

**Die Janusköpfigkeit des OGH als
Revisions- und Verfassungsgericht**
Gegenwartsprobleme und Zukunftsperspektiven

*Tomoaki Kurishima**

- I. Einleitung
- II. Geschichte
 - 1. Historischer Vorgänger: Der Große Kassationshof
 - 2. Die Entstehung des OGH und der US-amerikanische Einfluss
 - 3. Exkurs: Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit
- III. Organisation des OGH
 - 1. Oberstes Gericht und zugleich eine Justizverwaltungsbehörde
 - 2. Der Präsident des OGH und das Richtergremium
 - 3. Der Große Senat und die Kleinen Senate
 - 4. Richter
 - 5. Ernennungspraxis
 - 6. Volksprüfung der OGH-Richter
 - 7. Wissenschaftliche Mitarbeiter
- IV. Das Sondervotum
 - 1. Große Anzahl von veröffentlichten Sondervoten
 - 2. Drei Arten von Sondervoten
 - 3. Hohe Akzeptanz in der Praxis und Wissenschaft
- V. Verfahrensstatistik
 - 1. Ein Prozent – Hohe Hürde der Annahme durch den OGH
 - 2. Niedrige Erfolgsquote
 - 3. Geringe Anzahl verfassungsrechtlicher Entscheidungen
- VI. Einzelne Probleme des Gerichtsverfahrens
 - 1. Die mündliche Verhandlung als bloße Zeremonie?
 - 2. Vorlage beim Großen Senat als Herausforderung
 - 3. (Un-)Möglichkeit des japanischen Certiorari-Systems
- VII. Reformversuch in den 1950er Jahren
 - 1. Empfehlungen der JVRAK und die Gegenreaktion des OGH
 - 2. Reformvorschlag des Justizministeriums
 - 3. Gesetzesentwurf von 1957 und sein Misserfolg
 - 4. Würdigung
- VIII. Fazit und Ausblick

* Der Verfasser ist z. Z. Doktorand an der Keiō-Universität (Tōkyō).
Für sprachliche Korrekturen möchte ich *Katharina Doll* und *Fiona Späker* herzlich danken. Alle Internetquellen sind am 29. Mai 2017 auf ihre Zugänglichkeit überprüft worden.

I. EINLEITUNG

Die stetige Einbindung von Elementen eines fremden Rechtssystems in das eigene ist charakteristisch für die Entwicklung des japanischen Rechts.¹ Die Institution des Obersten Gerichtshofs (OGH; *saikō saiban-sho*, 最高裁判所) stellt ein gutes Beispiel hierzu dar. Dieses Gericht ist wie die japanische Verfassung unter starkem Einfluss der Besatzungsmacht entstanden. Anders als das deutsche Bundesverfassungsgericht (im Folgenden BVerfG) behandelt der OGH nicht nur verfassungsrechtliche Streitigkeiten, sondern auch Revisionsklagen aus allen möglichen Rechtsgebieten. Er ist – wie der U.S. Supreme Court – ermächtigt, Gesetze und Verwaltungsmaßnahmen im Rahmen eines ordentlichen Gerichtsverfahrens inzident auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu überprüfen. Im OGH sitzen außerdem nicht nur Berufsrichter, sondern auch ehemalige Rechts- sowie Staatsanwälte, Ministerialbeamten und auch ein Universitätsprofessor. Diese vielfältige Besetzung ist ein besonderes Charakteristikum des OGH, denn anders als in England oder in den USA, wo in der Regel nur Rechtsanwälte mit langjähriger Berufspraxis als Richter eingestellt werden können, ist es bei anderen Gerichten in Japan nicht üblich, dass ein Rechtsanwalt, Universitätsprofessor oder gar ein Ministerialbeamter Richter wird.² Die allermeisten Richter in Japan arbeiten, wie in allen Bundesländern in Deutschland, gleich nach dem Abschluss des Referendariats als Berufsrichter.³ Auch das Gerichtsverfahren ist, insbesondere im zivil- und verwaltungsrechtlichen Bereich, nach deutschem Vorbild ausgestaltet. Das japanische Justizwesen, dessen „Körper“ überwiegend deutsch (bzw. kontinentaleuropäisch) geprägt ist, bekam also nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges einen neuen, amerikanischen

-
- 1 H. BAUM, *Recht in Japan – ein einführender Überblick*, in: Kaspar/Schön (Hrsg.), *Einführung in das japanische Recht* (Baden-Baden 2017) § 1 Rn. 1 ff. („das moderne japanische Recht als Mischrechtsordnung“); H. NISHIHARA, *Die Renaissance des deutschen rechtswissenschaftlichen Denkens im japanischen Verfassungsrecht*, in: Kischel (Hrsg.), *Der Einfluss des deutschen Verfassungsrechtsdenkens in der Welt* (Tübingen 2014) 1 (9) („amerikanischer Baum auf deutscher Wurzel“).
 - 2 Ein Berufswechsel vom Rechtsanwalt zum Richter (*bengo-shi ninkan*, 弁護士任官) ist zwar unter bestimmten Voraussetzungen möglich, aber von dieser Möglichkeit wird in der Praxis nur sehr selten Gebrauch gemacht. Zur Diskussion der Vereinheitlichung der Juristenberufe (*hōsō ichigen*, 法曹一元) siehe D. H. FOOTE, *The Trials and Tribulations of Japan’s Legal Education Reforms*, in: *Hastings International & Comparative Law Review* 36 (2013) 369 (416 f.).
 - 3 In Japan gibt es allerdings keinen „Richter auf Probe“. Die ersten zehn Jahre verbringen die japanischen Richter zwar als *assistant judge* (*hanji-ho*, 判事補), aber sie werden in der Regel nach Ablauf der ersten 10-Jahres-Frist automatisch zum ordentlichen Richter.

„Kopf“.⁴ Diese Inkonsequenz im Justizwesen kann als Anlass für die immer wieder auftauchende Reformdiskussion des OGH angesehen werden.⁵

Wenn man die Gerichtspraxis genau betrachtet, kommt man schnell zu dem Ergebnis, dass der japanische OGH eine kaum mit dem U.S. Supreme Court vergleichbare Institution geworden ist.⁶ Der japanische OGH ist erstens viel weniger Verfassungsgericht als ordentliches Revisionsgericht (zur Statistik s. u. VI.2.), wohingegen der U.S. Supreme Court ein Verfassungsgericht im substanziellen Sinne darstellt.⁷ Die Hälfte der Entscheidungen des U.S. Supreme Court hat ihren Schwerpunkt im Verfassungsrecht.⁸ Außerdem entscheidet er nicht selten über gesellschaftlich stark umstrittene Fragen, wie Rassentrennung an öffentlichen Schulen⁹, Schwangerschafts-

4 A. MIKAZUKI (übers. v. H. Itoh/E. H. Lee), *Comparative Study of Judicial Systems, Law in Japan* 3 (1969) 1 (31) („[Q]ualitative cleavage is exposed [...] between the Supreme Court and other courts. The Supreme Court reigns not so much as the apex of the courts of the same kind than as a court having a considerably different nature.“). Im Übrigen führte auch die Bundesrepublik Deutschland eben nach dem Zweiten Weltkrieg die Institution des Bundesverfassungsgerichts ein. Dabei spielte – ähnlich wie in Japan – der U.S. Supreme Court als Vorbild eine nicht unmaßgebliche Rolle. Jedoch war die Entwicklung in Westdeutschland insofern völlig anders, als dieses neue Gericht nur für die verfassungsrechtlichen Streitigkeiten zuständig war und neben ihm drei-instanzliche Gerichtssysteme geschaffen wurden. Vgl. dazu unten Fn. 35.

5 W. RÖHL, *Fremde Einflüsse im modernen japanischen Recht* (Frankfurt a.M. et al. 1959) 17 („[D]ie Herstellung der vollen Harmonie zwischen der kontinental-europäischen Basis und den amerikanisierten Teilen des Oberbaus [bot] angesichts der Verschiedenheit der Herkunftskreise oft ein kaum lösbares Problem.“)

6 H. WADA, *The Supreme Court of Japan as Adjudicating Agency and Its Functions*, in: *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts* n.F. 23 (1974) 537 (538) („[T]here was [sic.] only a formal, seeming resemblance between Japan’s Supreme Court and United States Supreme Court and there is not any substantial resemblance between these two if evaluated from their roles and functions.“)

7 Dieser Unterschied ergibt sich im Wesentlichen aus der föderalistischen Struktur des US-amerikanischen Gerichtssystems. In den USA sind nämlich die Bundesgerichte grundsätzlich nur für bestimmte Verfahren, beispielsweise Verfahren des Seerechts, Insolvenzrechts oder Patent- und Urheberrechts, zuständig, während die einzelstaatlichen Gerichte die allgemeine Zuständigkeit besitzen. Für Klagen, die Bundesgesetze betreffen, sowie Verfahren, in denen sich Bürger verschiedener Einzelstaaten gegenüberstehen, besteht zudem eine konkurrierende Zuständigkeit der Bundesgerichte. Die meisten Rechtsstreitigkeiten in den USA werden also vor den einzelstaatlichen Gerichten gelöst. Ein Rechtsweg zu einem Bundesgericht öffnet sich allerdings, wenn ein Bürger in seinen von der Bundesverfassung garantierten Grundrechten verletzt wird. J. WIELAND, *Der Zugang des Bürgers zum BVerfG und zum U.S. Supreme Court*, *Der Staat* 29 (1990) 333 (343).

8 WIELAND (Fn. 7).

9 *Brown v. Board of Education of Topeka (Brown I)*, 347 U.S. 483 (1954); *Brown v. Board of Education of Topeka (Brown II)*, 349 U.S. 294 (1955).

abbruch¹⁰ oder gleichgeschlechtliche Ehe¹¹. Solche gesellschaftlich bedeutsamen Entscheidungen sind vom japanischen OGH kaum zu erwarten.

Der japanische OGH, der zwar eine Normenkontrollbefugnis besitzt, erfüllt jedoch – zumindest nach Ansicht der meisten Rechtswissenschaftler – die Aufgabe als „Hüter der Verfassung“ nicht erwartungsgemäß.¹² In der Realität betrifft nur ein geringer Teil seiner Rechtsprechungstätigkeit verfassungsrechtliche Fragen. Bei den meisten Fällen geht es lediglich um eine Auslegung gesetzlicher Vorschriften. Nach *Masami Itō*, einem ehemaligem OGH-Richter, neigen die Richter dazu, eine Rüge eines Verfassungsverstoßes per se als schwaches Rechtsargument anzusehen und sie somit geringzuschätzen.¹³ In der Folge hat das Gericht bekanntlich in seiner Geschichte der letzten 70 Jahre nur in zehn Fällen die Verfassungswidrigkeit einer Rechtsnorm ausgesprochen.

Der OGH ist in vielerlei Hinsicht reformbedürftig. Trotz vieler ersichtlicher Probleme war die Reform des Gerichts jedoch lange kein großes Thema in der japanischen Rechtswissenschaft. Der Grund liegt zum einen wohl darin, dass hier ganz unterschiedliche Interessen von verschiedenen Berufsgruppen und Politikern in Konflikt stehen, sodass eine Änderung des Status quo schwer erreichbar ist (vgl. unten VI.3.).¹⁴ Zum anderen war über

10 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

11 *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ (2015).

12 Zur Kritik u.a.K. TONAMI, Die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit und die Probleme der richterlichen Prüfungsbefugnis über die Verfassungsmäßigkeit in Japan, in: Starck (Hrsg.), Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt: Teil I (Baden-Baden 2004) 15 (22 ff.); M. MIYAJI, Besonderheiten des Grundrechtsschutzes durch den Japanischen OGH, in: Starck (Hrsg.), Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt: Teil II (Baden-Baden 2006) 85 (89 ff.); S. MATSUI, Why is the Japanese Supreme Court so Conservative?, *Washington University Law Review* 88 (2011) 1375 ff.; D. S. LAW, Why Has Judicial Review Failed in Japan?, *Washington University Law Review* 88 (2011) 1425 ff.

13 M. ITŌ, *Saiban-kan to gakusha no aida* [Zwischen Richter und Wissenschaftler] (Tōkyō 1993) 125. Vgl. auch MATSUI (Fn. 12) 1414 („the reluctance of Justices to view the Constitution as positive law“); T. HATAJIRI, Ein Versuch zum richterlichen Prüfungssystem unter rechtsvergleichenden Gesichtspunkten, *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts n.F.* 51 (2003) 715.

14 Der OGH ist eine der wenigen Institutionen in Japan, die auch nach der – für japanische Verhältnisse recht kompromisslosen – Reform des Justizwesens (seit 1999) (s. unten Fn. 129) kaum angetastet wurden, obwohl er die Spitze des Justizwesens darstellt. Wie später erwähnt gab es zwar mehrere Vorschläge zu organisatorischen Veränderungen des OGH – vor allem hinsichtlich der intransparenten Ernennungspraxis der Richter (s. u. III.5.), sie wurden aber bisher kaum berücksichtigt. Hinter der Bewahrung des Status quo stehen wohl komplizierte politische Interessen, aber Genaues kann man nicht wissen, so wie man den Grund für das Scheitern des OGH-Reformplans von 1957 nicht klar benennen kann (s. u. VII.3.).

den OGH – vor allem seine interne Arbeitsweise – lange Zeit recht wenig bekannt. Erfreulicherweise ist jedoch die Forschung über den OGH mittlerweile in bedeutend weiterem Umfang möglich, weil detaillierte Informationen über das Gericht heute durch eine Reihe von Büchern und Aufsätzen von ehemaligen OGH-Richtern und Mitarbeitern zugänglich geworden sind. Das 1993 veröffentlichte Buch von *Masami Itō* galt früher als die fast einzige wertvolle Ressource, um die erlebte Wirklichkeit des OGH näher kennenzulernen.¹⁵ Im Jahre 2000 erschien dann ein weiteres, ebenso aufschlussreiches Buch eines ehemaligen OGH-Richters.¹⁶ Sowohl das wissenschaftliche als auch das gesellschaftliche Interesse am OGH (bzw. allgemein an der Justiz) hat – auch wegen der Justizreform seit 1999 und einzelner gesellschaftspolitisch bedeutsamen Entscheidungen durch den OGH in den letzten Jahren¹⁷ – mittlerweile deutlich zugenommen.¹⁸ Dementsprechend sind heute bedeutend mehr Bücher, Aufsätze und Interviews von

-
- 15 Auch zuvor gab es zwar Veröffentlichungen, die von ehemaligen OGH-Richtern geschrieben wurden. Allerdings wurden sie – im Vergleich zur Monographie von *Masami Itō* oder den neueren Veröffentlichungen ehemaliger OGH-Richter – meistens vorsichtiger geschrieben, wohl deshalb, weil sie Angst hatten, zu viel preiszugeben. Auch heute bleibt es im Hinblick auf das Beratungsgeheimnis unklar, inwieweit ein ehemaliger Richter über die tatsächliche Praxis schreiben darf. Nach der Veröffentlichung der Monographie von *Itō* scheint es jedenfalls so, dass die meisten ehemaligen OGH-Richter in diesem Punkt nicht mehr so vorsichtig sind, wie es früher der Fall war. Ansonsten gab es früher bereits einige aufschlussreiche journalistische Werke über den OGH. Vgl. J. NOMURA, *Saikō-sai zen-saiban-kan. Hito to hanketsu* [Lexikon aller ehemaligen OGH-Richter. Personen und Entscheidungen] (Tōkyō 1986); DERS., *Saikō saiban-sho* [Der OGH] (Tōkyō 1987); MAINICHI SHIMBUN SHAKAI-BU, *Kenshō: saikō saiban-sho* [Überprüfung des OGH] (Tōkyō 1991); ASAHI SHIMBUN SHUZAI-HAN, *Kokō no ōkoku saiban-sho* [Gerichte: Isoliertes Königreich] (Tōkyō 1991); Y. YAMAMOTO, *Saikō-sai monogatari* [Geschichte des OGH], Bd. I–II (Tōkyō 1997).
- 16 M. ŌNO, *Bengo-shi kara saiban-kan e* [Vom Anwalt zum Richter] (Tōkyō 2000) 44 ff.
- 17 F. K. UPHAM, *Stealth Activism: Norm Formation by Japanese Courts*, *Washington University Law Review* 88 (2011) 1493 ff. Vgl. ferner H. BAUM, *Zur Praxis und Rolle der Gerichte in Japan und Deutschland*, in: Coester-Waltjen u.a. (Hrsg.), *Liber Amicorum Makoto Arai* (Baden-Baden 2015) 41 (61 f.) m.w.N.; NISHIHARA (Fn. 1) 4 ff.; T. HATAJIRI, *Neuere Tendenzen in der Rechtsprechung der Japanischen Verfassungsgerichtsbarkeit*, *Schlaglichter* 15 (2014) 23 ff.
- 18 L. WOLFF, *When Japanese law goes pop*, in: Wolff u.a. (Hrsg.), *Who rules Japan* (Cheltenham/Northampton 2015) 185 ff. stellt durch die Analyse der Behandlung des Rechts in der Popkultur – vor allem im Fernsehprogramm – fest, dass sich die Allgemeinheit mehr für Recht interessiert als früher.

ehemaligen OGH-Richtern veröffentlicht worden,¹⁹ und die Erforschung der Institution des OGH ist in den letzten Jahren sehr aktiv geworden.²⁰

In diesem Beitrag wird zunächst die Geschichte des obersten Gerichts in Japan dargestellt (II.) und sodann die Organisation des OGH und ihre Probleme anhand von zahlreichen Veröffentlichungen ehemaliger OGH-Richter kritisch durchleuchtet (III.). Der Erläuterung des Sondervotums beim

-
- 19 Vgl. I. SONOBE, *Saikō saiban-sho jū-nen* [Zehn Jahre im OGH] (Tōkyō 2001); DERS. (hrsgg. v. T. Mikuriya), *Ōraru hisutorī* [Oral History] (Kyōto 2013); K. YAGUCHI (hrsgg. v. T. Mikuriya), *Ōraru hisutorī* [Oral History] (Tōkyō 2004); T. FUJITA, Der Stellenwert des Obersten Gerichtshofes in der Japanischen Verfassung, *ZJapanR/J.Japan.L.* 26 (2008) 181 ff.; DERS., The Supreme Court of Japan: Commentary on The Recent Work of Scholars in the United States, *Washington University Law Review* 88 (2011) 1507 ff.; DERS., *Saikō-sai kaisō-roku* [Erinnerungen an den OGH] (Tōkyō 2012); S. TAKII, *Saikō saiban-sho wa kawatta-ka* [Hat sich der OGH geändert?] (Tōkyō 2009); M. OKUDA, *Funsō kaiketsu to kihan sozō* [Streitlösungen und Normenschaffung] (Tōkyō 2009); T. IZUMI, Concerning the Japanese Public's Evaluation of Supreme Court Justices, *Washington University Law Review* 88 (2011) 1769 ff.; DERS., *Watashi no saikō saiban-sho-ron* [Meine Vision des Obersten Gerichtshofs] (Tōkyō 2013); DERS. (interviewt v. Y. Watanabe u.a.), *Ippo mae e deru shihō* [Die Justiz: Einen Schritt voraus!] (Tōkyō 2017); I. IMAI, *Saikō saiban-sho no go-nenkan o furi-kaette* [Reflexion über die fünf Jahre am OGH], *Jiyū to Seigi* 64-6 (2013) 10 ff.; M. TAHARA, *Saikō-sai seikatsu o furi-kaette* [Reflexion über die Amtszeit als OGH-Richter], *Kin'yū Hōmu Jijō* 1978 (2013) 6 ff.; M. SUDŌ, *Bengo-shi kara saikō saiban-sho hanji e* [Vom Anwalt zum OGH-Richter] (Tōkyō 2014); K. MIYAKAWA, Inside the Supreme Court of Japan, *Asian-Pacific Law and Policy Journal* 15 (2014) 196 ff.; H. FUKUDA (interviewt v. T. Yamada u.a.), „*Ippyo no kakusa*“ *iken-handan no shin'i* [Die wahre Intention der Verfassungswidrigkeitsentscheidung im Fall „Ungleichheit des Stimmgewichts“] (Tōkyō 2016).
- 20 Vgl. statt vieler D. H. FOOTE (übers. v. M. Tamaruya), *Na mo nai kao mo nai shihō* [Justiz ohne Namen und Gesicht] (Tōkyō 2007); M. SHINDŌ, *Shihō kanryō* [Hohe Justizbeamte] (Tōkyō 2009); S. NISHIKAWA, *Saiban-kan kanbu jinji no kenkyū* [Forschung über das Beförderungssystem der hochrangigen Richter] (Tōkyō 2010); DERS., *Saikō-sai saiban-kan kokumin shinsa no jissōteki kenkyū* [Positivistische Forschung der Volksprüfung der OGH-Richter] (Tōkyō 2012); T. MIHIRA, *Iken shinsa-sei o meguru poritikkusu* [Politischer Streit um die Verfassungsgerichtsbarkeit] (Tōkyō 2012); M. ICHIKAWA U.A. (Hrsg.), *Nihon no saikō saiban-sho* [Der OGH Japans] (Tōkyō 2015); K. ŌBAYASHI/T. MIHIRA (Hrsg.), *Saikō-sai no shōsū iken* [Sondervotum bei obersten Gerichtshöfen] (Tōkyō 2016). In englischer Sprache statt vieler D. S. LAW, The Anatomy of a Conservative Court: Judicial Review in Japan, *Texas Law Review* 87 (2009) 1545; H. ITOH, The Supreme Court and Benign Elite Democracy in Japan (Farnham 2010); M. KAMIYA, “Chōsakan”: research judge toiling at the stone fortress, *Washington University Law Review* 88 (2011) 1601 ff.; L. REPETA, Reserved Seats on Japan's Supreme Court, *Washington University Law Review* 88 (2011) 1713 ff.; A. PETRIDIS, Knocking at the Door of the Stone Fortress: Appeals to the Supreme Court under Japan's 1996 Code of Civil Procedure, *ZJapanR/J.Japan.L.* 34 (2012) 229 ff.

OGH (IV.) folgt die Analyse der Verfahrensstatistik (V.). Hierdurch soll beleuchtet werden, dass der OGH bisher wegen seiner ambivalenten Stellung zwischen einem normalen Revisionsgericht einerseits und einem Verfassungsgericht andererseits²¹ die beiden Aufgaben nicht richtig erfüllen konnte (einzelne Probleme ferner bei VI). Um diesem Dilemma zu entkommen, ist eine gründliche Reform des OGH, über die in den 1950er Jahren diskutiert wurde, der nochmaligen Erwägung wert (VII.). Die Diskussion ist zwar nicht neu, sie hat aber ihre Aktualität auch heute nicht verloren. Aus dieser Diskussion kann eine Zukunftsperspektive für den OGH entwickelt werden.

II. GESCHICHTE

1. *Historischer Vorgänger: Der Große Kassationshof*

Der historische Vorgänger des OGH war der Große Kassationshof²² (*daishin-in*,²³ 大審院). Er wurde 1885 nach dem französischen Vorbild der *Cour de cassation* als das drittinstanzliche, höchste Gericht in Tōkyō errichtet.²⁴

Das japanische Rechtssystem war in der Vorkriegszeit bekanntlich durch den kontinentaleuropäischen Einfluss – zuerst von Frankreich und später überwiegend von Deutschland – stark geprägt.²⁵ Der kontinentaleuropäischen Rechtstradition entsprechend wurden damals die ordentliche und die Verwaltungsgerichtsbarkeit getrennt. Was die Letztere angeht, gab es ein spezielles Verwaltungsgericht, welches sich ebenfalls in Tōkyō befand (dazu s. unten 3.).

Der Große Kassationshof behandelte also nur Zivil- und Strafsachen. Im Jahr 1940 bestand er aus fünf Zivil- und vier Strafsenaten, die jeweils mit fünf Berufsrichtern besetzt wurden; insgesamt waren 47 Richter tätig.²⁶ Es

21 SONOBE, *Jū-nen* (Fn. 19) 153 ff.; MIKAZUKI (Fn. 4) 33 f.

22 Der *daishin-in* wurde in der englischen Version des (halb-offiziellen) Kommentars zur Meiji-Verfassung als *the Court of Cassation* übersetzt (H. ITO [übers. v. M. Ito], *Commentaries on the Constitution of the Empire* [2. Aufl., Tōkyō 1906] 113). Die französische *Cour de cassation*, die heute auf Japanisch *haki-in* (破棄院) genannt wird, wurde im 19. Jahrhundert üblicherweise als *daishin-in* übersetzt. Angesichts dieser Umstände wird *daishin-in* in diesem Beitrag als „der Große Kassationshof“ bezeichnet.

23 Gelegentlich wird 大審院 auch als *taishin-in* ausgesprochen.

24 Zum französischen Einfluss s. M. INADA, *Meiji kenpō seiritsu-shi* [Die Entstehungsgeschichte der Meiji-Verfassung], Bd. I (Tōkyō 1960) 279 ff.

25 Damals gab es kaum einen Einfluss des anglo-amerikanischen Rechts. RÖHL (Fn. 5) 16.

26 IZUMI, *Watashi* (Fn. 19) 9.

gab keine wissenschaftlichen Mitarbeiter beim Großen Kassationshof. Außerdem existierte das Institut des Sondervotums nicht.

2. Die Entstehung des OGH und der US-amerikanische Einfluss

Der OGH wurde nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges im Jahre 1947 als Nachfolger des Großen Kassationshofs errichtet. Die japanische Nachkriegsverfassung (*nihon-koku kenpō*, im Folgenden JV), welche größtenteils von Amerikanern verfasst wurde,²⁷ etablierte den OGH als das letztinstanzliche Gericht und wies diesem die Normenkontrollbefugnis zu.²⁸ Die spezielle Verwaltungsgerichtsbarkeit wurde abgeschafft, und der OGH ist nunmehr auch für Verwaltungsrechtsverfahren zuständig. Trotzdem wurde die Anzahl der Richter auf ein Drittel reduziert, und der OGH besitzt – neben dem gemeinsamen Großen Senat (*dai-hōtei*, 大法廷), der etwa mit dem „Plenum“ des deutschen BVerfG vergleichbar ist, – nur drei Kleine Senate (*shō-hōtei*, 小法廷), die jeweils für *alle* Rechtsgebiete zuständig sind (s. unten III.3.).²⁹ Außerdem gibt es heute unter den 15 Richtern in der Regel nur sechs erfahrene Berufsrichter (s. unten III.5.b)), was einen großen Unterschied zum alten Großen Kassationshof darstellt, weil dessen Mitglieder alle qualifizierte Berufsrichter waren. Die Altersgrenze der OGH-Richter wurde auf 70 Jahre erhöht.³⁰ Die Unterstützung durch wissenschaftliche Mitarbeiter wurde ebenso wie die Volksprüfung von Richtern (s. unten III.6.) neu eingeführt.

27 Zur Entstehungsgeschichte T. KURISHIMA, Die Debatte um eine Verfassungsänderung, in: Kaspar/Schön (Hrsg.) (Fn. 1) § 20 Rn. 1 ff.

28 Art. 81 JV: „Der Oberste Gerichtshof ist das Gericht der letzten Instanz mit der Befugnis, über die Verfassungsmäßigkeit aller Gesetze, Verordnungen, Bestimmungen und Hoheitsakte zu entscheiden.“ Die Übersetzung der Vorschriften der japanischen Verfassung in diesem Beitrag beruht im Wesentlichen auf der von W. RÖHL, Die Japanische Verfassung (Frankfurt a.M. et al. 1963).

29 *Matasuke Kawamata*, ein Verfassungsrechtprofessor und einer der ersten OGH-Richter (Amtszeit: 1947–63), soll sich beim Amtseintritt vorgestellt haben, dass die drei Kleinen Senate jeweils einen Schwerpunkt im öffentlichen, Zivil- und Strafrecht haben würden und er sich somit im Gericht nur mit öffentlich-rechtlichen Fragen beschäftigen würde. Als sich herausstellte, dass er doch über alle Rechtsmaterien entscheiden müsse, sei er erstaunt gewesen, aber ihm soll der Gerichtspräsident *Tadahiko Mibuchi* gesagt haben, dass man als OGH-Richter nur „überdurchschnittlich gesunden Menschenverstand“ (*kōdona jōshiki*, 高度な常識) besitzen müsse (!). KAWAMATA, Stellungnahme, in: NOMURA, *Hōsō fū'un-roku* [Bericht über die Situation der Justiz], Bd. II (Tōkyō 1966) 215 f.

30 Beim Großen Kassationshof lag die obere Altersgrenze eines Präsidenten bei 65 Jahren und die eines normalen Richters bei 63 Jahren. Vgl. IZUMI, *Watashi* (Fn. 19) 9 f.

Der OGH hat zudem auch die Befugnis zum Erlass von Bestimmungen über Verfahrensregelungen sowie über die Angelegenheiten der inneren Ordnung der Gerichte und der Justizverwaltung inne (Art. 77 I JV).³¹ Er ist ferner für die Ausbildung der Referendare, die Einstellung und Beförderung der einzelnen Richter und die Verteilung des Budgets in der Justiz zuständig (s. u. III.1. und 2.).³² Durch die Verleihung solch umfangreicher Befugnisse an den OGH bezweckte man die Sicherstellung der Unabhängigkeit der Justiz. Denn in der Vorkriegszeit standen Richter und Staatsanwälte unter der strikten Kontrolle des Justizministeriums,³³ und die Gewaltenteilung konnte nicht richtig funktionieren.³⁴

Der US-amerikanische Einfluss ist in vielen Punkten erkennbar.³⁵ In den USA gibt es nämlich auf Bundesebene nur eine einheitliche Gerichtsbarkeit, an deren Spitze der U.S. Supreme Court steht. Dieses Gericht besteht aus neun Richtern, welche keiner Altersgrenze unterliegen und sich nur mit Fragen von großer Bedeutung für Gesellschaft und Politik beschäftigen. Die Revision wird in den USA wohl nicht als Recht angesehen, sondern ist eher ein vom Gericht gewährtes Privileg.³⁶ Sie wird daher vom U.S. Supreme Court mit äußerster Sparsamkeit zugebilligt.³⁷ Nicht zu übersehen ist allerdings, dass es in den USA – anders als in Japan – auch auf Ebene der einzelnen Bundesstaaten eine drei-instanzliche Gerichtsorganisation gibt.³⁸

31 Vorbild war die im anglo-amerikanischen Rechtskreis entwickelte Institution der *rule-making power* der Judikative. HÖGAKU KYŌKAI, *Chūkai nihon-koku kenpō* [Kommentar der japanischen Verfassung], Bd. II (Tōkyō 1954) 1145 ff.

32 Zu diesem Thema statt vieler SHINDŌ (Fn. 20) 63 ff.

33 H.-P. MARUTSCHKE, Einführung in das japanische Recht (2. Aufl., München 2010) 36 („Der Meiji-Staat verstand sich zwar als Rechtsstaat, die Verwaltung besaß jedoch ein deutliches Übergewicht und stand weitgehend außerhalb der Kontrolle durch die Justiz, auf die sie ständig Einfluss zu nehmen suchte.“); T. ABE, Die Entwicklung des japanischen Verfassungsrechts seit 1952, Jahrbuch des Öffentlichen Rechts 15 (1966) 513 (533); FOOTE (Fn. 20) 64. Dazu auch unten III.4.a).

34 SHINDŌ (Fn. 20) 33; FOOTE (Fn. 20) 68.

35 Es wird oft darauf hingewiesen, dass der U.S. Supreme Court auch für die Errichtung des Bundesverfassungsgerichts als Vorbild wirkte, jedoch hielt sich das Maß an Einfluss in der Bundesrepublik in überschaubaren Grenzen. Vgl. M. KAU, United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht (Berlin u.a. 2007) 486 f. Vgl. oben Fn. 4.

36 Das spiegelt sich auch in der Terminologie („*to grant certiorari*“) wider.

37 Anders als im Fall eines *certiorari*-Verfahrens steht dem Kläger zwar im Falle des *direct appeal* oder des *appeal* ein Recht auf Entscheidung durch den U.S. Supreme Court zu (W. BRUGGER, Einführung in das öffentliche Recht der USA [2. Aufl., München 2001] 15). Allerdings wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass die Behandlung von *appeals* heute faktisch der freien Annahmeentscheidung im *certiorari*-Verfahren gleicht. WIELAND (Fn. 7) 345.

Es ist fraglich, ob es angemessen war, trotz unterschiedlicher Rechtsstraditionen das oberste Gericht plötzlich zu „amerikanisieren“.³⁹ Denn man muss bedenken, dass der japanische OGH, wenn man ihn auf die deutsche Struktur übertragen würde, die Aufgaben aller obersten Gerichtshöfe des Bundes übernehmen würde. Daneben kommt ihm noch die Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts zu. Allein beim BVerfG sind 16 Richter und 65 wissenschaftliche Mitarbeiter tätig und bei den fünf obersten Gerichtshöfen zudem 323 Richter⁴⁰ (128 am BGH⁴¹, 60 am BFH⁴², 38 am BAG⁴³, 43 am BSG⁴⁴ und 54 am BVerwG⁴⁵). Deutschland hat zwar im Vergleich zu anderen europäischen Staaten viele Richter, aber auch dem österreichischen Obersten Gerichtshof gehören 60 Richter an⁴⁶ und das schweizerische Bundesgericht hat 38 Mitglieder und 19 nebenamtliche Richter.⁴⁷ Beim japanischen OGH arbeiten jedoch nur 15 Richter.⁴⁸ Diese Richter beschäftigen sich jeden Tag mit Fällen aus allen Rechtsgebieten, sei es eine arbeits-, sozial-, steuer-, urheberrechtliche oder eine sonstige Rechtsfrage.

Gerade in einer Zeit, in der die Komplexität der Gesellschaft zunimmt und das Rechtssystem dadurch notwendigerweise undurchschaubarer wird, werden jedoch umso mehr Spezialisten in einem Gerichtssaal benötigt.⁴⁹ Genau deshalb hat man im Jahre 2005 das Obergericht für geistiges Eigentum (*chiteki zaisan kōtō saiban-sho*, 知的財産高等裁判所) errichtet. Es gibt

38 Diesen Unterschied betonen auch SONOBE, *Jū-nen* (Fn. 19) 200; M. INOUE, Stellungnahme, in: Takeshita u.a., *Zadankai: Kokumin to saikō saiban-sho* [Diskussionsrunde: Das Volk und der OGH], *Hōgaku Kyōshitsu* 154 (1993) 10 (15); IZUMI, *Watashi* (Fn. 19) 121. Vgl. auch H. CHIKUSA, *Japanese Supreme Court: Its Institution and Background*, *SMU Law Review* 52 (1999) 1719 (1722).

39 H. WADA, *Kenpō to saikō saiban-sho* [Die Verfassung und der OGH] (Tōkyō 1975) 13 f. Dazu später noch III.4.a).

40 Bei den fünf obersten Gerichtshöfen des Bundes sind ebenfalls wissenschaftliche Mitarbeiter beschäftigt.

41 Vgl. http://www.bundesgerichtshof.de/DE/DasGericht/Organisation/organisation_node.html.

42 Vgl. <https://www.bundesfinanzhof.de/gericht/organisation>.

43 Vgl. <http://www.bundesarbeitsgericht.de/dasgericht/organisation.html>.

44 Vgl. http://www.bsg.bund.de/SharedDocs/Publikationen/Broschuere/Das_Bundessozialgericht_und_die_deutsche_Sozialgerichtsbarkeit_Broschuere_2015_2016.pdf?__blob=publicationFile (S. 22).

45 Vgl. http://www.bverwg.de/bundesverwaltungsgericht/rechtsprechung/organisation/organisation_des_gerichts.php.

46 Vgl. <http://www.ogh.gv.at/der-oberste-gerichtshof/richterinnen-und-richter/>.

47 Vgl. <http://www.bger.ch/index/federal/federal-inherit-template/federal-richter.htm>.

48 Zu diesem Unterschied vgl. auch BAUM (Fn. 17) 50; M. TAKESHITA, Stellungnahme, in: Takeshita u.a. (Fn. 38) 15.

49 So auch MIKAZUKI (Fn. 4) 13 ff.

aber keinen Spezialisten im Bereich des geistigen Eigentums unter den OGH-Richtern.⁵⁰ In einem Vortrag gesteht *Mutsuo Tahara*, ein ehemaliger OGH-Richter,⁵¹ dass er – selbst mit Hilfe von Erklärungen durch wissenschaftliche Mitarbeiter – dieses Rechtsgebiet nicht gut verstehen konnte.⁵² Trotzdem hat er als Vorsitzender Richter über den berühmten urheberrechtlichen Fall *Maneki-TV* entschieden und dort sogar die Entscheidung des Obergerichts für geistiges Eigentum aufgehoben.⁵³

Außerdem hindert das heutige System die Fortentwicklung der Rechtsdogmatik, da es unzumutbar ist, die OGH-Richter aufzufordern, die aktuellen Diskussionen in allen Rechtsgebieten aufmerksam zu verfolgen. Der Dialog zwischen Praxis und Wissenschaft ist somit erschwert. Außerdem können die sich die OGH-Richter in der heutigen Situation keine Zeit dafür nehmen, Urteilsanmerkungen über die von ihnen getroffenen Entscheidungen zu lesen.⁵⁴ Problematisch ist auch, dass Richter in Japan ihre Meinungen nicht frei veröffentlichen können.⁵⁵

3. Exkurs: Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Gemäß Art. 61 Meiji-Verfassung (1889) durften Klagen, die eine Rechtsverletzung durch gesetzeswidrige Verwaltungsakte betrafen, von einem ordentlichen Gericht nicht entgegengenommen werden. Das damalige System der Verwaltungsgerichtsbarkeit war allerdings in vielerlei Hinsicht fehlerhaft: Erstens gab es nur ein Verwaltungsgericht in ganz Japan, und allein dieses Gericht entschied abschließend. Man hatte also keine Möglichkeit, in die Berufung zu gehen. Dieses Verwaltungsgericht war zweitens im Hin-

50 Wie später erläutert, sind drei Spezialisten (erfahrene Berufsrichter) als wissenschaftliche Mitarbeiter am OGH tätig. Es wäre jedoch im Hinblick auf die richterliche Unabhängigkeit und auch auf die demokratische Legitimation problematisch, wenn die Richter einen Entscheidungsentwurf von einem Mitarbeiter inhaltlich nicht überprüfen könnten und die Mitarbeiter somit einen substantiellen Einfluss auf eine Entscheidung ausüben könnten. S. ferner unten III.7.d).

51 *Mutsuo Tahara* war vor seiner Amtszeit beim OGH (1.11.2006–22.4.2013) als Rechtsanwalt tätig. Sein fachlicher Schwerpunkt als Rechtsanwalt lag im Insolvenzrecht.

52 TAHARA (Fn. 19) 22 f.

53 OGH, 18.1.2011, Minshū 65-1, 121. Für diesen Fall war *Maki Yamada* als wissenschaftliche Mitarbeiterin zuständig. Sie absolvierte ihr Referendariat im Jahre 1991 und war von 2004 bis 2008 als Richterin im 29. Zivilsenat – IP-Rechtssenat – am Distriktgericht Tōkyō tätig. Danach war sie von 2008 bis 2012 als wissenschaftliche Mitarbeiterin beim OGH tätig und war dort für die Sachen des geistigen Eigentums zuständig. Unbestritten hatte sie substantiellen Einfluss auf diese Entscheidung.

54 SUDŌ (Fn. 19) 34.

55 Dazu u. Fn. 64.

blick auf seine Zusammensetzung und mangelnde Unabhängigkeit weniger ein „Gericht“ als vielmehr ein Teil der Verwaltung. Um diese strukturellen Mängel zu beseitigen, wurde 1929 eine staatliche Kommission für eine Reform des Verwaltungsgerichts- und Petitionsgesetzes eingesetzt. Diese legte 1932 konkrete Gesetzesentwürfe zur Gewährleistung des verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzes – einschließlich der Schaffung der zweiten Instanz als Revisionsinstanz, Erweiterung der Klagegegenstände etc. – vor, welche aber in der Zeit des zunehmenden Militarismus letztendlich nicht zustande kamen.⁵⁶

Anders als in der Meiji-Verfassung gab es in der neuen Verfassung (JV) von 1947 keine Regelung über verwaltungsrechtliche Streitigkeiten. Daher war es umstritten, ob die Abschaffung des Verwaltungsgerichts von Verfassungen wegen geboten war. *Tatsukichi Minobe*, ein damals führender Staatsrechtler Japans, verneinte dies, und *Takejirō Sawada*, ehemaliger Präsident des Verwaltungsgerichts und später Richter am OGH (1947–52), sprach sich wegen der Eigenart der Rechtsmaterie ausdrücklich für die Aufrechterhaltung der speziellen Verwaltungsgerichtsbarkeit aus. Die meisten Rechtswissenschaftler gingen jedoch davon aus, dass die Errichtung der speziellen Verwaltungsgerichte mit Art. 76 II S. 1 JV, der die Errichtung von Sondergerichten (*tokubetsu saiban-sho*, 特別裁判所) untersagt unvereinbar und zudem nicht zweckmäßig sei.⁵⁷ Die Verwaltungsgerichtsbarkeit wurde somit abgeschafft.

Angesichts der Tatsache, dass das Verwaltungsrecht ganz verschiedene, komplexe Rechtsmaterien – wie z.B. das Bau-, Steuer-, Sozial- oder Umweltrecht – zum Gegenstand hat, ist es schwer zu leugnen, dass sich die Abschaffung der Verwaltungsgerichtsbarkeit und der damit einhergehende Verzicht auf eine spezialisierte Ausbildung von Verwaltungsrichtern im Ergebnis nachteilig auf die Entwicklung des öffentlichen Rechts ausgewirkt haben.⁵⁸ Das Verwaltungsrecht wurde in der Nachkriegszeit lange nicht als wichtiges Rechtsgebiet betrachtet.⁵⁹ Erst im Jahre 1962 wurde ein umfassendes Verwaltungsprozessgesetz erlassen, wobei es auch heute noch nur wenige Richter

56 Vgl. H. SHIONO, *Gyōsei-hō II. Gyōsei kyūsai-hō* [Verwaltungsrecht II. Verwaltungsprozessrecht] (Überarb. Version [*hotei-ban*] der 5. Auflage, Tōkyō 2013) 66 f. m.w.N.

57 Zur Diskussion vgl. J. TANAKA, *Nihon no shihō to gyōsei* [Justiz und Verwaltung in Japan] (Tōkyō 1982) 30.

58 SONOBE, *Jū-nen* (Fn. 19) 295 ff., 342 ff.

59 Verwaltungsrecht war bis 1999 neben Arbeits- und Insolvenzrecht oder Kriminologie eines der Wahlfächer im Staatsexamen. Im Jahre 2000 wurde sogar das System des Wahlfachs abgeschafft, sodass niemand mehr Verwaltungsrecht für das Staatsexamen gelernt hat. Erst seit 2006 ist das Verwaltungsrecht ein Pflichtfach im Staatsexamen.

gibt, die sich auf das Verwaltungsrecht spezialisieren (Zur heutigen Situation der Praxis des Verwaltungsrechts beim OGH s. auch unten III.7.c)).

III. ORGANISATION DES OGH

1. Oberstes Gericht und zugleich eine Justizverwaltungsbehörde

Der OGH ist, wie oben beschrieben, nicht nur ein Gericht: Er umfasst einen bürokratischen Apparat, um die ihm übertragenen administrativen und teils legislativen Aufgaben zu erledigen. Bei dieser Organisation – dem Generalsekretariat des OGH (*saikō saiban-sho jimu sōkyoku*, 最高裁判所事務総局) (Art. 13 Gerichtsgesetz, nachfolgend GerG⁶⁰) – sind etwa 760 Mitarbeiter beschäftigt.⁶¹ Der OGH hat also den Charakter einer Mischung aus höchstem Gericht und Justizverwaltungsbehörde.

Die hohen Positionen im Generalsekretariat werden ausschließlich von Berufsrichtern besetzt. Im Jahr 2009 waren dort 26 Berufsrichter tätig.⁶² Dass die Position im Generalsekretariat für die Karriere eines Richters von hoher Bedeutung ist, ist allgemein anerkannt.⁶³ Da die Organisation eine zentrale Stellung in der Justizverwaltung, vor allem in der Personalpolitik, einnimmt, hat sie einen großen Einfluss auf alle Richter.⁶⁴ Die ehemaligen

60 *Saiban-sho-hō*, Gesetz Nr. 59/1947, zuletzt geändert durch Gesetz Nr. 48/2013.

61 SHINDŌ (Fn. 20) 48.

62 SHINDŌ (Fn. 20) 60.

63 Das hierarchische System der Richter wird manchmal mit dem der Marine verglichen: Einerseits gibt es diejenigen, die als Richter – wie „Matrosen“ – immer wieder von einem zum anderen Gericht wechseln müssen. Auf der anderen Seite gibt es Richter, die als Beamte im OGH-Generalsekretariat oder als Präsident eines Gerichts – wie „Kapitäne“ – andere Richter kontrollieren. SHINDŌ (Fn. 20) 67; LAW, Anatomy (Fn. 20) 1558. Vgl. auch J. O. HALEY, *The Japanese Judiciary*, in: Foote (Hrsg.), *Law in Japan: A Turning Point* (Seattle et al. 2007) 99 (104).

64 Im Jahr 2014 erschien ein Buch namens *„Zetsubō no saiban-sho“* (Gerichte ohne Hoffnung) (!), welches schnell ein Bestseller wurde. In diesem Buch wird die „hoffnungslose“ Situation geschildert, in der sich die japanischen Richter befinden. Der Autor dieses Buches, *Hiroshi Segi*, geboren 1954, bestand schon während seines Bachelorstudiums an der Tōkyō-Universität das Staatsexamen und wurde nach dem Abschluss des Referendariats 1979 Richter. 1982/83 machte er einen Forschungsaufenthalt in den USA und war von 1986 bis 1988 in der Personalabteilung des OGH-Generalsekretariats tätig. Später arbeitete er auch als wissenschaftlicher Mitarbeiter beim OGH und somit verbrachte er seine Zeit fast immer im Großraum Tōkyō. Ohne Zweifel war er also einer der wenigen japanischen „Elite-Richter“. Zugleich verzweifelte er an den ranghöheren Richtern und vor allem der strengen Personalkontrolle durch das Generalsekretariat. 2012 wechselte er aus dem Richterberuf in die Wissenschaft und ist nun Professor an der *Law School* der Meiji-Universität. In diesem Buch verrät der Autor viele negative Erlebnisse und Beobachtungen in der Judikative, teil-

Leiter des Generalsekretariats (*saikō saiban-sho jimu sōchō*, 最高裁判所事務総長) wurden bisher fast ausnahmslos später zu OGH-Richtern ernannt.

Abb. 1. Organisation des OGH⁶⁵



Ferner sind das Institut für die Referendar- und Richterausbildung (*shihō kenshū-jo*, 司法研修所) (Art. 14 GerG), das Institut für die Ausbildung der Gerichtsangestellten (*saikō saiban-sho shoku 'in sōgō kenshū-jo*, 最高裁判所職員総合研修所) (Art. 14-2 GerG) und die Bibliothek dem OGH (Art. 14-3 GerG) unmittelbar unterstellt.

weise sogar mit Angabe von konkreten Namen von Betroffenen. Nach ihm seien die japanischen Richter Insassen eines „psychischen Gefängnisses“ oder des „Archipel Gulag“ (*I. Solschenizyn*) wegen der strengen Kontrolle und des ständigen Drucks durch das OGH-Generalsekretariat sowie der Furcht, auf einen unliebsamen Posten abgeschoben zu werden. H. SEGI, *Zetsubō no saiban-sho* [Gerichte ohne Hoffnung] (Tōkyō 2014). Vgl. ferner T. OHSAKI, Ex-judge lifts lid on Japan's 'corrupt' judicial system, *The Japan Times*, 30. April 2014, abrufbar unter: <http://www.japantimes.co.jp/news/2014/04/30/national/crime-legal/ex-judge-lifts-lid-japans-corrupt-judicial-system/#.WSKtuus2BNI>.

65 Vgl. <http://www.courts.go.jp/english/about/organization/index.html>.

2. Der Präsident des OGH und das Richterghremium

Der Präsident (*chōkan*, 長官) spielt eine spezielle Rolle im Gericht: Er beschäftigt sich hauptsächlich mit administrativen Arbeiten der Justizverwaltung und nimmt in der Regel nur an Verhandlungen des Großen Senates teil. Das heißt, er wirkt nur in ein paar Verfahren pro Jahr als Richter mit (zur Statistik s. u. VI.2.). Der Kleine Senat, dem er auch angehört, entscheidet größtenteils in seiner Abwesenheit mit vier Richtern. Für seine Abwesenheit gibt es allerdings keine gesetzliche Grundlage. Der Präsident arbeitet eng mit dem Leiter des Generalsekretariats zusammen und kontrolliert das Personal und das Budget des gesamten Justizwesens. Der heutige Gerichtspräsident *Itsurō Terada*, dessen Vater *Jirō Terada* ebenfalls OGH-Präsident war (Amtszeit: 1982–85),⁶⁶ arbeitete vor der Ernennung zum OGH-Richter im Jahre 2010 nur sieben Jahre als Richter. Von 1981 bis 2010 hatte er lange als Justizbeamter (und auch kurz als Diplomat) gearbeitet. Für die Stelle des OGH-Präsidenten wird wohl eine solche Person mit reichen administrativen Erfahrungen als geeigneter als „normale“ Richter angesehen, da die Hauptaufgabe des Präsidenten darin liegt, die Justizverwaltung zu kontrollieren.⁶⁷ Zum OGH-Präsidenten wird heute nur ein Berufsrichter ernannt, was in den 1950er und 60er-Jahren nicht der Fall war.⁶⁸

Diese Praxis ist nicht unproblematisch: Das GerG überträgt die Aufgaben der Justizverwaltung dem aus allen 15 OGH-Richtern bestehenden Richterghremium (*saiban-kan kaigi*, 裁判官会議), und nicht allein dem OGH-Präsidenten, sodass über die wichtigen Angelegenheiten immer demokratisch entschieden werden soll. Dahinter steckt der Gedanke, dass die Justizverwaltung – vor allem die Personalpolitik – auch die Inhalte der Entscheidungen beeinflussen kann.⁶⁹ In der Praxis entscheidet aber heute das OGH-Generalsekretariat über die Versetzung von Richtern, die Verteilung des Budgets o.ä. Das Richterghremium tagt zwar wöchentlich, aber dort werden die Entscheidungen ohne weiteres bestätigt, die vorher vom Generalsekre-

66 *Jirō Terada* war zuvor von 1974 bis 1977 als Leiter des OGH-Generalsekretariats tätig.

67 Vgl. L. NOTTAGE/S. GREEN, Who defends Japan?: Government Lawyers and Judicial System Reforms, *Asian-Pacific Law and Policy Journal* 13 (2011) 129 (154) („[T]he Supreme Court’s General Secretariat seems to believe that anyone should be able to judge, but only the exceptionally talented can also cope with administrative tasks.“).

68 Von 1950 bis 1966 wurde das Amt des OGH-Präsidenten von den ehemaligen Professoren der Rechtswissenschaften *Kōtarō Tanaka* und *Kisaburō Yokota* bekleidet. Danach wurde – abgesehen vom Zeitraum 1976 bis 1979 – die Stelle immer von einem ehemaligen Berufsrichter besetzt.

69 Vgl. H. ITOH, *The Japanese Supreme Court: Constitutional Policies* (New York 1989) 249.

tarat mit Zustimmung des OGH-Präsidenten vorbereitet wurden.⁷⁰ Die anderen Richter haben nicht die Zeit, um sich über die Verwaltung der Justiz Gedanken zu machen.⁷¹ Masao Ōno zufolge gab es in seiner Amtszeit von 1993 bis 1997 keine einzige Gelegenheit, bei der das Richtergremium ein bestimmtes Problem näher besprechen musste.⁷² Von daher besteht heute eine tiefe Kluft zwischen dem Präsidenten, der sich auf die Justizverwaltung konzentrieren muss, und den anderen 14 Richtern, die mit einer Fülle von Verfahren überhäuft werden.⁷³

3. Der Große Senat und die Kleinen Senate

Eine Revision wird nach der Einreichung zunächst einem der Kleinen Senate zugewiesen (vgl. Art. 9 Abs. 1 Verfahrensgeschäftsordnung des OGH [*saikō saiban-sho saiban jimū shori kisoku*, 最高裁判所裁判事務処理規則]),⁷⁴ wobei die Sachmaterie des jeweiligen Verfahrens unerheblich ist. Sodann wird sie innerhalb des jeweiligen Kleinen Senats einem der fünf (bzw. vier) Richter zugeleitet. Bei der Verteilung wird beachtet, dass die Arbeit unter allen Richtern gleichmäßig verteilt wird, aber nicht, welchem Rechtsgebiet das jeweilige Verfahren angehört.⁷⁵ Das bedeutet beispielsweise, dass ein ehemaliger Staatsanwalt unter Umständen Berichterstatter für einen familienrechtlichen Fall werden kann, auch wenn ein Familienrechtsprofessor in einem anderen Senat sitzt. Tokiyasu Fujita, der als Professor Verwaltungsrecht an der Tōhoku-Universität lehrte und von 2002 bis 2010 als OGH-Richter tätig war, schreibt, dass ihm verwaltungsrechtliche Verfahren nicht vorzugsweise zugeteilt wurden.⁷⁶

Das GerG sieht jedoch vor, dass ein Verfahren in folgenden Fällen dem Großen Senat vorgelegt werden muss (Art. 10 S. 2 GerG): (a) wenn es um eine neu aufgeworfene Verfassungsfrage geht, über die der OGH noch nie entschieden hat (= *eine neu aufgeworfene Verfassungsfrage*), (b) wenn eine Rechtsnorm oder ein staatliches Handeln für verfassungswidrig erklärt werden soll (= *Verfassungswidrigkeitserklärung*), (c) wenn eine bisherige

70 Das Richtergremium gibt es im Übrigen in allen Gerichten in Japan, aber dieses Gremium hat genauso wie beim OGH heute kaum noch Bedeutung.

71 Außerdem ist den OGH-Richtern wohl bewusst, dass ein vom Generalsekretariat vorgelegter Vorschlag vorher bereits durch sorgfältige informelle Gespräche mit den Betroffenen (sog. *nemawashi*, 根回し) gebilligt wurde, sodass er kaum noch zu ändern ist, selbst wenn sie dies wollten.

72 ŌNO (Fn. 16) 102.

73 Dazu kritisch TAKII, *Kawatta-ka* (Fn. 19) 65; ŌNO (Fn. 16) 103 f.;

74 OGH-Verordnung Nr. 6/1947, zuletzt geändert durch OGH-Verordnung Nr. 5/1965.

75 FUJITA, *Kaisō-roku* (Fn. 19) 43 f.

76 FUJITA, *Kaisō-roku* (Fn. 19) 44.

Interpretation einer Rechtsnorm, einschließlich der JV, geändert wird (= *Änderung der eigenen Rechtsprechung*), (d) wenn jeweils zwei Richter innerhalb des Kleinen Senats unterschiedlicher Meinung sind (dies ist nur bei Fehlen eines Richters möglich), oder (e) wenn es aus einem anderen Grund – beispielsweise der hohen gesellschaftlichen Bedeutung des Verfahrens – angemessen erscheint, im Großen Senat zu entscheiden.

In der Praxis werden heute nur ein bis maximal drei Fälle jährlich dem Großen Senat vorgelegt (s. unten VI.2.). Über die Vorlage an den Großen Senat entscheidet ausschließlich der Vorsitzende Richter eines zuständigen Kleinen Senats: Dazu kann weder der Präsident noch ein anderer Richter eines anderen Kleinen Senats Stellung nehmen.⁷⁷

4. Richter

a) Zahl der OGH-Richter – ein Kompromiss

Der Oberste Gerichtshof besteht aus einem präsidierenden Richter (Präsident) und weiteren 14 Richtern. Die drei Kleinen Senate bestehen jeweils aus fünf Richtern, und alle 15 Richter gehören gleichzeitig dem Großen Senat an (Art. 5 I, III GerG). Wie oben bemerkt ist diese Richterzahl deutlich geringer als diejenige des Großen Kassationshofs. Bei der Ausarbeitung des Gerichtsgesetzes wurden diesbezüglich – grob zusammengefasst – zwei Ansichten vertreten:⁷⁸ Nach der ersten Ansicht sollte der OGH wie der U.S. Supreme Court mit neun Richtern besetzt werden, um den gesellschaftlichen Status eines OGH-Richters hochzuhalten. Die zweite Ansicht meinte hingegen, dass weitaus mehr Richter am OGH erforderlich seien, um alle Revisionsklagen angemessen erledigen zu können. Am Ende wurde ein „Mittelweg“ zwischen den beiden Ansichten gewählt, und die Richterzahl auf 15 festgelegt. Für diese Zahl sprach auch, dass es sonst unmöglich wäre, in einem Senat zu beraten. Bei dieser Entscheidung wurde auch die Zahl der Kabinettsmitglieder berücksichtigt,⁷⁹ und das Besoldungsniveau der OGH-Richter wurde mit demjenigen der Kabinettsmitglieder gleichgesetzt.⁸⁰ Wie oben bemerkt war die gesellschaftliche Präsenz der Justiz (bzw. Richter) in der Vorkriegszeit deutlich geringer als diejenige der Parlamentsabgeordneten oder Ministerial-

77 Dazu kritisch YAGUCHI (Fn. 19) 278.

78 Y. NAITŌ, *Shūsen-go no shihō seido kaikaku no keika* [Verlauf der Reform des Justizwesens in der Nachkriegszeit], Bd. II (Tōkyō 1997) 192 f., 227, 532.

79 IZUMI, *Watashi* (Fn. 19) 103; H. KANEKO/M. TAKESHITA, *Saiban-sho-hō* [Das Recht der Gerichtsorganisation und des -verfahrens] (4. Aufl., Tōkyō 1999) 155.

80 SONOBE, *Jū-nen* (Fn. 19) 155. Die üppige Ausstattung eines OGH-Richters (eine luxuriöse Wohnung im Zentrum Tōkyōs, ein großes Arbeitszimmer mit schöner Aussicht, eine Limousine samt Chauffeur etc.) problematisiert ITŌ (Fn. 13) 15 f.

beamten.⁸¹ Mit der drastischen Reduzierung der Richterzahl und der Erhöhung der Besoldung bezweckte man, dass die von *den* wohlbekanntesten 15 Richtern repräsentierte Justiz – ebenso wie das heute aus 19 Mitgliedern bestehende Kabinett – eine der tragenden Säulen des Rechtsstaats Japans wird, was aber heute offensichtlich nicht der Fall ist: 96,2 % der Bevölkerung können keinen OGH-Richter namentlich benennen.⁸² Dies war aber übrigens der Kerngedanke, der hinter der Volksprüfung steckte (s. u. 6.).

b) Gesetzliche Voraussetzung und heutige Besetzung

Nach dem GerG können Personen, die älter als 40 Jahre sind und über eine sichere Urteilskraft sowie ausreichende Rechtskenntnisse verfügen, zum OGH-Richter ernannt werden (Art. 41 I Alt. 1 GerG). Mindestens zehn Richter, also zwei Drittel der Mitglieder, müssen eine Berufserfahrung von mindestens 20 Jahren als Richter, Staatsanwalt, Rechtsanwalt oder Professor der Rechtswissenschaft beweisen können (Art. 41 I Alt. 2 GerG). Heute sitzen zwei Richter am OGH, die kein juristisches Staatsexamen abgelegt haben.⁸³ Nur sieben von 15 Richtern hatten vor ihrer Ernennung zum OGH-Richter Berufserfahrung als Richter (vgl. Abb. 2.), während alle 39 wissenschaftlichen Mitarbeiter erfahrene Berufsrichter sind (s. u. 7.a)). Diese Besetzung kann zwar angemessen sein, wenn man den OGH als Verfassungsgericht betrachtet: Es darf aber nicht übersehen werden, dass die überwiegende Mehrzahl der Verfahren keine verfassungsrechtlichen Fragen, sondern stattdessen normale Revisionen betrifft. Außerdem wird die höchst unterschiedliche Berufserfahrung der einzelnen Richter nicht bei der Zuweisung der Rechtsgebiete berücksichtigt (s. o. 3.).

Trotz der oben genannten gesetzlichen Regelung wurde in den letzten 50 Jahren niemand vor seinem 60. Lebensjahr zum OGH-Richter ernannt. Für die OGH-Richter gilt zwar die Altersgrenze von 70 Jahren, es gibt allerdings – anders als beim deutschen BVerfG – keine bestimmte Amtsfrist. Man wird heute erst mit Anfang oder Mitte 60 zum OGH-Richter ernannt, d.h. eine durchschnittliche Amtszeit beträgt etwa sechs bis sieben Jahre. Es gibt aber

81 S.o. Fn. 33. Die Justizreform wurde auf Befehl der amerikanischen Besatzungsmacht (GHQ/SCAP) durchgeführt, welche das Land auch durch die Stärkung der dritten Gewalt zu demokratisieren suchte (dazu SONOBE, *Jū-nen* [Fn. 19] 150); vgl. auch Art. 68 des sog. *MacArthur*-Entwurfs der JV (Feb. 1946) („Eine starke und unabhängige Justiz ist das Bollwerk der Rechte der Bürger“).

82 S.u. Fn. 147.

83 Das sind *Tsuneyuki Yamamoto*, der zuerst am Ministerium für Wirtschaft, Handel und Industrie (*tsūshō sangyō-shō*, 通商産業省) und später am Legislativbüro des Kabinetts (*naikaku hōsei-kyoku*, 内閣法制局) arbeitete, und *Kei'ichi Hayashi*, der vorher lange als Diplomat tätig war.

immer wieder Richter, die erst im Alter von 66 – oder sogar 67 – Jahren zum OGH-Richter ernannt werden. Sie bleiben nur knapp drei Jahre beim OGH.⁸⁴ Das durchschnittliche Alter von OGH-Richtern liegt heute bei 65,9 Jahren (Stand: Mai 2017).⁸⁵ Die OGH-Richter sind im Vergleich zur Anfangszeit des Gerichts deutlich älter geworden. Das durchschnittliche Alter der ersten OGH-Richter lag bei 59,3 Jahren. Die jüngsten zwei Richter waren damals 53 Jahre alt, es gab weitere vier Richter, die zwischen 54 und 56 Jahre alt waren. 1952 wurde *Toshio Irie* im Alter von 51 Jahren zum OGH-Richter ernannt und blieb somit knapp 19 Jahre im Amt, was aus heutiger Sicht unvorstellbar wäre. Der Grund für das hohe Alter liegt im – immer noch – starken Senioritätsprinzip unter den Juristen, nach dem die Anzahl der Berufsjahre das maßgebliche Kriterium für den Aufstieg darstellt.⁸⁶ Die japanischen Juristen achten allgemein sehr auf den Abschlussjahrgang des Referendariats (sog. *shūshū-ki*, 修習期),⁸⁷ so wie die Angestellten darauf achten, wie lange jemand bei einem Unternehmen gearbeitet hat.⁸⁸

Neben dem hohen Alter ist auch der Anteil der männlichen Richter auffällig: Die erste weibliche Richterin wurde erst 1994 ernannt, und auch heute sitzen lediglich zwei Richterinnen beim OGH. Diese Überproportionalität der Männer in der Justiz muss künftig abgebaut werden.⁸⁹ Interes-

84 Die Amtszeit von *Masahiko Sudō* betrug beispielsweise nur 36 Monate (24.12.2009–22.12.2012). Im ersten Jahr schrieb er vier, im zweiten sechs, und im dritten 15 Sondervoten. Er musste somit aus dem Gericht ausscheiden, als er sich gerade an die Arbeit gewöhnte. SUDŌ (Fn. 19) 34. Zum Grund der kurzen Amtszeit der OGH-Richter MIYAKAWA (Fn. 19) 196 f. bei Fn. 1.

85 Die meisten OGH-Richter und Rechtswissenschaftler sehen das hohe Durchschnittsalter der OGH-Richter kritisch. Vgl. u.a. ŌNO (Fn. 16) 68 f.; MIYAKAWA (Fn. 19) 196 f. bei Fn. 1.; MATSUI (Fn. 12) 1408, 1420; T. YAMADA, *Saikō-sai no iken hanketsu* [Erklärungen der Verfassungswidrigkeit durch den OGH] (Tōkyō 2012) 296 f. (Stellungnahme von *Tokuji Izumi*); H. TANAKA, *The Appointment of Supreme Court Justices and the Popular Review of Appointments*, *Law in Japan* 11 (1978) 25 (29 f.); S. NISHIKAWA, *Konma san kanchō wa „tatakau shihō“ ni dappi dekiru ka* [Kann sich das Null-Komma-Drei-Ministerium zu einer „kämpferischen Justiz“ mausern?], *Seikei Ronsō* 83-1/2 (2014) 1 (27).

86 ŌNO (Fn. 16) 69; FUJITA, *Kaisō-roku* (Fn. 16) 16.

87 Wenn sich japanische Juristen – sei es Richter, Staats- oder Rechtsanwälte – zum ersten Mal kennenlernen, fragen sie fast immer, zu welchem Referendariatsjahrgang (*shūshū-ki*) sie gehören. Beispielsweise gehört der heutige OGH-Präsident *Itsurō Terada*, der 1974 sein Referendariat absolvierte, zum 26. Jahrgang (*nijūrokki*, 26 期), da die Juristen, die 1948 ihr Referendariat absolvierten, als die ersten gezählt werden.

88 Allgemein zu diesem Thema C. NAKANE (übers. v. J.-M. Spannagel u.a.), *Die Struktur der japanischen Gesellschaft* (Frankfurt a.M. 1985) 43 ff.

89 Dafür müsste man vor allem den Beruf des Richters und Staatsanwalts auch für Frauen attraktiver machen, zumal bisher keine Berufsrichterin oder Staatsanwältin das Richteramt am OGH bekleidet hat. Vor allem muss die zu häufige Versetzung –

sant ist auch, dass die meisten OGH-Richter an der juristischen Fakultät nur vier Jahre studiert und üblicherweise keine weitere wissenschaftliche Ausbildung absolviert haben. Dies ist auch bei wissenschaftlichen Mitarbeitern der Fall. Zusammen mit der Tatsache, dass nur *ein* Professor der Rechtswissenschaft im Gericht sitzt, führt dies dazu, dass die Verbindung zwischen Rechtspraxis und Wissenschaft in Japan sehr schwach geworden ist.⁹⁰ Die Einstellung eines Professors der Rechtswissenschaft als wissenschaftlicher Mitarbeiter könnte die Verbindung zwischen Praxis und Wissenschaft stärken.⁹¹ Dies wäre wohl im Bereich des Verwaltungsrechts sinnvoll, da die meisten Richter wenige Kenntnisse in diesem Bereich haben.⁹²

Abb. 2. Liste der OGH-Richter

(Stand: Mai 2017; gelistet nach Dienstalter im jeweiligen Kleinen Senat)

	NAME, Vorname	Geschlecht	Alter	Ausbildung	Abschl. d. Ref.	Ehemalige Tätigkeiten
1. Kl. Senat	IKEGAMI, Masayuki	M	65	LL.B. (Tōhoku)	1977	Staatsanwalt
	ŌTANI, Naoto	M	64	LL.B. (Tōkyō)	1977	(Straf-)Richter; Leiter d. OGH-Gen.Sek.
	KOIKE, Hiroshi	M	65	LL.B. (Tōkyō)	1977	(Zivil-)Richter
	KIZAWA, Katsuyuki	M	65	LL.B. (Rikkyō)	1977	Rechtsanwalt
	YAMAGUCHI, Atsushi	M	63	LL.B. (Tōkyō)	–	Prof. f. StrafR; Rechtsanwalt (seit 2016)

etwa alle zwei bzw. drei Jahre – von Richtern und Staatsanwälten, welche eine gesunde *Work-Life-Balance* schwierig macht, nochmals überdacht werden.

90 *Itsuo Sonobe* beklagt, dass es heute viel weniger Richter gibt, die gerne an einem wissenschaftlichen Symposium teilnehmen und wissenschaftliche Aufsätze verfassen. DERS., *Ōraru* (Fn. 19) 144 ff. Vgl. auch DERS., *Jū-nen* (Fn. 19) 323 f.; SEGI (Fn. 64) 35 ff., 38, 115 ff. („Bürokratisierung der Justiz“).

91 MIYAKAWA (Fn. 19) 212.

92 Dies scheint im Hinblick auf die Tatsache nicht unrealistisch, dass *Takeshi Nakano*, Professor für Verwaltungsrecht an der Kyōto-Universität und vorher an der Tōhoku-Universität, im Jahre 2009 zum ersten Mal seit 40 Jahren als Rechtswissenschaftler beim Legislativbüro des Kabinetts für die Dauer von zwei Jahren eingestellt wurde. Ein solcher Austausch dürfte sowohl für die Praxis als auch für die Wissenschaft sinnvoll sein.

	NAME, Vorname	Geschlecht	Alter	Ausbildung	Abschl. d. Ref.	Ehemalige Tätigkeiten
2. Kl. Senat	TERADA, Itsurō (Gerichtspräsident)	M	69	LL.B. (Tōkyō); LL.M. (Columbia)	1974	(Zivil-)Richter; Justizministerium
	ONUKEI, Yoshinobu	M	68	LL.M. (Chūō)	1975	Staatsanwalt
	ONIMARU, Kaoru	W	68	LL.B. (Tōkyō)	1975	Rechtsanwalt
	YAMAMOTO, Tsuneyuki	M	67	LL.B. (Kyōto)	–	Ministerium f. Wirtschaft, Handel u. Industrie; Legislativbüro d. Kabinetts
	KAN'NO, Hiroyuki	M	64	LL.B. (Tōhoku)	1980	(Zivil-)Richter
3. Kl. Senat	Okabe, Kiyoko	W	68	LL.M. (Keiō)	1976	(Zivil-)Richterin; Prof. f. FamilienR;
	KIUCHI, Michiyoshi	M	69	LL.B. (Tōkyō)	1975	Rechtsanwalt
	YAMASAKI, Toshimitsu	M	67	LL.B. (Tōkyō)	1975	(Zivil-)Richter; Leiter d. OGH-Gen.Sek.
	TOKURA, Saburō	M	62	LL.B. (Hitotsu-bashi)	1982	(Straf-)Richter; Leiter d. OGH-Gen.Sek.
	HAYASHI, Kei'ichi	M	65	LL.B. (Kyōto); M.A. (Stanford)	–	Diplomat; Außenministerium

⁹³ Richter *Yamaguchi* hat 1974 – schon im dritten Semester seines Bachelorstudiums – das Staatsexamen bestanden, daraufhin hat er aber nicht das Referendariat abgeschlossen.

5. Ernennungspraxis

a) Präsident

Der OGH-Präsident wird vom Kabinett nominiert und sodann vom Kaiser (*tennō*, 天皇) formell ernannt (Art. 6 II JV, Art. 39 I GerG). Der tatsächliche Wahlprozess der Spitze der Dritten Gewalt ist aber äußerst intransparent. Aus den Aussagen zweier ehemaliger OGH-Richter kann man zumindest schließen, dass die Empfehlung des Vorgängers eine entscheidende Rolle spielt.⁹⁴ Die anderen 14 Kollegen werden während des Wahlprozesses nicht benachrichtigt und erfahren erst durch die Pressemitteilung oder kurz vorher, wer als Nachfolger gewählt worden ist.⁹⁵ Das Kabinett soll in den meisten Fällen der Empfehlung gefolgt sein:⁹⁶ Eine eigenständige Nominierung durch das Kabinett wird – trotz der oben genannten Regelung – als „politische Intervention“ kritisch gesehen und stellt eine Ausnahme dar.⁹⁷ Da aber der gesamte Vorgang von der Empfehlung des ausscheidenden Präsidenten bis hin zur Nominierung geheim erfolgt, kann nicht festgestellt werden, in welchem Ausmaß die Regierung am Entscheidungsprozess beteiligt ist.⁹⁸

Von 1966 bis heute wurde das Amt des Präsidenten des OGH fast ununterbrochen (Ausnahme: 1976–1979) von einem Berufsrichter, also jemandem, der früher als Richter an einem unteren Gericht tätig gewesen ist, bekleidet (dazu s. o. 2.). Üblicherweise ist man ein paar Jahre als Richter beim OGH tätig, bevor man zum Präsidenten ernannt wird.⁹⁹ Bis dato hat keine Frau dieses Amt besetzt.

94 ŌNO (Fn. 16) 64 f.; SONOBE, *Ōraru* (Fn. 19) 195. Auf welche Art und Weise der OGH-Präsident einen nächsten Kandidaten auswählt, ist nicht bekannt. Da die anderen OGH-Richter an diesem Prozess nicht teilnehmen, entscheidet der Präsident wohl meist alleine. Vgl. auch MAINICHI SHIMBUN SHAKAI-BU (Fn. 15) 266 ff.

95 ŌNO (Fn. 16) 64; SONOBE, *Ōraru* (Fn. 19) 195.

96 MAINICHI SHIMBUN SHAKAI-BU (Fn. 15) 263.

97 Im Jahr 1969 ernannte Premierminister *Eisaku Satō* den ideologisch konservativen OGH-Präsidenten *Kazuto Ishida*, um die damalige politische und soziale Unruhe zu bekämpfen und zu beseitigen, die u.a. von linken Studenten und Jugendlichen hervorgerufen wurde. Vgl. YAMAMOTO, *Saikō-sai*, Bd. I (Fn. 15) 350 ff. Auch die ersten zwei OGH-Präsidenten, *Tadahiko Mibuchi* und *Kōtarō Tanaka*, wurden jeweils vom damaligen Premierminister selbst ausgewählt und nominiert. MAINICHI SHIMBUN SHAKAI-BU (Fn. 15) 267 f.

98 So auch SHINDŌ (Fn. 20) 70 f.

99 Die einzige Ausnahme in den letzten 50 Jahren stellt Präsident *Hironobu Takesaki* (Amtszeit: 2008–2014) dar, der als Richter des Obergerichts Tōkyō unmittelbar zum Präsidenten des OGH ernannt wurde. Zum Hintergrund SEGI (Fn. 64) 72 f.

b) „Erbhöfe“ von Richterstellen

Die anderen 14 Richter werden nach Art. 79 I Alt. 2 JV vom Kabinett ernannt.¹⁰⁰ Auch hier gilt im Grunde das Gleiche wie beim Präsidenten: Ehemalige OGH-Richter geben zu, dass sie – auch innerhalb des Gerichts – keine Kenntnisse über den Wahlprozess besitzen.¹⁰¹ In den 1960er-Jahren soll ein *Gentlemen's Agreement* zwischen dem Kabinett und dem OGH-Präsidenten getroffen worden sein, sodass das Kabinett heute nur mit der Zustimmung des OGH-Präsidenten einen Richter ernennen darf.¹⁰² Dennoch soll es in der Geschichte einige Ausnahmen gegeben haben.¹⁰³

Von außen kann man feststellen, dass es seit Mitte der 1960er Jahre fast unangetastete, gewohnheitsmäßig etablierte „Erbhöfe“¹⁰⁴ von OGH-Richterstellen gibt. Nämlich: (α) sechs Stellen (einschließlich der Präsidentenstelle) werden stets von Berufsrichtern „geerbt“, (β) vier von Rechtsanwälten, (γ) zwei von Staatsanwälten, (δ) zwei von Staatsbeamten, und (ε) eine von Professoren der Rechtswissenschaften. Beim Ausscheiden eines Richters wird die Stelle in der Regel mit jemandem aus demselben Kreis neu besetzt.

Heute sitzen aber *zwei* ehemalige Professoren der Rechtswissenschaften, jeweils im 1. und im 3. Kleinen Senat. Das ist eine Ausnahmesituation: Eine ehemalige Familienrechtsprofessorin, *Kiyoko Okabe*, sitzt seit 2010 im 3. Kleinen Senat und wird voraussichtlich noch bis März 2019 im Amt bleiben. Warum *Atsushi Yamaguchi*, ein Strafrechtsprofessor, im Februar 2017 zum OGH-Richter ernannt wurde, ist nicht klar. Eigentlich – nach der oben geschilderten herkömmlichen Praxis – hätte anstelle von *Yamaguchi* ein Rechtsanwalt gewählt werden müssen. Zwar war *Yamaguchi* seit 2016 als Rechtsanwalt tätig, er besaß jedoch kaum Erfahrung als Rechtsanwalt

100 Die Ernennung durch das Kabinett wird sodann vom Kaiser formell beglaubigt (*ninshō*, 認証). Vgl. Art. 39 III GerG.

101 TAKII, *Kawatta-ka* (Fn. 19) 5; FUJITA, *Kaisō-roku* (Fn. 19) 13. *Jirō Tanaka*, Professor an der Tōkyō-Universität und später OGH-Richter (Amtszeit: 1964–1973), äußerte in einem Interview von 1982 seine Vermutung, dass sich der Premierminister zuerst mit dem Justizminister, dem Kabinettssekretär und anderen Regierungsmitgliedern bespricht, dann die Meinung des OGH-Präsidenten einholt und schließlich die Entscheidung trifft. J. TANAKA (Fn. 57) 49 f.

102 NOMURA, *Saiban-sho* (Fn. 15) 54 f. Vgl. auch NAIKAKU KANBŌ, *Saikō-sai saiban-kan no ninmei ni tsuite* (5.7.2002), im Internet abrufbar unter: <http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/komon/dai5/5siryou4.pdf>.

103 NOMURA, *Saiban-sho* (Fn. 15) 54 ff.

104 T. KUDO, Richter in der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Starck (Hrsg.), Teil I (Fn. 12) 225 (231). Vgl. zum BVerfG M. SCHRÖDER, Verfassungsrichterwahl im transparenten Konsens?, *Zeitschrift für Gesetzgebung* 2015, 150 (153) („[I]n Fachkreisen ist klar, welcher Richter »auf welchem Ticket« nach Karlsruhe gefahren ist“.)

und war auch nicht auf der von der Japanischen Vereinigung der Rechtsanwaltskammern (*nihon bengo-shi rengō-kai*, 日本弁護士連合会, im Folgenden JVRAK) vorgeschlagenen Liste von fünf Richterandidaten, von der ein nächster OGH-Richter hätte gewählt werden sollen (zum Ernennungsprozess eines Rechtsanwalts zum OGH-Richter s. u. bb)).¹⁰⁵ Spekuliert wird etwa, dass Premierminister *Shinzō Abe* dem Vorschlag der JVRAK nicht folgen wollte, da die Vereinigung eine organisierte Kampagne gegen die neuen Sicherheitsgesetze¹⁰⁶ führt.¹⁰⁷

aa) Gruppe (α): Berufsrichter (sechs Stellen)

Richter aus der Gruppe (α), also ehemalige Berufsrichter, werden vom OGH selbst ausgewählt, und der OGH-Präsident übermittelt dem Kabinett den Willen des Gerichts. In der Regel wird der vom OGH vorgeschlagene Kandidat vom Kabinett ohne Weiteres akzeptiert.

Da es bestimmte Muster von erfolgreichen Karrierewegen der Berufsrichter gibt, ist in gewissem Maße vorhersehbar, wer aus dem Kreis der Berufsrichter als nächster zum OGH-Richter ernannt werden wird.¹⁰⁸ Eine erfolgreiche Karriere von Berufsrichtern ist vor allem dadurch gekennzeichnet, dass man lange Zeit als Beamter beim Generalsekretariat des OGH verbringt.¹⁰⁹ In den meisten Fällen wird ein Gerichtspräsident eines Obergerichts, der üblicherweise vorher lange in Tōkyō als Justizbeamter oder wissenschaftlicher Mitarbeiter beim OGH gearbeitet hat, zum OGH-Richter berufen. Da man üblicherweise kurz vor dem Erreichen der Altersgrenze von 65 ernannt wird, liegt das durchschnittliche Alter bei der Ernennung bei 63.¹¹⁰ Keine weibliche Berufsrichterin wurde bisher zur OGH-Richterin ernannt.

105 S. FUJIWARA/A. MINAMI, *Saikō-sai jinji kanrei kuzusu* [Zerstörung der bisherigen Ernennungspraxis der OGH-Richter], *Asahi Shimbun*, 2. März 2017 (Morgenausgabe) 4.

106 Dazu T. KURISHIMA, Gegenwärtige Diskussion über Artikel 9 der japanischen Verfassung, *ZJapanR/J.Japan.L.* 42 (2016) 37 ff.; H. NISHIHARA, Zwischen Staatsabhängigkeit und Repräsentationsdefizit, *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts n.F.* 64 (2016) 815 (821 f.).

107 Die momentane Besetzung mit zwei Professoren der Rechtswissenschaften könnte nur ein vorübergehendes Phänomen sein, da es möglich ist, dass die Stelle von Richterin *Okabe* künftig mit einem Rechtsanwalt besetzt wird. Vgl. auch MAINICHI SHIMBUN SHAKAI-BU (Fn. 15) 279.

108 NISHIKAWA, *Kanbu jinji* (Fn. 20) 32 ff., 171 f. In englischer Sprache u.a. LAW, *Anatomy* (Fn. 20) 1556 ff.

109 Vgl. oben Fn. 63 f., 67.

110 FOOTE (Fn. 20) 115. Die Altersgrenze von Richtern liegt bei 65 Jahren, für OGH-Richter und Richter am summarischen Gericht (*kan'i saiban-sho*, 簡易裁判所) gilt dagegen die Altersgrenze von 70 Jahren (Art. 50 GerG).

bb) Gruppe (β): Rechtsanwälte (vier Stellen)

Früher wurden diese Stellen von denjenigen Rechtsanwälten besetzt, die sich bei Tätigkeiten der präfekturalen Rechtsanwaltskammer (sog. *tan'i bengo-shi-kai*, 単位弁護士会) oder der JVRAK besonders aktiv engagiert hatten. Die OGH-Richterstelle wurde also als Belohnung für den Beitrag zu Tätigkeiten der Rechtsanwaltskammer bzw. -vereinigung benutzt. Es war nicht klar, wer mit welchen Kriterien einen Kandidaten auswählte. Lange kritisiert wurde auch, dass die Stellen stets von einem Rechtsanwalt von bestimmten Rechtsanwaltskammern der großen Präfekturen, nämlich von den Rechtsanwaltskammern Tōkyō (*Tōben*), *Tōkyō-dai'ichi*, *Tōkyō-daini*¹¹¹ und Ōsaka besetzt und „geerbt“ wurden (sog. *kabu mondai*, 株問題).¹¹²

Nach einer Probezeit von einem Jahr wurden 1993 Regelungen zum Ernennungsverfahren innerhalb der Rechtsanwaltschaft erstmals formuliert. Auch nach dieser Reform blieben jedoch viele Unklarheiten, und es konnte keine hohe Transparenz sichergestellt werden.¹¹³ Nach einer dreijährigen Diskussion fand 2010 eine große Reform des Ernennungsverfahrens statt. Heute spielt ein 15-köpfiger Wahlausschuss¹¹⁴ (*saikō saiban-sho saiban-kan suisen shimon i'in-kai*, 最高裁判所裁判官推薦諮問委員会) eine große Rolle bei der Auswahl von Richter Kandidaten. Dieser Ausschuss legt Wahlkriterien fest und bittet alle präfekturalen Rechtsanwaltskammern sowie Rechtsanwälte um einen Vorschlag von geeigneten Personen.¹¹⁵ Einzelne Rechtsanwaltskammern sowie eine Gruppe von Rechtsanwälten, die aus mehr als 50 Mitgliedern besteht, können einen Kandidaten vorschlagen.

Als Wahlkriterien werden u.a. folgende Punkte aufgeführt:¹¹⁶ die Hochachtung des Geistes der Verfassung, ein hohes Menschenrechtsbewusstsein, eine bürgerfreundliche Sichtweise, ein starker Wille zur Durchsetzung der Justizreform, fundierte Rechtskenntnisse sowie die Fähigkeit, überzeugende Argumente vorlegen zu können.

Nach Interviews mit den vorgeschlagenen Rechtsanwälten erstellt der Wahlausschuss eine Kandidatenliste und übergibt diese dem Präsidenten

111 In Japan gibt es in jeder Präfektur grundsätzlich nur eine Rechtsanwaltskammer, aber in Tōkyō und Hokkaidō gibt es ausnahmsweise mehrere Rechtsanwaltskammern.

112 T. MIZUNO, *Nichiben-ren ni yoru saikō saiban-sho saiban-kan no suisen* [Vorschläge von OGH-Richter-Kandidaten durch die japanische Rechtsanwaltsvereinigung], in: Ichikawa u.a. (Fn. 20) 305 (306); ASAHI SHIMBUN SHUZAI-HAN (Fn. 15) 149 f.

113 MIZUNO (Fn. 112) 308.

114 Die Mitglieder sind u.a. der derzeitige und ehemalige Präsident der JVRAK, der Leiter des Sekretariats der JVRAK und die Präsidenten der Rechtsanwaltskammern Tōkyō (*Tōben*), *Tōkyō-dai'ichi*, *Tōkyō-daini* und Ōsaka. MIZUNO (Fn. 112) 310.

115 MIZUNO (Fn. 112) 309 f.

116 MIZUNO (Fn. 112) 310.

der JVRAK. Dieser besucht dann den Präsidenten des OGH und übermittelt die Informationen über die Kandidaten. Daraufhin schlägt der OGH-Präsident dem Kabinettssekretär (*kanbō chōkan*, 官房長官) einen bzw. mehrere Kandidaten vor. Es ist nicht klar, ob der Präsident der JVRAK oder auch der OGH-Präsident die von dem Wahlausschuss erstellte Kandidatenliste vollständig und unverändert übermittelt. Ab und zu wird berichtet, dass ein Rechtsanwalt, der nicht auf der Liste stand, von Seiten des Kabinetts nominiert wurde, wobei man dies nicht genau feststellen kann.¹¹⁷

Kaoru Onimaru, die seit 2013 im 2. Kleinen Senat sitzt, ist die erste Rechtsanwältin, die zur OGH-Richterin ernannt wurde. Ansonsten ist das durchschnittliche Alter bei der Ernennung in dieser Gruppe vergleichsweise hoch.¹¹⁸ Das Alter von 65 Jahren wird als für die Ernennung angemessen angesehen.¹¹⁹

cc) Gruppe (γ): Staatsanwälte (zwei Stellen)

Der Kandidat für den Posten des Staatsanwalt-Richters wird vom Justizministerium ausgewählt.¹²⁰ Ältere Staatsanwälte sollen einen großen Einfluss auf die Entscheidung haben.¹²¹ Der Vorschlag des Justizministeriums wird durch den OGH-Präsidenten dem Kabinett übermittelt. Meist wird der Leiter (*kenji-chō*, 検事長) der Oberstaatsanwaltschaft (*kōtō kensatsu-chō*, 高等検察庁) von Tōkyō oder Ōsaka zum OGH-Richter berufen.¹²² Es gibt noch keine ehemalige Staatsanwältin, die zur OGH-Richterin ernannt wurde.

dd) Gruppe (δ): Ministerialbeamte (zwei Stellen)

Staatsbeamten-Richter werden unmittelbar vom Kabinett ausgewählt und ernannt,¹²³ wobei eine vorherige Zustimmung des OGH-Präsidenten – nach dem oben genannten *Gentlemen's Agreement* – erforderlich ist. Eine von zwei Stellen wird in der Regel von einem ehemaligen Diplomaten besetzt.

117 MIZUNO (Fn. 112) 311.

118 Dazu MIYAKAWA (Fn. 19) 196 f. bei Fn. 1.

119 SUDŌ (Fn. 19) 7.

120 LAW, Anatomy (Fn. 20) 1565.

121 Vgl. HALEY (Fn. 63) 111.

122 MIZUNO (Fn. 112) 314.

123 LAW, Anatomy (Fn. 20) 1571 f.; Y. ABE, *Kenpō mondai ni gakushiki o mochi katsu tsūjō jiken ni kenshiki no aru saikō-sai hanji senshutsu no hōsaku to saiban-kan hōsa taisei (chōsa-kan) no arikata* [Ideales Wahlverfahren eines OGH-Richters, der sowohl in Verfassungs- als auch Zivil- und Strafrecht umfangreiche Kenntnisse besitzt, sowie ihr ideales Unterstützungssystem], in: Tonami/Hatajiri (Hrsg.), *Kenpō no kihan-ryoku to kenpō saiban* [Normativität der Verfassung und Verfassungsprozess] (Tōkyō 2013) 284.

Als Grund dafür wird genannt, dass der OGH einen Völkerrechtsexperten brauche.¹²⁴ Die andere Stelle wird oft von jemandem besetzt, der früher im Legislativbüro des Kabinetts (*naikaku hōsei-kyoku*, 内閣法制局) gearbeitet hat.¹²⁵ Die erste weibliche OGH-Richterin, *Hisako Takahashi* (Amtszeit: 1994–1997), hatte davor beim Arbeitsministerium (*rōdō-shō*, 労働省) gearbeitet. Der zweiten OGH-Richterin, *Kazuko Yokō* (Amtszeit: 2001–2008), ehemalige Beamtin beim Sozialministerium (*kōsei-shō*, 厚生省), folgte ebenfalls eine weibliche Richterin, *Ryūko Sakurai* (Amtszeit: 2008–2017). Heute sitzt jedoch keine Frau mehr im OGH, die vorher bei einem Ministerium gearbeitet hat.

ee) Gruppe (ε): Professor der Rechtswissenschaften (eine Stelle)

Über die Wahlkriterien eines Professor-Richters ist nichts bekannt.¹²⁶ Wie schon erwähnt, sind heute ausnahmsweise zwei ehemalige Professoren der Rechtswissenschaften, nämlich *Kiyoko Okabe*, eine Familienrechtlerin von der Keiō-Universität, und *Atsushi Yamaguchi*, ein Strafrechtler von der Tōkyō-Universität, am OGH tätig. Der Vorgänger von *Okabe* war ein Verwaltungsrechtsprofessor von der Tōhoku-Universität und sein Vorgänger wiederum Zivilrechtsprofessor von der Kyōto-Universität. Daraus kann man – im Hinblick auf das Rechtsgebiet oder auf die Heimatuniversität – kein klares Entscheidungskriterium ableiten. Allerdings kann festgestellt werden, dass viele der ehemaligen Professor-Richter Erfahrungen als Sachverständige in Ministeriumsausschüssen hatten. Ein guter Ruf im Regierungsviertel *Kasumigaseki* kann daher eine Voraussetzung für die Ernennung als OGH-Richter sein.

Obwohl der OGH die Befugnis zur Normenkontrolle besitzt, waren in der Geschichte des OGH von insgesamt 13 ehemaligen Professor-Richtern nur *zwei* Verfassungsrechtler als OGH-Richter tätig. Dies bedeutet, dass der

124 LAW, Anatomy (Fn. 20) 1571. Diese Erklärung scheint allerdings nicht sehr überzeugend, da die Wahrscheinlichkeit, dass der Kleine Senat, dem ein Diplomat angehört, über ein völkerrechtliches Problem entscheidet, nicht sehr hoch ist. Zweckmäßig wäre vielmehr, einen Diplomaten als wissenschaftlichen Mitarbeiter einzustellen, da so sichergestellt werden könnte, dass diese Person immer für völkerrechtliche Fragen bereitstünde.

125 Richter *Tsuneyuki Yamamoto* ist ein ehemaliger Generaldirektor des Legislativbüros des Kabinetts. Da er aber die Ausübung des kollektiven Sicherheitsrechts, welche der Premierminister *Shinzō Abe* durchsetzen wollte, für verfassungswidrig hielt, wurde er im August 2013 auf eine OGH-Richterstelle versetzt. Vgl. Y. HASEBE, The End of Constitutional Pacifism?, *Pacific Rim Law & Policy Journal* 26 (2017) 125 (128). Dazu vgl. auch NISHIHARA (fn. 106) 833.

126 So *Tokiyasu Fujita*, ein Verwaltungsrechtsprofessor und später OGH-Richter (Amtszeit: 2002–2010). FUJITA, *Kaisō-roku* (Fn. 19) 13 ff.

OGH üblicherweise keinen Verfassungsrechts-Experten hat.¹²⁷ Das durchschnittliche Alter der Professor-Richter bei der Ernennung beträgt 60,5 Jahre und ist im Vergleich zu anderen Gruppen besonders niedrig.¹²⁸

c) *Würdigung*

Die im Jahre 2001 veröffentlichten Empfehlungen des „Justice System Reform Council“ (*shihō seido kaikaku shingi-kai*, 司法制度改革審議会, im Folgenden JSRC)¹²⁹ äußerten sich zum Ernennungsverfahren von OGH-Richtern wie folgt:

„Paying due respect to the importance of the position of Supreme Court justice, appropriate measures should be considered to secure a transparent and objective process for their appointment.“¹³⁰

Trotz dieses Vorschlags wurde bisher von Seiten des Staates keine Maßnahme durchgeführt, um ein transparentes und faires Ernennungsverfahren zu sichern.¹³¹ Zu beachten ist allerdings, dass die JVRAC seit Anfang der 1990er Jahre angestrebt hat, den inneren Wahlprozess transparenter auszugestalten. Dieser Ansatz ist gewiss begrüßenswert, aber auch damit ist nicht viel erreicht: Da die vom Wahlausschuss erstellte Kandidatenliste nicht rechtlich verbindlich ist, können der Präsident der JVRAC oder der OGH-Präsident davon abweichen. Zudem basiert das Auswahlverfahren der JVRAC auf der nicht unproblematischen Prämisse, dass die vier Richterstellen für die Rechtsanwaltschaft immer „reserviert“ sind und sie somit einen Nachfolger eines ehemaligen Rechtsanwalt-Richters ernennen kann. Außerdem ist es nicht sichergestellt, dass der Premierminister dem Vorschlag des OGH-Präsidenten folgt. Der Premierminister kann – abgesehen

127 Dazu kritisch ABE (Fn. 123) 275 f.; T. IZUMI, *Saikō saiban-sho no iken shinsa-ken kōshi-jō no sho-mondai* [Probleme des OGH im Bereich der Normenkontrolle], in: Ichikawa u.a. (Hrsg.) (Fn. 20) 318 (325 f.).

128 NISHIKAWA, *Konma san* (Fn. 85) 26 f.

129 Der *Justice System Reform Council* war ein 1999 beim Kabinett eingerichtetes Gremium. Der Ausschuss hatte von Juli 1999 bis Juni 2001 insgesamt 63 Mal getagt und sich mit ganz verschiedenen Problemen des herkömmlichen Justizwesens auseinandergesetzt. Als Ergebnis dieser lebhaften Diskussionen wurde die 118-seitige Empfehlung („Recommendations“) am 12.6.2001 dem Kabinett vorgelegt. Eine englische Version ist im Internet abrufbar unter: <http://japan.kantei.go.jp/judiciary/2001/0612report.html>.

130 JSRC, *Recommendations* (Fn. 129) Ch. III, Para. 5, 5.

131 Hingegen ist das berüchtigte Wiederernennungsverfahren von Richtern der unteren Gerichte durch die Beteiligung Dritter in gewissem Maße transparenter gemacht worden. Vgl. D. H. FOOTE, *The Supreme Court and the Push for Transparency in Lower Court Appointments in Japan*, *Washington University Law Review* 88 (2011) 1745 ff. Warum aber das Wahlverfahren der OGH-Richter noch unverändert bleibt, ist unklar.

vom oben beschriebenen *Gentlemen's Agreement* – immer eine beliebige Person aussuchen, wenn er dies will.¹³²

Viele Rechtswissenschaftler und auch ehemalige OGH-Richter verlangen die Einrichtung eines Beratungsgremiums und/oder eine öffentliche Anhörung zur Auswahl des OGH-Richters.¹³³ Ein Beratungsgremium für die Richterwahl (*saiban-kan ninmei shimon i'in-kai*, 裁判官任命諮問委員会) wurde zwar einmal in der Geschichte – bei der Errichtung des OGH – eingesetzt, um die Kandidaten der ersten OGH-Richter auszusuchen. Leider gab es aber damals machtpolitisch motivierte Korruptionsfälle, und dieser Ausschuss wurde 1948 gesetzlich aufgelöst.¹³⁴ Später – von 1975 bis 1980 – wurden insgesamt vier Gesetzesentwürfe beim Parlament eingereicht,¹³⁵ die jeweils die Einführung eines Beratungsgremiums bezweckten,¹³⁶ alle blieben jedoch erfolglos.

Neben der Herstellung der Transparenz vom Auswahlverfahren ist auch die Beteiligung der Parlamentsabgeordneten bzw. der Oppositionsparteien bei der Auswahl eines OGH-Richters erforderlich, um die Stellung der Justiz zu stärken.¹³⁷ Eine transparente, demokratische Auswahl der OGH-Richter ist auch deshalb notwendig, da der OGH umfangreiche administrative Kompetenzen in der Justiz besitzt und insbesondere durch seine Personalpolitik die politisch-ideologische Ausrichtung der gesamten Richterschaft kontrolliert (bzw. kontrollieren kann).¹³⁸ Um das Auswahlverfahren

132 *Shigenori Matsui* spricht sich für die totale Abschaffung der „Erbhöfe“ der OGH-Richterstellen aus. Nach ihm soll das Kabinett selber passende Kandidaten finden. DERS. (Fn. 12) 1419. Diesem Vorschlag ist allerdings nicht beizupflichten. Wenn der Premierminister einen ihm genehmen Richter beliebig ernennen könnte, würde die Gewaltenteilung zusammenbrechen. Man muss vor allem die Tatsache berücksichtigen, dass die LDP fast immer die führende politische Partei in Japan gewesen ist. In diesem Sinne ist die politische Landschaft der USA ganz anders. Außerdem muss in den USA der vom Präsidenten vorgeschlagene Kandidat noch vom Senat bestätigt werden. Solch eine demokratische Bremse gibt es in Japan – abgesehen von der bisher praktisch unwirksam gebliebenen Volksprüfung (s. u. 6.) – nicht.

133 ŌNO (Fn. 16) 66; MIZUNO (Fn. 112) 315; IZUMI, *Watashi* (Fn. 19) 133; SONOBE, *Ōraru* (Fn. 19) 235; IZUMI, *Public's Evaluation* (Fn. 19) 1778; K. TONAMI, *Saikō saiban-sho no kenpō hanrei to iken shinsa no kassei-ka* [Verfassungsrechtsprechung des OGH und Aktivierung der Verfassungskontrolle], *Hōsō Jihō* 51-5 (1999) 1209 (1247).

134 ABE (Fn. 33) 534 f.; dazu ausführlich REPETA (Fn. 20) 1718 ff.

135 Zum Inhalt des Gesetzesentwurfs von 1975 H. TANAKA (Fn. 85) 30 ff.

136 Vgl. http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/seido/dai12/12siryō_sh1.pdf.

137 Vgl. Y. ABE (Fn. 123) 279.

138 Dazu vgl. etwa J. M. RAMSEYER/E. B. RASMUSEN, *Measuring Judicial Independence* (Chicago/London 2003) 60 f.; D. H. FOOTE (übers. v. M. Tamaruya), *Saiban to shakai* [Gerichtsverfahren und Gesellschaft] (Tōkyō 2006) 174 ff., 184, 188.

von OGH-Richtern zu ändern, müsste man allerdings wohl die Verfassung ändern, da das Kabinett nach geltendem Recht die ausschließliche Kompetenz zur Ernennung eines OGH-Richters besitzt.

Außerdem wird bezüglich der Besetzung der OGH-Richter von ehemaligen OGH-Richtern vorgeschlagen, mehr Rechtswissenschaftler zum OGH-Richter zu ernennen.¹³⁹ Teilweise wird kritisch angesehen, dass Staatsanwälte, die in der Verhandlung Interessen des Staates vertreten, zum OGH-Richter ernannt werden.¹⁴⁰

6. *Volksprüfung der OGH-Richter*

a) *Allgemeines*

Die OGH-Richter werden im Rahmen der ersten auf ihre Ernennung folgenden Wahl des Unterhauses durch das Volk geprüft (Art. 79 II JV) und, falls sich die Mehrheit der Wähler für eine Entlassung ausspricht, werden sie entlassen (Art. 79 III JV).¹⁴¹ Für diese Regelung gab es kein klares Vorbild,¹⁴² aber ein ähnliches System wird in den USA als „*Missouri Plan*“ bzw. „*Merit Plan*“ bezeichnet und durchgeführt.¹⁴³ Bei der Ausarbeitung der Verfassung versuchten die Japaner, diese Vorschrift aus dem Entwurf zu streichen, sie wurde aber letztlich aufgrund der Beharrlichkeit der Ameri

139 IZUMI, Public's Evaluation (Fn. 19) 1778; S. TAKII, „*Ban'nin*“-yaku: motto gakusha o [Die Rolle als „Hüter“ der Verfassung. Mehr Wissenschaftler gewünscht], *Asahi Shimbun*, 30. April 2014 (Morgenausgabe/Ösaka) 26.

140 J. TANAKA (Fn. 57) 54; Y. ABE (Fn. 123) 266.

141 Gemäß Art. 79 II Alt. 2 JV sollen erneute Prüfungen jeweils bei der ersten Wahl des Unterhauses nach Ablauf von zehn Jahren seit der vorhergehenden Prüfung stattfinden. Allerdings ist diese Regel heute bedeutungslos geworden, da seit 1964 kein OGH-Richter vor seinem 60. Lebensjahr ernannt wurde und somit niemand länger als zehn Jahre im Amt blieb. NISHIKAWA, *Kokumin shinsa* (Fn. 20) 24.

142 NISHIKAWA, *Kokumin shinsa* (Fn. 20) 31 ff. Zum Hintergrund für die Verankerung der Volksprüfung in der Verfassung vgl. auch H. TANAKA (Fn. 85) 33 f.; A. C. OPPLER, The Reform of Japan's Legal and Judicial System under Allied Occupation, *Washington Law Review & State Bar Journal* 24 (1949) 290 (309 f.). *Alfred C. Oppler* (1893–1982), war ursprünglich in Deutschland – u.a. am Preußischen Oberverwaltungsgericht – als Richter tätig, flüchtete aber 1939 in die USA. Nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges kam er nach Tōkyō und arbeitete dort als Leiter der Justizabteilung des Alliierten Hauptquartiers. Er überprüfte u.a. den Entwurf des japanischen Gerichtsgesetzes. Vgl. auch DERS., *Legal Reform in Occupied Japan* (Princeton 1976).

143 Zu diesem System ausführlich F. WITTECK, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt* (Tübingen 2006) 623 ff.

kaner in der JV festgeschrieben.¹⁴⁴ Schon zum Zeitpunkt der Proklamation der JV wurde befürchtet, dass die Volksprüfung (*kokumin shinsa*, 国民審査) entweder bloß ein förmlicher Akt ohne Bedeutung sein oder von den Bürgern missbraucht werden würde.¹⁴⁵ Diese Prognose hat sich als richtig erwiesen. Schon sieben Jahre nach Inkrafttreten der JV stellte einer der damals bedeutendsten Kommentare zur Japanischen Verfassung fest, es sei deutlich geworden, dass man nicht viel von der Volksprüfung erwarten könne, und dass dieses System änderungsbedürftig sei.¹⁴⁶ Der Bürger kann nicht beurteilen, ob ein OGH-Richter seine Aufgabe zufriedenstellend erfüllt hat, da er meist wenig – vielfach gar nichts¹⁴⁷ – über den Richter, die anfallenden Tätigkeiten oder deren Zusammenspiel weiß. Die Ablehnungsrate hängt daher beispielsweise von der Reihenfolge der abgedruckten Namen ab: Der erste Richter auf der Liste bekommt nämlich oft die höchste Ablehnungsrate.¹⁴⁸ Auch der Klang des Namens kann sich auf das Ergebnis auswirken.¹⁴⁹ Die Ablehnungsrate erreicht aber meist nicht mehr als 10 %.¹⁵⁰ Das heißt, die Möglichkeit der Entlassung eines OGH-Richters ist von vornherein de facto ausgeschlossen.¹⁵¹

Einige Autoren meinen zwar, die Volksprüfung als solche sei eigentlich ein gutes System, allerdings solle die heute praktizierte Methode, in der gefragt wird, ob ein Richter aus seinem Amt entlassen werden soll, geändert werden. Nach dieser Methode wird nämlich nur eine angekreuzte Stimme (*batsu*, バツ) als positives „Nein“ für die weitere Amtsausübung – also als Zustimmung zur Entlassung – gezählt, während eine nicht angekreuzte, leere Stimme als „Ja“ für die Fortsetzung eingestuft wird.¹⁵² Dies

144 M. IMASEKI, *Saikō saiban-sho saiban-kan no nin'yō kankō no mondai-ten* [Probleme der Ernennungspraxis der OGH-Richter], *Jurisuto* 1400 (2010) 27 (29 bei Fn. 6).

145 HÖGAKU KYŌKAI (Fn. 31) 1176.

146 HÖGAKU KYŌKAI (Fn. 31) 1176.

147 Nach einem im Jahre 2007 durchgeführten Interview konnten 96,2 % der Bevölkerung keinen der 15 OGH-Richter namentlich benennen. FOOTE (Fn. 20) 224.

148 IZUMI, *Watashi* (Fn. 19) 140 f.

149 Vgl. etwa J. TANAKA (Fn. 57) 133 (über die vergleichsweise hohe Ablehnungsrate von Richter *Kōtarō Irokawa*). Interessant ist auch, dass die durchschnittliche Ablehnungsrate in Okinawa und Hokkaidō höher liegt. IZUMI, *Watashi* (Fn. 19) 145 f.

150 Das Ergebnis der letzten Volksprüfung im Dezember 2014 war wie folgt (die Ablehnungsrate jeweils in Klammern): *Kaoru Onimaru* (9,21 %); *Michiyoshi Kiuchi* (9,57 %); *Masayuki Ikegami* (9,56 %); *Tsuneyuki Yamamoto* (8,42 %); *Toshimitsu Yamasaki* (9,42 %).

151 Der bis jetzt höchste Prozentsatz der die Entlassung eines Richters befürwortenden Stimmen ist 15,17 % gewesen (im Jahre 1972). IZUMI, *Watashi* (Fn. 19) 140.

152 Zur Verfassungskonformität dieses Systems OGH (Großer Senat), 20.2.1952, *Minshū* 6-2, 122 = dt. Übers. in: H.-P. Marutschke (Hrsg.), *Japanische Entscheidungen zum Verfassungsrecht in deutscher Sprache* (Köln et al. 1998) 458 ff.

sei nach vielen Kritikern ein Grund für die niedrige Ablehnungsrate. Nach ihnen solle das Verfahren so geändert werden, dass auf dem Zettel entweder ein Kreis (*maru*, マル = „Ja“ für weitere Amtsausübung) oder ein Kreuz („Nein“) angekreuzt werden müsse, sodass nicht angekreuzte, leere Stimmen weder als Ja noch als Nein für eine Fortsetzung, sondern als ungültig bewertet werden können.¹⁵³ Dann würde aber wohl die Entlassung eines OGH-Richters tatsächlich sehr einfach, sodass nur „populistische Richter“ im Amt bleiben würden.¹⁵⁴

b) *Gefahr der „populistischen Richter“?*

Die Volksprüfung kann schädlich wirken, weil die Richter in die Versuchung geraten können, populäre oder gar populistische Entscheidungen zu fällen. Eine gewisse Gefahr bringen beispielsweise die Tätigkeiten des „Bürgerkongresses für die Verwirklichung der Wahlgleichheit“ (*hitori ippyo jitsugen kokumin kaigi*, 一人一票実現国民会議).¹⁵⁵ Dieser Verein, der im Jahre 2009 von Juristen und sonstigen prominenten Persönlichkeiten als Nichtregierungsorganisation begründet wurde, strebt danach, die aus seiner Sicht unliebsamen OGH-Richter zu entlassen. Bekannterweise besteht in Japan seit langer Zeit eine Ungleichheit im Stimmgewicht (*ippyo no kakusa*, 一票の格差), die aus verfassungsrechtlicher Sicht sehr problematisch ist. Vom Bürgerkongress (und auch von anderen Bürgern) wird fast jedes Jahr¹⁵⁶ eine Klage erhoben, die sich gegen eine gesetzliche Regelung, nach der die Parlamentsitze auf Wahlkreise ungleich verteilt werden, richtet. Dementsprechend hat der Große Senat des OGH seit ca. 40 Jahren ständig darüber entschieden.¹⁵⁷ Nach mehrmaligen „Warnungen“ durch den OGH hat zwar die Ungleichheit

153 H. TANAKA, *Amerika ni okeru saiban-kan no sen'nin hōhō* [Wahlprozess der Richter in den USA], in: *Hōgaku kyōkai zasshi* 78-3 (1961) 277 (301 ff.); N. ASHIBE, *Enshū kenpō* [Übungen zum Verfassungsrecht] (2. Aufl., Tōkyō 1988) 279.

154 Vgl. J. M. MAKI, *Court and Constitution in Japan* (Seattle 1964) xx („[sic.: the public's evaluation – T.K.] seems to carry the principle of popular sovereignty to almost ridiculous extreme.“).

155 Zu diesem Verein s. auch IZUMI, *Public's Evaluation* (Fn. 19) 1772 ff.

156 In Japan wird alle drei Jahre die Hälfte der Mitglieder des Oberhauses (*sangi-in*, 参議院) neu gewählt. Da das Unterhaus (*shūgi-in*, 衆議院) heute praktisch nach freiem Ermessen vom Premierminister jederzeit aufgelöst werden kann, findet die Wahl des Unterhauses fast immer vor dem Ablauf der eigentlichen vierjährigen Wahlperiode statt. Somit werden die Mitglieder des Unterhauses auch etwa alle zwei oder drei Jahre neu gewählt. Infolgedessen findet in Japan fast jedes Jahr eine Parlamentswahl statt.

157 Vgl. statt vieler OGH (Großer Senat), 14.4.1976, *Minshū* 30-3, 223 = dt. Übers. in: Marutschke (Hrsg.) (Fn. 152) 237 ff.

mittlerweile abgenommen,¹⁵⁸ wobei das Problem noch nicht endgültig gelöst ist. Entscheidungen zu diesem Thema enthalten immer Sondervoten von einigen Richtern,¹⁵⁹ die einen Gesetzgebungsspielraum bei der Ausgestaltung des Wahlsystems großzügig einräumen. Um solche Richter zu entlassen, fordert der Bürgerkongress am Tag der Volksprüfung durch seitengroße Anzeigen in auflagenstarken Zeitungen wie *Asahi* oder *Yomiuri Shimbun* auf, diese Richter anzukreuzen. Die Ablehnungsrate der vom Bürgerkongress kritisierten Richter liegt in der Regel somit um ca. 1 % höher als bei anderen Richtern.¹⁶⁰ Ob dieser eine Prozentpunkt einen Unterschied macht, ist unklar, jedenfalls sieht aber der Bürgerkongress – und auch seine Sympathisanten – darin einen gewissen Erfolg.

c) *Würdigung*

Es scheint fragwürdig, ob man trotz des hohen finanziellen Aufwandes die Volksprüfung fortsetzen sollte.¹⁶¹ Zwar muss die Justiz – vor allem der OGH, der letztinstanzlich die Verfassungsmäßigkeit einer Norm feststellt – demokratisch legitimiert sein,¹⁶² aber das Institut der Volksprüfung ist im Hinblick auf die richterliche Unabhängigkeit höchst problematisch. Dennoch halten einige Autoren die Volksprüfung in dem Sinne für sinnvoll, dass das Interesse der Bürger an der Justiz dadurch geweckt wird.¹⁶³ Außer-

158 Zur allmählichen Verschärfung der Kontrolle durch den OGH s. Y. HASEBE, *The Supreme Court of Japan: Its Adjudication on Electoral Systems and Economic Freedoms*, *International Journal of Constitutional Law* 5 (2007) 296 (301 f.); FUJITA, *Supreme Court* (Fn. 19) 1520.

159 Die jüngste OGH-Entscheidung über die Stimmenungleichheit bei der Unterhauswahl (OGH [Großer Senat], 25.11.2015, Minshū 69-7, 2035) ist 53 Seiten lang, die Mehrheitsmeinung umfasst aber davon nur knapp 18 Seiten (!). Die Entscheidung ist mit einem ergänzenden Votum (*hosoku iken*), einem Votum (*iken*) und drei Gegenvoten (*hantai iken*) versehen (Eine englische Übersetzung ist abrufbar unter: http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=1424).

160 IZUMI, *Public's Evaluation* (Fn. 19) 1774; NISHIKAWA, *Kokumin shinsa* (Fn. 20) 15, 252.

161 *Tokuji Izumi*, ein ehemaliger OGH-Richter, spricht sich für die Abschaffung aus. Vgl. DERS., *Watashi* (Fn. 19) 150. Ebenso ist *Tokiyasu Fujita*, ein ehemaliger OGH-Richter, bezüglich der Bedeutung des Systems skeptisch. DERS., *Stellenwert* (Fn. 19) 186 f.

162 *Kōhei Nasu*, ehemaliger OGH-Richter (Amtszeit: 2006–2012), betont die Funktion der Sicherung der demokratischen Legitimation durch die Volksprüfung. DERS., „*Kokumin shinsa*“ *taiken-ki* [„Volksprüfung“: Erfahrungsbericht], *Hōsō* 796 (2017) 2 (8 f.). Ähnlich T. ABE/M. SHIYAKE, *Die Entwicklung des japanischen Verfassungsrechts von 1965–1976*, *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts* n.F. 26 (1977) 595 (610 f.).

163 FOOTE (Fn. 20) 105.

dem meinen viele ehemalige OGH-Richter, dass die Volksprüfung den Richtern eine wichtige Gelegenheit bietet, sich noch einmal ihrer großen gesellschaftlichen Verantwortung bewusst zu werden.¹⁶⁴

7. Wissenschaftliche Mitarbeiter

a) Allgemeines

Den OGH-Richtern stehen wissenschaftliche Mitarbeiter (*chōsa-kan*, 調査官) zur Verfügung (vgl. Art. 57 II GerG).¹⁶⁵ Im Jahre 2016 arbeiteten am OGH 39 Mitarbeiter (vgl. Abb. 3). Bei den wissenschaftlichen Mitarbeitern handelt es sich um erfahrene, hochkompetente Berufsrichter mit umfangreichen Rechtskenntnissen.¹⁶⁶ Die Ernennung zum wissenschaftlichen Mitarbeiter beim OGH bedeutet einen erfolgreichen Aufstieg im Beruf als Richter.¹⁶⁷ Anders als beim Bundesverfassungsgericht oder dem U.S. Supreme Court,¹⁶⁸ werden die Mitarbeiter am OGH weder einem bestimmten Richter noch einem bestimmten Senat zugeordnet, sondern arbeiten für die gesamte Organisation des OGH und bemühen sich hauptsächlich darum, eine Mehrheitsmeinung zu erzielen. Die wissenschaftlichen Mitarbeiter unterliegen also der Kontrolle des OGH-Präsidenten, aber nicht der einzelnen Richter.¹⁶⁹ Dieses System führt dazu, dass sich die Mitarbeiter wenig auf die Ansicht eines zuständigen Richters einstellen, sondern vielmehr auf die früheren Entscheidungen des Gerichts (s. u. c)).

164 J. TANAKA (Fn. 57) 127 ff.; ŌNO (Fn. 16) 110 f. Vgl. ferner TAKII, *Kawatta-ka* (Fn. 19) 7.

165 Als Insiderbericht ehemaliger wissenschaftlicher Mitarbeiter beim OGH vgl. K. HARADA, *Saiban no hijō to ninjō* [Kälte und Menschlichkeit vor Gericht] (Tōkyō 2017) 108 ff.; SEGI (Fn. 64) 31 ff.; A. KITANI, „*Muzai*“ o *minuku* [„Unschuld“ feststellen] (Tōkyō 2013) 133 ff.; SONOBE, *Ōraru* (Fn. 19) 149 ff. Ausführlich in englischer Sprache KAMIYA (Fn. 20).

166 Die Kompetenz der wissenschaftlichen Mitarbeiter wird im Allgemeinen von ehemaligen OGH-Richtern sehr hoch geschätzt. Vgl. z.B. J. TANAKA (Fn. 57) 72; FUJITA, *Kaisō-roku* (Fn. 19) 66; TAKII, *Kawatta-ka* (Fn. 19) 33; ŌNO (Fn. 16) 56; SUDŌ (Fn. 19) 29; MIYAKAWA (Fn. 19) 211; SONOBE, *Ōraru* (Fn. 19) 154. Hingegen etwas kritisch FUKUDA (Fn. 19) 180.

167 Vgl. etwa HARADA (Fn. 165) 108 f.

168 Das ursprüngliche Vorbild für die wissenschaftlichen Mitarbeiter soll allerdings das *Law-clerk*-System beim U.S. Supreme Court gewesen sein. H. KITAGAWA, *Saikō saiban-sho chōsa-kan seido ni tsuite* [Über das System der wissenschaftlichen Mitarbeiter beim OGH], in: Hōgaku Seminā (Hrsg.), *Kon'nichi no saikō saibansho: genten to genten* [Der OGH von heute: Ausgangslage und Gegenwart] (Tōkyō 1988) 110 (112).

169 IZUMI, *Ippo mae* (Fn. 19) 328.

Anders als die OGH-Richter, die kein Rechtsgebiet haben, für das sie speziell zuständig sind, sind die wissenschaftlichen Mitarbeiter – mit Ausnahme des Obersten Mitarbeiters (*shuseki chōsa-kan*, 首席調査官) – jeweils für ein bestimmtes Rechtsgebiet zuständig. 19 Mitarbeiter arbeiten in der Zivilrechtsabteilung (drei davon in Sachen geistigen Eigentums), zehn Mitarbeiter in der Verwaltungsrechts- und acht in der Strafrechtsabteilung.¹⁷⁰ Außerdem gibt es einen oben bereits erwähnten Obersten Mitarbeiter, der für die gesamte Arbeit der wissenschaftlichen Mitarbeiter verantwortlich ist. Heute hat er einen Assistenten (*shuseki chōsa-kan hosa*, 首席調査官補佐) zur Verfügung, der ebenfalls ein erfahrener Berufsrichter ist.

Zum Obersten Mitarbeiter wird man durchschnittlich im Alter von 60 Jahren ernannt. Der Oberste Mitarbeiter wird oftmals wenige Jahre später selbst zum Richter am OGH. In den einzelnen Rechtsgebieten gibt es überdies jeweils einen Obermitarbeiter (*jōseki chōsa-kan*, 上席調査官), der etwa 50 Jahre alt ist. Die restlichen Mitarbeiter sind ca. 40 Jahre alt. Vorausgesetzt werden somit mindestens zehn Jahre Erfahrung als Richter, um wissenschaftlicher Mitarbeiter am OGH werden zu können.

b) Aufgabe

Die wichtigste Aufgabe der wissenschaftlichen Mitarbeiter ist die Auswahl von wichtigen Verfahren, über die in einem Senat verhandelt werden soll.¹⁷¹ Bevor sich der für ein Verfahren zuständige Richter mit dem Fall beschäftigt, werden alle Dokumente des Verfahrens (Berufungsurteil, Revisionsbegründung etc.) zunächst von einem der wissenschaftlichen Mitarbeiter durchgelesen, der ein sog. Mitarbeiter-Gutachten (*chōsa-kan hōkoku-sho*, 調査官報告書) zu dem Fall erstellt.¹⁷² In den meisten Fällen (94–95 %¹⁷³) wird in diesem Gutachten vorgeschlagen, die Revision ohne Begründung – also mit einem sog. Dreieinhalb-Zeilen-Beschluss (s. unten V.1.) – abzuweisen. Diese sog. Umlaufsachen (*mochi mawari shingi jiken*, 持ち廻り審議事件) werden dann ohne Zusammenkunft lediglich durch Unterschreiben von allen Richtern des Senates erledigt. Die restlichen Verfahren (sog. Beratungssachen; *shingi jiken*, 審議事件) werden zwar in einer Senatsberatung besprochen, wobei weniger als die Hälfte davon am Ende in einer Entscheidung begründet werden.

170 Auffällig ist, dass es keine spezielle Abteilung für Verfassungsrecht gibt. Vgl. IZUMI (Fn. 216) 327.

171 SUDŌ (Fn. 19) 17.

172 S. TAKII, *Saikō-sai shinri to chōsa-kan* [Verhandlung am OGH und wissenschaftliche Mitarbeiter], in: Ichikawa u. a. (Hrsg.) (Fn. 20) 234 (237).

173 FUJITA, *Kaisō-roku* (Fn. 19) 70 f.

Wie genau ein Mitarbeiter-Gutachten von seinem vorgesetzten Obermitarbeiter und vom Obersten Mitarbeiter kontrolliert wird, ist nicht klar. Es kommt wohl auch auf die jeweilige Abteilung und Person an, wobei die Kontrolle in den letzten 30 Jahren tendenziell strenger geworden sein soll.¹⁷⁴ *Hiroshi Segi* zufolge gibt es auch unter den wissenschaftlichen Mitarbeitern eine strikt hierarchische, bürokratische Struktur.¹⁷⁵

Dass dem Mitarbeiter-Gutachten für die Entscheidung maßgebliche Bedeutung zukommt, gesteht *Tokiyasu Fujita*, ein ehemaliger OGH-Richter, selber in seinem Buch ein.¹⁷⁶ Die wissenschaftlichen Mitarbeiter besitzen außerdem größtenteils mehr Erfahrung bzw. tiefergehende Kenntnisse in dem jeweiligen Rechtsgebiet als der entsprechende Richter¹⁷⁷ und haben insofern einen gewissen Wissensvorsprung, der eine faktische Präjudizierung ihrer Gutachten für das Entscheidungsergebnis als nachvollziehbar erscheinen lässt. Die Tatsache, dass der zuständige wissenschaftliche Mitarbeiter – wohl seit den 1970er Jahren¹⁷⁸ – an den Beratungen des Senats teilnimmt, bestätigt auch die hohe Bedeutung der wissenschaftlichen Mitarbeiter beim OGH.¹⁷⁹

Wissenschaftliche Mitarbeiter wirken bei der Auswahl der bedeutsamen Entscheidungen maßgeblich mit, die in einer der offiziellen Entscheidungssammlungen (*minshū*, 民集 oder *keishū*, 刑集) veröffentlicht werden sollen.¹⁸⁰ Dabei entwerfen sie eine Entscheidungszusammenfassung, die ebenfalls dort veröffentlicht wird. Außerdem obliegt es bei wichtigen Entscheidungen demjenigen wissenschaftlichen Mitarbeiter, der die Entscheidung entworfen hat, eine nähere Erläuterung zu dieser Entscheidung zu schreiben. In dieser Erläuterung wird auch wissenschaftliche Literatur zitiert, während der OGH dies in seiner Mehrheitsmeinung nicht tut. Diese Mitarbeiter-Erläuterung (*chōsa-kan kaisetsu*, 調査官解説) wird daher von

174 IZUMI, *Ippo mae* (Fn. 19) 313 f.; KITANI (Fn. 165) 145; T. FUJITA (interviewt v. E. Sasada u.a.), *Fujita Tokiyasu moto saikō saiban-sho hanji e no intabyū* [Interview mit dem ehemaligen OGH-Richter Tokiyasu Fujita], Hokudai Hōgaku Ronshū 66 (2015) 296 (297). Vgl. zur früheren Praxis Y. WATABE, Stellungnahme, in: J.TANAKA (Fn. 57) 68.

175 SEGI (Fn. 64) 31.

176 FUJITA, *Kaisō-roku* (Fn. 19) 66. Er bestreitet allerdings die These der Entscheidungen durch wissenschaftliche Mitarbeiter. Vgl. u. Fn. 189.

177 Vgl. o. Fn. 53.

178 IZUMI, *Ippo mae* (Fn. 19) 312.

179 Dies soll beim Bundesverfassungsgericht nicht der Fall sein. G. LÜBBE-WOLFF, *Wie funktioniert das Bundesverfassungsgericht?* (Göttingen 2015) 24.

180 Beim OGH gibt es ein spezielles Gremium, das für die Herausgabe der Entscheidungssammlungen zuständig ist (*hanrei i'in-kai*, 判例委員会). Hierzu gehören auch OGH-Richter, aber die Vorarbeit wird durch Mitarbeiter geleistet. FUJITA, *Kaisō-roku* (Fn. 19) 194 ff.

Rechtswissenschaftlern gerne gelesen, um eine Entscheidung besser zu verstehen und zu analysieren.

c) *Exkurs: Verwaltungsrecht im Brennpunkt*

Abb. 3. Anzahl der wissenschaftlichen Mitarbeiter¹⁸¹

	Oberster Mitarb.	Abt. Zi- vilR	Abt. VerwR	Abt. StrafR	Insgesamt
1990	1	14	5	9	29
1995	1	16	5	9	31
2000	1	16	5	9	31
2005	1	17	8	10	36
2010	1	17	9	10	37
2016	1 (+ 1)	19	10	8	39

Die Anzahl der wissenschaftlichen Mitarbeiter hat in den letzten 26 Jahren zugenommen. Auffällig ist insbesondere, dass heute in der Verwaltungsrechtsabteilung im Vergleich zum Jahre 2000 doppelt so viele Mitarbeiter tätig sind. Dafür gibt es wohl verschiedene Gründe: Der JSRC (s. o. 5.c)) rügte in seinen Empfehlungen von 2001 die mangelnde gerichtliche Kontrolle des Verwaltungshandelns.¹⁸² Daraufhin wurde im Jahre 2004 das Verwaltungsprozessgesetz geändert, um besseren Rechtsschutz gegen behördliche Tätigkeit zu gewähren.¹⁸³ Auch die Anzahl der Neueingänge der verwaltungsrechtlichen Sachen beim OGH stieg von 900 im Jahre 2000 auf 1.251 im Jahre 2015.¹⁸⁴ Zwar beträgt diese Anzahl nur ein Sechstel der zivilrechtlichen Verfahren (7.223 Neueingänge im Jahre 2015), zu beachten ist jedoch, dass der Anteil der Revisionen, die in einem Senat tatsächlich verhandelt werden (*shingi jiken*, s. o.), bei verwal-

181 Dies basiert auf Angaben von FUJITA, *Kaisō-roku* (Fn. 19) 75 (von 1990 bis 2010) und <http://media.toriatez.jp/m0567/467491260237.pdf> (für 2016).

182 JSRC, Recommendations (Fn. 129) Chap. II. Para. 1. 9.

183 Hierzu H. MURAKAMI, Der effektive Rechtsschutz im japanischen Verwaltungsprozessrecht, in: Baumeister u.a. (Hrsg.), Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke (Berlin 2011) 1027 ff.; N. KADOMATSU, Judicial Governance through Resolution of Legal Disputes?, National Taiwan University Law Review 4 (2009) 141 (155 ff.).

184 Vgl. http://www.courts.go.jp/app/sihotokei_jp/search. Die tatsächliche Verfahrenszahl muss allerdings noch geringer sein – wohl etwa 75 %, weil heute viele Revisionen (Art. 312 Zivilprozessgesetz, nachfolgend ZPG) gemeinsam mit einem Antrag auf Zulassung zur Revision (Art. 318 ZPG) erhoben werden. Dazu oben Fn. 211.

tungsrechtlichen Sachen deutlich höher liegt. Nach Angabe von *Tokiyasu Fujita* gab es 217 *shingi jiken* im Verwaltungsrecht, über die er in seiner Amtszeit als Richter (30.9.2002–5.4.2010) mitentschied, während die Anzahl der *shingi jiken* im Zivilrecht bei 280 lag.¹⁸⁵ Davon wurden 125 Urteile (*hanketsu*, 判決) im Verwaltungsrecht und 160 im Zivilrecht getroffen.¹⁸⁶ Aus diesen Zahlen geht ganz klar hervor, dass sich der OGH heute intensiv mit verwaltungsrechtlichen Sachen beschäftigt.

d) *Macht der wissenschaftlichen Mitarbeiter*

David J. Danelski, ein US-amerikanischer Politikwissenschaftler, bemerkte 1969 zu Recht, dass die gesamte Mitgliederzahl des japanischen OGH fast gleich mit derjenigen des alten Großen Kassationshofs wäre, wenn die wissenschaftlichen Mitarbeiter – damals 30 – mit den 15 Richtern zusammengezählt würden.¹⁸⁷ Dies könnte zwar ein bloßer Zufall sein, deutet wohl aber vielmehr an, dass eine ungebrochene Kontinuität zwischen dem früheren Großen Kassationshof und dem heutigen OGH besteht. Dass die wissenschaftlichen Mitarbeiter beim OGH einen großen Einfluss auf Entscheidungen ausüben, scheint kein Geheimnis zu sein. Zwar verneinen manche ehemaligen OGH-Richter die oft geäußerte Vermutung,¹⁸⁸ dass Entscheidungen von den wissenschaftlichen Mitarbeitern getroffen werden (*chōsa-kan saiban*, 調査官裁判).¹⁸⁹ *Itsuo Sonobe*, einem ehemaligen wissenschaftlichen Mitarbeiter beim OGH und späteren OGH-Richter (Amtszeit: 1989–99), zufolge sei eine solche Behauptung der OGH-Richter im Hinblick auf seine eigenen Erfahrungen letztendlich nicht richtig, da es in der Praxis nur in extremen Fällen möglich sei, dass ein Richter seine eigene Ansicht gegen diejenige der

185 FUJITA, *Kaisō-roku* (Fn. 19) 74.

186 FUJITA, *Kaisō-roku* (Fn. 19) 74.

187 D. J. DANELSKI, *The Supreme Court of Japan: An Exploratory Study*, in: Schubert/Danelski (Hrsg.), *Comparative Judicial Behaviour* (New York 1969) 121 (153 Fn. 41).

188 T. SHIMADA, *Chōsa-kan saiban* [Entscheidungen durch wissenschaftliche Mitarbeiter], *Hanrei Taimuzu* 201 (1967) 284 ff.; S. IWAMATSU, *Aru saiban-kan no ayumi* [Das Leben eines Richters] (Tōkyō 1967) 289 ff.; MAINICHI SHIMBUN SHAKAI-BU (Fn. 15) 17 ff. Vgl. auch KAMIYA (Fn. 20) 1622 ff.

189 In jüngster Zeit T. FUKAZAWA, *Hōtei ni nozomu* [In den Gerichtssaal hineinschauen] (Tōkyō 2011) 10; MIYAKAWA (Fn. 19) 211 f.; TAHARA (Fn. 19) 19 f.; FUJITA, *Kaisō-roku* (Fn. 19) 46, 67; SUDŌ (Fn. 19) 30. Alle Autoren betonen, dass nicht die wissenschaftlichen Mitarbeiter, sondern die Richter am Ende verantwortlich entscheiden. Laut ihnen soll es immer Fälle geben, in dem ein ursprünglicher Lösungsvorschlag von wissenschaftlichen Mitarbeitern durch Richter korrigiert wird. Sie schreiben allerdings auf der anderen Seite, dass ein Urteilsentwurf zuerst von wissenschaftlichen Mitarbeitern verfasst wird. Dies wird wohl heute unter den OGH-Richtern überhaupt nicht als Problem angesehen.

wissenschaftlichen Mitarbeiter durchsetzt.¹⁹⁰ Der Grund liege laut ihm darin, dass ein wissenschaftlicher Mitarbeiter in schwierigen Fällen gemeinsam mit anderen Kollegen derselben Abteilung über den Fall recherchiert und eine Lösung ausfindig macht.¹⁹¹ Wie oben beschrieben besitzen die wissenschaftlichen Mitarbeiter, die einer bestimmten Abteilung angehören, oft tiefer gehende Kenntnisse in dem jeweiligen Rechtsgebiet. Beispielsweise gibt der ehemalige OGH-Richter *Masamichi Okuda* offen zu, dass er sich während des Gesprächs mit einem wissenschaftlichen Mitarbeiter fühlte, als ob er einen „Privatunterricht nähme, ohne Gebühren zu zahlen“.¹⁹²

Außerdem kann man nicht verkennen, dass der Oberste Mitarbeiter, der 1968 neu eingeführt wurde, nicht einer bestimmten Abteilung angehört, sondern die gesamte Arbeit der wissenschaftlichen Mitarbeiter beaufsichtigt. 1981 wurde ferner die Stelle des Obermitarbeiters in den einzelnen Abteilungen geschaffen. Dadurch wurde die hierarchisch-bürokratische Struktur der wissenschaftlichen Mitarbeiter verstärkt.¹⁹³ Nach *Tokuji Izumi*, einem ehemaligen OGH-Richter, der früher ebenfalls als wissenschaftlicher Mitarbeiter beim OGH tätig gewesen war, beharren die heutigen wissenschaftlichen Mitarbeiter auf ihrer Meinung, vermutlich deshalb, weil ihr Gutachten schon durch den Ober- und Obersten Mitarbeiter genehmigt wurde und sie den Gesichtsverlust dieser Vorgesetzten zu vermeiden suchen.¹⁹⁴ Vor diesem Hintergrund schlägt er vor, allen Richtern jeweils einen persönlichen Referenten (*law clerk*) zur Verfügung zu stellen, mit dem er frei über Fälle diskutieren und somit seine Gedanken vertiefen kann.¹⁹⁵

Das hierarchisch-bürokratisch strukturierte System der wissenschaftlichen Mitarbeiter trägt viel zur Kontinuität der Rechtsprechung bei, aber gerade darin liegt der Grund für die Starrheit und den Konservatismus der OGH-Rechtsprechung.¹⁹⁶ Die OGH-Entscheidungen sind schwer abänder-

190 SONOBE, *Ōraru* (Fn. 19) 154.

191 SONOBE, *Ōraru* (Fn. 19) 154. Vgl. auch KAMIYA (Fn. 20) 1608 f. („Exchanges of views among research judges are informal and very frequent, and every research judge I have met refers to these exchanges as extremely helpful. [...] The physical conditions also promote mutual accessibility and the daily exchange of ideas in that two or three research judges share one room, and rooms belonging to one chamber are clustered and occupy the same floor within the fortress-like Supreme Court Building.“)

192 OKUDA (Fn. 19) 11. Dort bezeichnet er wissenschaftliche Mitarbeiter als „Lehrer“ (*sensei*, 先生).

193 Vgl. Y. ABE (Fn. 123) 269 ff.; SEGI (Fn. 64) 31.

194 IZUMI, *Ippo mae* (Fn. 19) 313 f.

195 IZUMI, *Ippo mae* (Fn. 19) 327 ff. Vgl. auch YAGUCHI (Fn. 19) 248, 271; FUKUDA (Fn. 19) 187. Vgl. auch MIHIRA, *Iken shinsa-sei* (Fn. 20) 196.

196 N. KAWAGISHI, Japanese Supreme Court: An Introduction, National Taiwan University Law Review 8 (2013) 231 (236).

bar, selbst wenn ein Richter dies will. Wissenschaftliche Mitarbeiter achten immer sehr auf die früheren Entscheidungen und suchen nicht selber nach einer kreativen Lösung, gerade weil sie keine Richter sind.¹⁹⁷ Die heutige übermäßige Macht der wissenschaftlichen Mitarbeiter scheint die Rechtsfortentwicklung zu verhindern. Um diesem Problem entgegenzutreten, scheint neben der Einführung des persönlichen Referenten noch die Spezialisierung der einzelnen Richter notwendig (s. o. 5.c)).

IV. DAS SONDERVOTUM

Die Meinungen der einzelnen Richter sind zu veröffentlichen (Art. 11 GerG; vgl. Art. 13 Verfahrensgeschäftsordnung des OGH).¹⁹⁸ Diese Regelung, die schon seit ca. 70 Jahren existiert, gilt nur beim OGH und nicht bei anderen Instanzgerichten. Das Institut des Sondervotums kannte auch der Große Kassationshof nicht. Insofern war dies ein Novum nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs. In der kontinentaleuropäischen *Civil Law*-Tradition war die Veröffentlichung eines Sondervotums eher verpönt, weil man dachte, dass das Sondervotum dem Ansehen und der Autorität der Gerichte schaden könne: Nach herkömmlicher Auffassung sollte nämlich jede richterliche Entscheidung nach außen als Spruch des Gerichts in seiner Gesamtheit erscheinen.¹⁹⁹

In Deutschland wird ausnahmsweise bei Entscheidungen des BVerfG eine abweichende Meinung veröffentlicht. Allerdings unterscheidet sich das Sondervotum-System beim japanischen OGH in zwei Punkten.

1. Große Anzahl von veröffentlichten Sondervoten

Erstens werden beim japanischen OGH deutlich mehr Sondervoten verfasst. Beim deutschen BVerfG wurden von 1971 bis 2015 nur 158 Entscheidungen mit Sondervoten getroffen, also etwa vier Fälle pro Jahr.²⁰⁰ Dahingegen wurden beim japanischen OGH allein im Jahre 2015 13 Entscheidungen mit Sondervoten getroffen. Manche davon enthielten sogar mehrere Sondervoten, weshalb die Gesamtzahl von Sondervoten im Jahre 2015 bei 29 lag. *Chihara*

197 TAKII, *Chōsa-kan* (Fn. 172) 241 ff.; ŌNO (Fn. 16) 58.

198 Zur Geschichte und Diskussion ausführlich M. MIYUKI, *Nihon ni okeru saikō saiban-sho no shōsū iken* [Sondervoten beim japanischen OGH], in: Ōbayashi/Mihira (Hrsg.), *Saikō-sai* (Fn. 20) 1 ff. m.w.N. Aus (verfassungs-)rechtsvergleichender Perspektive s. A. v. BRÜNNECK, *Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien*, 1992, 48 ff.

199 Dazu K.-G. ZIERLEIN, *Erfahrungen mit dem Sondervotum beim Bundesverfassungsgericht*, *Die Öffentliche Verwaltung* 1981, 83 (87).

200 http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2016/gb2016/A-I-7.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

Watanabe zufolge wurden beim OGH im Zeitraum von 2000 bis 2010 insgesamt 421 Sondervoten veröffentlicht.²⁰¹ Rein statistisch ist die Anzahl der Sondervoten im Vergleich zu Deutschland in Japan also fast zehnmal so groß. Gelegentlich wird von ehemaligen OGH-Richtern darauf hingewiesen, dass die Berufsrichter am OGH tendenziell öfter der Meinung sind, dass sie sich möglichst darum bemühen sollten, eine stabile Mehrheitsmeinung zu bilden, und deshalb eher seltener Sondervoten schreiben.²⁰² In den letzten Jahren gab es jedoch auch einige freie, kritische – man könnte fast sagen: „kämpferische“ – Berufsrichter beim OGH.²⁰³ Was das Sondervotum angeht, dürfte man wohl einen Richter nicht – jedenfalls nicht pauschal – mit Blick auf sein ehemaliges Berufsfeld beurteilen.

2. Drei Arten von Sondervoten

Der zweite Unterschied liegt darin, dass der Richter beim OGH sein eigenes Sondervotum verfassen kann, auch wenn er sowohl die Mehrheitsentscheidung als auch ihre Begründung für richtig hält. Es gibt in Japan nämlich nicht nur eine *abweichende* Meinung (§ 30 II S. 1 BVerfGG) – diese entspräche dem *Gegenvotum* (反対意見, *hantai iken*) und *Votum* (意見, *iken*) in japanischer Rechtssprache – sondern auch ein *ergänzendes* *Votum* (補足意見, *hosoku iken*). Die Gründe für das Verfassen eines ergänzenden *Votums* können völlig unterschiedlich sein: Dort kann der Richter seinen persönlichen Standpunkt zu der Mehrheitsmeinung hervorheben oder einem Sondervotum eines anderen Richters widersprechen. Er kann zudem dort versuchen, eine Theorie der Mehrheitsmeinung näher zu untermauern. Oft wird in einem ergänzenden *Votum* erläutert, inwieweit das Argument der Entscheidung auf andere Fallgruppen übertragbar ist. Gelegentlich wird in einem ergänzenden *Votum* zudem der Wunsch nach einer gesetzgeberischen Maßnahme geäußert, um das Problem zu lösen.

Wer nur der Begründung der Mehrheitsmeinung nicht zustimmen kann, muss ein *Votum* schreiben, in welchem andere Argumente als in der Mehrheitsmeinung angeführt werden. Die Verfasser eines *Votums* halten aber,

201 C. WATANABE, *Heisei-ki no saikō saiban-sho* [Der OGH in der Heisei-Zeit], in: Ichikawa u.a. (Hrsg.) (Fn. 20) 2 (15)

202 FUJITA, *Kaisō-roku* (Fn. 19) 158; ITŌ (Fn. 13) 83 f.; ŌNO (Fn. 16) 109, 111 f.

203 Das bedeutendste Beispiel war Richter *Tokuji Izumi*. In seiner ca. sechsjährigen Amtszeit (November 2002 bis Januar 2009) schrieb er 36 Sondervoten, wovon 25 *Gegenvoten* waren. Er ist ein Mitglied vom Bürgerkongress für die Verwirklichung der Wahlgleichheit (s.o. III.6.b)) und spricht heute noch aktiv über die Probleme des OGH. Er war vor seiner Amtszeit als OGH-Richter lange am Generalsekretariat tätig und bekleidete dort sogar das Amt des Leiters.

anders als im Falle eines Gegenvotums, das Ergebnis der Mehrheitsmeinung als solches für richtig.

3. Hohe Akzeptanz in der Praxis und Wissenschaft

Gegen die Veröffentlichung der Sondervoten beim OGH wurde bisher kein grundsätzlicher Einwand erhoben. Vielmehr befürworten die meisten Rechtswissenschaftler und auch ehemalige OGH-Richter ausdrücklich die Institution der Sondervoten.²⁰⁴ Die Sondervoten sind insbesondere bei Verfassungsrechtlern beliebt, da diese eher eine liberale, unkonventionelle Auffassung, welche in der Regel die Mindermeinung darstellt, vertreten. Eine Einzelmeinung ist auch als Anknüpfungspunkt für die Volksprüfung der OGH-Richter (s. o. III.6.) von großer Bedeutung. Außerdem kann sie künftige Entscheidungen beeinflussen. Es kommt nicht selten vor, dass sich eine Mindermeinung später als Mehrheitsmeinung des Gerichts durchsetzt.²⁰⁵ Das Sondervotum trägt somit viel zur Rechtsfortbildung bei.²⁰⁶ Ferner ist darauf hinzuweisen, dass Sondervoten auch dazu dienen können, die Mehrheitsmeinung noch genauer herauszuarbeiten und inhaltlich zu verbessern, wenn man sich mit der in den Sondervoten enthaltenen Kritik auseinandersetzt.²⁰⁷ Das Sondervotum fördert auch die Glaubwürdigkeit des

204 Vgl. statt vieler IZUMI, *Watashi* (Fn. 19) iv f., 137; ITŌ (Fn. 13) 78 ff.; TAKII, *Kawatta-ka* (Fn. 19) 63, 175 f.; ŌNO (Fn. 16) 114.

205 Als Beispiel sind hier die folgenden Einzelmeinungen zu nennen: (1) Die Minderheitsmeinungen (*shōsū iken*, 少数意見) (= sie entsprächen dem heutigen Gegenvotum) von Richter *Tsuyoshi Mano* und Richter *Shigetō Hozumi* zur Verfassungswidrigkeit der strafrechtlichen Vorschrift zur sog. Aszendendentötung, in: OGH (Großer Senat), 25.10.1950, *Keishū* 4-10, 2037 (vgl. später OGH [Großer Senat], 4.4.1973, *Keishū* 27-3, 265); (2) das Gegenvotum von Richter *Toshijirō Nakajima* u.a. zur erbrechtlichen Diskriminierung nichtehelicher Kinder, in: OGH (Großer Senat), 5.7.1995, *Minshū* 49-7, 1789 (vgl. später OGH [Großer Senat], 4.9.2013, *Minshū* 67-6, 1320); (3) das Gegenvotum von Richter *Shin'ichi Kawai* u.a., in: OGH (Großer Senat), 10.11.1999, *Minshū* 53-8, 1441 sowie das Votum von Richter *Tokiyasu Fujita* u.a. zur obligatorischen Verteilung von einem Mandat auf einzelne Präfektoren (sog. *hitori betsuwaku hōshiki*, 一人別枠方式), in: OGH (Großer Senat), 13.6.2007, *Minshū* 61-4, 1617 (vgl. später OGH [Großer Senat], 23.3.2011, *Minshū* 65-2, 755); (4) das ergänzende Votum von Richter *Gen Kajitani* u.a. zu den ernstlichen Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit von Art. 3 japanisches Staatsangehörigkeitsgesetz a.F., in: OGH, 22.11.2002, *Shūmin* 208, 495 (vgl. später OGH [Großer Senat], 4.6.2008, *Minshū* 62-6, 1367).

206 *Masami Itō* zitiert in diesem Zusammenhang den berühmten Spruch von *Charles Evans Hughes*, dass das Sondervotum „an appeal [...] to the intelligence of a future day“ sei. ITŌ (Fn. 13) 80.

207 ITŌ (Fn. 13) 78.

Gerichts, weil es zeigt, dass verschiedene Argumente im Gericht sorgfältig abgewogen wurden.²⁰⁸

In einem Teil der Literatur wird es allerdings als problematisch angesehen, dass auch die Entscheidungen eines Kleinen Senates mit Sondervoten versehen werden dürfen. Im Fall des Stimmenverhältnisses von 3:2 müsste das Verfahren dem Großen Senat vorgelegt werden, was heute nicht praktiziert wird (s. unten VI.2.). Manche ehemalige OGH-Richter weisen zudem darauf hin, dass die Bedeutung der Sondervoten von Wissenschaftlern häufig zu hoch geschätzt wird, wohingegen sie in der Praxis des OGH zu wenig berücksichtigt werden.²⁰⁹

V. VERFAHRENSSTATISTIK

1. Ein Prozent – Hohe Hürde der Annahme durch den OGH

Der OGH erledigt etwa 9.000 bis 10.000 Verfahren²¹⁰ pro Jahr.²¹¹ Allerdings werden ca. 99 % von den beim OGH anhängig gemachten Verfahren ohne sachliche Begründung abgewiesen. Eine solche Nichtannahme-Entscheidung, die nur besagt, dass offensichtlich kein Revisionsgrund²¹² vor-

208 ITÖ (Fn. 13) 79; vgl. auch MIYUKI (Fn. 198) 7.

209 FUJITA, *Kaisō-roku* (Fn. 19) 197; ŌNO (Fn. 16) 105.

210 Darunter fallen nicht nur Revisionsachen (*soshō jiken*, 訴訟事件), die sich gegen ein Urteil eines Instanzgerichtes richten, sondern auch Beschwerdesachen (*kōkoku jiken*, 抗告事件), die sich gegen einen Beschluss oder eine Anordnung eines Instanzgerichtes richten, und andere verschiedene Verfahrenstypen.

211 Im Jahre 2013 wurden beispielsweise 3.818 Revisionen (ggf. gemeinsam mit einem Antrag auf Zulassung zur Revision (Art. 318 ZPG)) in Zivil- und Verwaltungssachen und 1.968 Revisionen in Strafsachen anhängig gemacht. Dazu kamen 3.853 sonstige Sachen (Insgesamt: 9.639 Neueingänge). Vgl. M. ICHIKAWA, *Saikō saiban-sho shinri no genjō to kadai* [Die gegenwärtige Situation und die Herausforderungen der Verfahren beim OGH], in: Ichikawa u.a. (Hrsg.) (Fn. 20) 206.

Nach der Justizstatistik des OGH (*shihō tōkei nenpō*, 司法統計年報; im Internet abrufbar unter: http://www.courts.go.jp/app/sihotokei_jp/search) wurden im Jahre 2015 insgesamt 7.163 Revisionsachen und 3.962 sonstige Sachen beim OGH anhängig gemacht (Insgesamt 11.125 Neueingänge). Aus dieser Statistik geht aber nicht hervor, wie viele Revisionen (Art. 312 ZPG) gemeinsam mit einem Antrag auf Zulassung zur Revision (Art. 318 ZPG) erhoben wurden, sodass die tatsächliche Anzahl der zivil- und verwaltungsrechtlichen Verfahren nicht klar ist. Zu diesem Problem s. auch PETRIDIS (Fn. 20) 240.

212 *Art. 312 ZPG – Revisionsgründe*. (1) Die Revision ist zulässig, soweit das angefochtene Urteil die Verfassung fehlerhaft auslegt oder sonst verfassungswidrig ist.

(2) Die Revision kann auch auf die folgenden Gründe gestützt werden:

1. Fehlerhafte Besetzung des erkennenden Gerichts;
2. Mitwirkung eines Richters, der durch Gesetz ausgeschlossen war;

liegt und somit die Einlegung der Revision nicht statthaft ist, wird als „Dreieinhalb-Zeilen-Beschluss (*mikudari-han kettei*, 三行半決定 oder auch: *sangyō kettei*, 三行決定)²¹³ bezeichnet.

2. Niedrige Erfolgsquote

In einer der größten juristischen Datenbanken, *Westlaw Japan*, findet man 112 OGH-Entscheidungen²¹⁴ für das Jahr 2015, wovon 33 Nichtannahme-

-
3. Verletzung der Vorschriften über die ausschließliche Zuständigkeit;
 4. Mangel in der Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters oder des Prozessbevollmächtigten zur Vornahme von Prozesshandlungen, soweit keine Bestätigung nach Art. 34 Abs. 2 mit entsprechender Anwendung von Art. 59 vorliegt;
 5. Verletzung der Vorschriften über die Öffentlichkeit der mündlichen Verhandlung;
 6. Fehlen oder Widersprüchlichkeit der Gründe einer Entscheidung.

(3) [...]

Art. 318 ZPG – Antrag auf Zulassung der Revision. (1) Ist die Revision beim Obersten Gerichtshof einzulegen, lässt dieser die Revision auf Antrag durch Beschluss zu, soweit das Endurteil im Widerspruch zu der bisherigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs, des Großen Kassationshofs oder Obergerichts als Berufungs- oder Revisionsinstanz steht, oder wichtige Auslegungsfragen von Gesetzen oder Verordnungen betroffen sind. (2–5) [...]

(Diese Übersetzung beruht im Wesentlichen auf C. HEATH/A. PETERSEN, Das japanische Zivilprozessrecht, Tübingen 2002, 107 ff.)

Art. 405 Strafprozessgesetz (nachfolgend StPG) [Zulässigkeit der Revision; Revisionsgründe]. In den folgenden Fällen ist gegen erst- oder zweitinstanzliche Urteile des Oberlandesgerichts die Revision zulässig:

1. wenn das Urteil verfassungswidrig ist oder die Verfassung fehlerhaft auslegt;
2. wenn das Urteil mit der früheren Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs nicht übereinstimmt;
3. wenn das Urteil bei Fehlen einer Präzedenzentscheidung des Obersten Gerichtshofs der Rechtsprechung des Großen Kassationshofs oder eines Obergerichts [...] widerspricht.

Art. 406 StPG [Annahme als Revisionsgericht]. Auch wenn die Revision gemäß Art. 405 nicht zulässig ist, kann der Oberste Gerichtshof als Revisionsgericht nach den Vorschriften der Gerichtsordnung die Revision zulassen, wenn anzunehmen ist, dass diese ein wichtiges Problem hinsichtlich der Gesetzesauslegung enthält, soweit das angefochtene Urteil noch nicht rechtskräftig ist.

213 *Mikudari-han* (wörtlich: dreieinhalb Zeilen) bezeichnete in der japanischen Rechtsgeschichte (bis zum Beginn der Meiji-Zeit) einen „Ehescheidungsbrief“, weil dieser aus lediglich drei Zeilen bestand, also unangemessen kurz war und keine Begründung enthielt. Zur Problematik des *mikudari-han*-Beschlusses s. Y. ABE, *Saikō-sai jōkoku fujuri jiken no shosō 2* [Verschiedene Aspekte der durch den OGH nicht angenommenen Sachen II] (Tōkyō 2011) 3 ff. m.w.N.

beschlüsse sind.²¹⁵ Das heißt, der OGH hat im Jahr 2015 nur 79 Entscheidungen mit sachlicher Begründung getroffen. Dies ist etwa 1 % aller erledigten Fälle. Darunter gab es 34 erfolgreiche Revisionen und Beschwerden, die zu einer vollständigen oder teilweisen Aufhebung des Urteils, des Beschlusses oder der Anordnung des Instanzgerichts führten. Die Erfolgsquote betrug somit etwa 0,4 %.²¹⁶

Diese Situation scheint verbesserungsbedürftig zu sein, zumal der weit aus überwiegende Teil der Revisionen heute ohne Angabe eines konkreten Fehlers mit einem Dreieinhalb-Zeilen-Beschluss abgewiesen wird. Zu beachten ist, dass der OGH kein bloßes Verfassungsgericht ist, das ein Berufungsurteil nur im Hinblick auf die Auslegung der Verfassung überprüft, sondern vielmehr ein drittinstanzliches Fachgericht darstellt. Die Statistik zeigt, dass eine Revision in Japan beinahe ausgeschlossen ist. Die Erfolgsaussichten sind insbesondere bei strafrechtlichen Revisionen in Japan äußerst gering: Im Jahre 2015 hatte beispielsweise *keine* der durch den OGH entschiedenen 1.565 Revisionen Erfolg.

3. Geringe Anzahl verfassungsrechtlicher Entscheidungen

Im Jahre 2015 hat sich der OGH insgesamt 13 Fällen mit verfassungsrechtlichen Fragen beschäftigt. Bemerkenswert ist dabei, dass davon nur drei Fälle im Großen Senat verhandelt wurden. Angesichts der beschränkten Kompetenz des Kleinen Senats ist dies ein großes Problem (s. unten VI.2.). Die Statistik zeigt ferner, dass mehr als 80 % der begründeten OGH-Entscheidungen kein verfassungsrechtliches Problem betreffen. Der OGH scheint stets mit einer Flut von Revisionen so überfordert zu sein, dass er sich nur selten mit verfassungsrechtlichen Fragen beschäftigen kann.²¹⁷

214 (1) Die vom Großen Senat am 25.11.2015 getroffenen zwei Urteile, (2) die vom 2. Kleinen Senat am 28.9.2015 getroffenen zwei Beschlüsse, (3) die vom 2. Kleinen Senat am 5.6.2015 getroffenen zwei Urteile, (4) die vom 2. Kleinen Senat am 1.6.2015 getroffenen zwei Urteile, (5) die vom 3. Kleinen Senat am 15.4.2015 getroffenen zwei Beschlüsse und (6) die vom 2. Kleinen Senat am 22.1.2015 getroffenen zwei Beschlüsse werden angesichts der identischen Begründungen jeweils als eine Entscheidung gezählt.

215 Aufgerufen am 17.4.2017.

216 Laut Angabe eines ehemaligen OGH-Richters *Tokuji Izumi* liegt die Erfolgsquote in zivil- und verwaltungsrechtlichen Revisionen etwa bei 1,7 % und in strafrechtlichen Revisionen bei 0,1 %. *IZUMI, Sho-mondai* (Fn. 127) 329.

217 So auch JSRC, *Recommendations* (Fn. 129) Chap. I, Para. 2, 1; *SONOBE, Jū-nen* (Fn. 19) 202; *KAWAGISHI* (Fn. 196) 236.

VI. EINZELNE PROBLEME DES GERICHTSVERFAHRENS

1. *Die mündliche Verhandlung als bloße Zeremonie?*

Gesetzlich *kann* der OGH eine Revision ohne mündliche Verhandlung abweisen, wenn er zu der Auffassung gelangt, dass die Revision unbegründet ist (Art. 319 JZivPG, Art. 408 JStPG). Dies bedeutet aber naturgemäß nicht, dass der OGH eine mündliche Verhandlung nicht ansetzen *darf*, wenn die Revision möglicherweise unbegründet ist. Gleichwohl findet eine mündliche Verhandlung beim OGH heute nur dann statt, wenn die Mehrheit der Richter davon überzeugt ist, dass ein Berufungsurteil aufgehoben werden soll. Das heißt, das Entscheidungsergebnis wird den betroffenen Parteien und auch der Öffentlichkeit schon dann klar, wenn der OGH bekanntmacht, dass er (k)eine mündliche Verhandlung ansetzt. Diese starre Handhabung von mündlichen Verhandlungen soll bis etwa 1980 nicht immer der Fall gewesen sein,²¹⁸ aber heute ist diese Übung – wohl wegen der Überlastung der Richter – in der Praxis ziemlich gefestigt. Infolgedessen kommt der mündlichen Verhandlung beim OGH nur eine zeremonielle, symbolische Bedeutung zu. Es kommt nicht selten vor, dass die Parteien ein vorher geschriebenes Manuskript vor den Richtern vorlesen und die Verhandlung damit endet.²¹⁹ Dies ist nachvollziehbar, da sie wissen, dass ein Berufungsurteil ohnehin aufgehoben wird und sie somit keinen Einfluss mehr auf das Ergebnis haben.

Es gibt allerdings zwei Ausnahmen: Im Fall der Überprüfung eines Todesurteils von einem Obergericht sowie bei der Verhandlung des Großen Senates findet immer eine mündliche Verhandlung statt.

2. *Vorlage beim Großen Senat als Herausforderung*

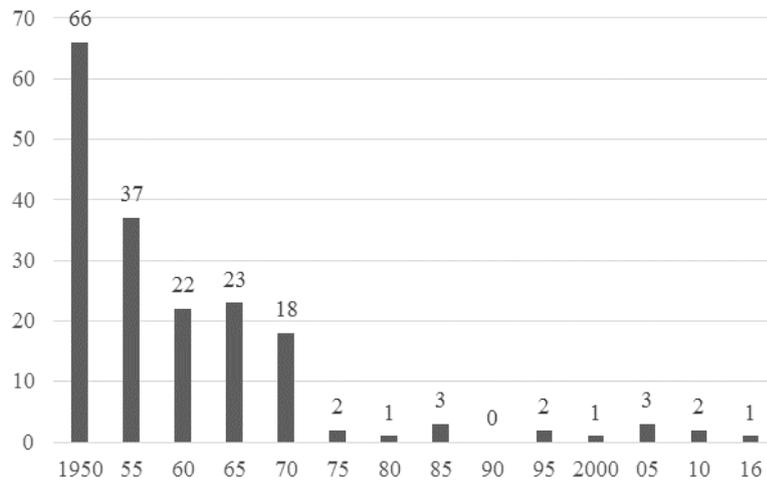
Die allermeisten Entscheidungen werden heute in einem Kleinen Senat getroffen. Die Anzahl der Entscheidungen des Großen Senates nahm von 1950 bis 1975 immer weiter ab, sodass heute jährlich nur ein paar Verfahren im Großen Senat verhandelt werden.²²⁰ *Tokuji Izumi* zufolge achtet sogar der OGH darauf, dass er zumindest *ein* Verfahren pro Jahr beim Großen Senat verhandelt, um nach außen den Schein zu wahren, dass der Große Senat funktioniert.²²¹

218 ŌNO (Fn. 16) 45; TAKII, *Kawatta-ka* (Fn. 19) 25.

219 Dieser formale Charakter der mündlichen Verhandlung beim OGH wird oft von den ehemaligen Richtern kritisiert. ITŌ (Fn. 13) 10 f.; ŌNO (Fn. 16) 44 ff.; TAKII, *Kawatta-ka* (Fn. 19) 25 ff.; FUJITA, *Kaisō-roku* (Fn. 19) 50.

220 ICHIKAWA (Fn. 211) 203 bei Fn. 5.

221 IZUMI, *Ippo mae* (Fn. 19) 80 f.

Abb. 4. Anzahl der Entscheidungen des Großen Senats²²²

Es ist verständlich, dass die OGH-Richter dazu neigen, die Fälle möglichst im Kleinen Senat zu behandeln, wenn man die Tatsache bedenkt, dass alle Richter durchgehend mit einer Fülle von Verfahren überlastet sind. Aber die geringe Anzahl der Entscheidungen des Großen Senats zeigt gerade, dass der OGH seine Aufgabe als Verfassungsgericht nicht ausreichend erfüllt. Bei verfassungsrechtlichen Entscheidungen durch einen Kleinen Senat wird stets auf eine frühere Entscheidung des Großen Senats verwiesen, da sich ein Kleiner Senat nicht mit einer neu aufgeworfenen Verfassungsfrage beschäftigen darf. Indem ein Kleiner Senat in seinen Entscheidungsgründen ausführt, dass das Ergebnis des zu entscheidenden Falls angesichts der darin herangezogenen Präzedenzentscheidung klar sei (*shushi ni chōshite akiraka*, 趣旨に徴して明らか), tut er so, als ob es kein Bedürfnis gebe, über ein neu aufgetauchtes Verfassungsproblem zu entscheiden. Allerdings geht es bei dem genannten Präzedenzfall oft um einen ganz anderen Sachverhalt, und man findet in der Entscheidung nicht selten keinen Anhaltspunkt zur Lösung des neuen Falls. Damit wird die Reichweite der früheren Entscheidung des Großen Senats zu Unrecht erweitert.²²³ Außerdem ist nicht zu übersehen, dass die Rechtsprechung des OGH faktisch kaum abänderbar

222 Vgl. M. ICHIKAWA, *Saikō saiban-sho* [Der OGH], in: Ichikawa u.a. (Hrsg.), *Gendai no saiban* [Gerichtsverfahren in der Gegenwart] (6. Aufl., Tōkyō 2013) 62 (69).

223 ŌNO (Fn. 16) 89, 99; TAKII, *Kawatta-ka* (Fn. 19) 45; ICHIKAWA (Fn. 222) 69; ITŌ (Fn. 13) 129 ff.; IZUMI, *Watashi* (Fn. 19) 176 ff.

ist, weil ein Revisionsverfahren nur in einem extremen Ausnahmefall dem Großen Senat vorgelegt wird.

Alle zugelassenen Revisionen, die umstrittene Probleme der Gesetzesauslegung oder verfassungsrechtliche Fragen beinhalten, müssen eigentlich im Großen Senat verhandelt werden. Dies betonen auch ehemalige OGH-Richter.²²⁴ Beim OGH kommt es nicht selten vor, dass einer Entscheidung des Kleinen Senats eine abweichende Meinung von einem – oder sogar von zwei – Richter(n) gegenübersteht. Ein solcher Fall müsste dem Großen Senat vorgelegt werden, da die Wahrscheinlichkeit nicht gering ist, dass der Große Senat anders entscheidet.²²⁵

Für die Unwilligkeit der OGH-Richter, ein Verfahren dem Großen Senat vorzulegen, gibt es zwei Gründe: Erstens möchten sie durch die Vorlage beim Großen Senat die Richter anderer Senate nicht überfordern.²²⁶ Zweitens ist die Anzahl von 15 Richtern beim Großen Senat zu hoch, sodass die Richter ungerne dort verhandeln.²²⁷ Vielen Richtern – und wohl auch wissenschaftlichen Mitarbeitern – ist bewusst, dass eine Verhandlung im Großen Senat im Hinblick auf die schwer zu erzielende Einigkeit bei der Urteilsfindung bzw. Begründung mühsam ist und sehr lange dauert.²²⁸

3. (Un-)Möglichkeit des japanischen Certiorari-Systems

Durch die Änderung des JZivPG von 1996, die u. a. die Beschränkung der Revisionsgründe und die Einführung des Antrags auf Zulassung der Revision (*jōkoku juri mōshitate*, 上告受理申立て) zum Gegenstand hatte, versuchte man der permanenten Überforderung des OGH zu begegnen, die Situation hat sich

224 SONOBE, *Ōraru* (Fn. 19) 179 ff., 226 ff.; IZUMI, *Watashi* (Fn. 19) 177; YAGUCHI (Fn. 19) 277 f. Am Anfang wurde die Entscheidung mit 15 Richtern als Regel gedacht und die Entscheidung durch Kleine Senate als Ausnahme. Vgl. OPPLER, *The Reform* (Fn. 142) 307.

225 So auch SONOBE, *Ōraru* (Fn. 19) 183 f.

226 So die ehemaligen OGH-Richter fast einstimmig ŌNO (Fn. 16) 89; TAKII, *Kawattaka* (Fn. 19) 44 f., 54; IZUMI, *Ippo mae* (Fn. 19) 80; OKUDA (Fn. 19) 209; YOMIURI SHINBUN SHAKAIBU, *Dokumento saiban-kan* [Dokumentar: Richter] (Tōkyō 2002) 186 (Stellungnahme von Hideo Chikusa).

227 Manche ehemaligen OGH-Richter klagen über die große Richterzahl des Großen Senats. Vgl. T. MANO, *Saikō saiban-sho kikō kaikaku no kihon mondai* [Grundprobleme der Reform des OGH], *Jurisuto* 71 (1954) 2 (6); K. TANAKA, *Kenpō to genkō shihō no sho-mondai* [Probleme der Verfassung und der heutigen Justiz], *Jurisuto* 163 (1958) 2 (6); J. TANAKA (Fn. 57) 45; ITŌ (Fn. 13) 130.

228 Entscheidungen des Großen Senats enthalten meistens mehrere Sondervoten. Für ein Beispiel s.o. Fn. 159.

jedoch nicht verbessert.²²⁹ Der Antrag auf Zulassung der Revision erlaubt eigentlich dem OGH eine Annahme *nach Ermessen* und ähnelt somit dem US-amerikanischen *Certiorari*-System. In der japanischen Praxis werden aber auch diese Anträge ziemlich genau überprüft. *Shigeo Takii* zufolge kann der OGH die Praxis nicht grundlegend ändern, weil im Bewusstsein der Bürger – und auch der Staats- und Rechtsanwälte – die Vorstellung zu tief verwurzelt ist, dass gegen ein Urteil des Obergerichts noch eine Revisionsmöglichkeit besteht (Stichwort: „Es gibt noch den OGH!“, „*mada saikō-sai ga aru!*“, 「まだ最高裁がある！」²³⁰).²³¹ Außerdem funktioniert der Antrag auf Zulassung zur Revision im Strafprozessrecht (Art. 406 JStPG) (*jiken juri no mōshitate*, 事件受理の申立) kaum.²³² In diesem Zusammenhang ist die folgende Ausführung von *Masako Kamiya* wichtig:

„[R]esearch judges take extreme care and will go the extra mile to scrutinize all documents available so as not to miss any errors in factual findings. The pressure that research judges feel in reaching *the* right conclusion is probably much greater than that felt by law clerks at the United States Supreme Court, which does not define itself as a court of final correction.“²³³

Dies bezieht sich zwar auf die Arbeit von wissenschaftlichen Mitarbeitern, das Pflichtgefühl der OGH-Richter ist aber wohl nicht sehr anders: Viele OGH-Richter denken, dass sie alle Fehler von Instanzgerichten beseitigen müssen.²³⁴ Nicht selten wird ein Berufungsurteil wegen einer fehlerhaften Feststellung der tatsächlichen Verhältnisse aufgehoben. Dies spiegelt die hohe Erwartung der Bürger wider, aber auch die Richter selbst können ihre Aufgabe nicht beschränken: Wegen des „konkret auf den Einzelfall bezogenen Pragmatismus“²³⁵ der japanischen Juristen fällt ihnen besonders schwer, sich auf die abstrakte Rechtsauslegung zu konzentrieren.²³⁶

229 L. NOTTAGE, *Civil Procedure Reforms in Japan: The Latest Round*, ZJapanR/J.Japan.L 18 (2004) 204 (205) m.w.N.; PETRIDIS (Fn. 20) 229 ff.

230 Dieser bekannte Spruch wurde durch den Film „*Mahiru no ankoku* (真昼の暗黒)“ („Finsternis am Mittag“) von *Tadashi Imai* (1956) berühmt, der den sog. *Yakai*-Fall (八海事件) zum Gegenstand hatte.

231 TAKII, *Kawatta-ka* (Fn. 19) 47 f.; SONOBE, *Jū-nen* (Fn. 19) 203.

232 TAKII, *Kawatta-ka* (Fn. 19) 47 f.

233 KAMIYA (Fn. 20) 1614 (Hervorhebung im Original).

234 Vgl. z.B. SUDŌ (Fn. 19) 16, 21 f.; IMAI (Fn. 19) 11; FUJITA, *Kaisō-roku* (Fn. 19) 218 f.

235 G. RAHN, *Rechtsdenken und Rechtsauffassung in Japan* (München 1990) 408.

236 Die folgende Tendenz, die der amerikanische Rechtsgelehrte *John Henry Wigmore* vor knapp 130 Jahren als wesentliches Charakteristikum der japanischen Richter bezeichnete, scheint heute noch – und zwar auch für OGH-Richter – zu gelten: „to consider all the circumstances of individual cases, to confide the relaxation of principles to judicial discretion, to balance the benefits and disadvantages of a given

Da es – sowohl unter den Richtern als auch unter den Bürgern – keinen Konsens darüber gibt (und auch nicht geben wird), dass sich der OGH nur auf die Fälle mit wichtigen Auslegungsfragen sowie die verfassungsrechtlichen Verfahren konzentrieren soll, ist es in der Tat schwierig, in Japan das US-amerikanische *Certiorari*-Verfahren zu praktizieren, auch wenn dies heute gesetzlich möglich – oder sogar vorgesehen – ist.²³⁷

VII. REFORMVERSUCH IN DEN 1950ER JAHREN

In den 1950er Jahren wurde politisch heftig diskutiert, wie man der chronischen Überlastung der OGH-Richter begegnen könne. Die damalige Diskussion bietet heute noch einen ganz wichtigen Ausgangspunkt für die Reformüberlegungen des OGH.

1. Empfehlungen der JVRAK und die Gegenreaktion des OGH

Im Jahre 1952 erreichte die Zahl der beim OGH angenommenen, aber nicht erledigten Verfahren 7.700.²³⁸ Dies war Anlass dafür, dass die JVRAK erstmals im Januar 1953 Empfehlungen über die Reform des OGH veröffentlichte.²³⁹ In der Begründung dieser Empfehlungen weist die JVRAK darauf hin, dass sich die Anzahl der Gerichtsverfahren im Vergleich zur Vorkriegszeit verdreifacht hat, aber zugleich die Richterzahl des letztinstanzlichen Gerichts auf ein Drittel reduziert wurde. Nach diesen Empfehlungen sollte der OGH deshalb auf jeden Fall vergrößert werden.

Daraufhin äußerte der OGH im September 1954 selbst seine Meinung über die Gerichtsreform.²⁴⁰ Nach Ansicht des OGH sollte die Richterzahl vielmehr reduziert werden. Neun bzw. elf Richter seien eine angemessene Anzahl. Außerdem sollten seiner Meinung nach die Kleinen Senate abgeschafft werden. Auch die Zulassungsmöglichkeit zum OGH sollte beschränkt werden, sodass sich der OGH nur auf die wichtigsten Fälle konzentrieren könne. Für die Erledigung normaler Revisionen sollten andere Gerichtsinstanzen als der OGH errichtet werden.

course, not for all time in a fixed rule, but anew in each instance – in short, to make justice personal, not impersonal“. DERS. (Hrsg.), *Law and Justice in Tokugawa Japan*, Part I: Introduction (Tōkyō 1969) 40.

237 So auch FUJITA, *Kaisō-roku* (Fn. 19) 219. Vgl. auch MIHIRA, *Iken shinsa-sei* (Fn. 20) 194 f.

238 SAIKŌ SAIBAN-SHO JIMU SŌKYOKU (Hrsg.), *Saikō saiban-sho kikō kaikaku mondai kankei shiryō* [Dokumente betreffend die Probleme der Reform des OGH], Bd. I (Tōkyō 1957) 1.

239 SAIKŌ SAIBAN-SHO JIMU SŌKYOKU (Hrsg.) (Fn. 238) 5 ff.

240 SAIKŌ SAIBAN-SHO JIMU SŌKYOKU (Hrsg.) (Fn. 238) 22 ff.

Offensichtlich wollte die JVRÄK eine gewisse Rückkehr zum früheren Großen Kassationshof, während der OGH ein US-amerikanisches Supreme Court-Modell zu verfolgen suchte.

2. Reformvorschlag des Justizministeriums

Im Januar/Februar 1956 erstellte das Justizministerium zwei konkrete Reformpläne. Während einer dieser Reformpläne („Plan A“, *kō-an*, 甲案)²⁴¹ vom OGH rundweg abgeschlagen wurde, wurde der andere („Plan B“, *otsu-an*, 乙案) Gegenstand der künftigen Diskussion. Dieser Plan sah die folgenden Änderungen vor:²⁴²

- Der OGH besteht aus dem Großen Senat und sechs Kleinen Senaten, die jeweils entweder als Zivil- oder Strafsenate klassifiziert werden.
- Der Große Senat besteht aus dem Präsidenten und weiteren acht Richtern, die ausschließlich dem Großen Senat angehören (*dai-hōtei hanji*, 大法院判事).
- Die Anzahl der Richter, die ausschließlich einem der Kleinen Senate angehören (*shō-hōtei hanji*, 小法院判事), wird auf 30 festgelegt. Sechs davon werden Vorsitzende Richter, deren Ernennung – wie bei den Richtern des Großen Senates – vom Kaiser beglaubigt wird.
- Der Große Senat entscheidet ausschließlich über (1) verfassungsrechtliche Fragen, (2) Änderungen der bisherigen Entscheidungen des OGH und (3) die Fälle, die ein wichtiges Problem hinsichtlich der Gesetzesauslegung enthalten. Sonstige Revisionen werden in einem der Kleinen Senate verhandelt.
- Im Falle des Verstoßes gegen die Verfassung kann eine Beschwerde (*igi no mōshitate*, 異議の申立) gegen eine Entscheidung eines Kleinen Senates erhoben werden. Darüber entscheidet der Große Senat.

Abb. 5. Reformplan von 1956

OGH (39 Richter)	Der Große Senat - Präsident + acht Richter des Großen Senates					
	1. Kleiner Senat Vorsitzender Richter	2. Kl. Senat	3. Kl. Senat	4. Kl. Senat	5. Kl. Senat	6. Kl. Senat
	+ vier Richter des Kleinen Senates					

Der OGH hat im Februar 1956 zum oben vorgestellten Vorschlag Stellung genommen. Es gab aber neben der Stellungnahme der Gerichtsmehrheit²⁴³

241 SAIKŌ SAIBAN-SHO JIMU SŌKYOKU (Hrsg.) (Fn. 238) 32 f.

242 SAIKŌ SAIBAN-SHO JIMU SŌKYOKU (Hrsg.) (Fn. 238) 34 f.

243 SAIKŌ SAIBAN-SHO JIMU SŌKYOKU (Hrsg.) (Fn. 238) 36 f.

noch eine Minderheitsmeinung.²⁴⁴ Allein die Tatsache, dass der OGH auch seine Mindermeinung veröffentlichen musste, zeigte, dass die Reform unter den Richtern hoch umstritten und nicht leicht durchzusetzen war. Die Gerichtsmehrheit akzeptierte den Reformplan im Großen und Ganzen, aber die Minderheit kritisierte ihn scharf, ohne Alternativen aufzuzeigen.

3. *Gesetzesentwurf von 1957 und sein Misserfolg*

Im März 1957 wurde ein Gesetzesentwurf über die Reform des OGH²⁴⁵ vom Kabinett genehmigt und in das Parlament eingebracht. Der Inhalt dieses Entwurfs war mit dem oben beschriebenen Reformplan fast identisch.

Es konnte aber letztendlich kein Konsens über den Gesetzesentwurf erzielt werden. Der Reformplan wurde nach der Auflösung des Unterhauses im April 1958 nie mehr vorgelegt. Das ursprüngliche Problem, nämlich die große Anzahl der unerledigten Verfahren, soll nach offiziellen Angaben des OGH durch die Bemühungen des Gerichts in den folgenden Jahren gelöst worden sein.²⁴⁶ Zwar gab es einige Gründe für die vorübergehende hohe Belastung der Justiz, nämlich den starken Bevölkerungszuwachs, das gesellschaftliche Chaos der Nachkriegszeit und die damit einhergehende Steigerung der Strafverfahren. Dass sich der OGH angestrengt hat und die japanische Gesellschaft wieder Ruhe und Ordnung gefunden hat, war aber wohl nicht der Hauptgrund für die Beendigung der Reformdiskussion.

Der wahre Grund für das Scheitern soll gewesen sein, dass die Meinungskluft zwischen der JVRAK, die den OGH unbedingt vergrößern wollte, und dem Generalsekretariat des OGH, das den Status quo zu bewahren suchte, letztendlich nicht überbrückt werden konnte.²⁴⁷ Teilweise wird neben dem Konflikt zwischen der JVRAK und dem OGH auch ein politisch heikles Verhältnis zwischen dem OGH und dem Justizministerium erwähnt.²⁴⁸ Nach dem Scheitern des Gesetzesentwurfs wurde 1960 von den Vertretern der JVRAK und den OGH-Richtern noch einmal versucht, einen Konsens über die OGH-Reform zu erlangen. Obwohl 13 von 15 Richtern einem Reformplan zustimmten, scheiterte der Reformversuch erneut, da das Generalsekretariat des OGH hartnäckig behauptete, dass die Organisation der ersten Instanzen verbessert werden müsse, bevor man überhaupt an eine Reform des OGH denken könne.²⁴⁹ Am Ende wurde aber sowohl die Organisation der ersten Instanzen als auch die des OGH nicht verändert.

244 SAIKŌ SAIBAN-SHO JIMU SŌKYOKU (Hrsg.) (Fn. 238) 38.

245 SAIKŌ SAIBAN-SHO JIMU SŌKYOKU (Hrsg.) (Fn. 238) 51 ff.

246 SAIKŌ SAIBAN-SHO JIMU SŌKYOKU (Hrsg.), *Saiban-sho hyaku-nen-shi* [Hundert Jahre der Gerichte] (Tōkyō 1990) 213.

247 IZUMI, *Watashi* (Fn. 19) 110.

248 E. SASADA, *Saiban seido* [Gerichtsorganisation] (Tōkyō 1997) 43 f.

4. Würdigung

Wie bereits beschrieben liegt der Ursprung der Probleme des OGH darin, dass die Rolle des OGH nicht klar bestimmt ist: Einerseits wird erwartet, dass das Gericht als Revisionsgericht alle Fehler in der Auslegung des Gesetzes durch ein Instanzgericht beseitigt. Da es aber etwa 9.000 bis 10.000 Neueingänge pro Jahr gibt, kann das Gericht mit 15 Richtern diese Aufgabe nur unzureichend erfüllen. In der Tat wird heute nur jede hundertste Entscheidung mit einer Begründung versehen. Auf der anderen Seite gibt es die Erwartung, dass der OGH noch häufiger über verfassungsrechtliche Fragen entscheidet. Dafür müsste aber zuerst die derzeitige Situation geändert werden, dass die allermeisten Verfahren in einem der Kleinen Senate verhandelt werden (s. o. VI.2.).

Um diese beiden Probleme zu bewältigen, stellt der Reformplan von 1957 eine optimale Lösung dar: Erstens hätte durch diese Reform der Überlastung der OGH-Richter begegnet werden können, sodass sie mehr Entscheidungen mit einer Begründung hätten treffen können, ohne so sehr von der Arbeit der wissenschaftlichen Mitarbeiter abhängig zu werden. Zweitens hätte sich der Große Senat als echtes Verfassungsgericht auf verfassungsrechtliche Probleme konzentrieren können. Drittens hätten sich die Richter der Kleinen Senate auf die jeweiligen Rechtsgebiete spezialisieren können, sodass sie die Fälle effektiver hätten erledigen können.

Dass sich diese Reform nicht durchsetzen konnte, wird auch heute noch bedauert.²⁵⁰ Ähnliche Reformvorschläge werden von manchen Autoren gemacht,²⁵¹ sie sind aber bisher nicht von der Politik thematisiert worden. Das bedeutet jedoch in keinem Fall, dass die oben beschriebene Reformdiskussion überflüssig geworden ist. Vielmehr befindet sich die Diskussion heute nur in einem vorübergehenden Stillstand,²⁵² weil das ursprüngliche Problem der Überlastung des Gerichts bis heute nicht richtig bewältigt

249 S. KOBAYASHI, *Saikō-sai saiban-kan-ron* [Eine Überlegung über die Richter des OGH], *Jurisuto* 469 (1971) 135 (140). *Shunzō Kobayashi* war Rechtsanwalt und von 1951 bis 1958 als OGH-Richter tätig.

250 IZUMI, *Watashi* (Fn. 19) 111 f.; SONOBE, *Jū-nen* (Fn. 19) 192 ff., 347, 358. Y. ABE (Fn. 123) 259. Vgl. auch TONAMI (Fn. 133) 1243 f.; K. SATO, *Nihon-koku kenpō-ron* [Lehre von der Japanischen Verfassung] (Tōkyō 2011) 625.

251 E. SASADA, *Shihō no hen'yō to kenpō* [Transformation der Justiz und Verfassung] (Tōkyō 2008) 16 ff. Zustimmend MIHIRA, *Iken shinsa-sei* (Fn. 20) 195; J. SHISHIDO, *Iken shinsa-sei* [System der Verfassungskontrolle], in: Koyama/Komamura (Hrsg.), *Ronten tankyū kenpō* [Vertiefung der einzelnen Themen der Verfassung] (2. Aufl., Tōkyō 2013) 347 (351). Zur Einführung eines organisatorisch verselbstständigten Verfassungsgerichts s. ITŌ (Fn. 13) 133 ff.; MIYAJI (Fn. 12) 96; HATAJIRI (Fn. 13) 719 ff. TONAMI (Fn. 13) 31 f. befürwortet die Einführung eines Fachsenates für verfassungsrechtliche Streitigkeiten im OGH.

252 KANEKO / TAKESHITA (Fn. 79) 160.

worden ist. Wie der ehemalige OGH-Richter *Itsuo Sonobe* zu Recht betont, kann das heutige Ungleichgewicht zwischen der übermäßigen Anzahl der Revisionen, die jeweils ganz unterschiedliche Rechtsgebiete zum Gegenstand haben, und der geringen Richterzahl nicht nur durch die Verstärkung des Unterstützungsorgans – etwa den Einsatz von mehr wissenschaftlichen Mitarbeitern – beseitigt werden.²⁵³ Denn die Entscheidung muss letztendlich immer durch die Richter getroffen werden, die wiederum über die dazu nötige Fähigkeit und Zeit verfügen müssen.

VIII. FAZIT UND AUSBLICK

Abschließend werden hier die aktuellen Probleme des Gerichts sowie mögliche Lösungswege in Thesen zusammengefasst:

1. OGH-Richter sind durchgehend überlastet: Dies führt zum einen dazu, dass sie immer mehr von der Arbeit der wissenschaftlichen Mitarbeiter abhängig werden, und zum anderen dazu, dass sie versuchen, möglichst viele Verfahren ohne Begründung abzuweisen.
2. Obwohl nur der Große Senat befugt ist, die bisherige Rechtsprechung des OGH zu ändern, über eine neu aufgeworfene Verfassungsfrage zu entscheiden und ggf. die Verfassungswidrigkeit einer Rechtsnorm festzustellen, werden in der Praxis die allermeisten Fälle in einem der Kleinen Senate verhandelt. Der Grund liegt zum einen in der Überlastung der Richter, aber zum anderen darin, dass die Richterzahl des Großen Senats zu groß ist.
3. Um der chronischen Überlastung der OGH-Richter zu begegnen, sollte die Umsetzung des vor 60 Jahren knapp gescheiterten OGH-Reformplans nochmals in Erwägung gezogen werden, nach dem der OGH aus einem Großen Senat mit neun Richtern und weiteren sechs Kleinen Senaten mit jeweils fünf Richtern bestehen sollte.
4. Nicht nur wegen der hohen Hürde der Vorlage beim Großen Senat, sondern auch wegen der übermäßigen Macht der wissenschaftlichen Mitarbeiter, die nicht selbstständig einzelne Richter unterstützen, sondern gemeinsam für die gesamte Institution des OGH arbeiten, ist die Änderung der Rechtsprechung des OGH äußerst schwierig geworden. Um die Präsenz der einzelnen Richter zu verstärken, muss neben den wissenschaftlichen Mitarbeitern ein persönlicher Referent, der einen bestimmten Richter unterstützen soll, eingeführt werden. Außerdem soll klargestellt werden, wer für welches Rechtsgebiet als Berichterstatter zuständig ist, so dass alle Richter ihre eigene Stärke im Gericht entfalten können.
5. Das Ernennungsverfahren der OGH-Richter muss transparenter ausgestaltet werden. Die Volksprüfung hat sich lange als unergiebig erwiesen und

²⁵³ SONOBE, *Jū-nen* (Fn. 19) 189.

ist auch im Hinblick auf die richterliche Unabhängigkeit problematisch. Die Errichtung eines Beratungsgremiums für die Richterwahl würde der Sicherung der demokratischen Legitimation der Justiz besser dienen.

6. Als einzige Ausnahme sind beim OGH nicht nur Berufsrichter, sondern auch ehemalige Rechts- und Staatsanwälte, Ministerialbeamte und Professoren tätig. Diese vielfältige Besetzung kann zwar in dem Fall sinnvoll sein, dass sich der OGH mit verfassungsrechtlichen – oder sonstigen gesellschaftlich-politisch wichtigen – Fragen beschäftigt. In der Realität entscheidet der OGH allerdings in den meisten Fällen über komplexe Auslegungsprobleme nichtverfassungsrechtlicher Natur. Für die bessere Qualität der Entscheidung wäre daher eine fachliche Spezialisierung der OGH-Richter im jeweiligen Rechtsgebiet erwünscht.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag analysiert die doppelte Funktion des japanischen Obersten Gerichtshofs (OGH) als Verfassungsgericht einerseits und als Revisionsgericht andererseits und beleuchtet zudem dessen Rolle als Justizverwaltungsbehörde im Rahmen der Selbstverwaltung der japanischen Gerichtsbarkeit. Zunächst wird die geschichtliche Entstehung des Gerichtshofes skizziert, der auf den Großen Kassationshof zurückgeht. Dabei wird die Rolle des im 19. Jahrhundert aus Europa und im 20. Jahrhundert aus den USA rezipierten ausländischen Rechts gewürdigt. Als zweites gibt der Beitrag einen Überblick über die Organisation des OGH von der Zusammensetzung der Senate bis hin zur Ernennungspraxis der Richter. Dabei werden umfassend Erfahrungsberichte ehemaliger OGH-Richter herangezogen, welche seit der Justizreform 1999 vermehrt veröffentlicht sind. Ein Schwerpunkt der kritischen Analyse ist die Praxis des Sondervotums. Von dieser Möglichkeit machen die Richter am OGH sehr viel häufiger Gebrauch, als dies beim deutschen BVerfG der Fall ist. Die Sondervoten finden bei japanischen Praktikern wie Wissenschaftlern erhebliche Beachtung.

Anhand der Verfahrensstatistik diskutiert der Beitrag sodann, inwieweit der OGH seine Aufgaben, vor allem diejenige eines Verfassungsgerichts, erfüllt. Diesbezüglich sieht der Verfasser Defizite, die er zum Anlass nimmt, Reformen anzuregen. Ferner werden eine Reihe einzelner Probleme der Verfahrenspraxis am OGH angesprochen. Eine Schwierigkeit ist der Mangel von Fachwissen unter den Richtern, die nicht entsprechend ihrer Erfahrungen eingesetzt werden. Ein anderes Problem ist deren anhaltende Arbeitsüberlastung. Diese führt zu der kritisierten hohen Zahl an Abweisungen von Klagen durch sog. Dreieinhalb-Zeilen-Beschlüsse (d.h. Nichtannahme ohne Begründung), wie auch zu der geringen Anzahl mündlicher Verhandlungen.

Ausgangspunkt der Reformanregungen des Verfassers ist die Reformdiskussion der 1950er Jahre, welche in einem Gesetzesentwurf von 1957 mündete, der aber nicht umgesetzt wurde. Danach sollte die Struktur des OGH, vor allem durch Erhöhung der Richteranzahl, und die Arbeitsverteilung durch Zuordnung der Richter entweder zum Großen Senat oder zu den Kleinen Senaten verbessert werden. Der Autor plädiert dafür, die Reformpläne von 1957 erneut in Erwägung zu ziehen.

(Die Redaktion)

SUMMARY

The article considers the Japanese Supreme Court's (SC) double function as a constitutional court on the one hand and as the final instance of appeal on the other. The SC furthermore functions as a kind of judicial administration of all Japanese courts. First, the court's historical development from the Imperial Court is discussed, whereby emphasis is placed on the reception of foreign laws, initially from Europe during the 19th century and later from the USA. Thereafter the organization of the SC including the long-standing practice of the judges' appointment following certain patterns and selection from specific occupational groups is analysed. For this, the article makes use of reports of former SC judges' experiences, which have been published in greater numbers since the judicial reforms in 1999. The author then discusses certain aspects of the procedural praxis of the SC with a critical eye, especially the practice of dissenting opinions. In contrast to the practice of the German constitutional court, dissenting decisions in the SC are made and published more often and are widely accepted by Japanese practitioners and academics alike.

Based on statistics of judicial procedure, the article then deals with the question whether the SC properly fulfils both of its functions. The results indicate that the SC does not fulfil its role as constitutional court in an adequate manner. The author sees this as cause to urge reforms of the system. Other problems are the SC judges' lack of specialized knowledge, who are not assigned according to their expertise, and the continued work overload of the SC judges. A consequence of the latter is the high rate of action dismissals without reasons being given (known as three-and-a-half-line orders), and the low rate of oral hearings.

Basis for the author's reform suggestions is a discussion during the 1950s in which the SC's modernization was debated. Although a draft reform law was submitted in 1957 it was unsuccessful. According to this reform plan, changes of the SC's structure and distribution of tasks were suggested, so that the number of judges was to be increased and judges be assigned to either the Grand or a Petty Bench on a fixed basis. The author advocates to take the reform plans from 1957 once more into consideration.

(The Editors)