

Einige Bemerkungen über die Gestaltung und Entwicklung der Lehre vom Eigentumsrecht in Japan

Yoshikazu Kawasumi

Inhalt

1. Einleitung
2. Stellungnahme des Gesetzgebers zum Verhältnis zwischen Eigentumsrecht und Eigentumsschutzanspruch im japanischen ZG
3. Gestaltung und Entwicklung der Lehre vom Eigentumsrecht in Japan
4. Vergleich mit der Lehre Windscheids in Deutschland
5. Einfluß der Eigentumslehre auf die Lehre von der Rechtswidrigkeit in Japan
6. Resümee

1. EINLEITUNG

Das Eigentumsrecht hat sich in Japan in einer spezifisch japanischen Weise entwickelt und seine ihm eigene Ausgestaltung gefunden. Diese möchte ich nachfolgend kurz skizzieren. Besondere Aufmerksamkeit gilt dabei der Problematik um die Lehre vom Eigentumsschutzrecht und der zivilrechtlichen Rechtswidrigkeit. Diese Lehre ist zum Beispiel der Schlüssel zum Verständnis des bis heute in Japan nur sehr schwach entwickelten privatrechtlichen Umweltschutzes. Wendet man nämlich die derzeit in Japan herrschende Eigentums- und Eigentumsschutzlehre auch auf das Gebiet des privatrechtlichen Umweltschutzes an, so kann in erster Linie nicht Unterlassung einer Umweltverschmutzung, sondern nur eine Kompensation in Geld verlangt werden¹. Denn kennzeichnend für die herrschende Lehre ist, daß sie von einem "zu ertragenden" Schaden ausgeht, innerhalb dessen der einzelne eine Beeinträchtigung seines Eigentums grundsätzlich hinzunehmen haben soll, jedenfalls bis zu einer relativ hoch angesetzten

1 Zu dieser auch in Deutschland vorherrschenden Tendenz vgl. E. PICKER, Negatorische Haftung und Geldabfindung - Ein Beitrag zur Differenzierung der bürgerlichrechtlichen Haftungssysteme, Festschrift für H. Lange, 1992, S. 625 ff., bes. S. 690-691. "In diesem Zusammenhang... bemerkenswert" ist nach PICKER § 17 des Entwurfs des Gesetzes über die Haftung für Umweltschäden und zur Änderung des Wasserhaushaltsgesetzes und des Bundesimmissionsschutzgesetzes v. 16.5.1989: nach ihm soll im Fall einer Sachbeschädigung, die 'auch eine Beeinträchtigung der Natur oder der Landschaft dar(stellt)', im Hinblick auf die Naturalrestitution § 257 Abs. 2 BGB mit der Maßgabe anzuwenden sein, 'daß Aufwendungen für die Wiederherstellung des vorigen Zustandes nicht bereits dann unverhältnismäßig sind, wenn sie den Wert der Sache erheblich übersteigen' (Fn. 145). Siehe dazu auch D. MEDICUS, Umweltschutz als Aufgabe des Zivilrechts - aus zivilrechtlicher Sicht, in: Umweltschutz und Privatrecht, 5. Trierer Kolloquium zum Umwelt- und Technikrecht vom 24. bis 26. September 1989, S. 18 -19.

zulässigen Grenze der Beeinträchtigung. Diese Grenze glaubt die herrschende Lehre allein aufgrund einer Abwägung der im Einzelfall gegenüberstehenden ökonomischen Interessen des Störers und des Eigentümers bestimmen zu dürfen².

Zur Einführung werde ich nun aber zunächst das privatrechtliche Eigentum als solches beschreiben und mich dabei auf die Darstellung der historischen Entwicklung konzentrieren. Im Mittelpunkt der Ausführungen wird dabei vor allem der Zusammenhang zwischen dem Eigentumsrecht und seinem Schutzanspruch stehen³.

2. STELLUNGNAHME DES GESETZGEBERS ZUM VERHÄLTNIS ZWISCHEN EIGENTUMSRECHT UND EIGENTUMSSCHUTZANSPRUCH IM JAPANISCHEN ZG

Im japanischen Zivilgesetz (ZG) gibt es keine Vorschriften über den sogenannten Eigentumsschutzanspruch. Was ist der Grund? Der japanische Gesetzgeber vertritt die Auffassung, daß von einem subjektiven Recht nicht nur beim Eigentum, sondern auch bei anderen Rechten gesprochen werden kann. Wollte man für alle diese Rechte eigenständige Schutzansprüche vorsehen, würde dies zu einer erheblichen Erschwernis des Rechtsverkehrs führen⁴. Die Frage ist, wie diese Auffassung des Gesetzgebers zu interpretieren ist. Nach herrschender Ansicht gibt es keine sachlichen Gründe, die gegen eine Anerkennung des Eigentumsschutzanspruches durch den Gesetzgeber sprechen, vielmehr verstehe sich dieser Anspruch von selber⁵. Das erscheint mir aber doch ein wenig zu kritiklos und naiv zu sein.

Nun wird zwar auch der Gesetzgeber den Eigentumsschutzanspruch ursprünglich nicht völlig geleugnet haben, aber gesetzlich festgelegt hat er ihn nicht, da die Konsequenzen einer solchen Festlegung ihm "zu lästig" erschienen. Das allerdings ist mir unverständlich, aus welchem Grund sollte eine gesetzliche Verankerung des Eigentumsschutzes dem Gesetzgeber lästig sein?

Entgegen dem optimistischen Standpunkt der in Japan vorherrschenden Ansicht, die einen Eigentumsschutzanspruch auch ohne gesetzliche Grundlage annimmt, hat sich mir doch gezeigt, wie wichtig es ist, sich an das Vorbild des deutschen BGB zu erinnern. Nach § 903 BGB kann "der Eigentümer einer Sache... andere von jeder Einwirkung

2 Vgl. S. HARASHIMA, Wandlungen in der Auffassung vom subjektiven Recht in Japan, in: Grundprobleme des Privatrechts, Japanische Veröffentlichungen in deutscher Sprache, 1985, S. 23 ff. bes. S. 27-29.

3 Dieses Thema habe ich schon in Japan erörtert, vgl. Y. KAWASUMI, KINDAI TEKI SHOYŪ KEN NO KIHON TEKI SEIKAKU TO BUKKEN TEKI SEIKYŪ KEN TO NO KANKEI (Das Wesen des modernen Eigentums und sein Verhältnis zum dinglichen Anspruch), Teil 1, Kyūdai-Hōgaku (Kyushu University Law Review) Nr. 50, 1985, S. 61 ff., und Teil 2, Nr. 51, 1986, S. 27 ff.

4 Vgl. HŌTEN CHŌSA KAI MINPŌ GIJI SOKKIROKU (Protokolle der Kommission zur Kodifikation eines Japanischen Bürgerlichen Gesetzbuchs), 1894, in: Nippon Kindai Rippō Shiryō Sōsho (1) (Die Reihe der modernen japanischen Gesetzesmaterialien, Bd. 1), 1983, S. 744.

5 Vgl. nur etwa S. YOSHIMI, BUKKEN TEKI SEIKYŪ KEN (Dingliche Ansprüche), in: Chūshaku Minpō (6) (Kommentar des Bürgerlichen Rechts, Bd. 6), 1967, S. 29.

ausschließen". Daneben stehen noch die Ansprüche aus den §§ 985, 1004 BGB⁶. Man kann mit Recht sagen, daß das deutsche BGB sogar einen doppelten Mechanismus für den Eigentumsschutz bereithält.

Die Frage stellt sich mithin, warum der japanische Gesetzgeber gerade in diesem wichtigen Punkt den Vorgaben des deutschen BGB nicht folgen wollte, obwohl er dieses als Vorbild im Rahmen seiner nationalen Politik doch so sehr verehrte⁷.

Meines Erachtens handelt es sich bei dem "Lästigkeits"-Argument des japanischen Gesetzgebers um eine Ausrede. Zum Verständnis erscheint es mir unerlässlich zu begreifen, daß der historische Gesetzgeber in Japan das Eigentumsrecht eigentlich nicht als "Recht" betrachtet hat, sondern in ihm vorranglich einen Gegenstand sah, der rechtspolitisch eingeschränkt werden sollte. Um diese Überlegung zu verdeutlichen, möchte ich im folgenden etwas genauer auf die geschichtliche Entwicklung der Eigentumslehre im japanischen Zivilgesetz eingehen.

3. GESTALTUNG UND ENTWICKLUNG DER LEHRE VOM EIGENTUMSRECHT IN JAPAN

In Art. 206 des im Jahr 1896 verabschiedeten ZG heißt es:

"Der Eigentümer ist berechtigt, in den durch Gesetz oder Verordnung gezogenen Grenzen die Sache nach Belieben zu gebrauchen, zu nutzen und über sie zu verfügen".

Auf den ersten Blick erscheint Art. 206 ZG mit dem sogenannten modernen Privateigentumsbegriff übereinzustimmen. Blickt man nur auf die äußere Form der Vorschrift, liegt die Annahme eines modernen Charakters des Art. 206 ZG nahe. Richtet man den Blick aber sorgfältig auf den Norminhalt, erkennt man den spezifisch japanischen Charakter des privatrechtlichen Eigentumsbegriffs in dieser Vorschrift.

6 Hier geht es besonders darum, ob die §§ 985 und 1004 BGB wesentlich durch ihre Eigenschaft als "Eigentumsverwirklichungsansprüche" charakterisiert sind, welche die Grundnorm von § 903 BGB ergänzend realisieren, oder ob sie nur "rein schuldrechtliche Ansprüche" sein sollen. Vgl. etwa E. PICKER, *Der negatorische Beseitigungsanspruch*, 1972, S. 55-56, Fn. 9, und S. 757 ff. PICKER kritisiert, die h.M. verwische "den systematischen Zusammenhang wieder dadurch, daß sie den dinglichen Anspruch weitgehend mit dem schuldrechtlichen gleichsetzt" (Fn. 9). In diesem Zusammenhang ist an die folgende fundamentale These PICKERS zu erinnern: "Der Störer ist ... nicht zu einer Leistung aus seinem Vermögen, zu der Wiedergutmachung eines Nachteils des Verletzten verpflichtet. Inhalt seiner Verpflichtung ist allein die Korrektur des eigenen Rechtskreises. Das Ziel des negatorischen Anspruchs ist nicht eine Zuwendung, die eine neue Güterverteilung bewirkt... Mehr zu erbringen wird von dem begrenzten Zweck des § 1004 nicht verlangt, weil er allein die Wiederherstellung der rechtlichen Integrität des geschützten Guts verfolgt" (S. 157). Gegen die Anwendbarkeit des § 251 Abs. 2 auf den § 1004 s. PICKER *Negatorische Haftung und Geldabfindung* (N. 1), S. 625 ff. und S. 629 ff. Der Lehre Pickers klar folgend K.-H. GURSKY in Staudinger, 12. Aufl. 1989, § 1004, Rdn. 108.

7 Zum deutschen Einfluß auf das geltende japanische Zivilgesetz s. zunächst J.MURAKAMI, *Einführung in die Grundlagen des japanischen Rechts*, 1974, S. 49-50.

Es ist wichtig zu sehen, daß schon während der Beratungen zum Zivilgesetz ein potentiell bürokratisch, polizeistaatlich und darüber hinaus sogar vom Tenno beschränkbarer Eigentumsbegriff in Art. 206 ZG Eingang gefunden hat.

In den Beratungen der Kommission zum ZG vom 8. Juni 1894 wurde ein recht heftiger Streit über die Bedeutung der Worte "in den durch Gesetz oder Verordnung gezogenen Grenzen" geführt. Die Frage war, warum der japanische Gesetzgeber das Eigentum nicht nur "durch Gesetz" wie in § 903 BGB eingrenzen lassen wollte, sondern darüber hinaus auch eine Einschränkung "durch Verordnung" für zulässig erachten wollte.

Der die Formulierung vorschlagende KENJIRÔ UME hatte sich dazu wie folgt erklärt: Zwar lasse sich grundsätzlich eine Beschränkung des Eigentums durch Gesetze realisieren, aber in bestimmten Situationen könne das Eigentum beispielsweise auch durch Polizeiverordnungen beschränkt werden. Für diesen Fall ergebe sich aber dann ein schwieriges Problem, wenn das Eigentum laut Gesetz ausschließlich durch andere verfassungsmäßige Gesetze eingeschränkt werden könne⁸.

Einige Mitglieder der Gesetzgebungskommission widersprachen dieser Erklärung ausdrücklich. Nach ihrer Meinung sollte das privatrechtliche Eigentum nicht einfach durch einen schlichten Befehl eines Verwaltungsbeamten eingeschränkt werden können, vielmehr sei das Prinzip des Rechtsstaates absolut aufrechtzuerhalten⁹. Im übrigen brauchte nach Auffassung dieser Kommissionsvertreter das Eigentumsrecht eigentlich nicht erst durch Gesetz oder Verordnung ins Leben gerufen zu werden¹⁰. Es bestand innerhalb der Kommission ein Streit zwischen einem extremen Gesetzespositivismus auf der einen und der Naturrechtslehre auf der anderen Seite.

Die Diskussion über diese Fragen war sehr hitzig geworden. Die Diskussion wurde dann aber durch folgende Äußerung des Kommissionsmitgliedes YATSUKA HOZUMI beendet und das Schicksal des Inhaltes des Eigentumsbegriffes im ZG entschieden: Das Eigentum sei entsprechend dem Entwurf durch Verordnung einschränkbar. Denn in der (damaligen) Verfassung werde das verwaltungsrechtliche Beamtenystem als Ausfluß der kaiserlichen Souveränität legitimiert und die Verwaltungsgewalt entsprechend ausschließlich durch kaiserlichen Befehl verliehen. Also müsse zum Beispiel ein Polizeiinspektor oder Innenminister dem kaiserlichen Befehl folgend eine Eigentumsbeschränkung vollziehen können¹¹.

8 Vgl. HÔTEN CHÔSA KAI MINPÔ GIJI SOKKIROKU (N. 4), S. 734.

9 Vgl. a.a.O. (N. 4). S. 744-745 (Äußerungen der Mitglieder Mitsuyoshi Ozaki und Shirô Isobe).

10 Vgl. a.a.O. (N. 4). S. 745 (Äußerung von Shirô Isobe).

11 Vgl. a.a.O. (N. 4). S. 749. Dazu auch den interessanten Hinweis Murakamis: "... erst seit der Teilnahme des Hozumi Yatsuka, der sich in Deutschland mit staatsrechtlichen Untersuchungen befaßt hatte, tritt die politische Bedeutung der (Kodifikations-) Auseinandersetzung eindeutig hervor. Nach seiner Rückkehr nach Japan 1889, also kurz vor der Verkündung der Meiji-Verfassung, versuchte Hozumi Yatsuka mit der Idee des Ahnenkultes das spezifisch-japanische Staatswesen theoretisch zu begründen... In seinem 1891 veröffent-

Im Ergebnis wurde damit dem Entwurf zugestimmt. Man kann sagen, daß eine in diesem Punkt gemeinsame Front der ansonsten recht unterschiedlich argumentierenden Kommissionsmitglieder Ume und Hozumi einen großen Sieg davongetragen hat. Das scheint insofern recht eigenartig, als der aufklärerische und liberal geprägte Naturrechtswissenschaftler Ume im Kampf um den grundlegenden Charakter des ZG (der sog. Kodifikationsstreit¹²) eigentlich gegen das Kommissionsmitglied Hozumi als einem Systemverteidiger angetreten war. Ich glaube, die Begebenheit zeigt deutlich, wie wichtig dem damaligen kaiserlichen Staat das Verständnis des privatrechtlichen Eigentums in Japan war.

Ferner wird deutlich, daß in Japan weder das Prinzip des Rechtsstaates noch der moderne privatrechtliche Eigentumsbegriff Wurzeln geschlagen hat. In dieser Tatsache läßt sich wohl auch eine der Ursachen für das System der sogenannten "nationalen Mobilmachung" seit 1938 sehen, das dann später ein rechtlicher Ausdruck des grausamen Faschismus in Japan sein sollte.

In diesem Zusammenhang erscheint es mir sehr lehrreich und interessant, daß in Deutschland das Eigentum als das typische subjektive Recht seit dem römischen und dem modernen Naturrecht eine mehr oder weniger ungebrochene Tradition aufweisen konnte, die durch die Pandektistik (THIBAUT, SAVIGNY, PUCHTA u.a.¹³) dann noch verfeinert worden ist. Dadurch hat das Eigentum in § 903 BGB starke Wurzeln geschlagen¹⁴. Erstmals seit dem Inkrafttreten des BGB im Jahr 1900 hat dann der Nationalsozialismus den Kampf gegen das Eigentumsrecht als eine individualistische und liberale Institution aufgenommen¹⁵. Anders ausgedrückt: In Japan hat der von

lichten Aufsatz 'Ein staatliches Zivilrecht' behauptete Hozumi Yatsuka, daß ein Zivilgesetzbuch in der Zukunft einen sozialen Charakter haben sollte', a.a.O. (N. 7), S. 47.

- 12 Vgl. zum "Kodifikationsstreit" in Japan Murakami. a.a.O. (N. 7), S. 43 ff.
- 13 Vgl. A.F.J. THIBAUT, System des Pandektenrechts, 8. Aufl., Bd. 2, 1834, S. 225; F.C. v. SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1840, S. 367; G.F. PUCHTA, Pandekten, 1845, S. 204. Zur herrschenden Tendenz über die Lehre vom subjektiven Recht, d.i. "die rechtliche Garantie der Willensmacht des Individuums als Willenssubjekt" im 19. Jahrhundert siehe etwa L. RAISER, Der Stand der Lehre vom subjektiven Zivilrecht, JZ 1961, S. 465. In diesem Zusammenhang ist auch der rechtsphilosophische Aspekt des privatrechtlichen Eigentums zu beachten, dazu zunächst R. DREIER, Eigentum in rechtsphilosophischer Sicht, (1987), in: ders., Recht - Staat - Vernunft, Studien zur Rechtstheorie 2, 1991, S. 168-198; und ganz einfach M. WOLF, Sachenrecht, 10. Aufl. 1991, S. 14.
- 14 Hier möchte ich auf eine genaue Darstellung der Entstehungsgeschichte des § 903 BGB verzichten. Vgl. zu dem berühmten Streit zwischen R. v. JHERING und B. WINSCHIED über das Wesen des modernen privatrechtlichen Eigentums und auch zu Einwänden A. MENGERS gegen den Eigentumsgedanken des BGB H. HATTENHAUER, Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts, 1982, S. 125-129.
- 15 Dazu U. SIELING-WENDELING, Die Entwicklung des Eigentumsbegriffes vom Inkrafttreten des bürgerlichen Gesetzbuches bis zum Ende des Nationalsozialismus. in: W. DÄUBLER / U. SIELING-WENDELING / H. WELKOBORSKY, Eigentum und Recht, Die Entwicklung des Eigentumsbegriffes im Kapitalismus, 1976, S. 116; HATTENHAUER, a.a.O. (N. 74), S. 133-135. Von den "eigentums- und wirtschaftspolitischen Zielsetzungen der NSDAP" läßt sich viel-

vornherein abgeschwächte Eigentumsbegriff in einer gewissen Weise auf den späteren Faschismus vorbereitet und diesen gefördert, während der stärker ausgeprägte Eigentumsbegriff in Deutschland konsequenterweise ein Stein des Anstoßes für den Faschismus sein mußte. Bemerkenswert ist, daß seit dieser Zeit in Japan das Schlagwort des Wandels vom "individualistischen zum gesellschaftlichen Eigentum"¹⁶ kursiert, obwohl doch tatsächlich dem "individualistischen Eigentum" von Anfang an die lebendige Kraft genommen worden war¹⁷.

In dieser Situation hatte der leider jüngst verstorbene TAKEYOSHI KAWASHIMA, einer der führenden Privatrechtswissenschaftler in Japan, nach dem Zweiten Weltkrieg im Jahr 1949 zum erstenmal eine typisch individualistische Eigentumslehre, seine "Theorie des Eigentumsrechts", in die Diskussion eingeführt¹⁸. Seine Theorie über das Eigentum stellt einen wichtigen Meilenstein in der japanischen Privatrechtswissen-

leicht hervorheben, daß "die Existenz von Privateigentum an Produktionsmitteln von der nationalsozialistischen Partei niemals angegriffen wurde... Von Systemveränderungen i.S. eines Abbaus des Privateigentums auch nur in Teilbereichen ist nicht mehr die Rede. Dem entspricht, daß Hitler am 23.3.1933 in seiner ersten Reichstagsrede sagte: "Grundsätzlich wird die Regierung die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen des Deutschen Volkes nicht über den Umweg einer staatlich zu organisierenden Wirtschaftsbürokratie betreiben, sondern durch stärkste Förderung der privaten Initiative und unter Anerkennung des Privateigentums". (Sieling-Wendeling, a.a.O., S. 112). In diesem Zusammenhang scheint es mir wichtig zu sein, daß man den faschistischen Gedanken der NSDAP als einen entarteten Ausdruck der kapitalistischen Herrschaftsidee mindestens theoretisch nicht mit dem wissenschaftlich-sozialistischen Gedanken identifiziert. Jedenfalls ist es noch heute sehr interessant für mich, wie und unter welchen sozialen Bedingungen die kapitalistische und liberale bürgerliche Gesellschaft, in der der Bürger als ein selbständiger Eigentümer sein Leben gestaltet, sich durch dessen freie Entscheidung wenn nicht zu dem "real existierenden" Sozialismus, so doch zu einer anderen "höhergeordneten Gemeinschaft" entwickeln könnte.

- 16 So TSUKASA OKAMURA, SHOYÛ KEN NO KISO KANNEN NI TSUKITE (Grundsätzliche Gedanken zum Eigentumsrecht), Kyôto Hôgakkai Zashi (Zeitschrift der juristischen Fakultät der Universität Kyoto), Bd. 6, Nr. 11, 1911, S. 161.
- 17 Für die nur schwache Ausprägung des Eigentums in Japan spricht überdies, daß man den Gedanken vom privatrechtlichen Eigentum kritiklos und naiv nur als ein lästiges Produkt der deutschen Begriffsjurisprudenz abtun und statt dessen "die Sozialisierung des Privateigentums" betreiben wollte; typisch dafür ist die Auffassung von IZUTARÔ SUEHIRO, der eine entsprechende Grundlage nicht nur für das bürgerliche, sondern auch für das Arbeitsrecht und die Rechtssoziologie geschaffen hatte, vgl. ders., Shoyû Ken Shisô Henkaku no Teishô (Vorschläge für die Reform der Privateigentumsidee), Hôritsu Shinbun (Japanische Juristische Zeitung), Nr. 1781 (1. Jan. 1921), S. 5-7; und dazu MURAKAMI, a.a.O. (N. 7), S. 73.
- 18 Dieses Werk KAWASHIMAS übt in Japan noch heute einen großen Einfluß nicht nur auf das Zivilrecht, sondern auch auf die Rechtssoziologie aus. Dennoch meine ich, daß es nötig ist, diese Theorie noch einmal von Grund auf kritisch zu überprüfen.

schaft dar¹⁹. Trotzdem ist seine Eigentumstheorie meines Erachtens keineswegs unproblematisch.

Einerseits hatte Kawashima das Eigentum als ein Verhältnis von Person zu Person verstanden²⁰, andererseits hat er es als "ideales" Eigentum der "Gewere" (Besitz) als Ausdruck der tatsächlichen und direkten Sachherrschaft gegenübergestellt²¹. Dies zeigt deutlich, daß für Kawashima das "ideale" Eigentum sozusagen die Gesamtheit der latenten dinglichen Ansprüche war und entsprechend auch ein nur gesetzliches Dasein führte²². Damit wurde das Eigentum von Kawashima ausschließlich negativ erfaßt. Als notwendige Folge hat Kawashima auch seine negatorische Beseitigungslehre nur "negativ" konstruiert; es gab keine positive und selbständige Beseitigungslehre in seiner Eigentumstheorie.

Dies bedeutet praktisch: Im Falle einer Eigentumsverletzung erkennt Kawashima einen unbedingten negatorischen Beseitigungsanspruch an, eine Pflicht zur Übernahme der mit der Durchsetzung des Beseitigungsanspruches verbundenen Kosten durch den Rechtsverletzer soll nach Kawashima aber erst dann anerkannt werden, wenn dieser für die Beeinträchtigung deliktisch verantwortlich ist²³. Auf diese Weise hat Kawashima die zwar äußerst verfehlte, aber noch heute herrschende Theorie in Japan weitergeführt, nach der man grundsätzlich nur eine Kompensation in Geld als Schadensersatz verlangen kann, auch wenn die rechtswidrige Beeinträchtigung des Eigentums tatsächlich fort dauert.

4. VERGLEICH MIT DER LEHRE WINDSCHEIDS IN DEUTSCHLAND

In diesem Zusammenhang erscheint es mir interessant, daß sowohl hinsichtlich ihrer Eigentumslehre als auch hinsichtlich ihrer negatorischen Beseitigungslehre in der Theorie eine Gemeinsamkeit zwischen KAWASHIMA in Japan und WINDSCHEID in Deutschland besteht. Nach der Wertung von E. PICKER, der in der Lehre vom negatorischen Beseitigungsanspruch vor etwa zwanzig Jahren eine eindrucksvolle Wende eingeleitet hat, war Windscheid der Pionier für die herrschende Lehre von der Handlungshaftung in Deutschland, und zwar gerade wegen seiner Einführung des Kausalprinzips in die

19 Vgl. etwa HIROSHI MIZUMOTO, TOCHI SHOYÛ KEN NO KISEI (Die Kontrolle über das Grundstückseigentum), in *Jurisuto*, Sondernummer, MINPÔ NO SÔTEN (Streitpunkte aus dem japanischen bürgerlichen Recht), 1978, S. 120.

20 Vgl. KAWASHIMA, *Shoyû Ken Hô no Riron* (Theorie des Eigentumsrechts), 1949, S. 2; ders., *Hôritsu no Busshinsei* (Fetischismus des Rechts). 1947, in: I. FUJITA/I. EMORI BUNKEN KENKYÛ, *NIHON NO HÔSHAKAIGAKU* (Materialien zur Rechtssoziologie in Japan), 1969, S. 183 und S. 185.

21 KAWASHIMA, *Theorie des Eigentumsrechts*. S. 94 ff.

22 Vgl. KAWASHIMA, a.a.O., S. 109.

23 So KAWASHIMA, a.a.O., S. 117.

Lehre von der actio negatoria und wegen seiner Auffassung vom Wesen und von den Voraussetzungen der Folgenbeseitigung²⁴.

Windscheid hatte gestützt auf die imperative Theorie von Thon²⁵ seine Eigentumslehre wie folgt begründet: "Recht ist eine von der Rechtsordnung geschätzte Willensmacht oder Willensherrschaft²⁶. In diesem Punkt hatte schon Hattenhauer mehr "Staatsgesinnung" bei Windscheid ausgemacht als bei den Frühliberalen²⁷. Unter dem Einfluß von Thon beschrieb Windscheid das "dingliche" Recht, das sogenannte "subjektive absolute Recht", dessen typisches Dasein das Eigentumsrecht ist, wie folgt: "Der Inhalt der das dingliche Recht ausmachenden Willensmacht - ist ein negativer"²⁸. "Das dingliche ... (Recht) enthält nur Verbote"²⁹. Damit hatte Windscheid das Eigentum sozusagen als eine bloße "Summe von Nichteinmischungsgeboten (Einmischungsverboten)" charakterisiert³⁰.

Tatsächlich hat Windscheid seine Eigentumslehre seit der fünften Auflage im Jahr 1882 sogar noch verändert und sich von einem Verständnis des Eigentums als "Einheitswesen" zu einer Interpretation des Eigentums als der "Fülle des Rechts an der Sache" bewegt³¹. Eine weitere Gemeinsamkeit zwischen Windscheid und Kawashima kann man in Windscheids Auffassung erkennen, daß "das dingliche Recht durch eine unbegrenzte Vielheit von Ansprüchen gebildet wird"³², und deshalb "alle Rechte ... zwischen Person und Person, nicht zwischen Person und Sache"³³ beständen. Diese Gemeinsamkeit zeigte sich dann auch bei der negatorischen Beseitigungslehre. Nach Windscheid ist der negatorische Beseitigungsanspruch "gegen dritte Besitzer auf Gestattung der Beseitigung durch den Eigentümer; ferner auf Ersatz des dem Eigentümer durch die Schuld des Urhebers des Eingriffs erwachsenen Schadens"³⁴ zu richten. Der erste Satzteil bezeichnet den sogenannten Duldungsanspruch und der zweite den sogenannten Folgenbeseitigungsanspruch. Kurz gesagt, Windscheid hat den dinglichen negatorischen Anspruch in einen persönlichen deliktischen Anspruch ohne Verschulden verwandelt³⁵.

24 PICKER, a.a.O. (N. 6), S. 78: "Windscheid, der, wie dargelegt, die Beseitigungspflicht des Beklagten von seiner Urheberschaft abhängig machte, hatte das Kausalprinzip in der Lehre von der actio negatoria gleichsam populär gemacht".

25 A. THON, Rechtsnorm und subjektives Recht, Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre, 1878, dazu etwa RAISER, a.a.O. (N. 13), S. 165.

26 Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. bearb. v. Kipp, 1906, S. 156.

27 Vgl. HATTENHAUER, a.a.O. (N. 4), S. 126.

28 WINDSCHEID, a.a.O. (N. 26), S. 167.

29 WINDSCHEID, a.a.O., S. 167, Fn. 3.

30 So W. FIKENTSCHER, Methoden des Rechts, Bd. 3, 1976, S. 643

31 WINDSCHEID, a.a.O., S. 857, mit Fn. 2.

32 WINDSCHEID, a.a.O., S. 184.

33 WINDSCHEID, a.a.O., S. 167.

34 WINDSCHEID, a.a.O., S. 1010.

35 Gerade diesen Weg Windscheids haben auch A. v. TUHR und R. SCHMIDT eingeschlagen, vgl. TUHR, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd 1, 1910,

In dieser Frage ist Kawashima in Japan den Weg, der durch Windscheid gebahnt worden ist, direkt und kritiklos bis zum Ende gegangen. Ich möchte an dieser Stelle nicht ins Detail gehen. Es erscheint mir ausreichend, auf die Tatsache hinzuweisen, daß Kawashima schon in seinem Beitrag zum dinglichen Anspruch aus dem Jahr 1937 die Konzeption der Windscheidschen Lehre schlicht übernommen hat³⁶.

5. DER EINFLUSS DER EIGENTUMSLEHRE AUF DIE LEHRE VON DER RECHTSWIDRIGKEIT IN JAPAN

Wie man schon ahnt, hat diese Auffassung Kawashimas die angesprochene "Verzerrung" der Lehre von der Rechtswidrigkeit in Japan nochmals verstärkt. Ursprünglich war die Lehre von der Rechtswidrigkeit nur im Deliktsrecht behandelt worden. Seither ist das Schlagwort "Rechtswidrigkeit statt Rechtsverletzung" mit Nachdruck verfochten worden, obwohl man den Begriff "Recht" in der Rechtsverletzung selbst nicht wirklich als subjektives Recht erfaßt hat. Und auch der Tatbestand der Rechtswidrigkeit wird in Japan nicht abstrakt, sondern durch eine "relative Interessenabwägung" definiert, indem man das "Verhaften des Verletzers und die Arten der verletzten Rechtsgüter" zueinander ins Verhältnis setzt und abwägt³⁷. Das heißt: Die Lehre von der sogenannten "nackten" Interessenabwägung ist in Japan herrschende Lehre! In Wahrheit wird man diese "Lehre" jedoch nur als eine Kasuistik ohne rechtliche Wertmaßstäbe bezeichnen können, die in keinem Zusammenhang z.B. zur Interessenjurisprudenz in Deutschland steht³⁸. Wie schon erwähnt, hat Kawashima unter Rückgriff auf diese herrschende Meinung behauptet, daß den Störer keine Kostentragungspflicht treffe, wenn sich keine deliktischen Zurechnungsgründe finden ließen, und deshalb der betroffene Eigentümer seinen negatorischen Beseitigungsanspruch nur

S. 250-251; SCHMIDT, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1924, S. 11 ff. Dazu i. e. PICKER, a.a.O. (N. 6), S. 27.

36 Vgl. KAWASHIMA, BUKKEN TEKI SEIKYŪ KEN NI OKERU 'SHIHAI KEN' TO 'SEKININ' NO BUNKA (Differenzierung des 'absoluten Rechts' von der 'Haftung' bei den dinglichen Ansprüchen), Hōgaku Kyōkai Zasshi (Zeitschrift der Vereinigung für Rechtswissenschaft an der Universität Tokyo), 1937, Bd. 55, Nr. 11, S. 85.

37 Die Lehre von der sogenannten "nackten" Interessenabwägung innerhalb der Rechtswidrigkeiten ist in Japan geschichtlich sehr tief verwurzelt; dazu HARASHIMA, a.a.O. (N. 2), S. 45 ff., bes. S. 57-62.

38 Zur Interessenjurisprudenz in Deutschland siehe etwa F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2. Aufl., 1967, S. 574 ff. In diesem Zusammenhang geht es darum, den Unterschied zwischen "Interessenjurisprudenz" und "Freirechtsschule" herauszuschälen. Jedenfalls hatte, wie von Wieacker bereits gezeigt, die Freirechtsschule im Unterschied zur Interessenjurisprudenz eine Bindung des Richters ans Gesetz abgelehnt, dazu WIEACKER, a.a.O., S. 579. Nur in diesem Punkt besteht eine Gemeinsamkeit zwischen der Freirechtsschule in Deutschland und der herrschenden Lehre von der sogenannten "nackten" Interessenabwägung in Japan. Dennoch ist es bemerkenswert, daß innerhalb der herrschenden Lehre in Japan eine feste methodisch-rechtstheoretische Grundlage beinahe vollständig fehlt.

auf eigene Kosten ausüben könne. Das entspricht genau der kausalen Lehre von Windscheid.

Ferner soll nach Kawashima aufgrund einer relativen Abwägung des Verhaltens des Verletzers entschieden werden, ob der Verletzer oder der Betroffene die Beseitigungskosten zu tragen hat. Kawashima hat also die herrschende Lehre von der "nackten" Interessenabwägung in die Lehre vom negatorischen Beseitigungsanspruch hineingetragen.³⁹

6. RESÜMEE

Bis heute fehlt es in Japan an einer erwähnenswerten grundsätzlich gefaßten Lehre über die Rechtswidrigkeit, insbesondere hinsichtlich der Umweltverschmutzungen und -schädigungen durch die Industrie. Als einen Grund dafür habe ich die Problematik der Eigentumslehre in Japan aufgegriffen und zeigen wollen, daß es zumindest solange keine schlüssige Lehre von der Rechtswidrigkeit geben kann, wie es keine ordentliche privatrechtliche Eigentumslehre gibt. Zwar kann man die Behauptung aufstellen, daß Kawashimas Lehre vom Eigentumsrecht ein Monumentalwerk der japanischen bürgerlichen Rechtswissenschaft ist, aber sollte man nur aus diesem Grunde auch die negativen Seiten seiner Lehre kritiklos übernehmen? Heute muß es darum gehen, Kawashimas Lehre vom Eigentum und Eigentumsschutz in wichtigen Punkten entschlossen zu überwinden. Dies ist die Aufgabe der japanischen Zivilrechtswissenschaft in der Gegenwart.

Anmerkung der Redaktion: der Beitrag wurde erstmals in Heft Nr. 10/1993 der MITTEILUNGEN veröffentlicht.

39 Unter dem Einfluß dieser Theorie Kawashimas ist jetzt in Japan sogar eine noch extremere Auffassung entstanden, derzufolge man, wenn die Umweltverschmutzungen durch die Industrie verursacht wurden, nunmehr einen (verschuldensunabhängigen) Schadensersatz zubilligt, aber keinen Beseitigungs- oder Vorbeugungsanspruch bejaht. Gerade dieser "Theorie" geht es um eine völlige Demontage der Lehre vom negatorischen Beseitigungsanspruch, so bes. klar J. FUNAHASHI, IWAYURU BUKKENTEKI SEIKYŪ KEN NI TSUITE (Zum sogenannten dinglichen Anspruch), *Shihō* (Zeitschrift der Japanischen Gesellschaft für Zivilrecht), Nr. 29, 1967, S. 378-381.