haben wir jetzt auch eine

* Dr. iur., Staatssekretärin des Bundesministeriums der Justiz.

** Die Vortragsfassung ist beibehalten. Es gilt das gesprochene Wort.

enge Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Rechts mit den Transformationsländern des nördlichen Afrikas im Blick.

Doch ist ein Rechtstransfer in so unterschiedliche Länder mit so unterschiedlichen Gesellschaftssystemen und Rechtstraditionen überhaupt möglich und sinnvoll? Manche kritische Stimmen sprechen gar von der Untransferierbarkeit des Rechts. Andere stehen einem solchen Rechtstransfer aus unterschiedlichsten Gründen ablehnend gegenüber und befürchten etwa das Entstehen eines Rechts-Imperialismus.

Meine Damen und Herren,

warum also engagieren wir uns im Bereich der rechtlichen Zusammenarbeit? Was ist ihr Sinn und Zweck aus politischer Sicht? Und: Wie kann ein Rechtstransfer erfolgreich durchgeführt werden?

Um diese Fragen beantworten zu können, ist es zunächst erforderlich, den Begriff des Rechtstransfers näher zu beleuchten, da hierunter bisweilen verschiedene Konzepte verstanden werden.

In der Rechtswissenschaft, aber auch in der politischen Diskussion wird der Rechtstransfer häufig unter dem Begriff Rechtsexport diskutiert, was mitunter zu Missverständnissen führt. Bei dem Begriff Export handelt es sich um eine Anleihe aus dem Bereich des Wirtschaftslebens. Recht ist aber nun einmal kein Gegenstand, der einfach nur physisch über die Grenze des Importlandes gebracht werden müsste. Auch sind Import und Export in aller Regel mit einer Gegenleistung verknüpft.

Der Begriff „Rechtsexport“ trifft es also nicht richtig. Rechtstransfer oder schlicht rechtliche Zusammenarbeit schon eher. Vielleicht brauchen wir auch gar keinen neuen Begriff, sondern können auf den althergebrachten der Rechtsrezeption zurückgreifen.

Für die europäische Rechtsgeschichte war die Rezeption des römischen Rechts ein höchst bedeutsamer Vorgang. Deren Auswirkungen wirken in Deutschland bis zum heutigen Tag fort. Zahlreiche Fachbegriffe der deutschen Rechtssprache sind nach wie vor aus dem Lateinischen übernommen. Auch gehen viele Rechtsinstitute des bürgerlichen Rechts unmittelbar auf das römische Recht zurück.

Auch Japan hat gerade in den letzten 150 Jahren vielfältige Erfahrungen mit der Rezeption fremden Rechts gemacht; diese Erfahrungen kann Japan heute aktiv bei seiner Zusammenarbeit mit anderen Staaten nutzen. Der Transfer von Recht stellt also keine Erfindung der letzten Jahre dar, sondern ist seit der Entstehung des modernen Rechts in zahlreichen Regionen der Welt seit langem bekannt.

Aber warum sollten wir uns hier in Zeiten eng begrenzter finanzieller und personeller Ressourcen besonders engagieren? Warum ist dieses internationale Engagement trotz der zahlreichen Herausforderungen, vor denen Japan und Deutschland auf nationaler Ebene stehen, sinnvoll und zukunftsweisend?

Ganz einfach: Beim Rechtstransfer entsteht eine klassische *Win-win*-Situation, womit wir allerdings schon wieder eine terminologische Anleihe aus der Wirtschaft haben.

Zunächst zum Gewinn für unsere Partnerstaaten: Mit der rechtlichen Zusammenarbeit wecken wir dort ein Gespür für Rechtsstaatlichkeit und Rechtssicherheit. Auf- und Ausbau rechtsstaatlicher Strukturen sind eine Voraussetzung für gesellschaftlichen Frieden und persönliche Freiheit. Diese Erfahrung haben wir in Deutschland im Laufe unserer Geschichte mehr als einmal schmerzhaft machen müssen und wir können diese Erfahrung – auf weniger schmerzhaft Art – an unsere Partnerstaaten weitergeben.

Die Rechtsstaatlichkeit ist unverzichtbares Fundament einer modernen und offenen Gesellschaft. Sie ist der Garant für den Schutz der Rechte des Individuums und die Glaubwürdigkeit der staatlichen Institutionen.

Von unserem Engagement für den Rechtsstaat im Rahmen der internationalen rechtlichen Zusammenarbeit profitiert daher die Bevölkerung in unseren jeweiligen Partnerstaaten. Denn dort, wo Menschen zusammenleben, entstehen zwangsläufig Konflikte. Der Rechtsstaat liefert den Rahmen für eine geordnete Lösung dieser Konflikte mit friedlichen Mitteln.

Dies gilt selbstverständlich auch für das Verhältnis Bürger – Staat. Nur dort, wo Recht und Gesetz die bindende Vorgabe für alles staatliche Handeln sind und auch die staatliche Gewalt dem Vorrang des Gesetzes unterworfen ist, sind Rechtssicherheit, Schutz vor Willkür und Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz garantiert. Der Einsatz für den Rechtsstaat im Rahmen eines Rechtstransfers ist daher gleichzeitig ein Einsatz für die Menschenrechte.

Meine Damen und Herren,

rechtsstaatliche Strukturen in unseren Partnerstaaten nutzen aber auch uns – Sie erleichtern die internationale wirtschaftliche Zusammenarbeit und ein Engagement deutscher Wirtschaftsunternehmen. Sie führen zu einer erhöhten Attraktivität des Partnerlandes als Investitions-, Handels- und Tourismusstandort. Aus Sicht deutscher Unternehmen, die in den Partnerstaaten direkt investieren oder mit ihnen Handel treiben, wird Rechtsunsicherheit als erheblicher Kostenfaktor angesehen.

Ein Unternehmen wird kaum dort investieren, wo es Gefahr läuft, enteignet zu werden, oder wo es der Willkür staatlicher Behörden ausgesetzt ist. Potentielle Märkte bleiben in der Folge unerschlossen und das Wachstum der heimischen Industrie fällt hinter seine Möglichkeiten zurück.

Demgegenüber bedeutet es aus Sicht der deutschen Exportwirtschaft einen Gewinn an Rechtssicherheit und Rechtstransparenz (und damit an Investitionsattraktivität), wenn die Partnerstaaten nicht nur rechtsstaatliche Strukturen aufweisen, sondern die ausländische Rechtsordnung auch nach ähnlichen Regeln funktioniert wie das vertraute deutsche Kodifikationsrecht. Dieses Kodifikationsrecht hat im Wettbewerb der Rechtsordnungen aus unserer Sicht einen wesentlichen Vorteil gegenüber dem Common-law-System. Hier darf ich aus einer gemeinsamen Broschüre des deutschen und französischen Justizministeriums zum kontinentalen Recht zitieren:

„Kodifikationsrecht ist vorhersehbar, bezahlbar und durchsetzbar. Unsere Gesetzbücher sorgen für Rechtssicherheit. In ihnen ist transparent und verständlich geregelt, welches Recht gilt. Das vermeidet lange und teure Verträge im Wirtschaftsleben. Auch bei einem Rechtsstreit vor Gericht ist klar, nach welchen Gesetzen die Richterinnen und Richter entscheiden. Dadurch lassen sich Risiken und Kosten eines Rechtsstreits besser voraussehen. Und wenn ein Gericht entschieden hat, werden seine Urteile rasch und effektiv vollstreckt, auch dafür steht unsere Rechtsordnung.“

Und das – damit sind wir wieder bei der *Win-win*-Situation – nutzt allen Beteiligten, den Akteuren in den Partnerländern, aber auch den deutschen Unternehmen, die dort investieren.

Meine Damen und Herren,

wir setzen, um es deutlich zu sagen, auf eine angebotsorientierte Rechtsberatung. Das heißt, wir bestimmen mit, welche Ziele und Fragen mit dem jeweiligen Partnerstaat aufgegriffen und welche Schwerpunkte gesetzt werden. Und dabei richten wir uns an den folgenden Interessen aus:

- rechtspolitische Interessen, die sich auf die Verbreitung international anerkannter rechtsstaatlicher Grundstandards (Menschenrechte einschließlich strafrechtlicher Grundstandards, Verfassung) konzentrieren;
- wirtschaftspolitische Interessen (insbesondere im Hinblick auf die deutsche Exportwirtschaft, aber auch auf die in dem Land investierenden deutschen Unternehmen);
- sicherheits-, verteidigungs- und außenpolitische Interessen (insbesondere Stabilisierung von Schlüsselländern durch Recht);
- humanitäre Interessen in Notlagen.

Und es ist deshalb auch in unserem eigenen Interesse, wenn sich unser Engagement nicht nur auf bestimmte, wenige Rechtsgebiete erstreckt. Den Ansatz mancher Staaten und internationaler Institutionen, den von ihnen angebotenen Rechtstransfer von vornherein nur auf das Handels- und Wirtschaftsrecht zu beschränken, halten wir für wenig zielführend. Zwar vermag diese Fokussierung bei einer oberflächlichen Kosten-Nutzen-Rechnung des eigenen Engagements auf den ersten Blick nachvollziehbar sein, weil hierdurch bilaterale Handels- und Wirtschaftsbeziehungen kurzfristig gestärkt werden. Nachhaltig ist eine solche Beschränkung aber nicht.

Insbesondere schafft man damit keine langfristige *Win-win*-Situation, denn der Partnerstaat erhält zwar ein modernes Wirtschaftsrecht, aber noch lange keinen Rechtsstaat.

Wir als Bundesministerium der Justiz meinen jedenfalls, dass ein für beide Seiten fruchtbarer Rechtstransfer thematisch möglichst vielfältig ausgestaltet sein muss. Die rechtliche Zusammenarbeit mit unseren Partnerländern findet daher grundsätzlich auf allen Gebieten des Rechts statt und reicht vom Verfassungsrecht über das Strafrecht, das Berufsrecht der freien Berufe bis hin zum Familienrecht.

Meine Damen und Herren,

zu einem modernen und für beide Seiten erfolgreichen Rechtstransfer gehört aber mehr als die klassische Unterstützung bei der Gesetzgebung. Was nützt das beste Recht, wenn es nicht durchgesetzt werden kann?

Wir müssen uns also auch der Implementierung und einheitlichen Anwendung der Gesetze in unseren Partnerstaaten widmen. Ohne den Aufbau einer unabhängigen Justiz und einer funktionierenden Verwaltung wäre die gesetzliche Einräumung materieller Rechte unvollständig. Die tatsächliche Möglichkeit der prozessualen, gerichtlichen Geltendmachung und Durchsetzung von Rechten stellt daher einen wichtigen Bestandteil unserer Arbeit dar.

Und dazu gehört natürlich auch die Verbreitung von Wissen um die eigenen Rechte und die Möglichkeiten ihrer Durchsetzung. Dann kann man auch mit dem aus dem römischen Recht stammenden Grundsatz „Wo kein Kläger, da kein Richter“ leben.

Meine Damen und Herren,

damit möchte ich mich den nächsten Fragen zuwenden: Wie funktioniert ein solcher Rechtstransfer überhaupt und wer sind die Akteure?

Zunächst ist festzuhalten, dass wohl keine Rechtsordnung eine andere Rechtsordnung freiwillig eins zu eins übernimmt. Das Recht ist Teil der nationalen Kulturordnung und immer Ausdruck eines gewachsenen gesellschaftlichen Konsenses über Werte und Zielvorstellungen; eine Übernahme ohne Änderungen und Anpassungen ist daher wenig zielführend. Vielmehr müssen immer die jeweils vorhandenen kulturellen und historischen Rahmenbedingungen in unseren Partnerstaaten beachtet werden, weil eine untrennbare Interdependenz zwischen Recht und Gesellschaft besteht.

Der Rechtstransfer ist eben keine „one way street“, sondern ein kreativer gegenseitiger Lern- und Austauschprozess, bei dem wir uns aktiv, aber nicht rechthaberisch für deutsche und europäische Lösungsmodelle einsetzen.

Meine Damen und Herren,

in unserer langjährigen Arbeit haben wir sehr unterschiedliche Maßnahmen durchgeführt und zahlreiche Erfahrungen gesammelt. Als ganz besonders gewinnbringend hat sich aus unserer Sicht der Austausch von Justiz- und Verwaltungspersonal für längere Praktika an Schwestereinrichtungen in den jeweiligen Partnerstaaten erwiesen. Dies ermöglicht den kontinuierlichen fachlichen Austausch anhand von Beispielen aus der täglichen Praxis. Gleichzeitig erhalten die Teilnehmer des Austausches einen umfassenden Einblick in die Arbeitsweise der Kollegen sowie den Aufbau und die Organisation der Behörden und Gerichte. Auch knüpfen sie persönliche Kontakte, die lange über den eigentlichen Transferprozess hinaus wirken.

Das rezipierende Land ist niemals *Objekt* eines Transfervorgangs, sondern stellt ein gleichberechtigtes *Subjekt* dar. Die Rechtsrezeption kann nur dann erfolgreich sein, wenn sich die beiden Rechtsordnungen und Rechtskulturen tatsächlich begegnen und in einen Austausch treten. Andernfalls wird das rezipierte Recht nicht zum Bestandteil der jeweiligen nationalen Rechtsordnung, sondern bleibt ein Fremdkörper, der von den Menschen nicht angenommen wird.

Unsere rechtliche Zusammenarbeit speist sich also nicht aus der Vorstellung, unsere Rechtsordnung sei überlegen. Im Gegenteil: Es ist für uns selbstverständlich, dass auch im Rahmen unserer eigenen nationalen Reformen auf Normen anderer Rechtsordnungen, die sich bewährt haben, zurückgegriffen wird. Es gilt auch hier die sprichwörtliche Weisheit, dass das Rad nicht immer wieder neu erfunden werden muss.

Auch an diesen Erfahrungen möchten wir unsere Partnerstaaten teilhaben lassen, genauso wie wir von ihren Einsichten profitieren mögen.

Die konkrete Zusammenarbeit richtet sich in der Praxis nach dem Stand der Entwicklung und der Interessenlage, in der sich der jeweilige Partnerstaat aktuell befindet. So bedarf der Aufbau elementarer Strukturen in nachrevolutionären Rechtsordnungen anderer Instrumente als die Unterstützung von Beitrittskandidaten zur Europäischen Union, die vor der Aufgabe stehen, den *acquis communautaire* – also die Gesamtheit aller für Mitgliedsstaaten der EU verbindlichen Rechtsakte – in nationales Recht umzusetzen und anzuwenden.

Noch andere Anforderungen setzt der Rechtstransfer zwischen wirtschaftlich weit entwickelten Partnerstaaten, wie z.B. Japan und Deutschland, voraus, die bestimmte Bereiche ihrer Rechtsordnung modernisieren und hierzu auf Anregungen und Erfahrungen anderer Länder zurückgreifen.

Meine Damen und Herren,

vergleicht man nun die Akteure auf deutscher und japanischer Seite, die bei der Umsetzung der internationalen rechtlichen Zusammenarbeit tätig sind, so treten deutliche Unterschiede zu Tage. In Japan wird primär ein zentralistischer Ansatz verfolgt. Ansprechpartner sind hier in erster Linie das Justizministerium und das Außenministerium sowie die *Japan International Cooperation Agency* (JICA).

In Deutschland hingegen verteilen sich Aktivitäten der internationalen rechtlichen Zusammenarbeit auf zahlreiche Träger. Neben dem Bundesministerium der Justiz sind häufig auch die Justizministerien der einzelnen Bundesländer im Bereich des Rechtstransfers tätig und arbeiten auf zahlreichen Gebieten mit bestimmten Partnerstaaten zusammen.

Parallel dazu führen die *Deutsche Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit* (IRZ-Stiftung) und die *Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit* (GIZ) – oftmals im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz – Beratungsmaßnahmen im Bereich der Justizreform oder bei Gesetzgebungsvorhaben durch. Aber auch die poli-

tischen Stiftungen, die die verschiedenen parlamentarischen Strömungen widerspiegeln, unterstützen unsere Partnerstaaten im Bereich des Rechtstransfers – angefangen bei der *Konrad-Adenauer-Stiftung* über die *Friedrich-Ebert-* und die *Friedrich-Naumann-Stiftung* bis hin zur *Heinrich-Böll-* oder der *Rosa-Luxemburg-Stiftung*.

Dieser dezentrale Ansatz kommt besonders gut in der Gründung des Bündnisses für das deutsche Recht zum Ausdruck.

Das Bundesministerium der Justiz und die Organisationen der juristischen Berufe in Deutschland haben sich zu diesem Bündnis zusammengeschlossen, um sich für die Verbreitung menschenrechtlicher Standards und rechtsstaatlicher Strukturen sowie für die Außendarstellung des kontinentalen Rechtsstandortes Deutschland zu engagieren. Auch soll durch die Übersetzung deutscher Gesetzestexte der Zugang zum geltenden Recht für unsere ausländischen Partner erleichtert werden.

Diese dezentrale Herangehensweise, die sich aus unserer Sicht in der Vergangenheit bewährt hat, bietet den Vorteil, dass die Kräfte der gesamten „Justizfamilie“ gebündelt werden. Das juristische Fachwissen, das in den jeweiligen Organisationen und Stiftungen vorhanden ist, kann direkt und ohne Umwege weitergegeben werden, weil diese ebenfalls unmittelbar mit unseren Partnerstaaten zusammenarbeiten.

Dieser Ansatz hat allerdings einen Preis: Er erfordert einen höheren Koordinierungsaufwand, um ein möglichst einheitliches Auftreten gegenüber unseren ausländischen Partnern sicherzustellen. Denn ungeachtet der bestehenden Partikularinteressen der unterschiedlichen Akteure ist bei der internationalen rechtlichen Zusammenarbeit stets das gemeinsame Ziel zu berücksichtigen.

Und das aus gutem Grund: Für die deutsche internationale rechtliche Zusammenarbeit bildet die freiheitlich-demokratische Grundordnung die Basis der Kooperation.

Zwar existiert keine Blaupause für den einzig richtigen Weg, einen Rechtsstaat zu schaffen. Gleichwohl stellen die Grundprinzipien des Verfassungsstaats, die Achtung der Menschenrechte und die Einhaltung der Gewaltenteilung elementare Bestandteile der Rechtsstaatlichkeit dar und sind unsere Leitprinzipien für eine nachhaltige demokratische Entwicklung in unseren Partnerstaaten.

Meine Damen und Herren,

unsere Gesellschaften sind rasanten Entwicklungen unterworfen, die sich unter dem Stichwort „Globalisierung“ – insbesondere in der weltweiten Arbeitsteilung und immer engere Vernetzung von Menschen und Märkten – widerspiegeln. Dadurch werden auch Japan und Deutschland bei der Weiterentwicklung ihrer eigenen Rechtsordnungen vor immer neue Herausforderungen gestellt.

Schon deshalb ist auch der Austausch zwischen den „Rechtsexporteurs“ selbst sinnvoll und sollte zukünftig verstärkt werden.

Sowohl auf japanischer als auch auf deutscher Seite werden im Rahmen von Rechtstransferprozessen wertvolle Erkenntnisse über Rechtschöpfung, Rechtssetzung und Rechtsanwendung gewonnen.

Ein vertiefter Austausch hierüber wäre – zumal wir ja zum Teil in den gleichen Ländern tätig sind – nicht nur für weitere Rechtstransferprozesse gewinnbringend, sondern würde auch unser jeweils eigenes Verständnis von unserem Recht und seiner Wirkungsweise erweitern und vervollständigen. Gerade vor dem Hintergrund der historisch fundierten Gemeinsamkeiten unserer Rechtsordnungen können wir alle nur profitieren. In diesem Sinne freue ich mich auf einen intensiven Austausch mit den japanischen Teilnehmern, für den dieses Forum hier einen hervorragenden Rahmen bildet.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Transfer des Rechtsstaats – aus japanischer Sicht

Tokiyasu Fujita * **

- I. Problemstellung
 - 1. „Rechtsstaat“ als Regelung zwischen Privatpersonen oder zwischen Privatperson und Staatsgewalt?
 - 2. „Rechtsstaat“ oder „Rule of Law“
- II. Die Hintergründe für das unterschiedliche Problembewusstsein zwischen Japan und Deutschland
 - 1. Die unterschiedliche politische Lage in den Nachbarländern
 - 2. Die sich aus dem historischen Kontext ergebenden Schwierigkeiten
 - 3. Erfahrung beim Transfer des Rechtsstaats
 - 4. Über die Frage „Rechtsstaat oder Rule of Law“
- III. Die bisherige „Rechtsunterstützung“ und Ausblick in die Zukunft
 - 1. Zusammenfassung der bisherigen „Rechtsunterstützung“
 - 2. Grundvoraussetzungen für einen erfolgreichen „Transfer des Rechtsstaats“

I. PROBLEMSTELLUNG

Die mir für diesen Vortrag auferlegte Aufgabe lautet, meine Gedanken als japanischer Wissenschaftler des öffentlichen Rechts und ehemaliger OGH-Richter darüber mitzuteilen, was Japan im Bezug auf das genannte Thema, also auf den Transfer des Rechtsstaats, tun kann. Da aber dieses Thema recht vage ist, besteht die Gefahr, dass es den Ausführungen an Bestimmtheit des zu behandelnden Gegenstandes fehlt und ins Uferlose gerät, solange insbesondere dem Begriff des Rechtsstaats keine fest umrissene Bedeutung zugeteilt wird.

* Dr. iur., Richter am Obersten Gerichtshof Japans a.D.; Professor em. an der Tohoku Universität, Sendai.

** Dieser Vortrag wurde von Herrn *Jan-Martin Wilhelm*, FernUniversität in Hagen, Institut für Japanisches Recht, ins Deutsche übersetzt.

1. „Rechtsstaat“ als Regelung zwischen Privatpersonen oder zwischen Privatperson und Staatsgewalt?

Die Ziele der sog. „Rechtsunterstützung“ für Entwicklungsländer, die auch unser Land aktiv betreibt, werden üblicherweise damit erklärt, in den Nehmerländern „den Grundsatz der *rule of law* zu etablieren“.¹ Der Schwerpunkt der in diesen Fällen durchgeführten „Unterstützung“ lag zumindest bisher auf der Kodifikation von Gesetzen wie etwa eines Zivil-, Handels- oder Zivilprozessgesetzes und – um diesen Wirkung zu verleihen – in der Ausbildung von Juristen. Damit wird die Schaffung einer rechtlichen Ordnung für den Handel zwischen Privatpersonen bzw. unter Unternehmen verfolgt. Der deutsche Begriff des Rechtsstaats hat aber meiner Ansicht nach nicht unbedingt dieselbe Bedeutung. Denn der Begriff des Rechtsstaats wird üblicherweise weniger im Zusammenhang mit den rechtlichen Regelungen unter Privatpersonen, als vielmehr im Zusammenhang mit Regelungen zwischen Privatpersonen und der Staatsgewalt verwendet. Der Begriff bezeichnet mithin eine Staatsordnung, die den Schutz der Grundrechte ihrer Bürger zum Ziel hat, was wiederum die Achtung des Demokratieprinzips und der Gewaltenteilung voraussetzt. Rechtstransfer bedeutet in diesem Fall, eine derartige Staatsordnung, also eine Verfassung, in Staaten herbeizuführen, in denen eine solche noch nicht existiert. Beispielsweise kann man nicht sagen, dass eine Diktatur ein Rechtsstaat in diesem Sinne ist; dennoch ist es auch in einer Diktatur möglich, dass Zivil- und Strafprozesse auf gesetzlichen Grundlagen beruhen.

Allerdings hat auch ein Gesetz, das Regelungen zwischen Privatpersonen trifft, selbstverständlich einen Bezug zur Staatsgewalt, wenn es gerichtlich durchgesetzt werden soll. In diesem Sinne ist es nicht vollkommen unabhängig vom „Rechtsstaat“. Wie gerade die japanische Geschichte zeigt, ist eine Entwicklung hin zu einem Rechtsstaat dergestalt vorstellbar, dass zunächst mit der Schaffung von Zivil-, Straf- und insbesondere Handelsrecht im Zuge des Austausches mit den westlichen Ländern begonnen wird, in denen bereits das Rechtsstaatsprinzip verwirklicht ist, und erst allmählich auch auf der Ebene der Verfassung der Rechtsstaat im eigentlichen Sinne etabliert wird. Von daher möchte ich folgend die Begriffe „Stufe 1“ (abgekürzt: „S1“) für diese Vorstufe und „Stufe 2“ („S2“) für die Stufe des „Rechtsstaates“ im ursprünglichen Sinne dieses Begriffes verwenden.

1 Vgl. beispielsweise die Projektforschungen über die Unterstützung bei der Schaffung gesetzlicher Grundlagen: Abteilung für gemeinnützige Maßnahmen der Selbstverwaltungskörperschaft Japan International Cooperation Agency (JICA), „*Hô no shihai*” no jitsugen o mezashite – JICA no hô-seibi-shien no tokushoku [Das Streben nach der Verwirklichung des „*rule of law*“ – Die Eigenart der Unterstützung bei der Schaffung gesetzlicher Grundlagen durch die JICA], Juli 2009, Kôkyô JR09-015.

2. „Rechtsstaat“ oder „Rule of Law“

Es scheint eine Diskussion darüber zu geben, in welcher Weise die oben genannte, in vielen Ländern durchgeführte „Rechtsunterstützung“ angelegt sein sollte, ob sie nach angloamerikanischer Art des *Common Law* oder nach kontinental-europäischer Art des *Civil Law* zu erfolgen hat, und welche der beiden zweckmäßiger ist.² Sofern man diese Frage im Sinne der obigen Einteilung der Rechtsstaats-Stufe S2 zuordnet, entspricht sie der später näher zu erläuternden, nach dem Zweiten Weltkrieg im japanischen Verfassungsrecht oft diskutierten Frage, ob der in der japanischen Verfassung verankerte „Konstitutionalismus“ (*hōchi shugi*) dem „Rechtsstaat“ (*hōchi kokka*) des kontinental-europäischen (und insbesondere deutschen) Rechts, oder aber der „Rule of Law“ (*hō no shihai*) des angelsächsischen (und insbesondere US-amerikanischen) Rechts gleichkommt. Wenn man also vom „Transfer des Rechtsstaats“ spricht, so stellt sich die Frage, ob mit „Rechtsstaat“ das (von der Herkunft her) enger umgrenzte kontinentaleuropäische (hier hauptsächlich deutsche) oder aber ein weit gefasstes, auch die angloamerikanische „Rule of Law“ umfassendes Staatssystem gemeint ist. So oder so führt dies aber zur Frage nach den Vorzügen und Nachteilen von „Rechtsstaat“ und „Rule of Law“.

Basierend auf diesen Überlegungen möchte ich das heutige Thema „Transfer des Rechtsstaats“ unter den Voraussetzungen vertiefen, dass sachlich unter „Rechtsstaat“ einstweilen der oben genannte „Rechtsstaat“ im engeren, verfassungsrechtlichen Sinne zu verstehen ist und der Begriff zudem auf das heutige Rechtsstaatssystem kontinental-europäischer Art beschränkt wird.

II. DIE HINTERGRÜNDE FÜR DAS UNTERSCHIEDLICHE PROBLEMBEWUSSTSEIN ZWISCHEN JAPAN UND DEUTSCHLAND

Wenn man das Thema auf die obigen Überlegungen beschränkt, so denke ich, dass zumindest im heutigen Stadium zwischen Japan und Deutschland ein gewisser Unterschied beim Problembewusstsein im Bezug auf den „Transfer des Rechtsstaats“ besteht. In Deutschland wurde nämlich der Zusammenbruch der Sowjetunion als Anlass genommen, dieses Thema als aufkommende „aktuelle Frage“ aufzufassen, während Japan noch nicht in dieser Situation ist. Der Status quo Japans verharrt grundsätzlich immer noch sozusagen auf der Stufe von S1. Als Gründe hierfür sind vermutlich die folgenden Umstände zu nennen.

2 Als Beispiel sei hier das von der Japan Federation of Bar Association, der deutschen Bundesrechtsanwaltskammer und der ABA Section of International Law gemeinsam veranstaltete Symposium „Legal Technical Assistance to Developing Countries in Asia – Institutional Differences and Competition between Common Law and Civil Law and the Strategies of Japanese Assistance“ am 22. Juni 2009 in Tokyo genannt.

1. Die unterschiedliche politische Lage in den Nachbarländern

Der politische Wandel infolge der Wiedervereinigung von West- und Ostdeutschland, des Auseinanderbrechens der Sowjetunion und des Verlangens der osteuropäischen Staaten nach einer Annäherung an den Westen führte dazu, dass in Deutschland das Thema in den vergangenen zwei Jahrzehnten als aktuelle Frage im Vordergrund stand. Demgegenüber hat in der politischen Umgebung Japans – zumindest in den vergangenen 20 Jahren – kein vergleichbarer Wandel stattgefunden. Zwar ist eine staatliche Eigenständigkeit von Teilgebieten der Volksrepublik China, wie etwa von Tibet, Uiguristan oder der Inneren Mongolei theoretisch vorstellbar, doch die Wahrscheinlichkeit einer solchen Entwicklung ist für die nahe Zukunft äußerst gering. Auch wenn man berücksichtigt, dass die seinerzeitigen Entwicklungen in Ostdeutschland und der Sowjetunion für westliche Beobachter überraschend kamen, und dass sich aktuell im Hinblick auf den aktuellen politischen Wandel im Nahen Osten nicht prophezeien lässt, was wann passieren wird, so ist doch im Falle Chinas eine solche grundlegende Veränderung nach heutigem Stand vorerst auszuschließen. Auch bei einer Wiedervereinigung auf der koreanischen Halbinsel wäre die Etablierung eines Rechtsstaats im Norden, ähnlich wie zuvor in Deutschland, vordringlich die Aufgabe Südkoreas, das bereits mit einem eigenen hervorragenden Rechtsstaatssystem ausgestattet ist.

2. Die sich aus dem historischen Kontext ergebenden Schwierigkeiten

Die Nachbarstaaten Deutschlands erkennen an, dass sich das Land seiner so genannten „historischen Verantwortung“ gestellt hat, so dass von daher kaum Schwierigkeiten im Bezug auf den „Transfer des Rechtsstaats“ zu existieren scheinen. Japan dürfte sich demgegenüber in einer anderen Lage befinden. Selbst in der Beziehung zu dem Nachbarstaat Südkorea, der heute ein uneingeschränkter Rechtsstaat ist und mit Japan in enger politischer und wirtschaftlicher Verbindung steht, ist das seit sehr langer Zeit bestehende starke Misstrauen noch immer nicht abgebaut, wenn es darum geht, Kultur aus Japan zu importieren. Wenn also vom Transfer eines Rechtsinstituts aus Japan die Rede ist, welches Fragen der staatlichen Verfassung betrifft, ist größte Bedachtsamkeit vonnöten. Keinesfalls darf man dem Misstrauen mit einer Haltung begegnen, die von Seiten des Nehmerlandes als „Oktroi“ der Eigenart der japanischen Rechtsordnung verstanden werden könnte, auch wenn dies gar nicht beabsichtigt ist und der Transfer aus reiner Redlichkeit angeregt wird. Von daher muss gesagt werden, dass Japan gewissen Beschränkungen unterliegt, wenn es darum geht, bei dem Thema „Transfer des Rechtsstaats“ aktiv zu handeln.

3. Erfahrung beim Transfer des Rechtsstaats

In den vergangenen 150 Jahren hat Deutschland als „Exportland“ des Rechtsstaats einige Erfolgserlebnisse vorzuweisen, von denen Japan ein Musterbeispiel darstellt.

Außerdem hat es durch die Wiedervereinigung mit der Einführung des Bonner Grundgesetzes auf der Gebiet der ehemaligen DDR sehr wichtige Erfahrungen gesammelt. Demgegenüber war Japan in der Vergangenheit grundsätzlich Importland bezüglich des „Rechtsstaates“ bzw. der „Rule of Law“.

Sicherlich ist es eine historische Tatsache, dass der Rechtsstaat deutscher Art in Taiwan und Südkorea weitgehend nicht direkt, sondern indirekt über Japan rezipiert wurde. Dessen Fortbestand ist grundsätzlich zunächst einmal nichts anderes als ein tatsächlicher Fortbestand desjenigen Rechts, welches in den seinerzeitigen Kolonien Japans Anwendung fand. Dass Taiwan und Südkorea dieses Recht nach Erlangung der Unabhängigkeit aber weiterhin angewendet haben, beruht indes auf deren selbstständiger Entscheidung. Hier bestehen mithin gewisse Abweichungen gegenüber dem üblichen Rechtstransfer.

Im Übrigen kann man sagen, dass sich Japan auch heute noch in einem Stadium befindet, in dem sozusagen noch Arbeiten zur Vervollkommnung des Rechtsstaats stattfinden. So wird beispielsweise bei der Reform des Verwaltungsprozessgesetzes, welche eine wichtige Säule im Rahmen der aktuellen Bemühungen um eine Reform des Justizwesens darstellt, eine „für die Bürger einfach in Anspruch zu nehmende Verwaltungsprozessordnung“ angestrebt und es sind dabei auch gewisse Erfolge erzielt worden. Obwohl nach dem Zweiten Weltkrieg unter der neuen Verfassung eine Verwaltungsprozessordnung eingeführt wurde, die im Vergleich zu jener unter der Meiji-Verfassung einen außerordentlich breiten Rechtsschutz bot, existierten in Wirklichkeit dennoch verschiedene institutionelle Hindernisse, die deren Wirksamkeit hemmten. Die Reform zielte daher darauf ab, diese Hindernisse zu revidieren, um so eine für die Bürger besser zugängliche Verwaltungsprozessordnung zu verwirklichen. Dieses Problembewusstsein lässt sich auch an den verschiedenen gestaltenden Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in den vergangenen Jahren erkennen, die eine Lockerung der Prozessvoraussetzungen für die Anfechtungsklage zum Ziel hatten.

4. Über die Frage „Rechtsstaat oder Rule of Law“

Als eine Frage auf der S1-Stufe werden in Deutschland Kritik und Bedenken gegenüber der US-amerikanischen Haltung geäußert, die aufgrund der Auffassung, dass das *Common Law* im Vergleich zum *Civil Law* das überlegenere Recht darstelle, bei der Rechtsunterstützung exklusiv die Verbreitung der angloamerikanischen Rechtsordnung voranzutreiben gedenkt.³ Dieses Problembewusstsein taucht selbstverständlich auch auf der S2-Ebene auf.

Diesbezüglich stand Japan nach der Meiji-Restauration zunächst unter dem Einfluss des kontinentaleuropäischen „Rechtsstaates“, und nach dem Zweiten Weltkrieg durch

3 Ein typisches Beispiel dafür ist die vom ehemaligen Botschafter der Bundesrepublik Deutschland in Japan, *Henrik Schmiegelow*, beim oben (Fn. 2) genannten Symposium gehaltene Grundsatzrede: „Institutional Competition Between Common Law and Civil Law“.

die Okkupationspolitik der amerikanischen (alliierten) Besatzungsmacht darüber hinaus auch einen starken Einfluss des US-amerikanischen Recht erfahren. Ein bezeichnendes Beispiel dafür ist das Gerichtswesen: Die Tatsache, dass die gesamte Gerichtsbarkeit inklusive des Verfassungs- und Verwaltungsverfahrens in Japan heute auf den Obersten Gerichtshof konzentriert ist, unterscheidet sich auch sehr stark vom Gerichtswesen anderer asiatischer Staaten, die vom kontinentaleuropäischen Recht beeinflusst wurden. Unter diesen Bedingungen hat insbesondere die japanische Verfassungsrechtswissenschaft den Rechtsstaat kontinentaleuropäischer (insbesondere deutscher) Art üblicherweise als „Rechtsstaat“ sowie denjenigen angloamerikanischer Art als „Rule of Law“ bezeichnet und dazu die öffentlich-rechtliche Grundsatzfrage diskutiert, welchem der beiden Modelle der Konstitutionalismus (*hōchi shugi*) in der heutigen japanischen Verfassung entspricht. Bezüglich dieser Frage fällt es schwer zu verneinen, dass in Wahrheit eine Mischform beider Modelle Anwendung findet. So existiert beispielsweise die Auffassung, dass der Verwaltungsprozess auch unter dem heutigem System der einheitlichen Gerichtsbarkeit vom Zivilprozess zu unterscheiden ist und dafür gibt es mit dem Verwaltungsprozessgesetz entsprechend auch ein besonderes Verfahrensrecht.

Bezüglich des Spannungsverhältnisses von „individuellem Grundrechtsschutz“ und „Überlegenheit der Exekutive“, das den größten Unterschied zwischen „Rechtsstaat“ und „Rule of Law“ kennzeichnet,⁴ bedarf es keiner besonderen Hervorhebung, dass der Grundrechtsschutz unter der japanischen Verfassung weitreichend gewährleistet ist und auch was die Frage der Überlegenheit der Exekutive im Prozessrecht betrifft, so wurde beispielsweise bei der aktuellen Reform des Verwaltungsprozessrechts gegen die Ausübung hoheitlicher Gewalt unter anderem die Verpflichtungsklage und die Unterlassungsklage anerkannt. Ginge man davon aus, dass der Konstitutionalismus im japanischen Verfassungsrecht in der Vergangenheit eigentlich dem deutschen Rechtsstaat entsprach, so kann man aufgrund dieser Beispiele sagen, dass die Frage „entweder Rechtsstaat oder Rule of Law“ heutzutage kaum noch substantielle Bedeutung hat.

Aus diesen Gründen besteht – wenn es um den „Transfer des Rechtsstaats“ von Japan aus geht – (anders als in Deutschland) kein dringender Bedarf zu problematisieren, ob es sich dabei um den „Rechtsstaat“ oder aber dem „Rule of Law“ handeln muss. Für Japan gilt, dass es nicht nur reicht, wenn man die Eigenart der gegenwärtigen Rechtsordnung Japans (also die Mischform) als Prämisse voraussetzt und sich dann (sollte sie sich als erfolgreich erweisen) über deren Transfer Gedanken macht, sondern dass dies der einzige Weg ist.

4 In Japan herrschte bei dieser Problemstellung die allgemeine Auffassung, dass beim „Rechtsstaat“ der Grundrechtsschutz im Vergleich zum „Rule of Law“ eher schwächer und die Überlegenheit der Exekutive eher stärker ausgeprägt ist.

III. DIE BISHERIGE „RECHTSUNTERSTÜTZUNG“ UND AUSBLICK IN DIE ZUKUNFT

1. Zusammenfassung der bisherigen „Rechtsunterstützung“

Wie bereits erwähnt, kann man sagen, dass die von japanischer Seite bisher geleistete „Rechtsunterstützung“ – sofern man diese vom Standpunkt des „Transfers des Rechtsstaats“ aus betrachtet – immer noch auf der S1-Ebene verharrt. Diese Tatsache ist, wie auch die Art und Weise der Unterstützung, keinesfalls falsch, sondern sehr vernünftig. Denn diese Hilfe, die grundsätzlich im Rahmen von Projekten der *Japan International Cooperation Agency (JICA)* hauptsächlich in den drei indochinesischen Ländern (insbesondere in Vietnam und Kambodscha) geleistet wurde, erfolgte ausschließlich auf Anfrage der unterstützten Länder, Hilfe bei der Kodifizierung von Zivil-, Handels- oder Zivilprozessgesetzen zu leisten oder Juristen auszubilden. Auch waren die bisher erteilten Ratschläge nicht darauf ausgerichtet, eine bestimmte Rechtskultur zu oktroyieren, sondern bezweckten vielmehr lediglich das Aufzeigen der Auswahlmöglichkeiten und den Dialog.⁵ Man kann sagen, dass unser Land vor dem Hintergrund seiner bereits erwähnten historischen Rezeption fremden Rechts mehr als andere Länder rechtsvergleichende Forschungen zum ausländischen Recht, namentlich dem europäischen oder angloamerikanischen Recht, betrieben hat, wodurch heute eine inhaltlich substantielle Unterstützung geleistet werden kann. Allerdings sei hier nochmals erwähnt, dass der Schwerpunkt der bisher geleisteten Rechtsunterstützung auf der Schaffung von Gesetzen für den Handelsverkehr, nämlich vor allem Zivil- und Handelsgesetzen, lag und nicht die Verfassung betraf, deren Kern der „Rechtsstaat“ bildet. Dass eine Erweiterung der Unterstützung auf letzteren Aspekt mit Schwierigkeiten verbunden wäre, habe ich bereits erwähnt, aber wenn man dem noch etwas hinzufügen möchte, so dürfen die folgenden grundsätzlichen Probleme nicht übersehen werden.

2. Grundvoraussetzungen für einen erfolgreichen „Transfer des Rechtsstaats“

Zuallererst gilt, dass der Rechtsstaat des modernen Westens allgemeine Grundsätze wie etwa Demokratie oder Menschenrechte unabdingbar voraussetzt. Damit diese hinreichend Wurzeln schlagen, müssen als deren Grundvoraussetzungen gewisse soziale und wirtschaftliche Standards erfüllt werden. Würde man diese Grundsätze ohne diese Bedingungen rein formell einführen, könnten sie substantiell keine Wirkung entfalten. Japan brauchte auch ein Jahrhundert und war in diesem Zeitraum gezwungen, zahlreiche Opfer zu bringen, bis man die heutige Form des Rechtsstaats erreicht hat.

Zudem gibt es weltweit viele Personen, die bezweifeln, dass der westliche „Rechtsstaat“ bzw. die „Rule of Law“ weltweit einsetzbare, universelle Grundsätze sind. Diese Kritik wurde auch in Japan in der Vergangenheit geäußert und wird teilweise bis heute noch hartnäckig vertreten. Diese Kritik findet sich selbstverständlich in fundamentalistischen islamischen Staaten, ist aber auch beispielsweise in der Volksrepublik China an-

5 Vgl. dazu die Materialien in Fn. 1

zutreffen, wo als Staatsräson gilt, dass das Land seine „eigene Art von Menschenrechte und Demokratieprinzip“ habe.

Zunächst gilt, dass die Frage, wie die Verfassung eines Staates zu gestalten ist, selbstverständlich das Volk dieses Staates zu beantworten hat. Was wir dabei tun können, ist streng beschränkt auf das Geben von Hinweisen und das Erteilen von Ratschlägen. Und damit diese Hinweise und Ratschläge wirksam funktionieren, ist es unerlässlich zu verstehen, was die andere Seite genau benötigt und verlangt.

So hat zum Beispiel der Rechtsanwalt *Naoshi Sato*, der im Rahmen eines Entwicklungshilfeprojekts der JICA als langfristig entsandter Experte von 2004 bis 2006 vor Ort in den aufnehmenden Staaten tätig war, einen interessanten Bericht über seine damaligen Erfahrungen erstattet.⁶ Seinen Aussagen nach wurde er von vietnamesischen Juristen oft gefragt: „Informationen über das japanische Recht kann man etwa über das Internet leicht erhalten, aber was wir wissen wollen (und was man nicht über das Internet erhalten kann), ist der japanische Entwicklungsprozess und dessen Hintergründe. Insbesondere wollen wir wissen, was für Fehler gemacht wurden, welche Lehren daraus gezogen wurden und wie durch das Hinzufügen von Verbesserungen die aktuelle Ordnung geschaffen wurde. Gerade solche Informationen sind für Vietnam besonders aufschlussreich.“

Zudem ist zum Beispiel die folgende Episode höchst interessant, die mir der Verfassungsrechtler Prof. *Makoto Oishi* von der Kyoto-Universität über seine Erfahrungen bei dem im August 2009 im chinesischen Harbin veranstalteten Symposium zu dem Thema „Das System der Verfassungswidrigkeitsprüfung: aktuelle Lage und Aufgaben“⁷ erzählt hat. Demnach hätten die chinesischen Teilnehmer (diese waren Hochschulprofessoren und auch wichtige Persönlichkeiten der Staatsverwaltung) kein Interesse an den von den japanischen Verfassungsrechtswissenschaftlern zahlreich gehaltenen Vorträgen über die Charakteristik des amerikanischen Rechts der Verfassungswidrigkeitsprüfung gezeigt, während das Referat von Prof. Oishi über die Wichtigkeit, ein System zu etablieren, in dem weit vor einer gerichtlichen Prüfung die Verfassungsmäßigkeit bereits im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens überprüft wird, wie das in Japan Prüfung durch das Legislativbureau des Kabinetts geschieht, einen sehr großen Widerhall fand.⁸

6 Dieser noch nicht veröffentlichte Bericht hat den Titel: „*Kaihatsu to jōkoku no ‚hōseibi‘ ni taisuru kaihatsu shiten kara no apurōchi – Dokuritsu gyōsei hōjin kokusai kyōryoku kikō (JICA) no hōsei seibi-shien*“ [Eine Annäherung vom Entwicklungsstandpunkt an die „Schaffung gesetzlicher Grundlagen“ in Entwicklungsländern – Die Entwicklungshilfe der JICA zur Schaffung gesetzlicher Grundlagen]

7 Veranstalter: Forschungsgruppe zum chinesischen Verfassungsrecht und Law School der Heilongjiang Universität, Co-Veranstalter Asian Core Program of the Hitotsubashi University Graduate School of Law, 2. Podiumsdiskussion zum asiatischen Verfassungsrecht (21.-22.8.2009 in Harbin).

8 Dazu MAKOTO OISHI, *Iken shinsa kinō no bunsan to tōgō* [Verteilung und Konzentration der Funktion der Verfassungswidrigkeitsprüfungs], in: Festschrift zum 60. Geburtstag von

In Japan ist übrigens die Anzahl derjenigen Urteile, in denen der Oberste Gerichtshof ein Gesetz für verfassungswidrig erklärt hat, im Vergleich zur Praxis in den westlichen Staaten äußerst gering. Auch wird beispielsweise auf die Tatsache hingewiesen, dass die Rate der Freisprüche in den von der Staatsanwaltschaft zur Anklage gebrachten Fällen nicht über 1 % liege, so dass von Seiten westlicher Wissenschaftler (oder auch japanischer Verfassungsrechtswissenschaftler) die kritische Frage aufgeworfen wird, ob Japan überhaupt der Bezeichnung als Rechtsstaat genüge. Dem ist aber zu entgegnen, dass man ohne Kenntnis der erwähnten Vorprüfung der Verfassungsmäßigkeit durch das Legislativbureau des Kabinetts und ohne Kenntnis der Tatsache, dass die japanische Staatsanwaltschaft gemäß dem geltenden Opportunitätsprinzip nur dann Anklage erhebt, wenn Gewissheit über einen Schuldspruch besteht, gar nicht sinnvoll über die Vor- und Nachteile des Konstitutionalismus geredet werden kann.⁹

Ich möchte meine Rede mit der erneuten Feststellung beenden, dass die größte Unterstützung, die wir beim „Transfer des Rechtsstaats“ leisten können, darin liegt, die in den vergangenen 150 Jahren unter Mühen geformte Charakteristik unserer Verfassung inklusive der erwähnten, allein aus dem positiven Recht nicht ersichtlichen Tatsachen zu übermitteln.

Masanori Shiyake, *Kakkoku kenpô no sai to setten* [Unterschiede und Gemeinsamkeiten der Verfassungen einzelner Staaten], Seibundô, Tokyo 2010.

9 Dazu TOKIYASU FUJITA, *The Supreme Court of Japan: Commentary on the recent work of scholars in the United States*, *Washington University Law Review*, 88 (2011) 1517 ff.

Rechtsstaatlichkeit

Zur Exportfähigkeit einer westlichen Errungenschaft

Dieter Grimm *

- I. Bindung der Staatsgewalt an das Recht
- II. Rechtssicherheit als Eigenwert
- III. Vorbehalt und Bindungsfähigkeit des Gesetzes
- IV. Materieller Rechtsstaat durch Grundrechtsbindung
- V. Rechtsschutz gegen den Staat und Verfassungsgerichtsbarkeit
- VI. Voraussetzungen von Rechtsstaatlichkeit
- VII. Rechtsstaat und Demokratie

In den Vorträgen des gestrigen Tages ist unter verschiedenen Aspekten über Rechts-transfer gesprochen worden. Ob Rechtstransfer gelingt und zu welchen Ergebnissen er führt, hängt entscheidend von dem Kontext ab, in den das fremde Recht gelangt. Innerhalb des Kontextes wiederum hat der Grad und die Eigenart der Rechtsstaatlichkeit in dem Aufnahmeland erhebliche Bedeutung. Unter Rechtsstaat wird allerdings in verschiedenen Rechtsordnungen Verschiedenes verstanden. Es gibt Minimalbedingungen und höchst entwickelte Formen. Auch in den westlichen Ländern hat sich der Rechtsstaat schrittweise und unter Rückschlägen entwickelt. Im Folgenden geht es um ein gestuftes Rechtsstaatsverständnis, bei dem jeder Schritt den Rechtsstaat seinem Ziel näher bringt. Für den Rechtsstaatstransfer scheint mir dieses gestufte Verständnis eine Vorbedingung zu sein.

I. BINDUNG DER STAATSGEWALT AN DAS RECHT

Im Zentrum der Rechtsstaatsidee steht die Forderung, dass der Staat seine Herrschaft in Form des Rechts ausübt¹. Damit ist gemeint, dass er nach Regeln herrscht und dass er durch Regeln herrscht. Nach Regeln herrschen bedeutet, dass der Staat nicht nur Regeln für die Menschen in seinem Herrschaftsbereich setzt, sondern sich auch selbst Regeln

* Prof. em. Dr. Dr. h.c. mult. Dieter Grimm, LL.M. (Harvard), Bundesverfassungsrichter a.D., Rektor des Wissenschaftskollegs zu Berlin a.D.

1 Die Literatur zum Rechtsstaat ist überreichlich. Siehe nur KATHARINA SOBOTA, Das Prinzip Rechtsstaat, 1997; EDIN ŠARČEVIĆ, Der Rechtsstaat, 1996; NIKLAS LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 422 ff.; PHILIP KUNIG, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986; ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs (1969), in: ders., Recht, Staat, Freiheit, 1991, S. 143; KONRAD HESSE, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes (1962), in: Ernst Forsthoff (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968, S. 557; ULRICH SCHEUNER, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland (1960), ebenfalls in Forsthoff, S. 461.

unterwirft. Durch Regeln herrschen bedeutet, dass die Verhaltensanforderungen, welche der Staat an die Personen in seinem Herrschaftsbereich richtet, in Form von Regeln ergehen und auf Regeln beruhen. Zum Begriff der Regel gehört es, dass sie nicht auf einen Einzelfall bezogen ist, sondern für eine Vielzahl künftiger Fälle gilt, dass sie nicht im laufenden Vollzug geändert wird und dass sie auf alle, die in der gleichen Situation sind, auch gleichmäßig angewendet wird. Regelhafte Herrschaft ist das Gegenteil von willkürlicher Herrschaft.

Herrschaftsausübung in Form des Rechts verhindert, dass sich Macht umstandslos in Anordnungen oder Maßnahmen umsetzt. Im Rechtsstaat gelten für den Machtgebrauch vielmehr Zuständigkeiten und Verfahren. Erst ihre Beachtung begründet die Verbindlichkeit von Herrschaftsakten. Der Verkehrspolizist darf keine Ehen scheidern, der Standesbeamte keine Fahrzeuge kontrollieren. Im Gesetzgebungsverfahren darf niemand bestraft werden, im Strafverfahren darf das Parlament nicht aufgelöst werden. Fehlt es an der Zuständigkeit oder werden Verfahrensvorschriften missachtet, dann ist der Staat im Unrecht, wenn er trotzdem befiehlt, nicht etwa der Bürger, wenn er die Befolgung verweigert. Kern des Rechtsstaatsprinzips ist also die Bindung der Staatsgewalt an das Recht. Der Staat hat im Rechtsstaat nicht das Recht, sich über das Recht hinwegzusetzen.

Allerdings ist der Staat Urheber des Rechts. Der allergrößte Teil des Rechts verdankt seine Geltung einer staatlichen Entscheidung. Das bedeutet, dass der Staat das Recht auch wieder aufheben oder abändern kann. Das Änderungsrecht schließt aber nicht die Befugnis ein, geltendes Recht außer Acht zu lassen. Es muss auch dann befolgt werden, wenn die Befolgung den Herrschenden lästig ist oder Folgen hat, die ihnen missfallen. Gebunden sind nicht allein die unteren Behörden. Von Rechtsstaat kann nur dort die Rede sein, wo sich auch die obersten Staatsgewalten und ihre Vollzugsorgane ans Recht halten müssen. Konkreter gesprochen geht es vor allem darum, dass die exekutiven Staatsorgane diejenigen Regeln einhalten, welche die legislativen Staatsorgane gesetzt haben. Juristen haben dafür den Begriff der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung².

Die Regelhaftigkeit des staatlichen Handelns, die Willkür ausschließt, ist ein Wert an sich, noch unabhängig davon, welchen Inhalt das Recht hat, das zur Anwendung kommt. Sie ist ein Wert an sich, weil sie staatliches Handeln für diejenigen, welche davon betroffen sind, voraussehbar macht. Die Regelhaftigkeit von Herrschaft erlaubt den Bürgern, ihr Verhalten so einzurichten, dass sie mit dem Staat nicht in Konflikt kommen; sie erlaubt den Unternehmen, sich wirtschaftlich rational zu verhalten, um nur diese beiden Beispiele zu nennen. Deswegen ist ein wichtiger Bestandteil des Rechtsstaats das Verbot rückwirkender Gesetze³. Denn Rückwirkung heißt nichts anderes, als dass an ein Verhalten Rechtsfolgen geknüpft werden, die zum Zeitpunkt dieses Ver-

2 Vgl. DIETRICH JESCH, Gesetz und Verwaltung, 2. Aufl. 1968.

3 Vgl. BODO PIEROTH, Rückwirkung und Übergangsrecht, 1981.

haltens noch gar nicht vorgesehen waren und auf die man sich deswegen auch nicht einrichten konnte. Die Vorteile des Rechtsstaats wären damit wieder aufgehoben.

II. RECHTSSICHERHEIT ALS EIGENWERT

So einleuchtend das Postulat der Bindung des Staates an sein Recht ist, so prekär ist doch seine Verwirklichung. Rechtsbindung kann die Politik an der Verfolgung bestimmter Ziele oder an der Ergreifung bestimmter Maßnahmen hindern, die ihr wichtig sind. Die Einhaltung rechtlicher Normen durch die Behörden kann unerwünschte Folgen haben. Man muss vielleicht Verdächtige laufen lassen, weil die Beweise nicht ausreichen. Man darf vielleicht Beweise, die man hat, nicht verwerten, weil sie illegal erlangt worden sind. In solchen Situationen erscheint der Gesetzesgehorsam leicht wie leerer Formalismus, der die Verwirklichung materialer Gerechtigkeit hintertreibt. Der Staat, der sich dann über die Rechtsbindung hinwegsetzt, hat nicht selten sogar die öffentliche Meinung auf seiner Seite. Aber kein Rechtsstaat ohne die Bereitschaft, das Recht auch dort einzuhalten, wo es unpopulär oder lästig oder sogar ärgerlich ist.

Die Abhilfe im Fall unbefriedigender Regelungen liegt in der Änderung des Rechts für die Zukunft, nicht in seiner Außerachtlassung. Ist erst einmal anerkannt, dass es Gründe geben kann, das geltende Recht ausnahmsweise außer Acht zu lassen, ist es nur ein kurzer Schritt zu seiner Umgehung zu allerlei illegitimen Zwecken: weil es dem subjektiven Gerechtigkeitsempfinden nicht entspricht; weil das Ergebnis im konkreten Fall nicht wünschenswert erscheint; weil man aus der Nichtanwendung Vorteile ziehen kann; weil man es sich mit den Mächtigen nicht verderben will; weil man dadurch seinen politischen Gegnern oder Konkurrenten schaden kann etc. Eine wesentliche Voraussetzung für das Gelingen des Rechtsstaats ist daher, dass Rechtssicherheit als Eigenwert anerkannt wird, unabhängig davon, ob man das Ergebnis der Rechtswahrung für gut oder schlecht, nützlich oder schädlich hält⁴.

Die Voraussetzungen dafür sind freilich nicht überall gleich günstig. Der Grund liegt in einem fundamentalen Unterschied, der bei der Erörterung des Rechtsstaats noch häufiger zur Sprache kommen wird. Es gibt Staaten, die sich im Dienst einer ihnen vorgegebenen, absoluten Wahrheit sehen. Das kann eine religiöse oder eine säkulare Wahrheit sein. Politische Herrschaft legitimiert sich in diesem Fall aus der Wahrheit. Sie ist legitim, soweit sie ihr zur Durchsetzung verhilft. Es gibt aber auch Staaten, die sich nicht mit einer bestimmten Wahrheit identifizieren, sondern eine Pluralität von Wahrheitsansprüchen anerkennen. Sie leiten die Legitimation zur Herrschaft daher nicht aus einer für alle verbindlichen Wahrheit ab, sondern aus dem Konsens der Herrschaftsunterworfenen über die Bedingungen friedlichen Zusammenlebens trotz unterschiedlicher Auffassungen vom Guten, Richtigen oder Vernünftigen.

4 Vgl. ANDREAS VON ARNAULD, *Rechtssicherheit*, 2006.

Für den Rechtsstaat ist dieser Unterschied deshalb von Bedeutung, weil Staaten, die sich im Dienst einer absoluten Wahrheit sehen, größere Schwierigkeiten mit der Einhaltung des Rechtsstaatspostulats haben als pluralistische. Sie gestehen dem Recht keine Autonomie zu und entwickeln ein rein instrumentelles Verhältnis zum positiven Recht. Im Konflikt zwischen Wahrheitsansprüchen und Rechtsbindung werden sie gewöhnlich der Wahrheit den Vorzug geben, und zwar ohne schlechtes Gewissen. Pluralistische Gesellschaften, in denen legitimerweise verschiedene Gemeinwohlvorstellungen und Gerechtigkeitsüberzeugungen konkurrieren, finden sich dagegen mit rechtlicher Gebundenheit des Staates leichter ab, weil das geltende Recht das Produkt einer politischen Entscheidung ist, die zuvor festgelegten Regeln folgt und jederzeit wieder geändert werden kann.

III. VORBEHALT UND BINDUNGSFÄHIGKEIT DES GESETZES

Rechtsbindung der Staatsgewalt als Kern des Rechtsstaatsprinzips ist aber noch in einer weiteren Hinsicht voraussetzungsvoll. Die Bindung, die der Rechtsstaat einfordert, wird über das Gesetz vermittelt. Folglich reicht sie nur so weit, wie Gesetze vorhanden sind. Wo kein Gesetz, dort auch keine Gesetzesbindung. Da der Staat zugleich Gesetzgeber ist, hat er also das Ausmaß seiner Bindung selber in der Hand. Unterlässt er es, gesetzliche Regeln zu schaffen, ist er insoweit von Bindungen frei. Der Rechtsstaat bleibt dann lückenhaft. In den Lücken kann der Staat nach Belieben schalten. Deswegen gelangt der Rechtsstaat nur dort zu voller Wirksamkeit, wo der Staat bestimmte Absichten nur verwirklichen darf, wenn er eine gesetzliche Ermächtigung dafür hat, wenn also – juristisch gesprochen – zum Vorrang des Gesetzes der Gesetzesvorbehalt tritt⁵.

Das Feld, auf dem der Staat ohne gesetzliche Ermächtigung nicht handeln darf, wird traditionellerweise durch die Grundrechte abgesteckt. Kein Grundrechtseingriff ohne gesetzliche Eingriffsgrundlage. Das Gesetz muss freilich auch einen bindungsfähigen Regelungsgehalt aufweisen, um seine Funktion erfüllen zu können. Das ist dort besonders wichtig, wo der Einzelne von Staatshandeln besonders intensiv betroffen wird, also im Polizeirecht und im Strafrecht. Blanko-Ermächtigungen an die Staatsgewalt erzeugen keine Bindung. Gesetze, die aus Leerformeln oder Generalklauseln bestehen, erzeugen jedenfalls keine ausreichende Bindung. Daraus darf aber nicht geschlossen werden, dass die Bindungskraft des Gesetzes mit seiner Detailgenauigkeit zunimmt. Je kasuistischer der Gesetzgeber eine Materie regelt, desto mehr Regelungslücken hinterlässt er.

Die Bindungsfähigkeit des Gesetzes hängt allerdings nicht allein von der Bereitschaft der Politik ab, bindungsfähige Normen zu formulieren. Der Bindungsgrad wird vielmehr auch von dem Regelungsgegenstand des Gesetzes beeinflusst. Solange sich die Auf-

5 Vgl. JESCH (Fn. 2), S. 30 ff.; WOLFGANG HOFFMAN-RIEM, Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch, AöR 130 (2005), S. 5.

gaben des Staates hauptsächlich auf die Wahrung einer als gerecht vorausgesetzten gesellschaftlichen Ordnung beschränkten, war eine durchgängige und bindungsfähige Regelung der Staatstätigkeit verhältnismäßig leicht erreichbar. Ordnungswahrung ist eine reaktive, punktuelle und abschätzbare Tätigkeit. Sie lässt sich in Rechtsnormen einfangen, die dem Wenn-dann-Schema folgen und im Tatbestand definieren, was als Ordnungsstörung gilt, und in der Rechtsfolge angeben, was die zuständigen Behörden zur Verhütung der Störung oder zur Wiederherstellung der Ordnung unternehmen dürfen.

Die moderne, auf Ordnungsgestaltung und Risikovorsorge gerichtete Staatstätigkeit ist dagegen prospektiv, flächendeckend und nur begrenzt vorweg bestimmbar. Der auf die Ordnungswahrung zugeschnittene Normtyp hilft hier nicht weiter. Deswegen herrscht in diesen Sektoren mittlerweile ein Normtyp vor, der im Unterschied zu den traditionellen Konditionalprogrammen als Finalprogramm bezeichnet wird. Der staatlichen Verwaltung werden bestimmte Ziele gesetzt und verschiedene Gesichtspunkte an die Hand gegeben, die bei der Zielverfolgung zu berücksichtigen sind. Eine abschließende Normierung ist damit aber nicht gegeben. Die Konkretisierung bleibt der Verwaltung im Prozess der Zielverwirklichung weithin überlassen. Ich habe das vor einigen Jahren in den Buchtitel „Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts“ gefasst⁶. Hier liegt das Rechtsstaatsproblem entwickelter und im Prinzip rechtstreuer Gesellschaften.

IV. MATERIELLER RECHTSSTAAT DURCH GRUNDRECHTSBINDUNG

Wenn vorhin gesagt wurde, die Rechtsbindung des Staates sei ein Wert an sich, dann muss nun allerdings hinzugefügt werden: ein begrenzter Wert. Ein Rechtsstaat, der sich in der Bindung der Exekutive ans Gesetz erschöpfte, bliebe formal. Die Bindung bezöge sich nur auf die Rechtsform, während der Inhalt des Gesetzes rechtsstaatlich gleichgültig wäre. Der formale Rechtsstaat verträgt sich folglich auch mit einem oppressiven, ausbeuterischen oder diskriminierenden Recht. Ein solch formaler Rechtsstaatsbegriff hatte sich in Deutschland in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts durchgesetzt⁷. Dabei waren indes die Grundlagen einer freiheitlichen Rechtskultur stets stillschweigend vorausgesetzt worden. Die Folgen der Verengung des Rechtsstaatsbegriffs traten erst durch den Verfall der Rechtskultur im Nationalsozialismus zutage. Die Erfahrung, dass das Gesetz auch zum Vehikel von Unrecht werden kann, führte zur Rückbesinnung auf das ältere, materiale Rechtsstaatsverständnis.

6 DIETER GRIMM (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, 1990; DERS., *Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats*, in: ders., *Die Zukunft der Verfassung*, 3. Aufl. 2002, S. 159; HELGE ROSSEN, *Vollzug und Verhandlung*, 1990.

7 Vgl. OLIVIER JOUANJAN (Hrsg.), *Figures de l'Etat de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, 2001.

Rechtsstaat im materiellen Sinn ist also nicht bloß Bindung des Staates an das Gesetz, was auch immer es anordnen mag, sondern die Bindung an ein Gesetz, das bestimmte Gerechtigkeitswerte in sich aufgenommen hat. Alles hängt dann freilich davon ab, welche Gerechtigkeitswerte maßgeblich für die Gesetzgebung sind. Handelt es sich um Gerechtigkeitsvorstellungen, denen ein Wahrheitsanspruch von absoluter Geltung zugrunde liegt, demgegenüber niemand Freiheit beanspruchen kann, dann sind die Voraussetzungen für eine Verwirklichung des Rechtsstaatspostulats ungünstig. Im Konflikt zwischen Wahrheit und Rechtsbindung wird die letztere regelmäßig den Kürzeren ziehen. Der Rechtsstaat verweist vielmehr auf Gerechtigkeitsvorstellungen, die den Selbstwert des Individuums und seine daraus folgende Freiheit und Gleichheit anerkennen. Das sollte aber nicht mit Individualismus verwechselt werden. Es gibt unterschiedliche Möglichkeiten, das Verhältnis von Individuen auszugestalten.

Auch der Versuch, die Gerechtigkeit einer Gesellschaftsordnung durch Grundrechte zu gewährleisten, ist allerdings voraussetzungsvoll. Grundrechte sind primär dazu da, der öffentlichen Gewalt im Interesse individueller Selbstentfaltung Schranken zu ziehen. Wie die Erfahrung des 19. Jahrhunderts gelehrt hat, können sie dieses Ziel jedoch nur erreichen, wenn die Freiheitsgarantien nicht blind für die tatsächlichen Voraussetzungen des Freiheitsgenusses sind. Fehlt es daran, ist die Freiheit für Mittellose entweder nutzlos oder zwingt sie, sich in private Abhängigkeit zu begeben. Aufgrund dieser Erfahrung hat sich der Rechtsstaat im Lauf der Zeit zum sozialen Rechtsstaat erweitert, in dem der Staat zur Vorsorge für die elementaren Bedürfnisse eines menschenwürdigen Lebens verpflichtet ist, die Risiken von Alter, Pflegebedürftigkeit, Krankheit und Arbeitslosigkeit mindert und Ausbeutung unter dem Deckmantel freiwilliger Zustimmung unterbindet.

Der materielle Rechtsstaat wäre aber auch unvollkommen, wenn er sich den Gefahren verschlösse, die der grundrechtlich gesicherten Freiheit von Dritten oder sozialen Mächten drohen. Derartige Gefahren haben aufgrund des wissenschaftlich-technischen Fortschritts und seiner kommerziellen Nutzung erheblich zugenommen. Zwar besitzt der Staat rechtliche Möglichkeiten, diese Risiken einzudämmen. Da sie aber ihrerseits aus grundrechtsgeschützten Aktivitäten erwachsen, sind dazu Gesetze nötig. Könnte der Gesetzgeber angesichts dieser Grundrechtskollision untätig bleiben, würde sich gewöhnlich das durchsetzungsstärkere, nicht das schutzwürdigere Interesse behaupten. Zum materiellen Rechtsstaat gehört es daher heute auch, dass die alte Funktion der Grundrechte als Handlungsschranken für den Staat um die neue Funktion der Schutzpflicht ergänzt wird, die vom Gesetzgeber ein Handeln verlangt, wenn die Gefahr für grundrechtliche Freiheiten von privater Seite ausgeht⁸.

8 Vgl. DIETER GRIMM, Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis? in: ders., Zukunft (Fn. 6), S. 221.

V. RECHTSSCHUTZ GEGEN DEN STAAT UND VERFASSUNGSGERICHTSBARKEIT

Nach allem steht nicht zu erwarten, dass der Rechtsstaat ein Selbstläufer ist. Das gilt nicht etwa nur für autokratische oder theokratische Regime, sondern ebenso für pluralistische Gesellschaften und demokratische Staaten. Deswegen kommt der Frage erhebliche Bedeutung zu, was dem Staat droht, wenn er die Rechtsbindung missachtet. Verhalten Einzelne sich rechtswidrig, kann der Staat mit seinen Machtmitteln einschreiten. Verletzt der Staat selbst das Recht, fehlt es an einer übergeordneten Durchsetzungsinstanz. Der Rechtsstaat ist deswegen darauf angewiesen, dass es jedenfalls in der staatlichen Binnenordnung Kontrollinstanzen für die Rechtmäßigkeit des Staatshandelns gibt. In den Common Law-Ländern war das immer gewährleistet. Die staatliche Exekutive konnte vor Gericht verklagt werden. In Ländern mit absolutistischer Vergangenheit war es dem Staat dagegen gelungen, sich der gerichtlichen Kontrolle zu entziehen.

Meist bedurfte es langer Bemühungen, bis die Justiz die Befugnis wieder erlangte, Staatsakte auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen. In Deutschland wurde der Rechtsschutz gegen den Staat zum vordringlichen Thema, nachdem der Versuch, ihn auf eine demokratische Grundlage zu stellen, 1849 gescheitert war. Die Frucht der Bemühungen war die Einrichtung spezieller Verwaltungsgerichte, nicht die Kompetenzerweiterung der ordentlichen Gerichte nach dem Muster des Common Law⁹. Es gibt aber nach wie vor zahlreiche Staaten, in denen der Bürger die öffentliche Gewalt nicht zu Verantwortung ziehen kann, schon gar nicht die obersten Staatsgewalten, aber auch nicht die unteren Behörden. In Staaten, die sich über Wahrheit legitimieren und nicht über Konsens, ist das die Regel. Wie alle Erfahrung lehrt, steht der Rechtsstaat ohne gerichtliche Kontrolle von Staatshandeln aber auf schwachen Füßen.

Wird der Rechtsstaat nicht nur formal, sondern auch material verstanden, dann erschöpft er sich allerdings nicht in der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Auch der Gesetzgeber unterliegt dann rechtlichen Bindungen, die sich aus der Verfassung ergeben. Die Einhaltung dieser Bindungen kann aber nicht von der Verwaltungsgerichtsbarkeit überprüft werden. Soll sich der Gesetzgeber nicht ungestraft über die Verfassung hinwegsetzen können, muss die gerichtliche Kontrolle auf ihn erstreckt werden. Das ist eine Folgerung, die in den Vereinigten Staaten schon mit der Erfindung der Verfassung gezogen wurde. Im Rest der Welt hat sich diese Erkenntnis erst nach bitteren Erfahrungen mit Unrechtsregimen eingestellt. In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts begann der Siegeszug der Verfassungsgerichtsbarkeit, deren Herzstück die Normenkontrolle ist¹⁰. Auch sie gilt heute weithin als integraler Bestandteil von Rechtsstaatlichkeit.

Die Möglichkeit gerichtlicher Kontrolle des Staatshandelns besagt allerdings wenig, solange die Gerichte nicht unabhängig sind, sondern in die politische Weisungskette

9 Vgl. REGINA OGOREK, Individueller Rechtsschutz gegenüber der Staatsgewalt. Zur Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im 19. Jahrhundert, in: Jürgen Kocka (Hrsg.), Bürgertum im 19. Jahrhundert, Band 1, 1988, S. 372.

10 Vgl. C. NEAL TATE/TORBJÖRN VALLINDER, The Global Expansion of Judicial Power, 1995.

eingebunden bleiben. Zum Rechtsstaat gehört die Anerkennung, dass sich das Recht nach der Inkraftsetzung durch die Politik von dieser emanzipiert und einen autonomen Status gewinnt, das heißt: nach rechtlichen, nicht nach politischen Kriterien ausgelegt und angewandt wird. Nur so lässt sich die Rechtsbindung der Politik gewährleisten. Das Mittel dazu ist die Gewaltenteilung¹¹. Deswegen steht der Rechtsstaat nicht nur dort auf schwachen Füßen, wo es an gerichtlicher Kontrolle fehlt, sondern auch dort, wo Gewaltenteilung abgelehnt wird. Gewaltenteilung ist mehr als die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch verschiedene Dienststellen. Sie fügt dieser Aufgliederung die Unabhängigkeit der Gewalten in ihrem Funktionsbereich hinzu. Auch das ist aber schwer akzeptabel für Staaten, die sich einer absoluten Wahrheit verschreiben. Absolute Wahrheiten verlangen nach Hierarchie, Gewaltenteilung verhindert sie.

VI. VORAUSSETZUNGEN VON RECHTSSTAATLICHKEIT

Der Rechtsstaat erweist sich so als höchst voraussetzungsvoll. Damit beantwortet sich auch die Frage, ob er ein Patentrezept für alle Welt ist. Er ist es nicht, weil es in vielen Teilen der Welt an den Voraussetzungen für seine Verwirklichung fehlt. Sie lassen sich auch nicht ohne weiteres herbeiführen. Nur bei oberflächlicher Betrachtung erscheint der Rechtsstaat als bloß rechtstechnische Einrichtung, die überall etabliert werden könnte, wenn nur die Bereitschaft vorhanden wäre. In Wahrheit ist er eine kulturelle Errungenschaft, die in anderen kulturellen Kontexten nicht notwendig Wurzeln schlägt. In der westlichen Welt half er, die Spannung zwischen politischer Herrschaft und individueller Selbstentfaltung dadurch zu überbrücken, dass der Herrschaft im Interesse personaler Freiheit rechtliche Grenzen gezogen wurden. In Kulturen, in denen Selbstentfaltung kein Wert ist und Recht nicht mit der Ermöglichung von Freiheit assoziiert wird, findet der Rechtsstaat daher keinen günstigen Boden. Aber nochmals: Für die Ausgestaltung der Individualfreiheit gibt es verschiedene Möglichkeiten, auch in der westlichen Welt, etwa in den USA und Deutschland.

Daraus folgt jedoch nicht, dass einer Ausbreitung des Rechtsstaats außerhalb des kulturellen Kontextes, dem er seine Entstehung verdankt, unübersteigbare Hindernisse entgegenstünden. Für die Möglichkeit einer Rechtsstaatsrezeption ist es vielmehr von Bedeutung, dass es – wie die bisherigen Darlegungen gezeigt haben – verschiedene Stufen von Rechtsstaatlichkeit gibt. Rechtsstaatlichkeit ist keine Frage des Alles oder Nichts, sondern des Weniger oder Mehr. Zwar ist der Rechtsstaat kein Prozess, wie gelegentlich behauptet, sondern ein Zustand. Doch kann sich die Verwirklichung des Rechtsstaats prozesshaft von Stufe zu Stufe vollziehen. Auch in der westlichen Welt

11 Vgl. aus jüngster Zeit CHRISTOPH MÖLLERS, *Gewaltengliederung*, 2005; DERS., *Die drei Gewalten*, 2008. Zur richterlichen Unabhängigkeit vgl. KARL AUGUST BETTERMANN, *Die Unabhängigkeit des Richters*, 1969; KURT EICHENBERGER, *Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem*, 1960; DIETER GRIMM, *Politik und Recht*, in: ders., *Die Verfassung und die Politik*, 2001, S. 13.

waren keineswegs alle Stufen von Anfang an erreicht. Viele wurden erst nach bitteren Rückschlägen und harten Auseinandersetzungen erkämpft, und noch heute fallen die Standards von Land zu Land unterschiedlich aus.

Jede neue Stufe bedeutet einen Fortschritt gegenüber dem vorherigen Zustand. Selbst das Minimalkonzept der Gesetzesbindung der Verwaltung, noch ohne Rücksicht auf den Inhalt der Gesetze, ist ein Fortschritt gegenüber willkürlicher Herrschaft. Je elementarer die Stufe ist, welche beschritten wird, desto größer ist auch das Bedürfnis danach. Das Bedürfnis, nicht einer willkürlich, sondern einer regelhaft ausgeübten öffentlichen Gewalt unterworfen zu sein, kann auf universale Zustimmung rechnen. Für die Erfüllung eines solchen Bedürfnisses lässt sich auch Unterstützung aus der Bevölkerung mobilisieren. An anderen Stufen des Rechtsstaats können die Machthaber selber ein pragmatisches Interesse haben, ohne dass es notwendig aus rechtsstaatlicher Gesinnung gespeist sein müsste. Ein Staat, der auf Wirtschaftswachstum setzt, wird aus Eigeninteresse diejenigen Rechtsstaatselemente akzeptieren, welche Voraussetzung für effektives Wirtschaften sind.

Allerdings wird die Verwirklichung des Rechtsstaats mit der Beschreitung jeder weiteren Stufe voraussetzungsvoller. Das betrifft nicht erst die Chancen seiner Verwurzelung, sondern schon die Bereitschaft, den Schritt überhaupt zu tun. Auch auf Schubkraft aus der Bevölkerung kann bei fortschreitender Rechtsstaatsrezeption nicht mehr ohne weiteres gebaut werden. Wer von der Existenz einer gottgegebenen Ordnung überzeugt ist, über die der Mensch keine Verfügungsgewalt hat, wird schwerlich den Nutzen von Religionsfreiheit und Meinungsfreiheit einsehen. Ohne Akzeptanz von Freiheit als Menschenrecht kann es wiederum keinen materialen Rechtsstaat in dem beschriebenen Sinn geben. Wo die gesamte öffentliche Gewalt im Dienst einer absoluten Wahrheit steht, muss es widersprüchlich erscheinen, wenn die oberste Macht an ihrer Durchsetzung von einer unabhängigen Instanz zur Rechtmäßigkeitskontrolle gehindert werden könnte.

VII. RECHTSSTAAT UND DEMOKRATIE

Das wirft am Ende die Frage nach dem Verhältnis von Rechtsstaat und Demokratie auf. Hat das eine nur mit dem anderen zusammen eine Chance? Die Frage ist für die globale Ausbreitung des Rechtsstaats offenkundig von größter Bedeutung. In historischer Perspektive lässt sie sich verneinen. Deutschland war mehr als einhundert Jahre lang ein Rechtsstaat gewesen, ehe es auch zur Demokratie wurde. Schon im aufgeklärten Absolutismus des 18. Jahrhunderts wurde zunehmend in Form des Rechts geherrscht. Die großen Kodifikationen setzten damals ein. Die Herrscher verzichteten auf die Ausübung ihres Rechts, Gerichtsurteile zu kassieren und durch Machtsprüche zu ersetzen. In der konstitutionellen Monarchie des 19. Jahrhunderts banden sich die Fürsten bei der Ausübung ihrer Herrschaft an Verfassungen, die den Staatsbürgern grundrechtliche

Freiheiten gewährten und gewählte Volkvertretungen an der Gesetzgebung beteiligten, aber nicht demokratisch waren.

Allerdings wurden unter vordemokratischen Bedingungen nirgends sämtliche Stufen erreicht, die heute zum rechtsstaatlichen Standard gehören. Auch wenn die aufgeklärten Monarchen ihre Untertanen gemäß dem Recht zu behandeln pflegten, das sie einseitig gesetzt hatten, waren sie nicht bereit, ihre Herrschaft dem Recht zu unterstellen. Die Rechtsbindung des Staates beruhte auf Freiwilligkeit. Sie konnte jederzeit zurückgenommen werden. Den Untertanen fehlte die Möglichkeit, sie durchzusetzen. Die konstitutionellen Monarchen leiteten ihre Herrschaft nicht aus der Verfassung ab. Sie hatten diese im Weg der Selbstbindung freiwillig gewährt, konnten sie danach jedoch nicht mehr einseitig zurücknehmen. Die Rechtsbindung reichte aber nicht weiter, als sie in der Verfassung zugestanden worden war, und eine verfassungsgerichtliche Kontrolle galt als unvereinbar mit dem monarchischen Prinzip. Lediglich Verwaltungsgerichte wurden später zugelassen.

Die Rechtsstaatlichkeit in nichtdemokratischen Staaten ist also keine vollständige im Sinn des heute erreichten Standards. Andererseits gilt aber auch nicht, dass Demokratien stets mit einem voll entwickelten Rechtsstaat einhergingen. Ebenso wie sich unter dem Begriff „nichtdemokratisch“ sehr unterschiedliche politische Regime versammeln, lässt auch der Begriff „demokratisch“ für zahlreiche Spielarten Raum. Staaten, in denen Demokratie mit der Mehrheitsregel identifiziert wird, ohne dass Minderheitenschutz bestünde und die Freiheit des politischen Wettbewerbs und der politischen Kommunikation verfassungsrechtlich gegen Mehrheitsentscheidungen gesichert wäre, können schnell in eine Mehrheitsdiktatur umschlagen. Schon in diesem Ausdruck scheint die Widersprüchlichkeit und selbstzerstörerische Tendenz einer Demokratie ohne Rechtsstaat auf.

So wie eine Demokratie ohne Rechtsstaat nicht vor der Entrechtung der Minderheit gefeit ist, ist ein Rechtsstaat ohne Demokratie nicht vor Partikularismus gefeit. Wo nicht alle von dem Recht Betroffenen auch auf seine Erzeugung Einfluss nehmen können, ist ein vernünftiger Interessenausgleich zwischen allen Teilen der Bevölkerung unwahrscheinlich. Wer nicht an der Formierung des Staatswillens beteiligt ist, kann bei politischen Entscheidungen folgenlos vernachlässigt werden. Er wird zum Objekt der Staatsgewalt, wie wohlmeinend diese auch immer sein mag. Auf sich selber gestellt, sind Rechtsstaat und Demokratie daher aus jeweils verschiedenen Gründen in der Gefahr, das Gemeinwohl zu verfehlen. Erst zusammen ergeben sie diejenige Errungenschaft, auf die es im Interesse des Gemeinwohls letztlich ankommt¹².

12 Vgl. JÜRGEN HABERMAS, Faktizität und Geltung, 1992, bes. S. 166 ff.; DERS., Inklusion – Einbeziehen oder Einschließen? Zum Verhältnis von Nation, Rechtsstaat und Demokratie, in: ders., Die Einbeziehung des Anderen, 1996, S. 154; DERS., Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie, ebenda S. 293.

V. KAPITEL

SINN UND GRENZEN DER STRAFRECHTSVERGLEICHUNG

Sinn und Grenzen der Strafrechtsvergleichung – die deutsche Sicht.

Überlegungen anhand der Versuchslehre

Franz Streng * **

- I. Allgemeines
 - 1. Vorüberlegungen zur Rechtsvergleichung
 - 2. Strafreoretische Grundlagen
- II. Strafrechtsexport und Rechtsvergleich
 - 1. Die Versuchslehre im Vergleich
 - 2. Zur Bedeutung des Systemdenkens
 - 3. Zum Verhältnis von Bestimmtheit und Flexibilität im Strafrecht
- III. Abschließende Überlegungen
 - 1. Kulturspezifische Grundlagen und Strafrecht
 - 2. Punitivität im Rechtsvergleich

I. ALLGEMEINES

1. Vorüberlegungen zur Rechtsvergleichung

In der Rechtsvergleichung gilt es spätestens seit *Savigny* nachgerade als Binsenweisheit, dass Recht im Regelfall aus der jeweiligen Kultur und Geschichte heraus entsteht¹. Und für das Strafrecht geht man besonders nachdrücklich davon aus, dass es sich um eine außerordentlich stark kulturgebundene Rechtsmaterie handelt. Wenn in der Europäischen Union das Strafrecht – jedenfalls im Kernbereich – nach wie vor zum un-

* Dr. iur. Dr. h.c., Professor für Strafrecht und Kriminologie an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

** Der vorliegende Beitrag wurde in erweiterter Fassung unter dem Titel „Strafrechtsexport als Strafrechtsimport – zugleich rechtskulturvergleichende Hypothesen zu Deutschland und Japan“ in dem von Franz Streng und Gabriele Kett-Straub herausgegebenen Band „Strafrechtsvergleichung als Kulturvergleich“ (Mohr Siebeck: Tübingen, 2012) veröffentlicht.

1 Vgl. FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Mohr: Heidelberg, 3. Aufl. 1840, S. 11 ff. (1. Aufl. von 1814); dazu MAKOTO IDA, *Die heutige japanische Diskussion über das Straftatsystem*, Duncker & Humblot: Berlin, 1991, S. 18; TOSHIO YOSHIDA, *Der japanische strafrechtliche Schuldbe- griff von gestern, heute und morgen*, in: Eser/Yamanaka (Hrsg.), *Einflüsse deutschen Straf- rechts auf Polen und Japan*, Nomos: Baden-Baden, 2001, S. 225 ff., 238 f.

umstrittenen Zuständigkeitsbereich der einzelnen Staaten gehört, macht dies ein naturwüchsiges Grundverständnis der Art deutlich, dass eben Strafrecht als ganz besonders kulturgebundene Dimension nicht einfach internationalisierbar ist. Im Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts wurde dies nachdrücklich hervorgehoben².

Schon von daher muss der Rechtsvergleich gerade im Strafrecht mehr leisten als lediglich eine Gegenüberstellung und einen Abgleich der verschiedenen, aus unterschiedlichen Rechtsordnungen stammenden Institutionen und Ideen. Es muss die jeweilige Einpassung in das sozio-kulturelle Umfeld berücksichtigt werden, um etwas über die Nutzbarkeit fremden Rechts für die Fortentwicklung des eigenen Rechts zu erfahren.

2. *Straftheoretische Grundlagen*

Für die Verdeutlichung dessen, welche Strafrechtsmodelle in welchem gesellschaftlichen Zusammenhang als Idealtypen vorstellbar sind und damit als Hintergrund für die weiteren Überlegungen dienen können, lassen sich mindestens drei Strafrechtstypen unterscheiden³: (1) das autoritäre Strafrechtsmodell, (2) das technokratische Strafrechtsmodell und (3) das demokratische Strafrechtsmodell.

2 Vgl. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts – Amtliche Sammlung (BVerfGE) 123, 267 ff., 408 ff., 412.

3 Zur hier vorgestellten Dreiteilung vgl. FRANZ STRENG, Probleme der Strafrechtsgeltung und -anwendung in einem Europa ohne Grenzen, in: Zieschang/Hilgendorf/Laubenthal (Hrsg.), Strafrecht und Kriminalität in Europa, Nomos: Baden-Baden, 2003, S. 143 ff., 146 f.; DERS., Vom Zweckstrafrecht zum Feindstrafrecht, in: Vormbaum (Hrsg.), Kritik des Feindstrafrechts, LIT: Berlin, 2009, 181 ff., 185 ff.; im Ansatz positiv dazu GÜNTHER KAISER, Moderne und postmoderne Kriminalpolitik als Probleme des Strukturvergleichs, in: Arnold u.a. (Hrsg.), Menschengerechtes Strafen. Festschrift für Albin Eser, C.H. Beck: München, 2005, S. 1355 ff., 1358. – Speziell zum demokratischen Strafrecht REINHARD MOOS, Positive Generalprävention und Vergeltung, in: Melnigky u.a. (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozeßrecht und Kriminologie. Festschrift für Franz Pallin, Manz: Wien, 1989, S. 283 ff., 303 f.; WILFRIED BOTTKÉ, Assoziationsprävention. Zur heutigen Diskussion der Strafzwecke, Duncker & Humblot: Berlin, 1995, S. 55 ff., 164 ff.; ferner KARL-LUDWIG KUNZ, Prävention und gerechte Zurechnung, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 98 (1986), 823 ff., 831 ff.; DIETHELM KLESCZEWSKI, Auswirkungen von Umbruch und Krise einer Bürger-Gesellschaft auf das Strafrecht, in: Gröschner/Morlok (Hrsg.), Rechtsphilosophie und Rechtsdogmatik in Zeiten des Umbruchs (ARSP-Beiheft 71), Franz Steiner: Stuttgart, 1997, S. 140 ff., 145 ff. – Für eine Gegenüberstellung von zwei Modellen, nämlich von demokratischem und autoritärem Strafrecht vgl. FRANZ STRENG, Funktion und Stellung der strafrechtlichen Sanktionen in der heutigen Gesellschaft – Referat aus deutscher Sicht, in: Zeitschrift für Japanisches Recht 4 (1999), 73 ff., 87 f. – Als technokratisches Strafrecht beurteilt wird Feuerbachs Lehre vom psychologischen Zwang von WINFRIED HASSEMER, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, C.H. Beck: München, 2. Aufl. 1990, S. 309 f. – Für eine Gegenüberstellung von demokratischem und von rechtstechnischem Strafrecht vgl. BVerfGE 123, 267 ff., 410 (*Lissabon-Urteil*).

(1) Das *autoritäre Strafrechtsmodell* löst das Strafrecht von einer Zustimmung durch die Bürger und von deren Erwartungen. Es ist an der Erhaltung von Herrschaft orientiert und weist entsprechende herrschaftssichernde Straftatbestände und Strafdrohungen auf. Die Strafzwecke der Abschreckung und Sicherung dominieren. Hohe Strafen sollen eine psychische Barriere gegen die Übertretung von Ver- oder Geboten bilden. Wer sich nicht fügt, wird unbegrenzten Sicherungsmaßnahmen unterworfen. Die Akteure des Strafrechtssystems werden von den Herrschenden durch Privilegien aus der Masse der Bürger herausgehoben und damit von ihren Mitbürgern entfremdet. Derart erleichtert man den Justizjuristen die Verhängung von harten Sanktionen, die eigentlich gegen das Gerechtigkeitsgefühl der Bürger verstoßen.

(2) Das *technokratische Strafrechtsmodell* ist in einiger Hinsicht von der zugrundeliegenden Gesellschaftsform abstrahierbar. Es fungiert nicht notwendig als Instrument einer autoritär herrschenden Gruppe. Andererseits ist es auch nicht an die Wertorientierung der Bürger angebunden. Strafrecht der fraglichen Art ist schlicht dazu da, der als notwendig angesehenen staatlichen Verbrechenskontrolle Regeln zu geben. Da hier das Strafrechtssystem die Wertorientierungen der Bürger gar nicht oder wenig inkorporiert bzw. reproduziert, dominiert eine objektivierende Betrachtung, d.h. es steht mehr das Erfolgsunrecht als das Handlungsunrecht im Vordergrund. Von daher fehlen den Justizjuristen wesentliche wertbezogene Entscheidungsmaßstäbe und es ist die Limitierungsfunktion des Schuldprinzips bei der Strafzumessung eher schwach ausgeprägt. Die Richter sehen sich als „Mund des Gesetzes“ und erwarten dementsprechend umfassende Wertungsvorgaben.

(3) Das *demokratische Strafrechtsmodell* demonstriert in der Bestrafung des Täters die Erwartungen der den Staat tragenden Bürger. Es geht zunächst um die Reproduktion der in der Primär- und Sekundärsozialisation verinnerlichten Werteordnung durch gerechte Strafe. Die subjektive Dimension einer Auflehnung gegen die gesellschaftliche Rechtsordnung stellt eine wesentliche Komponente deliktischen Unrechts dar. Das Erfolgsunrecht ist demgegenüber nicht vorrangig sanktionsprägend. Da das wechselseitige Anerkennungsverhältnis der Bürger Hilfe auch für den gestrauchelten Mitbürger einfordert, kommt der Resozialisierungsidee vergleichsweise große Relevanz zu. Abschreckung hingegen weist geringere Bedeutung auf, weil hohe Strafen zu der Primärorientierung an einer gerechten Strafe schnell in Konflikt geraten. Die dauerhafte Entfernung des Täters aus der Gesellschaft als Sicherungsmaßnahme ist *ultima ratio* und an Verhältnismäßigkeitsstandards sowie an das Eröffnen von Perspektiven der Therapie zwecks Freilassung nach Besserung gebunden.

II. STRAFRECHTSEXPORT UND RECHTSVERGLEICH

Im Folgenden will ich den Nutzen von Rechtsvergleichung vor allem für die Wahrnehmung der eigenen Rechtsgeschichte vor dem Hintergrund ausländischer Entwicklungen thematisieren. Für diesen Ansatz sei auf eine Stellungnahme von *Hans-Heinrich Jescheck* Bezug genommen⁴:

„Die eigene Rechtsgeschichte lässt sich besser verstehen ..., wenn man den Gang der Ereignisse hinsichtlich der gleichen Institutionen und Ideen in anderen Rechtsordnungen kennt und dazu in Parallele setzen kann“.

1. Die Versuchslehre im Vergleich

a) Grundfragen

Für eine vertiefte Detailanalyse geht es im Folgenden um die Entwicklung der deutschen Versuchslehre vor dem Hintergrund der japanischen. Dieser Vergleich erscheint besonders reizvoll, weil die japanische Versuchslehre bekanntlich ihre Wurzeln in der europäischen Rechtsdoktrin vom Ende des 19. und Beginn des 20. Jahrhunderts hat. Wir können also für Deutschland und Japan eine recht ähnliche Ausgangsposition festhalten, auch wenn die japanische Versuchsregelung nicht zuletzt französischem Vorbild folgte⁵. Von daher stellt sich die Frage, was dazu geführt hat, dass die Entwicklung in den Ländern durchaus verschieden verlaufen ist, nämlich in Deutschland (sowie Frankreich⁶) subjektive Versuchslehren dominieren und in Japan (wie in Korea⁷) objektive Versuchslehren im Vordergrund stehen⁸.

4 HANS-HEINRICH JESCHECK, Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate in rechtsvergleichender Darstellung, in: Jescheck (Hrsg.), Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht, Nomos: Baden-Baden, 1985, S. 1939 ff., 2154.

5 Vgl. MAKOTO IDA, Methodik der Rechtsfindung – insbesondere im japanischen Strafrecht, in: Joerden u.a. (Hrsg.), Vergleichende Rechtswissenschaft. Frankfurter Festschrift für Andrzej J. Szwarc, Duncker & Humblot: Berlin, 2009, S. 3 ff., 7.

6 Vgl. JULIETTE LELIEUR / PEGGY PFÜTZNER / SABINE VOLZ, Strafbares Verhalten im Vorfeld der Tatvollendung in Frankreich, in: Sieber/Cornils (Hrsg.), Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung. Allgemeiner Teil, Teilband 3, Duncker & Humblot: Berlin, 2008, S. 834 ff., 840 f.

7 Für die entsprechende Situation in Korea vgl. MISUK SON, Strafbares Verhalten im Vorfeld der Tatvollendung in Korea, in: Sieber/Cornils (Hrsg.), Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung. Allgemeiner Teil, Teilband 3, Duncker & Humblot: Berlin, 2008, S. 863 ff., 869 ff.

8 Vgl. HARUO NISHIHARA, Die gegenwärtige Lage der japanischen Strafrechtswissenschaft, in: Vogler u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck, Duncker & Humblot: Berlin, 1985, S. 1233 ff., 1242 ff.; IDA (Fn. 1), S. 35 f.; YOSHIKATSU NAKA, Der Strafgrund des Versuchs, in: Hirsch/Weigend (Hrsg.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, Duncker & Humblot: Berlin, 1989, S. 93 ff., 98 ff.; ferner RYUICHI HIRANO, Deutsche Strafrechtsdogmatik aus japanischer Sicht, in: Hirsch/Weigend (Hrsg.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, Duncker & Humblot: Berlin, 1989, S. 81 ff.

Im Verlauf des 19. Jahrhunderts wandelte sich die deutsche Versuchslehre von einer objektiven hin zu einer stärker subjektiven. Dies geschah insbesondere durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts⁹, welche wiederum ganz wesentlich durch die versuchsbezogenen Lehren des späteren Reichsgerichtsrates *von Buri*¹⁰ geprägt war¹¹.

Die objektiven Lehren verlangen einen tatbestandsbezogenen Gefahreneintritt im Sinne einer konkreten Rechtsgutsgefährdung oder einer „tatbestandsnahen Gefahr“ (*Roxin*)¹² und lassen daher einen absolut untauglichen Versuch straffrei. Hingegen konzentriert sich bei den subjektiven Versuchslehren die Abgrenzung zur regelmäßig strafreien Vorbereitungshandlung ganz auf die in der Tathandlung liegende Manifestation eines deliktischen Entschlusses. Dies führt konsequenterweise zur uneingeschränkten Strafbarkeit auch des untauglichen Versuchs und damit zu einer Strafbarkeitsausdehnung gegenüber der objektiven Versuchslehre¹³.

Bei rein rechtstechnischer Betrachtung führen die subjektiven Lehren unverkennbar zu Abgrenzungsproblemen hinsichtlich der für eine tatbestandliche Ausführungshandlung zu verlangenden Qualität der Willensmanifestation. Aber auch die objektiven Theorien weisen Schwierigkeiten der Bestimmung einer eindeutigen Strafbarkeitsgrenze auf, da sie eine Gefahrendiagnose mit eindeutigem Ergebnis erfordern¹⁴. Unter Aspekten der Praxistauglichkeit erscheint daher die Bevorzugung des einen oder des anderen Ansatzes und damit die insoweit verschiedene Entwicklung der Versuchslehren in Deutschland und in Japan schwer begründbar.

Unser Vergleich der Rechtsordnungen wird sich im Weiteren also der Frage zuwenden müssen, ob gerade das Ermöglichen einer Strafbarkeit auch des untauglichen Versuchs zu den unterschiedlichen Versuchslehren Anlass geben konnte. Es ist zu

-
- 9 Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGSt) 1, 439 ff.; RGSt 1, 451 f.; RGSt 8, 198 ff.; RGSt 68, 45 ff., 52 f.; RGSt 72, 109 ff. – Der Bundesgerichtshof hat sich dieser Lehre angeschlossen; vgl. etwa Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (BGHSt) 2, 74 ff.; BGHSt 4, 254; BGHSt 11, 268 ff., 271.
 - 10 Vgl. etwa MAXIMILIAN VON BURI, Der Versuch des Verbrechenens mit untauglichen Mitteln oder an einem untrüglichen Objekt, in: Gerichtssaal. Zeitschrift für Strafrecht und Strafprozeß 20 (1868), 325 ff.; DERS., Über das Wesen des Versuchs, in: Goltdammer's Archiv für Gemeines Deutsches und für Preussisches Strafrecht 25 (1877), 265 ff.; DERS., Versuch und Causalität, in: Der Gerichtssaal. Zeitschrift für Strafrecht, Strafprozeß, Gerichtliche Medizin, Gefängnißkunde und ausländische Literatur 32 (1880), 321 ff.; DERS., Über die sog. untaugliche Versuchshandlung, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1 (1881), 185 ff.
 - 11 Dazu RAINER ZACZYK, Das Unrecht der versuchten Tat, Duncker & Humblot: Berlin, 1989, S. 77 ff.
 - 12 Vgl. CLAUD ROXIN, Strafrecht. Allgemeiner Teil II, C.H. Beck: München, 2003, § 29 Rn. 28.
 - 13 Vgl. zum Ganzen ZACZYK (Fn. 11), S. 41 ff.; MAGDALENA GRUPP, Das Verhältnis von Unrechtsbegründung und Unrechtsaufhebung bei der versuchten Tat, Nomos: Baden-Baden, 2009, S. 136 ff.
 - 14 Vgl. dazu THOMAS WEIGEND, Die Entwicklung der deutschen Versuchslehre, in: Hirsch/Weigend (Hrsg.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, Duncker & Humblot: Berlin, 1989, S. 113 ff., 126 ff.

fragen, ob sich „hinter der theoretischen Unzulänglichkeit der subjektiven Versuchstheorie ein plausibler Gedanke verbarg, der ihr gerade in der Praxis zur Durchsetzung verhalf“ (Zaczyk)¹⁵. Gerade das Festhalten an der objektiven Versuchslehre im japanischen Recht kann möglicherweise die Entstehungsbedingungen der in Deutschland vorherrschenden subjektiven Lehre¹⁶ besser verständlich machen. Denn es ergibt sich im rechtsvergleichenden Blick¹⁷ etwa die Frage, warum – anders als in Deutschland (und in Frankreich) – die Straflosigkeit des absolut untauglichen Versuchs in Japan (wie in Korea) als unproblematisch angesehen wird.

b) Unrechtsbegriff und gesellschaftlicher Rahmen in Deutschland

Unverkennbar passt die subjektive Versuchslehre gut zum in Deutschland in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts zu großer Bedeutung gelangten „personalen Unrechtsbegriff“¹⁸. Die darauf beruhenden Ansätze verstehen strafrechtliches Unrecht nicht einfach als konkrete Rechtsgutsverletzung oder -gefährdung sondern zugleich als Verstoß gegen die Rechtsordnung insgesamt, welche eine wechselseitige Anerkennung der Freiheit und der Rechtsstellung unter den Rechtsgenossen voraussetzt. Ein konkret folgenlos gebliebener Angriff auf ein strafrechtlich geschütztes Rechtsgut ist von daher unter der allgemeineren Perspektive nicht folgenlos geblieben. Vielmehr wurde durch die Tat das Erfordernis einer Anerkennung der Rechtsordnung wie auch der Rechtsposition des Angegriffenen unübersehbar in Zweifel gezogen¹⁹.

Dieser Verstoß gegen die Rechtsordnung lässt sich unschwer als Anknüpfungspunkt für das Erfordernis einer Verdeutlichung der Normgeltung durch Strafrecht plausibel

15 ZACZYK (Fn. 11), S. 75.

16 Für objektive bzw. vermittelnde Ansätze in Deutschland vgl. CLAUS ROXIN, Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs, in: Müller-Dietz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung, Nomos: Baden-Baden, 2007, S. 829 ff.; DERS., Strafrecht. Allgemeiner Teil II, C.H. Beck: München, 2003, § 29 Rn. 10 ff. – jeweils m.w.Nw.

17 Zum Rechtsvergleich vgl. HANS-HEINRICH JESCHECK / THOMAS WEIGEND, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Duncker & Humblot: Berlin, 5. Aufl. 1996, S. 527 f.

18 Zur personalen Unrechtslehre etwa ERNST-JOACHIM LAMPE, Das personale Unrecht, Duncker & Humblot: Berlin, 1967, S. 206 ff.; HANS WELZEL, Das Deutsche Strafrecht, de Gruyter: Berlin, 11. Aufl. 1969, S. 3, 62; HARRO OTTO, Personales Unrecht, Schuld und Strafe, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 87 (1975), 539 ff.; MICHAEL KÖHLER, Die bewußte Fahrlässigkeit. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, Carl Winter: Heidelberg, 1982, S. 324 ff.; ZACZYK (Fn. 11), S. 105 ff.; zu den Grenzen vgl. CHRISTOS MYLONOPOULOS, Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, Heymanns: Köln, 1980, S. 23 ff., 129 ff.

19 Aus rechtstheoretischer bzw. -philosophischer Perspektive dazu etwa KNUT AMELUNG, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Athenäum: Frankfurt am Main, 1972, S. 385 ff.; ZACZYK (Fn. 11), S. 231 ff.; UWE MURMANN, Versuchsunrecht und Rücktritt, C.F. Müller: Heidelberg, 1999, S. 5 f.; GÜNTHER JAKOBS, Sozialschaden? Bemerkungen zu einem strafrechtstheoretischen Fundamentalproblem, in: Böse/Sternberg-Lieben (Hrsg.), Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung, Duncker & Humblot: Berlin, 2009, S. 37 ff., 46.

machen²⁰. Und tatsächlich hat man im Rahmen der Straftheorie entsprechend reagiert, indem der Strafzweck der Normbestätigung (Normbekräftigung bzw. positive Generalprävention) zunehmend Beachtung fand²¹. In der Großen Strafrechtsreform war letztlich in diesem Sinne die „Verteidigung der Rechtsordnung“ als neuer Strafzweck in das Strafgesetzbuch (§§ 47 I, 56 III, 59 I Nr. 3 StGB) eingefügt worden.

Auch der für das angegriffene Rechtsgut bzw. das Tatobjekt konkret folgenlose Angriff beinhaltet in dieser gesellschaftsbezogenen Orientierung sowohl Strafbedürftigkeit als auch Strafwürdigkeit bezüglich Versuchsstrafbarkeit. In der sog. Eindruckstheorie²² wird diese Sichtweise gebündelt. Strafgrund des Versuchs ist danach die durch die Versuchshandlung geschaffene (abstrakte) Gefährdung des Vertrauens der Rechtsgenossen in die Gültigkeit der Rechtsordnung insgesamt und speziell der vom Versuchstäter in Frage gestellten Ver- oder Gebotsnorm. Wobei für leichte Delikte (Vergehen) und für evident nicht ernstzunehmende Angriffe auch unter generalpräventiver Perspektive Strafbarkeits-Freiräume zuzugestehen sind, wie in § 23 I, III StGB geschehen²³.

Obschon die höchstrichterliche Anerkennung der subjektiven Versuchslehre durch das Reichsgericht im Jahre 1880²⁴ zeitlich weit vor der Ausformulierung der personalen Unrechtsverständnisse lag, lässt sich die Entstehung der subjektiven Versuchslehre mit der allgemeinen gesellschaftlichen Entwicklung sinnvoll in Beziehung setzen: Nach der staatstheoretischen Verabschiedung des Absolutismus im 18. und 19. Jahrhundert gewannen die durch die Epoche der Aufklärung geschaffenen Ansätze eines neuen Gesellschaftsverständnisses zunehmend an Einfluss, indem sich die Bürger selbst als Träger der Sozietät und des Rechts verstanden. *Savigny* hat dementsprechend schon zu Beginn

20 Zur insbesondere im 19. Jahrhundert geführten Diskussion um die strafrechtliche Bedeutung des durch die Straftat bewirkten „intellektuellen Verbrechensschadens“ vgl. HEINZ MÜLLER-DIETZ, Vom intellektuellen Verbrechensschaden – Eine nicht nur historische Reminiszenz, in: *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 130 (1983), 481 ff.

21 Vgl. dazu etwa GÜNTHER JAKOBS, Schuld und Prävention, Mohr: Tübingen, 1976, S. 8 ff.; FRANZ STRENG, Schuld, Vergeltung, Generalprävention, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 92 (1980), 637 ff., 642 ff., 663; HEINZ MÜLLER-DIETZ, Integrationsprävention und Strafrecht, in: *Vogler u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck, Duncker & Humblot: Berlin, 1985, S. 813 ff.*; URS KINDKÄUSER, Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte, Vittorio Klostermann: Frankfurt am Main, 1989, S. 30 ff., 343; GÜNTHER JAKOBS, Strafrecht. Allgemeiner Teil, de Gruyter: Berlin, 2. Aufl. 1991, Abschnitt 1 Rn. 4 ff.; HASSEMER (Fn. 3), S. 324 ff.; FRANZ STRENG, Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und ihre Grundlagen, Kohlhammer: Stuttgart, 3. Aufl. 2012, Rn. 24 f.

22 Ausführlich etwa THOMAS HILLENKAMP, in: *Leipziger Kommentar zum StGB*, de Gruyter: Berlin, 12. Aufl. 2007, Vor § 22 Rn. 77 ff.; ferner FRANZ STRENG, Der Irrtum beim Versuch – ein Irrtum?, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 109 (1997), 862 ff., 865 f.; ALBIN ESER in: *Schönke/Schröder, StGB. Kommentar*, C.H. Beck: München, 28. Aufl. 2010, § 22 Rn. 22; vgl. für Kritik an der Eindruckstheorie etwa UWE MURMANN (Fn. 19), S. 4 f.; GRUPP (Fn. 13), S. 103 ff.; ROLF HERZBERG / KLAUS HOFFMANN-HOLLAND, in: *Münchener Kommentar zum StGB*, C.H. Beck: München, 2011, § 22 Rn. 9 ff.

23 Vgl. zur Entstehungsgeschichte HILLENKAMP (Fn. 22), Vor § 22 Rn. 44, 49.

24 RGSt 1, 439 ff.

des 19. Jahrhunderts das Recht als „Teil des Volkslebens“ eingestuft und das wissenschaftlich betriebene Recht als „technisches Element“ danebengestellt²⁵.

Veränderungen im Gesellschaftsverständnis beeinflussten notwendig also auch das Strafrechtsverständnis²⁶: In vordemokratischen Zeiten bestimmten der konkrete Rechtsgüterschutz und die Idee notwendigen Gehorsams der Untertanen das Verständnis des Strafrechts. Durch die Aufklärung trat der Anspruch eindeutiger gesetzlicher Vorgaben und willkürfreier Gesetzesanwendung hinzu, um die bürgerlichen Freiräume abzusichern. Im Weiteren aber erlangte dann die Idee einer wechselseitigen Verpflichtung der Rechtsgenossen als tragendes gesellschaftliches Element mehr und mehr an Bedeutung.

Für das Versuchsverständnis bedeutete dies, dass der untaugliche Versuch eine neue Bedeutung für die Rechtsgeltung gewann. Auch der nicht konkret rechtsgutsgefährliche Angriff bedeutet(e) eine Infragestellung der neuen Ordnung, wie sie etwa in den Ideen vom Gesellschaftsvertrag ausformuliert ist. Deutlich wurde diese veränderte rechtstheoretische Wahrnehmung in der im 19. Jahrhundert geführten Diskussion um die strafrechtliche Bedeutung des durch die Tat bewirkten „intellektuellen Verbrechenschadens“²⁷. Die hier vertretene Hypothese lautet demnach, dass die subjektive Versuchslehre aus denselben gesellschaftlichen Entwicklungen und Zusammenhängen heraus entstanden ist, wie die personalen Unrechtslehren, weshalb sie als deren Vorläufer und möglicherweise sogar als ihr Wegbereiter anzusehen ist²⁸.

c) *Der vergleichende Blick auf Japan*

Anders als Deutschland ist Japan den objektiven Versuchslehren letztlich treu geblieben, wenngleich auch hier Meinungsstreit besteht²⁹. Diesen Unterschied auf seine Hintergründe hin zu untersuchen, sei hier gewagt. Wenn für Deutschland ein in der aufklärerischen Philosophie wurzelndes demokratisches Gesellschaftsverständnis als maßgeblich für eine zunehmende Subjektivierung des Strafrechts erkannt wurde, dann bietet sich dieses zugleich als Interpretationshintergrund für die in Japan anders verlaufene Entwicklung an.

Als wesentlich prägendes Merkmal der gesellschaftlichen Situation in Japan gilt die hier immer noch ganz entscheidend durch traditionelle Werte und Konfliktlösungsmuster geprägte Verhaltenssteuerung. Eine unmittelbar in strafrechtliche Dimensionen ausformulierte Verhaltenserwartung tritt demgegenüber zurück. Strafrecht wird folglich

25 Vgl. VON SAVIGNY (Fn. 1), S. 12 ff.; ferner GUSTAV RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*. Studienausgabe (hrsg. von Ralf Dreier und Stanley L. Paulson), C.F. Müller: Heidelberg, 1999, S. 86 ff.

26 Vgl. dazu MARTIN REULECKE, *Gleichheit und Strafrecht im deutschen Naturrecht des 18. und 19. Jahrhunderts*, Mohr Siebeck: Tübingen, 2007.

27 Vgl. dazu MÜLLER-DIETZ (Fn. 20), 481 ff.

28 Vgl. auch WEIGEND (Fn. 14), S. 119 f.; zum Argument der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs für die Begründung des personalen Unrechtsbegriffs vgl. WELZEL (Fn. 18), S. 62; dagegen aber LAMPE (Fn. 18), S. 249 f.

29 Vgl. oben Fn. 8.

erst dann bedeutsam, wenn die anderswo wurzelnden Verhaltenserwartungen nicht erfüllt worden sind. Von daher geht es bei Strafrechtsanwendung auch nicht so sehr um Normbestätigung. Vielmehr stehen die rechtsförmige Behandlung von Fehlverhalten und der gegenständliche Rechtsgüterschutz im Vordergrund³⁰. Dass das Strafgesetz nicht mit Blick auf die Wahrnehmung durch die Bürger formuliert wurde, wird auch durch dessen Abfassung in einer schwer verständlichen Sprache erhellt³¹.

Auf dieser Grundlage erscheint es konsequent, der subjektiven Versuchslehre distanziert gegenüber zu stehen. Denn diese legitimiert sich durch einen Anspruch auf Normbestätigung in der Folge der Verletzung einer im Strafrecht verkörperten Werteordnung. Nachdem das Strafrecht in Japan diese Aufgabe der Werteverdeutlichung aber in vergleichsweise geringem Maße haben dürfte, fehlt für eine darauf abzielende Strafbarkeit des untauglichen Versuchs die Grundlage.

Diese Überlegungen finden eine Stütze schließlich darin, dass die personale Unrechtslehre in Japan wenig dauerhaften Widerhall gefunden hat³². Anders als in Deutschland hat sich, trotz andersartiger Initiativen, zwischenzeitlich eine gewisse Entsubjektivierung des Unrechtsbegriffs durchgesetzt.

Dass das Vorstehende eine sehr holzschnittartige und statische Bestandsaufnahme darstellt, sei von vornherein eingeräumt. Es bleibt im Übrigen einzukalkulieren, dass auch die japanische Bevölkerung zunehmend von Modernisierungseffekten im Sinne von Entwurzelung, Anonymisierung und Traditionsverlust betroffen sein wird. In der Folge dessen dürften dem Strafrecht neue Aufgaben zuwachsen. Die neuestens durchgeführte Modernisierung des Gesetzestextes, der für die Bevölkerung daher leichter verständlich ist, und auch die Einführung des Schöffengerichts für die Aburteilung schwerster Taten zeugen von derartigen Entwicklungen hin zu einer stärkeren Bürgernähe des Strafrechts. Dies mag dann auch zu einer veränderten Einschätzung der Vor- und Nachteile von subjektiver und objektiver Versuchslehre Anlass geben. Und parallel dazu mag sich die Frage nach der Tragfähigkeit eines personalen Unrechtsbegriffs neu stellen.

Auf der anderen Seite haben sich auch im deutschen Strafrecht Ansätze einer Relativierung der Idee vom normbestätigenden Strafrecht gezeigt. Es sind Tendenzen hin zu

30 Vgl. HIRANO (Fn. 8), S. 89; für eine ausführliche Wiedergabe der entsprechenden „neoobjektivistischen“ Position IDA (Fn. 1), S. 70 ff.

31 Vgl. KOICHI MIYAZAWA, Traditionelles und Modernes im japanischen Strafrecht, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 26 (1976), 813 ff., 828; BERND J. GÖTZE, Das Japanische im japanischen Strafrecht, in: Menkhaus (Hrsg.), Das Japanische im japanischen Recht, iudicium: München, 1994, S. 505 ff., 511; KARL-FRIEDRICH LENZ / ROBERT HEUSER, Strafrechtsentwicklung in Japan und der Volksrepublik China. Landesberichte über Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur, Iuscrim: Freiburg i. Br., 1995, S. 54 f.

32 Vgl. NISHIHARA (Fn. 8), S. 1237 ff.; IDA (Fn. 1), S. 70 ff.; DERS., Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im System der Strafbarkeitsvoraussetzungen, in: Eser/Nishihara (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung IV, Max-Planck-Institut: Freiburg i.Br., 1995, S. 93 ff., 96 f.

einem technokratischen Strafrecht erkennbar. Drastisch deutlich wird das in der zunehmenden Nutzung von schuldunabhängigen Sicherungssanktionen und in dem – wenn gleich heftig kritisierten – straftheoretischen Ansatz vom „Feindstrafrecht“³³.

2. Zur Bedeutung des Systemdenkens

Eines Blickes wert erscheint im erörterten Zusammenhang auch die in Deutschland und Japan unterschiedliche Bedeutung eines Systemdenkens in der strafrechtlichen Rechtsanwendung. Damit ist gemeint, inwieweit man die Lösung einzelner Fälle oder Problemfragen stimmig in ein „Netzwerk von Fällen“ einzustellen beabsichtigt oder eher mit gerecht erscheinenden Einzellösungen zufrieden ist. *Makoto Ida* berichtet dazu, dass in Japan die Bereitschaft zu derartigem Systemdenken bei den Gerichten deutlich weniger ausgeprägt ist als in Deutschland³⁴. Und er setzt dies in Beziehung zu einem verstärkten Einfluss des amerikanischen *case law*. Mir scheint nun der Hinweis auf diesen ausländischen Einfluss ergänzungsbedürftig.

Es mutet naheliegend an, die im vorigen Abschnitt dargestellten kulturspezifischen Unterschiede der Bedeutung von Strafrecht heranzuziehen: Wir gehen in Deutschland davon aus, dass das Strafrecht ein stimmiges, von den Rechtsüberzeugungen der Bürger getragenes System darstellt. Und dies gilt durchaus unabhängig davon, dass immer wieder Gesetzeskritik in Einzelfragen geäußert wird. Von diesem sehr grundsätzlichen Ausgangspunkt aus, dass das Strafrecht als ein den Wertüberzeugungen der Bürger entsprechendes System zu begreifen ist, erscheint es auch ganz plausibel, für Problemlösungen zu Einzelfällen „systemfähige“ Vorschläge zu erarbeiten und in der Rechtsprechung zu verfolgen.

In Japan sieht das anders aus, nachdem die traditionell handlungsleitenden Werthaltungen mit dem Strafgesetz nur lose verbunden sind. Gerechte Lösungen beziehen ihre Akzeptanz mithin stärker aus außerstrafrechtlichen Zusammenhängen und lassen sich von daher nicht so gut in strafrechtsinterne Systeme integrieren³⁵.

33 Für einen derartigen Ansatz GÜNTHER JAKOBS, Kriminalisierung im Vorfeld von Rechtsverletzungen, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 97 (1985), 751 ff., 778 f., 783 f.; DERS., Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, Duncker & Humblot: Berlin, 1999, S. 109 ff.; entschiedene Kritik daran etwa in den Beiträgen in THOMAS UWER (Hrsg.), *Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat*, Strafverteidigervereinigungen: Berlin, 2006; THOMAS VORMBAUM (Hrsg.), *Kritik des Feindstrafrechts*, LIT: Berlin, 2009.

34 IDA (Fn. 5), S. 14 ff.

35 Zur ähnlichen Situation in Korea vgl. YOUNG-WHAN KIM, Zu Folgeerscheinungen der Rezeption in Korea: Begriffsjurisprudenz und die Flucht in die Generalklausel, in: Orsi/Seelmann/Smid/Steinvorth (Hrsg.), *Philosophische Hefte, Band IX: Recht und Kulturen*, Peter Lang: Frankfurt am Main, 2000, S. 59 ff.; BYUNG-SUN CHO, Die Rezeption des Europäischen Strafrechts in Korea, in: Orsi/Seelmann/Smid/Steinvorth (Hrsg.), *Philosophische Hefte, Band IX: Recht und Kulturen*, Peter Lang: Frankfurt am Main, 2000, S. 69 ff., 72 f.

3. *Zum Verhältnis von Bestimmtheit und Flexibilität im Strafrecht*

Mit dem Aspekt geringerer Systematisierung als im deutschen Strafrecht hängt auch die in Japan größere Flexibilität im Umgang mit dem Strafgesetz und die höhere Bedeutung der Einzelfallgerechtigkeit³⁶ zusammen.

Die größere Flexibilität des japanischen Strafrechts im Umgang mit dem Gesetzeswortlaut erscheint im Grundsatz schon deshalb systemkonform, weil – wie schon hervorgehoben – stärker als im deutschen Strafrecht in Japan die Verhaltenssteuerung und auch die Wertungsgrundlagen für gerechte Entscheidungen auf außerstrafrechtliche kulturelle bzw. traditionale Vorgaben abgestützt sind. Wegen der also geringeren Leitfunktion des Gesetzes wird das Gesetzlichkeitsprinzip wohl als weniger bedeutsam angesehen als in Deutschland³⁷. Und es lässt sich konstatieren, dass dies es ermöglicht hat, auch ohne ständige Gesetzesänderungen angemessen auf die Herausforderungen einer sich stetig verändernden Welt zu reagieren³⁸.

In Deutschland hat die zunehmend starke Beachtung des Gesetzlichkeitsprinzips (Art. 103 II GG = § 1 StGB), insbesondere des Analogieverbots, zwar die Rechtssicherheit im Sinne wünschenswerten Schutzes vor unkalkulierbaren Bestrafungsrisiken gefördert. Auf der anderen Seite führte dies aber auch zur Schaffung von hausgemachten Problemen bei der Gesetzesauslegung und zum allzu häufigen Ruf nach dem Gesetzgeber. Dabei wird m.E. zu wenig beachtet, dass das Gesetzlichkeitsprinzip mit Blick auf die Bedingungen der Strafgesetzgebung und deren Umsetzung in der Praxis³⁹ gesehen werden muss. Unverkennbar ist der Gesetzgeber darauf angewiesen, dass solche Probleme, wie sie durch die im Gesetzgebungsverfahren weithin gar nicht überschaubaren Auswirkungen von Gesetzesformulierungen auftreten, dann von den Gerichten und der Wissenschaft bewältigt werden. Und manchmal ruft der Gesetzgeber selbst Gerichte und Wissenschaft dazu auf, die im Gesetzgebungsverfahren offen gebliebenen Fragen zu

36 Vgl. etwa FUMIO KANAZAWA, Die Grenzen des Gesetzlichkeitsprinzips im japanischen Strafrecht, in: Hirsch/Weigend (Hrsg.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, Duncker & Humblot: Berlin, 1989, S. 179 ff., 183 ff.; JOACHIM HERRMANN, Die Japanisierung des westlichen Rechts: Strafrecht und Strafprozeßrecht, in: Coing/Hirano u.a. (Hrsg.), *Die Japanisierung des westlichen Rechts*, Mohr: Tübingen, 1990, S. 397 ff., 399 ff.; RYUICHI HIRANO, Die Japanisierung des westlichen Rechts im japanischen Strafrecht und Strafprozeßrecht, in: Coing/Hirano u.a. (Hrsg.), *Die Japanisierung des westlichen Rechts*, Mohr: Tübingen, 1990, S. 387 ff., 389 ff.; NORIYUKI NISHIDA, Das Japanische im japanischen Strafrecht, in: Menkhaus (Hrsg.), *Das Japanische im japanischen Recht, iudicium*: München, 1994, S. 527 ff., 530 ff.; IDA (Fn. 5), S. 15 f.

37 Vgl. dazu KANAZAWA (Fn. 36), S. 179 ff.; HIRANO (Fn. 36), S. 390.

38 Vgl. dazu KANAZAWA (Fn. 36), S. 186 f.; HIRANO (Fn. 36), S. 391.

39 Zur Unzulänglichkeit der etablierten Methodenlehre, diesen Umsetzungsprozess zu bewältigen vgl. WINFRIED HASSEMER, *Gesetzesbindung und Methodenlehre*, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2007, 213 ff., 217 ff.; RALPH CHRISTENSEN / HANS KUDLICH, *Gesetzesbindung: Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis*, Duncker & Humblot: Berlin, 2008, S. 80 ff.

klären⁴⁰. Einem semantischen Purismus etwa in dem Sinne, dass ein tatbestandlicher Begriff (z.B. „Tat“) im Strafgesetzbuch immer denselben Aussagegehalt haben müsse, ganz gleich, in welchem Zusammenhang er steht, sollten Rechtsanwender wie Rechtswissenschaftler sich daher nicht hingeben⁴¹.

Sich als Wissenschaftler zügellos auf den Wortlaut des Gesetzes zurückzuziehen, ohne die Auslegungsgrenzen des „möglichen Wortsinns“ funktionsangemessen wahrzunehmen⁴², bedeutet schwerlich, dem Prinzip der Gewaltenteilung Reverenz zu erweisen. Vielmehr muss es darum gehen, der Schutzrichtung des Analogieverbots⁴³ Rechnung zu tragen, nämlich den Verständnishorizont des juristischen Laien zu respektieren. Solange den Bürgern durch die *lex scripta* der strafrechtliche Normbereich bzw. die ihnen drohende strafrechtliche Haftung deutlich genug wird, bleibt es Aufgabe der Gerichte und der Wissenschaft, mit den vorliegenden Gesetzestexten zu arbeiten – trotz des immer wieder und zunehmend sich einstellenden Wunsches nach gründlicherer Kodifikationsarbeit⁴⁴.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass die eher zurückhaltende Anwendung des Gesetzlichkeitsprinzips in Japan aus deutscher Sicht aufmerksam analysiert und bewertet werden sollte. Wir haben allen Grund, unser derzeitiges Verständnis vom Analogieverbot als möglicherweise überzogen zu hinterfragen⁴⁵. Ein Rechtsvergleich kann dabei nur nützlich sein.

40 Zur einschlägigen Lage bei der *actio libera in causa* vgl. FRANZ STRENG, „actio libera in causa“ und Vollrauschstrafbarkeit, Juristenzeitung 2000, 20 ff., 22 (mit Fn. 28); DERS., in: Münchener Kommentar zum StGB, C.H. Beck: München, 2. Aufl. 2011, § 20 Rn. 129.

41 Vgl. etwa FRANZ STRENG, Rücktritt vom erfolgsqualifizierten Versuch, in: Hettinger u.a. (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper, C.F. Müller: Heidelberg, 2007, S. 629 ff., 632 ff.

42 Dazu HANS KUDLICH, „Gesetzesumgehung“ und andere Fälle teleologischer Lückenschließung im Strafrecht, in: Jahn/Kudlich/Streng (Hrsg.), Strafrechtspraxis und Reform. Festschrift für Heinz Stöckel, Duncker & Humblot: Berlin, 2010, S. 93 ff., 103 ff.

43 Näher zum Gewährleistungsgehalt von Art. 103 II GG etwa IVO APPEL, Verfassung und Strafe, Duncker & Humblot: Berlin, 1998, S. 117 ff.

44 Außerordentlich scharfe Kritik hat die unzulängliche Vorbereitung des 6. StrRG von 1998 bei KARL LACKNER und KRISTIAN KÜHL (Das Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts. Eine kritische Einführung, C.H. Beck: München, 1998, S. V ff.) gefunden. Man mag die in diesem Gesetzgebungsverfahren deutlich gewordene überhastete und daher fehleranfällige Strafgesetzgebung als symptomatisch für die derzeitige legislative Arbeit ansehen. Vgl. auch MICHAEL HETTINGER, in: Laubenthal (Hrsg.), Festgabe für Rainer Paulus zum 70. Geburtstag, Ergon: Würzburg, 2009, S. 73 ff. Für ähnliche Erscheinungen in der Schweiz GÜNTER STRATENWERTH, Neuere Strafgesetzgebung – eine Philippika, in: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 127 (2009), 114 ff.

45 Näher FRANZ STRENG (Fn. 41), S. 639 ff.

III. ABSCHLIESSENDE ÜBERLEGUNGEN

1. *Kulturspezifische Grundlagen und Strafrecht*

Die Hauptlinie der vorstehenden Überlegungen zu Einzelfragen beruht auf der Hypothese eines in Japan anderen Verhältnisses von Strafgesetz und Strafrechtspraxis als in Deutschland. Diese Differenzen sind kulturell bedingt und lassen sich nicht als besser oder schlechter in Relation zu der jeweils unterschiedlichen Situation im anderen Land einstufen.

Das japanische Strafrecht wurde in seiner Entstehung und dogmatischen Fortentwicklung zwar ganz wesentlich durch das deutsche Strafrecht geprägt. Jedoch war dieses Recht in einen kulturellen Rahmen eingepflanzt worden, in welchem es zunächst Fremdkörper war. Diese Diskrepanz hat sich im Laufe der Zeit durch Gesetzgebung und rechtswissenschaftliche Bemühungen gewiss verringert, bleibt aber gleichwohl erkennbar. Man mag so den Schluss ziehen, dass nicht nur das importierte deutsche Strafrecht Fremdkörper war, sondern weitergehend, dass auch das „hausgemachte“ Strafrecht in Japan – wie auch in anderen asiatischen Gesellschaften – eine von Europa verschiedene kulturelle Verwurzelung aufweist.

Dass ich mich mit diesen Überlegungen nicht ganz auf ungesichertes Terrain begeben, mögen Beobachtungen zum südkoreanischen Strafrecht, das bekanntlich mit dem japanischen und dem deutschen Strafrecht eng verwandt ist, verdeutlichen. Denn es lässt sich aufzeigen, dass in der Folge der Rezeption des europäischen – und nicht zuletzt deutschen – Strafrechts zu Beginn des 20. Jahrhunderts sich an der Geltung der konfuzianischen Lehre von der Sittlichkeit nichts änderte. Es entwickelte sich „wenig Vertrauen in die Formalisierung der Konfliktabwicklung durch das Strafrecht“ (*Young-Whan Kim*)⁴⁶. In dieses Strafrecht wurde die konfuzianische Lehre von der Sittlichkeit vor allem über die strafrechtlichen Generalklauseln und über die Rechtfertigungsebene importiert, um das Recht den eigentlichen relevanten, vom Strafrecht ganz unabhängigen Normstandards anzupassen. Dabei wurden Anforderungen der Rechtsstaatlichkeit hintangestellt⁴⁷.

Meine Schlussfolgerung dazu ist, dass hier der Gleichklang von gesellschaftlichen Normen und Strafrecht sich nicht aus einem in Strafrecht ausformulierten bürgerlichen Konsens ergibt, es also nicht um „demokratisches Strafrecht“ im echten Sinne geht. Vielmehr resultiert der Gleichklang aus einem Funktionsverlust des Strafrechts, das hier als traditional beeinflusste Variante eines „technokratischen Strafrechts“ angesehen werden kann.

46 YOUNG-WHAN KIM, Rezeption des deutschen Strafrechts in Korea, in: Hilgendorf (Hrsg.), *Ostasiatisches Strafrecht*, Mohr Siebeck: Tübingen, 2010, S. 43 ff., 56.

47 Vgl. CHO (Fn. 35), S. 71 ff.; KIM (Fn. 46), S. 57 f.; vgl. auch schon YOUNG-WHAN KIM, Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im System der Strafbarkeitsvoraussetzungen, in: Eser/Nishihara (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung IV*, Max-Planck-Institut: Freiburg i.Br., 1995, S. 99 ff., 103 f.

2. Punitivität im Rechtsvergleich

Trotz der kulturell unterschiedlichen Verwurzelung der hier diskutierten Ausprägungen des deutschen und des japanischen Strafrechts ist es naheliegend, dass gesellschaftliche Modernisierungstendenzen in beiden Ländern und Rechtsordnungen zu Annäherungen führen können. Besonders plakativ erscheinen hier Entwicklungen im Sanktionensbereich.

Neuere Berichte aus Japan sprechen von einem zunehmenden Trend zu hartem strafrechtlichen Reagieren auf Seiten des Gesetzgebers und auch der Gerichte⁴⁸. Die Strafgesetzgebung sei inzwischen erheblich populistisch geprägt und erfolge weitgehend ohne sachkundige Beratung durch die Wissenschaft.

Auch für Deutschland ist eine ganz entsprechende, besorgniserregende Diagnose zutreffend⁴⁹. Im Bereich der schwersten Delikte gegen die Person zeigt die Verurteiltenstatistik eine eindeutige Tendenz zu höheren Strafen. Die Gesetzgebung im Sanktionensbereich ist durch eine Tendenz zu höheren Strafrahmen und zur Schaffung zusätzlicher Sicherungssanktionen geprägt.

Es stellt sich angesichts dessen um so drängender die Frage, worauf denn nun diese Veränderung in der gesellschaftlichen Strafhaltung zurückzuführen ist. Zunächst lässt sich zeigen, dass die Kriminalitätsentwicklung sich als nur bedingt aussagekräftig für angestiegenes Strafverlangen erweist⁵⁰. Plausibler mutet meines Erachtens eine auf Medieneffekte abstellende Hypothese an. Man hat in diesem Zusammenhang von einem „politisch-publizistischen Verstärkerkreislauf“ der Punitivität gesprochen⁵¹. Und in diesem Aufschaukelungsprozess spielt die in den letzten Jahren zunehmend in den Vordergrund getretene Opferorientierung eine nicht unerhebliche Rolle⁵².

48 Vgl. IDA (Fn. 5), S. 10 ff.; DERS., Der Ruf nach einem schärferen Strafrecht und die Strafrechtswissenschaft in Japan, in: Jahn/Kudlich/Streng (Hrsg.), Strafrechtspraxis und Reform. Festschrift für Heinz Stöckel, Duncker & Humblot: Berlin, 2010, S. 361 ff.; OSAMU MAGATA, Zur Entwicklung des japanischen Strafrechts, in: Hilgendorf (Hrsg.), Ostasiatisches Strafrecht, Mohr Siebeck: Tübingen, 2010, S. 25 ff., 37 ff.

49 Vgl. FRANZ STRENG, Bürgerstrafrecht oder Feindstrafrecht? – Zu den Gefahren der Folgenorientierung für ein „demokratisches Strafrecht“, in: Berg/Kapsch/Streng (Hrsg.), Criminal Justice in the United States and Germany – Strafrecht in den Vereinigten Staaten und Deutschland, Universitätsverlag Winter: Heidelberg, 2006, S. 195 ff.; DERS., Straffmentalität und gesellschaftliche Entwicklung – Aspekte zunehmender Punitivität, in: Behr/Cremer-Schäfer/Scheerer (Hrsg.), Kriminalitäts-Geschichten – Ein Lesebuch über Geschäftigkeiten am Rande der Gesellschaft, LIT: Hamburg, 2006, S. 211 ff.

50 Vgl. für Deutschland FRANZ STRENG, Sanktionseinstellungen bei Jura-Studierenden im Wandel, in: Soziale Probleme 17 (2006), 210 ff., 222 f.; vgl. für Japan HELMUT KURY / MARTIN BRANDENSTEIN / TOSHIO YOSHIDA, Kriminalpräventive Wirksamkeit härterer Sanktionen – Zur neuen Punitivität im Ausland (USA, Finnland und Japan), in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 121 (2009), 190 ff., 208 ff.

51 Vgl. SEBASTIAN SCHEERER, Der politisch-publizistische Verstärkerkreislauf, in: Kriminologisches Journal 10 (1978), 223 ff.

52 Vom Verfasser in Erlangen durchgeführte Befragungen von Jura-Studienanfängern haben Folgendes gezeigt (hier Befunde der Jahre 2005 und 2007): Je stärker die Befragten die Er-

Gestiegene Kriminalitätsfurcht und auch Punitivität könnten schließlich auch Ausdruck einer gerade in einer gesellschaftlichen Umbruchssituation als problematisch erlebten sozialen Lage sein⁵³. Man spricht insoweit von einer „Generalisierungshypothese“⁵⁴. In diesem Sinne könnte die angewachsene Punitivität als Fernwirkung neuerer Globalisierungsprozesse verstanden werden, welche zu vielfältigen und sehr gravierenden Veränderungen in Sozial- und Wirtschaftsstruktur, Bevölkerungsstruktur und Delinquenz mit einhergehenden tiefgreifenden Verunsicherungen der Bürger führten und führen⁵⁵. Unter dem Stichwort „Risikogesellschaft“ ist das auch in der Strafrechtswissenschaft diskutiert worden⁵⁶.

füllung von Genugtuungsbedürfnissen des Tatopfers als wichtigen Strafzweck ansahen, desto höhere Strafen forderten sie für einen näher beschriebenen Affekttotschlags-Fall ($r = .20$, $p = .003$), desto uneingeschränkter befürworteten sie die lebenslange Freiheitsstrafe ($r = .15$, $p = .001$) und desto stärker votierten sie sogar für die Wiedereinführung der Todesstrafe ($r = .16$, $p = .03$). – Details zur Befragung bei STRENG (Fn. 50), 211 f.

- 53 Vgl. etwa HANS-JÜRGEN KERNER, Kriminologische Forschung im sozialen Umbruch, in: Boers/Gutsche/Sessar (Hrsg.), Sozialer Umbruch und Kriminalität in Deutschland, Westdeutscher Verlag: Opladen, 1997, S. 331 ff., 360; KLAUS SESSAR, Die Angst des Bürgers vor Verbrechen, in: Janssen/Peters (Hrsg.), Kriminologie für Soziale Arbeit, Votum: Münster, 1997, S. 118 ff., 133 ff.; HANS-JÖRG ALBRECHT, Öffentliche Meinung, Kriminalpolitik und Kriminaljustiz, in: Walter/Kania/Albrecht (Hrsg.), Alltagsvorstellungen von Kriminalität, LIT: Münster, 2004, S. 491 ff., 511 ff.; KURY/BRANDENSTEIN/YOSHIDA (Fn. 50), 219.
- 54 Vgl. auch KLAUS BOERS/PETER KURZ, Kriminalitätseinstellungen, soziale Milieus und sozialer Umbruch, in: Boers/Gutsche/Sessar (Hrsg.), Sozialer Umbruch und Kriminalität in Deutschland, Westdeutscher Verlag: Opladen, 1997, S. 187 ff., 218 f.; FRANZ STRENG, Kriminalität und Kriminalitätswahrnehmung nach der Vereinigung Deutschlands, in: de Wall/Germann (Hrsg.), Bürgerliche Freiheit und Christliche Verantwortung. Festschrift für Christoph Link, Mohr Siebeck: Tübingen, 2003, S. 959 ff., 977 f.
- 55 Vgl. HENNER HESS, Die Zukunft des Verbrechen, in: Kritische Justiz 31 (1998), 145 ff.
- 56 Vgl. zur Diskussion um das Strafrecht der „Risikogesellschaft“ etwa HASSEMER (Fn. 3), S. 274 ff.; FELIX HERZOG, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, R. v. Deckers: Heidelberg, 1991; CORNELIUS PRITTWITZ, Strafrecht und Risiko, Klostermann: Frankfurt/M., 1993; GÜNTER STRATENWERTH, Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 105 (1993), 679 ff.; LOTHAR KUHLEN, Zum Strafrecht der Risikogesellschaft, in: Goltdammer's Archiv für Strafrecht 141 (1994), 347 ff.; DETLEV FREHSEE, Die Strafe auf dem Prüfstand, in: Strafverteidiger 16 (1996), 222 ff., 224 ff.; HEINZ MÜLLER-DIETZ, Gibt es Fortschritt im Strafrecht?, in: Schmoller (Hrsg.), Festschrift für Otto Triffterer, Springer: Wien, 1996, S. 677 ff.; KARL-LUDWIG KUNZ, Liberalismus und Kommunitarismus in Straftheorie und Kriminalpolitik, in: H.-J. Albrecht u.a. (Hrsg.), Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für Günther Kaiser, Duncker & Humblot: Berlin, 1998, S. 859 ff., 863 f.; WOLFGANG FRISCH, Gesellschaftlicher Wandel als formende Kraft und als Herausforderung des Strafrechts, in: Müller-Dietz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung, Nomos: Baden-Baden, 2007, S. 189 ff., 194 ff.; IDA (Fn. 5), S. 12 f.; ANDREAS EICKER, Die Prozeduralisierung des Strafrechts, Stämpfli: Bern, 2010, S. 25 ff.; YOUNG-WHAN KIM, Über die Verantwortungsstruktur in der Risikogesellschaft, in: Herzog/Neumann (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, C.F. Müller: Heidelberg, 2010, S. 85 ff.

Sozialpsychologisch betrachtet, wären die in der Bevölkerung bzw. in den Medien zunehmende Interessen-Fixierung auf Kriminalität und Strafe sowie die ansteigende Punitivität als Beruhigungsstrategien zu verstehen: Die eigene Verunsicherung als isolierbares „Kriminalitätsproblem“ – und nur als solches – zu identifizieren, grenzt Beunruhigung ein und ermöglicht mittels forcierten Rufs nach höheren Strafen eine immerhin symbolische Bekämpfung nicht nur der Verunsicherung durch Kriminalität, sondern der eigenen sozialen Verunsicherung insgesamt.

Vielleicht ist dieses anhand der Entwicklungen in Deutschland vorgestellte Modell auch als Erklärungshypothese für die neuere kriminalpolitische Lage in Japan tauglich.

**Sinn und Grenzen der Strafrechtsvergleichung –
Täterschaftsprobleme in den hierarchischen Organisationen
im koreanischen Strafrecht**

Byung-Sun Cho *

- I. Die selektive Rezeption der deutschen Dogmatik in Korea
- II. Die Feststellung der Täterschaft in der hierarchischen Organisation
 - 1. Die Einführung einer gesetzlichen Sonderregelung als eine Lösung?
 - a) Parallelbestrafungsnorm lediglich als eine normative Grundlage der Bestrafung der juristischen Personen
 - b) Verfassungswidrigkeitsbeschluss des koreanischen VerfG und erneute Diskussionen
 - 2. Der Täterschaftsbegriff in den hierarchischen Organisationen
 - a) Die Feststellung der Täterschaft
 - b) Mittäterschaft bei den Fahrlässigkeitsdelikten
- III. Schlussworte

Bevor ich auf den Kern des Themas eingehe, wird für ein Musterbeispiel des Rechtstransfers die selektive Rezeption der deutschen Täterschaftslehre in Korea (unten I.) vorgestellt. Zu meinem Thema, *Sinn und Grenzen der Rechtsvergleichung bei der strafrechtlichen Täterschaftsfragen*, werde ich bei der Zurechnung in den komplexen Organisationen auf die selektive Rezeption von der deutschen Lehre *societas delinquere no potest* erwidern (unten II.1.). Deshalb werde ich Sinn und Grenzen der Strafrechtsvergleichung bei den dogmatischen Lösungsansätze betonen, mit der Berücksichtigung von wichtigen Fällen in Korea (unten II.2.). Meine bisher dargestellten Überlegungen schließe ich mit einigen offenen Schlussworten ab (unten III.).

I. DIE SELEKTIVE REZEPTION DER DEUTSCHEN DOGMATIK IN KOREA

Im internationalen Vergleich hat sich das koreanische Strafrecht gesetzlich und dogmatisch an das deutsche Strafrecht angenähert. Das Prinzip „*societas delinquere no potest*“ war durch die Rezeption des deutschen Strafrechts und der deutschen Strafrechtsdogmatik im koreanischen Strafrecht stark verwurzelt. Allerdings möchte ich eine

* Dr. iur., Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Umweltrecht an der juristischen Fakultät der Cheongju Universität.

„gedeckte“ bzw. „unbewusste“ Denkweise hinter diesem Hindernis „keine Strafe gegenüber die juristische Person“ erörtern: Das Kernstück dieses Hindernisses beruht auf dem Gedanken der individuellen Zurechnung in der deutschen Strafrechtsdogmatik. Nach meiner Meinung lebt trotz des äußerlich herrschenden Gedankens ein herkömmlicher Gedanke der kollektiven Zurechnung fort. Zwischen dem deutschen Strafrecht, das über Japan vermittelt im Jahr 1953 in Korea nahezu pauschal rezipiert wurde, und dem traditionellen koreanischen Strafrecht bestand keine Affinität. Dieser endgültige Bruch mit der alten Strafrechtstradition führte allerdings zu dem unerwarteten Resultat einer Doppelung der Rechtskultur: das koreanische Volk lebte und lebt weiter in einer *doppelten Rechtskultur* koreanischer und deutscher Prägung.¹ Daher ist in Korea als eine Ausnahme eine Spezialregelung bezüglich der Bestrafung der juristischen Personen eingeführt worden, zuerst im Gebiet des Nebenstrafrechts, schließlich aber auch im Gebiet des Kernstrafrechts (siehe unten II.1.). Unterscheidet man nun den *Rezeptionsvorgang* selbst von dem ihm nachfolgenden *Assimilationsvorgang* des Rezipierten, erfolgte der Assimilationsvorgang in eigenartiger Weise. In diesem Kontext möchte ich im Folgenden das Hauptthema, Sinn und Grenzen der Rechtsvergleichung zur Täterschaft bei den hierarchischen Organisation behandeln.

II. DIE FESTSTELLUNG DER TÄTERSCHAFT IN DER HIERARCHISCHEN ORGANISATION

1. Die Einführung einer gesetzlichen Sonderregelung als eine Lösung?

a) *Parallelbestrafungsnorm lediglich als eine normative Grundlage der Bestrafung der juristischen Personen*

In Korea wie auch in Japan ist die gesetzliche Bestimmung über die Strafbarkeit juristischer Personen, die in fast allen strafrechtlichen Nebengesetzen enthalten ist, unter der sogenannten „Parallelbestrafungsnorm“ erfasst worden. Auf dem Gebiet des Kernstrafrechts wurde die Parallelbestrafungsnorm zum ersten Mal im Umweltdeliktgesetz eingeführt. Dadurch, dass eine juristische Person nach diesem gemäß der Gesetzgebungstechnik des Kernstrafrechts formulierten Tatbestand nunmehr bestraft werden kann, stellen Art. 4 japanisches Umweltdeliktgesetz und Art. 5 koreanisches Umweltdeliktgesetz einen Wendepunkt in der Geschichte des japanischen und des koreanischen Strafrechts dar.

¹ Vgl. dazu ausführlich CHO, BYUNG-SUN, Die Rezeption des Europäischen Strafrechts in Korea, in: Zeitschrift der Deutsch-Koreanischen Juristengesellschaft e.V. 2. Ausgabe (1999), 197-202.

*Das japanische Umweltdeliktgesetz**Das koreanische Umweltdeliktgesetz**Art. 4 Parallelstrafe*

Begehen ein Repräsentant einer juristischen Person sowie ein Vertreter, ein Angestellter oder ein sonstiger Arbeitnehmer einer juristischen oder natürlichen Person die in den zwei vorgenannten Vorschriften (Art. 2 und Art. 3) genannten Straftaten in Ausübung der Betriebstätigkeit, so tritt neben die Bestrafung eines Handelnden auch die Bestrafung der juristischen oder natürlichen Person nach der in den vorstehenden Vorschriften angedrohten Geldstrafe.

Art. 10 Parallelbestrafung

Begehen ein Repräsentant einer juristischen Person oder ein Vertreter, ein Angestellter oder ein sonstiger Arbeitnehmer einer juristischen oder natürlichen Person die in den Art. 2 und Art. 3 genannten Straftaten in deren Geschäftsinteresse, so tritt neben Bestrafung eines Handelnden auch die Bestrafung der entsprechenden juristischen Person nach der in den vorstehenden Vorschriften angedrohten Geldstrafe.

In diesen beiden Ländern nimmt die Zahl der Strafvorschriften dieser Art ständig zu. Schon in den 1970er Jahren zählte man über 600 Bestimmungen. Das wesentliche Problem der Parallelbestrafung besteht darin, dass schwer zu begründen ist, weshalb die juristische Person wegen der Tat ihres Angestellten mitbestraft werden soll. Nach dem Gesetzeswortlaut liegt hier eine Verantwortung ohne Verschulden vor.

Der japanische OGH versuchte, durch eine den Gesetzeswortlaut ergänzende Auslegung die Parallelbestrafungsvorschrift mit dem Schuldprinzip in Einklang zu bringen. Seit einer Entscheidung des japanischen OGH vom 27.11.1957² betrachten japanische Gerichte die Parallelbestrafungsnorm als eine gesetzliche Fahrlässigkeitsvermutung. Die Wissenschaft in Korea und in Japan begrüßt diese Ansicht weitgehend.³ So können juristische Personen lediglich durch den Nachweis der Erfüllung der Aufsichtspflicht

2 Keishu Bd. 11 Nr. 12, S. 3113 ff. Dieses Urteil stellt ein Markstein in der Entwicklung der Rechtsprechung dar. Aber zu diesem Urteil gab es eine abweichende Auffassung des Richters am OGH Shimoizaka. Die Richter am OGH Tanaka und Saito waren auch der Meinung von Shimoizaka. Nach seiner Auffassung ist die Parallelbestrafungsnorm nicht als Vermutung einer fahrlässigen Aufsichtspflichtverletzung, sondern als Nichtverschuldenshaftung anzusehen, weil Art. 8 und Art. 38 japStGB eine abweichende Regelung erlauben und damit nicht gegen Art. 31 der japanischen Verfassung verstoßen. Art. 8 und Art. 38 japStGB lauten auszugsweise: „... dies gilt jedoch nicht, soweit diese abweichende andere Bestimmung enthalten“. Art. 31 der japanischen Verfassung regelt das Gesetzlichkeitsprinzip.

3 Vgl. dazu kritisch CHO, BYUNG-SUN, *Chilsoyuibanbop* [Ordnungswidrigkeitenrecht], (Seoul: KIC Verlag, 1991), S. 57 ff., S. 61 ff., S. 172 ff. m.w.N.; DERS., Administrative Penal Law and its Theory in Korea and Japan from a Comparative Point of View, in: *Tilburg Foreign Law Review* Vol. 2 No. 3, pp. 261.

gegenüber ihren Angestellten (d.h. durch den Beweis des Gegenteils) die Fahrlässigkeitsvermutung entkräften. Der Beweis des Gegenteils ist dabei als eine Umkehrung der Beweislast zu verstehen. Damit bleibt streitig, ob für die materielle (objektive) Beweislast „preponderance of evidence“ oder „burden of producing evidence“ im Sinne des anglo-amerikanischen Rechts gefordert wird. Nach der h.M. in der Lehre und der Rechtsprechung muss zuerst eine tatbestandsmäßige und rechtswidrige Tathandlung des unmittelbar Handelnden festgestellt werden, um die juristische Person strafrechtlich belangen zu können. Eine andere Meinung hält dagegen, dass die juristische Person unabhängig von der Strafbarkeit der unmittelbar Handelnden bestraft werden kann, weil es sehr schwer ist, bei komplizierter betrieblicher Arbeitsteilung in großen Firmen vorsätzliche (oder fahrlässige) Tathandlungen eines unmittelbar Handelnden auszumachen. Deswegen geht ein Teil der Rechtslehre weiter, indem er die Parallelbestrafungsvorschrift daraufhin anwenden will, dass eine illegale Handlung unmittelbar der juristischen Person zugerechnet werden kann, wenn ein individueller Täter nicht identifiziert werden kann. Diese Meinung dürfte kriminalpolitisch durchaus ihren Sinn haben, aber stellt eine unerträgliche Analogie dar.⁴ Daher ist die juristische Person nach dem geltenden Gesetz nur dann strafbar, wenn die Abwendung der Anknüpfungstat (= Tathandlung des unmittelbaren Handelnden) vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen wurde.

Wird der unmittelbar Handelnde mit Freiheitsstrafe bestraft, während die juristische Person lediglich mit Geldstrafe belegt wird, ist es fraglich, nach welcher Strafart – der Strafe des unmittelbar Handelnden oder der Strafe der juristischen Person – die Verfolgung verjährt. Aus denselben Gründen ist umstritten, ob für die Bestrafung der juristischen Person das Amtsgericht oder das Bezirksgericht zuständig ist. Im Gegensatz zu den unteren Gerichten folgt der japanische OGH der Auffassung, dass für die Verjährung und Zuständigkeit je nach der Art der Strafe zu unterscheiden ist.⁵ Deswegen ist im japanischen Umweltstrafgesetz eine gesetzliche Sonderregelung (Art. 6) eingeführt worden (abweichend von der Meinung des OGH). Dagegen hat der koreanische Gesetzgeber in das Umweldeliktgesetz keine Sonderregelung eingeführt.

b) Verfassungswidrigkeitsbeschluss des koreanischen VerfG und erneute Diskussionen

Im November 2007 hat das koreanische Verfassungsgericht eine Parallelbestrafungsnorm, nach welcher (auch) eine natürliche Person als individueller Arbeitgeber bestraft wird, wenn sein Angestellter bzw. seine Angestellte sich entschlossen haben, ein Verbrechen zu begehen, für verfassungswidrig gehalten, weil die Parallelbestrafungsnorm keine Strafbarkeit eines individuellen Arbeitgebers vorsah und so das grundgesetzlich

4 Vgl. CHO, BYUNG-SUN, Umweltstrafrecht in Korea und Japan, (Freiburg i.Br.: MPI für ausl. u. intern. Strafrecht Eigenerlag iuscrim, 1993), S. 108 ff., S. 279; DERS., Die Entwicklung des Umweltstrafrechts in Korea, in: ZStW 106 (1994), 241 ff..

5 So z.B. OGH Urteil vom 21.12.1960, Keishu Bd. 14 Nr. 14, S. 2162 ff.; OGH Urteil vom 25.12.1962, Keishu Bd. 16 Nr. 12, S. 1718 ff.; OGH Urteil vom 27.12.1962, Keishu Bd. 16 Nr. 12, S. 1741 ff.; OGH Urteil vom 14.7.1967, Keishu Bd. 21 Nr. 6, S. 825 ff.

geschützte Schuldprinzip verletzt sei.⁶ Nachdem das koreanische Verfassungsgericht die Verfassungswidrigkeit der Parallelbestrafungsnorm im November 2007 festgestellt hatte, begann das Justizministerium ab dem Dezember 2008, die alte Parallelbestrafungsbestimmung in die neue revidierte Parallelbestrafungsnorm zu ändern. Am 26. Dezember 2008 wurden die alten Parallelbestrafungsnormen in 69 Gesetzen revidiert und bis jetzt sind 288 Gesetze, welche die alte Parallelbestrafungsnorm enthalten, der Überprüfung und Revision unterzogen. Die neue revidierte Parallelbestrafungsnorm fügt der vorherigen nur den folgenden Satz hinzu:

„Soweit eine juristische Person oder eine natürliche Person die ihr obliegende Sorgfalt und Überwachung gegenüber ihren Angestellten zur Verhinderung solch eines Verbrechens wahrnimmt, wird sie von der Strafe befreit.“

Diese erneute Parallelbestrafungsnorm scheint zu erklären, dass die Strafbarkeit des Arbeitgebers auf der Annahme der Fahrlässigkeit beruht, weil der eingefügte Satz die Annahme der Fahrlässigkeit bedeutet. Wahrscheinlich könnte die Beweislast bei der revidierten Parallelbestrafungsnorm, die nach wie vor noch als eine Art von Fahrlässigkeitsdelikt verstanden werden könnte, gegenüber dem Angeklagten, also dem Arbeitgeber, vom Staatsanwaltschaft geändert werden. Allerdings scheint mir diese herkömmliche Argumentation nicht ausreichend begründet zu sein, weil es nach wie vor nicht geklärt ist, wer Täter ist. Ohne die Aufklärung der Täterschaftsfrage kann eine spezialgesetzliche Bestimmung wie die Parallelbestrafungsnorm in Korea keinen genügenden Beitrag zur Täterschaftsfeststellung bei den hierarchischen Organisationen leisten.

2. *Der Täterschaftsbegriff in den hierarchischen Organisationen*

a) *Die Feststellung der Täterschaft*

Betriebliche Organisationsdelikte beruhen im Regelfall nicht auf kriminellem Verhalten oder isolierten Fehlleistungen Einzelner; sie sind vielmehr typischerweise das Ergebnis des Zusammenspiels einer Vielzahl von Handlungsläufen sowie auf verschiedene „Akteure“ verteilter risikoträchtiger Entscheidungen, Versäumnisse und Unterlassungen. Gegenüber solchen Sachverhalten gerät das Strafrecht bezüglich der Frage, welche Einzelpersonen innerhalb eines Betriebes für die äußeren Pflichtverletzungen strafrechtlich haftbar gemacht werden sollen, in *systembedingte Schwierigkeiten*.⁷ Diese Frage nach der individuellen Zurechnung äußeren Fehlverhaltens von Unternehmen bereitet deshalb nicht nur im Nebenstrafrecht, das eine gesetzliche Spezialregelung „Parallelbestrafungsnorm“ beinhaltet, sondern auch bei sonstigen Straftaten, die von Unternehmen oder aus

6 Koreanisches Verfassungsgericht, Beschluss vom 29 November 2007, Fall-Nummer. ‘2005 Heon Ga 10’ (2005 bedeutet das Jahr, ‘Heon Ga’ bezieht sich auf die Prüfung der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes).

7 Vgl. beispielsweise im Gebiet des Umweltstrafrechts dazu JENNY / KUNZ, Bericht und Vorentwurf zur Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes der Umwelt, 1996, S. 82 ff.

Unternehmen heraus begangen werden, die weitaus meisten Schwierigkeiten. Zu ihrer Lösung muss auf viele verschiedene Institutionen des Allgemeinen Teils des Strafrechts zurückgegriffen werden, und fast überall ergeben sich kaum lösbare Probleme. Nach den herkömmlichen Grundsätzen muss man sich insbesondere folgender Instrumentarien bedienen: Den Geschäftsführern können Tatbeiträge ihrer Untergebenen über die Figur der *mittelbaren Täterschaft* zugerechnet werden, sofern man eine „Tatherrschaft aufgrund eines organisatorischen Machtapparates“ anerkennt; außerdem haben die Vorgesetzten bei der Delegation von Tätigkeiten konkrete Auswahl-, Leitungs- und Aufsichtspflichten sowie allgemeine Organisations- und Garantenpflichten zu beachten, so dass sie bei Verstößen zumindest wegen eines *Fahrlässigkeits-* oder eines *Unterlassungsdelikts* zur Verantwortung gezogen werden können. Freilich müssen in jedem Einzelfall die Verletzung einer solchen individuellen Pflicht sowie der Kausalzusammenhang zu der äußeren Pflichtverletzung des Unternehmens festgestellt und nachgewiesen werden.

Soweit es um betriebliche Abläufe geht, liegt meines Erachtens ein sog. Organisationsdelikt vor, das denjenigen als Täter qualifiziert, der die betriebliche Organisation eines strafrechtlich unerwünschten Erfolges *tatsächlich beherrscht*. Täter sollte ganz einfach derjenige sein, der die Tatherrschaft über ein zur Rechtsgutsverletzung führendes Geschehen in der betrieblichen Organisation besitzt, gleichgültig ob es sich hierbei um den Unternehmensinhaber oder einen Angestellten handelt. Auf dieser Linie hat jüngst der koreanische OGH in einem Urteil vom 12.11.1991 (*Zahnklinik-Entscheidung*)⁸ den Geschäftsführer einer Universitätszahnklinik als Täter angesehen. Danach wäre Täter auch eine nach bisherigem Verständnis nicht handelnde Person und die täterschaftliche Verantwortung würde allein durch *funktional-kollektive* Kriterien begründet. Das Urteil des OGH indiziert, dass für die Unternehmensstrafbarkeit anstelle einer individuellen Schuld grundsätzlich an eine Art *Kollektivschuld* des Unternehmens⁹ anzuknüpfen ist. In Deutschland hat der BGH in einer Grundsatzentscheidung (*Lederspray-Entscheidung*)¹⁰ die herkömmliche „bottom up“-Vorgehensweise aufgegeben und durch eine „top down“-Betrachtung ersetzt, so dass in erster Linie die Geschäftsleiter der betroffenen Unternehmen verantwortlich sind und deren Untergebene nur noch in

8 91Do801. Anmerkung zu diesem Urteil CHO, BYUNG-SUN, *Hwangyung hyungsapanrye e kwanhan bipanjok gumto* [Kritische Würdigung zu Rechtsprechungen über das Umweltstrafrecht], in: Hyongsapanryeyongu [Studien zu Rechtsprechungen], 1992, S. 295 ff.

9 Zu dem Begriff Kollektivschuld in Korea ausführlich CHO, BYUNG-SUN, *Hyeongbopeseoui haenguijau teukjeong: Gaein chaekim gwa tanchechaekim* [Feststellung der Täterschaft: Individualschuld und Kollektivschuld], in: Seouldae Bophak [Zeitschrift der Rechtswissenschaft der Universität Seoul] Bd. 50 Nr. 2 (2009), 591-614; DERS., *Kaejeong yangbeolgyujeongeseoui kieop hyeongsachaekim: Kwasilchujeongseole daehan banron* [Strafbarkeit des Unternehmens in der erneuten Parallelbestrafungsnorm: Kritik zur Lehre von der Fahrlässigkeitsvermutung], in: Hyeongsa Jeongchaek [Zeitschrift für Kriminalpolitik] Bd. 21 Nr. 1 (2009), 351-370; DERS., *Hyeongbopeseoui haenguijau teukjeong gwa tanchechaekim* [Feststellung der Täterschaft und Kollektivschuld], in: Hyeongsabop Yeongu [Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft] Bd. 23 Nr. 1 (2010), 3-22.

10 BGHSt 37, 106 = StV 1990, 446 = JZ 1992, 253 = JuS 1991, 253 = JR 1992, 27.

Ausnahmefällen. Genau besehen erfolgt die strafrechtliche Beurteilung in zwei Schritten: Zunächst werden die betrieblichen Aktivitäten und Prozeduren als Verhalten (Tun oder Unterlassen) des Unternehmens qualifiziert. Dieses wird dann einzelnen Geschäftsführern als eigenes „Handeln“ strafrechtlich „zugerechnet“ – der unternehmensinternen Verantwortungszuweisung folgend.¹¹ Darüber hinaus findet sich der „funktionelle und kollektive Täterbegriff“, mit dem Täterschaft durch soziale bzw. kollektive Verantwortung ersetzt wird, beispielsweise auch in einem europäischen Staat, nämlich im belgischen Umweltstrafrecht: Dort muss ein Betrieb vor Produktionsaufnahme einen strafrechtlich Verantwortlichen bestimmen.¹² Diese Vorgehensweise in der koreanischen Zahnklinik- und der deutschen *Lederspray*-Entscheidung ist allerdings mit der herkömmlichen Dogmatik des Allgemeinen Teils des Strafrechts kaum vereinbar. Man darf deshalb gespannt sein, wie die Entwicklung weitergeht und ob sich eine neue Dogmatik für Organisationsdelikt herausbildet. Mit beiden Entscheidungen ist ein erster Schritt in dieser Richtung unternommen worden. Man könnte vielleicht ohne weiteres vermuten, dass in Korea dieser Schritt auf dem Boden des herkömmlichen Kollektivschuld-begriffes noch weiter fortgesetzt werden wird. Im Folgenden möchte ich versuchen, meine bisherige Argumentation zur Kollektivschuld anhand von Fällen der Mittäterschaft bei Fahrlässigkeitsdelikten in Korea zu veranschaulichen.

b) *Mittäterschaft bei den Fahrlässigkeitsdelikten*

In Korea besteht ein weiteres Problem darin, ob eine Mittäterschaft bei den Fahrlässigkeitsdelikten anerkannt werden kann. Fahrlässigkeitsdelikten ist das Charakteristikum eigen, dass sie bezüglich der fahrlässig begangenen Taten auf der subjektiven Ebene auch ein Verhalten, dass sich außerhalb des Bewusstseins des Täters vollzieht, erfassen und damit unbewusstes Verhalten einschließen. Das Element des Bewusstseins der Tat ist für fahrlässig begangene Taten nicht notwendig. Entsprechend ist es mit dem Kern der Fahrlässigkeitsdelikte nicht vereinbar, zu behaupten, dass die Mittäterschaft bei einem solchen Delikt auf einer geteilten (gemeinsamen) Absicht bezüglich eines Teils der Tathandlung beruhe. Deshalb gibt es bei den fahrlässigen Delikten keine gemeinsame Zweckverfolgung. In solchen Situationen soll es nicht möglich sein, von einer geteilten Absicht auszugehen, die eine Mittäterschaft begründen könnte. Mir scheint jedoch dieser Gedankengang nicht überzeugend zu sein. Personen, die den Status haben, eine gesetzliche Aufgabe durchzuführen, könnten Täter sein, selbst wenn sie keine Herrschaft über die Tathandlung haben. Ihre durch Nachlässigkeit begründete Pflichtverletzung im Zusammenhang mit ihren gesetzlichen Aufgaben kann die Mittäterschaft begründen, wenn ihr fahrlässiges Verhalten die Tat insgesamt mit verursachen konnte.

11 Zu dieser Analyse vgl. HEINE, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, (Berlin usw.; Nomos Verlag, 1995), S. 156.

12 Art. 20 § 1 Gesetz über giftige Abfälle von 1974; Art.61 flämisches Abfalldekret von 1981. Dazu vgl. FAURE, Umweltrecht in Belgien, (Freiburg i.Br.: MPI für ausl. u. intern. Strafrecht Eigenverlag iuscrim, 1992), S. 211 f.

Aus dem Blickwinkel der gesetzlich zugewiesenen Aufgaben besteht dann die Möglichkeit, die Beteiligten wegen ihrer Fahrlässigkeit zur Verantwortung zu ziehen. Die Präzedenzfälle in der neueren koreanischen Rechtsprechung haben die Möglichkeit einer fahrlässigen Mittäterschaft anerkannt.

1994 brach in Seoul während der morgendlichen Hauptverkehrszeit ein mittlerer Abschnitt der *Seongsu-Brücke* in den Han Fluss; dabei wurden 32 Menschen getötet und 17 verletzt. Die Brücke war von der *Dongah-Bau AG* gebaut worden. Die Staatsanwaltschaft Seoul stellte fest, dass den am Bau beteiligten (Sub)Unternehmen während der gesamten Bauarbeiten ein mehrfaches gravierendes Fehlverhalten vorzuwerfen war und dass deren Überwachung durch die *Dongah Bau* bemerkenswert lückenhaft gewesen war. Der koreanische Oberste Gerichtshof stellte in diesem Fall fest, dass die strafrechtliche Verantwortung von mehreren Tätern auf einer Kombination von Nachlässigkeiten bezüglich der jeweils auferlegten Aufsichtspflichten, also auf der Kombination der Nachlässigkeiten bezüglich der „direkt und konkret“ zu erwartenden Sorgfaltspflichten beruhen konnte, soweit diese Pflichtverletzungen als Teil der zum deliktischen Erfolge führenden Kausalkette zu qualifizieren seien (*Seongsu-Brücken-Entscheidung*).¹³

Eine weitere Katastrophe wurde weniger als ein Jahr später durch andere Baufirmen verursacht. Das *Sampoong-Kaufhaus* im südlichen Seoul brach am 29. Juni 1995 zusammen. Mit 501 getöteten und 937 verletzten Opfern war es die schlimmste Katastrophe in Friedenszeiten in der südkoreanischen Geschichte. Wieder wurden die gehäuft fehlerhaften Bauarbeiten und die Bestechung der für die Kontrolle zuständigen Beamten für den Unfall verantwortlich gemacht. In diesem Fall akzeptierte der OGH die Vorstellung des „fahrlässigen Mittäters“, solange zwei wichtige Voraussetzungen gegeben sind: eine nachgewiesene kausale Verknüpfung von (1) einem vorherigem Fehlverhalten sowie (2) der Verletzung einer „direkten und konkreten“ erwarteten Sorgfaltspflicht (*Sampung-Kaufhaus-Entscheidung*).¹⁴

Noch interessanter ist die Beobachtung, dass der koreanische OGH in diesen beiden Entscheidungen als Täter diejenigen Personen angesehen hat, denen direkte und konkrete Sorgfaltspflichten zur Verhütung von Unfällen zugewiesen waren, die jedoch nicht als direkt Handelnde in der Nähe des Unfallortes tätig gewesen waren. Vielmehr handelte es sich bei diesen Personen um vom eigentlichen Geschehen entfernt Handelnde, die lediglich die Aufsichtspflicht hatten. Vorausgesetzt war stets, dass die Sorgfaltspflichtverletzung einen Teil der zum Unfälle führenden Kausalkette bildete. Diese Denkweise scheint mir eine Art von „top-down approach“ zu sein, der auf einer Kollektivschuld basiert.

13 Koreanischer OGH, 28 November 1997, Fall-Nummer. ‘97 Do 1740’.

14 Koreanischer OGH, 23 August 1996, Fall-Nummer. ‘96 Do 1231’.

III. SCHLUSSWORTE

Der in Korea unternommene Versuch, insbesondere in dem Problembereich der Täterschaft in hierarchischen Organisationen die neuen Aufgaben des modernen Strafrechts im Licht des Mittelwegs zwischen *Rechtsstaat* und *Sicherheitsstaat* zu erfüllen, ist dadurch charakterisiert, dass der auf den *Rezeptionsvorgang* nachfolgende *Assimilationsvorgang* des Rezipierten in einer eigenartigen Weise erfolgte. Der in Korea entwickelte funktionell-kollektive Täterbegriff ist daher keineswegs das Resultat des Grundlagenwandels in der deutschen Dogmatik, der in Deutschland vielleicht als Plädoyer für ein funktionalistisches Risikostrafrecht zu verstehen ist. Vielmehr lässt sich aus rechtsvergleichender Sicht statt dessen folgern, dass das Insistieren auf dem personalen Charakter der deutschen Strafrechtsdogmatik im Licht der gegenwärtigen und künftigen Bedrohungen durch Organisations-(Unternehmens-)delikte im koreanischen Kontext anpassungsbedürftig geworden ist.

Der Assimilationsvorgang stellt eine Herausforderung für den koreanischen Strafrechtsdogmatiker dar, der mit neuen Zurechnungsmodellen der Verbrechenslehre operieren will. In Korea wurde anlässlich der gesetzlichen Parallelbestrafungsnorm der Gedanke der Kollektivschuld entwickelt. Mithilfe des immer größer werdenden *Bewusstseins des Rechtstransfers* in der Wissenschaft könnte diese vielleicht einen etwas gewagten Schritt zur Anpassung der koreanischen Gesellschaft in der geschilderten eigenartigen Weise tun, aber die Gewährleistung der rezipierten Grundprinzipien wie der Rechtsstaatlichkeit müsste doch ihre Priorität behalten. Im Rahmen dieser Möglichkeit darf die Wissenschaft natürlich nicht vor den neuen Anpassungsstrategien scheuen. Die Herausforderung einer koreanischen Strafrechtsdogmatik, zumindest bezüglich des Begriffes der Kollektivschuld, welche die begrenzte Effektivität des Strafrechts im dunklen Feld der hierarchischen Betriebsorganisation ohne Verstoß gegen die rechtsstaatlichen Prinzipien des Strafrechts überwinden könnte, ist eine der künftigen Aufgaben der koreanischen Strafrechtswissenschaft. Für die künftige koreanische Dogmatik wären die Rechtsvergleichung und das Bewusstsein des Rechtstransfers sehr empfehlenswert. Insbesondere wegen des mit Blick auf den Internationalen Strafgerichtshof staatsübergreifenden Anliegens der Strafrechtsdogmatik wären gemeinsame Bestrebungen zur Klarstellung der theoretischen Aufklärung des Begriffes der Täterschaft gerade auf diesem Gebiet sehr vorteilhaft.¹⁵ Dabei könnten auch die hier behandelten Fragen der Täterschaft im rezipierten Strafrecht in Korea ein Beispiel für die Rechtsvereinheitlichung sein.

15 In diese Richtung beispielsweise im Gebiet des Umweltstrafrechts, CHO, BYUNG-SUN, *Emergence of International Environmental Criminal Law?*, in: U.C.L.A. Journal of Environmental Law and Policy Vol. 19 No. 1 (2001), 11-48.

Entwicklung und Zukunft der Opportunitätseinstellung im Strafverfahren in Japan

Shintaro Koike * **

- I. Zur Einleitung
- II. Das japanische Opportunitätsprinzip
und seine Auswirkungen auf das gesamte Strafverfahren
 - 1. Entwicklung des Opportunitätsprinzips
 - 2. Der Weg zur „Präzisjustiz“
- III. Zukunft der japanischen Opportunitätseinstellung
 - 1. Das japanische Strafverfahren im Wandel
 - 2. Reformüberlegungen
- IV. Zum Schluss

I. ZUR EINLEITUNG

Während die deutsche Strafprozessordnung vom Legalitätsprinzip ausgeht, in dem der Staatsanwalt grundsätzlich zur gesetzlich und tatsächlich möglichen Anklage verpflichtet ist, gilt im japanischen Strafverfahren das generelle Opportunitätsprinzip. Der Art. 248 *Keiji soshō-hō* (Strafprozessgesetz, nachfolgend: StPG) lautet:

„Ist unter Berücksichtigung des Charakters, des Alters und der Verhältnisse des Täters, der Schwere und der Umstände der Tat und der Verhältnisse nach der Tat die Verfolgung nicht notwendig, so kann von der Erhebung der Anklage abgesehen werden“.

Nach dieser Vorschrift, bei der es nicht um rechtliche Voraussetzungen, sondern um eine bloße, nicht abschließende Aufzählung der zu berücksichtigenden Faktoren geht, wird der Staatsanwaltschaft ein erheblicher Ermessensspielraum eingeräumt. Dieses Mittel zur Nichtverfolgung wird in der japanischen Praxis tatsächlich häufig ergriffen. Die Einstellungsquote aller vom Staatsanwalt durchermittelten anklagefähigen Verfahren wegen Straftaten des allgemeinen Strafrecht – ausgenommen fahrlässiger Körperverletzungen oder Tötungen im Rahmen eines Autounfalls – ist lange Zeit zwischen ca. 35 % und 40 % geblieben, aber seit einigen Jahren lässt sich eine leicht steigende Tendenz beobachten: 2010 erreichte die Quote 45 %¹². Freilich wird bei schwereren Delikten seltener eingestellt, aber auch bei Kapitaldelikten ist die Einstellung nicht ganz ausgeschlossen³.

* Assistenzprofessor für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Keio Universität (Law School), Tokyo.

** Überarbeitete Fassung des Vortrages des Verfassers.

1 *Hanzai hakusho (Heisei 23-nen ban)* [Weißbuch der Kriminalität (2011)] (Tokyo 2011), *Shiryō* [Tabelle] 2-3: <http://hakusyo1.moj.go.jp/jp/58/nfm/images/full/s2-03.jpg>

Im Folgenden wird der Ursprung dieses japanischen Grundsatzes dargestellt, sowie sein Einfluss auf den Charakter des japanischen Strafverfahrens, und dessen erwünschte Zielrichtung, und zwar angesichts der Veränderung der bisherigen Grundbedingungen: die Einführung des Laienrichtersystems und die wohl nicht mehr zu erwartende volle Effektivität der Beschuldigtenvernehmungen von Ermittlungsbehörden. In diesem Zusammenhang wird auf ein deutsches Instrument abgestellt, das die japanische Strafjustiz noch nicht kennt: die Verfahrenseinstellung gegen Auflagen gemäß § 153a Strafprozessordnung (StPO). Schließlich richten sich meine Ausführungen darauf, zu zeigen, dass die Einführung einer solchen Einstellungsmöglichkeit auch in Japan erwägenswert ist.

Bevor ich aber zum Hauptteil komme, möchte ich zunächst die Entwicklung und die Grundstruktur des japanischen Strafverfahrensrechtsskizzieren, um vor allem der deutschen Leserschaft das erforderliche Basiswissen zu vermitteln.⁴

Es war in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, dass Japan sein Rechtssystem europäisiert hat. Im Bereich des Strafprozessrechts hat man sich anfangs am französischen Recht orientiert, und schon damals wurden das Offizialprinzip und das Anklage-monopol der Staatsanwaltschaft aufgenommen. Danach wurden die deutschen Einflüsse immer stärker, was zur Folge hatte, dass 1922 ein neues Strafprozessgesetz nach dem Vorbild der deutschen Reichsstrafprozessordnung geschaffen wurde⁵. Eine wichtige Abweichung vom deutschen Recht war allerdings das Opportunitätsprinzip, das dort zum ersten Mal kodifiziert wurde.

-
- 2 Außerdem gibt es in Japan die polizeiliche Bagatelldiversion, die auf der allgemeinen Anweisung der Staatsanwaltschaft beruht. Dadurch wurden 2010 etwa 38 % der der Polizei bekannten entsprechenden Fällen erledigt. Vgl. *Heisei 22-nen no hanzai* [Kriminalität 2010] (Tokyo 2011), S. 246 f.: <http://www.npa.go.jp/archive/toukei/keiki/h22/h22hanzaitoukei.htm>
- 3 4 bis 8 % der Verfahren wegen vorsätzlicher Tötung wurden aus Opportunitätsgründen eingestellt, bei Brandstiftung 13 bis 16 %. *Hanzai hakusho* (Fn. 1), *Shiryô* [Tabelle] 2-3.
- 4 Vgl. dazu z.B. H. NAKAMURA, Die japanische Strafprozessordnung (Keiji-Soshoho) vom 10. Juli 1948 (Berlin 1970), Einleitung, S. 1 ff.; H.-H. KÜHNE, Opportunität und quasi-richterliche Tätigkeit des japanischen Staatsanwalts, *ZStW* 85 (1973), S. 1080 ff.; K. MIYAZAWA, Die Verfolgungstätigkeit der japanischen Staatsanwälte, *ZStW* 95 (1983), S. 1027 ff.; R. HIRANO, Die Japanisierung des westlichen Rechts im japanischen Strafrecht und Strafprozessrecht, in: Coing u.a. (Hrsg.), *Die Japanisierung des westlichen Rechts* (Tübingen 1990), S. 392 ff.; J. HERRMANN, Die Japanisierung des westlichen Rechts: Strafrecht und Strafprozessrecht, in: Coing u.a. (Hrsg.) (Fn. 4), S. 411 ff.; K. INABA, Strafprozeß und Staatsanwaltschaft in Japan, *ZJapanR* Nr. 5 (1998), S. 136 ff.; K. KATÔ, Grundzüge des japanischen Strafverfahrens, *Aichi daigaku hōgakubu hō-kei ronshū* [The Journal of the Faculty of Law, Aichi University] Nr. 153 (2000), S. 1 ff. Siehe auch die Webseite des *Saiko-sai* [Obersten Gerichtshofes]: http://www.courts.go.jp/english/proceedings/criminal_justice_index.html (auf Englisch)
- 5 Da aber die deutsche StPO auch unter dem Einfluss des französischen Rechts stand, war die Gesetzesreform inhaltlich nicht so bedeutend. Alles in allem waren die japanischen Strafprozessordnungen vor dem Zweiten Weltkrieg stark vom kontinental-europäischen Rechtsdenken geprägt.

Die Niederlage im Zweiten Weltkrieg führte dann dazu, dass das 1948 erlassene und noch heute geltende StPG stark vom anglo-amerikanischen Recht beeinflusst wurde⁶. Es herrscht u.a. das Prinzip des Parteiprozesses und nicht mehr die Untersuchungsmaxime deutscher Art. Um die Unvoreingenommenheit des Richters zu sichern, dürfen keine Ermittlungsakten bei Gericht eingereicht werden. Da der Richter infolgedessen keine aus den Akten gewonnene Kenntnis des Sachverhalts besitzt, erfolgt die Beweisaufnahme in aller Regel auf Initiative der Parteien, also des Staatsanwalts und des Verteidigers. Die Zeugenvernehmungen werden grundsätzlich im Wechselverhör durchgeführt. Aber trotz dieses Erscheinungsbilds des Parteiverfahrens würde man sich täuschen, wenn man annähme, dass „die Wahrheit“ im japanischen Strafprozess keine große Rolle spielte. Ganz im Gegenteil: Die Japaner haben stets am Prinzip der materiellen Wahrheit festgehalten, und zwar in dem Sinne, dass die Verurteilung immer auf richterlicher Überzeugung basieren muss und der Beschuldigte keine Disposition darüber hat. Deshalb wurde das System des *guilty plea* durch *plea bargaining* nicht aus den USA übernommen, in dem die Hauptverhandlung und die Beweisaufnahme bereits dann entbehrlich werden, wenn der Angeklagte den Tatvorwurf nicht abstreitet. Auch das Schwurgerichtssystem als Kern der anglo-amerikanischen Justiz wurde nicht aufgenommen. Es lässt sich somit zusammenfassen, dass das japanische Strafverfahren auf einem Mischsystem von kontinental-europäischem und anglo-amerikanischem Recht basiert, und eine eigenständige Form angenommen hat, worauf später eingegangen wird.

II. DAS JAPANISCHE OPPORTUNITÄTSPRINZIP UND SEINE AUSWIRKUNGEN AUF DAS GESAMTE STRAFVERFAHREN

1. *Entwicklung des Opportunitätsprinzips*

Nun zu unserem Hauptthema, dem Opportunitätsprinzip bei der Anklageerhebung.⁷ Die Strafprozessordnungen des 19. Jahrhunderts hatten nicht explizit geregelt, ob der Staatsanwalt zur möglichen Anklage verpflichtet ist. Aber schon seit den 1880er Jahren hat die Regierung angesichts der Überlastung der Gefängnisse und der Staatskasse Staatsanwälte angewiesen, Bagatellkriminalität nicht zum Gegenstand der strafrechtlichen Verfolgung zu machen. Diese Vorgehensweise wurde immer beliebter, da u.a. die spezialpräventive Effektivität der Opportunitätseinstellungen allmählich erkannt wurde. Nach-

6 Zur Entstehungsgeschichte des japanischen StPG von 1948 siehe auch M. TAGUCHI, Der Prozessgegenstand im japanischen Strafprozessrecht, ZIS 2008, S. 70 f.

7 Vgl. zu Entwicklung des Opportunitätsprinzips z.B. KÜHNE (Fn. 4), S. 1086 ff., 1098; K. MITSUDÔ, Opportunitätsprinzip im japanischen Strafverfahren, in: Kroeschell (Hrsg.), Recht und Verfahren (Heidelberg 1993), S. 13 ff. Näher M. MITSUI, *Kensatsukan no kiso yûyo sairyô* [Das staatsanwaltliche Ermessen zur Opportunitätseinstellung], Hôgaku Kyôkai Zasshi [Journal of the Jurisprudence Association, the University of Tokyo] 87. Jahrgang Nr. 7-8, 91. Jahrgang Nr. 7, 91. Jahrgang Nr. 9, 91. Jahrgang Nr. 12, 94. Jahrgang Nr. 6 (1970-1977).

dem Anfang des 20. Jahrhunderts in Folge des Einflusses der modernen Schule der Strafrechtswissenschaft im materiellen Strafrecht die Strafaussetzung zur Bewährung eingeführt wurde, verbreitete sich die Praxis der Opportunitätseinstellung bis zum Bereich der mittleren und auch schwereren Delikte, wie Brandstiftung oder vorsätzliche Tötung. Die Einstellungsquote aller anklagefähigen Verfahren ist dementsprechend zwischen 1909 und 1922 von 15.6 % auf 53.0 % gestiegen⁸.

1922 wurde das neue StPG verkündet. Obwohl der deutsche Einfluss auf japanische Juristen damals am stärksten war und bewusst diskutiert wurde, wie man das Legalitäts- und Opportunitätsprinzip handhaben sollte, wurde in dieses StPG eine Vorschrift aufgenommen, die das uneingeschränkte Opportunitätsprinzip festschrieb⁹. In Folge stieg die Quote der Opportunitätseinstellungen in den 1930er Jahren sogar auf ca. 60 %. Außerdem entwickelte sich damals die Praxis, die Beschuldigten, deren Anklage (vorläufig) eingestellt wurde, unter Bewährungshilfe zu stellen, um wiederholte Begehungen von Straftaten zu verhindern. Es gab auch immer mehr Fälle, in denen es zum Widerruf der Einstellung kam, weil die Lebensführung des Beschuldigten während der „Bewährungszeit“ ungünstig war.

Nach dem Krieg blieb das generelle Opportunitätsprinzip trotz der Einführung des neuen StPG von 1948 fast unverändert¹⁰. Aber wegen des Einwandes seitens der Besatzungsmächte, dass es angesichts der Unschuldsvermutung problematisch sei, die Beschuldigten, die noch nicht verurteilt worden sind, unter Bewährungshilfe zu stellen, wurde von der entsprechenden Praxis der Vorkriegszeit Abstand genommen¹¹. Folglich verlor die Opportunitätseinstellung den Charakter einer einschreitenden spezialpräventiven Maßnahme: bei der jetzigen Version geht es um den endgültigen Verzicht auf die Anklage, der dann erfolgen soll, wenn der Staatsanwalt unter Berücksichtigung aller bis zum Abschluss der Ermittlung bekannt gewordenen Umstände die Notwendigkeit der Verfolgung vorbehaltlos verneint.

Seither ist die Einstellungspraxis verhältnismäßig stabil. In der japanischen Literatur und Praxis findet das Opportunitätsprinzip seit langem eine breite Anerkennung. Zur Begründung wird auf die Einzelgerechtigkeit und die Zweckmäßigkeit verwiesen. Insbesondere wird darauf abgestellt, dass eine Stigmatisierung als Angeklagter angesichts der negativen Folgen für eine Wiedergliederung des Straftäters in die Gesellschaft möglichst zu vermeiden ist. Die Gefahr der ungleichen bzw. willkürlichen Strafverfolgung

8 Vgl. MITSUI (Fn. 7), 87. Jahrgang Nr. 7-8, S. 87., 91. Jahrgang Nr. 9, S. 91.

9 Der Gesetztext lautete fast gleich wie der des heutigen Art. 248 StPG. Es fehlte noch in der damaligen Version die „Schwere der Tat“ als ein zu berücksichtigender Faktor.

10 Die von den Alliierten verlangte Wortänderung des Art. 248 StPG (Hinzufügung der „Schwere der Tat“, Vgl. Fn. 9) wurde von damaligen japanischen Juristen an sich kein großer Wert beigelegt.

11 Manche Staatsanwälte waren damit nicht ganz zufrieden, so dass es in den 1960er Jahren in einigen Bezirken Versuche gab, vergleichbare Maßnahmen wiederzubeleben, was aber nicht lange andauerte. M. MITSUI, *Keiji soshô-hô* [Strafprozessrecht], 2. Bd (Tokyo 2003), S. 30.

als Nachteil des Opportunitätsprinzips verwirklicht sich in der japanischen Praxis im Großen und Ganzen nicht, weil es u.a. eine funktionierende interne Kontrolle durch (nicht veröffentlichte) staatsanwaltliche Richtlinien gibt. Darüber hinaus werden regionale Ungleichheiten reduziert, indem in Japan jeder Staatsanwalt alle drei oder vier Jahre an einen anderen Gerichtsort versetzt wird¹².

2. Der Weg zur „Präzisjustiz“

Die Entwicklung des japanischen Opportunitätsprinzips ist nicht nur an und für sich, sondern auch in dem Sinne bedeutsam, dass sie den sehr eigenen Charakter des japanischen Strafverfahrens (mit)bestimmt hat.¹³ Unter der Geltung des vollständigen Ermessensspielraums fühlte sich der Staatsanwalt für den Ausgang des Falles verantwortlich, deshalb wollte er möglichst viele Informationen sammeln, um die auch kriminalpolitisch beste Entscheidung zu treffen. Dies hatte zur Folge, dass Vernehmungen durch die Ermittlungsbehörden ausführlicher und hartnäckiger wurden. In Japan wird jeder Beschuldigte nicht nur von der Polizei, sondern auch vom Staatsanwalt zumindest einmal, oft mehrmals vernommen. Trotz des auch in Japan geltenden *nemo-tenetur*-Prinzips versuchen die Vernehmer ungeachtet etwaiger Aussageverweigerungen nachhaltig, eine zuverlässige Darstellung des Sachverhalts und sogar der Hintergründe zu erhalten¹⁴. Davon ausgehend erhebt der Staatsanwalt die Anklage nur dann, wenn er vom Vorliegen des Tatvorwurfs und von der spezialpräventiven Notwendigkeit der Bestrafung überzeugt ist. Dadurch ist die Freispruchsquote bei Gericht drastisch gesunken, was zu einer extrem hohen Verurteilungsquote von ungefähr 99,9 % führte¹⁵. Dazu haben auch sehr

12 In diesem Zusammenhang ist auch erwähnenswert das rechtsvergleichend einzigartige System des „Überprüfungsausschusses [*Kensatsu shinsa-kai*]“, obwohl es als Kontrollmöglichkeit nur eine ergänzende Rolle spielt. Hierbei überprüfen 11 Mitglieder, die aus der Bevölkerung nach dem Zufallsprinzip gewählt werden, die Richtigkeit der staatsanwaltlichen Einstellung (auch aus Opportunitätsgründen). Die Beschlussmöglichkeit „Die Anklage ist zu erheben“ galt bisher als eine bloße Empfehlung, aber um die demokratische Kontrolle der Staatsanwaltschaft zu verstärken, wurde 2004 ein neues zweistufiges Anklageerzwingungsverfahren eingeführt. Falls der Staatsanwalt trotz des ersten „Die Anklage ist zu erheben“-Beschlusses an seiner ursprünglichen Entscheidung festhält, kann das zweite Überprüfungsverfahren erfolgen. Falls der Ausschuss sich erneut für die Anklageerhebung ausspricht, hat dies eine verbindliche Wirkung. In diesem Fall beruft das zuständige Gericht einen Rechtsanwalt, der anstelle des Staatsanwalts die Anklage vertritt. Diese Reform trat 2009 in Kraft. In einigen Fällen, die eine große soziale Aufmerksamkeit erregen, kam es auf diese Weise zur „zwangswweisen Anklage“. Die Urteile sind noch nicht verkündet (Stand: Ende Januar 2012).

13 Hierzu siehe KATÔ (Fn. 4), S. 6 ff.

14 Vgl. vor allem HERRMANN (Fn. 4), S. 415.

15 2010 wurden in ganz Japan 473.226 Urteile rechtskräftig, davon waren 472.729 Verurteilungen. Vgl. *Hanzai hakusho* (Fn. 1), S. 49:
<http://hakusyo1.moj.go.jp/jp/58/nfm/images/full/h2-3-1-01.jpg>

häufige Verlesungen von langen und umfangreichen Vernehmungsprotokollen als Beweisaufnahme – das ist als Ausnahme des Unmittelbarkeitsgrundsatzes (in der Form des sowohl Zeugenvernehmungen als auch schriftliche Beweise betreffenden Verbot des Hörensagens amerikanischer Art) erlaubt¹⁶ – beigetragen.

Diese rechtsvergleichend ungewöhnliche Charakteristik des japanischen Strafverfahrens wurde von dem renommierten Strafprozessrechtslehrer *Matsuo* die “Präzisjustiz” genannt¹⁷. Ihr wurden einerseits Vorteile in der Hinsicht eingeräumt, dass man sich damit in den meisten Fällen am effektivsten und ohne Belastung des unschuldigen Beschuldigten der materiellen Wahrheit nähern könne. Andererseits ist diese Methode ohne Zweifel auf ein Geständnis des Beschuldigten angewiesen. Nach dem Selbstverständnis der Staatsanwaltschaft ist es ihre Aufgabe, zu dem Beschuldigten ein *Vertrauensverhältnis* aufzubauen und dadurch von ihm ein vollumfängliches *reuiges* Geständnis zu erhalten. Dies gelingt aber nicht immer und deshalb wird manchmal auf den Beschuldigten Druck ausgeübt. Außerdem verliert bei dieser Präzisjustiz die Hauptverhandlung an Bedeutung, und zwar durch die extrem hohe Verurteilungsquote und die vorweggenommene eingehende Sachverhaltsaufklärung, die in die Geständnis- und Vernehmungsprotokolle von Ermittlungsbehörden aufgenommen wird. Dazu wurde ironisch geäußert, dass die Beweisaufnahme nicht mehr im Gerichtssaal erfolge, sondern im Richterzimmer, indem dort der Richter schriftliche Beweise sorgfältig lese¹⁸.

III. ZUKUNFT DER JAPANISCHEN OPPORTUNITÄTSEINSTELLUNG

1. *Das japanische Strafverfahren im Wandel*

Die Grundbedingungen der japanischen Strafjustiz bleiben aber nicht unverändert. So wird seit 2009 zum einen das neue Laienrichtersystem (*Saiban-in-System*)¹⁹ für Kapitaldelikte praktiziert. Dabei werden für jedes Verfahren sechs Laienrichter wie beim anglo-amerikanischen Schwurgerichtssystem nach dem Zufallsprinzip ausgewählt. Sie sitzen

16 Wichtig sind die folgenden drei Regeln: Erstens werden alle schriftliche Beweise durch Zustimmung der Parteien ohne weiteres verlesbar (Art. 326 StPG), was bei einem unstreitigen Verfahren üblich ist. Auch bei streitigen Verfahren kann man zweitens Geständnisprotokolle, die von Ermittlungsbehörden aufgenommen werden, verlesen, soweit der Beschuldigte freiwillig ausgesagt hatte (Art. 322 Abs. 1 StPG). Drittens kann man staatsanwaltliche Zeugenvernehmungsprotokolle verlesen, wenn der Zeuge in der Hauptverhandlung eine widersprüchliche Aussage gemacht hat und Umstände vorliegen, die die frühere Aussage glaubhafter erscheinen lassen (Art. 321 Abs. 1 Nr. 1 StPG).

17 K. MATSUO, *Keiji soshô-hô* [Strafprozessrecht], 1. Bd., 2. Aufl. (Tokyo 1999), S. 16.

18 Kritisch R. HIRANO, *Genko keiji soshô-hô no shindan* [Eine Diagnose des geltenden StPG], in: Hiraba u.a. (Hrsg.), *Dando shigemitsu hakase koki kinen ronbun-shû* [Festschrift für Shigemitsu Dando zum 70. Geburtstag], 4. Bd. (Tokyo 1985), S. 418 ff.

19 Dazu ausführlich K. KATÔ, Zum Beteiligungssystem von Laienrichtern (Saiban'in-System) in Japan, *Aichi Daigaku Hôgakubu Hô-kei Ronshû* [The Journal of the Faculty of Law, Aichi University] Nr. 170 (2006), S. 1 ff.

aber wie die deutschen Schöffen zusammen mit drei Berufsrichtern an einem Richterpult und besprechen sich mit diesen. Diese Reform hat nicht nur als solche, sondern auch für die gesamte Gestaltung der Hauptverhandlung eine erhebliche Bedeutung. Denn der auch im japanischen Strafprozess geltende Mündlichkeits- und Unmittelbarkeitsgrundsatz, der früher, wie bereits erwähnt, stark relativiert wurde, soll nun stärkere Beachtung finden, damit die juristisch unerfahrenen Laien den Verhandlungen folgen können. Darauf haben sich die japanischen Juristen seit dem Beschluss der Einführung dieses Systems im Jahre 2004 intensiv vorbereitet. Dementsprechend wird aber die Durchführung der Hauptverhandlung deutlich aufwändiger, so dass man vor allem im Bereich der Klein- und Mittelkriminalität überlegen sollte, die Erledigungsmöglichkeit der Strafsache ohne formelle Hauptverhandlung zu erweitern, um dort die Ressourcen der Justiz zu schonen²⁰.

Zum anderen wird die Wahrheitsfindung durch intensive und hartnäckige Vernehmungen von Ermittlungsbehörden wohl schwieriger. Angesichts der bisherigen Lage, dass der Druck auf den Beschuldigten bei der polizeilichen und staatsanwaltlichen Vernehmung manchmal ein zulässiges Maß überschreitet, wird schon lange diskutiert, ob man einen großen Teil der polizeilichen und staatsanwaltlichen Vernehmungen durch Ton- und Videoaufnahmen transparenter machen sollte. Die Staatsanwaltschaft, die sich dem natürlich widersetzt, kann sich mittlerweile aber nicht mehr durchsetzen und räumt jetzt sogar selbst die Reformbedürftigkeit ein, weil sie u.a. wegen einiger inzwischen bekannt gewordener falscher Anschuldigungen, die auf die „zu parteiische“ Einstellung der japanischen Staatsanwaltschaft zurückzuführen waren, massiver Kritik ausgesetzt ist²¹. Sobald aber wirklich Transparenz in diesem Bereich vorherrscht, ist zu erwarten, dass die bisherig sehr hohe Geständnisrate bei Hauptverhandlungen sinken wird, was zu einem nicht unerheblichen Mehraufwand die Justiz führen dürfte. Auch dies kann Anlass geben darüber nachzudenken, wie man die Funktionstüchtigkeit der Strafjustiz aufrechterhalten kann.

20 Zu diesem Zweck hat der Gesetzgeber schon das *sokketsu-saiban tetsuzuki* [Gerichtliches Schnellverfahren] (Artt. 350-2 ff. StPG) eingeführt, wobei es ähnlich wie das deutsche beschleunigte Verfahren um eine möglichst sofortige Durchführung der Hauptverhandlung bei einfachen und klaren Sachverhalten geht. Die Besonderheit besteht darin, dass eine auf diesem Wege verhängte Freiheitsstrafe immer zur Bewährung ausgesetzt werden muss. Dieses Verfahren spielt bei bestimmten Delikttypen, wie etwa dem illegalen Aufenthalt, eine sehr wichtige, aber auch sonst eine nicht zu übersehende Rolle. Siehe *Hanzai hakusho* (Fn. 1), *Shiryô* [Tabelle] 2-3-2-6. Ich gehe allerdings davon aus, dass eine etwaige Erweiterung der Möglichkeit, mit einem vereinfachten Verfahren eine echte Kriminalstrafe zu verhängen, u.a. zwecks Bewahrung ihrer expressiven Funktion nicht wünschenswert ist.

21 Auch der vom Justizminister einberufene Fachausschuss hat im März 2011 ein Eckpunktepapier „*Kensatzu no saisei ni mukete* [Zur Wiederbelebung der Staatsanwaltschaft]“ vorgelegt: http://www.moj.go.jp/kentou/jimu/kentou01_00001.html

2. Reformüberlegungen

a) *Abgesprochene Verurteilung?*

Schon seit langem gibt es in Japan *de lege ferenda* Befürworter eines *guilty-plea* durch *plea-bargaining*, das sicherlich effektiv der Entlastung der Strafjustiz dienen würde. Die Urteilsabsprache, die erst 2009 in Deutschland gesetzlich festgelegt wurde²², könnte eine vergleichbare Funktion leisten, wenn sie dem japanischen Parteiverfahren angepasst wird²³. Aber meiner Meinung nach handelt es sich bei solchen Institutionen, bei denen man eine echte Kriminalstrafe (zumindest faktisch) zum Gegenstand eines Deals macht, um eine *ultima ratio*, die erst nach erfolglosen Versuchen mit anderen Mitteln in Betracht gezogen werden sollte. Deswegen wird hier nicht weiter darauf eingegangen.

b) § 153a der deutschen StPO²⁴

Stattdessen möchte ich jetzt einen Blick auf ein anderes deutsches Instrument richten. In § 152 Abs. 2 StPO geht das deutsche Recht vom Legalitätsprinzip aus, das aber mittlerweile viele Ausnahmeregelungen kennt. Den ersten Anstoß hat 1924 § 153 StPO gegeben, der die einfache Nichtverfolgung von Kleinkriminalität regelt. Die Notwendigkeit einer solchen Möglichkeit dürfte heutzutage kaum noch angezweifelt werden.

Darüber hinaus hat aber der deutsche Gesetzgeber 1974 den § 153a StPO eingeführt. Diese immer noch umstrittene Vorschrift gibt dem Staatsanwalt die Befugnis, ein Verfahren wegen Vergehens gegen die freiwillige Erfüllung von Auflagen durch den Beschuldigten einzustellen. Unter Auflagen, denen der Beschuldigte (und auch das Gericht) zustimmen muss, versteht man unterschiedliche Leistungen, die das eigentlich bestehende öffentliche Interesse an der Strafverfolgung beseitigen sollen. So kommen zum Beispiel Geldzahlung, Schadenswiedergutmachung und sonstige gemeinnützige Leistungen des Beschuldigten in Betracht. Die Aufzählung in der Gesetzesnorm ist seit 1999 nicht mehr abschließend, allerdings geht es in der Praxis am häufigsten um Geldzahlungen an die Opfer, an die Staatskasse oder an gemeinnützige Einrichtungen. Eigentlich sollten dadurch Verfahren im Bereich der kleineren Kriminalität wie Ladendiebstahl erledigt werden, aber der Gesetzgeber hat 1993 den Anwendungsbereich auch auf die mittlere Kriminalität ausgedehnt. Bei dieser Norm handelt es sich zwar *systematisch* lediglich um eine Ermächtigung zum Absehen von der Verfolgung, aber *de facto* wurde damit ein neues konsensuales Sanktionsverfahren geschaffen.

Der Anteil der Opportunitätseinstellungen an allen anklagefähigen Verfahren in Deutschland hat sich zwischen 1981 und 2008 von ca. 28 % auf ca. 54 % fast verdoppelt. Dies liegt zwar hauptsächlich an der erheblichen Zunahme von Einstellungen *ohne Auf-*

22 BGBl. I, S. 2353 f.

23 Vgl. K. KATÔ, Konsensuales Strafverfahren, in: Rosenau/Kim (Hrsg.), Straftheorie und Strafgerechtigkeit (Frankfurt a.M 2010), S. 41.

24 Dazu statt vieler W. BEULKE, § 153a, in: Löwe-Rosenberg Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar, 26. Aufl., 5. Bd. (Berlin 2008).

lagen nach § 153 StPO, deren Anteil sich im selben Zeitraum von ca. 7 % auf ca. 20 % erhöhte. Aber auch die Einstellung *gegen* Auflagen nach § 153a StPO spielt mit einem Anteil von ungefähr 10 % eine nicht zu verleugnende Rolle, so dass dieses Mittel in der Praxis nicht mehr hinwegzudenken ist²⁵.

c) *Überlegungen über die Einführung der sanktionsbehafteten Einstellung*

aa) Überflüssig unter dem generellen Opportunitätsprinzip?

Meines Erachtens ist es auch in Japan erwägenswert, ein solches Instrument einzuführen. Zu beseitigen wäre wohl zunächst die mögliche Auffassung oder sogar Fehleinschätzung, dass der japanische Staatsanwalt vom Anfang an einen so breiten Ermessensspielraum genieße, dass eine zusätzliche Berechtigung wie § 153a der deutschen StPO in Japan überflüssig sei. Dem generellen Opportunitätsprinzip zufolge ist es zwar durchaus möglich, dass das Verfahren eingestellt wird, wenn ein positives Nachtatverhalten des Beschuldigten das öffentliche Interesse an der Bestrafung beseitigt hat²⁶. Manchmal gibt der Staatsanwalt dem Beschuldigten (oder dem Verteidiger) sogar eine „gute Aussicht“ auf Nichtverfolgung bei einem Schuldbekenntnis und einer Schadenersatzleistung zu verstehen, was meistens befolgt wird und in der Tat zur Einstellung führt. Für diese Vorgehensweise, in der sich eine gewisse funktionelle Verwandtschaft mit der deutschen Institution erkennen lässt, braucht man in Japan dank des Opportunitätsprinzips keine gesetzliche Berechtigung.

Problematisch an dieser japanischen Praxis ist aber zum einen, dass es dort um keine rechtlich verbindliche Vereinbarung geht. Es hängt deshalb von der Persönlichkeit und der Tüchtigkeit des einzelnen Staatsanwalts ab, ob man seinen Worten vertrauen darf. Die Schaffung einer systematischen Grundlage für eine einvernehmliche Verfahrensbeendigung könnte dazu dienen, seine Kooperationsbereitschaft zu fördern und dementsprechend die Zahl der eigentlich unnötig streitigen Verfahren zu reduzieren.

Zum anderen ist auch beachtenswert, dass bei der oben genannten japanischen Methode, die lediglich auf der Nichtverfolgungsberechtigung beruht, die Auswahl der faktischen Sanktionen, die die Schuld des Beschuldigten ausgleichen sollen, der Natur nach stark begrenzt ist²⁷. Ob eine Schadenersatzleistung zur Beseitigung des Interesses der Strafverfolgung als ausreichend bewertet wird, ist vollständig abhängig von der zufälligen Fallkonstellation; es gibt aber auch Straftaten ohne konkreten Schaden. In diesem Zusammenhang würde die Möglichkeit plausibel erscheinen, eine Geldzahlung, aber unter Umständen auch andere bestimmte Leistungen des Beschuldigten, zu einer Bedingung der Einstellung zu machen.

25 Vgl. P-A. ALBRECHT, *Kriminologie*, 4. Aufl. (München 2010), S. 205 ff. Zu den neuesten Daten siehe STATISTISCHES BUNDESAMT, *Fachserie 10 Reihe 2.6 Rechtspflege Staatsanwaltschaften 2010* (Wiesbaden 2011), S. 26.

26 Vgl. z.B. MITSUDÔ (Fn. 7), S. 17; KATÔ (Fn. 23), S. 39 f.

27 Vgl. auch MITSUDÔ (Fn. 7), S. 18.

bb) Kriminalpolitische Bedeutung und materielle Voraussetzungen

Worum man sich bei der eventuellen neuen Gesetzgebung hauptsächlich kümmern müsste, wäre, den Anwendungsbereich durch einen *materiellen Maßstab* einzuschränken, um ein Ausufern der Anwendung zu verhindern. Dieses Mittel sollte also nur dort greifen, wo es kriminalpolitisch zielführend ist bzw. die materielle Legitimität der Erledigung ohne echte Kriminalstrafe bewahrt bleibt. Das tatsächliche Strafverfolgungsinteresse muss so gering sein, dass man es durch die freiwillige Erfüllung der Auflage beseitigen kann. Wie in Deutschland angesichts der nicht ganz zufriedenstellenden gegenwärtigen Regelung gefordert wird, wird am besten als Anwendbarkeitsvoraussetzung eine maximale Straferwartung bei der Anklageerhebung und der Verurteilung vorgeschrieben²⁸. Diesbezüglich würde ich als ein normatives Kriterium für die japanische Version vorschlagen, dass „bei Anklage eine Verurteilung zu einer Geldstrafe oder *höchstens* zu einer Freiheitsstrafe *mit Bewährung* zu erwarten ist“.

Dieser Vorschlag richtet sich an zwei kriminalpolitische Zielgruppen. Die erste ist die der Verurteilten, die in der jetzigen Praxis eine (leichtere) Bewährungsstrafe erhalten. Hierbei finde ich es sinnvoll, wenn man die Stigmatisierung als Angeklagte und Verurteilte und deren negative Folgen vermeiden könnte, aber doch zugleich mit einer faktischen Sanktion nicht ganz auf die Verfolgung der materiellen Strafzwecke verzichten müsste. Geopfert wird nur die formelle Verhängung der Freiheitsstrafe, die in der Regel nicht vollstreckt wird und deshalb durch Auflagen ausgeglichen werden kann. Die zweite ist die Gruppe der Beschuldigten, die man durch Opportunitätseinstellungen aus Gesichtspunkten der Strafzwecke etwas unbefriedigend „folgenlos davonkommen“ lässt. Hinsichtlich dieser Gruppe gehe ich davon aus, dass unter der Geltung des uneingeschränkten Opportunitätsprinzips und einer hohen Einstellungsquote²⁹ in Japan Straftäter existieren, deren Taten eigentlich geahndet werden müssten. Auch der Trend, dass die außerrechtliche soziale Verhaltenskontrolle in der japanischen Gesellschaft immer schwächer wird, könnte für die Erforderlichkeit der ergänzenden Maßnahme sprechen.

Damit übersehe ich aber nicht, dass in der deutschen Praxis die Einstellung gegen Auflage in der Regel als für die Fälle geeignet betrachtet wird, in denen bei einer hypothetischen Verurteilung noch eine *Geldstrafe* angemessen wäre³⁰. Als Argument wäre denkbar: eine einer, wenn auch bedingten, *Freiheitsstrafe* entsprechende Schuld könne beispielsweise nicht mehr durch eine *Geldzahlungsaufgabe* ausgeglichen werden. Es

28 Z.B. G. FEZER, Vereinfachte Verfahren im Strafprozeß, ZStW 106 (1994), S. 35, 44 m.w.N.

29 Zur sogar steigenden Tendenz siehe oben I.

30 Es wird gesagt, dass sich die Höhe der Geldzahlungsaufgaben üblicherweise an der zu erwarteten Geldstrafe orientiert; vgl. z.B. D. BURHOFF, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 5. Aufl. (Münster 2010), Rn. 708. Auch im berühmten Fall Helmut Kohl hat das LG Bonn die Zustimmung zur Einstellung u.a. damit begründet, dass „im Falle einer Anklageerhebung und eventueller Verurteilung bei Würdigung aller Umstände von Tat und Täterpersönlichkeit aller Voraussicht nach nur eine Geldstrafe in Betracht käme, welche die in Erwägung gezogene freiwillige Zahlung nicht überschreiten würde.“ (NJW 2001, 1736 [1737]); siehe aber auch BEULKE (Fn. 24), § 153a, Rn. 32.

dürfe kein *Freikaufverfahren* geben. In diesem Sinne mag mein Vorschlag als zu großzügig erscheinen. Aber hier möchte ich den Blick auf den strukturellen Unterschied zwischen den Sanktionssystemen beider Länder richten. Das japanische allgemeine Strafrecht hat nämlich im Vergleich zum deutschen mehrere Tatbestände, die als Rechtsfolge *keine* Geldstrafe vorsehen, so zum Beispiel Betrug, Unterschlagung, Nötigung, Urkundenfälschung u.a.³¹ Außerdem kennt das japanische Recht keine Sonderregel wie den § 47 Abs. 2 des deutschen StGB, die die Verhängung einer Geldstrafe auch bei ausschließlicher Androhung von Freiheitsstrafe ermöglicht. In diesem Bereich ist also davon auszugehen, dass Straftäter, die unter dem deutschen System zu einer Geldstrafe verurteilt würden, in Japan womöglich eine Freiheitsstrafe mit Bewährung erhielten. Deshalb möchte ich mich hier nicht auf die Annahme beschränken, dass lediglich eine Geldstrafe durch die Erfüllung einer Auflage ersetzt werden könne.

cc) Unzulässiger Druck auf den Beschuldigten?

Der mit dem „Angebot“ einer Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO verbundene psychologische Druck auf den Beschuldigten stellt in der deutschen Diskussion einen wesentlichen Kritikpunkt dar. Zu befürchten sei auch, dass deswegen Beschuldigte genötigt würden, sich einer „Quasi-Verdachtsstrafe“ zu unterwerfen, um der Gefahr einer Verurteilung zu entgehen³².

Diese Besorgnis lässt sich aber zumindest bei einer angemessenen Einschränkung des Anwendungsbereichs der sanktionsbehafteten Einstellung in gewissem Maße relativieren³³. Denn bei dem oben genannten Kriterium geht es immerhin um die Wahl zwischen zwei ähnlich schweren Rechtsfolgen: entweder (schlimmstenfalls) Verurteilung zu einer grundsätzlich nicht vollstreckten Freiheitsstrafe nach Durchführung der Hauptverhandlung oder Hinnahme der Auflage als faktische Sanktion. Deshalb kann hier nicht von einer unzulässigen „Sanktionsschere“ gesprochen werden. Einen vergleichbaren „Druck“ findet man durchaus auch in anderen Bereichen des Strafverfahrens. Der Beschuldigte, der vor der Wahl zwischen formeller Hauptverhandlung und Strafbefehlsverfahren steht, befindet sich ebenso in einer „Drucksituation“ wie bei der Zustimmung zur Auflage³⁴.

31 Durch eine Gesetzesnovelle von 2006 wurde für Diebstahl die Möglichkeit einer Geldstrafe eingeführt.

32 Dazu ausführlich z.B. V. ERB, *Legalität und Opportunität* (Berlin 1999), S. 245 ff. Dort wird eine etwas zu zögerliche Lösung vorgeschlagen, „dem Beschuldigten zu gestatten, die Auflagen vorläufig zu akzeptieren (...), zugleich aber ein vereinfachtes (...) gerichtliches Verfahren zu beantragen, in dem (...) darüber zu entscheiden wäre, ob der Tatvorwurf zutrifft.“ (S. 248)

33 Zu dieser Beziehung auch FEZER (Fn. 28), S. 34.

34 Vgl. auch BEULKE (Fn. 24), § 153a, Rn. 14.

dd) Zum vorausgesetzten Verdachtsgrad

Um meine Vorstellung über die mit einer Aufлагenerfüllung verbundenen Einstellung zu verdeutlichen, möchte ich auch darauf eingehen, welchen Verdachtsgrad man dafür voraussetzen sollte. Soweit es – wie beim Strafbefehlsverfahren³⁵ – um eine echte Kriminalstrafe geht, muss man ohne Zweifel volle richterliche Überzeugung verlangen³⁶. Bezüglich des § 153a StPO denkt die deutsche Lehre, dass für die Einstellung wegen des strafähnlichen Charakters der Auflagen sowohl ein hinreichender Tatverdacht – im Schrifttum teilweise sogar Überzeugung des Einstellenden – als auch eine einwandfreie Strafbarkeit der fraglichen Tat erforderlich seien³⁷. Dabei wird es also als *missbräuchlich* angesehen, ein Verfahren einzustellen, um sich so andernfalls zu lösenden komplizierten tatsächlichen bzw. rechtlichen Fragen zu entziehen, was insbesondere bei Verfahren wegen Wirtschaftsstraftaten vorkommen kann³⁸. In diesem Zusammenhang möchte ich indes die Frage aufwerfen, ob es nicht untauglich ist, die Erfüllung der Auflage als Annahme der gesellschaftlichen – nicht unbedingt strafrechtlichen – Verantwortung für den sozialen Konflikt zu verstehen, die aber bei einer – hypothetischen – strafrechtlichen Schuld das öffentliche Interesse an der Bestrafung beseitigen sollte. Ein solches „opportunistisches“, oder besser gesagt, „pragmatisches“ Verständnis faktischer Sanktionen ist auf jeden Fall geeignet zur Förderung der Kooperation des Beschuldigten.

Aus rechtsvergleichender Sicht hätte das japanische Recht einen größeren Bedarf daran, eine solche Konzeption erneut zu thematisieren. Denn während der hinreichende Verdacht im deutschen Recht als Voraussetzung der Anklage sowie der Eröffnung des Hauptverfahrens schon dann bejaht wird, wenn eine Verurteilung *wahrscheinlich* zu erwarten ist³⁹, erhebt der japanische Staatsanwalt erst dann Anklage, wenn er zu fast hundert Prozent von Tatvorwurf und Strafbarkeit der fraglichen Tat überzeugt ist⁴⁰.

35 Beim japanischen *ryakushiki-meirei tetsuzuki* [Strafbefehlsverfahren] (Artt. 461 ff. StPG) handelt es sich um ein schriftliches Verfahren, das ursprünglich vor etwa 100 Jahren nach dem Vorbild des deutschen Strafbefehlsverfahrens geschaffen wurde. In seiner heutigen Form kann damit eine Geldstrafe verhängt werden, aber keine Freiheitsstrafe. Dieses Erledigungsmittel spielt in der Praxis eine bedeutsame Rolle: ca. 80 % aller Strafen in Japan werden auf diese Weise verhängt. Vgl. *Hanzai hakusho* (Fn. 1), *Shiryô* [Tabelle] 2-2: <http://hakusyo1.moj.go.jp/jp/58/nfm/images/full/s2-02.jpg>

36 Überraschend ist deshalb der Stand der deutschen Diskussion, dass „in der Strafprozeßlehre keine Einigkeit darüber besteht, ob für den Erlaß eines Strafbefehls eine Schuldüberzeugung des Richters erforderlich ist oder nicht.“, E. WESSLAU, *Das Konsensprinzip im Strafverfahren* (Baden-Baden 2002), S. 53.

37 Vgl. z.B. BEULKE (Fn. 24), § 153a, Rn. 39 f.

38 Zumal hat das LG Bonn im Fall Kohl die Unklarheit der Rechtslage als Einstellungsgrund anerkannt (NJW 2001, 1736 [1737]); dazu näher F. SALIGER, *Grenzen der Opportunität*, GA 2005, S. 172 m.w.N.

39 W. BEULKE, *Strafprozessrecht*, 11. Aufl. (Heidelberg 2010), S. 72, 229. Nach K. VOLK, *Grundkurs StPO*, 7. Aufl. (München 2010) S. 111 ist der Verdacht hinreichend, „wenn eine Verurteilung (...) wahrscheinlicher als ein Freispruch ist.“

40 Siehe oben II.2.

Deshalb liegt es wohl nahe, dass manche Beschuldigte, deren Verfahren wegen „unzureichenden“ Verdachts eingestellt werden, eigentlich einer Sanktion zugeführt werden sollten. Sofern man, wie oben dargestellt, freiwillige Leistungen des Beschuldigten als Annahme einer gesellschaftlichen – lediglich hypothetisch strafrechtlichen – Verantwortung ansieht, muss die sanktionsbehaftete Einstellung nicht immer mit einem gleichen Verdachtsgrad wie bei Anklageerhebung verbunden sein. Die daraus resultierende gewisse Flexibilität macht diese Institution bestimmt praktischer.

IV. ZUM SCHLUSS

In dem Beitrag habe ich, nachdem zunächst die bisherigen Entwicklungen des japanischen Strafverfahrens und des Opportunitätsprinzips dargestellt wurden, zwei eigentlich nicht miteinander in Beziehung stehende Ziele verfolgt. Der erste Anstoß ging von dem angenommenen Bedürfnis der *Justizentlastung* angesichts der gegenwärtigen Strafprozessreform in Japan aus. Dabei wurde auf das deutsche Vorbild des § 153a Abs. 1 abgestellt. Auf der Suche nach einer angemesseneren Regelung ging es aber hauptsächlich darum, in welchem Bereich dieses Mittel aus *materiell-sanktionstheoretischer* Sicht legitim und *kriminalpolitisch* am sinnvollsten eingesetzt werden könnte. Dort wurde hervorgehoben, dass es „zwischen der (einfachen) Einstellung und der (leichteren) Bewährungsstrafe“ stehende Zielgruppen gibt. Zudem habe ich über die mit der Einstellung verbundene faktische Sanktion ein etwas provokantes Konzept vorgestellt, das wie eine Rechtfertigung der „Verdachtsstrafe“ erscheinen könnte. Hoffentlich werden durch die Auseinandersetzung mit der deutschen Wissenschaft Diskussionen unter japanische Juristen über die sanktionsbehaftete Einstellung, deren gesetzgeberische Möglichkeit in Japan seit langem kaum beachtet zu werden scheint, ernster und lebhafter.