

Die Ergänzungsfunktion des *isharyô* (Schmerzensgeldes) im japanischen Zivilrecht

Angelika Gruber

- I. Einführung
- II. Die historische Entwicklung des *isharyô*-Rechts
- III. Das *isharyô* im Allgemeinen
 - 1. Spezielle Anwendungsbereiche des *isharyô*, insbesondere Umwelt- und Arznei-mittelschäden
 - 2. Außergerichtliche Lösungen
 - 3. Aktuelle Formen des *isharyô*
 - 4. Die Vererbbarkeit des *isharyô*
 - 5. Sonderformen des *isharyô*
- IV. Die Ergänzungsfunktion des *isharyô*
 - 1. Der immaterielle Schaden der juristischen Person
 - 2. Das *isharyô* bei der Haftung von Freiberuflern
 - 3. Das *isharyô* bei der Ehescheidung
- V. Schlußfolgerungen

I. EINFÜHRUNG

Das japanische Deliktsrecht ist eines der Rechtsgebiete, welche seit ihrer Entstehung im hohen Maße Veränderungen in der Rechtsanwendung erfahren haben. Im Gegensatz zum japanischen Familien- und Erbrecht, welches aufgrund der Demokratisierung im Zuge der Einführung der neuen japanischen Verfassung im Jahre 1947 Gegenstand weitgreifender Erneuerungen wurde, ist das Schuldrecht seit seiner Einführung in der Meijizeit (1868-1912) unverändert geblieben. Wie kann nun solch ein „altes“ Recht Wegbereiter für Neuerungen im technischen Bereich werden?

Der Ersatz des immateriellen Schadens in Japan unterscheidet sich wesentlich von der deutschen Konstruktion¹. Wird zwar vielfach das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch² als Vorbild des japanischen Zivilrechts angesehen, so wird jedenfalls im Bereich des Deliktsrechts klar, daß auch französische Einflüsse eine Rolle spielten und ansonsten dieses Rechtsgebiet im hohen Maße von japanischen Eigenständigkeiten durchdrungen ist. Trotz abweichender Ideen in den landläufig als Mutterrechte des japanischen Privatrechts angesehenen Systemen kam es zu dieser eigenständigen Entwicklung des japanischen Schmerzensgeldrechts. Zusammenfassend werden hier die historischen

1 A. GRUBER, Die Ergänzungsfunktion des *isharyô* (Schmerzensgeldes) im japanischen Zivilrecht. Veröffentlichungen der DJJV, Bd. 12, Hamburg 2000.

2 Im folgenden BGB.

und kulturellen Umstände dargelegt, die zur Entwicklung des japanischen Deliktsrechts geführt haben.

Wenn beispielsweise der bedeutende Rechtswissenschaftler *Suekawa* den neuen Art. 1a des japanischen Zivilgesetzes³, der die Auslegung des ZG im Sinne der Würde des Individuums vorschreibt, dahingehend verstanden wissen wollte, daß der immaterielle Schaden im Falle einer unerlaubten Handlung stets höher zu bemessen sei als der materielle Schaden, so läßt sich bereits darin ein erster Ansatz zu einer Interpretation der als „Beseitigung der Feudalität“ gewürdigten demokratischen Reformen wiederum im Sinne traditioneller japanischer Wertvorstellungen erkennen. Es entspricht dem Element intensiver Emotionalität in der überkommenen japanischen Denkart, im Falle, daß jemandem Unrecht geschehen ist, zuvörderst persönliche Genugtuung zu begehren und sich nicht primär auf den Ausgleich des materiellen Schadens zu beschränken⁴.

Das „Schmerzensgeld“ wird in Japan als *isharyô* – wörtlich übersetzt „Trostgeld“ – bezeichnet. Bereits diese Übersetzung legt nahe, daß dieser Begriff einen vom deutschen Schmerzensgeld abweichenden Inhalt besitzt. Tatsächlich hat es eine viel umfassendere Funktion als sein deutsches Pendant. Immer mehr rückt im Laufe der Moderne, mit ihren veränderten Anforderungen an das Recht, statt der noch zu Anfang des Jahrhunderts viel diskutierten Sanktions- und Kompensationsfunktion die Auffangfunktion des *isharyô* in den Vordergrund⁵.

Mit dem Anstieg der Deliktsrechtsfälle durch die zunehmende Industrialisierung und Technologisierung Japans hat sich auch die Bedeutung des immateriellen Schadensersatzes immer mehr erweitert. Die Funktion ist dabei zunehmend die einer Art Lückenfüllung und Erweiterung bzw. Ergänzung des materiellen und immateriellen Schadensersatzes geworden.

Obwohl die Ergänzungsfunktion im heutigen Recht des *isharyô* eine herausragende, wenn nicht sogar die wichtigste Rolle spielt, erfuhr sie von Wissenschaft und Lehre nur vergleichsweise geringe Beachtung. In der Entwicklung der Rechtsprechung in für die Auffangfunktion besonders wichtigen Teilbereichen bestand die Tendenz zu einer Ausweitung. So wurde beispielsweise vor dem Krieg ein immaterieller Schaden für die juristische Person nicht anerkannt, nach dem Krieg mit der Entwicklung hin zur verstärkten Anerkennung auch nicht beweisbarer Schäden, jedoch gewährt. Daneben erscheint das *isharyô* auch bei der Ehescheidung, wo es eine Bedeutung neben der

3 *Mimpô*, Gesetz Nr. 89/1896 i.d.F. d. Ges. Nr. 87/1999; dt. Übers.: A. ISHIKAWA / I. LEETSCH, Das japanische BGB in deutscher Sprache (Köln u.a. 1985, Stand 1980); engl. Übers.: EIBUN HÔREI SHA (Hrsg.), EHS Law Bulletin Series (Loseblatt, Tokyo), Vol. II, FA, Nr. 2100 (Stand 1991), im folgenden ZG.

4 H. SUEKAWA, *Minpô kaisei wo tsuranuku futatsu no rinen* [Zwei Ideen, die die Reform des ZG durchziehen], in: DERS., *Kenri ranyô no kenkyû* [Studien zum Rechtsmißbrauch] Tokyo 1949, 251 ff.; G. RAHN, *Rechtsdenken und Rechtsauffassung in Japan*, München 1990, 183.

5 So schon M. URAKAWA / C. v. BAR, *Verschuldens- und Gefährdungshaftung im japanischen Recht*, *RabelsZ* 43 (1979) 151.

Vermögensaufteilung bei der Abwicklung der Scheidung besitzt. In neuerer Zeit gewinnt es auch im Bereich der Haftung von Freiberuflern, wie Ärzten und Rechtsanwälten, an Bedeutung.

II. DIE HISTORISCHE ENTWICKLUNG DES RECHTS DES *ISHARYÔ*

Während im deutschen BGB das Schmerzensgeld und der immaterielle Schadensersatz eine Ausnahmeregelung darstellen, ist im Laufe seiner Entwicklungsgeschichte die Bedeutung des *isharyô* in Japan immer umfangreicher geworden. Sein Konzept wurde zusehends von einem Geldersatz für die Kompensation seelischer Schäden zu einem Ausgleich in Fällen, in denen eine andere Kompensation unmöglich erschien, erweitert, so daß man quasi von einem Auffangtatbestand sprechen kann⁶. Dies steht in Zusammenhang mit der eher pragmatisch orientierten Rechtsprechung in Japan.

Die geschichtliche Entwicklung des ZG, das das *isharyô* beinhaltet, war zunächst geprägt von der Einführung des Rechts aus dem Westen zu Beginn der Meiji-Ära, gefolgt von der Verabschiedung moderner Gesetze und der Meiji-Verfassung⁷. Für die neue Gesetzgebung wurden Regeln und Prinzipien verschiedener Rechtssysteme verglichen, am bedeutendsten blieben dabei die Einflüsse des deutschen und des französischen Rechts⁸.

Während das alte ZG den Schaden aufgrund eines Delikts auf den Vermögensschaden limitierte, wurde das neue ZG „an die Erfordernisse der fortgeschrittenen heutigen Gesellschaft“ angepaßt und erlaubte, die Auswirkungen von Gewohnheitsrecht und tatsächlichen Bräuchen zu berücksichtigen⁹. Mit dem „neuen Zivilgesetzbuch“ vom 16. Juli 1898 existierte erstmals in der Geschichte des japanischen Privatrechts eine für die Gerichte entscheidungsverbindliche Rechtsquelle. Zuvor wurde gemäß dem Erlaß des *Dajôkan*¹⁰ von 1875 nach der Natur der Sache entschieden. Mit einer französischen

6 Ähnlich auch H. STOLL, Zur neueren Entwicklung des japanischen Zivilrechts in rechtsvergleichender Sicht, in: COING, MURAKAMI et al. (Hrsg.), Die Japanisierung des westlichen Rechts, Tübingen 1990, 157: „Das japanische BGB zeigt ... eine sehr viel größere Sensibilität als das deutsche BGB.“

7 *Meiji Kenpô*, nach der Meiji-Ära, 1868-1912. Zur allgemeingeschichtlichen Darstellung der Meiji-Zeit vgl. W.G. BEASLEY, The Rise of modern Japan, Tokyo, 3. Aufl. 1993, 54-108. Zu den Eigenarten dieser neuen Verfassung vgl. vor allem J. MURAKAMI, Einführung in die Grundlagen des japanischen Rechts, Darmstadt 1974, 26 ff.

8 K. NAKAMURA, *Kindai nihon no hôteki keisei* [Die Bildung des Rechts im modernen Japan] Tokyo 1963, 123; K. TAKAYANAGI, The Development of Japanese Law, 1868-1961, in: H. Tanaka/M.D.H. Smith, The Japanese Legal System, 163 ff.; T. HOSHINO, *Meiji minpô hensanshi kenkyû* [Forschungen zur Geschichte der Kompilation des Zivilrechts der Meiji-Zeit] Tokyo, 1943, 5 ff.

9 Z. KITAGAWA, Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan (1970) 32; R. ISHII, *Hôseishi* (Rechtsgeschichte) Tokyo 1964, 100.

10 Name des Regierungskabinetts der Nara-Zeit, eine neue zentrale Regierungsstelle, deren Legislative aus dem Oberhaus, einem Rat von Regierungsbeamten, und dem Unterhaus,

Orientierung im „alten Zivilgesetz“ als Grundlage des „neuen Zivilgesetzes“ nahm die Entwurfskommission die Revision im Lichte des deutschen BGB und anderer neuer zivilrechtlicher Gesetzgebungen vor; das neue japanische Gesetz wurde damit jedoch keine bloße Nachbildung des deutschen Rechts, sondern ist, wie insbesondere bei der Analyse der Entstehungsgeschichte des *isharyô* deutlich wird, nach wie vor nachhaltig vom französischen Recht beeinflusst¹¹.

III. DAS *ISHARYÔ* IM ALLGEMEINEN¹²

Im Bereich des Deliktsrechts spielen neben den deutschen auch französische Einflüsse eine Rolle, jedoch ist dieses Rechtsgebiet in großem Maße von japanischen Eigenständigkeits durchdrungen. Seine große Bedeutung folgt daraus, daß auch privatrechtliche Auswirkungen von Umweltschäden und nachbarrechtliche Streitigkeiten nach allgemeinem Deliktsrecht zu lösen sind, da keine sachenrechtlichen Ausgleichsansprüche bestehen. Eine dem § 253 BGB entsprechende Regelung enthält das japanische Recht nicht, mithin ist das Wesen des *isharyô* nicht so sehr das einer Ausnahmeregelung wie im deutschen Schmerzensgeldrecht¹³.

einer Versammlung von Repräsentanten der han (*Daimyate*) bestand und bis zur Annahme der Meiji-Verfassung im Jahre 1889 wirksam blieb.

- 11 J. MURAKAMI (Fn. 7) 50. Ein weiteres Beispiel für den Einfluß des französischen Rechts ist die Form der Eigentumsübertragung, die nicht dem Abstraktionsprinzip folgt, sondern lediglich mittels einer Vereinbarung erfolgt.
- 12 Das *isharyô* ist ausdrücklich in zwei Gesetzesvorschriften des japanischen Deliktsrechts geregelt: Art. 710: „Wer im Falle der Verletzung des Körpers, der Freiheit, der Ehre oder der Schädigung eines Vermögensrechts eines anderen nach der Bestimmung des Art. 709 schadenersatzpflichtig ist, hat auch anderen Schaden als Vermögensschaden zu ersetzen.“ und Art. 711: „Wer den Tod eines anderen verursacht hat, ist verpflichtet, den Eltern, dem Ehegatten und den Kindern des Geschädigten Schadensersatz zu leisten, auch wenn sie keinen Vermögensschaden erlitten haben.“ Nach ganz herrschender Meinung ist der immaterielle Schaden allerdings bereits in der Generalklausel des Art. 709 enthalten. Alle drei Vorschriften gehörten der ursprünglichen Fassung des ZG an und sind im Laufe der Zeit nicht ergänzt oder geändert worden. Der „Schaden außerhalb des Vermögens“ in Art. 710 wird dabei im allgemeinen als *isharyô* bezeichnet. Diese Bezeichnung enthält jedoch nicht alle denkbaren Nichtvermögensschäden, denn der Bereich des immateriellen Schadensersatzes ist im Gegensatz zum deutschen Recht nicht auf physische und psychische Schmerzen beschränkt.
- 13 T. MAEDA, *Gendai hôritsugaku kôza* [Vorlesungen über die heutige Rechtswissenschaft] Tokyo 1980, 261; T. IKUYO / S. TOKUMOTO, *Fuhô kô'i-hô* [Das Recht der unerlaubten Handlung] Tokyo 1993, 299.

1. *Spezielle Anwendungsbereiche des isharyô, insbesondere Umwelt- und Arzneimittelschäden*

Einige Sondertatbestände der unerlaubten Handlung sind der verschuldensunabhängigen Haftung sehr ähnlich, obwohl das generelle Verschuldensprinzip des Deliktsrechts auch bei diesen Vorschriften gilt. Auf eine Unterscheidung von Vorsatz und Fahrlässigkeit wird im japanischen Recht weitgehend verzichtet, da in beiden Fällen gehaftet wird. Jedoch gibt es verschiedene Ansätze bei der Bewertung und Definition der Fahrlässigkeit. Um z.B. bei Schäden an der Umwelt oder durch Arzneimittel den Beweis der Kausalität zum Schutz des Geschädigten zu vereinfachen, tendieren die Gerichte bei großflächigen Umweltverschmutzungen und Schäden durch Arzneimittel in einer Vielzahl von Fällen dazu, einer großen Anzahl Geschädigter einen einheitlichen Schadensersatzanspruch zuzugestehen¹⁴.

2. *Außergerichtliche Lösungen*

Auch im Bereich der unerlaubten Handlung spielen in Japan außergerichtliche Konfliktlösungen eine Rolle, wie z.B. das Vergleichsverfahren. Diese Tendenz wird durch hohe Anwaltskosten und lange Wartezeiten bei Klagen vor Gericht verstärkt. Auch andere Institutionen wie die Haftpflichtversicherer ermöglichen oft eine vereinfachte außergerichtliche Einigung¹⁵.

Dabei steht im allgemeinen nicht die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands, sondern grundsätzlich die Kompensation durch Geldersatz im Vordergrund¹⁶. Das Deliktsrecht ist von einer starken Tendenz geprägt, Schäden möglichst umfassend zu kompensieren. Besonderes Augenmerk wird dabei, anders als bei der deutschen Ausnahmeregelung der §§ 253, 847 BGB, auf den immateriellen Schadensersatz gelegt, insbesondere auf die Kompensation seelischer Leiden¹⁷.

14 R. YOSHIMURA, *Isharyô seikyûken* [Der Anspruch auf *isharyô*], in: E. HOSHINO, *Minpô kôza* [Vorlesungen zum ZG] Tokyo 1985, Band 6, 429 ff.

15 S. ÔTA, *Kôshô, wakai ni yoru minji funsô kaiketsu* [Die Lösung zivilrechtlicher Streitigkeiten durch Verhandlungen und Vergleiche], in: *Minji funsô kaiketsu tetsuzukiron* [Die Theorie der Lösung zivilrechtlicher Streitigkeiten] Tokyo 1990, 199 ff.

16 K. SHINOMIYA, *Fuhô kô'i-hô* [Deliktsrecht], in: S. ISUMI (Hrsg.), *Gendai hôritsu-gaku zenshû 10-ii* [Gesamtausgabe der Rechtswissenschaft der Gegenwart, Bd. 10-2] Tokyo 1985, 465 ff.

17 Lediglich im Falle der Ehrverletzung gibt Art. 723 neben dem Schadensersatzanspruch oder statt diesem dem Verletzten einen Anspruch auf geeignete Maßnahmen zur Wiederherstellung der Ehre. In der Regel beinhaltet dies die Veröffentlichung einer Entschuldigungsanzeige. Bei Verleumdung oder Beleidigung kann das Gericht nach Art. 723 neben der Schadensersatzzahlung die Veröffentlichung einer Entschuldigung anordnen. Die einstweilige Verfügung ist im ZG nicht ausdrücklich geregelt. Sie ist bei Sachenrechten und in manchen Fällen, wie z.B. bei einer Verletzung der Privatsphäre, der Ehre oder des guten Rufes, bei Nichtsachenrechten wegen der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auch

3. Aktuelle Formen des *isharyô*

Während die Ansprüche auf *isharyô* bei der Tötung eines Menschen im allgemeinen und die Ansprüche von Hinterbliebenen im besonderen dem französischen Recht ähneln, spiegeln die Besonderheiten des japanischen Deliktsrechts bei Drittschäden (indirektem Schaden), Sachschäden oder Angst die Großzügigkeit des japanischen Anspruchs auf *isharyô* wider. Für neue Formen des Deliktsrechts wie sexuelle Belästigung oder Verletzung der Privatsphäre wurden die Funktionen des *isharyô* erweitert, ohne daß neue Gesetze geschaffen wurden¹⁸. Die Artt. 709 bis 711, die noch aus der ersten Fassung des ZG stammen, wurden nicht ergänzt oder verändert. Grund für die geringe Notwendigkeit einer Änderung ist die vergleichsweise abstrakte Formulierung der Vorschriften über die unerlaubte Handlung. Dies gewährt den Richtern einen weiten Ermessensspielraum bei ihrer Auslegung und ermöglicht ihnen, neue Probleme ohne Gesetzesänderungen einzubeziehen. Die verschiedenen Theorien zur Funktion des *isharyô* nehmen zwar in der Lehre einen großen Raum ein, wobei sich hauptsächlich Kompensations- und Genugtuungstheorie gegenüberstehen, werden aber von der pragmatischen Rechtsprechung selten beachtet¹⁹.

4. Die Vererbbarkeit des *isharyô*

Nach herrschender Meinung ist der immaterielle Schaden bereits in der Generalklausel des Art. 709 ZG enthalten, der Art. 710 ZG beinhaltet den „Schaden außerhalb des Vermögens,“ für den ein *isharyô* zu leisten ist. Die Einführung des Art. 711 ZG zollte dem Ansehen des Einzelnen Respekt, der nach der Meiji-Ära nicht mehr nur als Teil einer Familie, sondern auch als Individuum, angesehen wird. Die Vererbbarkeit dieses Anspruchs, wird von der heutigen Rechtsprechung bejaht, von der herrschenden Lehre indes verneint²⁰.

ohne eine ausdrückliche Vorschrift im Gesetz möglich. Grundsätzlich ist jedoch eine einstweilige Verfügung aufgrund einer unerlaubten Handlung nicht erhältlich. Für Umweltverschmutzungsfälle und öffentlichen Ärgernisse ist eine einstweilige Verfügung nötig, aber ihre Praktikabilität und juristische Grundlage sind fraglich. Einige erweitern das Konzept der Sachenrechte, während andere die Idee der "allgemeinen Persönlichkeitsrechts" oder ein „Recht auf eine angemessene Umwelt“ anwenden, um einstweilige Verfügungen zu rechtfertigen. Die Gerichte sahen in einigen Fällen Vermögensrechte des Klägers verletzt und gewährten eine einstweilige Verfügungen (M. KATÔ, *Sashitome* (einstweilige Anordnung) in: I. KATÔ (Hrsg.), *Fuhô kô'i-hô no risutêmento*, 1987, 75-83; T. IKUYO, *Fuhô kô'i-hô*, Tokyo 1977, 300-301.)

18 K. MATSUMOTO, *Sekushuaru harasumento ni taisuru isharyô seikyû* [Der Anspruch auf *isharyô* bei der sexuellen Belästigung], in: *Tokushû* (Sonderband), *Sekushuaru harasumento* [Sexuelle Belästigung] *Jurisuto* Nr. 985 (1991) 122 ff.

19 Dazu ausführlich GRUBER (Fn. 1) 49 ff., wo ausführlich auf das „Wesen des *isharyô*“ eingegangen wird.

20 S. YOSHIMI, *Isharyô seikyûkensha no han'i* [Der Kreis der Anspruchsberechtigten des *isharyô*], in: Y. SAKAI, *Gendai songai baishôhō kôza* (7) [Vorlesungen zum heutigen Schadensersatzrecht] Tokyo 1974, 215 f.

5. *Sonderformen des isharyô*

Das *isharyô* wird auch bei Nichterfüllung einer Schuld anerkannt. Im allgemeinen japanischen Schuldrecht gibt es keine Regelung über den Ersatz des immateriellen Schadens bei Vertragsverletzungen. Auch eine Vorschrift, die dem deutschen § 253 BGB ähnlich wäre, fehlt. Dennoch ist dies heute ständige Rechtsprechung und herrschende Meinung, wenn sich auch eine ausführliche dogmatische Begründung in der Lehre nicht finden läßt²¹. Ebenso erkannten Gerichte bei Luftfahrtunfällen als Teil des *isharyô* einen zusätzlichen Betrag für die „Todesangst“ an, da diese sich vom *isharyô* für die Verletzung und deren Nachwirkungen unterscheidet. Für die Lehre erscheint allerdings weiterhin problematisch, ob die „Todesangst“ eine individuelle Behandlung erfahren und inwieweit die Evaluierung des Ersatzbetrages objektiviert werden soll²².

Bei der Berechnung der dem Geschädigten zustehenden Summe besitzt der Richter ein weitgehend freies Ermessen, in dessen Rahmen vielfältige Umstände zur Bestimmung der Summe des *isharyô* berücksichtigt werden. Die Bestimmung des Ersatzbetrages beruht heutzutage aufgrund der Zunahme von sog. Massenschadensfällen auf einer vereinheitlichten Methodik, wobei der zuerkannte Betrag in den letzten Jahren beachtlich gestiegen ist²³. Mit dem Anstieg des Anteils der ausländischen Staatsbürger in Japan stellten sich neue Probleme bezüglich der Berechnung des *isharyô*, die verschiedentlich ebenfalls mit der Ergänzungs- oder Vervollständigungsfunktion des *isharyô* gelöst werden²⁴.

Zu den neuen Bereichen, in denen das Konzept und die Funktion des *isharyô* angewendet werden, gehören z.B. Eingriffe in das Recht auf die Privatsphäre, das Recht am eigenen Bild, das Recht auf Nichttrauen, das religiöse Persönlichkeitsrecht und das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung. Selbst wenn man hierbei nicht von einer klaren Existenz eines Vermögens- oder seelischen Schadens sprechen kann, werden diese durch die Flexibilität des *isharyô*-Konzepts zu in Geld bewertbaren Ansprüchen gemacht.

21 H. UEBAYASHI, *Isharyô santeiron* [Die Theorie der Berechnung des *isharyô*] Tokyo 1962, 177 ff.

22 R. YOSHIMURA, *Tsuiraku jiken to "shi no kyôfu" no isharyô* [Abstürze und *isharyô* bei der „Todesangst“] *Jurisuto* Nr. 874 (1986) 52 ff.

23 Y. NOMI, Haftung für Massenschäden in Japan, *Recht in Japan* 1996, 87 ff.; I. KATÔ, *Songai baishô no hôhô* [Die Methode des Schadensersatzes] *Jurisuto* Nr. 886 (1987) 92 ff.

24 R. YOSHIMURA, *Gaikokujin higaisha ni taisuru baishôgaku no santei* [Die Berechnung des Ersatzbetrages bei Ausländern als Geschädigten], in: RITSUMEIKAN HÔGAKU [Rechtswissenschaftliche Fakultät der Ritsumeikan Universität] (Hrsg.), *Jinshin songaibaishô gaku santei ni kansuru ikutsuka no mondai* [Einige Probleme bei der Berechnung des Betrages des Schadensersatzes bei Körperverletzungen], *Ritsumeikan Hôgaku*, Bd. 225/226, Nr. 6, 151 ff..

IV. DIE ERGÄNZUNGSFUNKTION DES *ISHARYÔ*

Im Laufe der Zeit rückte statt der noch zu Anfang des Jahrhunderts viel diskutierten Sanktions- und Kompensationsfunktion immer mehr die Ergänzungsfunktion des *isharyô* in den Vordergrund. Dabei hat das Konzept des *isharyô* durch interpretatorische Änderungen in Rechtsprechung und Lehre eine umfangreiche Erweiterung vom ursprünglichen Geldersatz für die Kompensation seelischer Schäden hin zu einer Ergänzung in Fällen, in denen ein materieller Schaden nicht nachweisbar war oder nicht umfassend genug erschien, erfahren. Es ist bemerkenswert, daß das *isharyô* in Fällen rein immaterieller Schäden gering ist und überhaupt nur relativ selten vorkommt²⁵.

Nähere theoretische Erläuterungen der Vervollständigungsfunktion fanden sich erstmals in einigen Entscheidungen aus den späten sechziger Jahren. Mit deren Fortschreiten verfestigte sich die Auffassung in der Rechtsprechung, daß für die Zuerkennung des *isharyô*-Betrages ein Beweis nicht notwendig sei. In einigen Fällen wurde selbst ein *isharyô* zuerkannt, das trotz des in Art. 186 des japanischen Zivilprozeßgesetzes verankerten Dispositionsprinzips über den durch die Kläger geltend gemachten Anspruch hinausging²⁶.

Hierbei wird zwischen dem in der japanischen Rechtswissenschaft etablierten Phänomen der „Ergänzungsfunktion“ (im engeren Sinne) und der Existenz anderer moderner Tendenzen, die eine Vermittlung zwischen den herkömmlichen Theorien anstreben (Ergänzungsfunktion im weiteren Sinne) differenziert. Es ist die Intention beider Funktionen, in Fällen, in denen die Grenzen des Schadensersatzes erreicht sind, basierend auf dem *isharyô* eine Kompensation für den Betroffenen zu erreichen. Dies gilt vor allem für die Bereiche des immateriellen Schadens der juristischen Person, der Haftung von Freiberuflern oder des Scheidungs-*isharyô*. Erhebliche Bedeutung erlangte diese neuartige Funktion des *isharyô* mit dem Ansteigen von Umweltverschmutzungsfällen in Form von Gruppenklagen. Auch die Produkthaftung war bis Juli 1995 nicht spezialgesetzlich geregelt. In diesen Fällen wurde die Schadensberechnung mit Hilfe des *isharyô* als einheitlicher zusammengefaßter Anspruch betrachtet. Eine Differenzierung zwischen Vermögensschaden und seelischem Schaden erfolgte nicht. Allgemein entstand die Tendenz, für alle Vermögensschäden und seelische Schäden unter dem Begriff des *isharyô* einen vereinheitlichten Ersatz zu beanspruchen²⁷.

Durch diese „Ergänzungsfunktion“ wird der Anspruch auf *isharyô* zu einem Teil des Gesamtschadensersatzanspruchs, und die Grenzen zwischen materiellem und immateriellem Schaden verschwinden zusehends. Die japanische Rechtsprechung bietet keine

25 K. SHINOMIYA, *Fuhô kô'i-hô* [Deliktsrecht], in: S. ISUMI (Hrsg.), *Gendai hôritsu gaku zenshû 10-ii* [Gesamtausgabe der Rechtswissenschaft der Gegenwart, Bd. 10-2] Tokyo 1985, 248 ff.

26 SHINOMIYA (Fn. 25) 597.

27 SHINOMIYA (Fn. 25) 593; A. MORISHIMA, *Fuhô kô'i-hô kôgi* [Vorlesungen zum Deliktsrecht] Tokyo, 7. Aufl. 1992, 364.

grundlegende dogmatische Analyse dieses zwanglosen Überganges von der einen zur anderen Schadensart. Sie ermöglicht aber in einer Großzahl von Fällen, in denen keine anderweitigen Anspruchsgrundlagen für die Kompensation der teilweise immanent Geschädigten ersichtlich sind, pragmatische Lösungen. Diese orientieren sich weniger an der Rechtstheorie als an der Realität des Schadens und erreichen daher einen Ausgleich in Fällen, der bei einer scharfen Trennung zwischen materiellem und immateriellem Schaden, wie im deutschen Recht, im Bereich des Deliktsrecht kaum möglich wäre²⁸.

Im Bereich des *isharyô* bei Sachschäden²⁹ stimmen Rechtsprechung und die herrschende Lehre grundsätzlich darin überein, daß aufgrund der Kompensation für den Vermögensschaden der psychische Schmerz gleichzeitig mit abgegolten ist. Abweichungen von diesem Prinzip gibt es lediglich, wenn der Geschädigte bei einem Eingriff in sein Vermögensrecht oder der Nichterfüllung einer Schuld überhaupt keinen psychischen Schaden erleidet oder wenn das erlittene Leid weit über das im Ersatz des Vermögensschadens enthaltene Maß hinausgeht; relevant ist dabei hauptsächlich die zweite Variante. Die Voraussetzung der Vorhersehbarkeit des psychischen Schadens analog Art. 416 II ZG, macht die Kohärenz von Vertrags- und Deliktsrecht als Charakteristikum des japanischen Rechts deutlich.

Der seelische Schmerz innerhalb eines bei einem Sachschaden entstandenen psychischen Schadens ist eines selbständigen rechtlichen Schutzes fähig. Durch seine Objektivierung ist der Ersatz unabhängig davon, ob der ursprüngliche Zustand wiederhergestellt werden kann oder nicht. Maßstab für die Anerkennung des Anspruchs auf *isharyô* ist die objektive Beurteilung der Art und des Ausmaßes des Vermögenseingriffs unter Berücksichtigung des gesunden Menschenverstandes und des allgemeinen Volksempfindens unter Zugrundelegung besonderer Umstände. Dazu gehören u.a. ein besonderer Wert des Verletzungsobjekts für den Geschädigten, außergewöhnlich rechtswidrige Umstände der Schädigung oder nicht zu lindernder seelischer Schmerz. Urteile, die einen speziellen Anspruch auf *isharyô* bei einer Sachbeschädigung ablehnen, verneinen allesamt die unabhängige Existenz eines besonderen seelischen Schadens³⁰.

Nach Ansicht von Kritikern ist eine Typisierung der Voraussetzungen für die Anerkennung eines Anspruchs auf *isharyô* bei einem Vermögensschaden nicht gelungen. Auch die Rechtsprechung könne nur Anhaltspunkte für die notwendigen Kriterien liefern. Dennoch verdeutlicht gerade dieses „Manko“ expliziter Kriterien, die vor der Entscheidung bestimmen, wann ein gewöhnlicher Schaden vorliegt und wann ein Schaden unter besonderen Umständen gegeben ist, die Flexibilität und die Bereitschaft des japa-

28 GRUBER (Fn. 1) 80 ff. eingehend zur Rechtsprechung.

29 H. TÔYAMA, *Jibutsu no isharyô seikyûken* [Der Anspruch auf *isharyô* bei Sachen], in: K. YAMAGUCHI (Hrsg.), *Gendai minji saiban no kadai* [Probleme des heutigen Zivilgerichts] (7), Tokyo 1985, 559 ff.

30 TÔYAMA (Fn. 29) 562.

nischen *isharyô*-Rechts, im Einzelfall nach der Notwendigkeit eines Schadensersatzes zu urteilen³¹.

Ein Teil der Lehre fordert einen Ersatz unabhängig von der Vorhersehbarkeit des Schadens. Auch in der Rechtsprechung wird die Vorhersehbarkeit weitgehend nicht problematisiert. Stattdessen wird die Notwendigkeit des *isharyô* direkt aus der Schädigungshandlung und dem Verletzungszustand abgeleitet. Ohnehin gab es Zweifel, ob die dem Vertragsrecht entlehene Konstruktion der Vorhersehbarkeit tatsächlich auf das Deliktsrecht angewendet werden sollte. Das Ausweichen der oben genannten Urteile auf eine Legalfiktion der Vorhersehbarkeit der besonderen Umstände im seelischen Bereich des Verletzten illustriert erneut die Tendenz der japanischen Rechtsprechung, mit Hilfe des *isharyô* zu einem möglichst umfassenden Schadensersatz zu gelangen³².

1. Der immaterielle Schaden der juristischen Person

Beim immateriellen Schadensersatz der juristischen Person wird deutlich, daß im japanischen Deliktsrecht Individuen und Gruppen nicht immer streng voneinander getrennt werden. Vielmehr sind bei der Anerkennung von Schadensersatz, insbesondere *isharyô*, Überschneidungen möglich. Dies mag auf die traditionell schwächere Stellung des Individuums in der Gesellschaft und der Betonung der Gruppe und ihrer Bedeutung als Zusammenschluß von Individuen zurückzuführen sein. Die Gewährung von *isharyô* fällt hier leichter, da einerseits juristische und natürliche Personen keiner strengen Differenzierung unterliegen und andererseits die Grenze zwischen materiellem und immateriellem Schaden fließend ist. Im japanischen Recht wird mit Blick auf die Rechtspersönlichkeit auch keine Unterscheidung zwischen der Aktiengesellschaft und anderen juristischen Person vorgenommen. Eine Differenzierung ist nicht notwendig, da alle Organisationsformen als juristische Personen angesehen werden³³.

Einschneidende Veränderungen bei der Anerkennung des *isharyô* im Hinblick auf juristische Personen erfolgten durch eine Entscheidung des DG Tokyo aus dem Jahre 1955 und deren Bestätigung durch den OGH 1964³⁴. Wurde bis etwa Mitte der fünfziger Jahre ein Anspruch auf *isharyô* der juristischen Person überwiegend verneint, ist seither anerkannt, daß das Ansehen ein im sozialen Leben der Menschen sehr wichtiges Rechtsinteresse ist und Eingriffe dem Schutzbereich der Artt. 710, 723 ZG unterliegen. Heute ist auch in der Lehre allgemein anerkannt, daß auch die juristische Person als

31 H. UEBAYASHI, *Isharyô santeiron* [Die Theorie der Berechnung des *isharyô*] Tokyo 1962, 180 f..

32 Y. HIRAI, *Saiken kakuron II, Fuhô kô'i* [Schuldrecht II, Besonderer Teil, Unerlaubte Handlung] Tokyo 1992, 111-129.

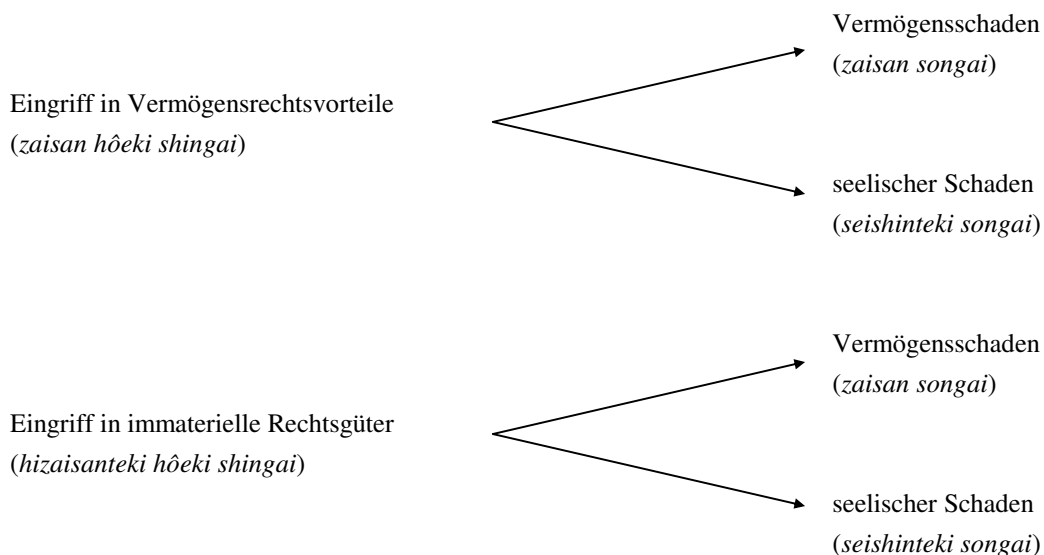
33 A. MORIIZUMI, *Hôjin, dantai no jinkakuken* [Das Persönlichkeitsrecht der juristischen Person und der Vereinigung], in: M. ITÔ (Hrsg.), *Gendai songai baishôh kôza 2* [Vorlesungen zum heutigen Schadensersatzrecht 2] 115 ff.

34 11.7.1955, Kaminshû, Bd. 6, Nr. 7, S. 1397; 28.1.1964, Minshû, Bd. 18, Nr. 1, S. 136, Hanji Bd. 363, S. 10.

Subjekt des Rechts auf Ehre ausreicht. Unterschiedlich sind dagegen die Auffassungen über eine Anerkennung eines diesbezüglichen Anspruchs auf *isharyô*.

Die Anerkennung eines immateriellen Schadensersatzes für die juristische Person und eines indirekten Schadens für das Unternehmen bei der Verletzung eines Angestellten³⁵ erklären sich durch die Ergänzungsfunktion des immateriellen Schadensersatzes. Wo ein finanzieller, also materieller Schaden der juristischen Person schwer oder nicht nachzuweisen ist, der Richter aber dennoch von der Existenz eines Schadens überzeugt ist, wird mit dem Mittel des immateriellen Schadensersatzes ein Ausgleich erreicht, der auf anderem Wege kaum möglich wäre. Dadurch wird zugleich die Schwierigkeit der Berechnung aus dem Wege geräumt.

Während der immaterielle Schaden des deutschen Rechts prinzipiell nur als Schmerzensgeld im engeren Sinne verstanden wird, existiert im japanischen Recht eine differenziertere Aufteilung des Schadensbegriffes. Dabei wird in Vermögensschaden und Nichtvermögensschaden unterteilt, der sich wiederum in einen *isharyô*-fähigen und einen davon unabhängigen immateriellen Schaden (aufgrund der Ergänzungsfunktion) gliedern läßt.



Das japanische Recht versucht damit, Schäden weitgehend zu kompensieren, ohne detailliert nach ihrer dogmatischen Konstruktion zu fragen und an theoretischen

35 T. MAEDA, *Gendai hōritsugaku kōza* [Vorlesungen über die heutige Rechtswissenschaft] Tokyo 1980, 281 ff.; Y. KUSUMOTO, *Jinshin songai baishōron* [Die Ersatztheorie des Personenschadens] Tokyo 1984, 141 ff.

Grundlagen zu „kleben,“ die die praktischen Auswirkungen beschränken³⁶. Dieser größere Pragmatismus des japanischen Deliktsrechts wird auch auf anderen Gebieten ersichtlich, z.B. durch die Einbeziehung des Nachbar-, Immissions- oder Arzthaftungsrechts in das Deliktsrecht. Dies sind Bereiche, in denen eine Anwendung des Rechts der unerlaubten Handlung zunächst nicht vorgesehen war. Die extensive Entwicklung des Deliktsrechts bezog sie immer mehr ein und machte so gesetzgeberische Neuschöpfungen ganz oder teilweise überflüssig. Diese weitgehend flexiblen Regelungen existieren seit Bestehen des Gesetzes und sind, ähnlich der Generalklausel des französischen Rechts, in ihrer Flexibilität vom Gesetzgeber bewußt in dieser Weise geschaffen worden.

Gerade bei Ehrverletzungen verlangt das allgemeine Rechtsgefühl, daß diese auf jeden Fall kompensiert werden³⁷. Aufgrund dieser Auffassung der Ehre suchen Richter oft nach Wegen, um eine Verletzung unter allen Umständen auszugleichen. Dabei ist der Ersatz des immateriellen Schadens in Verbindung mit einer Entschuldigung als Symbol für die Wiederherstellung der beeinträchtigten Ehre oft wichtiger als der finanzielle Ausgleich. Hilfreich ist dabei, daß bei der Berechnung des *isharyô* dessen Beurteilungsmaßstäbe nach herrschender Meinung und Rechtsprechung nicht dargelegt werden müssen. In der Praxis des japanischen Wirtschaftslebens ist demzufolge auch die Reputation von Unternehmen ein entscheidender fähiger Faktor bei der Beurteilung eines Anspruchs auf *isharyô*.

2. Das *isharyô* bei der Haftung von Freiberuflern

Bei der privatrechtlichen Verantwortung von Freiberuflern spielt in Japan die deliktische Haftung eine weit größere Rolle als die vertragliche. Besonders häufig ist diese Art der Haftung im Bereich von ärztlichen Kunstfehlern, aber auch bei Rechtsanwälten oder Architekten. Grundlagen der Haftung sind Sorgfaltspflichtverletzungen, Aufrichtigkeitspflichtverletzungen, Eingriffe in das Erwartungsrecht und die Mißachtung der Aufklärungspflicht³⁸.

36 So auch STOLL (Fn. 6) 157: „Vermögens- und Nichtvermögensschaden werden also grundsätzlich einander gleichgestellt.“

37 Vgl. I. YOSHIDA, „*Sei*“ *kihan kenkyû josetsu – mittsu no funsô ruiki wo chûshin toshite* [Eine Einführung in die Forschung über die Modelle der „Aufrichtigkeit“], in: *Hôsei Kenkyû* [Kyûshû Daigaku], Bd. 59, Nr. 3-4, März 1993, 521 ff.; STOLL (Fn. 6) 157, der bemerkt, daß die vom deutschen Recht abweichende Bereitschaft, über die äußere Reparation des verletzten Rufes hinaus Maßnahmen der Genugtuung für den Gekränkten zuzulassen, mit einer sozial-ethisch wohl anderen Bewertung der Ehrverletzung zusammenhängt.

38 S. OCHIAI, *Senmonka sekinin hoken* [Die Haftpflichtversicherung der Freiberufler], in: T. KAWAI (Hrsg.), *Senmonka no minji sekinin* [Die zivilrechtliche Haftung von Freiberuflern] *New Business Law*, Bessatsu No. 28, 1995, 113 ff.; S. KATÔ, *Waga kuni ni okeru bengoshi baishô sekinin hoken* [Die Haftpflichtversicherung für Rechtsanwälte in Japan], in: DERS. (Hrsg.), *Bengoshi yakuwariron* [Die Theorie der Rolle des Rechtsanwalts] Tokyo 1992, 166 ff.

Die Entscheidungen, die ein *isharyô* bei einem Eingriff in das Erwartungsrecht zuerkennen, verstehen dies als veränderte Interpretation des Verständnisses des tatsächlichen Kausalzusammenhanges. Bei der Arzthaftung lehnt die Lehre dies in Bezug auf das Erwartungsrecht³⁹ ab, da die Ernsthaftigkeit der Pflichtverletzung des Arztes dies verbiete und auf Ausnahmefälle beschränke. Diese lägen beim Eingriff in ein Erwartungsrecht nicht vor, wohl aber beim Eingriff in das Interesse der Lebensverlängerung.

Die Argumentationsstruktur ist dabei in allen Fällen ähnlich. Da die Richter nicht zu der Anerkennung eines materiellen oder direkten immateriellen Schadens kommen, greifen sie auf die Ergänzungsfunktion des *isharyô* zurück. Dabei betonen sie, daß zwar eigentlich die rechtlichen Voraussetzungen einer delikts- oder vertragsrechtlichen Haftung fehlen, aus Billigkeitsgründen aber dennoch ein finanzieller Ausgleich für das erlittene Leid gewährt werden sollte. Die Richter berufen sich darauf, daß jedenfalls ein seelischer Schaden durch die Folgen der Handlung oder Unterlassung des Arztes (oder Freiberuflers) vorläge, der ein angemessenes *isharyô* rechtfertige⁴⁰.

Die japanische Lösung besteht mithin auch bei der Haftung von Freiberuflern in der Heranziehung der Ergänzungsfunktion des *isharyô* in Bereichen, die sonst nur mit einer Beweiserleichterung oder Beweisumkehr bewältigt werden könnten.

3. Das *isharyô* bei der Ehescheidung

Besondere Bedeutung hat das *isharyô* auch bei der Ehescheidung, da es trotz des Prinzips der Vermögensaufteilung der Ehefrau eine weitergehende Zukunftssicherung gewähren will und damit keinen reinen Ausgleichs- oder Sanktionscharakter besitzt. Der japanische Laie denkt anders als der deutsche, bei dem das Wort „Schmerzensgeld“ wohl meist Assoziationen mit Unfällen im weiteren und Verkehrsunfällen im engeren Sinne weckt. In Japan assoziiert man das Wort „*isharyô*“ zunächst spontan mit einer Ehescheidung, denn bei Unfällen kommt es meist zu Schlichtungsverhandlungen und in der Regel zu einer außergerichtlichen Einigung. Dies hebt die besondere Relevanz des *isharyô* bei der Scheidung hervor, bei der es wiederum eine ausgleichende Funktion im Zusammenhang mit der Vermögensaufteilung ausübt⁴¹.

39 R. WATANABE, *Kashitsu aru mo inga kankei ga nai baai no isharyô* [*isharyô* in Fällen, in denen zwar Fahrlässigkeit vorliegt, aber kein Kausalzusammenhang] *Hanrei Times* Nr. 686 (1989) 66 (*Tokushû: Iryô soshô no gendai to tenbô*) [Sonderausgabe: Die derzeitige Situation und die Aussichten des Behandlungsprozesses] 68, 69.

40 A. ISHIKAWA, *Kitaiken no tenkai to seimei sekinin no arikata* [Die Entstehung des Erwartungsrechts und die Art der Darlegungspflicht], *Hanrei Times* Nr. 686 (1989) 25 ff.

41 T. KAWASHIMA, *Rikon isharyô to zaisan bunyo no kankei – Hôteki hogo to hôteki kôseki to no kankei no mondai toshite* [Die Beziehung zwischen Vermögensaufteilung und Scheidungs-*isharyô* – die Beziehung zwischen rechtlichem Schutz und rechtlicher Konstruktion als Problem] in: S. EGUSA (Hrsg.), *Wagatsuma sensei kanreki kinen ronbunshû* [Festschrift zum 60. Geburtstag von Wagatsuma] *Songai baishô sekinin no kenkyû* [Forschungen über die Schadensersatzhaftung] Tokyo 1958, 260 ff.

Eine der in der Rechtspraxis bedeutendsten Aufgaben des *isharyô* und seiner Ergänzungsfunktion liegt in der Lösung des Problems der fehlenden Regelung einer Unterhaltszahlung. Die Regelung des Art. 768 ZG dient lediglich als Anhaltspunkt für den Richter, die oft niedrigen Beträge der Vermögensaufteilung mittels einer Ergänzung durch das *isharyô* auszugleichen. Dabei berücksichtigen die Gerichte über die Ergänzungsfunktion des *isharyô* bei der Höhe der Vermögensaufteilung Aspekte, die eigentlich bei der Vermögensaufteilung keine Rolle spielen, um einen höheren Betrag zusprechen zu können. Dieses *isharyô* dient vor allem der finanziellen Absicherung der geschiedenen Ehefrau und besitzt somit keinen reinen Ausgleichs- oder Sanktionscharakter⁴².

Daß sich diese Form der Ergänzung mittels *isharyô* im Bereich der Ehescheidung bewährt hat, verdeutlicht die angestrebte Reform des Art. 768 ZG. Bei dessen Beratungen wurde klargestellt, daß das Element des *isharyô* von der Vermögensaufteilung nicht getrennt werden sollte. Da der OGH die Beziehung zwischen dem mit der Scheidung einhergehenden *isharyô* und der Vermögensaufteilung festgelegt hat, wird diese nicht erneut diskutiert. Vielmehr wird angestrebt, für das Vermögensverteilungsproblem die heutige Praxis fortzusetzen⁴³.

Dennoch kann auch durch diese Ergänzung mittels *isharyô* kein ausreichender Schutz geschiedener Mütter erfolgen. Denn aufgrund der einverständlichen Scheidung ist es für geschiedene Frauen fast unmöglich, gegenüber dem Ehemann eine ausreichende Regelung durchzusetzen⁴⁴. Lediglich bei einer Minderheit von Scheidungen erfolgt überhaupt eine Vermögensaufteilung vor Gericht. Eine Änderung dieses status quo könnte nur durch eine obligatorische Vermögensaufteilung und eine Sorgerechtsregelung erfolgen.

Das japanische Recht gewährt einen Anspruch auf *isharyô* gleichermaßen bei der Auflösung einer Verlobung, da eine spezielle Regelung wie die des § 1300 BGB nicht besteht. Hier wurde eine Lösung durch die Konstruktion des *isharyô* bei der Nichterfüllung einer Pflicht, der Erfüllung des Heiratsversprechens, gefunden⁴⁵.

42 T. YOSHIMOTO, *Zaizan bunyo yto rikon isharyô to no kankei* [Die Beziehung zwischen der Vermögensaufteilung und dem Scheidungs*isharyô*] Sonderband Jurisuto 1995, 40 ff.; N. MIZUNO, *Rikon soshô ni okeru zaizan bunyo to kago no kon'in hiyô buntan no taiyô no shinshaku* [Die Berücksichtigung der Aufteilung früherer Ehekosten und die Vermögensverteilung im Scheidungsverfahren] Sonderband Jurisuto 1995, 38 ff.

43 S. SUZUKI, *Rikon kyûfu seido no kaikaku ni mukete – "Kon'in seido tô ni kansuru minpô kaisei yôkô shian"* [Über die Reform des Systems der Scheidungsleistungen – Untersuchungen des „Entwurfs eines Abriß zur Revision des Zivilgesetzes in bezug auf das Ehesystem“] Sonderheft "*Kazoku no henbô to kazokuhô no kadai*" [Der Wandel der Familie und die Probleme des Familienrechts] II *Kekkon, rikon* [Ehe, Scheidung] Jurisuto Nr. 1059 (1995) 69.

44 K. TSURUMI, *Women in Japan: A Paradox of Modernization*, The Japan Foundation Newsletter 5 (1977) 2 ff. (5) zum Rollenverständnis.

45 T. ARICHI, *Kazokuhô gairon* [Ein Abriß des Familienrechts] Tokyo 1990, 44 ff.

V. SCHLUSSFOLGERUNGEN

Im Bereich der „Funktionserweiterung“ bewies die japanische Praxis großen Mut zu Neuerungen in Bereichen, bei denen wegen Beweisschwierigkeiten oder des Fehlens bestimmter Voraussetzungen eine Schadenskompensation unmöglich gewesen wäre. Rechtsdogmatische Begründungen dieser praxisorientierten Lösungen sucht man jedoch vergeblich, denn im japanischen Deliktsrecht wird eher ergebnisorientiert argumentiert. Es ist dabei von einer starken Tendenz geprägt, Schäden möglichst umfassend zu kompensieren. Erreicht wird dies durch die Vermeidung starrer Grenzen zwischen Vertrags- und Deliktsrecht einerseits und Vermögens- und Nichtvermögensschaden andererseits.

Betrachtet man die kulturellen Aspekte, wird insbesondere bei der Forderung nach einer Entschuldigung deutlich, daß beim Schadensersatz vor allem die Genugtuung für den Geschädigten wichtig ist. Damit erklärt sich das besondere Bemühen, durch eine permanent erweiterte Anwendung des Schadensersatzes im allgemeinen und des *isharyô* im besonderen die Kompensation von Schäden zu erreichen. Ein gutes Beispiel aus neuerer Zeit bilden hierfür die Verhandlungen der Opfer der Minamata-Krankheit, die in den Gesprächen mit Regierungsvertretern immer wieder betonten, daß es ihnen hauptsächlich um eine öffentliche Benennung und Entschuldigung der Verantwortlichen gehe⁴⁶. Die bemerkenswert geringe Anzahl und der relativ geringe Betrag des *isharyô* in Fällen von rein immateriellen Schäden verdeutlichen, daß dessen Hauptfunktion tatsächlich die Ergänzung ist.

Diese Auffassung des *isharyô* findet auch Unterstützung bei einer breiten Mehrheit der japanischen Bevölkerung, bei der der Gedanke des „*sei*“⁴⁷ – der Aufrichtigkeit – und der Gerechtigkeit eine große Rolle spielt.

Obwohl die „Aufrichtigkeit“ im japanischen Sprachgebrauch häufig benutzt wird, ist ihr Inhalt schwer zu verdeutlichen. Oft ist sie verbunden mit einer Entschuldigung im Sinne von „sich aufrichtig entschuldigen“. Diese traditionell große Bedeutung der Entschuldigung für die Konfliktlösung ist zweifellos Ausdruck emotionaler Bedürfnisse⁴⁸, die durch die zunehmende Dominanz des Anspruchs auf *isharyô* im Deliktsrecht an Einfluß gewinnen. Charakteristisch ist dabei, daß der Geschädigte in den Verhandlungen um Schadensersatz meist eine Sanktion gegen den Schädiger verlangt, wenn dieser sich nicht „aufrichtig entschuldigt“ (*sei aru shazai*). Kann der Verletzte beim Schädiger keine Aufrichtigkeit erkennen, kommt es bei ihm zu dem Gefühl, daß eine Klage

46 Japan Times, 13.9.1995, wo einer der Kläger betonte: “It is not that we want the money. We want to be recognized as Minamata disease victims.” Daneben hoben die Kläger die Wichtigkeit einer Entschuldigung der Verantwortlichen hervor. Der damalige Premierminister *Murayama* äußerte sein „Bedauern“ über den Vorfall, *Asahi Shinbun* 23.6.95/16.12.1995.

47 YOSHIDA (Fn. 37) 524.

48 RAHN (Fn. 4) 386; allgemein zur Bedeutung der Entschuldigung für die japanische Rechtsmentalität vgl. G. RAHN, *Recht und Rechtsverständnis in Japan*, in: W. FIKENTSCHER u.a. (Hrsg.), *Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen*, Freiburg/München 1980, 473 ff.

unvermeidlich ist⁴⁹. Eine enge Beziehung besteht dabei zwischen „Entschuldigung“, „Vergebung“ und „*amae*“⁵⁰. Bei einer schädigenden Handlung wie z.B. einem Verkehrsunfall wird meist auch eine Entschuldigung erwartet. Oft nimmt diese sogar einen wichtigeren Stellenwert als das Schmerzensgeld oder die geldwerte Kompensation des Vermögensschadens ein. Nach dem Prinzip des *amae* kann der Geschädigte dem Schädiger vergeben, „wenn er eine ernsthafte und aufrichtige Entschuldigung (*seishin sei owabi*) erhalten hat, auch wenn der Geldersatz unbefriedigend ist“. Gelegentlich wird dabei auch eine lediglich etikettenhafte „Entschuldigung“ des Schädigers vom Verletzten anerkannt⁵¹.

So wurde durch das *isharyô* mit seiner Ergänzungsfunktion dort Kompensation erreicht, wo sie der „gesunde Menschenverstand“⁵² schlichtweg fordert, der Wortlaut der Gesetze aber oft verwehrt. Denn das Gesetz macht Ansprüche an Voraussetzungen fest, die bei Fällen zur Entstehungszeit des Gesetzes leicht erfüllbar waren, jedoch nicht den Anforderungen einer modernen Industriegesellschaft mit ihren vielfältigen Formen unerlaubter Handlungen und damit einhergehenden Beweisschwierigkeiten genügten. Diese Schwierigkeit überbrückt die Ergänzungsfunktion des japanischen „Trostgeldes.“

49 YOSHIDA (Fn. 37) 522.

50 „Bedürfnis nach Zuneigung“, vgl. T. DOI, „*Amae*“ no *kôzô* [Die Struktur des „Amae“] Tokyo 1971, Deutsch: *Amae*. Freiheit in Geborgenheit. Zur Struktur japanischer Psyche, Frankfurt 1982. *Doi* bezeichnet dies als grundlegendes soziales Verhaltensmuster der Japaner.

51 YOSHIDA (Fn. 37) 564.

52 Das DG Tokyo stellte dazu fest, „ob ein seelischer Schmerz erlitten wurde oder nicht, sollte nach dem Motiv, der Art und Weise und dem Ausmaß des Vermögenseingriffs unter Berücksichtigung des gesunden Menschenverstandes der Bevölkerung und des allgemeinen Volksempfindens objektiv beurteilt werden.“, 29.11.1952, Kamin Bd. 3, Nr. 11, S. 1700.