

Symposium „Allgemeine Rechtsbegriffe und Gesetzgebung als Ausdruck der Rechtskultur in Europa und Asien“

Zur Feier von 25 Jahren Japanisches Recht an der FernUniversität in Hagen

Das Institut für Japanisches Recht an der FernUniversität in Hagen hat im November 2015 unter der Leitung von Prof. Dr. Hans-Peter Marutschke zwei Veranstaltungen in Kyōto in Kooperation mit der Law School der dortigen Partneruniversität Doshisha durchgeführt: einen zweiwöchigen Intensivkurs zum japanischen Recht für die Studierenden des Fernstudienkurses Japanisches Recht und ein rechtsvergleichendes Symposium mit dem Thema „Allgemeine Rechtsbegriffe und Gesetzgebung als Ausdruck der Rechtskultur in Europa und Asien“. Über den Intensivkurs wird in dieser Zeitschrift an anderer Stelle berichtet,¹ in dem vorliegenden Beitrag soll neben einem kurzen Abriss über die Geschichte des Instituts vor allem auf den Inhalt des Symposiums eingegangen werden.

Kurze Historie des Instituts für Japanisches Recht

Anlass für das Symposium war ein Jubiläum, nämlich 25 Jahre Japanisches Recht an der FernUniversität in Hagen. Begonnen hatte diese Geschichte Ende der 1980er Jahre, als Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Eisenhardt zusammen mit seinem japanischen Kollegen Prof. Dr. Dr. h.c. Masasuke Ishibe von der städtischen Universität Osaka ein Konzept für ein Fernstudium im Japanischen Recht entwickelte (schriftliches Fernstudienmaterial in deutscher Sprache kombiniert mit Präsenzseminaren), welches die FernUniversität Hagen in Zusammenarbeit mit einer Reihe von japanischen Professoren anbieten sollte. Darüber hinaus sollte intensiv rechtsvergleichende Forschung zum japanischen Recht betrieben werden. Dem Konzept lag die Überlegung zugrunde, dass sich an einzelnen Rechtsfakultäten in Deutschland für ein Studium des Japanischen Rechts zu wenig Studierende zusammenfinden könnten und darüber hinaus die personellen Ressourcen für ein systematisch gegliedertes Studienangebot nur schwer zu gewährleisten sein dürften. Vor diesem Hintergrund bot die FernUniversität mit ihren Möglichkeiten, Interessenten in ganz Deutschland bzw. dem deutschsprachigen Raum zu sammeln und ein umfangreiches Studienangebot bereitzustellen, den idealen Rahmen. Die besondere Attraktivität dieses Studienangebots lag und liegt nach wie vor darin, dass das Studienmaterial ausschließlich von japanischen Professoren verfasst ist – und so ein möglichst hohes Maß an Authentizität garantiert wird – und in deutscher Sprache bereitgestellt wird. Die immer wieder als Hindernis für die Beschäftigung mit dem japanischen Recht genannte

1 R. EFFINOWICZ, S. 310 in diesem Heft.

hohe Sprachbarriere konnte so überwunden und ein breiter Interessentenkreis angesprochen werden.

Für die praktische Umsetzung und wissenschaftliche Betreuung dieses Projektes konnte 1989 Prof. Marutschke gewonnen werden, der zuvor als DAAD-Lektor für deutsches Recht in Kobe und Ōsaka tätig gewesen war. Nach intensiver Vorbereitung, umfangreicher Übersetzungs- und Redaktionsarbeit kam das über 1.000 Seiten umfassende Studienmaterial 1990 erstmals zum Einsatz. Von japanischer Seite waren 15 Professoren verschiedener Universitäten an der Erstellung der Kurse beteiligt, unter anderen Jun'ichi Murakami, Masasuke Ishibe, Zentarō Kitagawa oder Tamotsu Isomura. Bei den rechtsvergleichenden Seminaren, die in der Regel den Abschluss des Weiterbildungsstudiums darstellten, war regelmäßig ein japanischer Jurist beteiligt, ebenso regelmäßig kam aus diesen Anlässen Prof. Dr. Dres. h.c. Hans G. Leser aus Marburg nach Hagen und vermochte den Teilnehmern mit seinen immer wieder beeindruckenden, brillanten Ausführungen zum anglo-amerikanischen und französischen Recht die „Brücken der Rechtsvergleichung“ aufzuzeigen.

In der Weiterbildung haben ca. 400 Personen den Studiengang absolviert, seit etwa fünf Jahren wird das Angebot überwiegend von Studierenden im Hagerer „Master of Laws“ Studiengang als Wahlfach wahrgenommen. Seither finden die rechtsvergleichenden Seminare zweimal im Jahr, in der Regel in Hagen, statt, zweimal allerdings auch schon in Kyōto.²

Auch die Beiträge des Instituts zur Forschung über das japanische Recht sind erheblich. Dazu gehören unter anderem die erste Habilitation zum Japanischen Recht zum Thema Übertragung dinglicher Rechte von Marutschke (1997), dessen inzwischen in 2. Auflage bei C.H.Beck erschienene Lehrbuch „Einführung in das Japanische Recht“ (2010), die Reihe „Japanische Rechtsprechung“ mit kommentierten Übersetzungen japanischer höchstrichterlicher Urteile zum Verfassungsrecht (1998) und Bürgerlichen Recht (2004; weitere Publikationen sind in Vorbereitung), sowie einer Reihe von ins Deutsche übersetzter Fachliteratur zum Arbeitsrecht, Gesellschaftsrecht und Zivilprozessrecht. Aufgrund des breiten Netzwerkes japanischer Juristen, die an den verschiedenen Projekten des Instituts mitgewirkt haben, und durch die Kooperation mit der Law School der Universität Doshisha wird das Institut auch in Zukunft einen wichtigen Beitrag zum rechtswissenschaftlichen Austausch mit Japan leisten können.

Rechtsvergleichendes Symposium am 21. November 2015 in Kyōto

An dem von der Robert Bosch Stiftung geförderten Symposium nahmen Juristen aus Japan, China, Südkorea und Deutschland teil. Die beiden ersten Referenten, Prof. em. Ishibe, Städtische Universität Ōsaka und Prof. Dr. Yu-Cheol Shin von der Chungnam

2 Näheres zum Inhalt des Fernstudienkurses und zu den sonstigen Aktivitäten des Instituts für Japanisches Recht unter www.fernuni-hagen.de/japanrecht.

National University in Deajeon. Südkorea wiesen auf die ganz unterschiedlichen Rechtsentwicklungen in Europa und Ostasien und die damit verbundenen Translationsprobleme europäischer Rechte in Ostasien hin; es fehlt in Ostasien häufig die Möglichkeit, Fachbegriffe, die sich in Europa herausgebildet haben, in die chinesische, japanische und koreanische Fachsprache zu übersetzen. Erschwert worden sei die Rezeption europäischer Rechte noch durch die Verwendung chinesischer Schriftzeichen.

In seinem Beitrag „Allgemeiner Rechtsbegriff und Sprache“ zog Ishibe einen Vergleich zur Entwicklung in Deutschland: Während sich im deutschen Mittelalter der Gebrauch des Lateins wie in Japan der Gebrauch der *kanji* zunächst auf einen bestimmten Kreis von Gelehrten beschränkte, entwickelte sich seit dem 17. Jahrhundert zunehmend ein Bewusstsein sprachlicher Eigenständigkeit. In juristischer Hinsicht kam dabei dem Preußischen Allgemeinen Landrecht besondere Bedeutung zu, das es als „großangelegten Versuch“ bezeichnete, Gesellschaft und Staat im Preußischen aufgeklärten Absolutismus umfassend nicht in der lateinischen, sondern der deutschen Sprache zu regeln. Neben dem Gesetzbuch sei dabei auch ein kurzes Buch zum Rechtsunterricht für das Volk publiziert worden. In Japan sei dagegen die Diskrepanz zwischen der geschriebenen und der gesprochenen Sprache noch äußerst groß gewesen, die traditionelle Beibehaltung der *kanji* in der japanischen Sprache habe für die Rezeption der europäischen Rechte in der Meiji-Zeit eine besonders wichtige Rolle gespielt. Mangels gemeinsamer Rechtskultur mussten viele neue Begriffe erfunden werden. Zu den ersten Juristen, die diese Aufgabe zu meistern hatten, gehörten Nishi Amane und Tsuda Mamichi. Anhand konkreter Beispiele, wie den Begriffen „Person“ oder „Eigentum“ machte Ishibe die unterschiedliche Sichtweise im deutschen und japanischen Recht deutlich.

Unter dem Thema „Translationsprobleme europäischer Rechtsbegriffe in Ostasien“ beschäftigte sich Prof. Yu-Cheol Shin zunächst mit der Bedeutung der Sprache an sich, die das Medium des Denkens und der Weltauffassung schlechthin sei. Geschriebene und gesprochene Sprache sei nicht erst ein „nachträgliches“ Mittel zur Verständigung zwischen Menschen, sondern jede Auffassung von Dingen und Sachverhalten in der Welt sei schon sprachlich strukturiert. Der Mensch lebe demnach nicht bloß in einer Welt, über die er sich nachträglich und gelegentlich mittels Sprache verständige, sondern er lebe „in der Sprache“. Aufgrund der Kulturbezogenheit der Sprache sei Dolmetschen und Übersetzen nicht bloße Sprach-, sondern auch und insbesondere Kulturvermittlung. Wie bereits Ishibe wies Shin auf die Bedeutung der chinesischen Schriftzeichen für die Rezeption westlichen Rechts hin, machte aber auch darauf aufmerksam, dass es trotz der großen und aner kennenswerten Bemühungen der japanischen Pioniere unvermeidlich gewesen sei, dass die Lehnübersetzungen zum Teil falsch oder jedenfalls irreführend gewesen seien. Auch die falschen und missverständlichen Ausdrücke seien in den Gesetzbüchern der ostasiatischen Länder festgeschrieben worden, sodass sie sich bis heute in der juristischen Literatur wiederfänden. Neben der damaligen Gesetzgebungspolitik dieser Länder, die darauf zielte, möglichst schnell moderne Gesetzbücher einzuführen, habe auch die eklektische Rezeption verschiedener europäischen Rechte eine Rolle ge-

spielt, insbesondere des französischen und des deutschen Rechts. Er machte dies anhand einer Reihe von Rechtsbegriffen deutlich, wies aber darauf hin, dass auch die europäische Rechtswissenschaft mit ähnlichen Problemen konfrontiert gewesen sei, wie die Doppelsinnigkeit des Begriffs „*ius*“ zeige. Seiner Ansicht nach hätten die Juristen in Ostasien bisher eigentlich nur die äußeren Buchstaben und die *utilitas* des westlichen Rechts aufgenommen und verstanden, aber noch nicht deren inneren Geist, die *aequitas* und *iurisprudentia*. In kulturhistorischer Betrachtung sei die Übernahme westlicher Rechtskultur mit der Übernahme des indischen Buddhismus in Ostasien vergleichbar. Bis zur vollständigen Rezeption des so genannten Mahāyāna-Buddhismus habe es mehr als fünf Jahrhunderte gedauert.

In seinem Vortrag „Einheitliche Rechtskultur durch EU-Recht?“ stellte Eisenhardt fest, dass die Vorstellung, die gegenwärtige europäische Rechtskultur sei erst durch EU-Recht geschaffen worden, unzutreffend sei. Die Allgemeinen Rechtsgrundsätze, die heute die Grundlage für die Rechtskultur in Europa bildeten, beruhten zu einem beträchtlichen Teil auf gemeinsamen Rechtsüberzeugungen der europäischen Völker, die jedenfalls in Kontinentaleuropa über einen Zeitraum von über 2000 Jahren gewachsen und fortgebildet worden seien. Dazu führte er Beispiele aus der griechischen und römischen Jurisprudenz an: Das Gedankengut des griechisch-hellenistischen Kulturkreises habe die geistigen und wirtschaftlichen Grundlagen des Rechts in Europa wesentlich beeinflusst. Die Griechen hätten sich wie wohl niemand sonst mit Problemen von Recht und Gerechtigkeit beschäftigt. Darin liege ihr wichtiger Beitrag zur europäischen Rechtsentwicklung, insbesondere im Zusammenhang mit dem Naturrechtsgedanken und der ab Mitte des 17. Jahrhunderts entstehenden Aufklärungsbewegung. Die Attraktivität der römischen Rechtskultur, ja die Bewunderung für sie werde nicht zuletzt durch die gesamteuropäische Erscheinung der Rezeption des römischen und des von ihm stark beeinflussten kanonischen Rechts dokumentiert. Diese Rezeption habe das *ius commune* ausgebildet und verbreitet und damit schon früh so etwas wie eine europäische Rechtskultur geschaffen. Die EU habe die darin ausgebildeten Grundsätze wie Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz, Gewaltenteilung oder Gesetzmäßigkeit der Verwaltung übernommen, konkretisiert und verfestigt. Der EuGH und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hätten letztlich eine gewisse Garantie für den Bestand dieser Rechtskultur übernommen.

Mit dem eine Rechtskultur prägenden Prinzip des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots setzten sich Professorin Zwiehoff, FernUniversität Hagen, und Professorin Takayama, Universität Kyōto, unter dem Thema „Rückwirkung der geänderten Rechtsprechung und Vertrauensschutz“ auseinander und eröffneten damit einen interessanten Vergleich des Entwicklungsstandes in diesem Bereich in Japan und Deutschland. Zwiehoff behandelte die Thematik anhand eines Beispiels, bei dem es nicht nur um Unterschiede der Rechts-, sondern auch der Sozialkultur ging, nämlich Alkohol am Steuer (§ 316 StGB). Bis Mitte der 1960er Jahre habe die Grenze der absoluten Fahruntüchtigkeit bei 1,5 Promille Alkoholgehalt im Blut gelegen. Aus der Perspektive eines Autofah-

ers bedeutete dies: *Erst* bei *Überschreiten* der 1,5 Promillegrenze war seine Fahrunsicherheit unwiderleglich erwiesen, also jeglicher Gegenbeweis abgeschnitten. Lag die Blutalkoholkonzentration unter diesem Wert, so machte sich derjenige, der ohne Ausfallerscheinungen einwandfrei sein Fahrzeug gesteuert hatte, überhaupt nicht strafbar. Diesen Grenzwert senkte der BGH erstmals im Jahr 1966 auf 1,3 Promille und 1990 auf 1,1 Promille. Beide Korrekturen waren aufgrund verbesserter wissenschaftlicher Erkenntnisse und Methoden zur Genauigkeit der Blutalkoholfeststellung erfolgt. Verurteilt wurden auf der Grundlage der verminderten Grenzwerte jeweils auch solche Kraftfahrzeugführer, deren als Trunkenheitsfahrt qualifizierte Handlung sich noch *vor* dem Datum der Rechtsprechungsänderung ereignet hatte; bei Geltung des alten Grenzwertes hätten sich diese Fahrer nicht strafbar gemacht. Einer dieser Betroffenen erhob gegen seine Verurteilung Verfassungsbeschwerde und rügte die Verletzung des Art. 103 Abs. 2 GG, da die Neufestsetzung der Grenze der absoluten Fahruntüchtigkeit die Wirkung einer Gesetzesänderung habe.

Das Bundesverfassungsgericht teilte diese Ansicht nicht. Der gesetzliche Tatbestand des § 316 StGB gebe der Rechtsprechung breiten Interpretationsspielraum, eben *weil* er nicht an eine bestimmte Blutalkoholkonzentration anknüpfe. Deshalb sei es möglich, bei der Feststellung der alkoholbedingten Fahruntüchtigkeit gewandelten wissenschaftlichen Erkenntnissen und verbesserten wissenschaftlich-technischen Methoden Rechnung zu tragen. Erst gar nicht *tangiert* seien der Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG und das Verbot einer rückwirkenden Verschärfung der Strafbarkeit. Die Verurteilung wegen Trunkenheit im Straßenverkehr beruhe lediglich auf einer Änderung der Erkenntnisgrundlagen, nicht jedoch auf einem geänderten strafrechtlichen Unwerturteil. Die Grundsätze des Rückwirkungsverbots und des Vertrauensschutzes hinderten die Gerichte nicht, bestimmte Sachverhalte aufgrund neuer Erkenntnisse als tatbestandsmäßig zu qualifizieren. In ihrem Vortrag erörterte Zwihehoff dann noch ausführlich Zweck und Reichweite des Art 103 Abs.2 GG und kam zu dem Schluss, dass, wenn der Gesetzgeber dem Bestimmtheitsgebot nicht nachkomme bzw. nicht nachkommen könne und zulasse, dass die Rechtsprechung die Informationslücke schließe, das Strafrecht diese Ergänzung der Norm auch gegenüber dem Betroffenen als Gesetzesergänzung anerkennen und es dementsprechend konsequent dem Rückwirkungsverbot unterstellen müsse.

Aus japanischer Sicht wies Professorin Takayama zunächst darauf hin, dass das Rückwirkungsverbot grundsätzlich nicht für die Rechtsprechung gelte, da in der Regel die frühere Auslegung eines Gerichts als falsch zu beurteilen sei. Allerdings sei die Schuldaußschließung wegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums möglich. Im Hinblick auf die Frage nach dem Einfluss der nachträglichen Änderung einer außerstrafrechtlichen Norm auf die Strafbarkeit sei zu bemerken, dass die Strafbarkeit nicht beseitigt sei, wenn die Änderung nur die tatsächlichen Voraussetzungen betreffe. Sei die strafrechtliche Bewertung derselben Tatsache geändert worden, könnte die Strafbarkeit ganz wegfallen oder abgemildert werden. Bezüglich der Gesamthematik seien als gesetzliche Normen die Artt. 31 und 39 der japanischen Verfassung zu beachten (Gesetzlichkeitsprinzip und

Rückwirkungsverbot), außerdem die §§ 6 und 38 des japanischen Strafgesetzes (StG) (*lex mitior* und Verbotsirrtum) sowie Art. 337 des japanischen Strafprozessgesetzes (StPG) (Niederschlagung des Verfahrens). Anhand von Beispielen aus der Rechtsprechung erklärte Takayama, dass in Japan immer die neueste Auslegung des Gesetzes retroaktiv gelte, was sich natürlich negativ auf potentielle Straftäter auswirke. Nur ein unvermeidbarer Verbotsirrtum könne hier helfen. Dies wurde anhand des OGH-Beschlusses vom 18.11.1996 erläutert, bei dem der Angeklagte, ein kommunaler Amtsträger, die zukünftige Änderung der Rechtsprechung vorhergesehen habe und deshalb ein Verbotsirrtum ausschied. Nur wenn ein Vertrauen auf die ständige Rechtsprechung oder auf die öffentliche Auskunft der zuständigen Behörde vorgelegen habe, sei der Verbotsirrtum unvermeidbar. In weiteren anschaulichen Beispielen arbeitete Takayama noch anhand des Vergleichs zum deutschen Recht bzw. zur deutschen Rechtsprechung die Unterschiede zum deutschen Recht heraus und kritisierte, dass die Gerichte in Japan aufgrund zu starker Schwankungen bei der Beurteilung der Strafbarkeit in entsprechenden Fällen die Voraussehbarkeit bzw. das Vertrauen der Bürger erheblich beeinträchtigten.

Der dritte Beitrag zum Strafrecht kam von einem Praktiker, dem RiLG Magdeburg Th. Kluger, der in einem der ersten so genannten Mauerschützenprozesse 1996 als Berichterstatter sich nicht nur der vorgenannten Problematik, sondern in gewisser Weise auch der philosophischen Frage gegenüber sah, wie in dieser Art von Ausnahmefällen das „wahrhafte Recht“ gefunden werden kann. Zur Orientierung bezog er sich zunächst auf den Heidelberger Strafrechtslehrer Radbruch, der sich zu solchen Problemlagen wie folgt geäußert hatte: „Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, dass das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, dass der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, dass das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat. (Es ist) nicht etwa nur ‚unrichtiges‘ Recht, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Wo also Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, können die so geschaffenen Anordnungen nur Machtsprüche sein, niemals Rechtssätze; so ist das Gesetz, das gewissen Menschen die Menschenrechte verweigert, kein Rechtssatz.“ Des weiteren stellte er die These auf, dass juristische Vernunft, die bei jedem juristisch erarbeiteten Ergebnis eine zusätzliche Gerechtigkeitsprüfung – basierend auf anderen als juristischen Erkenntnisquellen – zulässt, schon relativ nahe an das wahrhafte Recht heranführe, ohne in die Gefahr eines „esoterischen Beliebigkeitsrechtes“ zu verfallen. Im konkreten Fall bedeute dies, dass zwar die juristische Vernunft, das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot aus Art. 103 GG, eine nachträgliche Bestrafung verbiete, aber der moralische Aspekt des „schreienden Unrechts“ als Korrektiv herangezogen werden könne.

Der dritte Themenblock des Symposiums beschäftigte sich mit Fragen des *ordre public*, wozu Prof. em. Chang-Seon Shin, Chonnam National University in Gwangju, Südkorea, und PD Dr. Kreße, FernUniversität Hagen, referierten.

In seiner Einleitung beschäftigte sich Shin mit der Ausdrucksform und Gebrauchsweise des *ordre public* in Korea, mit dem in der herrschenden Literatur die „guten Sitten oder die sonstige Gesellschaftsordnung“ bezeichnet würden, die nicht nur im koreanischen IPR oder der ZPO, sondern auch im BGB bestimmt sei. Dabei würden die guten Sitten und die Gesellschaftsordnung als „allgemeine soziale Moralität“ bezeichnet, also als die minimale ethische Norm, die alle Menschen befolgen müssten, unter Gesellschaftsordnung verstehe man die öffentliche Ordnung oder das Interesse der heutigen Gesellschaft. Die Meinungen gingen jedoch im Hinblick auf die Frage nach dem Vorrang des einen oder anderen Elementes auseinander. In der Praxis habe es bisher nur wenig Fälle hinsichtlich der kollisionsrechtlichen *ordre public*-Kontrolle gegeben, angesichts der zunehmenden Globalisierung des Geschäftsverkehrs und der Internationalisierung in der Gesellschaft sei eine Zunahme von Fällen auch in Korea zu erwarten. Als konkretes Beispiel verwies er auf ein Urteil in einer Scheidungssache mit Bezug zum philippinischen Recht. Hier lehnte das Familiengericht Seoul die Anwendung des philippinischen Zivilrechts mit folgender Begründung ab: Das philippinische Gesetz verbiete die Scheidung, weshalb die Klägerin (die koreanische Frau) keine Möglichkeit habe, die Ehe aufzulösen; dies wiederum verstoße gegen die koreanische Gesellschaftsordnung, in der die Ehescheidung durch gegenseitige Vereinbarung erlaubt sei. Neben weiteren Beispielen kam er auch auf das politisch brisante Thema ehemaliger koreanischer Zwangsarbeiter während der japanischen Kolonialzeit (1910–1945) zu sprechen. Es sind Klagen in Japan und Korea erhoben worden, in Japan sind diese aber in letzter Instanz wegen Verjährung abgewiesen worden. Der koreanische OGH lehnte jedoch die Anerkennung dieses Urteils ab, weil es einen Verstoß gegen die wesentlichen Grundsätze des koreanischen Verfassungsrechts darstelle und damit zu einem Ergebnis führen würde, das zu den guten Sitten und der gesellschaftlichen Ordnung Koreas in einem schwerwiegenden Widerspruch stehe.

Kreße behandelte das Thema „*Ordre public* im deutschen und französischen Recht“ und hob zunächst hervor, dass der Begriff selbst zwar aus dem Französischen komme, andererseits aber auch der *ordre public* französischer Prägung maßgeblich von deutscher Rechtsdogmatik beeinflusst sei. Im Rahmen des verfahrensrechtlichen *ordre public* gelte, dass Prüfungsmaßstab nicht einzelne Normen des deutschen oder französischen Zivilprozessrechts seien; vielmehr sei das ausländische Verfahren an den hinter dem positiven Verfahrensrecht stehenden Verfahrensgrundsätzen zu messen, und zwar vor allem an den in Deutschland so genannten Justizgrundrechten, die nach französischer Terminologie *garantie fondamentales de la procédure* genannt würden, und die die Mindeststandards für ein faires Verfahren wie beispielsweise den Grundsatz des Anspruchs auf rechtliches Gehör darstellten. In Frankreich spiele insoweit insbesondere Art. 6 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention, der das faire Verfahren garantiert, eine Rolle. In Deutschland sei demgegenüber jenseits der Justizgrundrechte etwa der Grundsatz der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Gerichte von Belang.

Der materiell-rechtliche *ordre public* sei ähnlich wie im Kollisionsrecht zu beurteilen, wobei in Deutschland wie in Frankreich der *effet atténué* zu beachten sei, weil das ausländische Urteil eben bereits im Ausland erlangt worden sei und die Parteien somit möglicherweise bereits Rechtspositionen erworben hätten. Zum Beispiel könne eine sehr hohe Schmerzensgeldsumme, die von einem US-Gericht ausgeurteilt wird, in Deutschland auch dann vollstreckbar sein, wenn die Summe das in Deutschland Übliche um ein Vielfaches übersteige. Das verstoße auch nicht gegen den *ordre public*, denn es sei kein „Grundsatz“ des deutschen Rechts, dass Schmerzensgeldsummen tendenziell niedriger ausfielen als in anderen Staaten. Strafschadenersatz (*punitive damages*) dagegen verstoße gegen den *ordre public*, so dass hierauf gerichtete Urteile in Deutschland nicht vollstreckbar seien: Nach deutschem Verständnis obliege die Bestrafung des Schädigers ausschließlich den Strafgerichten, nicht den Zivilgerichten. Es sei ferner ein Grundsatz deutschen Rechts, dass Schadenersatz nur der Kompensation diene, nicht auch der Bestrafung des Schädigers oder der Bereicherung des Geschädigten.

Den Abschluss des Symposiums bildeten zwei Vorträge mit jeweils besonderer Thematik. Professorin Fang vom Deutsch-Chinesischen Institut für Rechtswissenschaft an der Universität Nanjing, VR China, referierte über die Berücksichtigung des Gemeinwohls im chinesischen Wettbewerbsrecht, Professorin Yūko Nishitani von der Universität Kyōto beschäftigte sich mit dem Einfluss der Rechtskultur auf die Gesetzgebung.

Fang betonte, dass der Begriff „Gemeinwohl“ eine wichtige Rolle in der chinesischen Rechtsordnung spiele und in Gesetzen und Verordnungen häufig verwendet werde, ohne dass es jedoch eine klare Definition dieses Begriffs gebe. Es würden teils Synonyme benutzt, so dass die gleiche Situation unterschiedlich bezeichnet, ihr dadurch jeweils von Fall zu Fall eine unterschiedliche Bedeutung oder Funktion zugemessen werde und erst durch Auslegung der konkrete Inhalt bestimmt werden könne. Zurzeit gebe es in China allerdings nur eine schwache Auslegungstheorie und kaum Auslegungspraxis in Bezug auf den Begriff des Gemeinwohls. In den meisten Gesetzen bestimme das Gemeinwohl die Grenze der Ausübung individueller Rechte. Nur in wenigen Fällen werde das Gemeinwohl als Grundlage der öffentlichen Gewalt geregelt. Die Hauptaufgabe zur Verbesserung der Rechtsinstitution „Gemeinwohl“ in China bestehe darin, durch gesetzlich klar geregelte Abgrenzung des Gemeinwohls gegenüber privaten Rechten diese vor der Verletzung durch willkürliche bzw. illegale Ausübung des Gemeinwohlbegriffs zu schützen. Um dieses Ziel zu verwirklichen, müsse die Gesetzgebung über ein entsprechendes Verfahrensrecht gestärkt und rationale Praxiserfahrung über die Rechtsauslegung und -anwendung gesammelt werden. Anhand konkreter Beispiele machte Fang deutlich, dass in China noch große Anstrengungen unternommen werden müssen, um in Bezug auf die Verwendung des Gemeinwohlbegriffs zu einem Zustand der Rechtssicherheit zu gelangen.

Nishitani referierte über ihr Thema unter dem Oberbegriff des *Law-making*, mit dem die an der Gesetzgebung beteiligten verschiedenen Akteure erfasst werden, neben der Legislative z.B. auch die Judikative und die Rechtswissenschaft. Nach einer kurzen

Übersicht über die Entwicklung des japanischen (Gesetzes-)Rechts seit der Meiji-Zeit ging Nishitani auf die Charakteristika des *Law-making* in Japan ein und setzte sich dabei zunächst kritisch mit dem Gelehrtenrecht auseinander. Dies habe traditionell unter dem starken Einfluss ausländischer Rechtssysteme gestanden, allerdings sei etwa die deutsche Begriffsjurisprudenz nur formell und kategorisch angenommen worden, ohne dass der Hintergrund richtig verstanden worden sei. Trotz der Leistungen einiger berühmter Juristen wie Suehiro, Isomura, Hoshino etc. sei es fraglich, ob sich in Japan eine regelrechte „Rechtsdogmatik“ herausgebildet habe. So sei z.B. eine kritische Auseinandersetzung der Lehre mit der Rechtsprechung nur selten zu beobachten. In Bezug auf die Rolle des Richterrechts beim *Law-making* sei zu bemerken, dass die Judikative in Japan zwar allgemein als „passive Justiz“ kritisiert werde, was im Zusammenhang mit der mangels Verfassungsgerichtsbarkeit eher seltenen Verfassungskontrolle der Judikative zu sehen sei, andererseits habe der Oberste Gerichtshof in einigen Fällen eine aktive Rolle bei der Rechtsfortbildung gespielt. Als Beispiele führte sie die Sicherungsübereignung, den Eigentumserwerb an Immobilien, die Sorgfaltspflicht oder das eheähnliche Zusammenleben an. Im Hinblick auf die Gesetzgebung selbst ging Nishitani auf die Rolle der Ministerien und des Kabinetts ein und gab einen interessanten Einblick in die inneren Strukturen des Gesetzgebungsprozesses, die Rolle des Cabinet Legislation Bureau und der so genannten Stakeholder sowie der Rechtsgelehrten. Am Ende gab sie noch einen Überblick über die Tendenzen der Gesetzgebung in Japan, wobei sie einerseits auf die allgemeine Zurückhaltung des Gesetzgebers hinwies, andererseits Beispiele für kreative Gesetzgebung anführte. Zusammenfassend stellte sie fest, dass das *Law-making* in Japan durch die eigene Rechtskultur geprägt sei und keiner der drei oben genannten Akteure wirklich Anlass habe, durch eigene Initiative den *status quo* zu ändern. Es bedürfe übergeordneter Organisationen bzw. Institutionen wie der EU oder des EGMR, um innovative Gesetzgebung voranzubringen. Mit einem kritischen Ausblick auf gefährliche Tendenzen bei der Gesetzgebung unter der aktuellen Regierung schloss Nishitani ihren Vortrag ab.

Die Beiträge des Symposiums werden demnächst in der Reihe „Japanisches Recht“ beim Heymanns-Verlag veröffentlicht.

*In-Ho Kim**

* M.B.L., M.Sc., M.M., M.A., M.B.M., Wissenschaftlicher Mitarbeiter im Institut für japanisches Recht der FernUniversität in Hagen