

## **Die Sicherung des Rechtsstaates**

Symposium aus Anlass des dreißigjährigen Bestehens  
der Deutsch-Japanischen Juristenvereinigung (DJJV)

Herausgegeben von

Harald Baum/Moritz Bälz/Jan Grotheer

Carl Heymanns Verlag 2019

ZEITSCHRIFT FÜR JAPANISCHES RECHT  
JOURNAL OF JAPANESE LAW

SONDERHEFT 15 / SPECIAL ISSUE 15 (2019)

*Redaktion*

Prof. Dr. HARALD BAUM  
Max-Planck-Institut für ausländisches  
und internationales Privatrecht  
Mittelweg 187  
D-20148 Hamburg  
E-Mail: baum@mpipriv.de

Prof. Dr. MORITZ BÄLZ  
Goethe-Universität Frankfurt  
Fachbereich Rechtswissenschaft  
Theodor-W.-Adorno-Platz 4  
D-60629 Frankfurt/Main  
E-Mail: baelz@jur.uni-frankfurt.de

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

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

*Redaktionsassistentz:* ANNA KATHARINA SUZUKI-KLASEN  
*Schlussredaktion, Satz:* JANINA JENTZ

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

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

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

*Bezugspreis:* Das Sonderheft kann über den Verlag zum Preis von 52,- € zzgl. Versandkosten bezogen  
werden. Mitglieder der Deutsch-Japanischen Juristenvereinigung e.V. können das Sonderheft zum  
Vorzugspreis von 46,- € zzgl. Versandkosten beziehen.

*Subscription price:* The special issue can be purchased from the publishers for € 54 plus postage.  
Members of the German-Japanese Association of Jurists may buy the special issue for the preferential  
price of € 47 plus postage.

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

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

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

© 2019 Deutsch-Japanische Juristenvereinigung e.V. & Max-Planck-Institut für ausländisches und  
internationales Privatrecht / German-Japanese Association of Jurists & Max Planck Institute for  
Comparative and International Private Law

ISBN 978-3-452-29510-1

www.ZJapanR.de

## Vorwort

Der vorliegende Band präsentiert die Festvorträge und Grußworte, die auf dem rechtsvergleichenden Symposium zu dem Thema „Die Sicherung des Rechtsstaates“ gehalten wurden, welches die Deutsch-Japanische Juristenvereinigung (DJJV) aus Anlass ihres dreißigjährigen Bestehens am 2. November 2018 im OAG-Haus in Tōkyō ausgerichtet hat. Das Symposium wurde zusammen mit dem Deutschen Akademischen Auslandsdienst (DAAD), der Friedrich-Ebert-Stiftung und dem Japanisch-Deutschen Zentrum Berlin (JDZB) organisiert, denen an dieser Stelle noch einmal herzlich für die partnerschaftliche und harmonische Zusammenarbeit bei der inhaltlichen Vorbereitung wie auch bei der Durchführung und der Finanzierung des Symposiums gedankt sei.

Der Tagung in Tōkyō ging am 8. Juni 2018 ein Festakt im Hamburger Rathaus voraus, bei dem Herr Prof. Dr. Dres. h. c. Makoto Ida den Festvortrag zu dem Thema „Wozu Rechtsvergleichung heute?“ gehalten hat.<sup>1</sup> Die DJJV war 30 Jahre zuvor, am 7. Juni 1988, in Hamburg gegründet worden.

Die Herausgeber danken Prof. Dr. Matthias K. Scheer für die herausragende Übersetzung der japanischen Beiträge ins Deutsche und Janina Jentz für die engagierte editorische Betreuung des Bandes.

*Harald Baum*

*Moritz Bälz*

*Jan Grotheer*

Hamburg und Frankfurt am Main, im Juni 2019

---

<sup>1</sup> Abgedruckt in ZJapanR/J.Japan.L. 46 (2018) 321.



## Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	iii
Festrednerinnen und Festredner .....	vii
Autorinnen und Autoren .....	vii

### Grußworte

<i>Jan Grotheer</i> .....	3
<i>Naoto Ôtani</i> .....	5
<i>Hiromu Kurokawa</i> .....	7
<i>Claudia Schmitz</i> .....	9
<i>Dorothea Mahnke</i> .....	11

### Staatsrecht

Die Rolle des Bundesverfassungsgerichts in der deutschen Rechtsordnung <i>Doris König</i> .....	15
Die Rolle des Obersten Gerichtshofs in der japanischen Rechtsordnung <i>Tokiyasu Fujita</i> .....	31

### Strafrecht

Sicherheit und Freiheit in der globalisierten Risikogesellschaft – Die Sicht des japanischen Rechts <i>Makoto Ida</i> .....	51
Sicherheit und Freiheit in der globalisierten Risikogesellschaft – Die Herausforderungen des neuen Sicherheitsrechts und seiner freiheitlichen Grenzen <i>Ulrich Sieber</i> .....	61

**Zivilrecht**

Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz in Japan <i>Keizō Yamamoto</i> .....	77
Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz in Deutschland <i>Marietta Auer</i> .....	93

## **Festrednerinnen und Festredner**

*Jan GROTHEER*

Dr. iur., Präsident der Deutsch-Japanischen Juristenvereinigung, Präsident  
des Finanzgerichts Hamburg a. D.

*Hiromu KUROKAWA*

Vizeminister, japanisches Ministerium der Justiz

*Dorothea MAHNKE*

Leiterin der Außenstelle Tōkyō des Deutschen Akademischen Außendienstes

*Naoto ŌTANI*

Präsident des Obersten Gerichtshofs von Japan

*Claudia SCHMITZ*

Generalsekretärin des Japanisch-Deutschen Zentrums Berlin

## **Autorinnen und Autoren**

*Marietta AUER*

Prof. Dr., M. A., LL. M., S. J. D. (Harvard), Lehrstuhl für Bürgerliches Recht  
und Rechtsphilosophie, Justus-Liebig-Universität Gießen

*Tokiyasu FUJITA*

Prof. em. Dr. Dr. h. c., Richter am Obersten Gerichtshof von Japan a. D.

*Makoto IDA*

Prof. Dr. Dres. h. c., Chūō University Law School, Tōkyō

*Doris KÖNIG*

Prof. Dr., M. C. L., Richterin des Bundesverfassungsgerichts

*Ulrich SIEBER*

Prof. Dr. Dr. h. c. mult., Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches  
und internationales Strafrecht, Freiburg

*Keizō YAMAMOTO*

Prof. Dr., Graduate School of Law, Universität Kyōto



## **Grußworte**



*Jan Grotheer\**

Sehr geehrter Herr Präsident Ōtani,  
sehr geehrter Herr Vizeminister Kurokawa  
meine sehr geehrten Damen und Herren,

die DJJV ist dankbar und froh, dass sich so viele nette und namhafte Menschen hier versammelt haben, um mit uns auch in Tōkyō unser 30-jähriges Bestehen zu feiern. Am 7.6.1988 haben sich in Hamburg im japanischen Generalkonsulat 35 Personen zur Gründungsversammlung getroffen.

Aber bevor ich darauf zu sprechen komme, möchte ich mich zunächst bedanken.

Unser besonders herzlicher Dank gilt Ihnen, sehr geehrter Herr Präsident Ōtani. Es ist uns eine große Freude, dass Sie unserer Einladung zu dem heutigen Symposium gefolgt sind und ein Grußwort sprechen werden. Das ehrt uns sehr und zeigt uns, dass unsere Arbeit vom Obersten Gerichtshof und Ihnen positiv wahrgenommen wird.

Auch Ihnen, sehr geehrter Herr Vizeminister Kurokawa, danke ich sehr herzlich für Ihr Kommen und Ihr Grußwort. Wir durften Sie schon begrüßen bei unserem Symposium zum Thema „Alternde Gesellschaft“ vor einem Jahr in der Waseda Universität und freuen uns sehr, dass Sie auch heute zu uns gekommen sind.

Ich bin sehr dankbar, dass sich als Veranstalter des heutigen Symposiums der Deutsche Akademische Auslandsdienst, die Friedrich-Ebert-Stiftung und das Japanisch-Deutsche Zentrum Berlin als kompetente Partner hinzugesellt haben.

Ich bedanke mich bei den drei Organisationen für eine außerordentlich gelungene, partnerschaftliche und harmonische Zusammenarbeit bei der inhaltlichen Vorbereitung und Finanzierung des Symposiums. Mein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Saaler und Frau Mahnke, in deren Verantwortung die inhaltliche Vorbereitung und die Organisation hier in Tōkyō lag, sowie Frau Schmitz und Herrn Dr. Brenn, die auf der deutschen Seite die meiste Arbeit zu leisten hatten.

Deutschland und Japan sind durch gemeinsame Werte wie Freiheit, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit verbunden. Diese Partnerschaft gewinnt

---

\* *Dr. iur., Präsident der Deutsch-Japanischen Juristenvereinigung, Präsident des Finanzgerichts Hamburg a. D.*

vor dem Hintergrund der Entwicklungen in manchen Ländern, die zur Sorge Anlass geben, an zusätzlicher Bedeutung.

Nicht zuletzt beim Thema Rechtsstaatlichkeit können und müssen Japan und Deutschland ihren Beitrag leisten und Vorbild sein.

Aus diesem Grund haben wir uns das heutige Thema gestellt und ich bin sehr froh, dass es uns gelungen ist, herausragende Referentinnen und Referenten zu gewinnen, denen wir ebenso wie den Moderatoren ganz außerordentlich dankbar sind, dass sie uns ihr Wissen und ihre Zeit zur Verfügung stellen.

Meine Damen und Herren,

nun erlauben Sie mir, noch kurz zurück zu kommen auf die DJJV.

Bei Gründung der DJJV waren wir 35, heute sind es nahezu 700 Mitglieder. Wir geben zusammen mit dem Max-Planck-Institut für Privatrecht in Hamburg die „Zeitschrift für Japanisches Recht“ heraus, die die weltweit einzige ist, die in einer nichtjapanischen Sprache ausführlich und systematisch über das japanische Recht berichtet. Wir haben über 60 Symposien veranstaltet, das letzte vor 4 Wochen in München zum Thema Patentrecht. Die Vielfalt unserer Tätigkeit und unserer Themen mag daraus deutlich werden, dass wir daneben in diesem Jahr fünf weitere Symposien auf unserer Agenda hatten: Ein Symposium über Mediation in München, ein weiteres über Künstliche Intelligenz u. a. im MPI in Hamburg sowie über Internationales Steuerrecht in Tōkyō im Mai sowie weiterhin ein trilaterales deutsch-japanisch-koreanisches Seminar „Die Antworten des Rechts auf Krisen in Deutschland, Japan und Korea“ in Konstanz. Und heute haben wir mit diesem Symposium einen Höhepunkt dieses Jahres.

Wir wollen und werden mit Vergnügen im Sinne der deutsch-japanischen Freundschaft und der Völkerverständigung weiterarbeiten. In unserer ausschließlich ehrenamtlich geleisteten Arbeit sehen wir uns gestärkt durch die Unterstützung so vieler Mitglieder und Freunde, die heute hier versammelt sind.

Bei Ihnen, meine Damen und Herren, bedanke ich mich, dass Sie uns mit Ihrem zahlreichen Erscheinen, das unsere Erwartungen weit übertroffen hat, gezeigt haben, dass Sie unsere Arbeit schätzen und wir das Thema richtig gewählt haben.

Zunächst aber wünsche ich uns allen interessante Vorträge und fruchtbare Diskussionen zum Thema Rechtsstaatlichkeit, die nach meiner Auffassung die wichtigste Säule jeder Demokratie ist.

*Naoto Ōtani\**

Anlässlich der Eröffnung des Japanisch-Deutschen Symposiums zum 30. Gründungstag der Deutsch-Japanischen Juristenvereinigung möchte ich Sie alle, meine Damen und Herren, ganz herzlich begrüßen.

Die Deutsch-Japanische Juristenvereinigung wurde im Jahre 1988 mit dem Ziel gegründet, den Austausch zwischen Rechtspraktikern und Rechtswissenschaftlern in Deutschland und Japan zu fördern und dadurch das gegenseitige Verständnis für das jeweils andere Rechtssystem zu vertiefen.

Ich möchte Ihnen allen meinen tiefen Respekt für Ihre bisherige großartige Leistung bekunden und zugleich meine große Freude darüber Ausdruck verleihen, dass wir jetzt bereits den 30. Jahrestag der Gründung Ihrer Vereinigung begehen konnten. Am 8. Juni dieses Jahres hörten wir in Hamburg, dem Ort, an dem die DJJV gegründet worden war, während des festlich begangenen 30. Jahrestags ihrer Gründung den Vortrag des Richters am Obersten Gerichtshof Atsushi Yamaguchi. Mit großer Freude darüber, dass auch hier in Tōkyō ein Symposium zum 30. Gründungstag der DJJV stattfindet, begrüße ich heute an erster Stelle Frau Richterin am Bundesverfassungsgericht König und Sie alle, meine Damen und Herren, die die weite Reise nach Japan unternommen haben.

Ihnen allen ist bekannt, dass seit vielen Jahren in jedem Jahr junge Richter aus Japan zu Forschungszwecken an deutsche Gerichte und Universitäten entsandt werden, und dass auch wir hier in Japan deutsche Juristen zu eben diesem Zweck willkommen heißen. Auch Ihr Präsident Herr Dr. Jan Grotheer war einer der ersten nach Japan reisenden Richter. Nach meiner Erinnerung kam als erster deutscher Jurist ganz am Anfang des Austauschprogramms im Jahre 1981 Herr Peter Müller und nach ihm als dritter Herr Mutschler. Ich erinnere mich jetzt noch ganz genau an den freundlichen Gedankenaustausch mit ihnen allen, zu dem ich mehrfach Gelegenheit gehabt habe. Durch diesen ununterbrochenen Austausch während so vieler Jahre ist eine tiefe Verbundenheit zwischen deutschen und japanischen Gerichten entstanden, und ich möchte betonen, dass dies auch für die Beziehung zwischen anderen Rechtspraktikern und Rechtswissenschaftlern gilt. Ich bin sehr glücklich darüber, dass das heutige Symposium, das einen weiteren Schritt auf dem langen gemeinsamen Weg des Austausches zwischen den Juristen aus Deutschland und Japan bedeutet, mir heute die Gelegenheit gibt, Sie alle ganz herzlich willkommen zu heißen.

---

\* *Präsident des Obersten Gerichtshofs von Japan.*

Der Austausch zwischen Deutschland und Japan auf dem Gebiet des Rechts begann in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts. Seit dieser Zeit haben wir Japaner viele deutsche Institutionen und Erfahrungen übernommen. Mit dem Fortschreiten der Globalisierung kommt der Gestaltung der Zukunft auf der Grundlage von vielfältigen Vergleichen der Situation in beiden Ländern mit Hilfe der eben erwähnten persönlichen Netzwerke selbstverständlich eine noch größere Bedeutung zu. In diesem Zusammenhang möchte ich auch erwähnen, dass ich persönlich als Richter am Obersten Gerichtshof im Jahre 2016 die Gelegenheit hatte, das Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe zu besuchen, und dabei tief von der Tatsache beeindruckt wurde, dass dessen Gebäude befreiend wirkt. Dies soll auch durch den Titel der Broschüre, die ich bei seinem Besuch ausgehändigt bekam, zum Ausdruck kommen. Denn er lautet „Die Architektur der Transparenz“. Es ist eine Architektur, die die Idee einer „Justiz, die nahe am Volk ist,“ erleben lässt und damit ein wichtiges Element des Themas unseres heutigen Symposiums „Die Sicherung des Rechtsstaates“ zum Ausdruck bringt. Auf dieser Reise nach Deutschland bin ich, angefangen bei Herrn Dr. Grotheer und vielen Richtern, zahlreichen in der Justiz tätigen Menschen begegnet und habe dabei wertvolle Anregungen empfangen. Ich merke dadurch immer wieder, wie groß die Bedeutung der über viele Jahre aufgebauten und fortgesetzten persönlichen Beziehungen zwischen unseren beiden Ländern ist.

Ich möchte hervorheben, dass die Deutsch-Japanische Juristenvereinigung auf diese Weise einen großen Beitrag zum gegenseitigen Verständnis zwischen den Juristen beider Länder geleistet hat. Vor allem haben Sie, Herr Dr. Grotheer, zunächst als für die Gründung der DJJV verantwortlicher Vizepräsident und später – seit 1995 – als Präsident die Geschicke der DJJV geleitet und haben sich an Ihrem Gericht durch die Betreuung der nach Deutschland entsandten jungen japanischen Richter in vielfacher Hinsicht große Verdienste erworben. Sie wurden dafür im Jahre 2013 mit dem [mittleren] Orden der Aufgehenden Sonne [am Band] geehrt. Anlässlich des 30. Jahrestags der Gründung der DJJV möchte ich Ihnen erneut meinen herzlichen Dank für Ihre großartige Leistung aussprechen.

Zum Schluss wünsche ich der Deutsch-Japanischen Juristenvereinigung eine erfolgreiche Weiterentwicklung und Ihnen allen, meine Damen und Herren, eine gesunde und aktive Zukunft und schließe mein Grußwort mit den besten Wünschen für einen fruchtbaren Verlauf des heutigen Symposiums.

*Hiromu Kurokawa\**

Meine Damen und Herren,

es ist für mich eine große Ehre, heute aufgrund Ihrer Einladung zum Symposium ein Grußwort sprechen zu dürfen.

Zunächst möchte ich meiner Freude darüber Ausdruck verleihen, dass die Deutsch-Japanische Juristenvereinigung in diesem Jahr den 30. Jahrestag ihrer Gründung begangen hat.

Ich bin mir der Tatsache bewusst, dass die im Juni 1988 in Hamburg gegründete Deutsch-Japanische Juristenvereinigung aufgrund des großen Einsatzes ihrer Präsidenten Dr. Wilhelm Röhl und Dr. Jan Grotheer sowie zahlreicher weiterer deutscher Juristen als Brücke für den japanisch-deutschen Austausch im Bereich der Justiz eine äußerst wichtige Rolle gespielt hat.

Nach meiner Meinung hat vor allem die Tatsache, dass die Deutsch-Japanische Juristenvereinigung bis heute viele Male Symposien wie das heutige veranstaltet hat, bei denen sich japanische und deutsche Juristen getroffen haben, im hohen Maße zur Förderung des gegenseitigen Verständnis beider Länder füreinander beigetragen.

In jedem Jahr treffen sich Vertreter des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz der Bundesrepublik Deutschland und des Justizministeriums Japans zum Japanisch-Deutschen Justizdialog. Auch ich habe als Justizstaatssekretär am 11. Justizdialog, der im Juli des letzten Jahres in Tōkyō stattgefunden hat, teilgenommen und bin zum 12. Justizdialog eingeladen worden, der im Juni dieses Jahres in Berlin stattgefunden hat. Dieser Dialog beruht auf dem unerschütterlichen Vertrauensverhältnis zwischen Japan und Deutschland und stellt eine wertvolle Gelegenheit für einen freimütigen Meinungsaustausch über Themen im Bereich der Justiz beider Länder dar. Dabei habe ich festgestellt, dass die Deutsch-Japanische Juristenvereinigung sich mit aller Kraft dafür einsetzt, dass dieser Dialog ohne Unterbrechung in jedem Jahr stattfindet.

Mir ist auch bekannt, dass alle Mitglieder der Deutsch-Japanischen Juristenvereinigung über einen langen Zeitraum hinweg bis heute japanische Juristen bei ihrer Forschung oder ihrem Aufenthalt in Deutschland in öffentlichen und privaten Bereichen unterstützt haben. Dafür möchte ich Ihnen allen bei dieser Gelegenheit ganz herzlich danken.

---

\* *Vizeminister, japanisches Ministerium der Justiz.*

Durch diese kraftvollen Aktivitäten, die Sie alle an den Tag gelegt haben, hat die Deutsch-Japanische Juristenvereinigung eine solide Basis für die Zusammenarbeit beider Länder auf dem Gebiet der Justiz aufgebaut und weiterentwickelt. Das halte ich für eine wirklich großartige Leistung. Ich möchte vor allem Ihnen, Herr Präsident Dr. Grotheer, und Ihnen allen, verehrte Mitglieder der Deutsch-Japanischen Juristenvereinigung, für Ihre großen Bemühungen um die Entwicklung des Justizaustausches zwischen Japan und Deutschland meinen großen Respekt bekunden.

Selbstverständlich ist das Thema des heutigen Symposiums, „Sicherung des Rechtsstaates“, ein Grundprinzip moderner Staaten von weltweiter Geltung. Zur Verwirklichung einer Gesellschaft, in der die Herrschaft des Rechts etabliert ist, bringt das japanische Justizministerium die Justiz japanischen Typs und eine Kultur, die dem Recht Folge leistet, als wichtige soft power Japans in Stellung und betreibt eine „Justizdiplomatie“, die diese beiden Errungenschaften in die internationale Arena trägt. Diese „Justizdiplomatie“ dient der Umsetzung der „Agenda 2030 für die nachhaltigen Entwicklung“ (Sustainable Development Goals – SDGs) der Vereinten Nationen.

Im April 2020 wird in Kyōto der „14. Kongress der Vereinten Nationen über Verbrechensbekämpfung und Strafjustiz“ eröffnet. Dieser Kongress, der alle fünf Jahre stattfindet, ist der größte internationale Kongress der Vereinten Nationen auf dem Gebiet der Verbrechensbekämpfung und der Strafjustiz. Zurzeit sind wir im Justizministerium in Zusammenarbeit mit den zuständigen Behörden mit dessen Vorbereitung beschäftigt. Wir hoffen, dass durch die Eröffnung dieses Kongresses in Kyōto als Ergebnis der japanischen „Justizdiplomatie“ wichtige Erfolge erzielt werden.

Ich bin der festen Überzeugung, dass Japan und Deutschland als wichtige Partnerländer, die beide die Herrschaft des Rechts und die Wahrung der grundlegenden Menschenrechte als weltweit geltende Werte betrachten, ihre Zusammenarbeit auf diesem Gebiet noch weiter vertiefen werden.

Zum Schluss möchte ich der Deutsch-Japanischen Juristenvereinigung erneut ganz herzlich zum 30. Jahrestag ihrer Gründung gratulieren. Darüber hinaus möchte ich dem heutigen Symposium viel Erfolg wünschen und der Hoffnung Ausdruck verleihen, dass die Deutsch-Japanische Juristenvereinigung das gegenseitige Verständnis zwischen Japan und Deutschland auf dem Gebiet der Justiz weiterhin vertiefen möge. Damit möchte ich mein Grußwort beschließen. Ich danke Ihnen allen.

*Claudia Schmitz\**

Sehr geehrter Herr Präsident Ōtani,  
sehr geehrter Herr Vizeminister Kurokawa,  
sehr geehrte Frau Bundesverfassungsrichterin Professor König,  
sehr geehrter, lieber Herr Dr. Grotheer,  
sehr geehrte Frau Mahnke,  
meine sehr geehrten Damen und Herren,

als allererstes möchte ich natürlich die Gelegenheit dieses Symposiums nutzen, Ihnen, Herr Dr. Grotheer, stellvertretend für die Deutsch-Japanische Juristenvereinigung herzlich zum 30jährigen Jubiläum zu gratulieren!

Mit einer so erfolgreichen Vereinsgeschichte, einer Zahl von rund 700 Mitgliedern und einem großen Portefeuille an Aktivitäten nimmt die Deutsch-Japanische Juristenvereinigung einen wichtigen Platz in den Beziehungen zwischen Deutschland und Japan ein. Ihnen, Herr Dr. Grotheer, der sie als Gründungsmitglied und langjähriger Präsident nun ebenfalls seit 30 Jahren die DJJV quasi personifizieren, herzlichen Dank.

Deutschland und Japan verbindet auf dem Gebiet des Rechts eine wohl einzigartige, historisch bis in die Meiji-Zeit zurückreichende Tradition des Austausches und der Zusammenarbeit. Hieran durch die Gründung eines Vereins mit der Zielsetzung des Austausches von wissenschaftlichen und praktischen Erfahrungen in diesem Bereich anzuknüpfen, erscheint mir eine gleichermaßen logische und geniale Idee. Wir als JDZB sind in jedem Fall froh, dass es die DJJV gibt, mit der wir im Rechtsbereich eng zusammenarbeiten können – und es auch schon seit vielen Jahren erfolgreich tun.

Dabei ist die Entwicklung der Themen der Tagungen, die wir in der Vergangenheit gemeinsam veranstaltet haben, wie ein Spiegel der Zeit.

In den 90er Jahren standen noch Themen im Mittelpunkt, die auf die Erforschung der Ursachen des wirtschaftlichen Erfolges Japans abzielten – etwa 1995 bei einer Konferenz mit dem Thema „Japan: Economic Success and Legal System“<sup>1</sup>.

In der jüngeren Vergangenheit, also rund 20 Jahre später, wurden eher Themen behandelt, die die gemeinsame Suche nach Lösungsansätzen für gemeinsame oder zumindest vergleichbare Probleme in beiden Gesellschaften zum Ziel haben, wie z.B. im Bereich Compliance oder beim demografi-

---

\* *Generalsekretärin des Japanisch-Deutschen Zentrums Berlin.*

1 Als Tagungsband erschienen: H. BAUM (Hrsg.), Japan: Economic Success and Legal System (Berlin 1997) (*Anmerkung der Redaktion*).

schen Wandel – ein Thema, das ohnehin seit Jahren zu den Schwerpunktthemen des JDZB gehört.

Heute, im Jahr 2018, ist mit dem Thema „Die Sicherung des Rechtsstaates“, das die DJJV gemeinsam mit uns entwickelt hat, der aktuelle Bezug aber noch unmittelbarer.

Meine Damen und Herren,

kurz bevor ich am 1. August d.J. mein Amt als Generalsekretärin des JDZB antrat, reiste der deutsche Außenminister, Bundesminister Maas, nach Japan und präsentierte in einer viel beachteten Rede am National Graduate Institute for Policy Studies (GRIPS) sein Konzept einer „Allianz für Multilateralismus“. In der aktuellen weltpolitischen Lage, so sagte er, brauche man einen deutsch-japanischen Schulterschluss, weil es auch ein Schulterschluss von Wertepartnern sei.

Einer dieser essentiellen Werte ist die Rechtsstaatlichkeit, deren Garanten die obersten Gerichte sind.

Ich freue mich daher außerordentlich, dass Herr Präsident Ōtani heute hier zugegen ist, und dass auch auf deutscher Seite mit Frau Bundesverfassungsrichterin Professor König eine herausragende Vertreterin der Judikative die deutsche Perspektive erläutern wird.

Aber auch die anderen Themenblöcke zu Aspekten des Strafrechtes und des Zivilrechtes versprechen eine spannende vergleichende Analyse.

Gestatten Sie mir zum Abschluss noch Dank zu sagen. Denn auch die heutige Tagung ist ein Kooperationsprojekt, an dem neben der DJJV und dem JDZB weitere Partner beteiligt waren:

Herzlichen Dank an Frau Dorothea Mahnke für den Deutschen Akademischen Austauschdienst ebenso wie an Herrn Professor Saaler für die Friedrich-Ebert-Stiftung für die vorzügliche Zusammenarbeit und umfassende Unterstützung bei der Vorbereitung und Durchführung der Tagung. Es ist eine Kooperation, die wir seit vielen Jahren schätzen.

Nun wünsche ich uns allen eine erfolgreiche und vor allem inspirierende Veranstaltung. Vielen Dank.

*Dorothea Mahnke\**

Sehr geehrte Damen und Herren,

auch im Namen des DAAD möchte ich Sie willkommen heißen zu dem heutigen Symposium. Zuallererst möchte ich der Deutsch-Japanischen Juristenvereinigung sehr herzlich zu ihrem 30-jährigen Jubiläum gratulieren. Sie können stolz auf Ihre Arbeit in den letzten Jahrzehnten und auf Ihre Rolle als Vermittler zwischen den am deutschen und japanischen Recht interessierten Japanern und Deutschen sein.

Es ist mir eine große Ehre, dass diese wichtige Jubiläumsveranstaltung in den Räumen des Deutschen Kulturzentrums stattfindet, in dem sowohl der DAAD Tokyo als auch das hiesige Büro der Friedrich-Ebert-Stiftung ihren Sitz haben. Wie Sie vielleicht wissen, ist der DAAD der DJJV von Beginn an sehr verbunden gewesen und ist es auch heute noch. Diese Verbundenheit liegt auch in der Natur der Sache, denn der DAAD ist – ebenso wie die AvH – ein Förderer der Rechtswissenschaften. Jedes Jahr bewerben sich erfolgreich junge Juristen beim DAAD, um in Deutschland zu forschen. Wenn Sie dann aus Deutschland wiederkehren, werden sie häufig Mitglied unserer Alumnivereine und beteiligen sich sehr aktiv an deren Aktivitäten. Austausch und Vernetzung unserer geförderten Wissenschaftler und Alumni sind für den DAAD wichtig. Deswegen haben wir gemeinsam mit den DAAD-Alumni vor sechs Jahren das Ostasiatische Fachnetzwerk für Rechtswissenschaften gegründet. Zu der Gruppe zählen etwa 80 Mitglieder, die unter anderem aus Deutschland, Südkorea, Japan, China und Taiwan kommen, alles Länder mit einer gemeinsamen Rechtstradition, die deutsche Wurzeln hat. Das Netzwerk richtet sich an Rechtswissenschaftler in Ostasien, die einen Bezug zu Deutschland haben. Regelmäßig werden Konferenzen veranstaltet. Dort werden in einer gemeinsamen Sprache – nämlich auf Deutsch – aktuelle rechtswissenschaftliche Fragen erörtert. Das Deutsche wird hier als Wissenschaftssprache genutzt, mit der sich über Grenzen hinweg Wissenschaftler austauschen können. Diese mehrtägigen Konferenzen werden jedes Mal in einem anderen Land organisiert. Im letzten Jahr trafen sich die Rechtswissenschaftler zum Thema „Schutz von Grundrechten“ in Kyōto.<sup>1</sup> Ich freue mich sehr, dass der DAAD in dieser Tradition der Unterstützung der Rechtswissenschaften auch Mitveranstalter

---

\* *Leiterin der Außenstelle Tōkyō des Deutschen Akademischen Außendienstes.*

1 Die Beiträge wurden in *Ritsumeikan Law Review* 35 (October 2017) unter <http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr35/rlr35idx.htm> veröffentlicht (Anmerkung der Redaktion).

und Mitorganisator des heutigen Symposiums sein darf. Es stellt einen weiteren wichtigen Baustein für den deutsch-japanischen rechtswissenschaftlichen Austausch dar, der hoffentlich – wie auch die Deutsch-Japanische Juristenvereinigung – noch viele Jahrzehnte weiter intensiv fortgeführt wird. Für heute wünsche ich Ihnen eine inspirierende Konferenz, einen konstruktiven Gedankenaustausch und viele neue Erkenntnisse.

## **Staatsrecht**



## Die Rolle des Bundesverfassungsgerichts in der deutschen Rechtsordnung

*Doris König\**

- I. Errichtung des Bundesverfassungsgerichts und sein Status als Verfassungsorgan
- II. Voraussetzungen für die starke Stellung des Bundesverfassungsgerichts
  1. Weitreichende verfassungsgerichtliche Zuständigkeiten
  2. Rechtsfolgen bei Verfassungswidrigkeit von Gesetzen
  3. Die Unabhängigkeit des Gerichts und seiner Richterinnen und Richter
- III. Die Bedeutung der Akzeptanz des Bundesverfassungsgerichts
- IV. Ausblick

Zunächst möchte ich mich sehr herzlich für die Einladung bedanken, gemeinsam mit Ihnen das 30-jährige Bestehen der Deutsch-Japanischen Juristenvereinigung feiern zu dürfen. Ich wünsche der Vereinigung sozusagen ein langes Leben und bin sicher, dass es ihrem Vorstand und den Mitgliedern weiterhin gelingen wird, den Dialog zwischen japanischen und deutschen Juristinnen und Juristen fortzuführen und das gegenseitige Verständnis für die jeweilige Rechtsordnung zu erhöhen. Mir kommt heute die ehrenvolle Aufgabe zu, Ihnen die Rolle des Bundesverfassungsgerichts, dessen Zweitem Senat ich seit 2014 angehöre, in der deutschen Rechtsordnung zu erläutern.

Das Bundesverfassungsgericht genießt in der deutschen Bevölkerung großes Vertrauen. Kein anderes Staatsorgan findet laut Umfragen seit Jahren konstant derart viel Zustimmung. Wie lässt sich das erklären? Dieses Phänomen dürfte ganz unterschiedliche Gründe haben, die sich auch aus der Stellung des Gerichts im politischen Gefüge ergeben. Ein wesentlicher Grund ist sicher, dass den Richterinnen und Richtern in Karlsruhe die Rolle als Hüter und Bewahrer der Grundrechte zugeschrieben wird.

In meinem Vortrag möchte ich Ihnen einige wichtige Voraussetzungen darlegen, die aus meiner Sicht zu der starken Rolle des Bundesverfassungsgerichts in Deutschland und zu seinem großen Ansehen in der Welt geführt haben. Bevor ich mich den einzelnen Voraussetzungen zuwende, möchte ich auf die Entstehung des Gerichts und den schwierigen Beginn seines Wirkens eingehen.

---

\* Prof. Dr. Doris König, M.C.L.; Richterin des Bundesverfassungsgerichts.  
Die um Fußnoten ergänzte Fassung des Vortrags ist beibehalten.

## I. ERRICHTUNG DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS UND SEIN STATUS ALS VERFASSUNGSORGAN

Schon in der ersten demokratischen Verfassung Deutschlands, der Paulskirchenverfassung von 1848, war ein Reichsgericht mit weitreichenden Kompetenzen vorgesehen. Dieses Gericht sollte insbesondere für bundesstaatliche Streitigkeiten, Streitigkeiten zwischen den Reichsorganen und sogar für eine allgemeine Verfassungsbeschwerde zuständig sein. Die Paulskirchenverfassung trat – vermutlich auch, weil sie ihrer Zeit weit voraus war – nie in Kraft, bestimmte aber als Vorbild einer modernen Verfassungsgerichtsbarkeit die weitere Diskussion.<sup>1</sup> Erst nach dem verlorenen Ersten Weltkrieg wurde mit der Weimarer Reichsverfassung von 1919 die zweite demokratische Verfassung für Deutschland verabschiedet. Obwohl es mit dem österreichischen Verfassungsgerichtshof von 1919/20 ein Modell für ein Verfassungsgericht gab, das auch über Verfassungsbeschwerden befinden konnte, schuf die Weimarer Reichsverfassung lediglich einen Staatsgerichtshof mit eingeschränkten Zuständigkeiten. Dieser konnte weder über Organstreitigkeiten noch über die Vereinbarkeit der Reichsgesetze mit der Verfassung im Wege der Normenkontrolle entscheiden. Vor allem aber fehlte ein Verfassungsbeschwerdeverfahren.<sup>2</sup>

Nach der Willkür- und Gewaltherrschaft der Hitlerdiktatur entschied sich der Parlamentarische Rat bei den Beratungen über das neue Grundgesetz für eine starke Verfassungsgerichtsbarkeit. Dabei optierte man – anders als in Japan oder den USA – für das sog. TrennungsmodeLL, also die Schaffung eines besonderen Gerichts, das nur für verfassungsrechtliche Streitigkeiten zuständig ist. Das Verfassungsgericht sollte als „Hüter der Verfassung“ zuallererst den Schutz des einzelnen Menschen sichern, dessen Würde gemäß Art. 1 Abs. 1 GG unantastbar ist. Es sollte darüber wachen, dass sich die Ausübung jeglicher Staatsgewalt im Rahmen der Verfassung hält. Dennoch konnte man sich 1949 noch nicht darauf verständigen, neben anderen Verfahren auch die Verfassungsbeschwerde im Grundgesetz zu verankern. Stattdessen wurde in Art. 93 Abs. 2 GG die Möglichkeit für den Gesetzgeber geschaffen, weitere Zuständigkeiten vorzusehen. Davon hat der Gesetzgeber im Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG) von 1951 Gebrauch gemacht und das Verfassungsbeschwerdeverfahren eingeführt. Erst im Zuge der sog. Notstandsgesetzgebung von 1968 fand die Verfassungsbeschwerde Eingang in das Grundgesetz (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG).<sup>3</sup>

---

1 Vgl. A. VOSSKUHL, in: v. Mangoldt/Klein/Stark (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz (7. Aufl., München 2018) Art. 93 Rn. 5; CH. WALTER, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar (Stand: Januar 2018) Art. 93 Rn. 21 ff., jeweils m. w. N.

2 Vgl. VOSSKUHL (Fn. 1) Art. 93 Rn. 7 ff.; WALTER (Fn. 1) Art. 93 Rn. 30 ff.

3 Vgl. VOSSKUHL (Fn. 1) Art. 93 Rn. 10 ff.; WALTER (Fn. 1) Art. 93 Rn. 46 ff.

Am 7. September 1951 hat das Bundesverfassungsgericht mit Sitz in Karlsruhe seine Arbeit aufgenommen. Es setzt sich zusammen aus zwei eigenständigen Senaten – daher die Bezeichnung „Zwillingsgericht“ – mit damals jeweils zwölf, heute jeweils acht Richterinnen und Richtern. Ursprünglich sollte der Erste Senat für den Grundrechtsschutz, der Zweite Senat als „Staatsgerichtshof“ für föderale und staatsorganisationsrechtliche Streitigkeiten zuständig sein. Da aber der Erste Senat bald überlastet war, sind dem Zweiten Senat im Laufe der Zeit immer mehr Rechtsbereiche wie etwa das Strafrecht, das Ausländer- und Asylrecht sowie Teile des Steuerrechts und des Zivilrechts zugewiesen worden, in denen auch er über Verfassungsbeschwerden und Normenkontrollverfahren entscheidet. In den ersten Jahren seines Bestehens musste sich das Gericht seine Unabhängigkeit gegenüber der Regierung und dem Gesetzgeber erkämpfen. Am 27. Juni 1952 verabschiedete das Plenum die berühmte, von dem Staatsrechtslehrer *Gerhard Leibholz* verfasste Denkschrift, in der der Status des Bundesverfassungsgerichts als eigenständiges und „mit höchster Autorität ausgestattetes Verfassungsorgan“ festgestellt wurde.<sup>4</sup> Dies war mit der Folge verbunden, dass die Richter eine eigenständige Stellung innehaben und dass das Gericht den anderen Verfassungsorganen gleichgestellt ist. Es verfügt über einen eigenen Haushalt und entscheidet selbst über seine Personalangelegenheiten. Haushalt, Verwaltung und Personal des Gerichts unterstehen weder der Aufsicht noch der Disziplinargewalt des Justizministeriums. Dass Regierung und Gesetzgeber diesen Forderungen aus der Statusdenkschrift nachgekommen sind, hat zu der starken Stellung des Bundesverfassungsgerichts als eigenständiger und unabhängiger Institution im Staatsgefüge beigetragen. Die Besonderheit des Gerichts besteht, wie *Leibholz* es in der Denkschrift formuliert hat, darin, dass es „‘politische‘ Rechtsstreitigkeiten“ entscheidet, „bei denen über politisches Recht gestritten und das Politische selbst an Hand der bestehenden Normen zum Gegenstand der richterlichen Beurteilung gemacht wird“.<sup>5</sup> Die Beziehung zwischen Recht und Politik hat *Immanuel Kant* bereits im 18. Jahrhundert einmal treffend so beschrieben: „Das Recht muss nie der Politik, wohl aber die Politik jederzeit dem Recht angepasst werden.“<sup>6</sup>

---

4 Abgedruckt in: Jahrbuch des Öffentlichen Rechts N.F. 6 (1957) 144 ff.

5 Ebenda, 145.

6 Vgl. G. Hartenstein (Hrsg.), *Immanuel Kant's Sämtliche Werke*. In chronologischer Reihenfolge. Siebenter Band (Leipzig 1868) 311.

## II. VORAUSSETZUNGEN FÜR DIE STARKE STELLUNG DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS

Was macht nun die starke Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Staatsgefüge der Bundesrepublik Deutschland aus? Welcher Voraussetzungen bedarf es hierfür?<sup>7</sup>

### 1. *Weitreichende verfassungsgerichtliche Zuständigkeiten*

Die Aufgaben des Bundesverfassungsgerichts werden in der Verfassung selbst klar bestimmt (Art. 93 GG) und lassen sich in einem einzigen Satz zusammenfassen: Es stellt die Einhaltung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland sicher. Damit wacht es als im Grundgesetz besonders erwähnte und hervorgehobene Institution über die Einhaltung der formellen und materiellen Vorgaben der Verfassung.

#### a) *Vorrang der Verfassung und die Verfahrensarten*

In diesem Zusammenhang ist die Stellung des Rechts im Allgemeinen und des Verfassungsrechts im Besonderen zu betonen. Das Handeln aller Staatsgewalten muss im modernen demokratischen Rechtsstaat immer ein rechtlich gebundenes Handeln sein; die Verfassung hat Vorrang vor dem einfachen Recht. Dieses Konzept des Rechtsstaats ist im Grundgesetz sehr deutlich ausgeprägt. Nicht nur die vollziehende Gewalt und die Gerichte, sondern auch der Gesetzgeber sind an die verfassungsmäßige Ordnung (Art. 20 Abs. 3 GG) und insbesondere an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG) gebunden. Selbst der verfassungsändernde Gesetzgeber darf nach der sog. Ewigkeitsklausel die Menschenwürde und die Grundsätze von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit nicht beeinträchtigen (Art. 79 Abs. 3 GG). Um die Einhaltung der Verfassung durch alle drei Gewalten sicherzustellen, ist das Bundesverfassungsgericht mit weitreichenden Kompetenzen ausgestattet worden. Naturgemäß verfügt es über die klassischen Zuständigkeiten für föderale Streitigkeiten zwischen Bund und Ländern und für Organstreitigkeiten zwischen einzelnen Verfassungsorganen. Darüber hinaus sind insbesondere das abstrakte und das konkrete Normenkontrollverfahren zur Überprüfung von Bundes- und Landesgesetzen sowie – sozusagen als Krönung der Zuständigkeit – das Verfassungsbeschwerdeverfahren zu nennen.

---

<sup>7</sup> Vgl. dazu S. KNEIP, *Starke und schwache Verfassungsgerichte: Gibt es eine optimale Verfassungsgerichtsbarkeit für die Demokratie?*, in: Kropp/Lauth (Hrsg.), *Gewaltenteilung und Demokratie* (Baden-Baden 2007) 91 ff.

*b) Die Bedeutung der Verfassungsbeschwerde*

Verfassungsbeschwerden dienen dem Schutz der Grundrechte der Bürger; sie machen den größten Teil der Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht aus. In jedem Jahr werden 5000 bis 6000 Verfassungsbeschwerden eingelegt, von denen allerdings nur ein Bruchteil, knapp 2 %, erfolgreich ist.<sup>8</sup> Jedermann<sup>9</sup> kann, wenn er die Möglichkeit einer Verletzung in eigenen Grundrechten plausibel darlegt, sowohl Gesetze und Rechtsverordnungen als auch Maßnahmen der Verwaltung und Gerichtsurteile mittels einer Verfassungsbeschwerde zur Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht stellen. Während Verfassungsbeschwerden gegen Rechtsvorschriften eher selten sind, weil es häufig an der unmittelbaren Betroffenheit des Einzelnen durch das Gesetz selbst fehlt, ist die Bedeutung der Urteilsverfassungsbeschwerde nicht zu unterschätzen. Dem Bundesverfassungsgericht wird es damit ermöglicht, die Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts – und zwar nicht nur des öffentlichen Rechts, sondern auch des Strafrechts und des Zivilrechts – am Maßstab der Verfassung zu überprüfen. Diese Möglichkeit hat sich das Bundesverfassungsgericht in den Anfangsjahren im sog. Lüth-Urteil von 1958<sup>10</sup> eröffnet. Hier hat es die Grundrechte über ihre Funktion als klassische Abwehrrechte gegenüber staatlichem Handeln hinaus in ihrer Gesamtheit als Werteordnung interpretiert. In dieser Funktion kommt ihnen eine Ausstrahlungswirkung auf die gesamte Rechtsordnung zu. Das heißt, die einschlägigen Rechtsvorschriften sind von den Fachgerichten im Lichte der Grundrechte auszulegen und anzuwenden. Hinzu kommt, dass das Bundesverfassungsgericht das in Art. 2 Abs. 1 GG garantierte „Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit“ seit dem Elfes-Urteil von 1957<sup>11</sup> extensiv als allgemeine Handlungsfreiheit auslegt, die der Staat nur auf gesetzlicher Grundlage und unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips beschränken darf. Diese beiden frühen Urteile haben den Grundstein für die sog. „Konstitutionalisierung der deutschen Rechtsordnung“ gelegt. Die Überformung des einfachen Rechts durch das Verfassungsrecht hat – im Verbund mit der Verfassungsbeschwerde und der konkreten Normenkontrolle – dazu geführt, dass das Bundesverfassungsgericht die Einhaltung der Verfassung über die gesamte Rechtsordnung hin-

---

8 Bundesverfassungsgericht, Jahresstatistik 2017, S. 20 f.

9 Auf die sog. Deutschengrundrechte – z. B. Art. 8 GG (Versammlungsfreiheit), Art. 9 GG (Vereinigungsfreiheit) und Art. 12 GG (Berufsfreiheit) – können sich nur deutsche Staatsbürger und Unionsbürger (Staatsangehörige der anderen EU-Mitgliedstaaten) berufen. Allerdings können Ausländer in diesen Fällen zumindest einen Verstoß gegen die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) geltend machen.

10 BVerfG, 15.1.1958, BVerfGE 7, 198.

11 BVerfG, 16.1.1957, BVerfGE 6, 32.

weg überprüfen und sicherstellen kann. Später hat das Gericht die Wirkkraft der Grundrechte zusätzlich dadurch verstärkt, dass es aus ihnen unter bestimmten Voraussetzungen Leistungs- und Teilhaberechte, Schutz- bzw. Handlungspflichten und die Verpflichtung zu einem grundrechtsschonenden Verfahren abgeleitet hat.

*c) Das Spannungsverhältnis zum Gesetzgeber*

Die weitreichenden Zuständigkeiten, die dem Bundesverfassungsgericht im Grundgesetz zugewiesen worden sind und die es selbstbewusst genutzt hat, führen zu einem besonderen Spannungsverhältnis mit dem unmittelbar demokratisch legitimierten Gesetzgeber. Dieses Spannungsverhältnis, für das der amerikanische Verfassungsjurist *Alexander Bickel* mit Blick auf den US Supreme Court 1962 den Begriff „counter-majoritarian difficulty“ geprägt hat,<sup>12</sup> ist dem Modell der modernen Verfassungsgerichtsbarkeit inhärent. Insbesondere bei der Normenkontrolle und im Rahmen des Verfassungsbeschwerdeverfahrens, das auch eine inzidente Prüfung der einem Verwaltungshandeln oder einem Gerichtsurteil zugrunde liegenden Rechtsnorm ermöglicht, greift ein Verfassungsgericht zwangsläufig in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ein. Damit entsteht eine Spannung zwischen dem Demokratieprinzip einerseits und dem Rechtsstaatsprinzip andererseits, die normativ nicht aufgelöst werden kann.<sup>13</sup>

Diese bereits im Konzept der Verfassungsgerichtsbarkeit angelegte Spannung verschärft sich noch einmal, wenn dem Verfassungsgericht weitreichende Kontrollbefugnisse eingeräumt worden sind. Das Spannungsverhältnis zwischen Verfassungsgerichten und Gesetzgeber hat vor allem die Rechtswissenschaft immer wieder beschäftigt. So betitelte der französische Rechtsgelehrte *Édouard Lambert* bereits im Jahr 1921 eine Schrift mit „Die Herrschaft der Richter“, in der er sich kritisch mit der Entwicklung der Rechtsprechung des US Supreme Court auseinandersetzte.<sup>14</sup> Es ging darin um die überschießende Kontrolle von Gesetzen am Maßstab der Verfassung und das damit einhergehende Aufschwingen des Verfassungsgerichts zum „Ersatzgesetzgeber“. Angesichts der starken Stellung des Bundesverfassungsgerichts wird auch in Deutschland vor der Gefahr einer unzulässigen Kompetenzanmaßung und – hier zitiere ich den Staatsrechtslehrer, Rechtsphilosophen und ehemaligen Verfassungsrichter *Ernst-Wolfgang Böcken-*

---

12 A. M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch* (2. Aufl., New Haven u. a. 1986) 16 ff., zitiert nach WALTER (Fn. 1) Art. 93 Rn. 102.

13 Vgl. WALTER (Fn. 1) Art. 93 Rn. 102.

14 „Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis“ (Paris 1921).

*förde* – eines „Übergangs vom parlamentarischen Gesetzgebungs- zum verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat“<sup>15</sup> gewarnt.<sup>16</sup>

Es gibt keine allgemein anerkannten, festen Maßstäbe, um diese Spannung aufzulösen. Vielmehr sind die Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts in jedem Einzelfall immer von neuem aufgefordert, einen angemessenen Ausgleich zwischen der demokratisch legitimierten Mehrheitsentscheidung des Gesetzgebers und der verfassungsgerichtlichen Kontrolle zu finden. Dazu haben sie im Laufe der Zeit ein – wie der Präsident des Bundesverfassungsgericht *Andreas Voßkuhle* es formuliert – „offenes System“ mit unterschiedlichen Entscheidungsregeln, Argumentationsmustern, Rechtsfiguren und Prozeduren entwickelt, die flexibel und einzelfallbezogen gehandhabt werden.<sup>17</sup> Zu diesen flexiblen Instrumenten zählt insbesondere die Anerkennung eines weiten Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers. Bei der Überprüfung von Prognoseentscheidungen kommt diesem außerdem eine Einschätzungsprärogative zu, also ein gewisser Vorrang bei der Einschätzung von Wahrscheinlichkeiten zukünftiger Entwicklungen oder Gefahren, die vielen Gesetzen zugrunde liegt. Wie weit der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum und die Einschätzungsprärogative im zu entscheidenden Einzelfall reichen, hängt von folgenden Faktoren ab: dem jeweiligen Prüfungsgegenstand, der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, der Wichtigkeit der betroffenen Rechtsgüter und der Reichweite der vorhandenen verfassungsrechtlichen Kontrollmaßstäbe. Deshalb variiert die Prüfungsdichte je nach Sachverhalt und geht von einer bloßen Evidenzkontrolle über eine Vertretbarkeitskontrolle bis hin zu einer intensiven inhaltlichen Kontrolle.<sup>18</sup> Bei diesen schwer fassbaren Kriterien kommt es letztlich auf den verantwortungsvollen Umgang der Richterinnen und Richter mit ihrer Entscheidungsmacht an, wobei sie die Akzeptanz ihrer Urteile sowohl in der Politik als auch bei der Bevölkerung immer im Auge behalten müssen.

---

15 E.-W. BÖCKENFÖRDE, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz (München 1990) 61 f.; DERS., Gesetz und gesetzgebende Gewalt (2. Aufl., Berlin 1981) 402.

16 Vgl. auch VOSSKUHLE (Fn. 1) Art. 93 Rn. 35 f., m. w. N.

17 VOSSKUHLE (Fn. 1) Art. 93 Rn. 42. Nach der Ansicht Walters (Fn. 1) Art. 93 Rn. 106, liegt in solchen Formulierungen das Eingeständnis, dass es keine allgemein tauglichen Maßstäbe gibt. Dies solle man akzeptieren und den in der Rechtsprechung immer wieder thematisierten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Sinne einer Zielvorgabe verstehen, nicht als klar konturierten und nachprüfaren Entscheidungsmaßstab.

18 So BVerfG, 1.3.1979, BVerfGE 50, 290 (332 f.). Vgl. dazu ausführlich VOSSKUHLE (Fn. 1) Art. 93 Rn. 43 f., m. w. N.

d) *Das Spannungsverhältnis zu den Fachgerichten*

Da mit der Verfassungsbeschwerde, wie bereits erwähnt, auch die Urteile der Fachgerichte angegriffen werden können, kann es hier ebenfalls zu Spannungen und der Gefahr einer zu weitreichenden Kontrolle der Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts kommen. Um dies zu vermeiden oder zumindest zu minimieren, hat das Bundesverfassungsgericht in Abgrenzung zur lediglich fehlerhaften Anwendung des einfachen Rechts die Formel von der „Verletzung spezifischen Verfassungsrechts“ entwickelt. Damit soll gesagt werden, dass das Bundesverfassungsgericht die Entscheidungen der Fachgerichte nur darauf hin überprüft, ob sie die verfassungsrechtlichen Maßstäbe und hier insbesondere die Grundrechte hinreichend beachtet haben.

Allerdings ist auch diese Formulierung in hohem Maße konkretisierungsbedürftig. Die Grundlage für die Reichweite der verfassungsgerichtlichen Kontrolle bildet die sog. Hecksche Formel. Danach prüft das Bundesverfassungsgericht nicht, ob eine Entscheidung gemessen am einfachen Recht objektiv fehlerhaft ist. Vielmehr prüft es nur, ob Auslegungsfehler sichtbar werden, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung eines Grundrechts beruhen.<sup>19</sup> Von einer solchen „grundsätzlich unrichtigen Anschauung“ wird ausgegangen, wenn das Fachgericht *erstens* nicht erkannt hat, dass bei der Auslegung und Anwendung der einschlägigen Rechtsvorschriften im zu entscheidenden Fall Grundrechte überhaupt betroffen sind. Oder wenn es *zweitens* dem betroffenen Grundrecht bei der Abwägung mit gegenläufigen Rechtsgütern kein hinreichendes Gewicht beigemessen hat. Auf diese Weise überprüft das Bundesverfassungsgericht, ob die Fachrichter die oben dargelegte Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf das einfache Recht hinreichend beachtet haben.

Des Weiteren prüft das Bundesverfassungsgericht, ob der Fachrichter die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung überschritten und damit den betroffenen Bürger in seinem Recht auf effektiven Rechtsschutz verletzt hat. Außerdem wird so sichergestellt, dass die Fachgerichte durch extensive Auslegung von Rechtsnormen die gesetzgeberische Entscheidung nicht unterlaufen. Schließlich führt das Verfassungsgericht in den Fällen, in denen kein spezifisches Grundrecht betroffen ist, eine Willkürkontrolle auf der Grundlage des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) durch. Dabei prüft es *erstens*, ob die Entscheidung auf einer offensichtlich sachwidrigen, grob unrichtigen und damit objektiv willkürlichen Anwendung

---

<sup>19</sup> Vgl. BVerfG, 10.6.1964, BVerfGE 18, 85 (93). Die Bezeichnung „Hecksche Formel“ geht zurück auf den damaligen Berichterstatter, den Verfassungsrichter *Karl Heck*.

von Verfahrensvorschriften beruht; *zweitens*, ob die fehlerhafte Rechtsanwendung des einschlägigen materiellen Rechts unter Berücksichtigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruht. Auch diese Rechtsprechung hat wegen ihrer Unbestimmtheit und des Fehlens klarer Abgrenzungskriterien viel Kritik erfahren. Nachdem die Fachgerichte gerade aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Schutz der Grundrechte entsprechend sensibilisiert sind, ist daher zu überlegen, ob das Gericht seine Kontrolldichte gegenüber den Fachgerichten „zurückfahren“ und sich stärker auf die Auslegung von Grundsatzfragen konzentrieren sollte.<sup>20</sup>

## 2. Rechtsfolgen bei Verfassungswidrigkeit von Gesetzen

Eine weitere Voraussetzung für die starke Stellung des Bundesverfassungsgerichts ist, dass seine Entscheidungen uneingeschränkt Beachtung finden und in dem gebotenen Maße umgesetzt werden müssen. Denn seine Urteile und Beschlüsse sind regelmäßig von erheblicher Bedeutung und Tragweite für die von ihnen betroffenen Bereiche der Rechtsordnung. Dies gilt insbesondere, wenn es zu dem Ergebnis gelangt, dass eine zur Überprüfung gestellte Rechtsnorm mit den Vorgaben der Verfassung nicht vereinbar ist. Die Verwerfungskompetenz für Gesetze steht allein dem Bundesverfassungsgericht zu.

Damit es nicht nur bei dem Ausspruch einer solchen Unvereinbarkeit bleibt, sondern auch sichergestellt ist, dass die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in der Praxis umgesetzt werden, sind seine Sachentscheidungen mit ihrem Tenor und den tragenden Gründen für die anderen Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie für alle Gerichte und Behörden verbindlich (§ 31 Abs. 1 BVerfGG). Hat das Bundesverfassungsgericht ein Bundes- oder Landesgesetz für mit dem Grundgesetz vereinbar oder unvereinbar oder für nichtig erklärt, erlangt die Entscheidungsformel sogar Gesetzeskraft (§ 31 Abs. 2 BVerfGG). Regelmäßig ist die Folge der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes dessen (Teil-)Nichtigkeit *ex tunc*, also von Anfang an (§ 78 Satz 1, § 95 Abs. 3 Satz 1 BVerfGG). Da diese Regelfolge aber manchmal zu einem Rechtsvakuum führen oder den Gesetzgeber zu stark präjudizieren kann, hat das Bundesverfassungsgericht einige Varianten des Rechtsfolgenausspruchs entwickelt.

Die wichtigste Fallgruppe, in der sich das Gericht mit der bloßen Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes begnügt, bilden Gleichheitsverstöße des Gesetzgebers, etwa im Steuer- oder im Sozialrecht. Die bloße

---

<sup>20</sup> Vgl. zum Ganzen ausführlich VOSSKUHL (Fn. 1) Art. 93 Rn. 54–66, m. w. N.

Unvereinbarkeitserklärung ermöglicht es dem Gesetzgeber, selbst zu entscheiden, ob er die Benachteiligung der einen Gruppe oder die Begünstigung der anderen Gruppe abschaffen oder eine ganz neue Regelung treffen will.

Auch in den Fällen, in denen der Wegfall eines verfassungswidrigen Gesetzes zu einem Zustand führen würde, der der verfassungsmäßigen Ordnung noch weniger entspräche als die befristete Weitergeltung des Gesetzes, erklärt das Bundesverfassungsgericht das Gesetz lediglich für mit dem Grundgesetz unvereinbar. Diese Erklärung wird in der Regel mit einer Weitergeltungsanordnung für einen befristeten Zeitraum verbunden. Der Gesetzgeber ist in einem solchen Fall verpflichtet, unverzüglich, spätestens aber bis zum Ablauf der vom Gericht gesetzten Frist eine verfassungsgemäße Gesetzeslage herbeizuführen. Kommt er dieser Nachbesserungspflicht nicht fristgemäß nach, so tritt entweder die Nichtigkeit der Rechtsnorm ein (was im Steuerrecht zu empfindlichen finanziellen Einbußen des Staates führen kann) oder das Gericht behält sich weitere nachträgliche Vollstreckungsanordnungen gemäß § 35 BVerfGG vor.<sup>21</sup>

In einigen Fällen, in denen das Bundesverfassungsgericht die verfassungswidrige Rechtslage wegen der damit verbundenen schwerwiegenden Grundrechtseingriffe für untragbar gehalten hat, hat es sich als berechtigt angesehen, im Wege einer Vollstreckungsanordnung selbst eine Übergangsregelung zu treffen. Diese Vorgangsweise ist zu Recht auf Kritik gestoßen, weil sich das Gericht hier zum Ersatzgesetzgeber gemacht und den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers in unzulässiger Weise beschränkt hat. Dies gilt insbesondere, weil der Gesetzgeber, um auf der sicheren Seite zu sein, im Regelfall bereit ist, eine solche Übergangsregelung als dauerhafte Regelung zu übernehmen. Deshalb sind solche Übergangsregelungen allenfalls in seltenen Ausnahmefällen hinnehmbar.<sup>22</sup>

Eine abgeschwächte Vorstufe zu Übergangsregelungen findet sich in den sog. Appellentscheidungen. Bei diesen Entscheidungen bewertet das Bundesverfassungsgericht die bestehende Gesetzeslage zwar als „noch verfassungsgemäß“. Zugleich aber regt es – meist mit Blick auf veränderte tatsächliche Umstände – eine Überprüfung der Rechtsvorschriften und gegebenenfalls eine Neuregelung an, deren Grundzüge in den Entscheidungsgründen schon einmal vorgezeichnet werden. Allerdings sind diese Ausführungen als *obiter dicta* für den Gesetzgeber nicht verbindlich.

Schließlich hat das Bundesverfassungsgericht die Rechtsfigur der verfassungskonformen Auslegung entwickelt. Lässt eine Rechtsnorm nach den

---

21 Vgl. zu den Varianten des Entscheidungsausspruchs VOSSKUHL (Fn. 1) Art. 93 Rn. 46–49.

22 Vgl. dazu VOSSKUHL (Fn. 1) Art. 93 Rn. 50; kritisch auch WALTER (Fn. 1) Art. 93 Rn. 118.

anerkannten Auslegungsmethoden mehrere Deutungen zu, ist von diesen Deutungen aber nur eine mit dem Grundgesetz vereinbar, so darf die Norm im Wege der teleologischen Reduktion nur noch in dieser Weise ausgelegt und angewendet werden. Ziel der verfassungskonformen Auslegung ist es, die Norm zu erhalten, statt sie als mit der Verfassung unvereinbar oder nichtig zu erklären. Eigentlich dient diese Rechtsfigur der Schonung des Gesetzgebers, führt aber manchmal dazu, dass dessen ursprünglicher Wille verfehlt oder verfälscht wird. Sie kann die Spannung zwischen Verfassungsgericht und Gesetzgeber also verstärken, statt sie abzumildern, und wird deshalb ebenfalls kritisch bewertet.<sup>23</sup>

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das Bundesverfassungsgericht im Laufe der Zeit mehrere Varianten von Entscheidungsaussprüchen entwickelt hat, die alle in einem mehr oder weniger starken Spannungsverhältnis zum Gesetzgeber stehen. Die – zum Teil berechtigte – Kritik an dieser Vorgehensweise bemängelt das Fehlen klarer Kriterien zur Abgrenzung der Aufgaben von Verfassungsgericht und Gesetzgeber und wirft dem Gericht in manchen Fällen Übergriffigkeit vor. Letztlich liegt es auch hier in der Verantwortung der Richterinnen und Richter, die Kritik ernst zu nehmen und das richtige Maß bei seinen Vorgaben zu finden.

### *3. Die Unabhängigkeit des Gerichts und seiner Richterinnen und Richter*

Anhand der vorangegangenen Ausführungen sollte deutlich geworden sein, dass Rolle und Wirkkraft des Bundesverfassungsgerichts untrennbar mit der Stellung und dem Amtsverständnis, also dem Ethos der jeweiligen Verfassungsrichterin und -richter verbunden sind. Diese werden in Deutschland in einem demokratisch legitimierten Prozess je zur Hälfte vom Bundestag und vom Bundesrat gewählt (Art. 94 Abs. 1 GG). Hierzu bedarf es einer Zweidrittelmehrheit in dem jeweils zuständigen Gremium (§§ 6 und 7 BVerfGG). Das Erfordernis einer Zweidrittelmehrheit stellt sicher, dass die politischen Parteien, die im Bund oder in den Ländern die Mehrheit haben, nicht allein entscheiden können, sondern die Zustimmung mindestens einer Oppositionspartei brauchen. Hinzu kommt, dass in der Regel nur solche Kandidatinnen und Kandidaten gewählt werden, die der politischen Mitte zugerechnet werden, also – anders als z.B. Brett Kavanaugh – nicht durch extreme Rechtspositionen aufgefallen sind und als kompromissbereit gelten. Die Richter müssen Volljuristen sein und das 40. Lebensjahr vollendet haben (§ 3 Abs. 1 und 2 BVerfGG).

Um den unabdingbaren Konsens zwischen den Parteien zu sichern, hatten sich die beiden großen Volksparteien – Christdemokraten (CDU/CSU)

---

<sup>23</sup> Vgl. VOSSKUHL (Fn. 1) Art. 93 Rn. 52; WALTER (Fn. 1) Art. 93 Rn. 112 f.

und Sozialdemokraten (SPD) – darauf verständigt, dass sie jeweils vier der insgesamt acht Richter pro Senat vorschlagen dürften. Dies hat jahrzehntelang in den allermeisten Fällen zu einer reibungslosen Richterwahl beigetragen und für stabile Verhältnisse innerhalb des Gerichts gesorgt. Allerdings haben die Volksparteien in den letzten Jahren erheblich an Wählerstimmen verloren, was dazu geführt hat, dass die Zustimmung kleinerer Parteien der politischen Mitte zur Erreichung der Zweidrittelmehrheit umso wichtiger geworden ist. Deshalb hat man sich nun informell auf eine neue Formel geeinigt, die die kleineren Parteien besser berücksichtigt. Die Wahl der Richterinnen und Richter ist also das Ergebnis eines politischen Kompromisses, mit dem wir in Deutschland bisher gute Erfahrungen gemacht haben. Und um keine falschen Vorstellungen aufkommen zu lassen: Die von den Parteien vorgeschlagenen Kandidaten sind nur selten Parteimitglieder, und nur ein Bruchteil der Richter kommt aus der aktiven Politik. Pro Senat müssen ohnehin drei der acht Richter zuvor Richter an einem der obersten Bundesgerichte gewesen sein (§ 2 Abs. 3 BVerfGG); die übrigen Richter sind zu einem Großteil Hochschullehrer.

Die Amtszeit der Richter beträgt zwölf Jahre oder endet mit der Vervollendung des 68. Lebensjahres (§ 4 Abs. 1 und 3 BVerfGG). Die Richter dürfen nicht wiedergewählt werden (§ 4 Abs. 2 BVerfGG), damit sie während ihrer Amtszeit völlig frei und unabhängig entscheiden können. Man spricht sogar von einer „Pflicht zur Undankbarkeit“ gegenüber dem politischen Lager, auf dessen Vorschlag der Richter oder die Richterin ins Amt gekommen ist.

Dabei ist eine scharfe Trennlinie zu ziehen: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat, worauf ich bereits hingewiesen habe, unbestritten eine politische Dimension, weil es über Sachverhalte entscheidet, die dem Politischen entstammen – das beste Beispiel dafür sind die Gesetzgebungsakte des Parlaments, in dem die jeweilige politische Mehrheit bestimmend ist –, und weil seine Entscheidungen eine entsprechende Tragweite und Wirkung in den politischen Bereich haben – denken wir nur an die Nichtigkeitserklärung von Gesetzen, das Wahlrecht, die Abgrenzung von Zuständigkeiten zwischen den verschiedenen Verfassungsorganen, den Schutz der Rechte parlamentarischer Minderheiten oder an die Konturierung und Ausgestaltung verfassungsrechtlicher Prinzipien wie etwa des Sozialstaatsprinzips. Verfassungsrecht ist zwangsläufig „politisches Recht“. Nicht aber entscheiden Verfassungsrichter „politisch“ in dem Sinne, dass sie das eine oder das andere politische Lager bevorzugt behandeln oder ihre politischen Vorstellungen durchsetzen könnten. Ihr Prüfungsmaßstab ist allein die Verfassung.

Allerdings kommt ihnen bei deren Auslegung eine einzigartige Interpretations- oder Deutungsmacht zu. Dies ist jedoch nicht mit Willkür oder politischer Dezsision gleichzusetzen. Vielmehr müssen die verfassungsge-

richtlichen Entscheidungen, um akzeptiert zu werden, juristischen Rationalitätsanforderungen genügen. Sie müssen methodisch nachvollziehbar und dogmatisch gut begründbar sein.<sup>24</sup> Um diese hohen Anforderungen zu erfüllen, diskutieren wir acht Richterinnen und Richter, die aus ganz verschiedenen beruflichen und gesellschaftlichen Zusammenhängen kommen und ganz unterschiedliche Vorverständnisse mitbringen, manchmal über längere Zeit in mehreren Beratungssitzungen über die Entscheidung und ihre juristische Begründung. Wird ein Urteils- oder Beschlussentwurf beraten, feilen wir zuweilen lange an einzelnen Formulierungen herum, weil gerade bei umstrittenen Rechtsfragen jedes Wort zählt. Dabei wird das – unausgesprochene – Ziel verfolgt, eine Kompromisslösung zu finden, die einstimmig beschlossen werden kann. Gelingt dies nicht, hat jeder Richter die Möglichkeit, eine Abweichende Meinung zu verfassen, die zusammen mit der Entscheidung veröffentlicht wird. Darüber hinaus orientieren wir uns natürlich stark an der bisherigen Rechtsprechung des Gerichts, die zwar im deutschen Rechtssystem nicht formell verbindlich ist, der jedoch eine erhebliche informelle Bindungswirkung bei der Entscheidungsfindung zukommt.<sup>25</sup>

Insgesamt lässt sich festhalten, dass sowohl das Bundesverfassungsgericht als Institution als auch seine Richterinnen und Richter unabhängig sind und in der Bevölkerung auch so wahrgenommen werden. Diese Unabhängigkeit ist, wie dargestellt, durch Rechtsvorschriften abgesichert. Darüber hinaus kommt es auf das Ethos bzw. das Amtsverständnis jedes einzelnen Richters und jeder einzelnen Richterin an. Ihnen ist aufgegeben, sich die erforderliche Eigenständigkeit und innere Unabhängigkeit zu bewahren, um das Amt verantwortungsvoll ausfüllen zu können.

### III. DIE BEDEUTUNG DER AKZEPTANZ DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS

Schließlich ist es für die Stellung des Bundesverfassungsgerichts von großer Bedeutung, dass seine Entscheidungen sowohl im Bereich der Politik als auch in der Fachöffentlichkeit und in der Bevölkerung akzeptiert werden. Deshalb muss sich das Gericht immer wieder um Akzeptanz bemühen. Dies tut es in erster Linie durch eine methodisch abgesicherte, nachvollziehbare Begründung seiner Entscheidungen, durch die Beteiligung möglichst vieler „Stakeholder“ und Sachverständiger an den Verfahren, insbesondere an einer mündlichen Verhandlung, und durch die Erklärung seiner Entscheidungen in der Presse und in der (Fach-)Öffentlichkeit. Hinzu kommt die Notwendigkeit, für in der Rechtswissenschaft oder von anderer Seite geäußerte und in der Sache fundierte Kritik offen zu sein, und die

---

24 So insb. VOSSKUHLÉ (Fn. 1) Art. 93 Rn. 33, m. w. N.

25 Vgl. VOSSKUHLÉ (Fn. 1) Art. 93 Rn. 33.

Bereitschaft, gegebenenfalls von früheren Entscheidungen abzurücken und die eigene Rechtsprechung zu korrigieren oder gewandelten tatsächlichen Verhältnissen anzupassen.<sup>26</sup>

Dabei soll nicht verschwiegen werden, dass die Richterinnen und Richter ebenso wie andere Entscheidungsträger dem Zeitgeist und gewandelten gesellschaftlichen Anschauungen unterliegen. Deshalb gibt es manchmal die Versuchung, dem Zeitgeist oder den Erwartungen der Öffentlichkeit – beispielsweise in Zeiten akuter terroristischer Bedrohung – zu entsprechen. Dieser Versuchung gilt es zu widerstehen, denn es ist die Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, den demokratischen Prozess offenzuhalten sowie die Rechte von Minderheiten und die Menschen- und Bürgerrechte des Einzelnen vor Übergriffen der demokratisch legitimierten Mehrheit zu schützen.<sup>27</sup> Entscheidungen, die den vorherrschenden politischen Auffassungen der Mehrheit widersprechen, sind zwar von der Verfassung gewollt, gefährden aber unweigerlich die Akzeptanz des Gerichts, auf die es in besonderem Maße angewiesen ist. Das Bundesverfassungsgericht hat sich im Laufe der Jahrzehnte mehrfach heftiger Kritik an seinen Entscheidungen ausgesetzt gesehen, etwa in 1970er Jahren, als es mehrere Reformvorhaben der sozial-liberalen Koalition für verfassungswidrig erklärte, oder Mitte der 1990er Jahre, als zwei Entscheidungen – der Kruzifix-Beschluss<sup>28</sup> und der „Soldaten sind Mörder“-Beschluss<sup>29</sup> – bei vielen Bürgern auf Unverständnis und Ablehnung stießen. Auch in jüngerer Zeit sind Entscheidungen des Gerichts zu Maßnahmen der Regierung und der Europäischen Zentralbank zur Bekämpfung der Euro-Krise, zum Ausstieg aus der Kernkraft oder zum Tragen islamischer Kopftücher von Lehrerinnen auf viel Kritik gestoßen. In solchen stürmischen Zeiten war und ist es wichtig, dass das Gericht an seinem Selbstverständnis als „Hüter der Verfassung“ festhält und noch größere Anstrengungen unternimmt, umstrittene Entscheidungen zu erklären und Verständnis für sie zu wecken. Hinzukommen muss allerdings auch die Bereitschaft, zuzuhören, mit den Kritikern zu diskutieren und gegebenenfalls darauf zu reagieren.

Bisher ist es auf diese Weise immer wieder gelungen, das Gericht in ruhigeres Fahrwasser zu steuern und die Gemüter zu beruhigen. Es bleibt allerdings eine ständige Herausforderung, unpopuläre Entscheidungen zu fällen und trotzdem die notwendige Akzeptanz für das Gericht in der Öffentlichkeit zu erhalten.

---

26 Vgl. VOSSKUHL (Fn. 1) Art. 93 Rn. 34.

27 Ebenda.

28 BVerfG, 16.5.1995, BVerfGE 93, 1.

29 BVerfG, 10.10.1995, BVerfGE 93, 266.

#### IV. AUSBLICK

Am Schluss meines Vortrags möchte ich einige Gedanken mit Ihnen teilen, die meine Kollegen und mich in letzter Zeit umtreiben. Das Bundesverfassungsgericht ist vor dem Hintergrund der Barbarei des Nationalsozialismus und mit dem Wunsch, eine liberale Demokratie zu errichten und die Menschen- und Bürgerrechte zu schützen, mit weitreichenden Kompetenzen ausgestattet worden. Seine Rechtsprechung hat maßgeblich dazu beigetragen, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit in Deutschland zu festigen, gesellschaftliche Konflikte zu befrieden und das Vertrauen der Bürger in den Rechtsstaat zu stärken. Auch einen mit dem Erstarken des Gerichtshofs der Europäischen Union und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte möglicherweise drohenden Bedeutungsverlust hat das Gericht bisher abwenden können. Es hat in seiner Rechtsprechung Instrumente entwickelt, die einerseits einen konstruktiven Dialog mit den beiden europäischen Gerichtshöfen ermöglichen, dem Gericht aber andererseits ein Letztentscheidungsrecht über die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Grenzen der Integration sichern.

Das Bundesverfassungsgericht wird von vielen Menschen in Deutschland gerade in unruhigen Zeiten als „Fels in der Brandung“ wahrgenommen, eine unabhängige Institution, die die Rechte des Einzelnen schützt und darüber wacht, dass die politischen Akteure die Vorgaben der Verfassung einhalten. Nach meinem Dafürhalten erklären sich dadurch die anhaltend hohen Popularitätswerte des Gerichts. Seine feste Verankerung in unserem Staatsgefüge und sein großer Rückhalt in der Bevölkerung haben dazu geführt, dass der Gesetzgeber, die Regierung sowie Behörden und Gerichte selbst unpopuläre oder mit hohen finanziellen oder politischen Kosten verbundene Entscheidungen bisher stets umgesetzt haben. Sollte sich eine Regierung oder die sie stützende Mehrheit im Bundestag offen gegen das Bundesverfassungsgericht stellen, so müsste sie mit Protesten rechnen.

Dieser lange Zeit als selbstverständlich angesehene Befund scheint allerdings im Lichte der jüngsten politischen Entwicklungen in Europa und anderswo in der Welt nicht mehr so selbstverständlich zu sein wie noch zu Beginn dieses Jahrzehnts. Seit ein paar Jahren müssen wir mit ansehen, wie in einigen EU-Mitgliedstaaten, vor allem in Ungarn und in Polen, die Verfassungsgerichtsbarkeit demontiert worden ist. Den Verfassungsgerichten wurden durch die demokratisch gewählte Mehrheit wichtige Zuständigkeiten entzogen, ihre Verfahrensregeln wurden geändert, und unabhängige Richter wurden durch der jeweils regierenden Partei nahestehende Richter ausgetauscht. Diese negative Entwicklung lief in den genannten Ländern nach einer Art „Masterplan“ ab, der in kürzester Zeit umgesetzt wurde. Nachdem die Verfassungsgerichtsbarkeit auf diesem Wege zu einem „zahn-

losen Tiger“ gemacht worden war, konnten Regierung und Parlamentsmehrheit danach im Namen der Demokratie das Wahlrecht zu ihren Gunsten ändern und die allgemeine Justiz, die Medien und zivilgesellschaftliche Akteure unter ihre Kontrolle bringen. Auch in anderen Ländern erhalten nationalistische und populistische Parteien immer mehr Zulauf. In diesem Zusammenhang blicken wir sorgenvoll nach Italien, wo sich das politische Klima seit dem Wahlsieg der Rechts- und Linkspopulisten in kürzester Zeit verändert hat und die Bereitschaft, sich rechtstreu zu verhalten, immer weiter abnimmt.

Eine solche Entwicklung zeichnet sich in Deutschland noch nicht ab. Aber auch bei uns erstarkt die rechtspopulistische Partei „Alternative für Deutschland (AfD)“, während die ehemals großen Volksparteien der politischen Mitte immer mehr an Zuspruch verlieren. Diese Entwicklungen deuten darauf hin, dass Stellung und Ansehen eines Verfassungsgerichts keine unabänderliche Selbstverständlichkeit sind, sondern durch gut begründete, kluge Entscheidungen und ein hohes Verantwortungsbewusstsein der Richterinnen und Richter immer wieder erarbeitet werden müssen. Darüber hinaus aber hängt auch die Stellung des Bundesverfassungsgerichts von Voraussetzungen ab, die es selbst nicht schaffen kann. Ohne die Bereitschaft der anderen Staatsorgane, die Verfassung zu beachten und die Urteile des Gerichts umzusetzen, und ohne eine Verankerung der Verfassungsgerichtsbarkeit in der politischen Kultur eines Landes und seiner Bürger verliert ein Verfassungsgericht schnell an Bedeutung und Wirkkraft. Es erscheint mir wichtig, sich dies gerade in der heutigen Zeit immer wieder einmal vor Augen zu führen.

## **Die Stellung des Obersten Gerichtshofs in der japanischen Rechtsordnung**

*Tokiyasu Fujita*<sup>\*, \*\*</sup>

- I. Zur Einführung
- II. Systemische Besonderheiten des Japanischen Obersten Gerichtshofs – das einzige Gericht höchster Instanz
- III. Urteile nach dem „gesunden Menschenverstand“, die nicht auf dem Niveau von Fachurteilen von Berufsrichtern verharren
- IV. Über die Ernennung der Richter am Obersten Gerichtshof

### I. ZUR EINFÜHRUNG

Vor zehn Jahren, als ich noch mein Amt als Richter am Obersten Gerichtshof innehatte, wurde ich zur Feier des 20. Jahrestages der Gründung der Deutsch-Japanischen Juristenvereinigung, die in Hamburg stattfand, eingeladen und hielt den Festvortrag mit dem Titel „Der Stellenwert des Obersten Gerichtshofs in der Japanischen Verfassung“.<sup>1</sup> In meinem Vortrag zu diesem Anlass hatte ich in Anbetracht des Sinns dieser Zeremonie ursprünglich die Institutionen im Zusammenhang mit dem Japanischen Obersten Gerichtshof ganz eingehend vorstellen wollen.

Stattdessen versuchte ich dann doch lieber, aufgrund meiner persönlichen Erfahrungen als Richter am Obersten Gerichtshof meine Vorstellungen zu den folgenden Fragen ganz ehrlich zu erläutern: Was für Aufgaben sind eigentlich dem Japanischen Obersten Gerichtshof und damit den Richtern des Obersten Gerichtshofs übertragen worden? Und was für eine Rolle in der japanischen Rechtsordnung wird vom Obersten Gerichtshof erwartet?

Und jetzt habe ich zehn Jahre später beim Symposium zur Feier des 30. Jahrestages der Gründung der Deutsch-Japanischen Juristenvereinigung die Rolle übernommen, zum zweiten Mal über fast dasselbe Thema zu sprechen. Vor etwa zwei Monaten, also kurz nach Mitte August, wurde ich gebeten, heute einen Vortrag zu halten. Der eigentlich vorgesehene Redner

---

\* Prof. em. Dr. Dr. h.c. Tokiyasu Fujita, Richter am Japanischen Obersten Gerichtshof a.D.

\*\* Übersetzung ins Deutsche von Matthias K. Scheer; die um einige Fußnoten ergänzte Vortragsfassung wurde beibehalten (die Red.).

1 Der Vortrag ist in der *ZJapanR/J.Japan.L.* 26 (2008) 181–189 veröffentlicht.

war verhindert. Und ganz plötzlich befand ich mich in der Situation eines Ersatz-Batters beim Baseball, wenn der eigentlich vorgesehene Batter ausgefallen ist. Für mich aber war es angesichts der Kürze der Zeit praktisch unmöglich, über dasselbe Thema wie vor zehn Jahren einen völlig anderen Vortrag vorzubereiten.

Deshalb bleibt mir nichts anderes übrig, als den eingangs erwähnten Vortrag mit weitgehend übereinstimmendem Inhalt noch einmal zu halten. Nachdem ich von den Veranstaltern dieses Symposiums dazu die Zustimmung erhalten hatte, habe ich mich damit einverstanden erklärt, ihrer Bitte zu entsprechen. Ich möchte deshalb Sie alle, meine Damen und Herren, die Sie heute erschienen sind, um Verständnis für den eben von mir dargestellten Hintergrund bitten und werde jetzt mit meinem Vortrag beginnen.

## II. SYSTEMISCHE BESONDERHEITEN DES JAPANISCHEN OBERSTEN GERICHTSHOFS – DAS EINZIGE GERICHT HÖCHSTER INSTANZ

Zu Beginn meines Vortrags möchte ich eine vor allem im Vergleich zu Deutschland bemerkenswerte systemische Besonderheit des Japanischen Obersten Gerichtshofs hervorheben.

Diese Besonderheit dürfte den allermeisten von Ihnen bereits bekannt sein und besteht darin, dass in Japan der „Oberste Gerichtshof“ „der Oberste Gerichtshof und zugleich das *einzig*e Gericht höchster Instanz“ ist. Dieser Punkt dürfte meines Erachtens die wichtigste Besonderheit darstellen.

Der Japanische Oberste Gerichtshof, der sich in Tōkyō und dort in Chiyoda-ku, Hayabusa-chō befindet und aus nur einem Gebäude besteht, das von außen eher wie eine Festung oder ein Gefängnis aussieht, ist wahrscheinlich ein in der ganzen Welt selten anzutreffender Fall. Denn, wie Sie natürlich wissen, gibt es zahlreiche Länder mit mehreren Obersten Gerichtshöfen (Gerichten der höchsten Instanz). Dafür ist natürlich Deutschland ein typisches Beispiel. Gerichte mit dem Charakter eines „Obersten Gerichtshofs“ gibt es dort für mehrere Rechtsgebiete, nämlich das Bundesverfassungsgericht, den Bundesgerichtshof, das Bundesverwaltungsgericht, das Bundesarbeitsgericht, den Bundesfinanzhof und das Bundessozialgericht. Diese Gerichte sind alle selbstständig. Zwischen ihnen findet kein Austausch von Richtern statt, und die Richter an diesen Gerichten urteilen ausschließlich über Fälle aus ihren Spezialgebieten.

Im Gegensatz dazu fungiert der Japanische Oberste Gerichtshof als Gericht höchster Instanz zunächst für das Verfassungsrecht, das Zivilrecht, das Handelsrecht, das Strafrecht, das Verwaltungsrecht, das Steuerrecht, das Arbeitsrecht, das Straf- und Zivilprozessrecht, das Insolvenzverfahrensrecht, das im Konkursgesetz und im Gesellschaftssanierungsgesetz geregelt ist, und schließlich das Kartellrecht, das Recht des geistigen Eigentums und

sogar das Internationale Privatrecht, also alle erdenklichen Rechtsgebiete. Weil es aber einschließlich des Gerichtspräsidenten lediglich 15 Richter gibt, scheinen die Richter, wenn man nur diese Fakten in Betracht zieht, geradezu übermenschliche Aktivitäten an den Tag zu legen.

Dass sich die Situation in Japan so entwickelt hat, liegt an Art. 76 Abs. 1 der Japanischen Verfassung, der wie folgt lautet: „Alle rechtsprechende Gewalt liegt bei einem Obersten Gerichtshof und den nach gesetzlicher Bestimmung errichteten unteren Gerichten“.<sup>2</sup> Bekanntlich wurde dieses System nach dem Vorbild des US-amerikanischen Supreme Court aufgebaut. Im Gegensatz zu Deutschland ist in den USA der Supreme Court, der einschließlich seines Chief Justice lediglich aus neun Richtern besteht, als einziges Gericht höchster Instanz für Fälle aus allen Rechtsgebieten des Bundesrechts zuständig. Das ist in Japan genauso.

Es gibt aber die folgenden entscheidenden Unterschiede: Erstens beschränkt sich die Zuständigkeit des Supreme Court in den USA auf die Auslegung und Anwendung des Bundesrechts. Demgegenüber erstreckt sich die Zuständigkeit des Obersten Gerichtshofs in Japan, das nicht föderalistisch organisiert ist, auf alle geltenden innerstaatlichen Normen einschließlich der von den Gebietskörperschaften erlassenen Satzungen. Zweitens kann der US-amerikanische Supreme Court nach seinem Ermessen völlig frei entscheiden, welche der Klagen (Revisionen), die ihn in riesiger Zahl erreichen, er annehmen und durch Urteil entscheiden will, selbst wenn es sich um Fälle handelt, in denen die Revision zugelassen ist. Demgegenüber muss sich der Japanische Oberste Gerichtshof dann, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, mit den ihm vorgelegten Fällen befassen.

Durch die Reform des Zivilprozessgesetzes im Jahre 1996 wurde allerdings ein umfangreiches „System von Revisionszulassungsanträgen“ für Zivilrechtsfälle eingeführt, aufgrund dessen der Oberste Gerichtshof Fälle, die keine wichtigen Rechtsfragen enthalten, nicht zur Revision zuzulassen braucht. Man kann jedoch nicht unbedingt sagen, dass dieses System bis jetzt eine epochale und revolutionäre Änderung der Praxis des Obersten Gerichtshof herbeigeführt hat.<sup>3</sup> Das Ergebnis sieht so aus, dass der US-amerikanische Supreme Court sich gerade einmal mit 100 Fällen im Jahr befasst, während der Japanische Oberste Gerichtshof, wenn man alle Verfahren der verschiedensten Arten einbezieht, jährlich über 10.000 Fälle behandelt. Das macht in quantitativer Hinsicht einen überwältigenden Unterschied aus.

---

2 Übersetzung aus: W. RÖHL, Die Japanische Verfassung (Frankfurt a.M./Berlin 1963) 132 (Anm. d. Übers.).

3 Vgl. T. FUJITA, *Saikō-sai kaisō-roku* [Niederschrift meiner Erinnerungen an den Obersten Gerichtshof] (Tōkyō 2012) 217.

Dass der Oberste Gerichtshof sich auf diese Weise gleichsam als ein *all-round player* betätigt, bedeutet andererseits notwendigerweise, dass seine Funktionen entsprechend eingeschränkt sind. Zum Beispiel ist der Japanische Oberste Gerichtshof kein Verfassungsgericht im selben Sinne wie das deutsche Bundesverfassungsgericht. Nach der Japanischen Verfassung ist ihm zwar die endgültige Entscheidungsbefugnis verliehen worden, die Verfassungsmäßigkeit von Normen zu prüfen und deren Wirksamkeit mit Hoheitsgewalt zu beurteilen, aber diese Befugnis wird von ihm lediglich im Rahmen des für die Lösung gerichtlich anhängiger, individueller Streitigkeiten (Rechtsstreitigkeiten) Erforderlichen mit Bezug auf Vorfragen ausgeübt (die sogenannte Inzidentkontrolle der Verfassungsmäßigkeit). Dagegen gibt es z. B. in Japan nicht das System der abstrakten Normenkontrolle, mit dem man vor Gericht auf Feststellung der Verfassungswidrigkeit von Normen als solcher klagen kann, um eine Entscheidung zu erhalten, und auch kein Vorlagesystem, aufgrund dessen der Oberste Gerichtshof die Anfrage eines Staatsorgans hinsichtlich der Auslegung der Verfassung beantworten kann.

Es bestehen wahrscheinlich unterschiedliche Ansichten darüber, ob sich dies überhaupt aus dem Begriff der in der Japanischen Verfassung bestimmten „rechtsprechenden Gewalt“ ableiten lässt oder ob es sich lediglich um eine Beschränkung durch ein einfaches Gesetz (Art. 3 Gerichtsgesetz) handelt. Aber unabhängig davon kann man wohl sagen, dass es sich jedenfalls im Ergebnis um eine Vorstellung handelt, die in Japan fest verankert ist.

Selbst wenn der Oberste Gerichtshof die Bestimmung eines Gesetzes oder einer Verordnung für verfassungswidrig erklärt hat, heißt das nur, dass er die betreffende Bestimmung zur Lösung des ihm vorliegenden Falles nicht anwendet. Daraus ergibt sich nicht direkt, dass die betreffende Bestimmung des Gesetzes oder der Verordnung ohne Weiteres unwirksam wird. (Das ist jedenfalls die herrschende Ansicht in der Lehre und in der Praxis). Um die betreffende Bestimmung als solche unwirksam werden zu lassen, ist es folglich erforderlich, dass der Gesetzgeber erneut ein Gesetzgebungsverfahren zur Aufhebung dieser Bestimmung in Gang setzt. Wenn allerdings die Legislative dies versäumt hat, gibt es überhaupt kein Mittel im japanischen Recht, mit dem der Oberste Gerichtshof den Gesetzgeber, z. B. durch direkte Sanktionen, dazu zwingen könnte.

Zum Beispiel verkündete der Oberste Gerichtshof im Jahre 1973 ein Urteil, in dem er die Verfassungswidrigkeit einer Bestimmung des Strafgesetzes, die die erschwerte Strafbarkeit des Aszendentenmordes beinhaltete, wegen Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz feststellte (im Strafgesetz waren als gesetzliche Strafe für Mord die Todesstrafe oder lebenslang oder mindestens fünf Jahre Zuchthaus vorgesehen, aber im damaligen Strafgesetz standen auf Aszendentenmord lediglich die Todesstrafe oder lebens-

lang Zuchthaus, es war nicht möglich, statt dessen eine befristete Zuchthausstrafe auszusprechen.) Übrigens war dies das erste Mal, dass der Oberste Gerichtshof während der Geltung der Japanischen Verfassung eine gesetzliche Norm für verfassungswidrig erklärt hat. Danach hat es lange 22 Jahre gedauert, bis der Gesetzgeber diese Bestimmung aufgehoben hat.

Dementsprechend kann man nicht sagen, dass der Japanische Oberste Gerichtshof die Stellung des einzigen oder letztinstanzlichen Hüters bzw. Garanten der Verfassung innehat. Vielmehr ist er für die zuverlässige Verwirklichung der Verfassung unbedingt auf die Zusammenarbeit mit der Legislative, der Exekutive und weiteren Staatsorganen angewiesen. Dass es z. B. beim eben erwähnten Aszendentenmord zu keinen ernsthaften Problemen kam, obwohl das Gesetz nicht geändert wurde, lag letztlich daran, dass die Exekutive (das Justizministerium und die Staatsanwaltschaft) sofort auf dieses Urteil des Obersten Gerichtshofs reagierten und diese Bestimmung nicht mehr anwendeten. Im Übrigen war in diesem Fall auch die Legislative durchaus gewillt, dem Urteil des Obersten Gerichtshofs Folge zu leisten, aber die Regierungspartei und die Opposition konnten keine Einigung über die Art und Weise der Gesetzesänderung erzielen.

Abgesehen vom eben genannten Ausnahmefall des Aszendentenmordes hat auch die Legislative in den Fällen, in denen der Oberste Gerichtshof eine Norm für verfassungswidrig erklärt hat, in relativ kurzer Zeit die sich daraus ergebenden gesetzgeberischen Maßnahmen ergriffen, für die es unterschiedliche konkrete Methoden gibt. So kann man z. B. sagen, dass trotz der eben genannten eingeschränkten verfassungsrechtlichen Stellung des Obersten Gerichtshofs ein allgemein akzeptiertes Normbewusstsein existiert, aufgrund dessen andere Staatsorgane (die Legislative oder die Exekutive) sowie die Gebietskörperschaften de facto den verfassungsrechtlichen Urteilen des Obersten Gerichtshof Folge leisten müssen.

Darüber hinaus wird in letzter Zeit auch in der japanischen Verfassungsrechtslehre die „Lehre von der Prüfung der Verfassungswidrigkeit im Dialog“ vertreten, nach der der Schutz der Verfassung nicht allein dem Obersten Gerichtshof anvertraut ist, sondern diese Aufgabe von ihm auch in Zusammenarbeit mit anderen Staatsorganen wahrgenommen wird.<sup>4</sup> Genauer gesagt begreift diese Theorie „das Verhältnis zwischen dem Obersten Gerichtshof und dem Parlament bzw. der Politik als ein bewegliches im Sinne einer dynamischen Interaktion im Laufe der Zeit und nimmt an, dass der Schutz der Verfassung nicht einzig und allein durch die Prüfung der Verfassungswidrigkeit durch den Obersten Gerichtshof erreicht wird, sondern durch eine dynamische Interaktion in Form eines Dialogs zwischen dem

---

4 Vgl. M. SASAKI, *Taiwateki iken shinsa no riron* [Die Theorie der Prüfung der Verfassungswidrigkeit im Dialog] (Tōkyō 2013).

Obersten Gerichtshof und dem Parlament, der Politik, dem Volk und weiteren Akteuren durch eine Art von interaktivem Prozess verwirklicht wird“.<sup>5</sup> Es wird auch darauf hingewiesen, dass während der Prüfung der Verfassungswidrigkeit in Japan ein solcher Dialog tatsächlich oft stattfindet. Ein gutes Beispiel dafür sind die zahlreichen bisherigen Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs über den Modus der Verteilung der vom Wahlgesetz festgelegten Zahl der Abgeordneten bei Wahlen im Zusammenhang mit dem Thema „Der Wert einer Stimme“ und die Reaktion des Parlaments darauf. Aufgrund der begrenzten Zeit kann ich hier leider nicht näher auf die Details eingehen.

Schließlich möchte ich vor diesem Hintergrund auf die Tatsache hinweisen, dass unter der japanischen Verfassung selbstverständlich die politische Situation unseres Landes bis zum heutigen Tage trotzdem sehr stabil ist.

### III. URTEILE NACH DEM „GESUNDEN MENSCHENVERSTAND“, DIE NICHT AUF DEM NIVEAU VON FACHURTEILEN VON BERUFSRICHTERN VERHARREN

Aufgrund des Musters, das eng mit der oben erwähnten Position des Obersten Gerichtshofs als *allround player* verbunden ist, lässt sich festhalten, dass die Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs eher nicht den Charakter höchstrichterlicher Fachentscheidungen durch Berufsrichter haben. Ich möchte darauf hinweisen, dass der hier verwendete Begriff des „Höchsten“ eher etwas bedeutet, das den gesellschaftlichen gesunden Menschenverstand reflektiert und damit den Begriff des „Höchsten“ transzendiert.

Damit Sie das verstehen, möchte ich zunächst über die besondere Personalstruktur der Richterschaft des Obersten Gerichtshof sprechen.<sup>6</sup>

Um im japanischen Rechtssystem Richter zu werden, muss man nach Beendigung eines Universitätsstudiums zunächst das Justizexamen, ein extrem schweres Staatsexamen, bestehen. Vor der Reform des Systems im Jahre 2006 haben nur 3 bis 5 % aller Kandidaten dieses Examen bestanden, was zeigt, wie streng es benotet wird. Dieses Justizexamen ist etwas ganz anderes als das Abschlussexamen der Juristischen Fakultät einer Universität. Es wird von Richtern, Staatsanwälten und Rechtsanwälten, also den Angehörigen von Berufen abgelegt, die zu den Juristen im engeren Sinne gehören. Folglich brauchen diejenigen Personen, die an einer Universität Jura studiert haben, aber keinen dieser Berufe ergreifen wollen (Staatsbedienstete und Bedienstete der Gebietskörperschaften, die als Verwaltungs-

---

<sup>5</sup> *Ibid.*, 240.

<sup>6</sup> Die folgenden Ausführungen überlappen sich größtenteils mit dem Inhalt meines Vortrags von vor zehn Jahren.

bedienstete tätig sind, sowie allgemeine Mitarbeiter von Unternehmen und Rechtswissenschaftler) kein Justizexamen abzulegen. Trotzdem werden sie karrieretechnisch als Personen, die an der juristischen Fakultät einer Universität Jura studiert haben, eingestuft.

Personen, die einen der drei juristischen Berufe im engeren Sinne ergreifen wollen und das Justizexamen bestanden haben, mussten danach zwei Jahre lang am „Juristischen Ausbildungszentrum“, das dem Obersten Gerichtshof angegliedert ist, eine strenge praktische Ausbildung durchlaufen. (Die Ausbildungsdauer ist im Zusammenhang mit der Einführung des Systems eines Juristischen Masterstudiums, also des sogenannten Law School Systems, inzwischen auf ein Jahr verkürzt worden.) Vor allem für diejenigen, die Richter werden wollen, ist vorgesehen, dass sie ein Abschlussexamen bestehen, das auch als das „Zweite Examen“ bezeichnet wird. Dafür muss man aber zur oberen Gruppe der erfolgreichen Kandidaten gehören. Das ist seit vielen Jahren so. In diesem Sinne befindet sich die japanische Gerichtsbarkeit immer schon gleichsam in den Händen der Experten unter den Spezialisten für die juristische Praxis.

Nur am Obersten Gerichtshof hat sich eine etwas andere Vorstellung über die Ernennung von Richtern als bei den unteren Instanzen gebildet. So legt zum Beispiel das geltende Recht (die Verfassung und das Gerichtsgesetz) die Zahl der Richter am Obersten Gerichtshof einschließlich des Gerichtspräsidenten auf 15 Richter fest, aber von diesen sind derzeit nur sechs frühere Richter, das ist noch nicht einmal die Mehrheit. Von den übrigen neun sind die meisten, nämlich vier, frühere Rechtsanwälte, zwei ehemalige Staatsanwälte, zwei frühere Verwaltungsbedienstete und einer ein Universitätsprofessor. Darunter befanden sich während meiner Amtszeit zusammen mit mir drei Richter, die keine Ausbildung am Juristischen Ausbildungszentrum durchlaufen hatten, (zwei Verwaltungsbedienstete und ein Professor) und während eines bestimmten Zeitraums gab es einen ehemaligen Verwaltungsbediensteten, der nicht einmal an einer juristischen Fakultät einer Universität studiert hatte. Dazu bestimmt Art. 41 Abs. 1 Gerichtsgesetz Folgendes: „Die Richter am Obersten Gerichtshof müssen aus einem Personenkreis mit hohem professionellen Ansehen und mit juristischen Kenntnissen ernannt werden und über 40 Jahre alt sein.“

Die Regel, dass die 15 Richter am Obersten Gerichtshof zu etwa einem Drittel aus der Richterschaft und zu einem Drittel aus der Rechtsanwaltschaft kommen und das letzte Drittel aus sonstigen Personenkreisen ernannt wird, wurde nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges mit der Verabschiedung der jetzigen Verfassung und der zeitgleichen Errichtung des Obersten Gerichtshofs eingeführt und besteht als Tradition bis heute. Allein aufgrund dessen lässt sich erraten, dass von den Urteilen des Obersten Gerichtshofs nicht etwa erwartet wird, dass sie zu 100 % auf den fachlichen Kenntnissen

und Erfahrungen der Richter als Rechtspraktiker beruhen und in diesem Sinne eine stringente Rechtsprechungspraxis darstellen. (Natürlich sollten alle Richter in ihrem Lebenslauf irgendeinen Bezug zur Jurisprudenz aufweisen und somit als eine gemeinsame Sprache Grundkenntnisse der Rechtswissenschaft erworben haben.) Vielmehr sollten diese Urteile in umfassender Weise von ihren umfangreichen fachlichen Kenntnissen und Erfahrungen aus anderen Berufsfeldern geprägt sein.

Auf diese Weise werden von den Richtern am Obersten Gerichtshof nicht unbedingt Urteile von Fachleuten im strengen Sinne erwartet. Das ergibt sich auch ganz eindeutig aus der Tatsache, dass der Bereich des Rechts, für den der Oberste Gerichtshof zuständig ist, außerordentlich weit gefasst ist. Wie ich bereits vorhin erläutert habe, müssen sich die Richter am Obersten Gerichtshof mit der Beilegung von Rechtsstreitigkeiten auf praktisch allen Rechtsgebieten befassen und damit Aufgaben erfüllen, für die eher ein Supermann geeignet wäre. Wenn man allerdings erwarten wollte, dass die von den Richtern am Obersten Gerichtshof verkündeten Urteile Fachurteile sind, die von Fachleuten im strengen Sinne getroffen worden sind, dann wäre das völlig unmöglich. Wie man in Deutschland und vielen anderen Ländern beobachten kann, ist es angemessen, wenn für Spezialgebiete spezialisierte Gerichte errichtet werden (das sollte zumindest für die Verwaltungsgerichtsbarkeit gelten). Und natürlich kann diese umfangreiche Aufgabe auch in Japan nicht nur von 15 Richtern, die ganz auf sich allein gestellt sind, erledigt werden. Um das Ganze überhaupt möglich zu machen, stellt der Oberste Gerichtshof ihnen zu ihrer Absicherung Personal, nämlich vor allem die derzeit knapp 40 Wissenschaftlichen Mitarbeiter des Obersten Gerichtshofs zur Verfügung, die einen großen Beitrag zu ihrer Unterstützung leisten.

Zum gegenwärtigen Zeitpunkt sind alle 15 Richter des Obersten Gerichtshofs mindestens 60 Jahre alt. Ihr Pensionsalter beträgt 70 Jahre. Die Wissenschaftlichen Mitarbeiter sind zwischen 35 und 50 Jahre alt und werden unter den besonders qualifizierten Richtern der Untergerichte für dieses Amt ausgewählt. Sie überprüfen in einer immens großen Zahl von Revisionsfällen (jährlich über zehntausend Fällen) mit der Unterstützung von Protokollführern die Originalakten ab der ersten Instanz hinsichtlich der folgenden Fragen: Ist das überhaupt ein Inhalt, mit dem sich der Oberste Gerichtshof als Revisionsinstanz beschäftigen muss? Was sind die zentralen Problempunkte dieses Falles? Zu welchen Fragen gibt es bereits Rechtsprechung (und zu welchen nicht)? Was ist der Stand der Lehre? Welche Alternativen sind zur Lösung des Falls denkbar? Anschließend erstellen sie darüber ausführliche Berichte. Die Richter können dann ihre Voten auf der Grundlage dieser Berichte der Wissenschaftlichen Mitarbeiter verfassen. Nur aufgrund dieses Systems war es mir und den anderen Richtern über-

haupt möglich, ein eigenes Votum über die Rechtsanwendung aus speziellen Rechtsgebieten, die nicht zu meinen Fachgebieten gehörten, wie z.B. das Insolvenzrecht oder das Recht des geistigen Eigentums, zu schreiben. Wie dem auch sei, es ist die Aufgabe aller Richter, auf der Grundlage dieser Berichte der Wissenschaftlichen Mitarbeiter endgültige Entscheidungsvorlagen zu erstellen.

Was von den 15 Richtern des Obersten Gerichtshofs verlangt wird, ist nicht etwa die Verkündung von Urteilen, die auf dem Wissens- und Erfahrungsschatz der Richter beruhen, den sie als Fachleute gesammelt haben, sondern eher von Urteilen, die ihren gesunden Menschenverstand (*common sense*) als Juristen widerspiegeln. Man kann allerdings nicht sagen, dass dieser gesunde Menschenverstand von Juristen immer auf allen Fachgebieten gleich gut entwickelt ist. Von dieser gedanklichen Voraussetzung wird aber ausgegangen. Wenn überhaupt Fachwissen als Berufsrichter gefragt sein sollte, dürfte man herausragendes Fachwissen mit Sicherheit eher bei den Vorsitzenden Richtern an den Obergerichten antreffen können. Wenn also in ähnlichen Fällen mit gleich gelagertem Inhalt die Urteile einiger Obergerichte voneinander abweichen, dürfte es eigentlich extrem schwierig sein, allein aufgrund rein juristischer Argumente zu beurteilen, welches dieser ausgefeilten Urteile, zu denen diese Richter aufgrund ihrer außerordentlichen Weisheit gelangt sind, das richtige ist. In solchen Fällen hat der Oberste Gerichtshof die Aufgabe, von einer höheren Warte aus zu einer einheitlichen Rechtsprechung zu gelangen. Man muss also sagen, dass die einzelnen Richter jeweils nach ihrer Lebensauffassung, ihrem Gewissen und ihrem Glauben, mithin nach ihrer „Philosophie“ im weiten Sinne entscheiden. In diesem Sinne werden von einem Richter am Obersten Gerichtshof eher die Ansichten eines „Weisen“ als die eines Fachmannes erwartet.

Um das eben Gesagte zu verdeutlichen, möchte ich einige konkrete Fälle vorstellen, die der Oberste Gerichtshof vor kurzem zu entscheiden hatte:

1. Der erste Fall betraf ein Nichtigkeitsurteil nach Art. 3 a.F. Staatsangehörigkeitsgesetz und wurde am 4.6.2008 vom Großen Senat entschieden.<sup>7</sup> Dieses Urteil wurde direkt vor meinem Vortrag von vor zehn Jahren veröffentlicht.<sup>8</sup> Weil ich es in diesem Vortrag ausführlich besprochen habe, möchte ich heute nicht noch einmal darüber berichten.

2. Der nächste Fall, den ich Ihnen vorstellen möchte, ist ein Urteil des Dritten Senats, dem ich angehört hatte, vom April 2010, dem Monat meiner

---

7 OGH, Urteil des Großen Senat vom 4.6.2008, Minshū 62, 1367.

8 Siehe oben Fn. 1.

Pensionierung, in einem Mord- und Brandstiftungsfall, den der Oberste Gerichtshof nach Aufhebung des Todesurteils an das Gericht der ersten Instanz zurückverwies.<sup>9</sup>

In diesem Fall hatte der Angeklagte, der ein früherer Polizeibediensteter war und jetzt als Strafvollzugsbediensteter arbeitete, die Ehefrau und das Kind seines Adoptivsohnes (aus Sicht des Angeklagten also sein Enkelkind) während der Abwesenheit seines Sohnes in dessen Wohnung getötet und danach in dessen Wohnung Feuer gelegt. Der Angeklagte war also des Mordes und der Brandstiftung angeklagt worden. Als Gericht der ersten Instanz hatte das Distriktgericht Ōsaka den Angeklagten als Täter im Sinne der Anklage zu lebenslanger Haft verurteilt. Danach hatte das Obergericht Ōsaka als Berufungsinstanz das Urteil der ersten Instanz dem Grunde nach aufrechterhalten, aber das Strafmaß abgeändert und den Angeklagten zum Tode verurteilt.

Demgegenüber hob der Dritte Senat (dessen Vorsitzender ich war) mit einer Mehrheit von 4 zu 1 das Urteil des Obergerichts auf und verwies den Fall an das Distriktgericht Ōsaka zurück, weil sowohl in der ersten als auch in der zweiten Instanz der Verdacht der falschen Beurteilung der Tatsachen wegen unzureichender Sachaufklärung vorgelegen hatte. Die Schwierigkeit dieses Falles bestand darin, dass keine Tatsachen vorlagen, mit denen sich direkt beweisen ließ, dass der Angeklagte den Mord und die Brandstiftung, die ihm zur Last gelegt wurden, begangen hatte. Man konnte ausschließlich aufgrund von Indizien beurteilen, ob der Angeklagte der Täter war oder nicht. Es gab die Aussage eines Augenzeugen, dass zur Tatzeit in der Nähe des Tatorts, einer Eigentumswohnung, ein PKW desselben Typs wie der PKW des Angeklagten gehalten hatte; ebenso gab es die Aussage eines Augenzeugen, der in der Nähe des Tatorts, der Eigentumswohnung, einen Mann gesehen hatte, der wie der Angeklagte ausgesehen hatte; der Angeklagte hatte zuvor schon gegenüber dem Opfer freundliche Gefühle gehabt und ein sexuelles Interesse an ihr erkennen lassen; und vor allem befanden sich Speichelreste mit einer DNA desselben Musters wie die DNA des Angeklagten auf einer Zigarettenkippe im Aschenbecher, der sich auf dem Treppenabsatz am Tatort befand.

Wir kamen zum Urteil, dass die erste Instanz und die Berufungsinstanz mehr oder weniger durch die Zusammenschau dieser Indizien zu dem Schluss gelangt waren, dass der Angeklagte der Täter war. Demgegenüber gelangte die Mehrheit des Dritten Senats nach Prüfung dieser Indizien im Einzelnen zu dem Urteil, dass diese Indizien zwar alle unter der Voraussetzung, dass der Angeklagte der Täter sei, eine widerspruchsfreie Erklärung ermöglichten. Ob aber der Angeklagte der Täter sei oder nicht, müsse aus-

---

9 OGH, Urteil des Dritten Senats vom 27.4.2010, Keishū 64, 233.

schließlich aufgrund des im Folgenden dargestellten Aspekts erklärt werden, nämlich dass es bei der Annahme, dass der Angeklagte nicht der Täter sei, unmöglich oder doch zumindest außerordentlich schwierig sei zu erklären, dass diese Tatsachen existierten. Und man könne, wenn man diesen Fall aus diesem Blickwinkel betrachte, dies nicht unbedingt bejahen. Auf diese Weise kam die Mehrheit zum Ergebnis, dass man wegen der „Unschuldsvermutung“, eines tragenden Prinzips des Strafprozessrechts, jedenfalls nicht sagen könne, dass die Täterschaft des Angeklagten ohne einen vernünftigen Zweifel bewiesen worden sei.

Bei diesem Fall ist besonders bemerkenswert, dass der Richter am Obersten Gerichtshof, der mit den Richtern der ersten Instanz und der Berufungsinstanz die Mindermeinung, nämlich dass der Angeklagte schuldig sei, vertreten hatte, ein auf das Strafrecht spezialisierter Richter war, während die übrigen vier Richter, die die Mehrheitsmeinung gegen die Feststellung der Schuld vertreten hatten, dies nicht waren. (Von Haus aus war ein Richter Zivilrechtler, zwei Richter waren Rechtsanwälte und ein Richter war ein Rechtswissenschaftler.) In diesem Fall unterschied sich also der professionelle *common sense* des Strafrichters vom *common sense* der übrigen Richter. Dass so etwas überhaupt geschehen kann, macht gerade die Natur des Obersten Gerichtshof aus. Die Verfassung hat also so etwas gleichsam vorgesehen, als sie dieses System errichtet hat.

Jetzt werde ich Ihnen einen Fall darstellen, der am 5.6.2015 vom Zweiten Senat einstimmig von vier Richtern entschieden wurde, und mit dem ein Urteil des Obergerichts für geistiges Eigentum<sup>10</sup> (und zwar des Gemeinsamen Senats) aufgehoben und an dieses zurückverwiesen wurde.<sup>11</sup>

Es handelte sich um ein Urteil in einem Fall, in dem es um einen Unterlassungsanspruch wegen Patentverletzung ging. In diesem Fall wurde darüber gestritten, ob man im Rahmen eines Patentanspruchs, der auf ein Patent für die Erfindung eines Erzeugnisses gerichtet ist, den technischen Bereich der dem Patentantrag zugrunde liegenden Erfindung, die aufgrund ihres Herstellungsverfahrens die Prüfungsvoraussetzungen erfüllt, dann, wenn in einer Abteilung der Patentregistrierung das Verfahren zur Herstellung dieses Erzeugnisses aufgeführt wird, (also bei einem Product-by-

---

10 Das Obergericht für Geistiges Eigentum wurde im Jahre 2005 als ein Gericht errichtet, das auf die Behandlung von Fällen des Rechts des geistigen Eigentums spezialisiert ist. Es ist ein Obergericht, das als besondere Abteilung des Obergerichts Tōkyō errichtet wurde. Im Allgemeinen bestehen seine Senate aus drei Richtern, aber besonders bedeutende Fälle werden vom Gemeinsamen Senat behandelt, der aus fünf Richtern besteht.

11 OGH, Urteil des Zweiten Senats vom 5.6.2015, Minshū 69, 700.

process Anspruch), als etwas Begrenztes behandeln sollte, das aufgrund seines Herstellungsverfahrens die Prüfungsvoraussetzungen erfüllt.

Gegenüber der Entscheidung der Ursprungsinstanz, die diese Frage grundsätzlich bejaht hatte, befand die Mehrheitsmeinung des Zweiten Senats, dass diese Frage grundsätzlich zu verneinen sei. Nachdem ein Richter ein Votum vorgetragen hatte, das die Annahme eines Ausnahmeurteilsrahmens als solche grundsätzlich kritisierte, gelangten im Ergebnis alle Richter zu einem einstimmigen Aufhebungs- und Rückverweisungsurteil. (Übrigens wurde das Mehrheitsvotum von drei Richtern, nämlich einem ehemaligen Zivilrichter, einem ehemaligen Staatsanwalt und einem ehemaligen Rechtsanwalt, getragen, und der Richter, der dieses Votum vortrug, war der frühere Leiter des Kabinetts-Legislativbüros.) An diesem Fall ist ganz besonders bemerkenswert, dass die Auslegung des Patentrechts durch fünf Richter des Obergerichts für geistiges Eigentum, also Spezialisten für das Recht des geistigen Eigentums, von Richtern des Obersten Gerichtshofs, die dafür überhaupt keine Fachleute waren, verworfen wurde.

#### IV. ÜBER DIE ERNENNUNG DER RICHTER AM OBERSTEN GERICHTSHOF

Wenn man von einem Richter die hundertprozentige Erfüllung der Rolle eines Rechtsprechungsspezialisten erwarten wollte, müsste man die Beurteilung, ob jemand zum Richteramt geeignet ist oder nicht, also die Personalverwaltung, die sich mit den Ernennungen und Entlassungen von Richtern sowie den Beurteilungen ihrer Leistungen und all diesen Dingen befasst, von Personen ausüben lassen, die über solide Fachkenntnisse auf diesem Gebiet verfügen, und aus deren Sicht wahrnehmen lassen. Das ist dasselbe wie bei der Personalverwaltung und Leistungsbeurteilung von Universitätsprofessoren, die der Fakultätsrat, das heißt eine Gruppe von Wissenschaftlern, vornehmen muss. Dabei dürfen solche Dinge wie der sogenannten „Volkswille“ des allgemeinen Volkes oder politische Motive von Politikern keine Rolle spielen. Dementsprechend liegt im gegenwärtigen japanischen System die gesamte Personalführungskompetenz für die Richter der unteren Instanzen (an den Obergerichten, Distriktgerichten, Familiengerichten und summarischen Gerichten) in materieller Hinsicht beim Obersten Gerichtshof.

Nach der Verfassung werden die Richter vom Kabinett ernannt. Die Ernennung erfolgt „auf Grund einer Vorschlagsliste des Obersten Gerichtshofs“ (Art. 80 Satz 1 der Japanischen Verfassung).<sup>12</sup> Die letzte Entscheidungskompetenz in Angelegenheiten der Personalverwaltung der Richter ist die aus 15 Richtern bestehende Richterversammlung, aber im Obersten

---

12 Übersetzung aus: RÖHL (Fn. 2) 135 (Anm. d. Übers.).

Gerichtshof existiert eine selbstständige, von der Verwaltung des Justizministeriums völlig unabhängige Geschäftsabteilung, dort werden die Vorlagen erstellt. Die Gesamtzahl der Mitarbeiter der Geschäftsabteilung beträgt zurzeit in etwa 700 Personen. Angefangen beim Generaldirektor werden die Stellen der Abteilungsleiter<sup>13</sup> und viele Stellen der Leiter der Unterabteilungen alle mit Berufsrichtern besetzt. Auch die Personalkompetenz für diese Personen liegt natürlich beim Obersten Gerichtshof. Auf diese Weise wird die Unabhängigkeit der Judikative im Bereich der Personalverwaltung von Richtern als unantastbare Größe aufrechterhalten.

Wenn es aber andererseits um die Personalentscheidungen über die Richter am Obersten Gerichtshof geht, der ja das Gericht höchster Instanz ist, unterscheidet sich, wie oben dargelegt, ihre Situation bereits von derjenigen der Gerichte der unteren Instanzen in dem Punkt, dass bei ihrer Amtsführung von ihnen nicht etwa Urteile von sozusagen *Meistern* ihres Faches erwartet werden, sondern eher der besonders hoch entwickelte *common sense* von Weisen. Weil aber den Richtern am Obersten Gerichtshof die Kompetenz erteilt worden ist, die Gesetze, die das Parlament, „das höchste Organ der Staatsgewalt“, verabschiedet hat, für verfassungswidrig zu erklären, (die Kompetenz zur Feststellung der Verfassungswidrigkeit von Gesetzen) und sie somit außerordentlich mächtige Träger der höchsten Staatsgewalt sind, entsteht bei ihrer Personalverwaltung die Frage, ob das z. B. auch so weit gehen darf, dass sich darin der Wille des allgemeinen Volkes und damit auch der Wille des Parlaments oder des Kabinetts, die es repräsentieren, überhaupt nicht widerspiegeln. Für dieses Problem hat das geltende japanische System, wie im Folgenden aufgezeigt werden soll, eine subtile Lösung gefunden.

1. Zunächst einmal ist in der Verfassung vorgesehen, dass die Richter am Obersten Gerichtshof vom Kabinett ernannt werden (Art. 79 Abs. 1). Hinsichtlich des Präsidenten des Obersten Gerichtshofs ist bestimmt, dass der Kaiser ihn auf Benennung durch das Kabinett ernannt (Art. 6 Abs. 2 der Japanischen Verfassung).<sup>14</sup> Weil Japan ein parlamentarisches Regierungssystem hat, bedeutet dies, dass sich auf diese Weise der Wille der Mehrheit im Parlament (in diesem Sinne der Wille des Volkes) widerspiegeln kann. Weil es in der Tat andererseits auch die vorhin erwähnte Forderung nach der Absicherung der Unabhängigkeit der Judikative gibt, handelt es sich

---

13 Es gibt sieben Abteilungen, nämlich die Allgemeine Abteilung, die Personalabteilung, die Buchhaltungsabteilung, die Zivilabteilung, die Verwaltungsabteilung, die Strafsachenabteilung, und die Familienabteilung. Zurzeit hat eine Person die Positionen des Leiters der Zivilabteilung und des Leiters der Verwaltungsabteilung inne.

14 Die Terminologie folgt der bei RÖHL (Fn. 2) 94 (Anm. d. Übers.).

hier um ein subtiles Gleichgewicht, und der Ministerpräsident entscheidet de facto nach Anhörung des Präsidenten des Obersten Gerichtshofs. So ist das System, aber die Einzelheiten dieses Verfahrens werden völlig geheim gehalten, spielen sich also vollständig in einer *black box* ab. Es scheint durchaus Fälle gegeben zu haben, in denen das Kabinett gegenüber dem Kandidaten, den der Oberste Gerichtshof nominiert hatte, wegen dessen politischer Haltung Vorbehalte hatte und mit ihm nicht einverstanden war. In den Jahren zwischen 1960 und 1970, einer Zeit, in der auch im Volk die ideologischen Gegensätze zwischen Links und Rechts sehr heftig waren, war die politische Ernennung von Richtern am Obersten Gerichtshof, die die Linie des Kabinetts widerspiegelte, gelegentlich ziemlich problematisch. Ich finde, dass heutzutage solche Probleme kaum noch auftreten. Wahrscheinlich kann man sagen, dass dies auf die derzeit in der japanischen Gesellschaft herrschende politische Ruhe zurückzuführen ist.

2. Ein weiteres bemerkenswertes System ist die von der Verfassung vorgesehene Prüfung von Richtern des Obersten Gerichtshofs durch das Volk. Die Japanische Verfassung bestimmt in ihrem Art. 79, dass die Richter am Obersten Gerichtshof vom Ministerpräsidenten ernannt werden (Art. 79 Abs. 1). Weiter heißt es dann „Die Ernennung der Richter des Obersten Gerichtshofs unterliegt der Prüfung durch das Volk bei Gelegenheit der ersten auf die Ernennung folgenden allgemeinen Wahl der Mitglieder des Unterhauses“ (Art. 79 Abs. 2).<sup>15</sup> Die Existenz dieses Systems ergibt sich auch aus der Idee, die Demokratie bei der Ernennung von Richtern des Obersten Gerichtshofs aufrechtzuerhalten, und als deren Voraussetzung werden nach meiner Meinung, wie bereits ausgeführt, von den Richtern am Obersten Gerichtshof eher nicht Fachwissen und fachliche Fähigkeiten von Berufsrichtern, sondern der „gesunden Menschenverstand von Weisen“ verlangt. Das allgemeine Volk kann nicht ausreichend beurteilen, ob die betreffenden Richter über eine fachliche Urteilsfähigkeit als Richter verfügen oder nicht. Ich glaube aber, dass das Volk einschätzen kann, ob die Entscheidungen dieser Richter gegen den gesellschaftlichen „gesunden Menschenverstand“ verstoßen haben oder nicht.

Diese Volksprüfung muss alle zehn Jahre nach der Ernennung wiederholt werden, aber weil es de facto keine Fälle gibt, in denen Richter am Obersten Gerichtshof vor ihrem 60. Lebensjahr ernannt wurden, wird ein Richter während seiner Amtszeit im Allgemeinen nur einmal durch das Volk geprüft. Weil die Amtszeit von Abgeordneten des Unterhauses nur vier Jahre beträgt, könnte ein Richter, der im Alter von über 66 Jahren ernannt wurde, seine Amtszeit beenden, ohne jemals eine Prüfung durch das Volk erlebt zu

---

15 Übersetzung aus: RÖHL (Fn. 2) 134 (Anm. d. Übers.).

haben, wenn das Unterhaus während seiner Amtszeit kein einziges Mal aufgelöst wurde, aber bisher hat es noch keinen derartigen Fall gegeben.

Das geltende System sieht vor, dass man bei der Wahl zum Unterhaus im Wahllokal ebenfalls den Stimmzettel für die Prüfung der Richter am Obersten Gerichtshof durch das Volk ausgehändigt erhält. Auf diesem Stimmzettel sind die Namen der Richter aufgelistet, die zur Prüfung anstehen. Wenn man findet, dass ein Richter ausscheiden soll, kreuzt man sein Kästchen an. Wenn die Zahl der angekreuzten Stimmzettel diejenige der nicht angekreuzten übersteigt, wird der betreffende Richter entlassen. In dem Sinne, dass das Volk an der Ernennung der Richter des Obersten Gerichtshof direkt beteiligt ist, ist dies ein wichtiges und beachtenswertes System, aber es hat einen sehr schlechten Ruf, und es heißt immer, dass es abgeschafft oder geändert werden muss. Die häufig an seiner Wirksamkeit geäußerte Kritik betrifft konkret z.B. die folgenden Punkte: Erstens wird bei der Abstimmung das Kreuz nicht bei dem Richter gemacht, dessen Ernennung man bestätigen will, sondern bei dem Richter, von dem man will, dass er ausscheidet. Wenn man sich nicht entscheiden kann, ob ein Richter ausscheiden oder im Amt verbleiben soll, macht man selbstverständlich kein Kreuz, was aber im Ergebnis eine Bestätigung bedeutet. Obwohl die Namen der Richter am Obersten Gerichtshof ordnungsgemäß aufgelistet sind, haben zweitens die allermeisten Japaner fast überhaupt keine Ahnung, was für Menschen diese Richter sind, was sie denken, und was für Urteile sie bisher gefällt haben. Deshalb treffen sie keine Entscheidung und geben Stimmzettel ohne Kreuze ab.

Im Gegensatz zu Politikern haben Richter am Obersten Gerichtshof, aber auch alle übrigen Richter praktisch kaum eine Gelegenheit, im Fernsehen oder anderen Massenmedien aufzutreten. Darüber hinaus haben viele Japaner im Alltag fast keinen Kontakt zu den Gerichten (anders als zum Finanzamt oder zur Polizei). Deshalb sind für die Durchschnittsbürger Richter und erst recht Richter am Obersten Gerichtshof Menschen, zu denen sie gefühlt überhaupt keine Beziehung haben. Während der Name des jetzigen Ministerpräsidenten den allermeisten Japanern bekannt sein dürfte, dürften wahrscheinlich nicht einmal 10 Prozent aller Japaner den Namen des Präsidenten des Obersten Gerichtshofs kennen.

Seit dieses System nach dem Zweiten Weltkrieg eingeführt wurde, hat es bis zum heutigen Tage nicht einen einzigen Richter am Obersten Gerichtshof gegeben, der aufgrund dieses Systems entlassen wurde. Der bisher höchste Anteil der Stimmen für die Entlassung eines Richters betrug 17 Prozent, in der letzten Zeit verharrt dieser Anteil bei 7 bis 9 Prozent. Deshalb sind dazu von allen Seiten verschiedene Meinungen zu hören, wie dass dieses System sinnlos sei, dass man es doch endlich abschaffen solle, dass man die Abstimmungsmethode ändern solle, dass man dem Volk mehr In-

formationen über die Person der einzelnen Richter geben solle, und so weiter. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt ist der Oberste Gerichtshof ebenfalls bestrebt, das Volk besser zu informieren, und nutzt dazu verschiedene Möglichkeiten, wie u. a. die Veröffentlichung von Nachrichten und die Erstellung einer Homepage.

Es gibt auch Pläne, an Stelle des Volksprüfungssystems oder zusätzlich dazu Systeme einzuführen, die den Willen des Volkes bei der Ernennung von Richtern am Obersten Gerichtshof effektiver widerspiegeln (unter anderem z. B. die Einrichtung von Beratungsausschüssen für die Ernennung von Richtern, die es bei den Richtern der unteren Instanzen heute schon gibt,) aber heute will ich mich nicht weiter mit der Prüfung dieser Systemreformen beschäftigen.

Soll man sich gerichtliche Entscheidungen als ein spezielle Fachurteile vorstellen, die Experten aufgrund ihrer fachlichen Techniken und Erfahrungen fällen, die in diesem Sinne die Fähigkeiten von Laien übersteigen, oder als Urteile, die ihrem Wesen nach auf dem in der Gesellschaft vorhandenem gesunden Menschenverstand beruhen? Wie wir vorhin anhand des Beispiels der Richter am Japanischen Obersten Gerichtshofs gesehen haben, hat die Antwort auf diese Frage einen großen Einfluss auf die Beschaffenheit des Gerichtssystems. Wie wir vorhin gesehen haben, entsprechen in Japan von jeher die Richter der unteren Gerichte der ersten Kategorie. Um aber bei Urteilen, die eine Gruppe von Fachleuten gefällt hat, eine Abweichung, das heißt eine Entfremdung von dem in der Gesellschaft vorhandenen gesunden Menschenverstand zu verhindern, wird ihre Endkontrolle durch die „Weisen“ des Obersten Gerichtshofs, der die höchste Instanz ist, ausgeübt. Das japanische Gerichtssystem beruht auf eben dieser Grundstruktur. Jedoch sind auch diese Urteile des Obersten Gerichtshofs die Urteile von „Weisen“, die anders als die normalen Bürger sind. Aus der Sicht der Normalbürger sind diese Urteile von Leuten aus einer anderen Welt, die in keinerlei Beziehung zu ihnen stehen, gefällt worden (wie man der Realität des vorhin vorgestellten Systems der Volksprüfung entnehmen kann), nämlich von Wesen, die überhaupt nicht zu ihrem wirklichen Leben gehören. Und deshalb glaube ich, dass viele Japaner von jeher meinen, dass „Urteile eben so sind, wie sie sind.“ Ihre Meinung dazu lautet: „Die schwierigen Streitfragen der Welt sollen doch am besten von irgendwelchen „bedeutenden Persönlichkeiten“ angemessen entschieden werden. Die Normalbürger sollten sich damit besser nicht befassen. „Bedeutende Persönlichkeiten“ sind allein dazu auf der Welt, um schwierige Fälle angemessen zu beurteilen. Das ist ihre Pflicht und Schuldigkeit. Wir Normalbürger brauchen uns damit nicht zu belasten.“ Ich finde, dass man durchaus unterschiedliche Argumente darüber vorbringen kann, woher diese Einstellung kommt. Es ist aber interessant, dass heutzutage in Japan der außerordentlich mutige

Versuch unternommen wird, dieses „passive Denken“ gegenüber der Rechtspflege und der Justiz grundlegend zu ändern. Ich meine damit die Einführung des Schöffensystems im Mai 2009. Da aber auch Herr Ōtani, der Präsident des Obersten Gerichtshofs, in seinem Grußwort über dieses System gesprochen hat, möchte ich nur ein paar kurze Sätze zu diesem Thema sagen.

Über das Schöffensystem lässt sich nur schwer voraussagen, ob und in welcher Form es in der japanischen Realität Wurzeln schlagen wird. Aber wie dem auch immer sei, ich glaube, dass es sich offensichtlich nicht leugnen lässt, dass eine Tendenz besteht, nach der Legislative und der Exekutive auch die Ausübung der Judikative zur „Sache des Volkes“ zu machen. Das kann man auch daran erkennen, dass in der gegenwärtigen japanischen Gesellschaft im Laufe der Zeit der Ruf nach der Zugänglichkeit von Informationen und der Transparenz von Ermittlungen, mithin nach der „Verwirklichung einer offenen Justiz“ immer stärker wird. Ich glaube, dass es angesichts dieser Tendenz nicht bei der bisherigen Erwartung gegenüber den Richtern am Obersten Gerichtshof bleibt, dass sie wie ein Orakel einseitig „Urteile von Weisen“ verkünden, sondern dass sie sich auch anstrengen sollen, dem allgemeinen Volk in leicht verständlichen Worten und logisch zu erläutern, warum sie zu ihrem jeweiligen Urteil gelangt sind.

Und damit möchte ich meinen heutigen Vortrag beschließen. Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit.



## **Strafrecht**



# Sicherheit und Freiheit in der globalisierten Risikogesellschaft

Die Sicht des japanischen Rechts

*Makoto Ida*\*

Einleitung

- I. Warum ist Sicherheit so wichtig geworden?
  - II. Unfälle, Katastrophen und Fahrlässigkeitsdogmatik
  - III. Probleme um das Spannungsverhältnis von Sicherheit und Freiheit
- Schluss

## EINLEITUNG

Sicherheit ist in Japan seit über 20 Jahren ein besonders wichtiges gesellschaftliches Thema. Die Parole „*for a safe and secure society*“ bekommt man heute immer und überall zu hören. Die Sicherheit bedeutet hier, dass Leben, Körper, Gesundheit und andere wichtige Rechtsgüter des Bürgers vor Bedrohungen, die, wie kriminelle Handlungen, Terroraktivitäten, Unfälle oder Naturkatastrophen, ganz vielfältiger Art sein können, unversehrt bleiben. Im Grundrechtskatalog der japanischen Verfassung von 1946 gibt es kein ausdrückliches Grundrecht auf Sicherheit. An dem gegenwärtigen Ruf nach Sicherheit ist bemerkenswert, dass der Staat nicht nur legitimiert, sondern auch verpflichtet werden soll, für die Sicherheit der Bürger bestimmte Maßnahmen verwaltungsrechtlicher oder strafrechtlicher Natur zu ergreifen. Es handelt sich hier um einen Legitimations- sowie Verpflichtungsgrund zur aktiven staatlichen Risikominimierung. Sofern damit Eingriffe in die bürgerlichen Freiheiten und die Privatsphäre verbunden sind, ist zu fragen, ob und inwieweit die Sicherheit auch auf Kosten dieser Freiheiten geschützt werden darf und soll. Die hier zur Erörterung stehende Problematik hat deshalb eine gängige Formulierung gefunden: „*Sicherheit versus Freiheit*“.

In diesem 30-minütigen Vortrag werde ich mir zunächst Gedanken über die Ursachen der Beeinträchtigung des Sicherheitsgefühls unter der Bevölkerung machen. Im zweiten Teil werde ich dann kurz berichten, dass und

---

\* Prof. Dr. Dres. h. c. Makoto Ida, Chūō University Law School, Tōkyō.  
Die Vortragsfassung ist beibehalten.

wie die japanischen Strafrjuristen sich bisher mit ihrer Fahrlässigkeitsdogmatik um die strafrechtliche Aufarbeitung großer Unfälle und Katastrophen bemüht haben. Im darauffolgenden, umfangreicheren Teil werde ich auf die grundsätzliche Frage, wie man den strafrechtlichen Sicherheitsschutz und die Garantie der bürgerlichen Freiheiten miteinander koordinieren sollte, eingehen. Mit einem kurzen Schlusswort werde ich zum Ende kommen.

## I. WARUM IST SICHERHEIT SO WICHTIG GEWORDEN?

Das Bedürfnis nach Sicherheit hat seine Ursache in einer ständigen Besorgnis des Menschen in der modernen Gesellschaft. Die hoch industrialisierte und technisierte Gesellschaft ist so komplex geworden, dass sie für den Einzelnen nur noch eine große „Black Box“, ein unheimliches Wesen, ist. Unser Sozialleben ist weitgehend vom unreflektierten Vertrauen der Menschen zueinander und von unzähligen, eigentlich fragilen, technischen Einrichtungen abhängig. Hinzu kommen Bedrohungen der Natur, von Erdbeben über die zerstörte Ozonschicht bis hin zu Pandemien, die der menschlichen Kontrolle mehr oder weniger entzogen sind. Weiterhin ist das Schadenspotential, das auf dem Handeln Einzelner wie auf Naturkatastrophen beruht, enorm gewachsen. Wir haben den schönen Glauben, dass künftiges Geschehen ganz grundsätzlich voraussehbar und beherrschbar ist, inzwischen verloren. Angesichts einer explosiven Zunahme von Informationen ist das Gefühl, dass Entscheidungen getroffen werden müssen, deren Folgen nicht absehbar sind, ein alltägliches Vorkommnis geworden. Die in den Medien berichteten Fälle von Schwerekriminalität, Verkehrs- und Betriebsunfällen, der Umweltverschmutzung, der Lebensmittel- und Medikamentenvergiftung und der Naturkatastrophen erregen und verstärken das Gefühl der Unsicherheit in der Bevölkerung. Die Serienstraftaten, die insbesondere 1994 und 1995 von der sog. *Aum-Sekte* verübt wurden, und das Jahrtausenderdbeben, das 2011 Nordost-Japan heimsuchte und verwüstete, das Leben von über 15 000 Menschen kostete und die AKW-Katastrophe in *Fukushima* verursachte, waren Beispiele der schlimmsten Ereignisse, die das Sicherheitsgefühl der Japaner besonders stark erschüttert haben.

Die Schwierigkeiten, die uns Juristen die Entwicklung zum Sicherheitsstaat bereitet, liegen vornehmlich darin, dass das Gefühl, andauernd Risiken ausgesetzt zu sein, einerseits durchaus sachlich begründet ist, sich aber andererseits dieses Risiko nicht immer empirisch robust nachweisen lässt und sogar teilweise das Produkt grundloser Einbildung sein kann. Besonders problematisch ist, dass mit der unter der Bevölkerung verbreiteten Besorgnis oft emotionale und irrationale Züge verbunden sind, die auf empirische Beweise und nüchterne Abwägung von Nutzen und Schaden wenig Rücksicht nehmen. Das zeigt sich auf exemplarische Weise bei der Krimi-

nalitätswahrnehmung sowie -furcht. Betrachtet man die gegenwärtige Kriminalitätslage in Japan, so weisen die schweren Delikte ziemlich stabile und im internationalen Vergleich auffallend niedrige Zahlen auf. Trotzdem werden in der japanischen Öffentlichkeit die Bedrohung durch Kriminalität und Mängel in der Sicherheit immer wieder unterstrichen.

Die Forderung nach Sicherheit wirft hier deshalb eines der schwierigsten Probleme auf: Bei der Einschätzung der Gefahr und der Prüfung der Schädlichkeit eines zu regulierenden Verhaltens und der Effizienz von Gegenmaßnahmen geraten die Strafrechtler des Öfteren in eine Lage, in der von wissenschaftlichen Beweisen im strengen Sinne nicht gesprochen werden kann. Die Rede von der Beweislast ist hier fehl am Platz. Ich sage ganz allgemein: Wenn die Gefahr- und Schadensprognose des Täterverhaltens oder die Effizienz einer strafrechtlichen Maßnahme empirisch ungesichert sind und wir dann mangels einer robusten Beweisführung eine Maßnahme zurückstellen – Stichwort: „in dubio pro libertate“ –, gehen wir dann notgedrungen ein Risiko für die Bürger, d.h. die potentiellen Opfer, ein. Es ist nicht so, dass das Strafrecht einseitig die Freiheiten der Bürger einschränken würde, sondern das Strafrecht verteilt die Freiheiten unter den Bürgern. Sich auf ein Minimum an Grundrechtseingriffen beschränken zu wollen, kann zu einem ungleichen Rechtsgüterschutz zu Lasten des weniger wohlhabenden Teils der Bevölkerung führen, da reiche Bürger sich dann durch einen privaten Sicherheitsdienst oder generell durch die Auswahl weniger riskanter Lebensbedingungen schützen können.

## II. UNFÄLLE, KATASTROPHEN UND FAHRLÄSSIGKEITSDOGMATIK

Ein besonders wichtiger Aspekt des strafrechtlichen Sicherheitsschutzes in der heutigen „Risikogesellschaft“ besteht darin, den großen Unfällen und Katastrophen, wenn und insoweit sie auf menschlichem Versagen beruhen, entgegenzuwirken. So wird in Japan von Anfang an *nicht* bezweifelt, dass die Verantwortlichen etwa für Explosionsunfälle, die Herstellung oder den Vertrieb mangelhafter Produkte oder Brände von großen Gebäuden wie Hotels, Kaufhäusern oder Krankenhäusern nicht nur zivilrechtlich, sondern auch strafrechtlich zur Rechenschaft gezogen werden müssen. Dabei zeigt sich allerdings deutlich die grundsätzliche Schwierigkeit, die sich ergibt, wenn man mit dem herkömmlichen, am einzelnen Individuum orientierten Strafrecht der Unternehmenskriminalität entgentreten will. Unser heutiges Strafrecht knüpft an die Einzeltat des individuellen Täters und an seine persönliche Schuld an. Eine adäquate strafrechtliche Erfassung macht uns große Mühe, wenn Individuen in das Kollektiv eingebunden, unter Ressorts- und Arbeitsteilung und mit einer an sich rechtmäßigen Zielsetzung tätig geworden sind.

Damit die Strafverfolgung sich nicht nur an die sich am Unfallort betätigenden Personen richtet, d. h. auf die unterste Ebene der Firma beschränkt bleibt, sondern auch eine fahrlässige Strafbarkeit der für die Unfallvorbeugung verantwortlichen leitenden Personen des Unternehmens begründet werden kann, haben die Lehre und Rechtsprechung in Japan die Rechtsfigur der Organisations- und Aufsichtsfahrlässigkeit entwickelt. Von einer Organisationsfahrlässigkeit spricht man, wenn sich ein deliktischer Erfolg auf einen Organisationsfehler, der sowohl in personellen als auch in sachlichen Mängeln bestehen kann, zurückführen lässt. Und um eine Aufsichtsfahrlässigkeit handelt es sich in den Fällen, bei denen sich eine Nachlässigkeit einer vorgesetzten Person bei der Aufsicht über ein gefahrträchtiges Handeln einer ihr unterstehenden Person feststellen lässt.

Die Rechtsfigur der Organisations- und Aufsichtsfahrlässigkeit bietet den japanischen Strafrechtswissenschaftlern das Handwerkzeug, das ihnen die strafrechtliche Aufarbeitung großer Unfälle und Katastrophen ermöglicht. Bezüglich dieser Rechtsfigur stellen sich freilich eine Reihe von dogmatischen Fragen, insbesondere über die Voraussehbarkeit des schädigenden Erfolgs einerseits und die Konkretisierung der strafrechtlichen Sorgfaltspflicht der firmenleitenden Personen andererseits.

Ein besonders aktuelles Beispiel liefert die AKW-Katastrophe in Fukushima. Im Jahre 2016 wurde Anklage gegen drei frühere Tepco-Führungskräfte erhoben und das Strafverfahren ist jetzt am Distriktgericht Tōkyō anhängig. Ihnen wird nicht etwa die Verursachung der Nuklearschäden zum Vorwurf gemacht, sondern sie sind insbesondere wegen fahrlässiger Tötung von 44 – meistens älteren – Patienten angeklagt worden, die aus einem Krankenhaus in der Nähe des Kernkraftwerks evakuiert werden mussten und während des Transports oder gleich nach dem Transport auf Grund ungenügender medizinischer Behandlung starben. Erwähnenswert ist, dass es erst durch eine Art von Klageerzwingungsverfahren zur Anklage gekommen ist: Die Staatsanwaltschaft war der Auffassung, dass die Tepco-Manager nicht verurteilt werden könnten und entschied gegen eine Anklage. Aber die Überprüfungscommission verwarf diese Entscheidung und ordnete die Anklage an. Die Rolle des Staatsanwalts übernimmt jetzt ein Team von Rechtsanwälten.

Es steht außer Streit, dass vor dem Zeitpunkt des 11. März 2011 die statistische Möglichkeit einer Tsunami-Katastrophe dieses Ausmaßes durchaus bekannt war und Tepco nicht die angemessenen Vorkehrungen dagegen getroffen hatte. Bereits im Jahre 2008 kam die zuständige Abteilung bei Tepco zum Ergebnis, dass man theoretisch mit einer 15,7 Meter hohen Tsunamiwelle rechnen kann, und schlug vor, dementsprechende Vorkehrungen zu treffen. Fraglich ist aber, ob auf Grund dieser statistischen Möglichkeit bestimmte Maßnahmen zur Verhinderung einer Nuklearkatastrophe, die der

Firma enorme Kosten auferlegt hätten, – vom strafrechtlichen Standpunkt – geboten gewesen wären und ob die einzelnen Angeklagten so große Durchsetzungsmacht in der Firma hatten, dass sie gegen die feststehenden Unternehmensrichtlinien diese Maßnahmen hätten auch durchsetzen können.

Insgesamt zeigt sich hier, welche Schwierigkeiten das traditionelle, am Individuum orientierte Strafrecht bei der Bekämpfung der Unternehmenskriminalität hat und wie wenig das Strafrecht – im Gegensatz zu den verwaltungsrechtlichen Regulierungen – zum Sicherheitsschutz beitragen kann.

### III. PROBLEME UM DAS SPANNUNGSVERHÄLTNIS VON SICHERHEIT UND FREIHEIT

1. Die heutige Diskussionslage erscheint aus historischer Sicht eigenartig. Der linksliberale Zeitgeist, der in der Diskussion der Nachkriegsjahre herrschte, stand einem staatlichen Eingriff in die bürgerlichen Freiheiten im Interesse der Öffentlichkeit ganz grundsätzlich kritisch gegenüber. Man denke etwa daran, dass in Japan in den 1970er Jahren mehrfache Versuche, die Maßregeln der Sicherung und Besserung ins Strafgesetz einzuführen, nach massiver Kritik, dass sie den uneingeschränkten Freiheitentzug auf Grund einer unzuverlässigen Gefahrprognose ermöglichten, scheiterten und bis 2003 keine justiziellen Maßnahmen gegen psychisch kranke Straftäter existierten. Heute sind demgegenüber auch im früheren linksliberalen Lager laute Stimmen vernehmbar, die insbesondere zum Schutz von sozial Schwachen wie Frauen und Kindern einer frühen polizeilichen Intervention, der Vorfeldkriminalisierung und der Strafverschärfung das Wort reden. In der Frage „Sicherheit oder Freiheit“ verlaufen die Diskussionslinien inzwischen quer zu den überkommenen politischen Lagern links und rechts.

2. Bezüglich des Spannungsverhältnisses zwischen Sicherheit und Freiheit gibt es manche klärungsbedürftigen Probleme. Hier möchte ich aber aus Zeitgründen nur zwei Punkte herausgreifen und jeweils kurz erläutern:

a) Der erste Punkt: *Vorverlagerung der Strafbarkeit*. Die Entwicklung zu einem präventiven Sicherheitsstaat hat im Strafrecht zur Folge, dass man dazu neigt, die staatliche Einmischung mittels des Strafrechts in einem immer früheren Stadium zuzulassen und damit den Strafbarkeitsbereich nach vorne auszudehnen. Die traditionelle Vorstellung vom Strafrecht war dadurch gekennzeichnet, dass die Strafe ihrem Wesen nach Zufügung eines Übels, eine dem Straftäter retrospektiv zuzufügende Rechtsgutsverletzung, darstellt, und eine Straftat, ein anderes Übel, das der Täter schuldhaft bewirkt hat, zur Voraussetzung hat. Die Vorverlagerung der Strafbarkeit scheint jedoch nicht so sehr um einer retrospektiven Bestrafung willen, als

vielmehr zum Zweck der Gefahrenabwehr, d.h. einer möglichst frühen polizeilichen Einmischung, gefordert zu sein. Die Akzentverschiebung von der Repression zur Prävention innerhalb des materiellen Strafrechts schreitet parallel zur prozessrechtlichen Tendenz der Verwischung zwischen den ermittelnden und den präventiven Tätigkeiten der Polizei immer weiter fort.

Diese Tendenz der Vorfeldkriminalisierung insbesondere mittels der Vorbereitungsdelikte und der abstrakten Gefährdungsdelikte ist in Japan seit den 1990er Jahren immer mehr in den Vordergrund getreten, etwa im Wirtschaftsstrafrecht, insbesondere im Bereich der Cybercrime-Delikte. Das Gesetz über das Verbot des unbefugten Zugangs zu einem von einem anderen betriebenen Computersystem von 1999, das in Japan bei der Bekämpfung der Cyber- und Netzwerkkriminalität eine zentrale Rolle spielt, stellt beispielsweise auch den Erwerb und das Aufbewahren einer Benutzer-ID oder des Passworts Fremder unter Strafe. Dass die Cybercrime-Delikte ein enormes Schadenspotential besitzen, beruht nicht auf grundloser bloßer Imagination, sondern dürfte eine unbezweifelbare Realität sein. Die wirklich ernste Vorverlagerungsproblematik bei den Cybercrime-Delikten kann man nicht so sehr in der zeitlichen Distanz bis zur Rechtsgutsverletzung, als vielmehr in der Verflüssigung der Grenzen zwischen legalem und illegalem Verhalten sehen. Diese *Verflüssigungstendenz* taucht in zwei verschiedenen Erscheinungsformen auf. Erstens werden an sich neutrale oder „zweideutige“ Handlungen unter Strafe gestellt, die erst durch die Zweckrichtung des Täters oder wegen der Wahrscheinlichkeit einer dadurch hervorgerufenen Rechtsgutsverletzung im konkreten Fall ein strafwürdiges Unrecht konstituieren. Die Problematik der sog. Dual-Use-Produkte ist hier einschlägig. Ein bekannter Fall ist der sog. *Winnie-Fall*. Zweitens wird mit der Vorfeldkriminalisierung der Staat in der Lage sein, in die Privatsphäre des Individuums, etwa ins Arbeitszimmer zu Hause, ins Wohn- oder Schlafzimmer, wo immer auch man den PC benutzen kann, einzudringen und die Fingerbewegungen eines PC-Benutzers, die äußerlich gesehen gar nichts Außergewöhnliches sind, unter Strafe zu stellen. Das ist auch deshalb problematisch, weil heute für die Menschen der PC und seine Nutzung eine Erweiterung der Privatsphäre darstellt. Das Verflüssigungsphänomen in dieser Richtung bringt insbesondere mannigfaltige prozessrechtliche Probleme mit sich.

Bei der Anwendung des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips auf die Vorverlagerungsproblematik ist die Frage, ob zur Vermeidung einer entfernten, mehr oder weniger wahrscheinlichen Gefahr ein Eingriff in die Grundrechte gerechtfertigt ist, von zentraler Bedeutung. Diese Frage kann m.E. dann bejaht werden, wenn das Verbot eines in diesem Sinne entfernt-gefährlichen Verhaltens nur die Keime späterer gravierender Rechtsgutsverletzungen erfasst und die mehr oder weniger sozial tolerierten oder sogar völlig ordnungsgemäßen Handlungen nicht in seinen An-

wendungsbereich einbezieht, d. h. eine Abgrenzung somit möglich ist. Ein Beispiel eines relativ genau bestimmten Verbots in diesem Sinne findet man in der waffengesetzlichen Regulierung. In Japan wird durch das Waffengesetz von 1958 Privatpersonen Handel, Erwerb und Besitz, Aufbewahrung sowie Gebrauch von Waffen mit strikten Ausnahmen bei strenger Strafe verboten. Man sagt, dass in Japan nach Malaysia das weltweit zweitstrengste Waffengesetz gilt. Dagegen sind bisher – das würde in den USA etwas anders sein – keine verfassungsrechtlichen Bedenken geäußert worden.

Über das Verbot eines entfernt-gefährlichen Verhaltens ist insbesondere in Bezug auf die Bekämpfung der Organisierten Kriminalität einschließlich von Terroraktivitäten lebhaft diskutiert worden. Das UNO-Übereinkommen gegen transnationale Organisierte Kriminalität von 2000, die sog. *Palermo-Konvention*, fordert die Mitgliedstaaten auf, im Wege der gemeinsamen weltweiten Bekämpfung der Organisierten Kriminalität die Strafbarkeit weitgehend vorzuverlegen, d. h. Strafvorschriften bereitzuhalten, die die Beteiligung an einer kriminellen Organisation oder die Verabredung zur organisierten Ausführung schwerer Straftaten unter Strafe stellen. Während Deutschland bereits 2006 diese internationale Übereinkunft ratifiziert hatte, hat Japan bis zum Sommer 2017 gebraucht, um nach einem über 10 Jahre lang heiß geführten Streit schließlich diese UNO-Konvention zu ratifizieren. Hierzu ist zweierlei zu bemerken. *Erstens*: Im Vergleich zum deutschen Strafrecht, dessen Vorverlagerungstendenz weit fortgeschritten ist, ist das japanische durch eine erfolgs- bzw. schadensorientierte, d. h. erst im späteren Stadium eintretende Strafbarkeit gekennzeichnet. Um den Forderungen der Palermo-Konvention zu genügen, musste Japan eine großangelegte Reform vornehmen und ein neues Gesetz für eine umfassende Kriminalisierung schaffen, was einen weiten Sprung für Japan bedeutete. *Zweitens*: Die Palermo-Konvention suchte angesichts der transnationalen Tätigkeiten der Organisierten eine globale Vorverlagerung umfassender Art zu verwirklichen, damit keine Regelungslücke auf dem Weltatlas entstehe. Für Japan, das durch die Organisierte Kriminalität nicht so stark belastet ist wie andere Länder, bedeutete das, dass die Japaner dementsprechend kriminalisieren mussten, obwohl in rein nationaler Sicht für eine derartige umfassende Kriminalisierung nicht unbedingt eine empirisch fundierte Notwendigkeit bestand. Andererseits hat das neue Gesetz, das letztes Jahr entstanden ist, sehr restriktive Voraussetzungen kumulativer Art statuiert, nämlich erstens die Bildung einer kriminellen Organisation, zweitens gemeinsame Verabredung zur Ausführung einer bestimmten schweren Straftat und drittens gewisse Vorbereitungshandlungen. Mir scheint, dass man hier der Gefahr der Erosion, die darin liegt, dass auch Personen und ihre Handlungen, die man bei den Bemühungen, die Organisierte Kriminalität zu be-

kämpfen, eigentlich nicht im Auge hat, in die Strafbarkeit mit einbezogen werden würden, weitestgehend vorgebeugt hat.

Ich möchte in aller Eile noch die gegenwärtigen Vorverlagerungstendenzen in Japan insgesamt kurz charakterisieren. Die bisherige Vorfeldkriminalisierung in Japan war entweder durch das Erfordernis der Auffälligkeit des Tatobjekts wie dies bei Waffen, Sprengstoff, Rauschgift, unzüchtigen Schriften, einer unechten Urkunde, einer gestohlenen Sache usw. oder durch das Verlangen eines subjektiven Tatbestandsmerkmals wie der Absicht des Täters, damit das Hauptdelikt auszuführen, gekennzeichnet. Diese beiden Schranken ermöglichen m.E. – jedenfalls in Japan – einen effektiven Schutz vor Missbrauch der Strafgewalt. Bei der neueren japanischen Strafgesetzgebung jedoch werden diese Strafbarkeitseinschränkungen immer weniger beachtet. Damit geht die gesetzgeberische Strategie einher, das zu schützende Rechtsgut abstrakt zu begreifen und dort anzusiedeln, wo empirische Überlegungen zur Gefährlichkeit oder Sozialschädlichkeit des Verhaltens wenig Aussagekraft haben. Beispiele dafür liefert die häufige Rede von der Menschenwürde in der Bio- oder Gentechnik oder vom öffentlichen Vertrauen in die digitale Infrastruktur bei der Bekämpfung der Cyber- und Netzwerkkriminalität. Aus alledem lässt sich konstatieren, dass die heutige Vorfeldkriminalisierung in Japan mehrere Eigenschaften aufweist, die bisher nicht bekannt waren, so dass die japanische Strafgesetzgebung insgesamt bereits in ein neues Stadium eingetreten ist.

b) Der zweite Punkt: *Entwicklung zum Überwachungsstaat?* Im japanischen Strafverfahren sind inzwischen die Video-Aufnahmen von großflächig im öffentlichen Raum installierten Überwachungskameras – neben dem Gebrauch der DNA-Muster-Untersuchung – zu einer ganz zentralen Ermittlungs- und Identifizierungsmethode avanciert. In der Tat hat die Zahl der Überwachungskameras insbesondere seit den 1990er Jahren drastisch zugenommen. Dieser Umstand gibt Anlass zu der Frage, ob unser Land auf dem Weg zu einem Überwachungsstaat ist.

Beschränkt man unseren Blick einstweilig auf das Strafrecht, so scheint aber Japan der Kritik, ein „Überwachungsstaat“ zu sein, viel weniger ausgesetzt zu sein als Deutschland. Das japanische materielle Strafrecht ist gegenüber dem deutschen bezüglich der Vorfeldkriminalisierung noch viel zurückhaltender eingestellt, obwohl wir uns insbesondere im Bereich der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität durch die neuere Reform den Deutschen etwas angenähert haben. Was das Strafprozessrecht anbelangt, konnten wir bisher *ohne* einschneidende Zwangsmaßnahmen und Grundrechtseingriffe, die in Deutschland zulässig sind, auskommen. Japan gilt als ein sicheres Land mit wenig Kriminalität. Ein wichtiger Faktor dafür ist die Effektivität der Polizei und der Staatsanwaltschaft. Die Ermittlungsorgane

entfalten diese effektive Tätigkeit ohne großen Lauschangriff, ohne Einsatz von verdeckten Ermittlern und Lockspitzeln und ohne Online-Durchsuchung. Was die Überwachung der Telekommunikation, für die auch die japanischen Ermittlungsorgane seit 1999 befugt sind, angeht, verwenden sie sie sehr sparsam. Im Jahre 2017 ergingen insgesamt nur 40 richterliche Anordnungen, während die Zahl in Deutschland im gleichen Jahr über 20.000 betrug. Aber ich würde so sagen, dass sich das japanische Strafrecht diese „Vorteile“ vornehmlich durch seine *Geständnisabhängigkeit* erkaufte. In Japan wird der Erlangung des Geständnisses großer Wert beigelegt. Das Ziel der polizeilichen und staatsanwaltschaftlichen Ermittlung liegt darin, durch eine strenge Vernehmung, die tagelang, auch an Sonn- und Feiertagen, bis in die späte Nacht unter weitgehender Einschränkung der Kontakte nach außen durchgeführt wird, die Beschuldigten zu einem Geständnis und zugleich zur Bitte um Entschuldigung, und zu einer Reuebekundung zu motivieren. Es mag sein, dass bei den Japanern von ihrer Mentalität her die Geständnisbereitschaft sehr hoch ist und diese Art und Weise der Vernehmung sich bisher im Großen und Ganzen bewährt hat. Aber eine Reform in diesem Punkt ist längst fällig und die Japaner bemühen sich derzeit auf verschiedene Weise, diese starke Geständnisorientierung zu überwinden. Insbesondere ist seit neuestem bei schweren Straftaten eine Ton- und Videoaufnahme des ganzen Vernehmungsprozesses obligatorisch, so dass eine nachträgliche Prüfung der Rechtmäßigkeit des Zustandekommens des Geständnisses möglich geworden ist. Ich wage deshalb vorauszusagen: Je mehr sich unser Land von der Geständnisabhängigkeit befreit und den globalen Standards annähert, desto mehr brauchen wir zur Aufklärung der Straftaten auch jene einschneidenden Zwangsmaßnahmen und Grundrechtseingriffe, die in den europäischen Ländern heute ganz üblich sind.

#### SCHLUSS

Ich komme zum Schluss. Die Frage „Sicherheit versus Freiheit“ gestattet keine pauschale Stellungnahme für das eine oder andere. Ein Leben ohne Risiko ist nicht lebenswert. Nur in einer „funktionslosen, toten Museumswelt“, wie einst *Hans Welzel*, mein akademischer Großvater, formulierte, ist absolute Sicherheit denkbar. Sie ist kein Ideal unserer Gesellschaft. Man denke etwa an die totale Sicherheit im Straßenverkehr durch eine weitestgehende Beschränkung der Freiheit des Verkehrsteilnehmers. Wenn aber das Risiko qualitativ wie quantitativ einen Punkt erreicht, an dem die Nicht-Einmischung des Strafrechts kaum zu verantwortende Konsequenzen mit sich führt, ist die strafrechtliche Regulierung geboten. Aber wann ist dieser kritische Moment gegeben und wie ist dieser Punkt auf empirisch fundierte Weise zu ermitteln? Das ist die zentrale Frage.



# **Sicherheit und Freiheit in der globalisierten Risikogesellschaft**

## **Die Herausforderungen des neuen Sicherheitsrechts und seiner freiheitlichen Grenzen**

*Ulrich Sieber*\*

- I. Einführung: Sicherheit in der Risikogesellschaft
- II. Konturen der neuen Sicherheitsarchitektur
  - 1. Präventives Strafrecht
  - 2. Nicht-strafrechtliches Sicherheitsrecht
- III. Zusammenfassung, Bewertung und Konsequenzen
  - 1. Zusammenfassende Analyse
  - 2. Bewertung
  - 3. Konsequenzen für die rechtswissenschaftliche Forschung

Der folgende Beitrag behandelt das Spannungsverhältnis von Sicherheit und Freiheit nicht in klassischer Weise auf der Mikroebene einzelner staatlicher Eingriffe. Er analysiert dieses Verhältnis vielmehr im Hinblick auf den übergreifenden Paradigmenwechsel der Kriminalitätskontrolle, der sich gegenwärtig in der globalen Risikogesellschaft mit der Entwicklung einer neuen Architektur des Sicherheitsrechts vollzieht. Der Beitrag zeigt die Konturen und die Chancen dieser Entwicklung. Im Hinblick auf die zunehmend eingesetzten nicht-strafrechtlichen Rechtsregime fordert er eine Ergänzung der neuen Architektur des Sicherheitsrechts um eine Architektur der Freiheitsrechte und der rechtsstaatlichen Garantien, die das Verhältnis von Sicherheit und Freiheit zum Ausgleich bringt.

### **I. EINFÜHRUNG: SICHERHEIT IN DER RISIKOGESELLSCHAFT**

Terrorismus, organisierte Kriminalität, Wirtschaftskriminalität, Cybercrime, politische Korruption und andere Formen der komplexen Kriminalität zeigen in der Presse täglich das Gefahrenpotential von Kriminalität und die Bedeutung einer wirksamen Kriminalitätskontrolle in der modernen Risikogesellschaft. Diese komplexen Kriminalitätsformen dominieren jedoch

---

\* Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ulrich Sieber, Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg.

nicht nur Medien, öffentliche Diskussionen und politische Diskurse. Sie haben auch zu einem Paradigmenwechsel im Bereich der Kriminalitätskontrolle geführt. Dieser besteht darin, dass das klassische *repressive* Strafrecht zunehmend *präventive* Aufgaben erhält sowie durch „effektivere“ präventive Rechtsregime ergänzt und verdrängt wird. Dieser Paradigmenwechsel von der rückwärtsgerichteten Repression zur zukunftsorientierten Prävention ist mit einem Verlust an klassischen Freiheitsrechten verbunden, der durch die Globalisierung und die Informationsgesellschaft zusätzlich verstärkt wird.

Dieser fundamentale Wandel der Kriminalitätskontrolle hat vor allem drei Ursachen: Er beruht zunächst auf *objektiven* Veränderungen, wie neuen Bedrohungen durch Kriminalität, beispielsweise durch Terrorismus, organisierte Kriminalität oder Cybercrime. Entscheidend ist jedoch zweitens auf der *subjektiven* Ebene die wachsende Verbrechensfurcht der Bevölkerung. Die dadurch entstehenden Unsicherheitsgefühle und die damit verknüpften Forderungen nach „strengeren“ Gesetzen werden drittens von populistischen Politikern aufgenommen, die mit *politischen* Konzepten des „law and order“ auf (Wieder-)Wahl zielen. Die hieraus resultierende Politik des „governing through fear of crime“ zeigt sich weltweit in zahlreichen Forderungen extremistischer Parteien.

Die Verbindung dieser objektiven, subjektiven und politischen Faktoren hat die Rechtspolitik der letzten Jahre stark beeinflusst: Die öffentliche Kriminalpolitik wird deswegen heute in vielen Bereichen nicht mehr durch die klassischen – vergangenheitsbezogenen – Fragen von Schuld und Strafe dominiert, sondern durch – zukunftsgerichtete – Begriffe wie *Risiko* und *Gefahr* sowie *Prävention* und *Sicherheit*. Risiken sind in der modernen Gesellschaft allerdings allgegenwärtig. Eine vollständige Sicherheit erweist sich somit als unmöglich und die Prognose zukünftiger Gefahren ist stets auch mit hoher Unsicherheit belastet. Das „Sicherheitsdogma“ führt daher zwangsläufig zur Gefahr einer immer weitergehenden, letztlich uferlosen Prävention und Intervention.

In wichtigen Bereichen komplexer Kriminalität wandelt sich das klassische, repressive Strafrecht damit nicht nur selbst zu einem stärker präventiv ausgerichteten Instrument. Es wird darüber hinaus auch durch alternative, überwiegend präventive Rechtsregime ergänzt, in denen andere Zielsetzungen sowie schwächere Garantien als im Strafrecht gelten. Das Strafrecht wird so Teil eines allgemeinen Sicherheitsrechts, in dem präventives Strafrecht, Polizeirecht, Geheimdienstrecht, Kriegerrecht sowie weitere verwaltungsstrafrechtliche, zivilrechtliche und private Rechtsregime zu einer neuen Sicherheitsarchitektur zusammenwachsen.

Eine umfassende Untersuchung dieser grundlegenden Entwicklung der Kriminalitätskontrolle in der globalen Risikogesellschaft fehlt in der in-

und ausländischen Literatur. Der folgende Beitrag zielt deswegen auf eine nähere Analyse dieser Entwicklung, die derzeit auch zu einer fundamentalen Veränderung in der Gewichtung von Sicherheit und Freiheit bei der Kriminalitätskontrolle führt.

Die folgenden Ausführungen analysieren zunächst diese neu entstehende Sicherheitsarchitektur der globalen Risikogesellschaft. Der abschließende Teil des Vortrages erörtert dann die Charakteristika, die Bewertung sowie die rechts- und forschungspolitischen Konsequenzen dieser Entwicklung.

## II. KONTUREN DER NEUEN SICHERHEITSARCHITEKTUR

Die neue Architektur des Sicherheitsrechts mit ihrer verstärkten präventiven Zielsetzung zeigt sich sowohl innerhalb als auch außerhalb des Strafrechts.

### 1. *Präventives Strafrecht*

*Innerhalb des Strafrechts* erfolgt der Wandel des klassischen Strafrechts von einem repressiv-punitiven Instrument der Bestrafung ex post zu einem präventiven Instrument der Gefahrenverhinderung ex ante sowohl im materiellen Strafrecht als auch im Strafprozessrecht.

#### a) *Materielles Strafrecht*

*Im materiellen Strafrecht* entwickelt sich ein Präventivrecht schon seit geraumer Zeit durch den zunehmenden Schutz von Gemeinschaftsgütern sowie die Kriminalisierung unterschiedlicher Arten von Risikohandlungen mit sogenannten Gefährdungsdelikten. Die Gefährdungsdelikte verlagern den strafrechtlichen Vorwurf dabei auf unterschiedliche Weise vom Erfolgsunrecht zum Handlungsunrecht. Die derzeit stark expandierenden „Vorbereitungsdelikte“ etwa verschieben die Strafbarkeit weit ins Vorfeld der Tatplanung. Sie begründen die Gefährlichkeit nicht – wie andere Gefährdungsdelikte – mit dem objektiven Risiko einer bestimmten Tat (-handlung), sondern vor allem mit kriminellen Absichten des (potenziellen) Täters.

Im Terrorismusstrafrecht manifestiert sich diese Entwicklung vor allem in der Kriminalisierung von zeitlich frühen, oft alltäglichen (Vorbereitungs-)Handlungen, die in deliktischer Absicht ausgeführt werden. Anschauliche Beispiele für diese Tendenz ist die – auf internationalen Vorgaben beruhende – Kriminalisierung der versuchten „Ausreise“ zum Zweck der terroristischen Ausbildung oder des „Sammelns“ von Vermögenswerten zur Unterstützung von terroristischen Straftaten (§ 89a Abs. 2a, § 89c StGB). Der objektive Tatbestand dieser Delikte besteht damit nur noch in

einem – bei äußerer Betrachtung – sozialüblichen Verhalten, dessen Unrecht vor allem mit den deliktischen Absichten des Täters begründet wird.

Dies ermöglicht einen frühzeitigen strafrechtlichen Zugriff auf den Täter schon im Zeitpunkt der Deliktsplanung. Die Erfordernisse des strafrechtlichen Unrechts, der strafrechtlichen Schuld und das Verbot eines reinen Gedankenstrafrechts werden dabei jedoch infrage gestellt.

#### *b) Strafprozessrecht*

Gravierende Auswirkungen hat dieses präventive Konzept auch im *Strafprozessrecht*. Dieses wird als Folge der materiellrechtlichen Ausdehnung ebenfalls schon im Vorfeld anwendbar und erleichtert dadurch die Aufklärung der neu geschaffenen Vorfelddelikte. Das Strafprozessrecht wird auch um verdeckte Eingriffsinstrumente aus dem Bereich des Geheimdienstrechts erweitert, in der deutschen Strafprozessordnung zuletzt mit der „Online-Durchsuchung“ und der „Quelldatenüberwachung“ (§ 100a Abs. 2, § 100b StPO).

#### *2. Nicht-strafrechtliches Sicherheitsrecht*

*Außerhalb des Strafrechts* wird die Entwicklung zur Prävention noch sehr viel deutlicher: Die moderne Risikogesellschaft zeigt sich bei der Kriminalitätskontrolle vor allem in der Ergänzung und teilweisen Ersetzung des Strafrechts durch alternative Rechtsregime. Das Strafrecht schwimmt dabei mit diesen alternativen Rechtsregimen zu einem allgemeinen „Sicherheitsrecht“ in einer neuen Sicherheitsarchitektur, die nicht mehr von einem Monopol des Strafrechts und seinen Schutzgarantien dominiert wird.

Diese charakteristische Entwicklung der Kriminalitätskontrolle in der modernen Risikogesellschaft soll im Folgenden an fünf zentralen Bereichen verdeutlicht werden: (1.) den Verwaltungssanktionen, (2.) den gefahrenabwehrrechtlichen Maßnahmen, (3.) den speziellen Regimen zur geheimen Informationsbeschaffung, (4.) den besonderen Regelungen für Ausnahmesituationen sowie (5.) den neuen privaten Normensystemen und Public Private Partnerships.

#### *a) Verwaltungssanktionen*

Die erste Gruppe alternativer Kontrollregime bilden die *Verwaltungssanktionen*. Zu diesen gehören insbesondere Ordnungswidrigkeiten sowie Konfiskationsverfahren.

*aa) Ordnungswidrigkeitenrecht*

Das in Deutschland schon im 19. Jahrhundert entwickelte Verwaltungsstrafrecht in der heutigen Form des *Ordnungswidrigkeitenrechts* unterscheidet sich vom Kriminalstrafrecht dadurch, dass es sich nicht mehr um Strafrecht handelt, sondern nur noch um Ordnungsverstöße, die nach dem deutschen Bundesverfassungsgericht nicht mit einem sozialem Tadel verbunden sind. Als Rechtsfolge kennt es deswegen keine Freiheitsentziehung, sondern vor allem Geldbußen. Die erstinstanzliche Entscheidung wird von einer Verwaltungsbehörde statt durch einen Richter getroffen. An den Einspruch des Betroffenen schließt sich ein gerichtliches Verfahren mit verminderten Verfahrensgarantien an.

Dieses Ordnungswidrigkeitenrecht wurde ursprünglich vor allem gegen Bagatelldelinquenz eingesetzt. Es dient heute allerdings zunehmend auch der Rechtsdurchsetzung durch die jeweils zuständigen Fachbehörden der *Wirtschaftsaufsicht* mit zum Teil sehr hohen Geldbußen, z.B. im Kartellordnungswidrigkeitenrecht. Fraglich ist daher, ob die Reduzierung von rechtsstaatlichen Garantien bei diesen neuen „Megaordnungswidrigkeiten“ noch legitim ist.

*bb) Konfiskationssysteme*

Bedenken im Hinblick auf ausreichende Schutzgarantien bestehen auch bei den neu entwickelten nicht-strafrechtlichen Konfiskationssystemen zur Einziehung von Straftatgewinnen und „nicht erklärbarem Reichtum“. Diese Systeme werden (z.B. in Italien) als präventive Maßnahmen oder (in den USA) als zivilprozessuale Instrumente konstruiert. Aufgrund ihrer nicht-strafrechtlichen Einordnung gelten für den Nachweis der deliktischen Herkunft von Vermögen statt der hohen strafrechtlichen Beweisforderungen geringere Beweisstandards (z.B. in den USA nur eine „preponderance of evidence“). Entgegen dem strafrechtlichen *nemo tenetur*-Grundsatz bestehen auch Mitwirkungspflichten des Betroffenen zur Erklärung der Herkunft von verdächtigen Vermögenswerten. Diese „non-conviction-based“ „civil asset forfeitures“ sind daher sehr viel leichter durchzusetzen als die klassischen strafrechtlichen Konfiskationsverfahren mit ihren starken Garantien.

*b) Gefahrenabwehrrecht*

Außer im Verwaltungssanktionenrecht zeigt sich das neue präventive Sicherheitsrecht in dem Bereich des sog. *Gefahrenabwehrrechts*. Hierzu gehören vor allem das allgemeine polizeiliche Gefahrenabwehrrecht sowie spezielle Regelungen der Gefahrenabwehr, z.B. im Ausländerrecht.

*aa) Polizeiliches Gefahrenabwehrrecht*

Die präventive Vorverlagerung der staatlichen Sicherheitsinterventionen im *polizeirechtlichen Gefahrenabwehrrecht* ist in Deutschland und in zahlreichen anderen Staaten seit Langem bekannt. Sie wurde jedoch in den vergangenen Jahren zeitlich noch weiter ins Vorfeld verschoben: Das deutsche Polizeirecht erlaubte lange Zeit bei abstrakten Gefahren nur weniger intensive Maßnahmen der Informationsgewinnung. Für intensivere (Freiheits-) Eingriffe verlangte es das Vorliegen einer konkreten Gefahr. Nach den gesetzlichen Reformen des Bundeskriminalamtgesetzes sowie des bayerischen Landespolizeiaufgabengesetzes von 2018 kann heute jedoch bereits eine „drohende“ Gefahr erhebliche Eingriffe in die Freiheitsrechte der Bürger rechtfertigen.

Gleichzeitig wurden die präventiven Maßnahmen um *sanktionsähnliche Rechtsfolgen* erweitert. In Deutschland sind dies z. B. Kontaktverbote, Aufenthaltsverbote oder -gebote, Meldeordnungen oder „Gefährderansprachen“. Das bayerische Landespolizeiaufgabengesetz von 2018 erlaubt nunmehr sogar bei einem gewissen Gefahrengrad mit einer richterlichen Entscheidung selbst längerfristige Freiheitsentziehungen zu präventiven Zwecken.

*bb) Spezielle Regelungen der Gefahrenabwehr*

Neben das allgemeine Polizei- und Gefahrenabwehrrecht treten spezielle Gefahrenabwehrrechte für besondere Bereiche. Im Ausländerrecht ist die Ausweisung von Ausländern nicht nur als Folge einer *strafrechtlichen* Verurteilung möglich. Erforderlich ist hierfür nur, dass „Tatsachen die Schlussfolgerung rechtfertigen“, ein Ausländer werde eine terroristische Vereinigung unterstützen.

*c) Spezielle Regime der Informationsbeschaffung*

Die vorgenannten eingriffsintensiven Systeme der Kriminalitätskontrolle werden zunehmend durch eine dritte Gruppe von Systemen der Informationsbeschaffung ergänzt. Diese Regime verfolgen zwar eigenständige Ziele, werden jedoch auch zur Unterstützung der Strafjustiz mit Informationen eingesetzt. Gegenüber der rein strafrechtlichen Informationssammlung bietet dieser Ansatz für die Strafverfolgung die Vorteile der verdachtslosen Rasterung von Personen, der Risikoanalyse von Daten, der Vermeidung von strafrechtlichen Verdachtsschwellen und der formlosen internationalen Zusammenarbeit. Dabei werden zahlreiche unverdächtige Bürger als „Vorverdächtige“, „Verdächtige“, „potenzielles Risiko“ oder potenzielle „Gefährder“ behandelt.

*aa) Geheimdienstrecht*

Das bekannteste derartige Informationssystem ist das *Recht der Nachrichtendienste*. Es erlaubt intensive Überwachungsmaßnahmen ohne den für strafrechtliche Ermittlungen erforderlichen Tatverdacht, ohne das im *Polizeirecht* charakteristische Gefahrerfordernis und ohne den im *Strafrecht* selbstverständlichen Richtervorbehalt. Die gewonnenen Informationen werden dann in schwerwiegenden Fällen an die Strafjustiz oder die Polizei weitergegeben.

*bb) Recht der Geldwäschekontrolle*

Ein institutionell verselbstständigtes Regime der Informationsbeschaffung stellen auch die weltweit vernetzten *Systeme zur Geldwäschekontrolle* dar. Diese Systeme zielen auf die Analyse von Finanzdaten durch spezialisierte Financial Investigation Units, die international eng vernetzt sind. Auch hier bestehen grundsätzlich keine Richtervorbehalte oder Verdachtserfordernisse. Exekutivmaßnahmen als Folge dieser Ermittlungen werden dadurch ermöglicht, dass die Ergebnisse der Analysen an die Strafverfolgungs- und Polizeibehörden weitergegeben werden.

*cc) Anlasslose Speicherung von Telekommunikationsdaten*

Eine ähnliche Informationssammlung (allerdings nur für Einzelabfragen) bestand in Deutschland auch für die anlasslose (*Vorratsdaten-*)*Speicherung von Telekommunikationsdaten*. Die ursprüngliche deutsche Regelung wurde jedoch 2010 durch das Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärt und die entsprechende Richtlinie der EU 2014 durch den EuGH für ungültig befunden.

*dd) Systeme zur Überwachung von Aufenthalts- und Reisedaten*

Mit speziellen Regelungen werden zunehmend auch *Aufenthalts- und Reisedaten* von verdächtigen Personen sowie die Daten von terroristischen Gefährdern erfasst. Auch hier geht es um Handlungen und Eingriffe in Persönlichkeitsrechte, die im klassischen Strafrecht nicht möglich sind.

*d) Rechtsregime für Ausnahmesituationen*

Eine vierte Gruppe von außerstrafrechtlichen Maßnahmen der Kriminalitätskontrolle findet sich für *Sondersituationen*.

*aa) Ausnahme- und Notstandsrechte*

Dies gilt zum einen für die *Notstandsrechte*, die in einzelnen Staaten für Ausnahmesituationen vorgesehen sind. Damit werden vor allem Machtverschiebungen von der Judikative auf die Exekutive ermöglicht.

*bb) Listungsverfahren von UN und EU*

Eine Machtverschiebung von der Judikative auf die Exekutive erfolgt auch bei den sogenannten *Listungsverfahren der Vereinten Nationen und der EU*. Dabei wird der terroristische Charakter einer verdächtigen Organisation oder Person nicht mehr anhand gesetzlicher Vorgaben von einem Gericht bestimmt, sondern in rechtsstaatlich unakzeptablen Verfahren von internationalen Gremien nach deren selbstgeschaffenen vagen Vorgaben, unter Verwendung von Geheimdienstinformationen und teilweise ohne angemessene Rechtsmittel. Dies zeigt sich besonders in den Terrorismus-Sanktionen des UN-Sicherheitsrates. Hier werden die Legislative, die Exekutive und die „Judikative“ (in Form einer Ombudsperson) nur durch den UN-Sicherheitsrat gestellt. Dabei werden höchst eingriffsintensive Maßnahmen verhängt, wie das präventive Einfrieren aller Vermögenswerte einer Person.

*cc) Recht der bewaffneten Konflikte*

Noch einen wesentlichen Schritt weiter in seinen Konsequenzen und seinen Rechtsfolgen geht in einzelnen Rechtsordnungen die Anwendung des „*Kriegsrechts*“ zur „Bekämpfung“ von Kriminalität, vor allem im „war on drugs“, „war on organized crime“, „cyber war“ und „war on terrorism“. Die nationale Interpretation des Rechts der bewaffneten Konflikte erlaubt (insb. in den USA und Israel) teilweise die gezielte Tötung von Terroristen. Nachdem die meisten Staaten die Todesstrafe abgeschafft haben, ermöglicht diese Option damit in der Sache staatliche Tötungen zur präventiven Kriminalitätsbekämpfung. Dies erfolgt in den genannten Staaten – anders als bei der Todesstrafe – ohne strafrechtlichen „Tatnachweis“ und ohne Richtervorbehalt im Einzelfall.

*e) Private Normensysteme*

Die Ergänzung des Strafrechts durch alternative Kontrollsysteme unter Vermeidung von strafrechtlichen Garantien lässt sich weiter in einer fünften Gruppe von *privaten Rechtsregimen* zeigen:

*aa) Compliance Programme*

Private *Compliance Programme* sehen nicht nur präventive Maßnahmen zur Kriminalitätsverhinderung vor. Sie führen auch zu Privatermittlungen der Unternehmen. Diese privaten Ermittlungen werden *nicht* durch gesetzlich definierte, schützende „strafprozessuale“ Garantien begrenzt. Ihre Ergebnisse werden jedoch gleichwohl von den Unternehmen der Justiz zur Verfügung gestellt.

*bb) Public Private Partnerships*

Auch in der Form von *Public Private Partnerships* wird der private Sektor immer enger in staatliche Kontrollregime eingebunden, ohne dass Grundrechte und strafrechtliche Garantien direkt anwendbar sind. Dieser Bereich verdeutlicht damit eindrucksvoll, wie stark bei einem Wechsel des Kontrollregimes der Abbau rechtsstaatlicher Garantien des neuen präventiven Sicherheitsrechts im Vergleich zum klassischen Strafrecht gehen kann. Der folgende dritte Teil dieses Beitrags soll diese Entwicklung bewerten und auf die hieraus folgenden Konsequenzen eingehen.

### III. ZUSAMMENFASSUNG, BEWERTUNG UND KONSEQUENZEN

#### 1. Zusammenfassende Analyse

Als Ausgangspunkt für die Bewertung lässt sich das Gesamtbild der Kriminalitätskontrolle in der globalisierten Risikogesellschaft wie folgt zusammenfassen:

1. Die Gesamtschau der dargestellten Regelungen zeigt zunächst eine überraschende Vielzahl und Vielfalt der zur Kriminalitätskontrolle eingesetzten Rechtsregime. Die vorgefundenen alternativen Systeme haben – wie die Figuren beim Schachspiel – sehr unterschiedliche Fähigkeiten mit jeweils eigenen Stärken und Schwächen.
2. Die Analyse dieser Regime bestätigt eindrucklich den eingangs festgestellten Paradigmenwechsel von der Repression zur Prävention. Dieser Wandel zeigt sich sowohl im Strafrecht als auch in den neuen alternativen Systemen des Sicherheitsrechts: beim Gefahrenabwehrrecht, bei der Einziehung von Straftatgewinnen oder bei den Compliance Regimen.
3. Die Entwicklung des Sicherheitsrechts ist darüber hinaus mit einer erheblichen Verschiebung des Verhältnisses von Sicherheit und Freiheit verbunden. Die Entwicklung unterschiedlicher Sicherheitsregime bietet zwar ein erhebliches Potenzial zur Optimierung von Sicherheitsinteressen. Dies geht jedoch mit starken Einbußen der Freiheitsrechte, des Schutzes der Privatsphäre und anderer rechtsstaatlicher Garantien einher.

Dieser Garantieverlust ist das zentrale Problem der neuen Verfahren und der gesamten neuen Sicherheitsarchitektur.

4. Sowohl der entstehende potenzielle Sicherheitsgewinn als auch der Verlust an Freiheitsrechten in der modernen Risikogesellschaft wird durch den speziellen Charakter der Informationsgesellschaft und die neuen Überwachungskonzepte der Informatik verstärkt. Diese gestatten in zahlreichen Bereichen des Sicherheitsrechts höchst wirkungsvolle informationstechnische Überwachungsmaßnahmen auf der Basis von massenhaft produzierten personenbezogenen Daten. Die riesigen Datenmengen ermöglichen ein „surveillance paradigm“, das zu neuen Ermittlungsstrukturen und zu neuen rechtlichen Konzepten von „Verdächtigen“, „Vorverdächtigen“ oder „persons of interest“ führt. Der Einsatz von „künstlicher Intelligenz“ wird dabei in der Zukunft zu bisher unbekannt Dimensionen der Überwachung und der Manipulation der Bürger führen.
5. Der mit der Globalisierung einhergehende Verlust nationalstaatlicher Territorialkontrolle beschleunigt den Verlust freiheitsschützender Garantien zusätzlich. Denn eine effiziente transnationale Rechtsdurchsetzung geht meist auf Kosten des nationalstaatlichen Schutzes der Betroffenen, z.B. wenn Bestimmungen ausländischer Rechtsordnungen mit geringeren Schutzstandards in die eigene Rechtsordnung übertragen und dort anerkannt werden.

## 2. *Bewertung*

Aufgrund dieser Feststellungen stellt sich damit die Frage, wie die neue Sicherheitsarchitektur zu bewerten und weiterzuentwickeln ist. Die Beantwortung dieser Frage erfordert eine differenzierende Betrachtung:

Einerseits verfügt das neue disziplinübergreifende Sicherheitsrecht gegenüber der rein strafrechtlichen Kriminalitätsverfolgung über neue Mittel der Sozialkontrolle. Viele der hier angesprochenen Rechtsregime gehen auch von einem zutreffenden Ansatz aus: Strafrecht kann neben der Repression auch das Ziel einer unmittelbaren Prävention haben, öffentliches Recht soll der (proaktiven) Kriminalitäts- und Gefahrenverhinderung dienen, das Recht der Nachrichtendienste muss in eng begrenzten Bereichen staatsgefährdende Strukturen im Vorfeld aufklären, das Recht der bewaffneten Konflikte soll in bestimmten Fällen eine Verteidigung gegen großflächige Angriffe bewaffneter Gruppen ermöglichen. Diese alternativen Ansätze der Kriminalitätskontrolle in der globalen Risikogesellschaft können daher in einer klar definierten und begrenzten Weise gegen komplexe Kriminalität genutzt werden, besonders gegen Terrorismus, gegen die Unterminierung von Staaten durch organisierte Straftätergruppen, gegen politische Korrup-

tion in großem Ausmaß oder gegen die in den Panama Papers deutlich gewordenen Missstände.

Viele der neu entwickelten Maßnahmen umgehen jedoch die Schutzgarantien, die sich die Bürger in einem langen Kampf seit der Aufklärung erstritten haben. Die entsprechenden Eingriffsbefugnisse und Rechtsfolgen müssen daher systemkonform in die jeweiligen Rechtsregime eingebaut werden. Sie müssen auch um weitere menschenrechtlich und verfassungsrechtlich gebotene Schutzgarantien ergänzt werden. Hieran mangelt es allerdings in vielen Bereichen der alternativen Kriminalitätskontrolle in eklatanter Weise. Dies ist auf der Grundlage einer umfassenden vergleichenden rechtswissenschaftlichen Analyse zu ändern. Diese Forderung führt zum letzten Punkt dieses Beitrags: den Konsequenzen der vorliegenden Analyse für die zukünftige rechtswissenschaftliche Forschung.

### *3. Konsequenzen für die rechtswissenschaftliche Forschung*

In der Strafrechtswissenschaft besteht derzeit ein grundlegendes Forschungsdefizit hinsichtlich der skizzierten Entwicklung der neuen Sicherheitsarchitektur. Hauptursache hierfür ist die Begrenzung der Strafrechtswissenschaft auf das klassische Strafrecht. Die Strafrechtswissenschaft kann dadurch zwar ihre dogmatischen Prinzipien im klassischen Strafrecht aufrechterhalten. Sie verhindert damit aber nicht, dass die Aufgaben des Strafrechts in wichtigen Bereichen durch andere Rechtsregime wahrgenommen werden und seine zentralen Garantien unter einem anderen Etikett (z.B. der „civil confiscation“) umgangen werden. Diese Verhaltensweise ähnelt einer Person, die ihre Haustür mit allen Mitteln verteidigt, jedoch nicht bemerkt, dass ihre Hintertür weit offensteht.

Legt man die methodischen Anforderungen der Rechtsvergleichung zugrunde, so wird dieser Mangel der bisherigen rechtswissenschaftlichen Forschung offensichtlich: In der Rechtsvergleichung ist es selbstverständlich, dass die Vergleichung von rechtlichen Lösungen nicht durch juristische Begriffe und Kategorien definiert und begrenzt werden darf, sondern alle normativen Regelungen einbeziehen muss, die zur Lösung des jeweiligen *Sachproblems* zur Verfügung stehen. Dieses Sachproblem ist im vorliegenden Fall die Verhinderung von Kriminalität, für die auch andere Regelungen als die des Strafrechts zur Verfügung stehen und in die Entwicklung eines rechtspolitischen Konzepts einbezogen werden müssen.

Die Rechtswissenschaft muss sich daher für die Analyse der einschlägigen Rechtsregime zunächst in einer interdisziplinären Zusammenarbeit von Vertretern des Strafrechts mit Vertretern des Verwaltungsrechts, der Polizeiwissenschaft und der Kriminologie sehr viel intensiver mit der neuen Sicherheitsarchitektur beschäftigen. Entsprechendes gilt für die Entwicklung

der einschlägigen rechtsstaatlichen Garantien. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die führende Rolle beim Schutz der Freiheitsrechte in Deutschland – besonders im Strafprozessrecht – heute vom Bundesverfassungsgericht und vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte übernommen wird.

In der erforderlichen interdisziplinären Zusammenarbeit muss der Fokus vor allem auf der Entwicklung der Freiheitsrechte liegen, welche die neuen Regime der Kriminalitätskontrolle begleiten und ausgleichen können. Die Entwicklung der rechtsstaatlichen Grenzen des neuen Sicherheitsrechts muss dabei auf drei Säulen aufbauen:

- Erstens sind die neuen Rechtsregime im Hinblick auf die Anwendbarkeit herkömmlicher strafrechtlicher Garantien zu untersuchen. In diesem Zusammenhang bieten die Engel-Kriterien des EGMR ein weites Verständnis von Strafrecht, das jedoch dadurch kompensiert wird, dass der EGMR eine Anpassung dieser herkömmlichen Garantien in bestimmten Fällen, insbesondere bei nur geringfügigen Sanktionen, erlaubt.
- Wenn die Schutzgarantien des Strafrechts nicht anwendbar sind, ist zweitens zu klären, inwiefern statt der strafrechtlichen Garantien allgemeine Gewährleistungen auf der Grundlage des Verfassungsrechts oder der Menschenrechte Anwendung finden können. Die Beweisstandards einer „civil asset confiscation“, die nicht unter die strafrechtlichen Beweisgrundsätze fällt, können beispielsweise am verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz gemessen werden.
- Drittens muss bei staatlichen Eingriffen auf der Grundlage von speziellen Rechtsregimen, wie dem Recht bewaffneter Konflikte, geprüft werden, ob die von diesen Regelungen statuierten speziellen Voraussetzungen für den entsprechenden Eingriff auch tatsächlich erfüllt sind. Es gilt sicherzustellen, dass spezifische Ermächtigungsgrundlagen für bestimmte Sondersituationen nicht einfach zur Bekämpfung von allgemeiner Kriminalität herangezogen werden. Wenn beispielsweise Kriminalität nicht zu einem bewaffneten Konflikt führt, kann sie auch nicht mit dem Recht der bewaffneten Konflikte bekämpft werden.

Dieser Ansatz eines umfassenden, aber durch Verfassungsrecht und Menschenrechte begrenzten Sicherheitsrechts ist der bisher entwickelten und wenig sinnvollen Differenzierung von „Strafrecht“ und „Feindstrafrecht“ deutlich überlegen. Das Forschungsprogramm des Freiburger Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht hat es sich deswegen seit 15 Jahren zur Aufgabe gemacht, die Grenzen des Strafrechts nicht nur unter strafrechtsdogmatischen Gesichtspunkten zu bestimmen, sondern mit einer umfassenderen Perspektive auch die verschiedenen funktionalen Äquivalente der Kriminalitätskontrolle miteinzubeziehen. Damit müssen das Strafrecht *und* die alternativen Regime zur Kriminalitätskontrolle auf

der Basis von Verfassungsrecht und Menschenrechten in die Entwicklung eines rechtsstaatlichen Sicherheitsrechts eingebaut werden. Für die zukünftige Forschung darf es daher nicht nur um die Entwicklung einer angemessenen *Architektur des Sicherheitsrechts* gehen, sondern auch um die Entwicklung einer neuen *Architektur der entsprechenden Freiheitsrechte*.

*Weiterführende Literatur (mit ausführlichen Nachweisen):*

ULRICH SIEBER, The New Architecture of Security Law: Crime Control in the Global Risk Society, in: Sieber/Mitsilegas/Mylonopoulos/Billis/Knust (eds.), *Alternative Systems of Crime Control – National, Transnational, and International Dimensions* (Duncker & Humblot, Berlin 2018) 3–35 (<https://www.mpicc.de/de/publikationen/alternative-systems-of-crime-control-national-transnational-and-international-dimensions/>).



## **Zivilrecht**



# Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz in Japan

*Keizo Yamamoto\**

- I. Einführung
  - 1. Die „Materialisierung“ des Vertragsrechts
  - 2. Die Aufgabenstellung
- II. Gestaltung und Wandel des japanischen Verbraucherrechts
  - 1. Die Gestaltung des Verbraucherrechts
  - 2. Deregulierung und Verbraucherrecht
  - 3. Die Gestaltung des Verbraucherprivatrechts
- III. Der gegenwärtige Zustand des japanischen Verbraucherprivatrechts
  - 1. Einleitung
  - 2. Das japanische Zivilgesetz und seine Reform
  - 3. Das Verbrauchervertragsgesetz und seine Reform
  - 4. Durchsetzungsinstrumente des Verbraucherprivatrechts
- IV. Schlussbemerkungen
  - 1. Der Zustand der Materialisierung und ihre Rechtfertigung
  - 2. Grenzen und Durchsetzungsinstrumente der Materialisierung

## I. EINFÜHRUNG

Es ist für mich eine große Ehre und Freude, dass ich hier die Gelegenheit habe, auf diesem Symposium einen Vortrag zu halten. Das Thema, das Frau Auer und ich bekommen haben, lautet „Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz“. Es handelt sich dabei um eines der für den Rechtsstaat unserer Zeit wichtigsten Probleme. In der Kürze der mir zur Verfügung stehenden Zeit möchte ich über die gegenwärtige Situation des japanischen Rechts und seine Aufgaben sprechen.

### *1. Die „Materialisierung“ des Vertragsrechts*

Zunächst einmal möchte ich darauf hinweisen, dass Frau Auer und ich einen gemeinsamen Berührungspunkt haben. Er besteht darin, dass wir an

---

\* Prof. Dr., Graduate School of Law, Kyōto University.  
Um Fußnoten ergänzte und leicht überarbeitete Fassung des Vortrags, den ich am 2.11.2018 auf dem Symposium aus Anlass des dreißigjährigen Bestehens der Deutsch-Japanischen Juristenvereinigung (DJJV) in Tōkyō gehalten habe. Die Vortragsform ist beibehalten. Der Verfasser dankt Herrn *Matthias K. Scheer* für die engagierte Unterstützung bei der Übersetzung des Manuskripts.

der Universität München zur selben Zeit bei Professor Canaris Zivilrecht studiert haben. Damals hatte Professor Canaris in der Zeitschrift *Archiv für die civilistische Praxis* einen Artikel mit dem Titel „Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner ‚Materialisierung‘“ veröffentlicht.<sup>1</sup> Es handelt sich dabei um einen äußerst wichtigen Beitrag, der auch heute noch oft zitiert wird. Darin erläutert Professor Canaris, dass sich beim Begriff der Materialisierung drei Dimensionen unterscheiden lassen.

Die erste Dimension besteht in der Materialisierung der Vertragsfreiheit. Das bedeutet, dass die formale-rechtliche Entscheidungsfreiheit, auf die bei der Verabschiedung des BGB besonders großer Wert gelegt wurde, allmählich durch die materiale-tatsächliche Vertragsfreiheit ersetzt wurde.

Die zweite Dimension ist die Materialisierung der Vertragsgerechtigkeit. Das bedeutet, dass die formale-prozedurale Gerechtigkeit, auf die bei der Verabschiedung des BGB ebenfalls besonders großer Wert gelegt wurde, allmählich durch die materiale-inhaltliche Gerechtigkeit ersetzt wurde.

Die dritte Dimension besteht in der Materialisierung der weltanschaulich-politischen Grundhaltung. Das bedeutet, dass gegenüber der liberalen Grundhaltung, die das BGB bei seiner Verabschiedung geprägt hat, allmählich eine soziale Grundhaltung stärker betont wurde. Bei einer liberalen Grundhaltung stehen die Freiheit und die Selbstbestimmung hoch im Kurs, während bei einer sozialen Grundhaltung die tatsächlich vorhandene Ungleichheit und die damit einhergehende Verdrängung der Freiheit problematisiert und daraus folgend ein paternalistischer Schutz anerkannt werden.

## 2. Die Aufgabenstellung

Der Verbraucherschutz wird thematisiert, wenn die Materialisierung der Vertragsfreiheit, nämlich der Schutz der materialen-tatsächlichen Entscheidungsfreiheit gefordert wird. Die Frage besteht darin, ob die Materialisierung der Vertragsfreiheit die Materialisierung der Vertragsgerechtigkeit und die Materialisierung der weltanschaulich-politischen Grundhaltung mit sich bringt oder nicht. Das hängt wiederum mit der Frage nach dem Grund und der Grenze der dabei anerkannten Materialisierung zusammen.

In meinem Vortrag möchte ich aus dieser Perspektive den heutigen Zustand des japanischen Rechts darstellen sowie seine Charakteristika und Problematiken analysieren.

Um aber dieses Gebiet des japanischen Rechts zu verstehen, ist es erforderlich, einen weiteren Gesichtspunkt zu betrachten. Er betrifft die Durchsetzungsinstrumente (oder Sanktionen) der Materialisierung. Hierbei kom-

---

1 C.-W. CANARIS, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner ‚Materialisierung‘, *Archiv für die civilistische Praxis* 200 (2000) 273.

men sowohl öffentlich-rechtliche Instrumente als auch privatrechtliche Instrumente infrage. Dabei geht es darum, auch für die privatrechtlichen Instrumente materiale Regeln aufzustellen sowie Verfahren und Institute zu deren Umsetzung einzuführen. Im Folgenden möchte ich diese Durchsetzungsinstrumente in meine Überlegung einbeziehen und überprüfen.

## II. GESTALTUNG UND WANDEL DES JAPANISCHEN VERBRAUCHERRECHTS

Zunächst möchte ich die Gestaltung und den Wandel des japanischen Verbraucherrechts vorstellen.<sup>2</sup>

### 1. Die Gestaltung des Verbraucherrechts

Die Entwicklung des japanischen Verbraucherrechts nahm ihren Anfang in den 1960er Jahren und beruhte vor allem auf verwaltungsrechtlichen Regulierungen. Bis in die 1980er Jahre wurde auf das Auftreten gesellschaftlicher Massenschäden in der Weise reagiert, dass zum Zwecke der notwendigen verwaltungsrechtlichen Regulierung einzelne Gesetze erlassen wurden.<sup>3</sup>

Die wichtigsten Regulierungsmethoden bestehen in der konkreten Regulierung zur Eröffnung eines Geschäftsbetriebs und der allgemeinen Handlungsregulierung. Die Regulierung zur Eröffnung eines Gewerbebetriebs beinhaltet das Erfordernis einer Anmeldung bei der zuständigen Aufsichtsbehörde für den Betrieb eines Gewerbes und einer Erlaubnis oder einer Genehmigung durch sie. Die allgemeine Handlungsregulierung besteht darin, bei Gewerbebetrieben die Vornahme bestimmter Handlungen zu verbieten oder zu gebieten. Derartige Regulierungen werden durch Verordnungen und ähnliche Maßnahmen konkretisiert. Außerdem kommt es auch oft vor, dass die Verwaltungsbehörde genauere Regeln in der Form von Leitlinien und ähnlichen Bestimmungen aufstellt.

Als solche administrativen Regulierungen werden Anweisungen, Gebote, Inspektionen und weitere verwaltungsrechtliche Verfügungen, die von den Verwaltungsbehörden vorgenommen werden, anerkannt. Es kommt auch

---

2 Vgl. A. ŌMURA, 消費者法 *Shōhi-sha-hō* [Verbraucherrecht], (4. Aufl., Tōkyō 2011) 5 ff. und auch M. DERNAUER, Verbraucherschutz, in: Baum/Bälz (Hrsg.), Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht (Köln 2011) 567 ff.; DERS., Verbraucherschutz und Vertragsfreiheit im japanischen Recht (Tübingen 2006), insbesondere 11 ff.

3 Zu den verwaltungsrechtlichen (öffentlich-rechtlichen) Regulierungen von Verbrauchergeschäften eingehend Y. ŌSHIMA et al. (Hrsg.), 消費者行政法 *Shōhi-sha gyōsei-hō* [Verbraucherverwaltungsrecht] (Tōkyō 2016), und DERNAUER, Verbraucherschutz und Vertragsfreiheit (Fn. 2) 433 ff.

vor, dass Zuwiderhandlungen bestraft werden. Andererseits wird auch oft informelles, nach neuem Sprachgebrauch „*soft*“, also sanftes Verwaltungshandeln eingesetzt. Das besteht z.B. aus *gyōsei shidō* (dem informellen Verwaltungshandeln in Form von Ratschlägen) und *jishu kisei*, der Selbstregulierung bzw. autonomen Regulierung durch Unternehmer- und Wirtschaftsverbände auf Wunsch der Behörden.

## 2. Deregulierung und Verbraucherrecht

### a) Deregulierung

Demgegenüber nahm seit den 1980er Jahren der Druck der USA auf Japan zu, die eine Abschaffung bzw. Aufhebung dieser intransparenten Regulierungsmethoden verlangten. Seit Beginn der 1990er Jahre, nämlich nach dem Platzen der wirtschaftlichen Spekulationsblase, wollte die Regierung durch umfangreiche Leistungen aus öffentlichen Mitteln einen konjunkturellen Aufschwung herbeiführen. Stattdessen glitt Japan in eine lang anhaltende Rezession ab. Daraus entstand die Vorstellung, dass die japanische Wirtschaft strukturelle Defizite aufweist, die eine effiziente Wirtschaft verhindern. Das führte von den 1990er Jahren bis ins erste Jahrzehnt dieses Jahrhunderts zu umfangreichen Deregulierungen.<sup>4</sup>

Diese Deregulierungen in Japan beruhten auf neo-liberalen Ideen und hatten die Belebung der Wirtschaft zum Ziel. Es gibt allerdings auch den Aspekt, dass dadurch die Einführung der eigentlichen notwendigen Regulierungen verhindert wurde, aber darüber möchte ich später sprechen.

### b) Der Einfluss auf das Verbraucherrecht

Im Gegensatz dazu kann man aber eher sagen, dass im Bereich des Verbraucherrechts die Regulierungen nicht abnahmen. Weil diese erlassen worden waren, um konkrete Schädigungen zu verhindern, konnten sie nicht dereguliert werden. Es war also eher so, dass die Menge der verbraucherrechtlichen Vorschriften ständig erweitert wurde.

Es gab allerdings Auswirkungen auf den Sinn und Zweck des Verbraucherrechts. Bis zu diesem Zeitpunkt waren die Verbraucher als „die Schwächeren“ behandelt worden. Sie hatten dadurch die Stellung eines Objekts paternalistischen Schutzes. Aber seither werden die Verbraucher als „selbstständige und zur Selbstständigkeit fähige Personen“ behandelt. Daraus entstand der

---

4 Vgl. H. BAUM/M. BÄLZ, Rechtsentwicklung, Rechtsmentalität, Rechtsumsetzung, in: Baum/Bälz (Fn. 2) 22 ff.; K. ROKUMOTO, Institutionen: Recht und Juristen in der Transformation, in: *ibid.* (Fn. 2) 36 f.

neue Sinn und Zweck des Verbraucherrechts, diese Personen zu „unterstützen“, damit sie autonom sachgerechte Entscheidungen treffen können.<sup>5</sup>

### 3. Die Gestaltung des Verbraucherprivatrechts

Die privatrechtliche Regulierung sah anfangs so aus, dass in einzelnen Gesetzen, die hauptsächlich verwaltungsrechtlichen Regelungen vorsahen, gelegentlich als *cooling-off* bezeichnete Widerrufsrechte und ähnliche rechtliche Möglichkeiten vorgesehen waren. Die Gelegenheit für eine umfassende Änderung dieser Situation ergab sich, nachdem es in der zweiten Hälfte der 1980er Jahre, also in der Zeit der wirtschaftlichen Spekulationsblase, zum massenhaften Auftreten von Fällen gekommen war, in denen Verbraucher durch betrügerische und aggressive Geschäftspraktiken geschädigt worden waren. Die Gerichte wandten die im Vergleich zum deutschen Recht viel lockerere Generalklausel des Deliktsrechts an, um geschädigten Verbrauchern zum Schadensersatz zu verhelfen. Durch diese zahlreichen Gerichtsentscheidungen und eine Lehre, die sich um deren theoretische Fundierung bemühte, wurde das heutige Verbraucherprivatrecht gestaltet.<sup>6</sup> Als Ergebnis dieser Entwicklung wurde im Jahre 2000 das Verbrauchervertragsgesetz (in Folgenden auch VerbrVG) verabschiedet.<sup>7</sup>

## III. DER GEGENWÄRTIGE ZUSTAND DES JAPANISCHEN VERBRAUCHERPRIVATRECHTS

### 1. Einleitung

Als nächstes möchte ich die gegenwärtige Situation des japanischen Verbraucherprivatrechts vorstellen und seine Charakteristika und Problematiken erläutern.

Das japanische Verbraucherprivatrecht besteht aus dem Zivilgesetz<sup>8</sup> als allgemeinem Recht und dem Verbrauchervertragsgesetz als Sonderrecht. Diese beiden Gesetze wurden kürzlich durch große Reformen erheblich umgestaltet. Dabei lassen sich unter dem Aspekt des Grundes und der Grenze der Materialisierung interessante Argumente erkennen. Im Folgenden möchte ich einige davon aufgreifen.

---

5 Vgl. ŌMURA (Fn. 2) 29 f.; 日本弁護士連合会 NIHON BENGOSHI RENGŌKAI [Japanischer Anwaltsverband] (Hrsg.), 消費者法講義 *Shōhi-sha-hō kōgi* [Vorlesungen über Verbraucherrecht] (5. Aufl., Tōkyō 2018) 17 ff., insbesondere 24 ff.

6 Siehe DERNAUER, Verbraucherschutz und Vertragsfreiheit (Fn. 2) 105 ff.

7 消費者契約法 *Shōhi-sha keiyaku-hō*, Gesetz Nr. 61/2000.

8 *Minpō*, Gesetz Nr. 89/1896.

## 2. *Das japanische Zivilgesetz und seine Reform*

Zunächst einmal wurde das japanische Zivilgesetz im Jahre 2017, also 120 Jahre nach seiner Verabschiedung, umfassend reformiert.<sup>9</sup> Im Folgenden möchte ich die Diskussion über diese Reform in Bezug auf die besonders mit dem Verbraucherrecht zusammenhängenden Schwerpunkte vorstellen.

### a) *Die ausdrückliche Bestimmung der Vertragsfreiheit*

Ein Ziel dieser Reform bestand darin, das Zivilgesetz „für das Volk im Allgemeinen verständlich zu machen“.<sup>10</sup> Aufgrund dieser Überlegung sollte die Vertragsfreiheit als ein im Zivilgesetz bisher nicht erwähntes, aber als ein selbstverständlich anerkanntes Prinzip im Text ausdrücklich genannt werden. Es erregt möglicherweise Verwunderung, dass ein im 19. Jahrhundert etabliertes Prinzip im 21. Jahrhundert in ein Gesetz aufgenommen wird. Hier ist wohl die Tatsache nicht irrelevant, dass vor kurzem eine dem Neo-Liberalismus entsprechende Reform durchgeführt wurde.

### b) *Ein Vorschlag zur Integration des Verbrauchervertragsgesetzes*

Als nächstes wurde anlässlich dieser Reform der Plan geprüft, wie man das Verbrauchervertragsgesetz ins Zivilgesetz integrieren könne. Das war ähnlich wie bei der deutschen Schuldrechtsreform des Jahres 2002. Die moderne Zivilgesellschaft beruht auf der Voraussetzung, dass Unternehmer und Verbraucher eine Vielzahl von Verträgen schließen. Daraus ergab sich der Vorschlag, es sei angemessen, wenn das Zivilgesetz diesen Bereich regelt.

Dieser Vorschlag ist jedoch nicht angenommen worden. Das lag an politischen Gründen. Die Unternehmer befürchteten, dass durch eine Integration des Verbrauchervertragsgesetzes ins Zivilgesetz Regeln des Zivilgesetzes an den Verbraucherschutz angenähert würden. Auch die Verbraucher befürchteten, dass im Bereich des Verbraucherrechts lediglich das Verbrauchervertragsgesetz ins Zivilgesetz integriert würde, und dass dadurch das Verbraucherrecht aufgespalten und eine einheitliche Verbraucherverwaltung nicht verwirklicht würde.<sup>11</sup>

---

9 Die deutsche Übersetzung des novellierten Zivilgesetzes ist in der ZJapanR/J.Japan.L. 45 (2018) 183 ff. abgedruckt. Für einen Überblick über das novellierte ZG vgl. K. YAMAMOTO, Einführung in die Übersetzung des novellierten Zivilgesetzes 2020, *ibid.*, 177 ff.

10 Vgl. Anfrage (*shimon*) des Justizministers an den Legislativausschuss Nr. 88, [www.moj.go.jp/content/000005084.pdf](http://www.moj.go.jp/content/000005084.pdf).

11 Zur Kontroverse über den Vorschlag, das Verbrauchervertragsgesetz ins ZG zu integrieren, vgl. A. YAMANOME, 改正債権法の社会像 *Kaisei saiken-hō no shakai-zō* [Das Gesellschaftsbild des novellierten Schuldrechts] in: Yasunaga u. a. (Hrsg.), 債

c) *Vorschlag einer ausdrücklichen Bestimmung des Wucherverbots*

Das japanische Zivilgesetz enthält eine Bestimmung, die besagt „Ein Rechtsgeschäft, das gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstößt, ist nichtig“, aber es gibt keine Bestimmung über Wucher. Die Rechtsprechung behandelt den Wucher allerdings als einen Unterfall des Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten und wendet ebenso wie § 138 Abs. 2 BGB die Formel an, die sich aus einem subjektiven Bestandteil wie etwa dem Notstand des vom Wucher Betroffenen und einem objektiven Bestandteil wie dem gravierenden Ungleichgewicht der Leistungen zusammensetzt.

Bei der jetzigen Reform wurde der Vorschlag geprüft, das Wucherverbot ausdrücklich ins Zivilgesetz aufzunehmen, dieser konnte aber wegen des Widerstands der Unternehmer nicht umgesetzt werden. Als Begründung dafür wurde angegeben, dass die Tatbestandsvoraussetzungen nicht klar bestimmt werden könnten, dass Bewertungsspielräume verblieben, und dass keine Vorhersehbarkeit gegeben sei.<sup>12</sup>

d) *Die Neuschaffung von Bestimmungen über standardisierte Geschäftsbedingungen*

Im Gegensatz dazu wurde bei der jetzigen Reform erstmals die AGB-Kontrolle ins Zivilgesetz aufgenommen. Neben der Einbeziehung von AGB und der Inhaltskontrolle wurden auch Regelungen über die Änderung von AGB verabschiedet (Artt. 548-2 ff. ZG n.F.).

Aber die Unternehmer hatten sich auch gegen die Aufnahme der AGB-Kontrolle ins Zivilgesetz gewandt. Als Grund dafür hatten sie die Befürchtung genannt, dadurch könne die Geschäftstätigkeit übermäßig belastet werden. Deshalb wurde als Kompromiss der Gegenstand der Regelung auf solche AGB begrenzt, die für Geschäfte mit einer unbestimmten Vielzahl von Personen gelten, bei denen die Einheitlichkeit der Inhalte für beide Seiten sachgerecht ist. Diese AGB werden als „standardisierte Geschäftsbedingungen“ bezeichnet (Art. 548-2 Abs. 1 ZG n.F.).

Im Unterschied zum deutschen Recht wurde auch hinsichtlich der Einbeziehung der AGB die Offenbarung der standardisierten Geschäftsbedingungen nicht zur Tatbestandsvoraussetzung gemacht. Vielmehr genügt es, dass

---

権法改正と民法学 I *Saiken-hō kaisei to minpō-gaku I* [Die Reform des Schuldrechts und die Zivilrechtswissenschaft I] (Tōkyō 2018) 16 f.

12 Über die Reform der Bestimmungen über die öffentliche Ordnung und gute Sitten vgl. K. YAMAMOTO, 公序良俗 *Kōjo ryōzoku* [Öffentliche Ordnung und gute Sitten], in: Shiomu u. a. (Hrsg.), 詳解改正民法 *Shōkai kaisei minpō* [Genaue Erklärung des novellierten Zivilgesetzes] (Tōkyō 2018) 1 ff.

der Unternehmer gegenüber der anderen Partei im Voraus erklärt, dass die standardisierten Geschäftsbedingungen Vertragsinhalt werden (Art. 548-2 Abs. 1 Nr. 2 ZG n.F.). Auch hinsichtlich der Kontrolle unangemessener Klauseln wurde lediglich eine Generalklausel ins Gesetz aufgenommen (Art. 548-2 Abs. 2 ZG n.F.).

*e) Die Regelung von Bürgschaftsverträgen natürlicher Personen*

Außerdem wurde bei der jetzigen Reform für den Fall, dass sich eine natürliche Person für eine Unternehmerschuld verbürgt, eine Sonderregelung ins Zivilgesetz aufgenommen (Artt. 465-6 ff. ZG n.F.). Den Hintergrund dafür bildete die Tatsache, dass es seit den 1990er Jahren viele Fälle gegeben hatte, in denen Personen, die sich auf Wunsch von ihnen nahestehenden Personen für diese verbürgt hatten, später wirtschaftlich ruiniert wurden. Es ist bekannt, dass es auch in Deutschland vielfach zu ähnlichen Konstellationen gekommen ist.

Die Besonderheit der Regelung besteht darin, dass der Bürge seine auf die Eingehung einer Bürgschaft gerichtete Willenserklärung in einer notariellen Urkunde abgeben muss (Art. 465-6 ZG n.F.). Damit wird beabsichtigt, nicht etwa durch eine Inhaltskontrolle, sondern durch eine prozedurale Regelung den freien und ernsthaften Willen des Bürgen festzustellen.

*3. Das Verbrauchervertragsgesetz und seine Reform*

*a) Einleitung*

Als nächstes wende ich mich jetzt dem Verbrauchervertragsgesetz und seiner Reform zu.

Weil es zwischen Verbrauchern und Unternehmern im Hinblick auf Informationen und Verhandlungsmacht ein Ungleichgewicht gibt, besteht die Gefahr, dass Verbraucher von ihnen an sich nicht gewünschte Verträge abschließen. Das Verbrauchervertragsgesetz sieht Schutzmechanismen vor, durch die die Verbraucher von der Verbindlichkeit derartiger von ihnen nicht gewünschter Verträge befreit werden.<sup>13</sup>

Der eben genannte Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Zivilgesetzes wurde im Jahre 2015 veröffentlicht. Danach wurde die Reform des Verbrauchervertragsgesetzes beraten, bis sie schließlich im Jahre 2016 und 2018

---

13 Zum Verbrauchervertragsgesetz vgl. 消費者庁消費者制度課編 SHŌHI-SHA-CHŌ SHŌHI-SHA SEIDO-KA [Abteilung zur Planung der Verbraucherrechtsinstitute im Verbraucheramt] (Hrsg.), 逐条解説消費者契約法 *Chikujō kaisetsu, shōhi-sha keiyaku-hō* [Kommentar zum Verbrauchervertragsgesetz] (3. Aufl., Tōkyō 2018); DERNAUER, Verbraucherschutz und Vertragsfreiheit. (Fn. 2) 245 ff.

zustande kam.<sup>14</sup> Im Folgenden möchte ich dessen wichtigste Punkte unter dem Aspekt des Grundes und der Grenze der Materialisierung vorstellen.

*b) Die Abschlusskontrolle*

Die Besonderheit des japanischen Verbrauchervertragsgesetzes besteht darin, dass es nicht nur eine Inhaltskontrolle unangemessener Vertragsklauseln, sondern auch eine Abschlusskontrolle vorsieht. Dadurch wird Verbrauchern ein Anfechtungsrecht gewährt, wenn sie infolge bestimmter Handlungen von Unternehmern in die Irre geführt oder unzulässigem Druck ausgesetzt wurden.

*aa) Die Anfechtung aufgrund von Irreführung und ihre Grenzen*

Zunächst einmal wird eine Anfechtung aufgrund von Irreführung anerkannt, wenn der Unternehmer bei seiner Werbehandlung den Verbraucher durch eine der drei folgenden Handlungen in die Irre geführt hat: (1) Wenn der Unternehmer unwahre Tatsachen in Bezug auf wesentliche Umstände mitgeteilt hat (Art. 4 Abs. 1 Nr. 1 VerbrVG); (2) wenn der Unternehmer dem Verbraucher nur die für diesen vorteilhaften Tatsachen, aber die damit im Zusammenhang stehenden für diesen nachteiligen Umstände nicht mitgeteilt hat (Art. 4 Abs. 2 VerbrVG); (3) wenn der Unternehmer eine zukünftige Entwicklung, die noch nicht feststeht, als feststehend dargestellt hat (Art. 4 Abs. 1 Nr. 2 VerbrVG).

Dies sind Fälle, in denen der Unternehmer aktiv gehandelt hat. Im Gegensatz dazu gibt es keine Regeln, die eine Anfechtung für den Fall vorsehen, dass ein Unternehmer nicht aktiv gehandelt, sondern die erforderlichen Informationen nicht erteilt hat. Das Verbrauchervertragsgesetz schreibt hinsichtlich der Erteilung von Informationen lediglich eine Bemühungspflicht des Unternehmers vor (Art. 3 Abs. 1 Nr. 2 VerbrVG). Auch wenn der Unternehmer gegen diese Pflicht verstößt, hat der Verbraucher kein Anfechtungsrecht.

Das Verbrauchervertragsgesetz wurde aufgrund der bestehenden Informationsasymmetrie zwischen Unternehmern und Verbrauchern erlassen (Art. 1 VerbrVG). Dementsprechend vertritt die überwiegende Lehre die

---

14 Zur Reform des Jahres 2016 vgl. K. YAMAMOTO, 2016年消費者契約法改正の概要と課題 *2016nen shōhi-sha keiyaku-hō kaisei no gaiyō to kadai* [Überblick über das im Jahre 2016 novellierte Verbrauchervertragsgesetz und seine Aufgaben], *Hōritsu Jihō* 88 Nr. 12 (2016) 4 ff. Zur Reform des Jahres 2018 vgl. I. UENO/S. FUKUSHIMA/J. SHIBE, 消費者契約法改正の概要 *Shōhi-sha keiyaku-hō kaisei no gaiyō* [Überblick über das novellierte Verbrauchervertragsgesetz], *NBL* 1128 (2018) 58 ff.; siehe auch K. YAMAMOTO u. a., 消費者契約法の改正と課題 *Shōhi-sha keiyaku-hō no kaisei to kadai* [Die Reform der Verbrauchervertragsgesetze und ihre Aufgaben], *Jurisuto* 1527 (2019) 14 ff.

Ansicht, dass grundsätzlich eine mit Rechtsfolgen verbundene Informationspflicht des Unternehmers anzuerkennen sei. Aber auch bei dieser Reform setzte sich diese Ansicht wegen des Widerstands der Unternehmer nicht durch. Als Begründung für ihre Ablehnung gaben die Unternehmer an, dass bei einer allgemeinen Regelung der Informationspflicht im Verbrauchervertragsgesetz der Umfang der vom Unternehmer zu erteilenden Informationen nicht konkret zu bestimmen sei, mit der Folge dass keine Vorhersehbarkeit gegeben sei, und dass entsprechend zu befürchten sei, dass eine solche Informationspflicht übermäßige Eingriffe in die unternehmerische Tätigkeit mit sich bringen würde.<sup>15</sup>

*bb) Die Anfechtung wegen Ausübung von unzulässigem Druck und ihre Grenzen*

Als nächstes wurde eine Anfechtung wegen Ausübung von unzulässigem Druck bei Werbeauftritten von Unternehmern in den folgenden zwei Fällen anerkannt, in denen der Unternehmer den Verbraucher in unzulässiger Weise unter Druck gesetzt hatte. Erstens, wenn der Unternehmer entgegen dem vom Verbraucher geäußerten Willen den Verhandlungsort nicht verlassen hat (Art. 4 Abs. 3 Nr. 1 VerbrVG a.F.), und zweitens, wenn ein Unternehmer entgegen dem geäußerten Willen des Verbrauchers nicht zulässt, dass dieser den Verhandlungsort verlässt (Art. 4 Abs. 3 Nr. 2 VerbrVG a.F.). Denn wenn ein Verbraucher einem solchen unzulässigen Druck ausgesetzt ist, kann er keine vernünftige Entscheidung treffen.

Die Ausübung eines unzulässigen Drucks ist aber nicht nur auf diese beiden Fälle begrenzt. Deshalb wurde durch die heutige Reform die Zahl der Fälle ausgeweitet, in denen der Vertrag aus diesem Grunde angefochten werden kann.<sup>16</sup> Hier möchte ich die folgenden drei Fälle vorstellen:

Der erste Fall ist gegeben, wenn ein Unternehmer, der weiß, dass der Verbraucher aus Mangel an Erfahrung im sozialen Verkehr hinsichtlich der für den sozialen Verkehr wesentlichen Umstände oder hinsichtlich der in Bezug auf seine körperlichen Eigenschaften oder Zustände wesentlichen Umstände Ängste empfindet, diese Ängste ohne berechtigte Gründe anheizt (Art. 4 Abs. 3 Nr. 3 VerbrVG n.F.). Der zweite Fall liegt vor, wenn ein Verbraucher aus Mangel an Erfahrung im sozialen Verkehr gegenüber der

---

15 Zu diesen Problemen vgl. M. GOTŌ, 総則規定の問題点と課題 *Sōsoku kitei no mondai-ten to kadai* [Probleme und Aufgaben des Allgemeinen Teils], Jurisuto 1527 (2019) 52 ff.

16 Über den Sinn dieser Bestimmungen und die von ihnen nicht erledigten Aufgaben vgl. M. MARUYAMA, 消費者契約法の改正と消費者取消権 *Shōhi-sha keiyaku-hō no kaisei to shōhi-sha torikeshi-ken* [Die Reform des Verbrauchervertragsgesetzes und das Anfechtungsrecht des Verbrauchers], Jurisuto 1527 (2019) 54 ff.

verhandelnden Person Liebesgefühle empfindet, und die verhandelnde Person, die weiß, dass der Verbraucher zu Unrecht glaubt, dass sie für ihn entsprechende Gefühle empfindet, diese Situation ausnutzt (Art. 4 Abs. 3 Nr. 4 VerbrVG n.F.). Der dritte Fall liegt vor, wenn der Unternehmer, der weiß, dass ein Verbraucher, dessen Urteilskraft aufgrund seines hohen Alters oder seiner physischen oder psychischen Behinderung im hohen Maße eingeschränkt ist, übermäßige Ängste in Bezug auf die Aufrechterhaltung seiner gegenwärtigen Lebenssituation empfindet, diese Ängste ohne berechtigten Grund anheizt (Art. 4 Abs. 3 Nr. 5 VerbrVG n.F.).

Diese Fälle betreffen Verbraucher, die aus Mangel an Erfahrung im sozialen Verkehr oder aufgrund einer hochgradigen Minderung ihrer Urteilskraft, die durch ihr hohes Alter oder eine physischer oder psychische Behinderung verursacht wird, keine vernünftige Entscheidung treffen können. Diese Personen dürften wohl denjenigen Verbrauchern entsprechen, die in Europa als „vulnerable consumers“ (verletzliche Verbraucher) besondere Beachtung finden.

Der Kreis derjenigen Personen, die aufgrund einer Handlung des Unternehmers keine vernünftige Entscheidung treffen können, beschränkt sich jedoch nicht auf die eben genannten Fälle. Während der Beratungen über die Reform des Verbrauchervertragsgesetzes wurde auch die Einführung einer allgemeineren Generalklausel geprüft. Aber auch dieser Entwurf wurde nicht umgesetzt, weil die Tatbestandsvoraussetzungen nicht klar bestimmt werden konnten, keine genügende Vorhersehbarkeit gegeben war, und weil befürchtet wurde, dass dies zu übermäßigen Eingriffen in die unternehmerische Tätigkeit führen werde.

### c) Die Regelung angemessener Vertragsklauseln

Über unangemessene Vertragsklauseln enthält das Verbrauchervertragsgesetz eine Generalklausel und besondere Klauselverbote. Die Generalklausel (Art. 10 VerbrVG) ist der Generalklausel über AGB im deutschen Recht ziemlich ähnlich. Im Gegensatz dazu betreffen die besonderen Klauselverbote zunächst einmal nur haftungsbeschränkende Klauseln und Klauseln über die Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen (Artt. 8 und 9 VerbrVG).

Bei der aktuellen Reform sind als verbotene Klauseln u. a. Klauseln, die den Verzicht der Verbraucher auf ihr Rücktrittsrecht beinhalten, (Art. 8-2 VerbrVG n.F.) und Klauseln, die den Unternehmer zur Feststellung berechtigen, ob die Voraussetzungen für seine Haftung erfüllt sind, (Art. 8 Abs. 1 VerbrVG n.F.) aufgenommen worden.<sup>17</sup> Allerdings ist auch damit die Zahl

---

17 Über den Sinn dieser Regulierungen und die von ihnen nicht erledigten Aufgaben vgl. S. MIYASHITA, 不当条項規制をめぐる改正と今後の課題 *Futō jōkō kisei o meguru*

der Klauselverbote nach wie vor bei weitem geringer als im deutschen oder im EU-Recht.

Das liegt daran, dass man in Japan versucht hat, lediglich eine sogenannte *black list* (schwarze Liste) mit Klauselverboten ohne Wertungsmöglichkeit aufzustellen. Gegen die sogenannte *gray list* (graue Liste) für Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit leisteten die Unternehmer erheblichen Widerstand. Als Begründung wurde dafür angegeben, dass es bei der Aufnahme solcher Klauseln keine ausreichende Vorhersehbarkeit gebe, und dass zu befürchten sei, dass die Vermeidung der Verwendung solcher Klauseln im Ergebnis zu einem übermäßigen Eingriff in die unternehmerische Tätigkeit führe.

#### 4. *Durchsetzungsinstrumente des Verbraucherprivatrechts*

Zum Schluss möchte ich die Durchsetzungsinstrumente des Verbraucherprivatrechts vorstellen.

##### a) *Der bisherige Zustand*

Üblicherweise ist der einzelne Schaden, der sich aus einem Verbrauchervertrag ergibt, gering. Deshalb neigen die einzelnen Verbraucher dazu, kostspielige Prozesse zu vermeiden, selbst wenn sie einen Schaden erlitten haben. Darum haben bei der Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten in Japan Verwaltungsorgane immer eine große Rolle gespielt. Das Nationale Verbraucherzentrum als staatliches Organ und die Verbraucherzentren als Organe der Präfekturen und Kommunen werden auf Antrag von Verbrauchern im Bereich der Streitbeilegung tätig. Diese Organe bearbeiten knapp eine Million Fälle im Jahr. Es ist aber problematisch, dass diese Zentren keine Justizorgane sind, und deshalb ihre Entscheidungen keine Vollstreckungstitel und ihre Mitarbeiter keine Juristen sind.

##### b) *Die Einführung der Verbraucherverbandsklage und ihre Problematik*

Wie eingangs dargestellt liegt der Schwerpunkt des japanischen Verbraucherrechts herkömmlicherweise auf verwaltungsrechtlichen Regulierungen. Da aber die Ressourcen von Verwaltungsbehörden begrenzt sind, können sie Verbraucherschäden nicht im ausreichenden Umfang behandeln. Deshalb wurde im Jahre 2006 nach deutschem Vorbild die Verbraucherverbandsklage eingeführt (Artt. 12 ff. VerbrVG). Dadurch ist es möglich geworden, gegen Verträge und unangemessene Klauseln, die gegen das Ver-

---

*kaisei to kongo no kadai* [Reform der Regulierungen von unangemessenen Klauseln und zukünftige Aufgaben], *Jurisuto* 1527 (2019) 64 ff.

brauchervertragsgesetz verstoßen, auf Unterlassung zu klagen.<sup>18</sup> In Japan ist allerdings die Zahl der Verbraucherverbände, die für dieses Verfahren klagebefugt sind, begrenzt. Außerdem gibt es im Gegensatz zu Deutschland keine öffentliche finanzielle Förderung. Deshalb konnten die Verbraucherverbände bislang nicht im erwarteten Umfang aktiv werden.

c) *Die Einführung der kollektiven Schadensersatzklage für Verbraucher und ihre Problematik*

Außerdem wurde in Japan im Jahre 2013 eine kollektive Schadensersatzklage für Verbraucher eingeführt.<sup>19</sup> Als deren erste Stufe kann ein Verbraucherverband mit einer besonderen Zulassung eine Klage auf Feststellung erheben, dass ein Unternehmer gegenüber einer Vielzahl von Geschädigten dieselben Pflichten hat. Als zweite Stufe kann der Verbraucherverband dieses Ergebnis denjenigen Verbrauchern mitteilen, denen möglicherweise Abhilfe zusteht. Danach setzt der Verbraucherverband das Verfahren fort, das auf die Feststellung des Bestehens der Ansprüche der Verbraucher, die am Verfahren teilnehmen, und auf deren Höhe gerichtet ist. Das ist zwar bahnbrechend, aber das Verfahren beschränkt sich auf die Feststellung der den Verbrauchern zustehenden Ansprüche auf die Zahlung bestimmter Geldbeträge.

#### IV. SCHLUSSBEMERKUNGEN

Zum Schluss möchte ich einige abschließende Feststellungen zum japanischen Verbraucherrecht unter den Aspekten des gegenwärtigen Standes der Materialisierung und deren Rechtfertigung sowie deren Grenze und der Durchsetzungsinstrumente für die Materialisierung treffen.

---

18 Zu diesem System vgl. M. LENTZ, Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im japanischen Zivilprozess (Köln 2017).

19 消費者の財産的被害の集団的な回復のための民事の裁判手続の特例に関する法律 *Shōhi-sha no zaisan-teki higai no shūdan-teki na kaifuku no tame no minji no saiban tetsuzuki no tokurei ni kansuru hōritsu* [Gesetz über besondere Zivilverfahren zur gruppenmäßigen Entschädigung von Vermögensschäden bei Verbrauchern], Gesetz Nr. 96/2013. Zu diesem System vgl. 消費者庁消費者制度課編 *SHŌHI-SHACHŌ SHŌHISHA SEIDO-KA* [Abteilung zur Planung der Verbraucherrechtsinstitute im Verbraucheramt] (Hrsg.), 一問一答消費者裁判手続特例法 *Ichimon ittō shōhi-sha saiban tetsuzuki tokurei-hō* [Q&A Gesetz über besondere Verbrauchergerichtsverfahren] (Tōkyō 2014); LENTZ (Fn. 18) 129 ff.

### 1. *Der Stand der Materialisierung und ihre Rechtfertigung*

#### a) *Materialisierung der Vertragsfreiheit und der Vertragsgerechtigkeit?*

Zunächst ist festzustellen, dass auch in Japan eine Tendenz zur Materialisierung der Vertragsfreiheit zu beobachten ist, nämlich die Entscheidungsfreiheit material-tatsächlich zu schützen. Das wird insbesondere aus der Tatsache deutlich, dass das Verbrauchervertragsgesetz wegen des strukturellen Ungleichgewichts zwischen Verbrauchern und Unternehmen im Hinblick auf Informationen und Verhandlungsmacht verabschiedet wurde.

Demgegenüber ist von der Materialisierung der Vertragsgerechtigkeit nicht allzu viel zu spüren. Die Kontrolle unangemessener Klauseln im Verbrauchervertragsgesetz und standardisierter Geschäftsbedingungen im reformierten Zivilgesetz beruht auf dem Prinzip der materialen-inhaltlichen Gerechtigkeit. In quantitativer Hinsicht gibt es aber nur wenige einschlägige Bestimmungen. Die Regelung der Abschlusskontrolle im Verbrauchervertragsgesetz beruht auf der prozeduralen Gerechtigkeit, weil sie freie und störungsfreie Entscheidungen garantiert. Auch die Regelung der Bürgschaft einer natürlichen Person im Zivilgesetz durch die vorgeschriebene Beteiligung eines Notars hat die Verwirklichung der prozeduralen Gerechtigkeit zum Ziel.

#### b) *Materialisierung der weltanschaulich-politischen Grundhaltung?*

Was die weltanschaulich-politische Grundhaltung angeht, so lässt sich feststellen, dass als Idee eine liberale Grundhaltung in den Vordergrund getreten ist. So ist im reformierten Zivilgesetz die Vertragsfreiheit ausdrücklich festgeschrieben worden.

Die grundlegende Konzeption des Verbraucherrechts, als eines Schutzes des Verbrauchers als der „schwächeren Partei“, wandelte sich in eine Unterstützung des Verbrauchers als einer „selbstständigen bzw. zur Selbstständigkeit fähigen Person“. Auch die soeben erwähnten Regelungen der Abschlusskontrolle im Verbrauchervertragsgesetz und der Bürgschaft einer natürlichen Person, die auf der Vorstellung einer prozeduralen Gerechtigkeit beruhen, sind als liberale Regelungen zum Zwecke der Gewährleistung der subjektiven Rechte und der Freiheit eingeordnet.

Diese liberale Grundhaltung wurde in Japan jedoch als Mittel zur Verwirklichung der Politik der Wirtschaftsbelebung eingesetzt.<sup>20</sup> Es kommt häufig vor, dass Regelungen, die aufgrund der liberalen Grundhaltung eigentlich notwendig sein sollten, nicht eingeführt werden, weil sie einen

---

20 Vgl. K. TSUCHIDA, in: Tsuchida/Suami (Hrsg.), 政府規制と経済法 *Seifu kisei to keizai-hō* [Regulierung durch die Regierung und das Wirtschaftsrecht] (Tōkyō 2006) 3.

negativen Einfluss auf die Geschäftstätigkeit haben könnten. Beispiele dafür sind u. a., dass die Offenlegung der AGB zu ihrer Einbeziehung nicht erforderlich sein soll, und, dass selbst für den Verbrauchervertrag keine mit Rechtfolgen verbundene Informationspflicht ins Gesetz übernommen wurde. Nicht einmal das Wucherverbot, das den Schutz vor einer Verletzung der Entscheidungsfreiheit bezweckt, ist ausdrücklich ins Zivilgesetz übernommen worden.

Andererseits wurde ins Verbrauchervertragsgesetz eine Sonderregelung für Verbraucher aufgenommen, die aus „Mangel an Erfahrung im sozialen Verkehr“ oder wegen „einer altersbedingten oder durch eine physische oder psychische Behinderung bedingten erheblichen Minderung ihrer Urteilskraft“ keine vernünftige Entscheidung treffen können. Solche Regeln für verletzte Verbraucher zeigen, dass eine soziale Grundhaltung weiterhin erforderlich ist.

## 2. Grenzen und Durchsetzungsinstrumente der Materialisierung

### a) Die Furcht vor „übermäßigen Eingriffen“

In Japan wurden immer wieder die Grenzen der Materialisierung problematisiert. Es wird befürchtet, dass bei fortschreitender Materialisierung die Einschränkungen der Geschäftstätigkeit zunehmen und es dadurch zu übermäßigen Eingriffen kommen würde. Es wird auch darauf hingewiesen, dass zu befürchten sei, dass bei fortschreitender Materialisierung die Vorhersehbarkeit aufgrund unklarer Maßstäbe sinke, und dass übermäßige Eingriffe in die Geschäftstätigkeit ernüchternde Wirkungen zeitigen würden. Es sei daher erforderlich, dafür zu sorgen, dass unbedingt Regulierungen mit klaren Maßstäben gestaltet werden müssen, die den Unternehmern keine unnötige Last auferlegten.

### b) Der Zusammenhang mit den Durchsetzungsinstrumenten der Materialisierung

Vorstehendes hängt wiederum mit den Durchsetzungsinstrumenten der Materialisierung zusammen.

Verwaltungsrechtliche Regulierungen werden von den Verwaltungsbehörden vollzogen. In Japan werden dafür im Allgemeinen durch Verordnungen und Leitlinien genauere Regeln aufgestellt. Dadurch ist die Vorhersehbarkeit gewährleistet.

Im Gegensatz dazu werden im Bereich der privatrechtlichen Regulierung solche Regeln letztendlich durch die Rechtsprechung bestätigt und gestaltet. Bei Streitigkeiten über Verbraucherverträge geht es aber meistens um niedrige Schadensersatzansprüche, deren Klärung durch die Gerichte nicht

zu erwarten ist. Von den Verbraucherzentren, die sich mit der Beilegung solcher Streitigkeiten befassen, kann man die Aufstellung allgemein anwendbarer rechtlicher Regeln nicht erhoffen. In dieser Situation heißt es, dass Unternehmer Schwierigkeiten hätten, selbst übermäßige Forderungen zurückzuweisen, die von Verbrauchern erhoben würden. Tendenziell haben japanische Unternehmer zudem allen Grund zur Befürchtung, dass schlechte Bewertungen zunehmen werden. Auch das ist ein wichtiges Hintergrundmotiv.

Deshalb wird derzeit gefordert, dass auch im Bereich der privatrechtlichen Regulierungen Verfahren und Instrumente für deren angemessene Durchsetzung zur Verfügung gestellt werden. Zusätzlich zur Verbraucherverbandsklage ist die kollektive Schadensersatzklage für Verbraucher eingeführt worden. Man kann aber noch nicht sagen, dass damit schon alles erreicht wäre. Es dürfte vielmehr erforderlich sein, verwaltungsrechtliche Regelungen mit sonstigen geeigneten Mitteln aller Art zu kombinieren, um eine effektive Verwirklichung der erforderlichen Regulierung zu erreichen.

Ich gehe davon aus, dass auch in Deutschland eine entsprechende Problematik besteht, und möchte damit meinen Vortrag beschließen.

# Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz in Deutschland

*Marietta Auer\**

- I. Rechtspolitischer Rahmen
- II. Verbraucherschutzpolitik im Wandel
  - 1. Informationspflichten
  - 2. Widerrufsrechte
  - 3. Zwingende Eingriffe in den Vertragsinhalt
  - 4. Verhaltensökonomische Ansätze und Nudging
- III. Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz: Konkordanz oder Diskordanz?
  - 1. Normative Diskordanz: Gespaltenes Privatrecht
  - 2. Institutionelle Diskordanz: Die Rolle der Privatrechtswissenschaft

Das private Verbraucherschutzrecht eignet sich aus mindestens zwei Gründen besonders gut als Vergleichsobjekt zwischen den Zivilrechtsordnungen Deutschlands und Japans. Zum einen lässt sich anhand von Reichweite und Status verbraucherschützender Gewährleistungen paradigmatisch die privatrechtstheoretische Grundfrage stellen, wie sich Freiheit und Beschränkung der Freiheit in einer liberalen, gleichzeitig aber hochkomplexen und vielfach vernetzten Gesellschaft zueinander verhalten und künftig verhalten sollen. Zum anderen gewinnt das Thema gerade unter den in beiden Ländern besonders ausgeprägten Bedingungen rapider technologischer Innovation laufend neue Bedeutung. Man denke an die vielfältigen Möglichkeiten des digitalen Marktes, die es bis vor wenigen Jahren nicht gab.

Im Folgenden soll das Verbraucherschutzrecht aus der Perspektive des deutschen Rechts in den übergreifenden rechtspolitischen Rahmen der Zurückdrängung der Privatautonomie durch den Gesetzgeber während des 20. Jahrhunderts eingeordnet werden. Vor diesem Hintergrund ist sodann der Blick auf die wichtigsten Schutzinstrumente des geltenden deutschen Verbraucherschutzrechts in ihrem aktuellen Wandel zu richten. Abschließend ist auf dieser Grundlage nach dem übergreifenden dogmatischen und institutionellen Spannungsverhältnis zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz im deutschen Privatrecht zu fragen.

---

\* Prof. Dr., M.A., LL.M., S.J.D. (Harvard). Die Verfasserin lehrt Bürgerliches Recht und Rechtsphilosophie an der Justus-Liebig-Universität Gießen. Ihr nachdrücklicher Dank gilt den Organisatoren und Teilnehmern des DJJV-Symposiums in Tōkyō, insbesondere Dr. Jan Grotheer, Hamburg, sowie Prof. Dr. Keizō Yamamoto, Kyōto.

## I. RECHTSPOLITISCHER RAHMEN

Spezielle Regelungen zum Schutz von Verbrauchern, also nicht gewerbsmäßig handelnden Personen im geschäftlichen Verkehr, existieren im deutschen Privatrecht bereits seit über einhundert Jahren. Das wohl erste deutsche Verbraucherschutzgesetz, das Abzahlungsgesetz (AbzG), stammte aus dem Jahr 1896 und damit aus demselben Jahr wie das vier Jahre später in Kraft getretene Bürgerliche Gesetzbuch (BGB).<sup>1</sup> Es ist also zunächst wesentlich, sich vor Augen zu halten, dass das angeblich rein liberale Privatrechtssystem des BGB auf der Grundlage von formaler Vertrags-, Eigentums- und Testierfreiheit, das bereits zur Zeit seines Inkrafttretens Gegenstand scharfer Kritik wegen des angeblich fehlenden „Tropfens sozialistischen Oeles“<sup>2</sup> war, so nie existiert hat. Das BGB war vielmehr von Anfang an flankiert durch die Bismarck'sche Sozialgesetzgebung, zu der seit den achtziger Jahren des 19. Jahrhunderts unter anderem Arbeitsschutzgesetze, Krankenversicherungsgesetze, Alterssicherungsgesetze und unter anderem auch das erwähnte Abzahlungsgesetz als Vorläufer des heute im BGB angesiedelten Verbraucherkreditrechts gehörten. Es trifft so besehen auch nicht zu, die Entwicklung des deutschen Zivilrechts seit 1900 mit einem weiteren berühmten Wort *Franz Wieackers* als unter dem Druck der sozialen Frage veranlassten Systemwechsel zu deuten, durch den „die formale Freiheitsethik, die der deutschen Privatrechtsordnung zugrunde lag, in eine materiale Ethik sozialer Verantwortung zurückverwandelt wurde.“<sup>3</sup> Das sozialistische Öl, das hier angeblich erst verspätet hinzugegossen wurde, hat vielmehr – um der beliebten privatrechtstheoretischen Genremalerei in Öl an dieser Stelle eine Technikdarstellung im Stil des sozialistischen Realismus hinzuzufügen – von Anfang an im Getriebeöltank des Systems, der die privatrechtlichen Zahnräder luftdicht umschließt, nie gefehlt.<sup>4</sup>

Dennoch hat sich das heutige zivilrechtliche System gerade mit Blick auf das Verbraucherschutzrecht gegenüber dem 19. Jahrhundert nochmals erheblich gewandelt. Verbraucherschutz ist jedenfalls unter diesem Oberbegriff ein Thema der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts. Die dynamische Entwicklung der deutschen Sozial- und Verbraucherschutzgesetzgebung setzte nach dem zweiten Weltkrieg ein; massiv Fahrt aufgenommen hat sie

---

1 Überblick zur Entwicklung bei B. GSELL, in: Staudinger, *Eckpfeiler des Zivilrechts* (6. Aufl., Berlin 2018) 715 ff., Rn. 1.

2 Klassisch O. v. GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (Berlin 1889) 13.

3 Ebenfalls klassisch F. WIEACKER, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft* (Karlsruhe 1953) 18.

4 Zum Ganzen M. AUER, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne* (Tübingen 2014) 1 ff. m.w.N.; umfassend auch T. REPGEN, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (Tübingen 2001) 4 ff.

seit den 1970er und 1980er Jahren.<sup>5</sup> Zugleich lässt sich an dieser Rechtsentwicklung der Wandel der deutschen Gesellschaft zur Konsum- und Überflussgesellschaft ablesen. Verbraucherschutzrecht ist Wohlstandsrecht; ohne das Phänomen des Massenkonsums in entwickelten Volkswirtschaften wie der deutschen und der japanischen gäbe es keinen Anlass zu einer derartigen Regulierung.

Zivilrechtsdogmatisch hat sich dabei in Deutschland vor allem das Europäische Gemeinschafts- und Unionsrecht in zweifacher Hinsicht als zentraler Impulsgeber erwiesen. Zum einen basieren die meisten der heute in das BGB inkorporierten gesetzlichen Vorgaben zum Verbraucherschutz auf Europäischem Richtlinienrecht, sind also im Wege der Umsetzung von höherrangigem Recht der Europäischen Gemeinschaft bzw. Union durch den deutschen Gesetzgeber in das deutsche Privatrecht gelangt – wobei hinzuzufügen ist, dass die nationalen Rechtssetzungsinstanzen nicht nur passive Normempfänger, sondern vielfach aktive Mitgestalter und oft Vorreiter waren.<sup>6</sup> Europäisches Richtlinienrecht liegt heute den meisten wichtigen Normgruppen des Verbrauchervertragsrechts zugrunde, angefangen mit dem bereits erwähnten Verbraucherkreditrecht über besondere Vertragsgegenstände und Vertriebsformen wie Reiseverträge, Teilzeitwohnrechte, Haustürverträge, Fernabsatzgeschäfte und Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr bis hin zum Verbrauchsgüterkaufrecht, das heute den quantitativ größten Teil aller Verbrauchergeschäfte abdecken dürfte.<sup>7</sup> Zum anderen folgt aus dem Primat des Unionsrechts vor dem deutschen Recht, dass ersteres auch im Rahmen der Auslegung der genannten verbraucherschützenden Rechtsvorschriften vorrangig zu beachten ist. Dies gilt insbesondere für die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, dessen Auslegungsergebnisse zum Gemeinschaftsrecht nach heute herrschender Auffassung nicht nur für den deutschen Gesetzgeber, sondern auch für die deutschen Gerichte als höherrangiges Recht verbindlich und im Wege richtlinienkonformer Auslegung zwingend umzusetzen sind.<sup>8</sup>

Auf dieser Grundlage ist in den vergangenen Jahrzehnten aus zunächst disparaten Einzelgesetzen ein zunehmend kohärentes System des deutschen Verbraucherschutzrechts entstanden, dessen wesentliche Rechtsgrundlagen

---

5 Überblick bei GSELL (Fn. 1) Rn. 1 ff.

6 Originär nationales Verbraucherschutzrecht existiert in Deutschland etwa im jüngst geschaffenen Verbraucherbaupfandrecht (§§ 650i ff.) sowie – als jedenfalls funktionales Verbraucherschutzrecht – in den stark regulierten Bereichen des Arbeits-, Wohnraummiet- und Versicherungsvertragsrechts; dazu G. WAGNER, Zwingendes Vertragsrecht, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2018, 821, 825 ff.

7 Überblick bei GSELL (Fn. 1) Rn. 35 ff.

8 Repräsentativ M. RUFFERT, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV (5. Aufl., München 2016) Art. 288 AEUV Rn. 77 ff.; GSELL (Fn. 1) Rn. 10 f.

im Zuge der Schuldrechtsreform im Jahre 2002 in die Kodifikation des BGB inkorporiert wurden.<sup>9</sup> In diesem Zusammenhang hat der deutsche Gesetzgeber auch versucht, die wichtigsten allgemeinen Strukturmerkmale des Verbraucherschutzrechts zu vereinheitlichen. Hierzu zählen namentlich die Begriffe des Verbrauchers und des Unternehmers sowie die allgemeinen Frist- und Formerfordernisse für die Ausübung von Widerrufsrechten, die zuvor in Sondergesetzen verstreut und teils uneinheitlich geregelt waren. Durch diese Kodifikation wurde das wichtige Signal ausgesandt, dass es sich bei dem Verbraucherschutzrecht nicht um ein vom allgemeinen Zivilrecht getrenntes Sonderprivatrecht, also um einen marginalen und begründungsbedürftigen Ausnahmefall gestörter Vertragsparität in einem im Übrigen auf der Wertungsdominanz formaler Vertragsfreiheit beruhenden Vertragsrecht, sondern vielmehr um ein ebenbürtiges Kerngebiet des Privatrechts handelt. Man kann sogar mit gutem Grund sagen, dass sich Regel und Ausnahme im heutigen deutschen Privatrechtsdenken – also die Regel der beidseitig ungeschützten Vertragsfreiheit und die Ausnahme des inhaltlich stark regulierten Vertrags – jedenfalls im Rechtsverkehr zwischen Unternehmern und Verbrauchern geradezu umgekehrt haben:<sup>10</sup> Die Regel ist zur Ausnahme geworden und die Ausnahme zur Regel. Privatrecht ist heute – wesentlich auch infolge der Entwicklung des Verbraucherschutzrechts – als eine zunehmend legislatorisch überformte Regelungsgesamtheit zu verstehen, die mehr und mehr von individual- und sozialschützenden Regulierungszielen geprägt ist, unter denen der Vertragsfreiheit jedenfalls im Verkehr zwischen Unternehmern und Verbrauchern nur mehr eine Nebenrolle zukommt.<sup>11</sup>

Nur ergänzend sei hinzugefügt, dass dieser Befund nicht allein Folge gesetzgeberischer Aktivitäten, sondern auch weiterer gleichlaufender Tendenzen ist, zu denen insbesondere die systemumwälzende Konstitutionalisierung des Privatrechts im Gefolge der Lüth-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zählt.<sup>12</sup> Hier zeigt sich dieselbe Tendenz, die weg von einem auf dem Wertungsideal formaler Freiheit basierenden autonomen Privat-

---

9 Zur Bedeutung der Kodifikation GSELL (Fn. 1) Rn. 7 ff.

10 Ähnlich G. WAGNER, *Zivilrechtswissenschaft heute. Zwischen Orakeldeutung und Maschinenraum*, in: Dreier (Hrsg.), *Rechtswissenschaft als Beruf* (Tübingen 2018) 67, 106 ff.; differenzierend für Verträge zwischen Unternehmern DERS. (Fn. 6) 831.

11 Dem entspricht die aktuelle Konjunktur privatrechtswissenschaftlicher Schriften zu Steuerungs- und Regulierungsfunktionen des Privatrechts; repräsentativ A. HELLGARDT, *Regulierung und Privatrecht* (Tübingen 2016); vgl. auch B. LURGER, *Die Dominanz zwingenden Rechts – die vermeintlichen und tatsächlichen Schattenseiten des EU-Verbraucherschutzrechts*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2018, 788, 796 ff., 815 ff.; WAGNER (Fn. 10) 161 ff. m. w. N.

12 Dazu WAGNER (Fn. 10) 110 ff.

rechtsverständnis hin zu einem zunehmend durch legislativ und judikativ implementierte Steuerungsziele überformten Regulierungsrecht in privatrechtlicher Formensprache weist. Kaum der Erwähnung bedarf, dass auch die Grenzziehung zwischen Privatrecht und regulatorischem öffentlichen Recht – soweit sich diese überhaupt noch als rechtstheoretisch haltbar erweist<sup>13</sup> – durch diese Entwicklung immer mehr ins Rutschen gerät.<sup>14</sup>

## II. VERBRAUCHERSCHUTZPOLITIK IM WANDEL

Indessen befindet sich nicht nur die Gesamtheit des Privatrechts, sondern auch die inhaltliche Gestalt des Verbraucherschutzes in aktuellem Wandel. Sehr verallgemeinernd lassen sich im gegenwärtigen deutschen Privatrecht zwei dogmatische Grundansätze zur Umsetzung verbraucherschützender Regulierungsziele unterscheiden: Einerseits ein vertragsrechtlicher Ansatz, der darauf abzielt, bei Verträgen unter Beteiligung eines Verbrauchers die Vertragsabschluss- und Vertragsinhaltsfreiheit zumindest einseitig zu beschränken, um die spezifische, systematische Schwäche des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer zu kompensieren, die vor allem in der Rechtsprechung des EuGH und des Bundesverfassungsgerichts, teilweise aber auch im Schrifttum als „gestörte Vertragsparität“ oder „strukturell unterlegene Verhandlungsmacht“ charakterisiert wird.<sup>15</sup> Davon zu unterscheiden ist der deliktsrechtliche Ansatz, der im Bereich nichtfreiwilliger Privatrechtsbeziehungen zum Einsatz kommt und die Kompensation von Massenschäden durch Produkthaftungsregelungen betrifft, die typischerweise strikte Haftung anordnen. Hinzu kommen gerade in jüngerer Zeit rechtspolitisch anspruchsvolle Bestrebungen, die Durchsetzung solcher

---

13 Die Frage ist komplex. Zum Versuch einer Konzeptionalisierung der Komplexität AUER (Fn. 4).

14 Dazu etwa H.-W. MICKLITZ, *The Visible Hand of European Regulatory Private Law – The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation*, *Yearbook of European Law* 28 (2009) 3 (34); LURGER (Fn. 11) 797 f., 817 f.; ausführlich auch HELLGARDT (Fn. 11) 522 ff.

15 Zu dem daraus folgenden Leitbild des „*vulnerable consumer*“ etwa EuGH, 14.6.2012 – *Banco Español de Crédito SA./Joaquin Calderon Camino*; BVerfG, 19.10.1993, BVerfGE 89, 214 (234); kritisch WAGNER (Fn. 6) 831 f. Daneben findet sich auch das Leitbild des „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers“ oder „*reasonable consumer*“, der im Zentrum des sogleich zu erörternden Informationsmodells steht; dazu LURGER (Fn. 11) 796. Das Problem aller derartigen Leitbilder ist ihr entdifferenzierender, unklar normativ-deskriptiver Status. Zur Kritik bereits B. DAUNER-LIEB, *Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher* (Berlin 1983) 15 ff.

Ansprüche durch kollektive Klagerechte nach dem Vorbild der amerikanischen Sammelklage oder Class Action zu erleichtern.<sup>16</sup>

Die eigentliche rechtspolitische Brisanz des Verbraucherschutzrechts für das Zivilrecht liegt jedoch im zuerst erwähnten Vertragsrecht, denn hier scheint sich tatsächlich – Zahnräder im Ölbad hin oder her – auch und gerade im jüngsten privatrechtswissenschaftlichen Selbstverständnis ein Wertewandel gegenüber dem klassischen freiheitsbasierten Privatrechtssystemverständnis vollzogen zu haben, das für das Privatrechtsdenken noch bis in das frühe 21. Jahrhundert hinein kennzeichnend war.<sup>17</sup> Dies lässt sich im Einzelnen anhand der drei gebräuchlichsten Standardinstrumente des vertraglichen Verbraucherschutzes nachvollziehen, die im Folgenden in der Reihenfolge zunehmender Eingriffstiefe vorgestellt werden sollen. Den Abschluss bildet ein kurzer Überblick über neuere Ansätze der Verbraucherschutzpolitik, namentlich zu Mechanismen aus dem Repertoire der aktuellen Verhaltensökonomik, die im Anschluss an die lebhaft geführte US-amerikanische Debatte heute auch in Deutschland meist unter dem Stichwort „Nudging“ diskutiert werden.

### 1. Informationspflichten

Das zentrale Regulierungsparadigma der unionsrechtlichen und deutschen Verbraucherschutzpolitik bildet bis heute das Informationsmodell.<sup>18</sup> Dieses beruht auf der Annahme, dass sich die Voraussetzungen wirksamer Selbstbestimmung von Verbrauchern am Konsumgütermarkt dadurch herstellen lassen, dass Fälle von Marktversagen, die durch suboptimale Informations-

---

16 Beispiele sind das Unterlassungsklagengesetz (UKlaG), das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) sowie jüngst die allgemeine Musterfeststellungsklage (§§ 606 ff. ZPO). Dazu etwa A. HALFMEIER, Popularklagen im Privatrecht (Tübingen 2006); C. MELLER-HANNICH, Sammelklagen, Gruppenklagen, Verbandsklagen – Bedarf es neuer Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes im Zivilprozess?, Gutachten A zum 72. Deutschen Juristentag (München 2018); E. WACLAWIK, Die Musterfeststellungsklage, Neue Juristische Wochenschrift 2018, 2921 ff.; H. MERKT/J. ZIMMERMANN, Die neue Musterfeststellungsklage: Eine erste Bewertung, Verbraucher und Recht 2018, 363 ff.; E. KRAUSBECK, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess – Zusammenfassung und Bewertung des Gutachtens für den Deutschen Juristentag 2018 vor dem Hintergrund von Musterfeststellungsklage und „New Deal“, Verbraucher und Recht 2018, 287 ff.

17 Repräsentativ H. C. GRIGOLEIT, Anforderungen des Privatrechts an die Rechtstheorie, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie (Tübingen 2008) 51, 54; kritisch dazu sowie zur allgemeinen Befindlichkeit der deutschsprachigen Zivilrechtswissenschaft WAGNER (Fn. 10) 108 mit Fn. 156.

18 Dazu eingehend P. HACKER, Verhaltensökonomik und Normativität (Tübingen 2016) 395 ff.; zusammenfassend auch GSELL (Fn. 1) Rn. 13 f.

verteilung bzw. Informationsasymmetrien zulasten der Verbraucher eintreten, kompensiert werden.<sup>19</sup> Diesem Ziel dienen zwingende gesetzliche Informationspflichten etwa zur Beschaffenheit des Vertragsgegenstands sowie zu den Modalitäten von Vertragsschluss und Vertragsauflösung. Dem liegt die Hypothese zugrunde, dass mehr Information automatisch zu besseren Entscheidungen führt, kurz: Je informierter der Verbraucher, desto rationaler ist seine vertragliche Entscheidung. Nun ist allerdings diese Prämisse in dieser Allgemeinheit nicht nur außerordentlich fraglich, sondern erwiesenermaßen falsch. Es gehört zu den inzwischen auch in der Rechtswissenschaft breit rezipierten Gemeinplätzen der Verhaltenspsychologie und Verhaltensökonomik, dass mehr Information gerade nicht automatisch zu rationaleren und besseren Entscheidungen, sondern im Gegenteil ab einem bestimmten Punkt zu Informationsüberlastung, kognitiver Ausblendung und Entscheidungsunvermögen führt.<sup>20</sup> Mehr Information wird ab einem gewissen Sättigungspunkt vom trägen menschlichen Gehirn nicht mehr verarbeitet, sondern ausgeblendet. Dieses stabile Phänomen stellt sich nachweisbar bereits nach der Aufnahme weniger Informationseinheiten durch den Informationsadressaten ein.<sup>21</sup> Offenkundig liegt darin eine erhebliche Herausforderung für das klassische ökonomische Rationalitätskonzept wie auch für das analog strukturierte privatrechtliche Legitimationsmodell der vertraglichen Richtigkeitsgewähr aufgrund formaler oder materialer im Sinne von lediglich die Voraussetzungen wirksamer Selbstbestimmung berücksichtigender Vertragsfreiheit.<sup>22</sup>

Für das Informationsmodell im Verbraucherschutzrecht hat diese Erkenntnis fatale Konsequenzen, da sie ganz offensichtlich geeignet ist, dessen legitimierenden Grundgedanken aus den Angeln zu heben. Wenn es geradezu falsch ist, dass sich die Entscheidungsschwäche des Verbrauchers durch mehr Information beheben lässt, dass hier Mehr also nicht gleich Mehr ist, sondern dass im Gegenteil Weniger Mehr wäre, dann sollte das sowohl dem europäischen wie dem deutschen Gesetzgeber nachdrücklich zu denken geben, ob die entsprechenden Regeln, die verbraucherschützende

---

19 HACKER (Fn. 18) 408 ff.

20 Ausführlich HACKER (Fn. 18) 429 ff. m. w. N.

21 HACKER (Fn. 18) 118 ff., 150, 447 m. w. N.

22 So auch LURGER (Fn. 11) 804. Zu den Begriffen der formalen und materialen Vertragsfreiheit eingehend C.-W. CANARIS, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, *Archiv für die civilistische Praxis* 200 (2000) 273 ff. Im Verbrauchervertragsrecht ist all dies nur mehr Theorie, die so weit von der Praxis entfernt ist, dass sie auch als leistungsfähige Theorie in Frage steht; vgl. bereits vorstehend bei Fn. 10. Einen alternativen Weg zur Deutung der Vertragsfreiheit im Vertragsgeschehen mit Verbrauchern beschreiten etwa H. DAGAN/M. HELLER, *The Choice Theory of Contracts* (Cambridge 2017).

Informationspflichten vorsehen, in jedem Fall zweckentsprechend sind. Dabei handelt es sich insoweit um eine undankbare Aufgabe, als der Charme des Informationsmodells aus privatrechtsdogmatischer Sicht ganz entscheidend darin besteht, dass es im Gegensatz zu stärker eingreifenden Regulierungen wie Widerrufsrechten und zwingenden Eingriffen in den Vertragsinhalt eine nahezu bruchlose Vereinbarung von Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz erlaubt.<sup>23</sup> Geht man nämlich voraussetzungsgemäß davon aus, dass die Information den Effekt hat, Verhandlungspartität zwischen Verbraucher und Unternehmer herzustellen, dann bewirkt sie nur und genau insoweit eine Materialisierung der Vertragsfreiheit, als dies erforderlich ist, um die Voraussetzungen der „Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus“ im Sinne *Walter Schmidt-Rimplers* – mit der man hier im letzten Jahrhundert argumentiert hätte – überhaupt erst zu begründen und damit das klassische Vertragsdenken zugrundeliegende Prinzip der Vertragsfreiheit aufrechtzuerhalten und in seiner systemtragenden Kraft zu bestärken.<sup>24</sup>

Soweit die Theorie. Der Haken ist aber, dass die verhaltenspsychologische Praxis dieser Theorie wie gesehen in vielen Fällen nicht entspricht. Eine sinnvolle Verbraucherschutzpolitik muss vor diesem Hintergrund davon Abstand nehmen, die Sinnhaftigkeit des Informationsmodells abstrakt aus dem System des Vertragsrechts zu begründen und die Frage stattdessen konkret wenden: Wo sind Informationspflichten in welchem Maße und mit welcher Ausgestaltung sinnvoll und wo nicht? Eine Antwort wird differenzierend ausfallen müssen.<sup>25</sup> Sinnvoll sind Informationspflichten dort, wo sie geeignet sind, wettbewerbswidrigen und betrügerischen Marktpraktiken entgegenzuwirken, die auf gezielten Fehlinformationen des Verbrauchers beruhen, so etwa im Bereich versteckter Nebenkosten von Verbraucherdarlehen. Es ist daher zielführend, dass § 491a BGB beim Verbraucherdarlehensvertrag detaillierte vorvertragliche Informationspflichten und § 492 BGB einen zwingenden Vertragsinhalt vorsieht, der sämtliche Darlehensnebenkosten im Einzelnen aufschlüsselt. Grundsätzlich sinnvoll ist auch die zwingende Information zu den Modalitäten der Widerrufsausübung bei Verbraucherdarlehen und Fernabsatzgeschäften, wobei man über den inzwischen vorgeschriebenen Umfang der nötigen Information allerdings wieder geteilter Auffassung sein kann. Insgesamt wird man jedenfalls zu der Ein-

---

23 Dazu eingehend DAUNER-LIEB (Fn. 15) 62 ff.

24 Grundlegend W. SCHMIDT-RIMPLER, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, *Archiv für die civilistische Praxis* 147 (1941) 130, 152 ff.; dazu noch M. AUER, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit (Tübingen 2005) 36 ff. HACKER (Fn. 18) 505 f. kann mit dem normativen Anspruch Schmidt-Rimplers bezeichnenderweise nicht mehr viel anfangen. Die Problematik ist dieselbe wie vorstehend Fn. 22.

25 Zu Ausdifferenzierungen des Informationsmodells HACKER (Fn. 18) 448 ff. m. w. N.

schätzung kommen müssen, dass die Möglichkeiten des Informationsmodells im aktuellen Verbraucherschutzrecht im Wesentlichen ausgereizt sind. Mehr ist hier künftig nicht mehr automatisch Mehr, sondern wird oft in einem Weniger resultieren: nämlich in weniger funktionalem Verbraucherschutz ebenso wie in geminderter teleologischer Stringenz des gesamten Verbrauchervertragsrechts.

## 2. *Widerrufsrechte*

Eine theoretisch bruchlose ebenso wie praktisch wirksame Verbraucherschutzpolitik lässt sich allein auf der Grundlage von Informationspflichten also nicht erzielen. Dass eine solche stets eine Mehrzahl von verschiedenen ansetzenden und im Einzelfall aufeinander abgestimmten Instrumenten erfordert, stand indessen in der europäischen und deutschen Verbraucherschutzpolitik nie ernsthaft in Frage. Als ein weiteres Standardinstrument des Verbraucherschutzrechts hat sich daher in Ergänzung zum Informationsmodell das Widerrufsrecht nach wirksam geschlossenem Vertrag etabliert. In Deutschland erstmals im Jahre 1986 im Zuge der Umsetzung der Haustürgeschäfte-richtlinie eingeführt, gilt es heute weitgehend einheitlich mit 14-tägiger Widerrufsfrist für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge, Fernabsatzverträge, Teilzeit-Wohnrechtverträge, Verträge über langfristige Urlaubsprodukte, Verbraucherdarlehensverträge sowie Verträge über Finanzdienstleistungen.<sup>26</sup>

Zweck der in all diesen Konstellationen wesentlich gleichartig strukturierten Widerrufsrechte ist es – schon in großer Nähe zu aktuellen verhaltensökonomischen Ansätzen bzw. Nudging – dem Verbraucher eine nachträgliche Überlegungsfrist oder *cooling-off-period* einzuräumen.<sup>27</sup> Dahinter steht wiederum die vielfach bestätigte verhaltensökonomische Einsicht, dass es einen Unterschied und potentiellen Konflikt zwischen den kurzfristigen, oft irrationalen Interessen des Menschen einerseits und seinen langfristig-planmäßigen, rationalen Zielen andererseits gibt und dass das Recht ein Mittel vorsehen sollte, um dem Verbraucher einen Ausweg zu weisen, wenn er sich beim Vertragsschluss von ersteren hinreißen lässt und damit nicht in seinem eigenen besten Interesse im Sinne seiner übergeordneten Ziele handelt. Die einfachste und nächstliegende Art, dieses Desiderat zu verwirklichen, ist es, dem Verbraucher durch Einräumung eines Widerrufsrechts eine nachträgliche Überlegungsfrist einzuräumen. In dieser Ausgestaltung von Verbraucherverträgen liegt also bereits ein deutliches Element liberal-paternalistischer Privatrechtsregulierung, die man nur und gerade

---

<sup>26</sup> Überblick bei GSELL (Fn. 1) Rn. 15 ff.; WAGNER (Fn. 10) 136.

<sup>27</sup> Ausführlich HACKER (Fn. 18) 513 ff. m. w. N.

deswegen noch als „liberal“ bezeichnen kann, weil der Verbraucher die Wahl hat, ob er das Widerrufsrecht ausübt oder nicht und der freiverantwortlich geschlossene Vertrag im Zweifel wirksam bleibt. Zum Vergleich: Eine nochmals deutlich stärker eingreifende Regulierungsvariante mit demselben Ziel läge in der umgekehrten Ausgestaltung, nicht einen nachträglichen Widerruf des wirksamen Vertrags zu erlauben, sondern vielmehr die volle Wirksamkeit des zunächst schwebend unwirksamen Geschäfts von der Ausübung eines zwingenden nachträglichen Bestätigungsvorbehalts abhängig zu machen – auch dies wurde im Schrifttum bereits erwogen, jedoch als exzessiver Eingriff in die Vertragsfreiheit meist nicht weiter verfolgt.<sup>28</sup>

Indessen weist auch die derzeitige Ausgestaltung der verbraucherschützenden Widerrufsrechte trotz ihrer inzwischen weitgehenden Anerkennung als Standardinstrument des Schuldrechts sowie ihrer großen praktischen Bedeutung erhebliche dogmatische Brüche und Begründungsschwierigkeiten auf.<sup>29</sup> Blickt man genauer hin, ist das Widerrufsrecht nämlich nur dort gut begründet, wo es um den direkten Schutz des Verbrauchers vor situativer Übereilung geht, also insbesondere beim klassischen Haustürgeschäft durch unangekündigten Vertreterbesuch in der Wohnung des Verbrauchers. Die Ausdehnung dieses Schutzes auf sämtliche außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträge und auf den gesamten elektronischen Geschäftsverkehr lässt sich auf dieser Grundlage hingegen nicht mehr ohne weiteres rechtfertigen. Teleologisch sinnvoller wäre es auch, die – wie gesehen grundsätzlich sachangemessene – 14-tägige Widerrufsfrist bei Verbraucherkrediten entgegen dem vereinheitlichenden Kodifikationswillen des BGB-Gesetzgebers nicht schon ab Vertragsschluss, sondern vielmehr ab Bezahlung der ersten Rate laufen zu lassen – also dann, wenn der Interessenkonflikt zwischen kurzzeitigen und langzeitigen Verbraucherinteressen tatsächlich spürbar wird und durch die nachträgliche *cooling-off-period* wirksam gelöst werden kann.

Hinzu kommen schließlich weitere teleologische Brüche in der Ausformung all dieser Regelungen durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, die hier nicht im Einzelnen nachgezeichnet werden können.<sup>30</sup>

---

28 Dazu HACKER (Fn. 18) 514.

29 Zum Nachfolgenden eingehend WAGNER (Fn. 10) 137 ff.

30 Ein Beispiel bildet die vom EuGH abgelehnte Anwendung der Haustürgeschäfte-Richtlinie auf die Verbraucherbürgschaft; vgl. EuGH, 17.3.1998 – *Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG./Edgar Dietzinger*; dazu kritisch M. AUER, *Kreditsicherheiten und Verbraucherschutz auf dem Prüfstand des Europarechts*, Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft 1999, 161 ff.; aus heutiger Perspektive eingehend WAGNER (Fn. 10) 140 ff. sowie DERS. (Fn. 6) 829 f. zur Verallgemeinerbarkeit des Verbrauchervertragsrechts u. a. auf die Bürgschaft.

Insgesamt bleibt im Ergebnis festzuhalten, dass die Ausgestaltung und Rechtfertigung der verbraucherschützenden Widerrufsrechte trotz ihrer inzwischen weitgehenden Anerkennung nach wie vor im Einzelnen zahlreiche ungelöste Fragen aufwirft und daher mit dem jedenfalls nominell unverändert auf dem Prinzip bindender vertraglicher Willenserklärungen basierenden System des deutschen Schuldrechts bis heute keineswegs ohne weiteres harmonisiert.

### 3. *Zwingende Eingriffe in den Vertragsinhalt*

Letzteres gilt auch deshalb, weil die Widerrufsrechte – zur Erfüllung ihrer Teleologie nicht unvermeidlich – als zwingendes Recht ausgestaltet sind und damit zugleich einen Ausschnitt aus einer viel umfangreicheren Gruppe von beidseitig oder einseitig zwingenden, also jedenfalls zulasten des Verbrauchers unabdingbaren Verbraucherschutzvorschriften bilden, die unmittelbar in die vertragliche Abschluss- oder Inhaltsfreiheit beider Parteien eingreifen. Dabei ist freilich zu differenzieren: Das Vertragsrecht besteht auch außerhalb des in einem weiten Sinne verstandenen Verbrauchervertragsrechts nicht ausschließlich aus dispositiven Normen. Vielmehr handelt es sich bei all jenen Normen, die – wie etwa Regeln über Geschäftsfähigkeit, Willensmängel oder Rechtsmissbrauch – die Voraussetzungen wirksamer Selbstbestimmung im Sinne materialer Vertragsfreiheit sichern sollen, auch außerhalb des Verbraucherschutzrechts typischerweise um zwingendes Recht.<sup>31</sup> Zwingendes Verbrauchervertragsrecht geht in seiner Teleologie darüber jedoch hinaus. Dabei geht es nicht mehr nur um den Schutz der Voraussetzungen freiverantwortlichen Kontrahierens, sondern um materielle Eingriffe in den Vertragsinhalt durch Klauselkontrolle und zwingende, oft paternalistisch motivierte Verbote und Anspruchsgewährleistungen zugunsten der Verbraucher.<sup>32</sup> Zwingendes Recht existiert heute weiträumig in allen Bereichen des deutschen Verbrauchervertragsrechts.<sup>33</sup> Besondere Bedeutung besitzt es im Kaufrecht, das im Zuge der Schuldrechtsreform 2002 einheitlich nach dem Muster der Europäischen Verbrauchsgüterkaufrichtlinie normiert, also in gezielter konzeptioneller Umkehrung des früheren Regel-Ausnahme-Verhältnisses am inhaltlichen Leitbild des Verbraucherkaufs ausgerichtet und nur hinsichtlich der Abdingbarkeit der verbraucherschützenden Sonderregelungen differenzierend ausgestaltet wurde. Angestrebt wurde damit die Wiederherstellung der inhaltlichen Kohärenz

---

31 Dazu statt aller G. WAGNER, Zwingendes Vertragsrecht, in: H. EIDENMÜLLER et al., Revision des Verbraucher-*acquis* (Tübingen 2011) 1, 22; zustimmend LURGER (Fn. 11) 809 f.

32 LURGER (Fn. 11) 805.

33 Überblick bei GSELL (Fn. 1) Rn. 19 ff.

des im BGB enthaltenen Kaufrechts unter Vermeidung der immer stärkeren Sonderverrechtlichung des Verbraucherkaufs neben einem zunehmend entleerten „allgemeinen“ Kaufrecht.<sup>34</sup>

Dieses auf den ersten Blick plausible Ziel erwies sich auf dem eingeschlagenen Weg jedoch als unerreichbar. Eingetreten ist vielmehr geradezu das Gegenteil: Die Absicht des BGB-Reformgesetzgebers, ein einheitliches Kaufrecht für alle Benutzergruppen zu schaffen, wurde durch die nachfolgende Entscheidungspraxis des EuGH immer weiter konterkariert.<sup>35</sup> Wesentliche Bedeutung besitzt dabei vor allem eine Entscheidungsserie zur Nacherfüllung, die auf der in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie enthaltenen Maßgabe beruht, dass die Nachbesserung oder Ersatzlieferung an den Verbraucher *unentgeltlich* zu erfolgen habe. Der EuGH folgerte daraus jeweils unter Umkehrung der gegenteiligen Wertungen des BGB, dass der Verbraucher keinen Nutzungsersatz für die zurückgegebene, zwischenzeitig gebrauchte Sache zu leisten habe, dass der Verkäufer bei der Nachlieferung nicht nur eine mangelfreie Ersatzsache, sondern darüber hinaus den Ausbau der defekten und Neueinbau der mangelfreien Sache schulde, dass die ursprünglich im BGB enthaltene, gerade für einen solchen Fall gedachte Begrenzung der Nacherfüllungspflicht bei unverhältnismäßigen Kosten richtlinienwidrig und damit unanwendbar sei und dass schließlich die gesetzliche Mängelvermutung alle innerhalb der ersten sechs Monate auftretenden Mängel ohne Rücksicht darauf erfasse, ob die Mängel bereits bei Gefahrübergang bestanden hatten oder nicht.<sup>36</sup> Im Ergebnis enthält das BGB heute nach alledem – zuspitzend formuliert – nicht mehr ein Kaufrecht, sondern „ein Kaufrecht im Plural“,<sup>37</sup> das identische Rechtsprobleme für jeweils verschiedene Personengruppen – Verbraucher-Unternehmer, Verbraucher-Verbraucher, Unternehmer-Unternehmer – teils geradezu gegenteiligen Lösungen unterwirft und damit rechtsstaatlich bedenkliche Implikationen zeitigt.<sup>38</sup> Hinzu kommt die kaum durchdachte, nur historisch erklärbare Kumulation von Regelungen zur Klauselkontrolle und zwingenden Eingrif-

---

34 Dazu GSELL (Fn. 1) Rn. 63.

35 Zum Ganzen eingehend WAGNER (Fn. 10) 146 ff.; DERS., Der Verbrauchsgüterkauf in den Händen des EuGH: Überzogener Verbraucherschutz oder ökonomische Rationalität?, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2016, 87 ff.

36 Im Einzelnen EuGH, 17.4.2008 – *Quelle AG./Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*; EuGH, 16.6.2011, – *Gebr. Weber GmbH./Wittmer und Putz./Medianess Electronics GmbH*; EuGH, 4.6.2015 – *Froukje Faber./Autbedrijf Hazet Ochten BV*.

37 WAGNER (Fn. 10) 145.

38 WAGNER (Fn. 10) 151 ff., 179 f.; dem folgend M. AUER, *Digitale Leistungen*, *Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft* 2019, 130, 145 f.

fen in den Vertragsinhalt.<sup>39</sup> Ein kohärenter Kanon vertragsrechtlicher Grundprinzipien ist bei alledem jedenfalls kaum mehr erkennbar. Das Verbrauchsgüterkaufrecht bildet zudem nur ein paradigmatisches Beispiel für eine strukturelle Entwicklung: Die Probleme gespaltener Auslegung und systematischer Inkohärenz einheitlicher Rechtsgebiete kraft zwingenden europäischen Richtlinienrechts stellen sich gleichermaßen auch in anderen verbraucherrechtlich relevanten Rechtsmaterien, etwa im Zahlungsdienst- und Urheberrecht.<sup>40</sup>

Es bleibt auch hier zu resümieren, dass das zwingende Verbraucherschutzrecht, wie es in den meisten verbraucherschützenden Richtlinien des Unionsgesetzgebers enthalten ist, nicht mehr nur eine Ausnahme in dem auf Vertragsfreiheit basierenden System des BGB darstellt, sondern sich das Regel-Ausnahmeverhältnis inzwischen umzukehren beginnt. Ohne große Übertreibung lässt sich konstatieren, dass die Vertragsfreiheit im geltenden Verbraucherschutzrecht heute faktisch außer Kraft gesetzt ist. Mehr noch: Vertragliche Abschluss- und Inhaltsfreiheit stellt auch im Gesamtsystem des BGB inzwischen nicht nur qualitativ, sondern auch quantitativ über alle Verträge hinweg betrachtet nicht mehr die Regel, sondern die Ausnahme dar. Abermals gilt: Privatrecht ist heute – mit noch kaum durchdrungenen Konsequenzen für die Möglichkeit kohärenter privatrechtlicher Systembildung – vom dispositiven, freiheitlichen Verkehrsrecht vielfach zum zwingenden oder halbzwingenden Regulierungsrecht geworden.<sup>41</sup>

#### 4. Verhaltensökonomische Ansätze und Nudging

Noch deutlicher wird dieser Befund im Spiegel der in jüngerer Zeit geführten Debatten über libertär-paternalistische Regulierungsstrategien bzw. „Nudging“ als Gestaltungsmittel verbraucherschützender Systemarchitekturen.<sup>42</sup> Ziel derartiger Ansätze ist es, durch geschickte Verfahrensgestaltung

---

39 Für eine Auflösung zugunsten der AGB-Kontrolle mit guten Gründen WAGNER (Fn. 6) 834 ff.

40 Zu den Auswirkungen des europäischen Zahlungsdiensterechts auf die Kohärenz des deutschen Bereicherungsrechts BGH, 16.6.2015, BGHZ 205, 377; dazu M. AUER, Neuanfang beim Bereicherungsausgleich in Dreipersonenverhältnissen, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2016, 479 ff.; DIES., Privatrechtsdogmatik und Bereicherungsrecht. Möglichkeiten und Grenzen rationaler Theoriwahl in der Privatrechtswissenschaft, in: FS Canaris (Berlin/Oxford 2017) 509, 531 ff.; WAGNER (Fn. 10) 155 ff.; zum urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatz bei Software EuGH, 3.7.2012 – *UsedSoft GmbH./Oracle International Corp.*; dazu AUER (Fn. 38) 139 ff.).

41 Zum Ganzen bereits vorstehend bei Fn. 10 f.

42 Grundlegend R. H. THALER/C. R. SUNSTEIN, *Nudge* (New Haven 2008); in der Folge C. R. SUNSTEIN, *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism* (New

gen psychologisch wirksame Anreize für objektiv interessengerechte Konsum- oder Vertragsentscheidungen zu setzen, ohne den Verbrauchern alternative Wahlmöglichkeiten durch Verbote oder zwingendes Recht abzuschneiden. Inhaltlich machen sich Nudging-Techniken dabei dieselben Rationalitätsdefizite zunutze, die Verbraucher normalerweise daran hindern, ihr eigenes Interesse richtig zu erkennen und danach zu handeln.<sup>43</sup> Zu den vieldiskutierten Beispielen zählen etwa Standardsetzungen zugunsten des Verbrauchers, die aktiv abgewählt werden müssen (sogenannte *default rules*), architektonische Gestaltungen, die etwa gesündere Lebensmittel leichter zugänglich platzieren als ungesunde, plastische und abschreckende Warnungen, z. B. auf Zigarettenschachteln, Erinnerungen an nützliches Verhalten etwa durch E-Mail oder SMS sowie schließlich psychologisch wirksame Informationen über die Konsequenzen des eigenen Verhaltens, etwa durch Gesundheits-Apps.<sup>44</sup>

Deutlich wird anhand all dieser – hier nicht im Einzelnen zu diskutierenden – Beispiele, dass sich jenseits des heute existierenden privatrechtlichen Verbraucherschutzrechts inzwischen ein ganz neues verbraucherrechtliches Leitbild abzuzeichnen beginnt, das deutlich außerhalb dessen liegt, was bisher üblicherweise als Regelungsgegenstand des Privatrechts begriffen wird. Für das künftige Verbraucherrecht kommt es schlicht nicht mehr auf die inhaltliche Gestaltungskraft und damit auch nicht mehr auf die heute geradezu naiv anmutende Vorstellung einer Richtigkeitsvermutung freiverantwortlich geschlossener Verträge an. Maßgeblich ist vielmehr ein durchgängig materialisiertes Verständnis von Konsumentenautonomie, das darauf zielt, individuelle Verbraucherinteressen durch kuratierte Auswahlentscheidungen in einer informationell übersättigten, durchgehend digitalisierten Konsumumgebung optimal zu verwirklichen.<sup>45</sup> Ein materiell legitimierender

---

Haven 2014); DERS., *Choosing Not to Choose. Understanding the Value of Choice* (Oxford 2015). Das Folgeschrifttum ist uferlos; repräsentativ etwa A. KEMMERER/C. MÖLLERS/M. STEINBEIS/G. WAGNER (Hrsg.), *Choice Architecture in Democracies. Exploring the Legitimacy of Nudging* (Baden-Baden/Oxford 2016).

43 Zum Begriff THALER/SUNSTEIN (Fn. 42) 6; anschauliche Erläuterung bei H.-B. SCHÄFER/C. OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts* (5. Aufl., Berlin/Heidelberg 2012) 125 ff.

44 Vgl. etwa THALER/SUNSTEIN (Fn. 42) 227 und passim; SCHÄFER/OTT (Fn. 43) 137 ff.

45 Zum Ganzen aktuell P. BERNAU, *Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung* Nr. 21, 26.5.2019, 19 („Kümmere dich um mich! Menschen wollen nicht mehr so viel Verantwortung haben. Sie lassen lieber Unternehmen oder den Staat für sich entscheiden“); speziell zur „digitalen Entmündigung“ R. MÜHLHOFF, *Digitale Entmündigung und ‚User Experience Design‘. Wie digitale Geräte uns nudgen, tracken und zur Unwissenheit erziehen*, *Leviathan* 46 (2018) 551 ff.

normativer Gehalt kann solchen Auswahlentscheidungen kaum mehr zugestanden werden. Die Auswahlfreiheit selbst denaturiert vielmehr zum post-liberalen Konsumgut – die Freiheit selbst wird konsumiert –, indem Verbraucher durch eine derartige Systemgestaltung gezielt dazu konditioniert werden, ihre Konsumentenautonomie nur noch oder vielmehr gerade als „sichere“, „nützliche“, „optimale“ Freiheit zur Auswahl zwischen materiell regulierten Konsumalternativen zu begreifen. Der Bereich hergebrachter privatrechtlicher Systemgestaltung ist mit Blick auf ein solches, keineswegs utopisches Leitbild des Verbraucherrechts jedenfalls vollends verlassen.

### III. VERTRAGSFREIHEIT UND VERBRAUCHERSCHUTZ: KONKORDANZ ODER DISKORDANZ?

Damit lautet die abschließende Frage, wie sich das Verhältnis zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz vor dem Hintergrund des bisher Vorgetragenen insgesamt darstellt. Handelt es sich im Großen und Ganzen um Konkordanz oder um Diskordanz? Ist es möglich, das dogmatische und normative Spannungsverhältnis zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz systematisch befriedigend zu überbrücken oder nicht? Nach allem Gesagten wird die Antwort skeptisch ausfallen müssen – wenn auch immer vorbehaltlich der Möglichkeit privatrechtlicher Systeminnovation, die sich trotz laufend neuer Materialisierungsmoden seit dem 19. Jahrhundert immer wieder als erstaunlich robust erwiesen hat.<sup>46</sup> Kaum mehr zu überbrücken dürfte das Spannungsverhältnis zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz aber jedenfalls auf zwei Ebenen sein: Normativ im Hinblick auf die dem klassischen Privatrechtssystemverständnis zugrundeliegenden Wertungen sowie institutionell mit Blick auf die künftige Gestalt, Funktion und Fortentwicklung der Privatrechtswissenschaft.

#### 1. Normative Diskordanz: Gespaltenes Privatrecht

Auf der normativen Ebene ist das Wesentliche schon gesagt: Man sollte sich nochmals klar vor Augen führen, dass die beidseitige Vertragsfreiheit im Bereich der Verbraucherverträge faktisch nicht mehr existiert, und zwar gilt das für viele Aspekte der Inhalts- wie der Abschlussfreiheit.<sup>47</sup> Zudem darf nicht außer Acht gelassen werden, dass für den gesamten lebenspraktisch wichtigen Bereich des Wohnraummiet-, Arbeits- und Versicherungs-

---

46 Dazu AUER (Fn. 4) 2 ff. und passim. Dies gilt ungeachtet der nachfolgend geäußerten Zweifel an der fortbestehenden Tragfähigkeit des klassischen privatrechtlichen Systemdenkens.

47 Vgl. bereits vorstehend bei Fn. 10 f., 41.

vertragsrechts ebenfalls funktionales Verbraucherschutzrecht gilt.<sup>48</sup> Zwar knüpfen diese Materien nicht direkt an den Verbraucherbegriff des § 13 BGB an und liegen außerhalb des Regelungshorizonts des europäischen Verbrauchervertragsrechts, doch betreffen Mietverträge und Arbeitsverträge Menschen typischerweise in ihrer privaten Lebensführung und damit funktionell ebenfalls in ihrer Verbrauchereigenschaft – was wiederum umgekehrt Fragen nach der Effektivität und Zielgenauigkeit des europarechtlichen Zuschnitts des Verbraucherrechts aufwirft.<sup>49</sup> Dementsprechend basiert auch die Ausgestaltung dieser Materien weitgehend auf zwingendem Recht und nicht abdingbaren Schutzvorschriften. Schließlich kommt als weiteres funktionales Verbraucherschutzrecht das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) hinzu, das Unternehmen beim Abschluss von Massengeschäften zu Gleichbehandlung verpflichtet und damit nicht nur die Inhalts-, sondern vor allem die Abschlussfreiheit bei Geschäften mit Verbrauchern wesentlich beschränkt.<sup>50</sup>

## 2. *Institutionelle Diskordanz: Die Rolle der Privatrechtswissenschaft*

Nach alledem richtet sich der abschließende Blick auf die Ebene des Zusammenspiels der an der Privatrechtsentstehung beteiligten Akteure und der resultierenden multipolaren Privatrechtsdogmatik. Wie gesehen ist das moderne deutsche Verbraucherschutzrecht das Produkt eines immer komplexeren Mit-, Gegen- und Übereinandervers von nationaler und europäischer Gesetzgebung und Rechtsprechung, in dem die deutsche Zivilrechtswissenschaft mit ihrem aus dem 19. Jahrhundert überkommenen Selbstverständnis als primäre Institution privatrechtlicher Systemgestaltung immer weniger gehört wird.<sup>51</sup> Damit liegt nahe, dass sich der herkömmliche Ansatz privatrechtlicher Systembildung, der darauf zielt, den divergierenden Regulierungsansätzen doch noch so etwas wie ein kohärentes System abzugewinnen und dieses soweit wie möglich mit dem Prinzip der Privatautonomie in Einklang zu bringen, künftig kaum mehr fruchtbar weiterführen lässt.<sup>52</sup> Das

---

48 Zutreffend WAGNER (Fn. 10) 102 ff.; DERS. (Fn. 6) 826 f.

49 Nach LURGER (Fn. 11) 818 f. unterstützt das europäische Verbraucherschutzrecht in erster Linie jene Verbraucher, „die diesen Schutz nicht unbedingt am dringendsten benötigen: gut informierte, finanziell relativ gut gestellte Menschen“, während „verletzliche Verbraucher“ nur ausnahmsweise beachtet und „soziale Themen“ gemieden würden. Dies trifft offensichtlich zu: Europäisches Verbraucherrecht ist Binnenmarktrecht.

50 Dazu WAGNER (Fn. 10) 105 f.

51 Zu diesem Selbstverständnis WAGNER (Fn. 10) 71 ff., 180 ff.

52 Mit eingehender Kritik auch WAGNER (Fn. 10) 106 ff., 177 f., insbes. 181 f., wenn gleich die dortige scharfe Entgegensetzung zwischen der Erarbeitung privatrechtli-

Verbraucherrecht ragt als modernes Regulierungsrecht aus dem hergebrachten Wertungskanon des Privatrechts heraus und konfrontiert dieses mit inkompatiblen Regulierungszielen und Regulierungsmethoden. Erst wenn die gegenwärtige Zivilrechtswissenschaft insoweit auf der Höhe der Zeit ist und versteht, was sie tut, wenn sie versucht, ein aus hergebrachter Perspektive kaum mehr wiederzuerkennendes Privatrecht zu erklären,<sup>53</sup> wird es möglich sein, die Entwicklung des modernen Verbraucherschutzrechts auf sachangemessene Begriffe zu bringen und kritisch wie konstruktiv zu begleiten.

---

cher Prinzipien einerseits und privatrechtlicher Systembildung andererseits überzeichnet erscheint.

53 Es bleibt die hier nicht zu beantwortende Frage nach der künftigen Gestalt von Privatrecht. Vgl. vorstehend bei Fn. 46.