ABHANDLUNGEN

Die Bedeutung des Begriffes *jôri* für die japanische Rechtsquellenlehre

Thoralf Bölicke

EINLEITUNG*

Im Jahre 1981 stellte der Oberste Gerichtshof Japans (nachfolgend abgekürzt: OGH) aus Anlaß der Entscheidung in dem sogenannten Malaysia-Airlines-Fall (*mareesha kûkô jiken*) die Grundsätze für die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit japanischer Gerichte auf.[1]

In den Gründen dieser überaus wichtigen Grundsatzentscheidung führte der OGH aus, daß es weder eine Rechtsnorm gäbe, die die internationale gerichtliche Zuständigkeit direkt regelt, noch läge ein Vertrag oder ein allgemein anerkanntes völkerrechtliches Prinzip in bezug auf diesen Problembereich vor. Deshalb sei die Frage der internationalen Zuständigkeit — unter Befolgung von *jôri* — nach den Prinzipien der Gleichheit der Parteien, der Angemessenheit und Zügigkeit des Verfahrens zu entscheiden.[2] Der Begriff *jôri*, der hier vom OGH benutzt wird, taucht auch an anderen Stellen in der japanischen Rechtsordnung auf.[3] Was verbirgt sich hinter diesem Terminus und welche Bedeutung hat er für die japanische Rechtsquellenlehre?

DIE GESETZLICHE GRUNDLAGE

Für das Verständnis dieser Fragen ist ein Blick in einen Erlaß aus dem Jahre 1875 hilfreich. Artikel 3 des Erlasses Nr. 103 des Großkanzleramtes (*Dajôkan*) des *Meiji*-Tennô von 1875 (*Meiji* 8)[4] lautet:

> "In Zivilgerichtsverfahren ist in Ermangelung gesetzten Rechts nach der Gewohnheit, in Ermangelung von Gewohnheit durch Folgerungen aus *jôri* zu entscheiden."[5]

Dieser Vorschrift folgt der OGH faktisch in der vorstehenden Entscheidung, wenn er mangels gesetzlicher Regelung und internationalen Gewohnheitsrechts zur Bestimmung der internationalen Zuständigkeit auf Folgerungen aus *jôri* zurückgreift. Die in ihr zum Ausdruck kommende Rechtsquellenlehre scheint demnach in ihren wesentlichen Elementen auch heute noch gültig und unumstritten zu sein.

Danach bilden die Gesetze die hauptsächliche Rechtsquelle. In dem Fall, daß es keine Regelung im Gesetz gibt, tritt das Gewohnheitsrecht als ergänzende Rechtsquelle in die gesetzliche Regelungslücke. Die Bedingungen, unter denen das Gewohnheitsrecht diese ergänzende Funktion übernehmen kann, sind in Art. 2 des Rechtsanwendungsgesetzes (*Hôrei*)[6] geregelt. Gesetze und Gewohnheitsrecht sind insoweit allgemein als Rechtsquellen anerkannt und weitgehend unumstritten.[7]

Weiter soll jedoch nach dem Wortlaut des Erlasses in dem Fall, daß sich auch im Gewohnheitsrecht keine Vorschrift findet, "durch Folgerungen aus *jôri*" zu entscheiden sein. Hier eröffnet sich nun ein umstrittenes Feld von Problemen, dessen wesentliche Frage dahin geht, ob *jôri* als dritte Rechtsquelle ergänzend zu Gesetzen und Gewohnheitsrecht anzuerkennen sei.

DER WIRKUNGSBEREICH VON JÔRI: DER LÜCKENSCHLUSS IM PRIVATRECHT

Die gesamte Diskussion um die Rolle von *jôri* für das positive Recht ist auf jene Fälle beschränkt, in denen sich eine Regelungslücke im Gesetz und im Gewohnheitsrecht auftut. Praktisch bedeutsam wird diese Diskussion somit meist nur im Bereich des internationalen Rechts, das noch zahlreiche ungeregelte Bereiche aufweist. Innerstaatlich ist dagegen die "Vergesetzlichung" soweit fortgeschritten, daß Gesetzeslücken seltene Ausnahmen sind.[8]

Ferner kommt *jôri* keine Bedeutung im Strafrecht zu, denn dort gilt der Grundsatz "Keine Strafe ohne Gesetz",[9] weshalb im Falle einer Gesetzeslücke immer ein qualifiziertes Schweigen des Geset-

zes vorliegt. Ein Verhalten, das im Gesetz nicht mit Strafe bedroht ist, bleibt straffrei. Die Ausfüllung einer scheinbaren Gesetzeslücke durch den Richter ist grundsätzlich unzulässig.

Anders jedoch im Zivilprozeß. Für diesen ist in Art. 32 der japanischen Verfassung festgeschrieben, daß jeder Bürger ein Recht auf eine gerichtliche Entscheidung von Streitfragen hat. Er soll nicht auf Selbsthilfe angewiesen sein, sondern zur Entscheidung von Streitigkeiten auf die staatlichen Gerichte zurückgreifen können. D.h. auch in dem Fall, daß sich keine Regelung im Gesetz oder im Gewohnheitsrecht findet, darf der Richter die Entscheidung nicht ablehnen, er muß stets entscheiden.

In einem solchen Fall ergeben sich zwangsläufig Fragen danach, wie der Richter eine solche Lücke schließen sollte und wie diese lückenschließende Tätigkeit des Richters rechtsdogmatisch zu bewerten ist. Könnte sich doch hier für den Richter die Möglichkeit eröffnen, selbst als Gesetzgeber tätig zu werden und faktisch durch die Bildung einer Regel für die Lücke selbst Recht zu setzen. Ein solches Vorgehen würde an den Grundfesten des unabdingbaren Grundsatzes der Gewaltenteilung rütteln. Gerade deshalb ist die Frage nach der Berechtigung und dem Ausmaß der richterlichen Lückenschließung und einer damit verbundenen eventuellen Rechtsfindung durch den Richter nicht nur in Japan, sondern in der Zivilrechtswissenschaft aller westlichen Länder so sehr umstritten. Der Konflikt ist nur zu verstehen, sofern man ihn vor dem Hintergrund der grundsätzlichen Auseinandersetzung um das "Verhältnis des Richters zum Gesetze"[10] betrachtet. Die Frage der Lückenschließung ist nur eine extreme Zuspitzung dieser für die Rechtsanwendung grundlegenden Frage nach der rechtstheoretischen Bewertung richterlicher Tätigkeit.

Die Regelung des Lückenschlusses in anderen Rechtsordnungen

Es treffen hier - bei extrem verkürzter Betrachtung der Diskussion - zwei gegensätzliche Auffassungen aufeinander: einerseits der strenge Rechtspositivismus in Gestalt der Begriffsjurisprudenz, der in einer Überreaktion auf den absolutistischen Polizeistaat und dessen willkürliche Richter diese zu puren "Subsumtionsmaschinen" degradieren will, die nur noch berufen seien, Gesetze anzuwenden, ohne selbst eigentlich schöpferisch tätig zu werden. Eine Entscheidungsfindung außerhalb des Gesetzes ist für diese Auffassung undenkbar.

Dem strengen Positivismus gegenüber steht die Freirechtslehre, die nun ihrerseits als Überreaktion auf die Begriffsjurisprudenz, den Richter vollkommen von der Bindung an die Gesetze befreien will. Die Entscheidung soll nach dieser Auffassung stets unabhängig vom Gesetz nach dem Maßstab der Billigkeit des konkreten Ergebnisses getroffen werden. Nur wenn das Gesetz diesem Anspruch genügt, könne es Geltung beanspruchen.

Interessen- und Wertungsjurisprudenz vermitteln nun insofern zwischen den beiden Extrempositionen, als sie der Freirechtslehre zugestehen, daß jede Entscheidung sich nicht automatisch aus dem Gesetz ergibt, sondern stets nichts anderes sein kann als ein Wertungsakt des Richters. Dabei bleibt "der Erkennende [jedoch] nicht außerhalb des Erkenntnisprozesses, sondern er nimmt - mit all seinen Vorurteilen, Interessen, Ermittlungen - an diesem Prozeß teil".[11] In seiner Wertung ist der Richter aber an unabhängig von ihm bestehende, sogenannte "äußere Rechtsquellen" (Gesetze u.a.) gebunden. Diese Beschränkung verhindert richterliche Willkür, sorgt für die notwendige Vorhersehbarkeit der Entscheidung und dient damit der Rechtssicherheit.

Die Freirechtslehre hat in der Praxis weitgehend Ablehnung erfahren. Die Bindung des Richters an die Gesetze ist heute weltweit anerkannt und in den Rechtsordnungen aller entwickelten Länder verwirklicht. Der Streit zwischen den aufgezeigten Auffassungen wird daher nur in den Fällen praktisch, in denen keine gesetzliche Vorschrift vorhanden ist, die den Richter binden könnte.

Die strengen Positivisten kommen hier konsequenterweise dazu, daß es Lücken im Gesetzessystem schlechthin nicht gäbe. Ansprüche und Pflichten, zu denen sich keine gesetzliche Regelung findet, beständen nicht.[12] Dieser "allgemeine negative Satz", der Zivilrecht und Strafrecht in seiner strengen Gesetzlichkeit gleichbehandelt, wird heute in Wissenschaft und Praxis nicht mehr vertreten. Lückenfreie Kodifizierungen sind nicht denkbar.

In Deutschland folgte man bei der Erarbeitung des Bürgerlichen Gesetzbuches zwar nicht der extremen Auffassung, die Lücken im Gesetz für undenkbar hält, jedoch entschied man sich, Regelungen über deren Schluß, wie sie etwa noch in dem Entwurf 1. Lesung in § 1 enthalten waren, in der endgültigen Fassung zu streichen.[13] Unter den Redaktoren des BGB setzte sich die Auffassung

durch, daß die Methodik der Gesetzesanwendung und des Lückenschlusses Sache der Wissenschaft sei und dieser zur Ausformung überlassen bleiben solle. Auf eine ausdrückliche Regelung wurde verzichtet. Jedoch folgt die Praxis weitgehend der Methodik, wie sie der 1. Entwurf vorsah. Auch in Deutschland wird "ergänzende Rechtsfindung, insbesondere durch Analogie, allenthalben geübt und rechtens anerkannt."[14] In den meisten anderen Ländern wurde jedoch die Möglichkeit des Bestehens von Gesetzeslücken ausdrücklich im Gesetz vorgesehen und der Gesetzgeber regelte damit verbunden auch das Vorgehen in einem solchen Fall.

So verweist Art. 12 des italienischen *Codice civile* für den Fall einer solchen Lücke auf Gesetzes- und Rechtsanalogie. Das österreichische ABGB sieht für den Fall einer solchen Lücke in § 7 ebenfalls Gesetzes- und Rechtsanalogie vor und greift, wenn auch diese nicht weiterhelfen, auf die "natürlichen Rechtsgrundsätze" zurück.[15] Der französische *code civil* bekennt sich ebenfalls in Art. 4 zu der Möglichkeit von Lücken. Im französischen Recht soll in einem solchen Fall zunächst der präsumtive Wille des Gesetzgebers herangezogen werden; fehlen Anhaltspunkte im positiven Recht, kommt die *naturalis ratio* (natürliche Vernunft) zum Zuge.[16] In der Schweiz bestimmt Art. 1 Abs. 2 ZGB: "Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde."

Vergleichend bleibt festzuhalten, daß Gesetzesanalogie (Einzelanalogie) und Rechtsanalogie (Gesamtanalogie) in allen Rechtsordnungen als Mittel für den Lückenschluß anerkannt sind. Unterschiedlich wird die Frage bewertet, ob man außer diesem Mittel noch weiterer bedürfe. Das BGB und der *Codice civile* sehen zumindest keine weiteren Mittel außerhalb der staatlichen Rechtsordnung vor, während die österreichische Rechtsordnung auf die "natürlichen Rechtsgrundsätze" verweist und das ZGB gar den Richter im Zweifelsfall nach dem "Willen des hypothetischen Gesetzgebers" entscheiden läßt.

Die unterschiedliche Weite der Befugnisse, die man dem Richter in der Frage des Lückenschlusses zugesteht, läßt sich aus der unterschiedlichen Zielsetzung der Kodifikationen erklären. Es stehen sich hier zwei Extreme gegenüber: das BGB wurde auf dem Boden des Pandektismus, der Begriffsjurisprudenz, als ein wissenschaftliches, geschlossenes begriffliches System angelegt. Lücken waren zwar vorgesehen, sollten jedoch aus der Rechtsordnung selbst geschlossen werden. Die Bestimmung der dabei zu befolgenden Methodik sollte der Rechtswissenschaft überlassen bleiben. Vorschriften über den Lückenschluß durch den Richter wurden nicht in das Gesetzbuch aufgenommen.

In der Schweiz dagegen war es das Streben des Gesetzgebers, eine volkstümliche Kodifikation zu schaffen. Ein Ziel, das man durch weitgehende Konkretheit kombiniert mit einer Beschränkung auf das Nötigste erreichen wollte, denn Kürze und Verständlichkeit galten als die Postulate der Volkstümlichkeit. Daraus ergibt sich zwangsläufig eine Lückenhaftigkeit des Gesetzbuches, ja "das schweizerische ZGB will lückenhaft sein."[17] Eine solche Konzeption muß natürlicherweise auch Vorkehrungen für den Schluß der in Kauf genommenen Lücken treffen, derart, daß sie dem Richter weitgehende Befugnisse zum Lückenschluß zugesteht. Die Rolle der Rechtswissenschaft wurde dabei nicht so hoch bewertet, wie in dem von der Begriffsjurisprudenz geprägten Deutschland.

DIE REGELUNG DES LÜCKENSCHLUSSES IM JAPANISCHEN RECHT

Vor diesem rechtsvergleichenden Hintergrund bleibt nun zu untersuchen, welche Befugnisse zur subsidiären Rechtsschöpfung im Falle einer Gesetzeslücke dem Richter nach der japanischen Rechtsordnung zukommen und welche Bedeutung dabei *jôri* erlangt.

Ein Blick zurück in die Zeit vor der Rezeption des westlichen Rechts zeigt, daß damals (vor 1868) nur sehr geringe Bereiche des Zivilrechtes in Gesetzen geregelt waren. Die gesetzliche Regelung war die Ausnahme, die Anwendung von Gewohnheitsrecht die Regel.[18] Sehr häufig gab es jedoch zu einem Sachverhalt auch kein Gewohnheitsrecht.[19] Dementsprechend weit ging die Befugnis des Richters zur Entscheidung nach Billigkeitsmaßstäben. Die Billigkeit wurde damals durch *dôri* verkörpert. Dabei handelt es sich um einen ethischen Begriff chinesischen Ursprungs, der soviel wie "der vernünftige Weg", also die "der Vernunft entsprechende Ordnung der Dinge" bedeutet. Eine dieser vernünftigen Ordnung folgende Entscheidung galt als billig. In den Augen der abhängigen Staatsbeamten, die die Richter stellten,[20] wurde die vernünftige Ordnung der Dinge

(*dôri*) durch die damals herrschenden konfuzianistischen Prinzipien verkörpert.[21] Nach diesen Grundsätzen wurde somit in den meisten Fällen Recht gesprochen. Aber auch in den Fällen des Vorhandenseins von gesetztem Recht war es allgemein anerkannt, der Billigkeit des konkreten Ergebnisses Vorrang vor dem Gesetz und vor der Gewohnheit einzuräumen,[22] wenn deren Anwendung unangemessene Ergebnisse zeitigte.

Die Reformer der *Meiji*-Zeit, die sich nun aus pragmatischen Erwägungen entschlossen, moderne westliche Rechtssysteme zu rezipieren, übernahmen mit diesen auch den bereits damals allgemein anerkannten Grundsatz des Vorranges des Gesetzes. Gleichzeitig jedoch war trotz aller Eile abzusehen, daß eine Kodifizierung der wichtigsten Gesetze noch einige Jahre erfordern würde.[23] Zwar unternahm man die Regelung wichtiger Bereiche mittels kaiserlicher Erlässe - Gesetzeslücken waren aber bis zum Abschluß der Kodifizierungen weiterhin die Regel. Vor diesem Hintergrund mußten die Richtlinien für die im ganzen Land (beginnend 1872 in Tokyo) gerade neu aufgebauten Zivilgerichte erlassen werden.

Der 1875 verkündete "Erlaß über die Gerichtsgeschäfte"[24] trug der aufgezeigten Situation dadurch Rechnung, daß er als Maßstäbe, die der Richter seiner Entscheidung zugrunde legen sollte, in abgestufter Rangfolge Gesetz, Gewohnheitsrecht und *jôri* bestimmte. Damit wurde der Vorbehalt des Gesetzes kodifiziert und gleichzeitig eine Bestimmung für den Lückenschluß durch den Richter vorgesehen.[25] Diese Regelung rückte Japan an die Seite der Länder, die Gesetzeslücken gesetzlich anerkannten und das Vorgehen bei deren Ausfüllung gesetzlich regelten.

Nach dem Inkrafttreten des japanischen ZG (*Minpô*) im Jahre 1899 könnte sich diese Situation jedoch geändert haben, denn darin ist keine Bestimmung über das Schließen von Gesetzeslücken durch den Richter enthalten.

Allerdings ist vor dem Hintergrund, daß alle wichtigen Privatrechtskodifikationen der damaligen Zeit Lücken anerkannten, kaum davon auszugehen, daß der japanische Gesetzgeber Gesetzeslücken nicht in Betracht gezogen hat. Er wird vielmehr, dem Vorbild des 2. Entwurfes des BGB von 1895 folgend, methodische Fragen der Rechtsanwendung und des Lückenschlusses nicht als gesetzlich regelungsbedürftig angesehen haben. Damit wäre möglicherweise auch die mit dem Erlaß getroffene gesetzliche Regelung hinfällig. Der "Erlaß über die Gerichtsgeschäfte" hätte dann seine Geltung verloren.[26] Genauso vertretbar erscheint jedoch die Auffassung, daß mangels einer anderen Regelung im *Minpô* der Erlaß von 1875 weiter in Kraft geblieben ist.[27] Die Frage nach der heutigen Geltung des in Frage stehenden Erlasses konnte im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht geklärt werden und kann hier auch unbeantwortet bleiben, da in der japanischen Literatur und Rechtsprechung die in dem Erlaß niedergelegte Methodik zur Entscheidung eines Rechtsfalles heute weitgehend anerkannt ist.[28]

Seine Regelung bildet auch die Grundlage für die Diskussion um *jôri* und dessen Rolle beim Lückenschluß durch den Richter.

DER BEGRIFF JÔRI

In früheren japanischen Gesetzgebungen wurde *dôri*[29] als ergänzende Rechtsquelle angeführt.[30] Zuweilen begegnet man in den juristischen Überlieferungen der vormodernen Zeit auch einem Synonym zu *dôri*, dem Begriff *jôri*, der zwar lautgleich mit dem hier zu untersuchenden *jôri* ist, sich aber in der Schreibweise von dem heute verwendeten Begriff unterscheidet.[31]

In dem Erlaß wird nun als dritter Entscheidungsmaßstab das neu geschaffene *jôri* und nicht *dôri* oder das diesem entsprechende *jôri* in der alten Schreibweise verwendet. Zwar ist der Grund für die Änderung des Schriftzeichens nicht bekannt,[32] im japanischen Schrifttum wird jedoch allgemein dafürgehalten, daß die geänderte Schreibweise nichts an der Bedeutung des Begriffes geändert habe[33] und deshalb werden der Begriff *dôri*[34] oder die ihm entsprechenden Wörter *sujimichi*[35] oder *sujiai*[36] häufig als Synonyme für den heute verwendeten Begriff *jôri* angeführt. Alle diese Begriffe werden in englischen und deutschen Publikationen und Wörterbüchern mit *reason, common reason, natural reason, naturalis ratio* oder *natürliche Vernunft* übersetzt.[37]

Bei einer solchen Übertragung des Begriffes *jôri* würde Art. 3 des "Erlasses über die Gerichtsgeschäfte" bestimmen, daß das Recht aus der *Vernunft* abzuleiten ist. Diese Formulierung könnte Parallelen zum europäischen Naturrechtsdenken nahelegen. Japanische Wissenschaftler bestehen jedoch auf der Eigenständigkeit des Begriffes und berufen sich dabei häufig auf die Geschichte des

Begriffes *dôri*, der bereits aus dem chinesischen Recht stammt und häufig in der mittelalterlichen Rechtspflege nachgewiesen werden kann.[38] In diesen Quellen hat der Begriff *dôri* nichts gemein mit dem Verständnis eines ewigen Naturrechts. *Dôri* als Allgemeines, aus dem man das Besondere ableiten kann, soll keine ewig vorgegebene Wertordnung sein, sondern sich aus den tatsächlichen Lebenssachverhalten, dem Leben der einfachen Leute und ihren Anschauungen ergeben. Unter Berücksichtigung dieses historischen Gebrauchs führt die Übersetzung von *jôri* als *Vernunft* in die Irre.

Mehr über die Bedeutung des auf *dôri* zurückgehenden Begriffes *jôri* ergibt sich denn auch aus den von manchen japanischen Rechtswissenschaftlern als Synonyme genannten Begriffen *mono no dôri*[39] und *jibutsu no honsei*,[40] die man als *Wesen der Dinge* oder *Natur der Sache* übersetzen kann.[41] Tatsächlich findet man auch direkte Übersetzungen des Begriffes *mono no dôri* als *recta ratio* oder auch *Natur der Sache*.[42] Entspricht *jôri* tatsächlich inhaltlich dem Terminus *Natur der Sache*?

Der Begriff der *Natur der Sache* beginnt seinen Weg bereits im alten Griechenland, behauptet sich im antiken Rom als *rerum natura* und wird im Mittelalter wieder aufgegriffen und eng mit dem christlichen Naturrecht verbunden. Das Vernunftrecht der Aufklärung benutzt ihn ebenso wie die historische Schule *Savignys*, die ihn allerdings wieder scharf vom Naturrecht trennt. Die strengen Positivisten verdammen die *Natur der Sache* als nutzlos. Erst nach dem Zweiten Weltkrieg erfährt sie zusammen mit dem Naturrecht eine famose Wiedergeburt in Deutschland und behält bis auf den heutigen Tag ihre Rolle als Zentralbegriff der Rechtsphilosophie. In der Praxis dagegen ist ihre Bedeutung heute eher gering. Im Verlauf der Entwicklung hat der Begriff der *Natur der Sache* in den einzelnen Epochen einen Sinnwandel erfahren, der hier nicht nachgezeichnet werden kann.[43] Man findet heute die folgenden Definitionen der *Natur der Sache*:

Nach *Dernburg* tragen "Die Lebensverhältnisse ..., wenn auch mehr oder weniger entwickelt, ihr Maß und ihre Ordnung in sich. Diese den Dingen innewohnende Ordnung nennt man die *Natur der Sache*."[44] *Natur der Sache* ist nach *Radbruch* der "Sinn des Lebensverhältnisses", eine Verknüpfung von Seinsfeststellung und Wertbeurteilung, nach *Stratenwerth* handelt es sich bei der *Natur der Sache* um "ontische Gegebenheiten, die sich unter einem bestimmten Gesichtspunkt als wesentlich herausheben". Der "sinnhafte Gehalt der Sache" ist es nach *Fechner*, und *Kaufmann* sieht darin den methodischen Ort der Verbindung von Wirklichkeit und Wert.[45] Nach *Schambeck* schließlich weist die *Natur der Sache* gleichzeitig auf ein vorhandenes Sein und auf den in diesem angelegten sinnhaften Gehalt hin.[46] Es ist offensichtlich: Die *Natur der Sache* ist ein so umfassender abstrakter Begriff, daß eine Definition, die alle Erscheinungsformen der *Natur der Sache* mit ihrem kleinsten gemeinsamen Vielfachen erfassen will, ebenso weit und abstrakt bis zur Inhaltslosigkeit bleiben muß.

Die japanischen Begriffsbestimmungen von *jôri* lauten wie folgt: Nach *Wagatsuma* ist *jôri* der "vernünftige Weg der Dinge", der auf der Grundlage unserer Rationalität gedacht wird.[47] *Endô* versteht darunter die Prinzipien, die für gewöhnlich von allen Mitgliedern der Gesellschaft zu befolgen sind.[48] *Kawashima* sieht *jôri* als das auf der Rationalität beruhende "vernünftige Verhältnis" (*sujiai*), den *vernünftigen Weg* (*sujimichi*),[49] als das "grundlegende Wertesystem".[50] Er meint, daß *jôri* durch die geistige Tätigkeit des Richters als Entscheidungsnorm gefunden werde.[51] Es wird auch von der Rechtsarbeitsgemeinschaft der Universität Tokyo (*Tôdairoku Hôkai*) vertreten, daß unter *jôri* der in den Sachen vorgezeichnete "vernünftige Weg" zu verstehen sei und dieser in den Grundstrukturen jeder geschichtlichen Gesellschaft angelegt sei und durch das richterliche Ermessen aus den gesellschaftlichen Beziehungen abgeleitet und erkannt werden müsse. Rechtssoziologisch sei *jôri* das Recht in seiner unmittelbar existenten und nicht vom Sein zu trennenden Form.[52]

Auch diese Definitionen sind so abstrakt, daß sie — statt den Begriff einzugrenzen — nur Aussagen über Faktoren treffen, die den Inhalt von *jôri* bestimmen. Hier zeigen sich weitgehende Gemeinsamkeiten der Begriffe *jôri* und *Natur der Sache*. Beide sind zunächst, will man sie allgemein bestimmen, einer Definition kaum zugänglich. Eine inhaltliche Konkretisierung ist nur möglich, indem man die Begriffe auf einen bestimmten Gegenstand bezieht. Die Bezüge, die für eine solche Konkretisierung in Frage kommen, lassen sich aus den obigen abstrakten Definitionen entnehmen.

Wenn *jôri* die "vernünftige Ordnung der Dinge" ist, dann ergibt sich daraus, daß der konkrete Inhalt von *jôri* einmal von den Dingen abhängt, die zu ordnen sind, denn unterschiedliche Dinge verlangen nach unterschiedlichen Ordnungskriterien. Zum anderen ergibt sich der konkrete Inhalt daraus, welche Ordnung man für vernünftig hält. Die Bestimmung des Vernunftbegriffes wiederum ist abhängig von demjenigen, der diese Bestimmung trifft und von dem hinter ihm stehenden gesellschaftlichen Wertesystem. Gleiches gilt für die *Natur der Sache*. Ihr konkreter Inhalt wird geprägt durch die Eigenart der betrachteten *Sache* einerseits und durch den Betrachter andererseits, der aufgrund der ihm eingeprägten Wertesysteme entscheidet, welche der Eigenschaften, die die Sache aufweist, das Wesen oder die Natur dieser Sache ausmachen. Für beide Begriffe gilt demnach die Gemeinsamkeit, daß sie beide in ihrer konkreten Ausgestaltung von subjektiven Einflüssen (Wertung des Anwenders) und objektiven Faktoren (realer Sachverhalt) abhängig sind. Daraus ergibt sich eine weitere Gemeinsamkeit: Die Veränderlichkeit.

Sowohl *jôri* als auch die *Natur der Sache* haben ihren Inhalt mit der gesellschaftlichen Entwicklung einerseits und der Änderung der zugrundeliegenden Lebenssachverhalte andererseits gewandelt. *Jôri* hat bereits in der geschichtlich kurzen Zeitspanne seit dem Beginn der *Meiji*-Zeit bis heute im Zuge der gesellschaftlichen Veränderungen seinen Inhalt grundlegend geändert. Die Gerichte waren um 1875 noch zum Großteil mit den Richtern der Tokugawa-Zeit besetzt. Diese verstanden unter *jôri* nichts anderes als *dôri*,[53] so daß sie *jôri* inhaltlich mit den konfuzianistischen Prinzipien der Tokugawa-Zeit füllten. Heute dagegen wird derselbe Begriff ganz anders verstanden. *Jôri* ist nach einem großen japanischen Zivilrechtskommentar aus der gesamten japanischen Rechtsordnung sowie den Rechtsordnungen aller zivilisierten Länder zu bestimmen.[54] Konfuzianistische Prinzipien sind durch die großen Veränderungen des gesamten Wertesystems der japanischen Gesellschaft heute bei der inhaltlichen Konkretisierung des Begriffes *jôri* vordergründig kaum spürbar. Der Begriff *jôri* hat seinen konkreten Inhalt demnach, der Entwicklung des gesellschaftlichen Wertesystems folgend, grundlegend geändert. Ganz ähnliches gilt über die Jahrtausende hinweg auch für die *Natur der Sache*, für die diese Wandlung im Rahmen dieser Arbeit jedoch nicht nachgezeichnet werden kann.

Es bleibt also zunächst festzuhalten: Es bestehen, wenn man die Begriffe *jôri* und *Natur der Sache* abstrakt betrachtet, weitgehende Gemeinsamkeiten. Da jedoch die Konkretisierung dieser beiden überaus abstrakten Begriffe nur in jedem Einzelfall erfolgt, muß man unter den konkreten Umständen stets sorgfältig abwägen, ob eine Übersetzung von *jôri* mit *Natur der Sache* sachgerecht ist. In der vorliegenden Arbeit soll deshalb, sowie aufgrund der Unterschiede in der geschichtlichen Entwicklung der beiden Begriffe auf eine generelle Übersetzung von *jôri* verzichtet werden.

Eine Entsprechung zu *jôri* könnte neben der *Natur der Sache* auch in den *natürlichen Rechtsgrundsätzen* zu finden sein, deren Anwendung das österreichische ABGB im Fall einer Gesetzeslücke vorsieht. Darunter versteht man das "zu einer bestimmten Zeit herrschende, von den logischen Denkgesetzen getragene Rechtsbewußtsein des Volkes".[55] Ein weiterer Begriff, der eine gewisse Nähe zu *jôri* aufweist, findet sich auch in der vom BGH verwendeten Formel der "allgemeingültigen Sittengesetze der christlich-abendländischen Kultur"[56] oder der "Überzeugung aller billig und gerecht Denkenden". Auch diese Begriffe verbindet mit *jôri* die gleiche Charakteristik: Es sind inhaltslose Leerformeln, solange sie nicht auf einen konkreten Sachverhalt bezogen werden. In ihrer inhaltlichen Konkretisierung sind sie von dem betrachteten Sachverhalt und der Wertung des Anwenders abhängig. Allen vorgenannten Begriffen gemeinsam ist schließlich derselbe grundlegende Streit: Sei es die *Natur der Sache*, seien es die *natürlichen Rechtsgrundsätze*, die *allgemeinen Sittengesetze* oder eben *jôri*, stets ist ihre Bedeutung für die Rechtsfindung durch den Richter umstritten. Welche Bedeutung wird *jôri* in der japanischen Rechtswissenschaft für die richterliche Rechtsanwendung zugemessen?

DIE ROLLE VON JÔRI IM RICHTERLICHEN ENTSCHEIDUNGSPROZESS

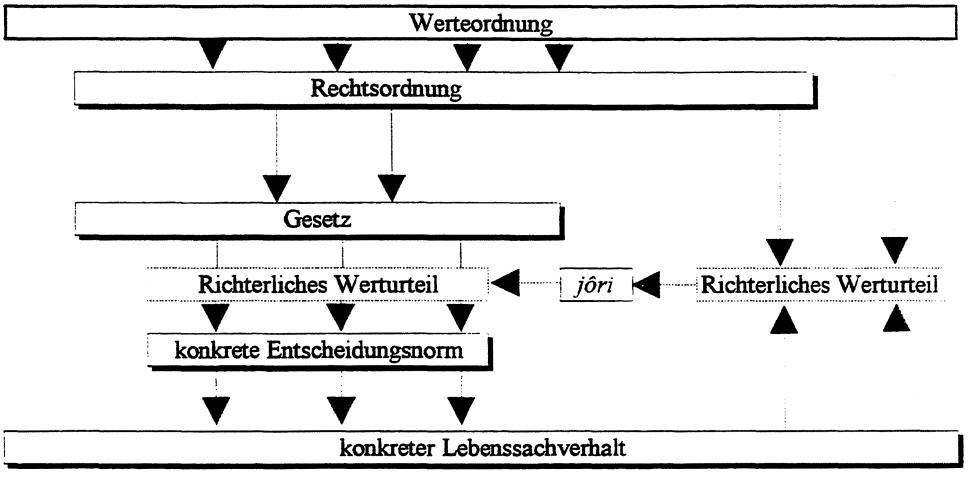
Im Normalfall des richterlichen Entscheidungsprozesses entscheidet der Richter unter Zugrundelegung einer Norm des gesetzten Rechtes. Diese Norm ist von ihm an den konkreten Lebenssachverhalt anzupassen, was durch Auslegung geschieht. Diese Auslegung ist ein richterlicher Wertungsakt. Der Richter entscheidet, ob eine gesetzliche Norm einschlägig ist oder nicht. Er ist in dieser Wertung nicht gänzlich frei. Seine Entscheidung wird vielmehr nach allgemeiner Auffassung von

jôri beeinflußt. Es sei hier daran erinnert, daß *jôri* die grundlegenden Prinzipien beinhaltet, an denen sich das gesamte gesellschaftliche Leben ausrichtet,[57] mithin hat auch der Richter bei der Rechtsanwendung *jôri* zu beachten.[58] Im Normalfall fungiert *jôri* demnach als Auslegungsmaßstab.[59]

Jôri ist die "vernünftige Ordnung der Dinge". Das ist ein abstrakter Begriff, der keine inhaltlichen Richtlinien für die Ableitung der konkreten Entscheidungsnorm enthalten kann, solange weder die Dinge, um die es geht, noch die Vernunft, nach der diese geordnet sind, näher bestimmt sind. Der konkrete Inhalt von *jôri* hängt vom konkreten Sachverhalt sowie davon ab, welche Ordnung der jeweilige Anwender für vernünftig hält. Der Richter ist bei der inhaltlichen Ausformung von *jôri* demnach an die Eigenarten des Sachverhaltes und an das Wertesystem gebunden, dessen grundlegende Wertungen in den der Rechtsordnung zugrundeliegenden allgemeinen Rechtsprinzipien verkörpert sind. Im Rahmen dieser sachlichen und wertsystematischen Bindung ist er in der Konkretisierung von *jôri* jedoch frei. Er entscheidet letztendlich mittels subjektiver Wertung, was im konkreten Fall die "vernünftige Ordnung der Dinge" ist. Noch einmal: diese Entscheidung ist nicht beliebig, sondern begrenzt durch Sachzwänge, rechtliche und gesellschaftliche Zwänge. In den Grenzen dieser äußeren Bindungen ist die Bestimmung des konkreten *jôri* Sache des subjektiven Werturteils des Richters.

Abbildung 1 verdeutlicht diese Rolle von *jôri* im Entscheidungsprozeß.

Abbildung 1: Der richterliche Entscheidungsprozeß im Normalfall der Anwendung einer Norm des gesetzten Rechts unter Berücksichtigung von jôri.



Der abstrakte Begriff *jôri* wird demnach im richterlichen Entscheidungsprozeß durch folgende Faktoren konkretisiert: durch den realen Lebenssachverhalt, durch das in der Rechtsordnung verkörperte gesellschaftliche Wertesystem und durch die subjektive Wertung des Richters. Diesen Faktoren Einfluß auf die Bildung der konkreten Entscheidungsnorm einzuräumen, ist die Funktion von *jôri* im Entscheidungsprozeß. So wird gesichert, daß der Richter nicht lebensfremd und starr am Gesetzeswortlaut haftend, sondern angemessen und billig entscheidet. Daß der Richter sich im übrigen bei der Anwendung des Gesetzes stets von den Grundprinzipien der Rechtsordnung, den Eigenarten des Lebenssachverhaltes und seiner eigenen Einschätzung (samt dem dieser Einschätzung zugrundeliegenden Wertesystem) in wechselnder Gewichtung leiten läßt, ist so selbstverständlich, daß eine Berufung auf *jôri* im allgemeinen unterbleibt. *Jôri* tritt normalerweise deshalb in den Entscheidungsgründen nicht in Erscheinung. Die seltenen Fälle, in denen die Richter *jôri* in den Gründen ihres Urteils anführen, sind folglich auch durch eine Abweichung vom Normalen geprägt. Es fehlt die gesetzliche Norm, die normalerweise jede richterliche Entscheidung legitimiert - eine Gesetzeslücke liegt vor.

DIE ROLLE VON JÔRI IM FALLE DES RICHTERLICHEN LÜCKENSCHLUSSES

Daß der Richter solche Lücken auszufüllen hat und auch dazu befugt ist, ist unbestritten.[60] Man unterscheidet verschiedene Arten von Gesetzeslücken. Die Ansichten über die Rolle von *jôri* unterscheiden sich je nach der Art der Lücken.[61]

Es gibt einerseits Gesetzesstellen, die der Gesetzgeber bewußt unbestimmt gelassen hat, um dem Richter Freiraum zur flexiblen Anwendung des Gesetzes zu lassen. Das sind die Generalklauseln, wie sie sich etwa in Art. 1 *Minpô* finden: öffentliches Wohl, Treu und Glauben, Rechtsmißbrauch. Hierher gehören auch das "öffentliche Wohl und die guten Sitten" des Art. 90 *Minpô* oder etwa "die zu erwartende Sorgfalt" des Art. 400 *Minpô* . Daneben gibt es gewollte oder ungewollte Lücken, die aufgrund des Zurückbleibens des Gesetzes hinter neuen Lebensentwicklungen entstanden sind.

Was die Generalklauseln betrifft, so ist allgemein anerkannt, daß sich der Richter bei ihrer Konkretisierung auf *jôri* stützt und *jôri* insofern die gleiche Rolle zukommt, wie bei der Anwendung jeder anderen Norm des gesetzten Rechts. So heißt z.B. Auslegung nach Treu und Glauben nichts anderes, als nach den Erwartungen der Parteien im Rechtsverkehr zu fragen und diese Erwartungen rechtlich zu bewerten. Diese rechtliche Wertung ist nichts anderes als ein konkreter Ausdruck der grundlegenden Rechtsidee *jôri*.[62] Man findet sogar die Formulierung, daß die Generalklauseln "die guten Sitten" und "Treu und Glauben" eine Erscheinungsform von *jôri* seien.[63] Deshalb wäre es durchaus denkbar, die Generalklauseln des *Minpô* in Anlehnung an die im deutschen Recht übliche Wendung als "die Einfalltore für *jôri*" zu bezeichnen.[64] M.a.W. ist *jôri* der prinzipielle und letzte Maßstab für die Auslegung von Rechtsgeschäften[65] und Rechtsnormen.

Es ist unumstritten, daß die Anwendung von *jôri* in diesem Fall nicht der Ableitung von Rechtsnormen dient, sondern lediglich deren Auslegung zum Gegenstand hat. *Jôri* ist in dieser Funktion also nicht etwa Rechtsquelle, sondern lediglich Auslegungsmaßstab.[66] Umstritten ist jedoch die Rolle von *jôri*, wenn der Richter eine Lücke schließen muß, die der Gesetzgeber bewußt oder unbewußt gänzlich offengelassen hat. Er muß auch in diesem Fall eine konkrete Entscheidungsnorm bilden.

In der europäischen Rechtswissenschaft besteht Einigkeit darüber, daß die lückenschließende Tätigkeit des Richters "keine einsame Tätigkeit richterlicher Eigenwertung ist, sondern methodisch geleitetes Tun"[67] sein muß. Schon *Puchta* meinte, daß der Richter den anzuwendenden Rechtssatz aus den Prinzipien des bestehenden Rechts zu schöpfen hat. Ausgehend von der *Natur der Sache* erhält er ihn auf dem Wege der juristischen Konsequenz und der Analogie.[68] Gemeint ist nicht die technische Analogie im Sinne der Erstreckung einer bestimmten gesetzlichen Regel im Einklang mit ihrer *ratio*, aber über ihren Wortlaut hinaus, auf einen ähnlichen Fall, sondern das Vergleichen nach Ähnlichkeiten aus der Sicht des Gesetzgebers.[69] Der Lückenschluß erfolgt demnach letztlich aus der Sicht des hypothetischen Gesetzgebers.[70]

In der japanischen Rechtswissenschaft ist es unbestritten, daß der Richter, wie in Art.3 des "Erlasses über die Gerichtsgeschäfte" von 1875[71] bestimmt, mangels anderer Entscheidungsnormen auf *jôri* zurückgreifen muß.[72] Wie soll diese Ableitung der Entscheidung aus *jôri* im Falle einer Gesetzeslücke konkret vor sich gehen?

Die Anwendung von *jôri* im Falle eines Lückenschlusses wird häufig mit der Lückenschließung verglichen, wie sie in Art. 1 Abs. 2 ZGB vorgesehen ist.[73] Die Ableitung der Entscheidung aus *jôri* ist danach nichts anderes als die Bildung einer konkreten Entscheidungsnorm aus der Sicht eines hypothetischen Gesetzgebers. Der Richter soll so entscheiden, als wenn er selbst der Gesetzgeber wäre (*jibun ga rippôsha naraba*).[74]

Der Gesetzgeber wäre bei einer Regelung des Sachverhaltes gezwungen, die neue Regelung möglichst harmonisch in die gesamte japanische Rechtsordnung einzupassen und den Besonderheiten des zu regelnden Sachverhaltes Rechnung zu tragen.

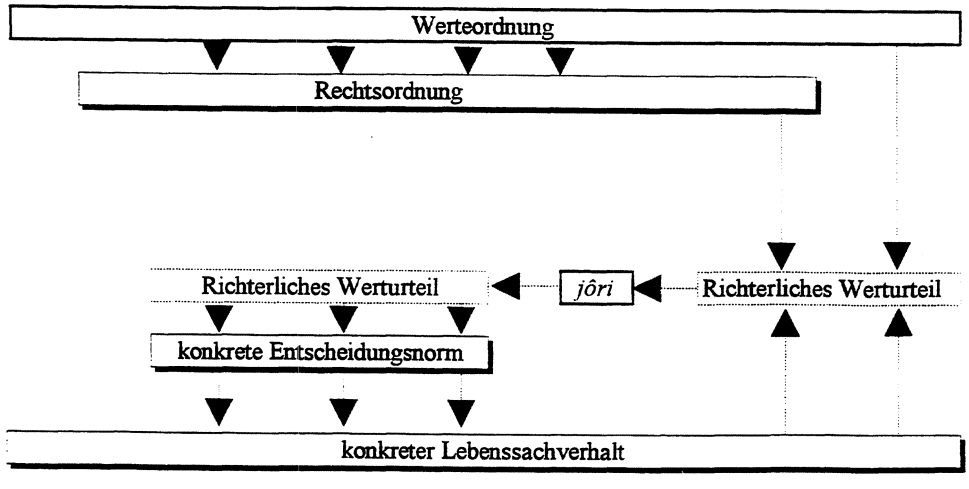
Wenn nun die Ableitung der Entscheidung aus *jôri* der Bildung einer Entscheidungsnorm aus der Sicht eines hypothetischen Gesetzgebers entspricht, so beinhaltet demnach auch die Ableitung der Entscheidung aus *jôri* die Bildung der konkreten Entscheidungsnorm unter Berücksichtigung der gesamten Rechtsordnung und der Besonderheiten des realen Lebenssachverhaltes. Was das für den Entscheidungsprozeß im Fall einer Gesetzeslücke bedeutet, zeigt Abbildung 2 auf der folgenden Seite.

Die im Normalfall maßgebende gesetzliche Norm fehlt. Es bleibt nur *jôri* als Grundlage für die Bildung einer Entscheidungsnorm. Der Richter muß somit die Entscheidungsnorm so ableiten, daß sie "der vernünftigen Ordnung der Dinge" entspricht. Das setzt, wie oben erläutert, voraus, daß konkretisiert werden muß, was im konkreten Fall der "vernünftigen Ordnung der Dinge" entspricht. Diese Konkretisierung kann durch niemand anderen als den Richter erfolgen. Sie ist ein richterlicher Wertungsakt. Bei dieser Konkretisierung ist der Richter wie bereits dargestellt an verschiedene Faktoren gebunden.

Dabei handelt es sich zunächst um die sich aus der Rechtsordnung ergebenden allgemeinen Rechtsprinzipien, die unabhängig vom Bestehen einer konkreten gesetzlichen Regelung stets Geltung haben. Der Richter ist deshalb vorrangig gehalten, mittels Gesetzes- und Rechtsanalogie eine passende Norm für die Lücke abzuleiten. Ferner wird sich in seiner Wertentscheidung auch das gesellschaftliche Wertesystem widerspiegeln, dem er sich, wie jeder von der Gesellschaft geprägte Mensch, nicht entziehen kann, das aber auch in den allgemeinen Rechtsprinzipien verkörpert ist. Schließlich wird die von ihm für den Einzelfall konkretisierte "vernünftige Ordnung der Dinge" auch wesentlich durch die Eigenart des betrachteten Sachverhalts geprägt.[75]

Im Falle einer Gesetzeslücke wird also der abstrakte Begriff *jôri* durch die sich aus der gesamten Rechtsordnung ergebenden Rechtsprinzipien, durch den konkret zu entscheidenden Sachverhalt, durch richterliche Wertung und durch das dahinterstehende gesellschaftliche Wertesystem konkretisiert und dient dann der Ableitung einer passenden Entscheidungsnorm für den zu beurteilenden Streitfall. Diesen Faktoren Einfluß auf die Bildung der konkreten Entscheidungsnorm einzuräumen, ist die Funktion von *jôri* auch im Falle einer Gesetzeslücke. Seine Funktion unterscheidet sich demnach in keiner Weise von der oben für den Normalfall richterlicher Entscheidung auf der Grundlage einer gesetzlichen Norm festgestellten Rolle. Der einzige Unterschied liegt im Fehlen der gesetzlichen Norm, deren Ergänzung im Rahmen der richterlichen Auslegung *jôri* im Normalfall dient.

Abbildung 2: Der richterliche Entscheidungsprozeß im Falle einer Gesetzeslücke.



DER STREIT UM DIE RECHTSQUELLENQUALITÄT VON JÔRI

In der japanischen Rechtsquellenlehre ist umstritten, ob *jôri* in dieser Funktion als Grundlage des richterlichen Lückenschlusses die Qualität einer Rechtsquelle zukommt. Eine Auffassung verneint die Rechtsquelleneigenschaft.[76] Die Gegenmeinung sieht *jôri* im Fall des Ausfüllens einer echten Lücke als eine Rechtsquelle an.[77] Zunächst zu den Argumenten der "negierenden" Auffassung:

Die Vertreter dieser (wohl herrschenden) Meinung argumentieren wie folgt: *Jôri* sei nur ein Maßstab, der nicht wie ein Gesetz angewendet werde, sondern dessen Anwendung zugrundeliege. Die Qualität einer Rechtsnorm komme *jôri* nicht zu.[78] Zwar gestehen sie der anderen Auffassung

zu, daß *jôri* Grundlage der Entscheidung des Richters sei. Daraus ergebe sich aber nicht die zwingende Notwendigkeit, *jôri* als Rechtsquelle zu qualifizieren.[79] Vielmehr sei die Ableitung der Entscheidung aus *jôri* grundsätzlich verschieden von der Entscheidung nach dem Gesetz. *Jôri* sei zu abstrakt, konkrete Entscheidungsnormen ließen sich daraus schwer ableiten.[80]

Tatsächlich ist der "negierenden"Auffassung zuzugeben, daß ein wesentlicher Unterschied zwischen *jôri* und den äußeren Rechtsquellen besteht. Dieser Unterschied wird auch im Wortlaut des Art. 3 des "Erlasses über die Gerichtsgeschäfte" von 1875[81] verdeutlicht, wenn es dort einerseits heißt: Entscheidung "nach der Gewohnheit" (*shûkan ni yoru*) und andererseits: Entscheidung "durch Folgerungen aus *jôri*" (*jôri wo suikô suru*). Wenn *jôri* die gleiche Qualität wie einer äußeren Rechtsquelle zukommen sollte, wäre ein solcher Unterschied in der Formulierung nicht notwendig gewesen.

Gemeinsam ist zunächst sowohl den äußeren Rechtsquellen als auch *jôri*, daß die konkrete Entscheidungsnorm direkt aus dem Gesetz oder der Gewohnheit oder aus *jôri* zu bilden ist. Unterschiedlich ist jedoch der Ursprung der äußeren Rechtsquellen einerseits und von *jôri* andererseits. Während die äußeren Rechtsquellen Gesetz und Gewohnheit unabhängig von der subjektiven Wertung des Richters - sei es durch den Willen des Gesetzgebers, sei es durch die langfristig geübte Rechtsüberzeugung der Rechtsgenossen - vorgegeben sind, ist dies bei *jôri* nicht der Fall.

Wie bereits aufgezeigt, besteht die Funktion von *jôri* darin, dem Zusammenhang der Rechtsordnung, dem konkreten Sachverhalt und der gesellschaftlichen Werteordnung bei der Entscheidung durch den Richter Rechnung zu tragen. Diese Faktoren können nur berücksichtigt werden, wenn der Richter sie in bezug auf den konkreten Fall konkretisiert. Wie vorstehend geschildert, wirkt demnach das Werturteil des Richters mit bei der Bestimmung dessen, was im konkreten Fall als *jôri*, als *vernünftige Ordnung der Dinge* anzusehen ist. Demnach ist also *jôri* in seinem konkreten Inhalt gerade nicht unabhängig von der subjektiven Wertung des Richters. Das unterscheidet *jôri* von den äußeren Rechtsquellen. Diese sind unabhängig vom Werturteil des Richters. Nur ihre Anwendung wird von ihm beeinflußt. *Jôri* dagegen wird vom Werturteil des Richters mitbestimmt.

Somit wird die Folgerung der Entscheidung aus *jôri* zweimal von dem Werturteil des Richters beeinflußt: einmal bereits bei der Vorgabe der Maßstäbe, aus denen die konkrete Norm abzuleiten ist, und ein zweites Mal bei der Bildung der konkret anzuwendenden Entscheidungsnorm, sein Werturteil nimmt demnach hier einen größeren Raum ein, als bei der Entscheidung nach dem Gesetz.[82]

Die vorstehend aufgezeigten wesentlichen Unterschiede zwischen *jôri* und den anerkannten Rechtsquellen legen es nahe, der "negierenden Auffassung" zu folgen und die "bejahende" Auffassung glattweg abzulehnen. Bei näherer Betrachtung wird jedoch deutlich, daß der gesamte Streit um die Rechtsquellenqualität von *jôri* auf einem unterschiedlichen Verständnis des Rechtsquellenbegriffes durch die Vertreter der "negierenden" und der "bejahenden"Auffassung beruht und daß eine Klarstellung dieses unterschiedlichen Verständnisses den Streit gegenstandslos werden läßt.

Der ursprüngliche Rechtsquellenbegriff ist der Begriff der rechtsdogmatischen oder auch binden-den[83] Rechtsquellen. Hier wurde die Rechtsquelle ausgehend von ihrer Funktion definiert. Als Rechtsquellen wurden deshalb alle Normen bezeichnet, die der Richter nach der Rechtsordnung befolgen muß und deren Nichtbefolgung Revisionsgrund im Sinne des Art. 394 des Zivilprozeßgesetzes (*Minji soshô-hô*)[84] ist. Rechtsquellen müssen, wenn sie dieser Funktion gerecht werden sollen, aus Gründen der Rechtssicherheit - unabhängig von der subjektiven Berufung des Richters auf diese - eindeutig bestimmbar sein. Das gilt für die *Natur der Sache* oder *jôri* oder auch das *Richterrecht* nicht im selben Maße wie für die Rechtsquellen im herkömmlichen Sinne.

Im Falle des Fehlens von Rechtsquellen im herkömmlichen Sinne, ist der Richter wie oben gezeigt, bis zu einem gewissen Grad auf sich allein gestellt und kann nicht auf herkömmliche Rechtsquellen zurückgreifen. Daß er neben der eigenen Wertung auch auf andere Maßstäbe zurückgreifen wird, die dadurch zur Grundlage seiner Rechtserkenntnis werden, wurde oben dargestellt. Rechtsquellen im herkömmlichen rechtsdogmatischen Sinne sind diese "Rechtserkenntnisquellen" nicht, da sie die den Rechtsquellen ursprünglich eigenen Funktionen nicht erfüllen. Folgerichtig wird eine Bezeichnung von *jôri* als "Rechtsquelle" von den Vertretern des rechtsdogmatischen Rechtsquellenbegriffes abgelehnt. Und doch besteht die Gegenauffassung auf dem genauen Gegenteil: *Jôri* sei im Falle des Lückenschlusses Rechtsquelle. Gestützt wird diese Auffassung im wesentlichen auf die Prämisse, daß der Begriff der "Rechtsquelle" Ausgangspunkt jeglicher Rechtsfindung

sei. Rechtsfindung ohne Rechtsquelle sei nicht möglich. Im Falle einer Gesetzeslücke, wenn also weder gesetztes Recht noch Gewohnheitsrecht als anerkannte Rechtsquellen vorliegen, müsse der Richter zur Entscheidung auch auf eine Rechtsquelle zurückgreifen. Da der Entscheidungsmaßstab in dem Fall einer solchen Lücke unumstritten *jôri* ist, könne demnach nur *jôri* in diesen Fällen "Rechtsquelle" sein.[85] Auch diese Argumentation erscheint schlüssig, kommt aber zu einem gänzlich anderen Ergebnis als die für sich genommen ebenfalls überzeugende "negierende Auffassung".

Der Dreh- und Angelpunkt dieser Auffassung liegt in ihrer Prämisse, wonach Ausgangspunkt jeder Rechtsfindung eine Rechtsquelle sei. Wie oben gezeigt gibt es aber eben Fälle der Rechtsfindung, in denen Rechtsquellen im herkömmlichen Sinne nicht zur Verfügung stehen, sondern nur die stets hinter und neben den eigentlichen Rechtsquellen stehenden Rechtserkenntnisquellen. Der Fall der Lücke kann geradezu durch das Fehlen herkömmlicher Rechtsquellen definiert werden.

Die Prämisse der bejahenden Auffassung steht dazu im offenen Widerspruch, da sie dazu zwingt, auch in den Fällen einer solchen Lücke Rechtsquellen zu bestimmen. Dieser Widerspruch besteht aber eben nur dann, wenn man der Prämisse den herkömmlichen Rechtsquellenbegriff zugrundelegt. In Wirklichkeit entspricht der in der Prämisse verwendete Begriff der Rechtsquelle aber gar nicht dem herkömmlichen Verständnis der Rechtsquelle im Sinne des rechtsdogmatischen Rechtsquellenbegriffs. Der bejahenden Auffassung liegt vielmehr eine anderer Rechtsquellenbegriff zugrunde: der soziologische Rechtsquellenbegriff. Soziologische Rechtsquellen sind solche Rechtsquellen, die vom Richter gewöhnlich bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt werden, darunter fallen alle faktischen realen Entstehungsursachen des Rechts (Gesellschaft, Religion, Moral usw.).[86] Dieser soziologische Rechtsquellenbegriff hat nur wenig mit dem herkömmlichen dogmatischen Rechtsquellenbegriff gemein, denn dem soziologischen Rechtsquellenbegriff kommt eine Funktion für die Rechtspraxis nicht mehr zu. Inhaltlich verhalten sich beide zueinander wie Teilmenge und Gesamtmenge. Der soziologische Rechtsquellenbegriff beinhaltet neben den Rechtsquellen im ursprünglichen Sinne auch die oben bezeichneten hinter und neben ihnen stehenden anderen Grundlagen der Rechtsfindung: die "Rechtserkenntnisquellen" und somit auch *jôri*. So betrachtet wird es verständlich, wenn die Vertreter dieses Rechtsquellenbegriffs sagen, daß *jôri* eine Rechtsquelle sei.

Nur ist nicht einsichtig, warum trotz der gänzlich anderen Bestimmung des Inhaltes des Begriffes "Rechtsquelle" die ursprüngliche Bezeichnung "Rechtsquelle", versehen nur mit dem Attribut soziologisch, beibehalten wurde. Eine Beibehaltung der alten Bezeichnung, bei gleichzeitiger erheblicher Erweiterung des Begriffsinhaltes und vollkommener Änderung der Funktion birgt die Gefahr von Mißverständnissen in sich. Sinnvoller wäre es, die Prämisse der bejahenden Auffassung dahingehend zu ändern, daß "Rechtserkenntnisquellen Grundlage jeder richterlichen Rechtsfindung seien." Im Ergebnis wäre dann auch *jôri* als "Rechtserkenntnisquelle" anzuerkennen. Diese begriffliche Trennung würde verdeutlichen, daß damit eben nicht eine Rechtsquelle im dogmatischen, herkömmlichen Sinne gemeint ist, sondern etwas qualitativ Verschiedenes.

Sagt man aber, *jôri* sei eine "Rechtsquelle", so schafft man das Risiko, daß man *jôri* praktisch in eine Reihe mit den herkömmlichen Rechtsquellen stellt und so über den bestehenden Unterschied hinwegtäuscht. Es besteht die Gefahr, daß dann *jôri* die gleiche Funktion wie einer Rechtsquelle im rechtsdogmatischen Sinne zugesprochen wird, mit der Folge, daß dem Richter die Möglichkeit eröffnet wird, die eigentlich hinter seiner Entscheidung stehenden subjektiven Wertungen zu verbergen, indem er sich in den Urteilsgründen lediglich auf *jôri* beruft, das als "Rechtsquelle" im herkömmlichen Sinne zur Begründung ausreichen würde. Damit wäre der Richter jeder weiteren Begründung enthoben. Der Transparenz und Rationalität der Entscheidung, wie sie in einem demokratischen Rechtsstaat allgemein angestrebt wird, liefe die so verstandene Anerkennung von *jôri* als Rechtsquelle demnach zuwider.

Noch einmal: die Vertreter der bejahenden Auffassung wollen *jôri* gar nicht in diesem rechtsdogmatischen Sinne als Rechtsquelle anerkennen. Sie bejahen nur die Tatsache, daß *jôri* der richterlichen Entscheidung zugrundeliegt und somit Grundlage jeder Rechtserkenntnis ist. Folgerungen im Sinne des rechtsdogmatischen Rechtsquellenbegriffes wie etwa die Eröffnung der Revisionsmöglichkeit bei Nichtbefolgung von *jôri* sind damit nicht verbunden und wären auch unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit unpraktikabel. Die Anerkennung von *jôri* als Rechtsquelle hat nur den Sinn, die Rolle von *jôri* als Entscheidungsgrundlage für den Richter klarzustellen, und ist insofern auch nicht zu beanstanden.

Nur sollte, um die vorstehend geschilderten Mißverständnisse und Gefahren zu vermeiden, eine klare begriffliche Trennung von "Rechtsquellen" im eigentlichen Sinne und "Rechtserkenntnisquellen" vorgenommen werden. Eine solche Begriffsklarheit hätte auch zur Folge, daß der Streit zwischen den Auffassungen gegenstandslos werden würde, denn man streitet nicht eigentlich um Inhalte, sondern nur um den verschieden verstandenen Rechtsquellenbegriff. Mit anderen Worten wäre der Antagonismus der beiden Auffassungen überwunden, sofern man die Prämisse der bejahenden Auffassung ändern würde. Die beiden Sätze: "*Jôri* ist keine Rechtsquelle" und "*Jôri* ist eine Rechtserkenntnisquelle" widersprechen sich nicht und geben im Zusammenhang exakt die eigentliche Bedeutung des Begriffes *jôri* für die japanische Rechtsquellen- und Rechtsmethodenlehre wieder, wie sie nachfolgend noch einmal kurz zusammengefaßt werden soll: *Jôri* ist keine Rechtsquelle im herkömmlichen Sinne, da erhebliche Unterschiede zu den äußeren Rechtsquellen bestehen und *jôri* deren Funktionen nicht erfüllen kann.

Dies heißt allerdings nicht, daß *jôri* keinen Anteil an der richterlichen Entscheidungsfindung hat. Durch *jôri* gewinnen die allgemeinen Rechtsprinzipien und Werte sowie die Besonderheiten des konkreten Falles Einfluß auf den Akt des richterlichen Lückenschlusses. Die Einbeziehung von *jôri* in den Entscheidungsprozeß sorgt dafür, daß der Richter eben nicht einsam, sich gleichsam zum Gesetzgeber aufschwingend, Normen für die Lücke bildet, sondern seine Entscheidungsnorm harmonisch in das Rechtssystem einpaßt und an die Besonderheiten des zu entscheidenden Streitfalles anpaßt. Insofern ist *jôri* ähnlich der *Natur der Sache* zwar keine *Rechtsquelle*, aber Lückenschließungsgrundsatz und *Rechtserkenntnisquelle*. So läßt sich über die Bedeutung des Begriffes *jôri* für die japanische Rechtsquellenlehre im Ergebnis das gleiche sagen, wie es von Gutzwiller für die *Natur der Sache* festgestellt wurde:

> "Als Rechtsquelle fehlt der *Natur der Sache* die Legitimation. Um so bessere Dienste kann sie im Gebiet der Lücken leisten, dann, wenn dem Gesetz keine Vorschriften entnommen werden können."[87]

Anmerkungen

* Siehe zur rechtsgeschichtlichen Entwicklung von *jôri* auch den Beitrag von *W. Röhl* in diesem Heft.

1 Urteil des zweiten kleinen Senats des OGH v. 16.10.1981, *Minshû* 35, 1224.

2 Die nachgeordneten Gerichte haben seitdem in anderen Verfahren auf diese Formulierung zurückgegriffen; vgl. etwa DG Tokyo v. 8.5.1987, *Hanrei Jihô* 1232, 40; DG Nagoya v. 6.2.1987, *Hanrei Taimuzu* 627, 244 ff.

3 So ist es gemäß § 1 des "Gesetzes über die Schlichtung in Zivilsachen" [*Minji chôtei hô*] (Gesetz Nr. 222/1951 i.d.F.d. Ges. Nr. 91/1991) das Ziel dieses Gesetzes, Streitfragen aufgrund von *jôri* zu lösen.

4 *Meiji hachi-nen fukoku dai-103-gô saiban jimu kokoroe* [Hinweise für Gerichtsgeschäfte]. Die Übersetzung des Begriffes *dajôkan* erfolgt nach DETTMER, in: H. HAMMITZSCH, Japan-Handbuch (Hamburg 1990) 308.

5 Japanischer Text bei N. SUGIYAMA, *Hôgen to kaishaku* [Rechtsquellen und Auslegung] (Tokyo 1957) 6; englische Übersetzung bei H. TANAKA, The Japanese Legal System (Tokyo 1976) 125; deutsche Übersetzung nach G. RAHN, Rechtsdenken und Rechtsauffassung in Japan (München 1990) 88.

6 Gesetz Nr. 10/1898 i.d.F.d. Ges. Nr. 27/1989.

7 Vgl. G. RAHN (Fn. 5) 414.

8 Vgl. Y. NODA, der keine Entscheidung finden konnte, die nur auf *jôri* gestützt war: Y. NODA, Introduction to Japanese Law (Tokyo 1976) 222; E. HOSHINO meinte noch 1971 zu Recht, man könne keine Beispiele finden, in denen *jôri* angewendet worden wäre: E. HOSHINO, *Minpô gairon* [Einführung in das Bürgerliche Recht], Bd. I: *Sôsoku* [Allgemeiner Teil] (Tokyo 1971) 37.

9 Art. 30 *Kenpô*.

10 P. TUOR, Das schweizerische ZGB (1965) 28.

11 A. KAUFMANN, Die Geschichtlichkeit des Rechts im Lichte der Hermeneutik, in: *ders.* (Hrsg.), Rechtstheorie (1971) 102.

12 KELSEN, zit. nach P. TUOR (Fn. 10) 28.

13 § 1 des Entwurfes 1. Lesung des BGB lautete: "Auf Verhältnisse, für welche das Gesetz keine Vorschrift enthält, finden die für rechtsähnliche Verhältnisse gegebenen Vorschriften entsprechende Anwendung. In Ermangelung solcher Vorschriften sind die aus dem Geiste der Rechtsordnung sich ergebenden Grundsätze massgebend.", zit. nach B. MUGDAN, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich (Neudruck der Ausgabe von 1899: 1979) LII.

14 F. BYDLINSKI, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch: 1. Bd. (1990) § 7 RN 1.

15 § 7 ABGB: "Läßt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muß auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft; so muß solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden."
16 C. CROME, Allgemeiner Theil der modernen französischen Privatrechtswissenschaft (1892) 43.
17 P. TUOR (Fn. 10) 12.
18 H. TANAKA (Fn. 5) 175.
19 Y. NODA (Fn. 8) 222.
20 D. F. HENDERSON, Conciliation and Japanese Law: Vol. I (1965) 59.
21 G. RAHN (Fn. 5) 89.
22 Vgl. die Nachweise dazu bei D. F. HENDERSON (Fn. 20) 58 f.
23 R. ISHII, *Meiji bunka-shi* [Kulturgeschichte der Meiji-Zeit], Bd. II: *Hôsei-shi* [Rechtsgeschichte] 37.
24 Siehe oben Fn. 4.
25 Insofern erscheint es nicht richtig, wenn H. TANAKA meint: "...Article 3 represented a theory of legal sources implicitly accepted during the Tokugawa period.", vgl. H. TANAKA (Fn. 5) 175.
26 So K. SHIMIYA, *Minpô sôsoku* [Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts] (Tokyo 1988) 7.
27 H. ONAKA, *Hôgaku* [Rechtswissenschaft] (Tokyo 1984) 32.
28 Vgl. aus der Literatur: S. WAGATSUMA, *Minpô kôgi* [Vorlesungen zum Bürgerlichen Recht], Bd. I: *Minpô sôsoku* [Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts] (Tokyo 1989) 22; K. SHIMIYA (Fn. 26) 7; aus der Rechtsprechung: die oben (Fn. 1 und 2) zitierten Entscheidungen.
29 Vgl. zu *dôri* oben Seite 8.
30 Vgl. H. TANAKA (Fn. 5) 175 ff; auch D. F. HENDERSON (Fn. 20) 58.
31 N. SUGIYAMA, *Hôgen to kaishaku* [Rechtsquellen und Auslegung] (Tokyo 1957) 15.
32 N. SUGIYAMA, ebda.
33 Vgl. R. ISHII (Fn. 23) 40; auch zit. bei G. RAHN (Fn. 5) 89 Fn. 27.
34 H. ONAKA (Fn. 27) 32.
35 R. ISHII (Fn. 23) 39.
36 T. TANIGUCHI, in: TANIGUCHI/ISHIDA, *Chûshaku minpô* [Kommentar zum ZGB] Bd. I: *Sôsoku* [Allgemeiner Teil] (Tokyo 1988) 5 f.; H. ENDÔ, in: ENDÔ/KAWAI/HIRONAKA u.a., *Minpô* [Bürgerliches Recht], Bd. I: *Sôsoku* [Allgemeiner Teil] (Tokyo 1987) 9.
37 Vgl. H. TANAKA (Fn. 5) 125; auch D. F. HENDERSON (Fn. 20) 210; G. RAHN (Fn. 5) 88; J. KOSHIKAWA, Equity in Japanese Law, in: RALPH A. NEWMAN, Equity in the world's legal system, 426.
38 Vgl. Darstellung bei H. TANAKA, (Fn. 5) 175 f.
39 H. TANAKA, *Jittei hôgaku nyûmon* [Einführung in die Rechtswissenschaft] (Tokyo 1974) 224 ff.; TÔDAIROKU HÔKAI (Hrsg.), *Hôritsugaku shôtaikei* [Kurze systematische Darstellung der Rechtswissenschaft], Bd. 5: *Minpô sôsoku* [Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts] 23 f.; H. ENDÔ (Fn. 36) 9; T. HIRONAKA, *Hanrei no hôgensei wo meguru rongi ni tsuite* [Zur Diskussion um die Rechtsquellenqualität des Richterrechts]: *Hanrei Jihô* 1399, 8.
40 H. ONAKA (Fn. 27) 32.
41 So übersetzen auch S. YOSHINO und P. BEUBEL, Zivilprozeßrecht, in P. EUBEL u.a., Das japanische Rechtssystem (Frankfurt/M. 1979) 160-187 (166).
42 A. TAKEUCHI u.a. (Hrsg.), *Shin hôritsugaku jiten* [Neues Wörterbuch der Rechtswissenschaft] (Tokyo 1989); TÔDAIROKU HÔKAI (Fn. 39) 24; M. ISHIBE, in: H. HAMMITZSCH, Japan-Handbuch (Hamburg 1981) 1458/59.
43 Zur historischen Entwicklung, vgl. H. SCHAMBECK, Der Begriff der "Natur der Sache" (1964) 7 ff.
44 DERNBURG, Pandekten I 87, zit. nach F. BYDLINKSKI, (Fn. 14) § 6 RN 23.
45 A. KAUFMANN, Analogie und Natur der Sache (1982) 35.
46 Nachweise bei A. KAUFMANN (Fn. 45) 45.
47 S. WAGATSUMA, *Minpô annai* [Einführung in das bürgerliche Recht] (Tokyo 1956) 173.
48 H. ENDÔ (Fn. 36) 9.
49 T. KAWASHIMA, *Minpô* [Bürgerliches Recht], Bd. 1 (Tokyo 1948) 9.
50 Nachweis bei G. RAHN (Fn. 5) 414.
51 T. KAWASHIMA (Fn. 49) 25; genauso K. SHIMIYA (Fn. 26) 9.
52 TÔDAIROKU HÔKAI (Fn. 39) 23 f.
53 Vgl. oben Seite 8.
54 T. TANIGUCHI (Fn. 36) 6.
55 EHRENZWEIG, zit. nach F. BYDLINSKI (Fn. 14) § 7 RN 9.
56 BGHZ 5, 76 ff. (97): man ersetze "abendländisch-christlich" durch "japanisch".
57 Vgl. die oben angeführten Definitionen in der japanischen Literatur auf Seite 11 f.
58 S. WAGATSUMA (Fn. 47) 172 f.; *ders.*, (Fn. 28) 21.
59 H. ENDÔ (Fn. 36) 9.
60 K. SHIMIYA (Fn. 26) 7 ff.

61 Vgl. K. SHIMIYA ebda.
62 T. IKUSHIRO, *Gendai hôritsugaku zenshû* [Gesammelte Abhandlungen zur Rechtswissenschaft der Gegenwart], Bd. 5: *Minpô sôsoku* [Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts] 233 ff.
63 H. ONAKA (Fn. 27) 32.
64 In Deutschland wird gemeinhin das Wertesystem des Grundgesetzes als präpositiver Maßstab betrachtet, der bei der Auslegung insbesondere der Generalklauseln stets zu beachten ist.
65 T. IKUSHIRO (Fn. 62) 233 ff; vgl. auch S. WAGATSUMA (Fn. 47) 173.
66 H. ENDÔ (Fn. 36) 9.
67 E. ZELLER, Auslegung von Gesetz und Vertrag (1989) § 23 RN 16.
68 PUCHTA, Pandekten (1883) 22, zit. nach J. ESSER, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts (1990) 102.
69 E. ZELLER (Fn. 67) § 23 RN 12.
70 Diese Terminologie ist allerdings umstritten.
71 Siehe oben Fn. 4.
72 S. WAGATSUMA, (Fn. 47) 173; *ders.* (Fn. 28) 21/22; Auch Y. NODA (Fn. 8) 224.
73 H. ONAKA (Fn. 27) 32/33; H. TANAKA (Fn. 39) 224; S. WAGATSUMA (Fn. 47) 174.
74 S. WAGATSUMA ebda.; H. ENDÔ (Fn. 36) 10.
75 Vgl. oben Seite 8.
76 S. WAGATSUMA (Fn. 47) 175; E. HOSHINO (Fn. 8) 37; weitere Nachweise bei: T. TANIGUCHI (Fn. 36) 6.
77 K. SHIMIYA (Fn. 26) 8; TODAIROKU HOKAI (Fn. 39) 24; J. KOSHIKAWA (Fn. 37) 426; weitere Nachweise bei: T. TANIGUCHI (Fn. 36) 6; nach G. RAHN (Fn. 5) 149 sah auch H. HATOYAMA *jôri* als Rechtsquelle.
78 H. ENDÔ (Fn. 36) 10; auch vertreten von K. KAWANA nach G. RAHN (Fn. 5) 119.
79 H. ONAKA (Fn. 27) 33.
80 H. TANAKA (Fn. 39) 224.
81 Vgl. Seite 8.
82 R. ISHII (Fn. 23) 41; Vgl. auch Abbildung 2 auf Seite 15.
83 Der Begriff der bindenden Rechtsquelle geht auf KATO zurück, Nachweis bei G. RAHN (Fn. 5) 415.
84 Gesetz Nr. 29/1890, i.d.F.d. Ges. Nr. 30/1992.
85 Zu den Argumenten der Befürworter der Rechtsquellenqualität: vgl. H. TANAKA (Fn. 39) 224; so vertreten insbesondere auch von TÔDAIROKU HÔKAI (Fn. 39) 24.
86 M. ISHIBE (Fn. 42) 1458/59.
87 GUTZWILLER, zitiert nach J. ESSER (Fn. 68) 103; in diesem Sinne auch DERNBURG, der in der *Natur der Sache* eine Entscheidungsgrundlage sieht, wenn die positive Norm unvollständig, unklar oder überhaupt nicht vorhanden ist. (*ders.*, Pandekten I (1896) 370 ff, 388). Auch G. RADBRUCH sah die *Natur der Sache* als *ultima ratio* der Auslegung und Vervollständigung des Gesetzes (*ders.*, Die Natur der Sache als juristische Denkform, in: Festschrift für Laun (1948) 162 f.).