

BERICHT / REPORT

Die Sicherung des Rechtsstaates

Symposium aus Anlass des dreißigjährigen Bestehens
der Deutsch-Japanischen Juristenvereinigung (DJJV)
2. November 2018, OAG-Haus, Tōkyō

Jubiläum der Deutsch-Japanischen Juristenvereinigung

Mit einem prominent besetzten, rechtsvergleichenden Symposium in Tōkyō hat die Deutsch-Japanische Juristenvereinigung (DJJV) ihr dreißigjähriges Bestehen gefeiert. Die Veranstaltung wurde unter dem breit gespannten Oberthema „Die Sicherung des Rechtsstaats“ gemeinsam ausgerichtet mit dem Japanisch-Deutschen Zentrum Berlin (JDZB), dem Deutschen Akademischen Austauschdienst (DAAD) und der Friedrich-Ebert-Stiftung.

Im gut gefüllten OAG-Haus eröffnete der Präsident der DJJV, *Dr. Jan Grotheer*, die Veranstaltung. Er erinnerte dabei an die Anfänge der Vereinigung im Jahre 1988 und bot einen Rückblick auf die beeindruckende Entwicklung, die diese seitdem genommen hat. Dem Beitrag, den die DJJV nunmehr über drei Jahrzehnte für das gegenseitige Verständnis auf dem Gebiet des Rechts leistet, zollte anschließend auch der Präsident des Obersten Gerichtshofs von Japan, *Naoto Ōtani*, Respekt. Namentlich dankte er dem Präsidenten der DJJV für sein langjähriges Engagement auch im Zusammenhang mit dem deutsch-japanischen Richteraustausch. Den Glückwünschen schloss sich *Hiromu Kurokawa*, Vizeminister des Justizministeriums, an. Er hob die Rolle der DJJV für den Gedankenaustausch zwischen deutschen und japanischen Juristinnen und Juristen hervor. Den Justizministerien beider Länder liege sehr an der Pflege dieses Dialogs, weshalb man seitens der Justizministerien beider Länder selbst regelmäßig gemeinsame Symposien veranstalte. Schließlich begrüßten für die Mitveranstalter *Claudia Schmitz*, Generalsekretärin des JDZB, und *Dorothea Mahnke*, Leiterin der DAAD Außenstelle Tōkyō, die Teilnehmerinnen und Teilnehmer. Beide erinnerten zudem an die vielfältigen Veranstaltungen, die ihre jeweiligen Organisationen gemeinsam mit der DJJV in den vergangenen drei Jahrzehnten veranstaltet haben.

Verfassungsrecht: Die Stellung des deutschen Bundesverfassungsgerichts und des japanischen Obersten Gerichtshofs

Die beiden Key-Notes des Symposiums waren dem Verfassungsrecht gewidmet. Den Auftakt machte *Prof. Dr. Doris König*, Richterin am Bundesverfassungsgericht, mit einem Vortrag zur Rolle des Bundesverfassungsgerichts in der deutschen Rechtsordnung. Ihre Leitfrage war, welche Voraussetzungen dazu geführt haben, dass das Bundesverfassungsgericht nicht nur seit langem dasjenige Verfassungsorgan ist, welchem die deutsche Bevölkerung das größte Vertrauen entgegenbringt, sondern sich auch weltweit großes Ansehen erworben hat. In ihrem knappen historischen Rückblick hob König die Bedeutung der berühmten Statusdenkschrift des Jahres 1952 für die Etablierung des Gerichts als eigenständiges, mit höchster Autorität ausgestattetes Verfassungsorgan hervor. Als Voraussetzungen für die starke Stellung des Gerichts heute thematisierte König sodann vier Punkte: (1) die weitreichenden verfassungsrechtlichen Zuständigkeiten, kurz zusammengefasst sichere das Bundesverfassungsgericht die Einhaltung des Grundgesetzes, (2) die Verbindlichkeit der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts für die anderen Verfassungsorgane sowie für Gerichte und Behörden, insbesondere dort, wo es zu dem Ergebnis gelange, dass eine Rechtsnorm mit den Vorgaben der Verfassung nicht vereinbar sei, (3) die Unabhängigkeit des Gerichts und seiner Richterinnen und Richter sowie schließlich (4) die Akzeptanz der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sowohl im Bereich der Politik als auch in der Fachöffentlichkeit und in der Bevölkerung.

König betonte, dass das Bundesverfassungsgericht besonders als „Bürgergericht“ großen Respekt genieße. Sie ging aber auch auf die Kritik ein, mit der sich das Gericht konfrontiert sieht nicht zuletzt angesichts der selbstbewussten Art und Weise, wie es von seinen Kompetenzen Gebrauch macht. In ihrem abschließenden Ausblick hob König hervor, dass viele Menschen in Deutschland das Bundesverfassungsgericht gerade in unruhigen Zeiten als „Fels in der Brandung“ wahrnahmen. Wie der Blick auf die Entwicklung in einigen osteuropäischen Staaten zeige, seien Stellung und Ansehen eines Verfassungsgerichts jedoch alles andere als eine unabänderliche Selbstverständlichkeit. Vielmehr müssten sie durch gut begründete, kluge Entscheidungen und ein hohes Verantwortungsbewusstsein der Richterinnen und Richter immer wieder von neuem erarbeitet werden.

Als zweiter Hauptredner sprach sodann *Prof. Dr. Tokiyasu Fujita*, ehemaliger Richter am Obersten Gerichtshof von Japan, zur Stellung des Obersten Gerichtshofs in der japanischen Rechtsordnung. In seiner Rede knüpfte Fujita an die Festrede an, die er 2008 beim zwanzigjährigen Jubiläum

um der DJJV im Hamburger Rathaus gehalten hatte.¹ Im Mittelpunkt seiner Ausführungen standen die Erwartungen, die gegenüber dem Obersten Gerichtshof und seinen Richterinnen und Richtern gehegt werden. Fujita wies zunächst auf einige Besonderheiten des Obersten Gerichtshofs aus vergleichender Sicht hin. Ein fundamentaler Unterschied gegenüber Deutschland bestehe darin, dass Japan nur über ein einziges Oberstes Gericht mit 15 Obersten Richterinnen und Richtern verfüge, während die Gerichtsbarkeit in Deutschland auf Bundesebene bekanntlich – zusätzlich zum Bundesverfassungsgericht – in fünf Oberste Gerichtshöfe aufgegliedert ist. Man könne von den japanischen Obersten Richterinnen und Richtern in Japan, auch wenn sie von wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern unterstützt würden, schon deshalb nicht erwarten, dass sie alle Rechtsfragen auf der Grundlage tiefer Spezialkenntnisse entschieden. Mit der einheitlichen obersten Gerichtsbarkeit folge Japan zwar dem US-amerikanischen Modell. Dort wache der US Supreme Court allerdings nur über die Einhaltung von Bundesrecht und entscheide im Übrigen selbst, welche Fälle er zur Entscheidung annehme. Daraus erkläre sich, dass der US Supreme Court nur ca. 100 Fälle pro Jahr entscheide, der japanische Oberste Gerichtshof dagegen über 10.000. Eine weitere Besonderheit sei, dass der Oberste Gerichtshof über die Verfassungsmäßigkeit einer Norm nur insoweit entscheiden könne, als ihm ein konkreter Fall vorliege, in dem es auf die Gültigkeit der fraglichen Norm ankomme.

Wenn der Oberste Gerichtshof schon aus den genannten Gründen notwendig eher ein „around player“ sei, erwarte die Gesellschaft von den Richterinnen und Richtern dem entsprechend weniger höchste Fachkenntnis als den *common sense* erfahrener Juristen. Dies spiegele sich einerseits in der Zusammensetzung des Gerichts, in dem traditionell nur ein Drittel der Richterinnen und Richter aus der Richterschaft stammen. Andererseits müssten sich die Obersten Richterinnen und Richter in Japan, bei der auf die Ernennung durch das Kabinett folgenden Unterhauswahl (und ggf. erneut nach zehn Jahren im Amt) einem Volksreferendum stellen, bei welchem das Wahlvolk seine Entscheidung natürlich nicht auf juristische Spezialkenntnisse, sondern nur auf gesunden Menschenverstand stützen könne.

Seine Thesen illustrierte Fujita sodann anhand ausgewählter Fälle aus seiner Zeit als Oberster Richter. Unter anderem beschrieb er einen Fall aus dem Jahre 2010, in dem seine Kammer die Verhängung der Todesstrafe gegen einen mutmaßlichen Brandstifter mit einer Mehrheit von vier zu eins Stimmen aufgehoben habe, obwohl der einzigen Richter mit einem Hinter-

1 T. FUJITA, Der Stellenwert des Obersten Gerichtshofes in der Japanischen Verfassung – Was erwartet die Gesellschaft: Höchste Fachkenntnisse oder sozialen „Common Sense“?, ZJapanR/J.Japan.L 26 (2008) 181 ff.

grund als Strafrichter das Urteil der Vorinstanz für richtig hielt. Einig war sich Fujita mit seiner Vorrednerin König insofern, als auch er betonte, dass sich ein Oberstes Gericht bemühen müsse, die eigenen Entscheidungen auch der allgemeinen Bevölkerung verständlich zu machen.

Strafrecht: Sicherheit und Freiheit in der globalisierten Risikogesellschaft

Der Zweite Teil der Veranstaltung behandelte Grundsatzfragen des Strafrechts. Zum Oberthema „Sicherheit und Freiheit in der globalisierten Risikogesellschaft“ sprach zunächst Prof. Dr. Dres. h.c. Makoto Ida, Chūō Universität, aus japanischer Sicht. Anschaulich schilderte Ida eingangs Entwicklungstendenzen, die dazu geführt haben, dass in Japan – trotz im internationalen Vergleich weiterhin niedriger Kriminalitätsraten – das Bedürfnis nach Sicherheit verstärkt artikuliert und vom Staat deren Garantie mit Mitteln des Strafrechts vermehrt eingefordert werde, und zwar bemerkenswerter Weise auch von einigen Vertretern des linksliberalen Lagers. Ein wichtiger Aspekt des strafrechtlichen Sicherheitsschutzes sei, menschengemachten Katastrophen entgegenzuwirken. Die japanische Strafrechtsdogmatik habe hierfür die Figur der Organisations- und Aufsichtsfahrlässigkeit entwickelt, die aktuell wieder bei der Bewältigung der Fukushima-Katastrophe herangezogen werde. Das Beispiel illustriere freilich zugleich die Grenzen dessen, was das am Individuum orientierte Strafrecht bei der Bekämpfung der Unternehmenskriminalität zu leisten vermöge. Wie kontrovers die Vorfeldkriminalisierung weiterhin sei habe sich zuletzt etwa in der intensiven Debatte gezeigt, die der Ratifizierung der sog. Palermo-Konvention über die Bekämpfung transnationaler organisierter Kriminalität durch Japan im Jahre 2017 vorausging. Ida vertrat die Ansicht, dass der japanische Gesetzgeber der von Kritikern befürchteten Erosion rechtstaatlicher Standards weitestgehend vorgebeugt habe.

Auch die Befürchtung, Japan entwickle sich angesichts der Ausweitung der Videoüberwachung des öffentlichen Raumes und des verstärkten Einsatzes von DNA-Musteruntersuchungen zu einem Überwachungsstaat, relativierte Ida aus vergleichender Sicht. Bislang operiere das japanische Strafprozessrecht ohne großen Lauschangriff, ohne Einsatz verdeckter Ermittler und Lockspitzel und ohne Online-Durchsuchungen. Statistisch kämen auf 40 Anordnungen einer Telekommunikationsüberwachung pro Jahr in Japan über 20.000 in Deutschland. Hochinteressant war insoweit Idas These, das japanische Strafprozessrecht erkaufe diesen sehr zurückhaltenden Gebrauch von Zwangsmaßnahmen und Grundrechts-eingriffen mit einer großen Abhängigkeit von Geständnissen und außerordentlich strengen Beschuldigtenvernehmungen. Je mehr, prognostizierte Ida, die überfällige Reform in diesem Punkt realisiert werde, desto mehr werde Japan zur Auf-

klärung von Straftaten auch auf jene Zwangsmaßnahmen und Grundrechtseingriffe angewiesen sein, wie sie in Europa heute üblich seien. Er schloss seinen Vortrag mit dem Hinweis, dass es absolute Sicherheit nicht geben könne und es daher immer eine Frage der Abwägung bleiben werde, wann Risiken einen Punkt erreichten, an dem die Nichteinmischung des Strafrechts nicht mehr zu verantworten sei.

Prof Dr. Dr. h.c. mult. Ulrich Sieber, Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg, beschrieb im zweiten strafrechtlichen Referat aus Sicht des deutschen Rechts den Paradigmenwechsel der Kriminalitätskontrolle in der globalisierten Risikogesellschaft. Das klassische repressive Strafrecht, so Siebers These, erhalte immer mehr präventive Aufgaben und werde zunehmend durch „effektivere“ rechtliche Regime ergänzt, wenn nicht verdrängt. Ursache hierfür seien (1) objektive Veränderungen, insbesondere die Bedrohung durch komplexe Kriminalitätsformen wie Terrorismus, organisierte Kriminalität und Cybercrime, (2) die wachsende subjektive Verbrechensfurcht der Bevölkerung, und (3) die politische Instrumentalisierung des entstandenen Unsicherheitsgefühls insbesondere durch extremistische Parteien. Konsequenz sei, dass die Kriminalpolitik nicht mehr durch die klassische Frage nach Schuld und Strafe, sondern durch Begriffe wie Risiko und Sicherheit dominiert werde. Da aber Risiken in der modernen Gesellschaft allgegenwärtig, Prognosen immer mit hoher Unsicherheit belastet und vollständige Sicherheit unmöglich seien, berge das neue „Sicherheitsdogma“ die Gefahr einer uferlosen Prävention und Intervention. In wichtigen Bereichen komplexer Kriminalität wandle sich das Strafrecht nicht nur selbst von einem repressiven, zu einem stark präventiv ausgerichteten Instrument, sondern werde weitgehend unbemerkt zugleich Teil einer neuen Sicherheitsarchitektur, in der es mit Polizeirecht, Geheimdienstrecht, Kriegsrecht und weiteren verwaltungsstrafrechtlichen und privaten Rechtsregimen zusammenwache.

Den von ihm beschriebenen Paradigmenwechsel machte Sieber an zahlreichen rechtlichen Veränderungen fest. So sei im materiellen Strafrecht ein zunehmender Schutz von Gemeinschaftsgütern und eine verstärkte Kriminalisierung von Risikohandlungen zu beobachten. Bei den stark expandierenden „Vorbereitungsdelikten“ wie der versuchten Ausreise zum Zweck der terroristischen Ausbildung (§ 89a Abs.2 2a StGB) bestehe der objektive Tatbestand häufig nur in einem bei äußerer Betrachtung sozialüblichen Verhalten. Durch die materiell-rechtliche Ausdehnung werde zugleich das wachsende Eingriffsinstrumentarium des Strafprozessrechts schon im Vorfeld anwendbar. Vor allem aber werde das Strafrecht zunehmend ergänzt und ersetzt durch alternative Regime, für welche die hohen strafrechtlichen Schutzstandards nicht gelten. Verwaltungssanktionen etwa seien nicht mehr nur als effektives Mittel gegen Bagatelvergehen üblich, sondern auch in

Form sehr hoher Kartellbußen. Im Bereich des Polizeirechts erlaube das Bundeskriminalamtsgesetz und das bayerische Landespolizeiaufgabengesetz seit 2018 erhebliche Eingriffe schon bei einer „drohenden“ Gefahr. Spezielle Regime der Informationsbeschaffung wie das Geheimdienstrecht und das Recht der Geldwäschekontrolle ermöglichten in vielen Bereichen – anders als die strafrechtliche Informationssammlung – eine verdachtslose Rasterung von Personen. Bestandteil der neuen Sicherheitsarchitektur würden schließlich sogar private Normensysteme, indem Ergebnisse unternehmensinterner Privatermittlungen, für die bislang keine klaren Garantien definiert seien, der Justiz zur Verfügung gestellt oder Telekommunikationsunternehmen, Banken und Fluglinien immer enger in ein staatliches Kontrollregime eingebunden würden.

In seiner Analyse dieses Paradigmenwechsels konstatierte Sieber einen erheblichen Verlust an Freiheitsrechten, Privatsphäre und rechtsstaatlichen Garantien, der durch den speziellen Charakter der Informationsgesellschaft noch verstärkt werde. Kriminalpolitisch sei hier eine differenzierende Betrachtung geboten. Das Disziplinen übergreifende Sicherheitsrecht biete gegenüber der rein strafrechtlichen Kriminalitätsverfolgung einerseits neue effektive Mittel der Kriminalitätskontrolle. Die konkrete Ausgestaltung der neuen rechtlichen Präventionsregime sei andererseits rechtsstaatlich höchst problematisch. Es sei Aufgabe der Strafrechtswissenschaft, sich aus der Begrenzung auf das klassische Strafrecht zu befreien und ein Gesamtkonzept eines umfassenden, aber durch Verfassung und Menschenrechte begrenzten Sicherheitsrechts zu entwickeln.

Zivilrecht: Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz

Der dritte und letzte Teil der Veranstaltung war dem Zivilrecht, speziell dem Verhältnis von Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz gewidmet. Zum japanischen Recht trug *Prof. Dr. Keizō Yamamoto*, Kyōto Universität, vor. Ausgehend von Canaris' berühmten Thesen zur Materialisierung des Schuldvertragsrechts² unternahm er es, die Entwicklung des japanischen Verbraucherrechts anhand der von Canaris entwickelten drei Aspekte der Materialisierung zu untersuchen: der Materialisierung der Vertragsfreiheit, der Materialisierung der Vertragsgerechtigkeit und der Materialisierung der dem Vertragsrecht zugrunde liegenden weltanschaulich-politischen Grundhaltung.

Yamamoto begann seine Ausführungen mit einem Rückblick auf die historische Entwicklung des japanischen Verbraucherschutzrechts. Von seinen Anfängen bis in die 1980er Jahre habe der japanische Gesetzgeber auf die

2 C.-W. CANARIS, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu einer „Materialisierung“, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 200 (2000) 273 ff.

aufkommenden gesellschaftlichen Massenschäden vor allem mit verwaltungsrechtlicher Regulierung reagiert. Auch die von den USA ausgehende Deregulierungswelle habe später im Verbraucherrecht nicht zu einem Abbau der Regulierung geführt, allerdings habe sich das Verbraucherleitbild von einem „schwachen“, paternalistisch zu schützenden zu einem mündigen Verbraucher, dem eine autonome Entscheidung zu ermöglichen sei, verschoben. Der privatrechtliche Verbraucherschutz sei vor allem ab der zweiten Hälfte der 1980er Jahre ausgebaut worden, was im Jahre 2000 in den Erlass des Verbrauchervertragsgesetzes gemündet habe.

Was den aktuellen Stand betreffe, habe die Schuldrechtsreform des Jahres 2017 die Vertragsfreiheit ausdrücklich normiert, andere Reformvorschläge dagegen auf Druck der Wirtschaft letztlich nicht in das Zivilgesetz eingeführt, beispielsweise ein ausdrückliches Wucherverbot. Auch bei der AGB-Kontrolle habe man sich auf einen Kompromiss geeinigt, der gegenüber dem deutschen und europäischen Recht im Hinblick auf Anwendungsbereich, Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle in wichtigen Punkten schwächer ausgestaltet sei. Ein Bürgschaftversprechen, das eine natürliche Person zur Sicherung eines Unternehmenskredits abgibt, müsse künftig in notarieller Form erteilt werden. Ein bemerkenswertes Element des 2018 reformierten Verbrauchervertragsgesetzes sei, dass Verbrauchern, die beim Abschluss eines Verbrauchervertrags durch Handlungen eines Unternehmers in die Irre geführt worden sind, ein Anfechtungsrecht eingeräumt werde. Die von weiten Teilen der Lehre geforderte Einführung von sanktionsbewehrten Aufklärungspflichten sei dagegen nicht Gesetz geworden, weil Wirtschaftsvertreter allzu große Rechtsunsicherheit befürchteten. Erweitert worden sei ferner der Katalog der Fälle, in denen ein Verbraucher den Vertrag anfechten kann, weil auf ihn unzulässig Druck ausgeübt worden ist. Dies gelte künftig in bestimmten Fällen beispielsweise auch für Ältere und Behinderte. Schließlich hätten auch die Durchsetzungsmechanismen des Verbraucherschutzes in den letzten Jahren wichtige Neuerungen erfahren. Im Jahre 2006 habe man nach deutschem Vorbild eine Verbandsklage eingeführt, auch wenn nur wenige Verbände klagebefugt seien und diese keine öffentliche finanzielle Förderung erführen. Die 2013 eingeführte zweistufige Verbraucherschadensersatzklage sei eine wesentliche Neuerung, in ihrem Anwendungsbereich aber eher begrenzt.

In seiner abschließenden Analyse stellte Yamamoto fest, dass sich auch in Japan zweifellos eine Materialisierung der Vertragsfreiheit im Sinne einer stärkeren Betonung der tatsächlichen Entscheidungsfreiheit beobachten lasse, etwa in der Zielsetzung des Verbrauchervertragsgesetzes, die Abschlussfreiheit zu schützen. Demgegenüber sei eine Materialisierung der Vertragsgerechtigkeit, verstanden als eine stärker inhaltliche statt prozedurale Vertragsgerechtigkeit, kaum feststellbar. Immerhin die begrenzte

Kontrolle unangemessener Klauseln ließe sich hier einordnen, die Abschlusskontrolle nach dem Verbrauchervertragsgesetz und die Formbedürftigkeit der Personalbürgschaft zielen dagegen gerade auf eine prozedurale Vertragsgerechtigkeit. Was schließlich die Materialisierung der weltanschaulich-politischen Grundhaltung angehe, habe sich das japanische Verbraucherrecht stark in Richtung eines autonomen Verbrauchers verändert. Für die ausdrückliche Normierung der Vertragsfreiheit sei die liberale Grundhaltung sicherlich nicht ohne Bedeutung gewesen. Die Tatsache, dass diese Grundhaltung in Japan stark mit dem Streben nach einer wirtschaftlichen Wiederbelebung verknüpft sei, habe die Einführung einiger, gerade aus liberaler Sicht sinnvoller Neuerungen wie etwa der Einführung sanktionsbewehrter Aufklärungspflichten verhindert. Andererseits zeigten die Sonderregelungen des Verbrauchervertragsgesetzes für bestimmte besonders verwundbare Verbraucher wie Ältere und Behinderte, dass weiterhin auch ein Bedürfnis für eine soziale Grundhaltung bestehe. Ein wichtiges Thema bleibe in Japan, durch welche Mechanismen eine effektive Durchsetzung des Verbraucherschutzrechts gewährleistet werden könne. Regulierung durch die Verwaltung habe den Vorzug der größeren Vorhersehbarkeit, aber der Verwaltung fehlten die Ressourcen zur Durchsetzung. In den stark genutzten öffentlichen Verbraucherzentren erfolge die Beratung nicht durch Juristen. Angesichts der meist geringen Streitwerte könne man nicht erwarten, dass individuelle Verbraucherklagen zu klaren Leitlinien der Rechtsprechung führen werden. Die Verbands- und die kollektive Schadensersatzklage seien insoweit wichtige Schritte, aber noch nicht das Ende der Entwicklung.

Im Parallelreferat zum deutschen Recht spannte *Prof. Dr. Marietta Auer*, Universität Gießen, einen weiten Bogen. Den rechtspolitischen Rahmen, in dem sich auch das Verbraucherschutzrecht in den letzten gut einhundert Jahren entwickelt habe, sah sie als gekennzeichnet durch ein Zurückdrängen der Privatautonomie. Zwar sei die verbreitete Vorstellung, dem BGB habe bei seinem Inkrafttreten der berühmte „Tropfen sozialen Öls“ gänzlich gefehlt, unzutreffend. Aber in den vergangenen Jahrzehnten, so Auer pointiert, habe sich nicht zuletzt unter dem Einfluss des europäischen Unionsrechts nicht nur ein zunehmend kohärentes System des Verbraucherschutzrechts gebildet, sondern Regel und Ausnahme – die Regel der beiderseitig ungeschützten Vertragsfreiheit und die Ausnahme des stark regulierten Verbrauchervertrags – hätten sich im deutschen Privatrecht umgekehrt.

In ihrer Darstellung der inhaltlichen Gestalt des Verbraucherschutzrechts stellte Auer die drei gebräuchlichsten Standardinstrumente im Bereich des Vertragsrechts vor, (1) Informationspflichten, (2) Widerrufsrechte und (3) zwingende Rechtsvorschriften, und ergänzte dies (4) durch neuere, verhaltenspsychologische Ansätze:

Das Standardinstrument schlechthin sowohl des deutschen als auch des europäischen Gesetzgebers sei weiterhin das Statuieren von Informationspflichten. Das zugrunde liegende Informationsmodell habe den Charme, dass es erlaube, das Prinzip formaler Vertragsfreiheit aufrechterhalten und Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz relativ bruchlose miteinander zu vereinbaren. Nur sei die zugrunde liegende Hypothese, dass mehr Information bessere Entscheidungen bedeute, verhaltenspsychologisch schlicht nicht haltbar. Informationspflichten erfüllten ihren Zweck dort, wo gezielten Fehlinformationen vorgebeugt werden müsse, wie beispielsweise beim Verbraucherdarlehen. Im aktuellen Verbraucherschutzrecht sei das Resultat dagegen oft *information overflow*. Das Potential der Informationspflichten für den Verbraucherschutz sei weitgehend ausgereizt.

Auch das zweite Standardinstrument, das erstmals für die sog. Haustürgeschäfte eingeführte Widerrufsrecht, das inzwischen für eine Vielzahl von Verbrauchergeschäften, nicht zuletzt den Online-Handel, normiert ist, bewertete Auer durchaus kritisch. Eine *cooling-off-period* sei eigentlich nur dort gerechtfertigt, wo es um Schutz vor situativer Übereilung gehe. Der brstark ausgedehnte Anwendungsbereich der Widerrufsrechte im geltenden Recht lasse sich damit kaum rechtfertigen und harmoniere nur schwer mit dem prinzipiell auf Vertragsfreiheit basierenden System des deutschen Schuldrechts.

Das zwingende (oder meist zugunsten des Verbrauchers halbzwingende) Recht als drittes Standardinstrument greife ersichtlich am stärksten in die Vertragsfreiheit ein. In zentralen Gebieten wie dem Kaufrecht hätten zwingende Rechtsvorschriften und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht nur zahlreiche Probleme mit einer gespaltenen Auslegung und systematischen Inkohärenzen verursacht, sondern die Vertragsfreiheit für das Verbraucherschutzrecht nachgerade abgeschafft.

Neuere Ansätze wie der *liberal paternalism* schließlich, die sich die Rationalitätsdefizite des Verbrauchers gerade zunutze machen wollten, um den Verbraucher unter anderem durch Definition von abwählbaren Standards (*defaults*) in dessen besten Interesse „sanft“ zu lenken, würfen nicht nur Fragen der Kohärenz der dahinterstehenden Politik auf, sondern lägen auch ersichtlich jenseits dessen, was üblicherweise als Regelungsgegenstand des Privatrechts begriffen werde. Denn sie gingen statt von der Richtigkeitsvermutung eigenverantwortlich geschlossener Verträge im Gegenteil davon aus, dass der Verbraucher nicht in der Lage sei, selbst im eigenen Interesse zu handeln.

Abschließend stellte Auer die Frage, ob es sich beim Verhältnis von Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz im Großen und Ganzen eher um Konkordanz oder um Dissonanz handele. Sie selbst erkannte letztlich ein unüberbrückbares Spannungsverhältnis. Auf normativer Ebene seien Verträge

entweder freiheitlich selbstlegitimierend oder sie seien es – wie im heutigen Verbraucherschutzrecht – nicht. Aber auch auf der institutionellen Ebene, d.h. mit Blick auf das Zusammenspiel der an der Privatrechtsentstehung beteiligten Akteure, neben dem deutschen Gesetzgeber und der deutschen Justiz auch der europäischen Richtlinienggeber und der Europäische Gerichtshof sowie die deutsche Zivilrechtswissenschaft als Mediator zwischen diesen oftmals unvereinbaren Normsetzern, machte Auer dogmatische Dissonanz aus. Das moderne Verbraucherschutzrecht sei letztlich Regulierungsrecht und mache ein kohärentes Privatrechtssystem unmöglich. Statt zu versuchen, das hergebrachte privatrechtliche Systemverständnis zu retten, sei die Zivilrechtswissenschaft gut beraten, sich um ein Verständnis dieses Regulierungscharakters und der dahinterstehenden Politik zu bemühen.

Abschluss

In seinem Schlusswort dankte Rechtsanwalt *Hironaga Kaneko*, Vizepräsident der DJJV, allen Mitwirkenden und Sponsoren herzlich für ihren Beitrag zu einem sehr gelungenen Jubiläumssymposium. Die Redebeiträge werden in Kürze als Sonderheft der ZJapanR erscheinen.

*Moritz Bälz**

* Professor für Japanisches Recht und seine kulturellen Grundlagen, Goethe-Universität Frankfurt am Main.