

BERICHTE

Rechtsvergleichende Tagung "Probleme des Verfassungsrechts in Japan und Deutschland", 15. bis 17. Oktober 1996 in Tokyo

I.

Seit einigen Jahren fördert die Thyssenstiftung das unter Leitung von Prof. *Eisenhardt*, FernUniversität Hagen, durchgeführte Projekt "Deutsch-japanischer Rechtsvergleich. Ausgewählte Urteile japanischer Gerichte in deutscher Übersetzung". Ergänzt werden die Übersetzungen durch rechtsvergleichende Kommentierungen. Die Fertigstellung des ersten Sammelbandes mit Urteilen zum japanischen Verfassungsrecht war Anlaß, ein gemeinsames Symposium in Tokyo mit Herausgebern, Übersetzern und interessierten Fachkollegen zu veranstalten, bei dem einerseits über Fachthemen referiert und diskutiert wurde, das andererseits aber auch Gelegenheit bot, die weitere Projektentwicklung anzusprechen.

Das Symposium wurde von Prof. *Leser*, Marburg, eröffnet, der an die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des nationalen wie des internationalen Rechts erinnerte. *Leser* ging in seinen Ausführungen zur Geschichte und zur Entstehung der Rechtsprechungssammlung in deutscher Übersetzung zunächst von einer kurzen Bestandsaufnahme der deutsch-japanischen Beziehungen im rechtswissenschaftlichen Austausch aus, wies einerseits auf den Nachholbedarf auf deutscher Seite hin, hob aber auch den inzwischen bereits vorhandenen, beachtlichen Bestand von Darstellungen des japanischen Rechts einschließlich der Übersetzungen von Gesetzestexten hervor.

Die japanische Rechtsprechung sei dabei aber bisher zu kurz gekommen, was deren Bedeutung nicht gerecht werde: neben der Anwendung des Gesetzes, insbesondere der Kodifikationen gehöre die Aufgabe der Lückenfüllung nicht geregelter Sachverhalte zu den hervorragenden Aufgaben der Rechtsprechung. Über die Rechtsfortbildung und über die Adaption von Gesetzestexten an praktische Aufgaben präge die Rechtsprechung auch die Rechtskultur des betreffenden Landes, zu der man daher auch über die Rechtsprechung Zugang erhalte. Sie sei sozusagen auch ein wichtiges Medium für das Verständnis einer fremden Rechtsordnung. In Bezug auf die japanische Rechtsprechung bestehe hier eine Lücke, die mit dem vorliegenden Projekt zwar nicht vollständig geschlossen werden könne, da die notwendige Auswahl der Entscheidungen nur ein punktuelles Bild vermitteln könnten, trotzdem seien dies Bausteine, die bei Kontinuität und Ausweitung der Übersetzungsarbeiten auf andere Rechtsgebiete¹ eine solide Grundlage für die Rechtsvergleichung schaffe. Als Hindernis wirke nach wie vor die hohe Sprachbarriere, der Übersetzungsleistung sei daher besondere Anerkennung auszusprechen. Hier dürften die Bemühungen auf deutscher Seite nicht nachlassen, ein Potential an Qualifikationen zu schaffen, das auch in Zukunft einen breiten Zugang zum japanischen Recht offenhalte.

Eisenhardt stellte anschließend den Band Verfassungsrecht in Inhalt und Konzeption vor: Den 24 ausgewählten Urteilen gehen einleitende Abhandlungen der Professoren *Leser*, *Stern* (Köln), *Ebihara* (Tokyo), *Hanau* (Köln), *Kuriki* (Sophia/Jôchi) und *Murakami* (Tokyo) voraus, die unter verschiedenen Aspekten Probleme des Verfassungsrechts in Deutschland und Japan mit Bezug auf die konkret ausgewählten Entscheidungen beleuchten.

Im Interesse einer fundierten Rechtsvergleichung sind die Urteile nach Möglichkeit vollständig übersetzt worden, neben den jedem Urteil beigefügten Bemerkungen der Übersetzer über den Stellenwert der betreffenden Entscheidung in der japanischen Rechtsordnung

zeigen die rechtsvergleichenden Kommentierungen, die, soweit Vergleichbarkeit gegeben war, für den Band Verfassungsrecht von den Professoren *Stern* und *Hanau* verfaßt worden sind, wie unterschiedliche Ansätze bei der Behandlung von Rechtsfragen zu vergleichbaren Ergebnissen führen können. Es wurde besonders hervorgehoben, daß die Beschäftigung mit der Rechtsprechungssammlung dazu anrege, sich intensiv mit Problemfeldern zu beschäftigen, die einerseits hoch aktuell seien und bei denen die unternommenen Lösungsversuche die jeweilige Rechtsordnung charakterisierten, die andererseits aber auch für eine über viele Jahrhunderte gewachsene andere Rechtskultur typisch seien. Urteile zum Gegenstand der Rechtsvergleichung zu machen sei auch deshalb besonders wichtig, weil sich dort die soziale Wirklichkeit einer Rechtsordnung widerspiegeln, über längere Sicht aber auch ein gesellschaftlicher (Werte-)Wandel erkennbar sein könne. In diesem Zusammenhang werde deutlich, was die Regeln des jeweiligen materiellen Rechts zu leisten imstande seien und daß die Obergerichte fast immer auch eine wichtige Instanz zur Lösung politischer Konflikte seien.

Als Vertreter der japanischen Herausgeber wies *Ishibe* (Osaka) auf die Bedeutung der Rechtsprechung als Instrument hin, die im Laufe der Zeit immer größer werdende Lücke zwischen geschriebenem Recht und gesellschaftlicher Wirklichkeit zu schließen, ein Problem, das in der japanischen Rechtswissenschaft bereits in den zwanziger Jahren erkannt und diskutiert worden sei. Seit dieser Zeit würden Urteile japanischer Gerichte regelmäßig in wissenschaftlichen Arbeitsgemeinschaften untersucht. Zur Tradition der japanischen Rechtswissenschaft gehöre aber seit der *Meiji*-Zeit auch das Studium westlicher Rechte. Gegenstand dieser nach wie vor intensiv betriebenen rechtsvergleichenden Studien seien zwar sowohl die Theorie, wie auch die Praxis gerichtlicher Entscheidungen, die Methode sei aber weder umfassend noch systematisch. Erst in jüngster Zeit würde die japanische Arbeitsgemeinschaft für deutsches Verfassungsrecht Urteile des BVerfG systematisch untersuchen und in japanischer Sprache veröffentlichen.

Es sei erfreulich, daß sich neuerdings offenbar die allmählich viel beklagte Situation der "Einbahnstraße" des wissenschaftlichen Austausches zwischen deutschen und japanischen Juristen zugunsten eines wechselseitigen Austausches verbessere. Das Projekt der FernUniversität Hagen leiste hierzu einen wichtigen Beitrag. Es sei allerdings bereits jetzt die Notwendigkeit erkennbar, daß man diese Bemühungen nicht auf dieser einmaligen Initiative beruhen lassen dürfe, sondern eine Kontinuität angestrebt werden müsse. Eine wichtige und unentbehrliche Voraussetzung dafür sei allerdings, daß man für die Zukunft Voraussetzungen schaffe, junge Juristen für die Mitwirkung und Fortführung dieser Aufgabe zu begeistern.

Als Vertreter der Thyssen-Stiftung erläuterte *Regge* zum Abschluß des ersten Sitzungstages die Förderungskonzeption der Stiftung, die zwar im Laufe der Zeit gewissen Wandlungen unterworfen sei, der Förderung gegenwartsbezogener Projekte unter Einbeziehung internationaler Beziehungen und der Nachwuchsförderung aber nach wie vor besondere Priorität einräume.

II.

Im Mittelpunkt der Tagung stand die Veranstaltung am 16. Oktober 1996 an der juristischen Fakultät der Sophia-Universität, bei der das Leitthema des Symposions "Probleme des Verfassungsrechts in Japan und Deutschland" in drei Themenblöcke untergliedert und damit gleichzeitig konkretisiert worden war. Der erste Themenblock stand unter der Bezeichnung "Schutz der Grundrechte durch die Verfassungsbeschwerde", zu dem die Professoren *Stern*, *Kuriki* und *Ebihara* referierten. Der zweite Block "Schutz der Grundrechte im Deutschen und Japanischen Arbeitsrecht" wurde von den Professoren *Hanau*, *Wada* und *Sugeno* betreut. Am Ende der Veranstaltung behandelten die Professoren *Burmeister* und *Wani* den Problembereich "Staat und Religion".

In seinem einleitenden Referat machte *Stern* noch einmal deutlich, daß der japanische Oberste Gerichtshof nicht in erster Linie ein Verfassungsgericht sei, obwohl ihm doch auch

die Entscheidung in Verfassungsrechtsfragen, insbesondere die Überprüfung der Gesetze und sonstigen Rechtsakte auf ihre Verfassungsmäßigkeit obliege. Da dabei auch die Grundrechte als verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab eine wichtige Rolle spielten, erläuterte *Stern* im folgenden, sozusagen als Grundlage der nachfolgenden Diskussion, die Grundlinien des Schutzes der Grundrechte durch die deutsche Verfassungsgerichtsbarkeit, der in Deutschland in besonders intensivierter Weise durch einen spezifischen Rechtsbehelf, die Verfassungsbeschwerde beim Bundesverfassungsgericht (auf Landesebene z.T. bei den Landesverfassungsgerichten), erfolge. Nach einem kurzen historischen Rückblick betonte *Stern*, daß das Institut der Verfassungsbeschwerde in Deutschland heute qualitativ und quantitativ das wichtigste Grundrechtsschutzinstrument sei. Pro Jahr seien in der letzten Zeit fast 5000 Verfassungsbeschwerden beim Bundesverfassungsgericht eingelegt worden, die Erfolgsquote betrage allerdings weniger als 3%. Obwohl das Bundesverfassungsgericht in jüngster Zeit mit seinen Entscheidungen auf erhebliche Kritik gestoßen sei, z.B. durch den sogenannten "Soldaten-sind-Mörder-Beschluß", oder den sogenannten "Kruzifix-Beschluß", sei es insgesamt immer noch als Hüter der Grundrechte par excellence anerkannt. Nach einer ausführlicheren Darstellung des Verfahrens der Verfassungsbeschwerde auch anhand einiger neuerer bzw. prägnanter Urteile machte *Stern* zum Schluß deutlich, daß eine gewisse Überstrapazierung bestimmter Grundrechte heute in Deutschland nicht mehr von der Hand zu weisen sei. Dies gelte insbesondere für die Meinungsäußerungsfreiheit, die gegenüber Ehren- und Persönlichkeitsschutz, die ja ebenfalls grundrechtlich abgesichert seien, zu stark hervorgehoben werde. Auf der Grundlage des Artikel 2 Abs. 1 GG und seiner Funktion als Auffanggrundrecht gebe es heute praktisch keine irgendwie geartete Entfaltung des Menschen in einem Lebensbereich, der nicht unter dieses Hauptfreiheitsrecht, das als allgemeine Handlungsfreiheit verstanden werde, subsumiert werde. Es werde daher immer schwieriger, die Schranken der Grundrechtsentfaltung zur Geltung zu bringen. Hinsichtlich der Bestimmung dieser Schranken gebe es daher nach wie vor große Aufgaben für die Grundrechtswissenschaft.

Kuriki beschäftigte sich in seinem anschließenden Beitrag mit dem verfassungsrechtlichen Rechtsschutz in Japan. Nach einer allgemeinjuristischen Betrachtung über die Besonderheit des Rechtsschutzes im Verfassungsrecht, den er in den Rechtsschutz im engeren oder subjektiven Sinne und den im weiteren oder objektiven Sinne unterschieden wissen wollte, und einigen Bemerkungen zur Tendenz der Annäherung der Verfassungsgerichte aller westlichen Demokratien im Hinblick auf den verfassungsrechtlichen Rechtsschutz, hob *Kuriki* hervor, daß in Japan zwar nicht aufgrund der ausdrücklichen Bestimmung der Verfassung, aber aufgrund der Interpretation der Gesamtstruktur der japanischen Verfassung ein System der inzidenten akzessorischen bzw. diffusen Verfassungskontrolle durch die allgemeinen Gerichte bestehe. Jedes Gericht in Japan könne die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze, Verordnungen und sonstigen Staatsakte überprüfen, als letzte Instanz entscheide jedoch der Oberste Gerichtshof über deren Verfassungsmäßigkeit. Eine solche Überprüfung könne nur im Rahmen des traditionell verstandenen Gerichtsverfahrens, d.h. des Gerichtsverfahrens zur Entscheidung über eine konkrete Rechtsstreitigkeit zwischen bestimmten Rechtssubjekten geschehen. Diese Auffassung habe sich sowohl in der Gerichtspraxis als auch in der Lehre grundsätzlich durchgesetzt.

Unter diesen Umständen komme dem Obersten Gerichtshof (OGH) eine besondere Rolle zu, insbesondere auch im Hinblick auf seine personelle Zusammensetzung und die Art und Weise, wie er einzelne Fälle handhabe. So sei vor kurzem die Tatsache, daß seit 1946 nur fünf Gesetze in Japan für verfassungswidrig erklärt worden seien, auch darauf zurückgeführt worden, daß die Richter ausschließlich von der Regierung benannt und deshalb die Opposition praktisch niemals an der Besetzung des OGH beteiligt worden sei. Eine Besonderheit bestehe außerdem darin, daß der japanische OGH aus Richtern bestehe, die bis zu Ernennung keine besondere Schulung und Ausbildung im Verfassungsrecht erhalten hätten und auch nach ihrer Ernennung sich nicht ausschließlich mit dem Verfassungsrecht beschäftigten. Für sie sei die Verfassung zwar die oberste Rechtsnorm im Sinne eines Geltungsgrundes aller anderen

Rechtsnormen, die Verfassung habe aber keine Bedeutung als werthafte Grundlage für diese Rechtsnormen. Bezüglich der Leitlinien der Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen, Verordnungen und sonstigen Staatsakten sei zwar zu bemerken, daß das System der inzidenten oder akzessorischen Kontrolle eigentlich eine Verkörperung des judikativen Passivismus darstelle, der die Rolle und Funktion der Gerichte auf den Rechtsschutz im engeren oder subjektiven Sinne beschränke. Trotzdem versuche auch der OGH ab und zu, über die Lösung eines konkreten Einzelfalles eine darüber hinausgehende Wirkung zu erzielen. Obwohl dabei grundsätzlich die konkrete Verletzung einer konkreten oder konkret bestimmbarer Person vorliegen müsse, gebe es in einigen Fällen Abweichungen von diesem Grundsatz. Diese Abweichungen sind zum Teil in Gesetzen formuliert, z.B. heißt es im Gesetz über die kommunale Selbstverwaltung, daß die Einwohner gegen die eigene kommunale Verwaltung aufgrund deren rechtswidriger Finanzverwaltung Klage erheben können. So sind in diesem Zusammenhang eine Reihe von Sachentscheidungen gefällt worden, obwohl keine Rechtsverletzung einer konkreten Person vorlag. Auch das Wahlgesetz schreibt vor, daß die Wähler die Gültigkeit einer Wahl gegen die jeweilige Wahlkommission gerichtlich anfechten können. Mit dieser Klageform ist z.B. die Gültigkeit einer Wahl wegen der ungleichen Verteilung der Mandate auf die Wahlbezirke angefochten worden. Die Gerichte einschließlich des OGH haben diese Klagen zugelassen, obwohl sie dem eigentlichen Sinn der Vorschrift nicht entsprachen und keine Rechtsverletzung konkreter Personen vorlag. In einigen Fällen ist sogar die Verfassungswidrigkeit der Vorschrift über die Mandatsverteilung festgestellt worden².

Erst vor ein paar Jahren hätten sich einige Obergerichte mit Klagen gegen den offiziellen Besuch des *Yasukuni*-Schreins durch den damaligen Ministerpräsidenten befaßt und dabei die Klagen an sich wegen des Mangels einer Rechtsgutverletzung als unbegründet abgelehnt, gleichzeitig hätten sie aber die eventuelle Möglichkeit der Verletzung des Grundsatzes der Trennung von Staat und Religion in diesem Falle angedeutet. Diese Hinweise hätten zwar keine Wirkung in juristischer, aber in tatsächlicher Hinsicht. Sie würden nämlich auf die Herstellung eines Zustandes hinwirken, in dem das Trennungsprinzip streng eingehalten und die Religionsfreiheit der Minderheiten geachtet werde³.

Hinsichtlich der Beschwerdelegitimation gebe es den Grundsatz, daß niemand unter Berufung auf die Verletzung eines Dritten die Überprüfung eines Gesetzes verlangen könne, allerdings habe der OGH hier zwei Ausnahmen zugelassen:

Erstens in den Fällen, in denen das Ergebnis des Prozesses die Rechte Dritter zu verletzen drohe, dieser Dritte aber keine prozessuale Möglichkeit zum eigenmächtigen Rechtsschutz habe. Die zweite Ausnahme gelte dann, wenn eine Prozeßpartei die Überprüfung eines Gesetzes mit der Behauptung begehere, das Gesetz werde zwar gegenüber der Prozeßpartei selbst verfassungsmäßig angewendet, könne aber wegen der Unbestimmtheit des Gesetzeswortlautes Dritten gegenüber verfassungswidrig sein, was insbesondere bei Gesetzen gelte, die die Meinungsfreiheit beschränkten. In seinen weiteren Ausführungen setzte sich *Kuriki* mit der Bedeutung der Kontrolle der Regierung durch die Gerichte auseinander. Das Demokratieprinzip gebiete es, daß die Gerichte bei der Beurteilung politischer Staatsakte sich möglichst weitgehend zurückhalten. Bis zum Ende der sechziger Jahre habe der OGH in der Tat diese Auffassung auch insoweit vertreten, als Gesetze und sonstige Staatsakte grundsätzlich als verfassungsmäßig vermutet werden konnten. Dies habe sich aber inzwischen geändert, und seit Anfang der siebziger Jahre seien bereits immerhin fünf Gesetze für verfassungswidrig erklärt worden. Bei dieser neuen Tendenz sei zu bemerken, daß der OGH eine sogenannte Doppelstandarddoctrin übernommen habe, die besage, daß z.B. ein die Meinungsfreiheit beschränkendes Gesetz strenger überprüft werden müsse als ein Gesetz, das die Berufsfreiheit beschränke. Die strengere Überprüfung von Gesetzen, die die Meinungs- und Pressefreiheit beschränkten, sei als Ausdruck eines gemäßigten judikativen Aktivismus zu begrüßen. Allerdings fehle es noch an der praktischen Umsetzung dieses Prinzips, zu dem sich der OGH noch nicht konkret entschlossen habe. Die wichtigsten Ergebnisse der Überprüfung eines

Gesetzes durch die Gerichte seien entweder die verfassungskonforme Auslegung oder die Verfassungswidrigkeitserklärung. Im Falle der verfassungskonformen Auslegung tendiere der OGH, abgesehen von einigen Ausnahmen, dazu eine das Gesetz rettende Methode der Auslegung anzuwenden. Diese Tendenz falle insbesondere bei der Überprüfung von Gesetzen auf, die die Meinungsfreiheit beschränkten und bei denen der OGH die verfassungskonforme Auslegung auf sehr fragwürdige Weise angewendet habe⁴. Anders als in der Schweiz oder in Deutschland sei der OGH bisher nicht so weit gegangen, die politischen Staatsorgane durch ein Urteil an eine bestimmte Auslegung eines Gesetzes zu binden.

Die in der Theorie diskutierte Frage bezüglich der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes, ob nur die Anwendung des Gesetzes als verfassungswidrig zu erklären sei oder das Gesetz selbst, spiele in der Praxis eine weniger große Rolle. Hinsichtlich der Verfassungswidrigkeitserklärung selbst gebe es weder eine verfassungsrechtliche noch eine gesetzliche Bestimmung über die Wirkung dieser Erklärung, vor allem, wenn sie durch den OGH formuliert worden sei. Die in anderen Rechtsordnungen erwartete Folge, daß ein für verfassungswidrig erklärtes Gesetz sofort abzuschaffen sei, gelte in Japan nicht. Ein typisches Beispiel sei die Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit einer Strafgesetzbestimmung, die 1973 für verfassungswidrig erklärt worden, aber erst 20 Jahre später bei der totalen Revision des Strafgesetzbuches abgeschafft worden sei. In der Zwischenzeit habe man sich auf die Nichtanwendung der betreffenden Vorschrift beschränkt. Trotzdem gebe es Situationen, in denen das Gericht den Gesetzgeber zur möglichst baldigen Aufhebung oder Änderung eines für verfassungswidrig gehaltenen Gesetzes auffordere und damit drohe, künftige Staatsakte, die auf diesem Gesetz beruhten, für nichtig zu erklären. Allerdings sei hier der Gegenstand des Gesetzes entscheidend, im Bereich der ökonomischen Grundrechte erfolge dies zügiger als bei Gesetzen, die den Gleichheitsgrundsatz betreffen.

Zum Schluß äußerte *Kuriki* noch seine Kritik an der Überprüfungstätigkeit japanischer Gerichte im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen oder Staatsakten. Der Grund für diesen Mangel liegt seines Erachtens darin, daß die Eigenart des Rechtsschutzes im Verfassungsrecht durch die Gerichte nicht genügend erkannt werde. Im Verfassungsrecht sei der Rechtsschutz des einzelnen mit dem der Gesamtheit untrennbar verbunden. Diese Erkenntnis hänge allerdings grundsätzlich von Staatsbürgern ab, die ein starkes Verfassungsbewußtsein hätten. Auch insoweit bestehe in Japan einiger Nachholbedarf. Ein solcher Prozeß könne durch Gesetzesänderungen unterstützt werden. So müßten die objektiven Rechtsgrundsätze im Grundrechtsteil der japanischen Verfassung und auch in den sonstigen Bestimmungen zugunsten eines gerichtlichen Rechtsschutzes noch flexibler ausgestaltet werden. Insoweit erscheine die Beschäftigung der Gerichte mit dem Grundsatz der Trennung von Staat und Religion sehr problematisch, insbesondere habe der OGH diesen Grundsatz als institutionelle Garantie verstanden und nach diesem Verständnis dessen Rolle im gerichtlichen Rechtsschutz geschwächt, indem er erstens diesen Grundsatz nur als eine mittelbare Garantie der Glaubensfreiheit interpretiert und dessen verpflichtende Kraft für die Staatsorgane gelockert, und zweitens die Verletzung dieses Grundsatzes durch die Staatsorgane nicht als Verletzung der Rechte der Staatsbürger angesehen habe und damit die Möglichkeit erschwere, sich darauf im Gerichtsverfahren zu berufen. Es sei auch nicht zu übersehen, daß der OGH besonders bei der Beschäftigung mit objektiven Rechtsgrundsätzen sich an der allgemeinen Meinung im Volk orientiere. Wenn aber vom Zustand einer optimalen Wahrnehmung subjektiver Rechte aller einzelnen gesprochen werde, so seien doch vor allem die Rechte der Minderheiten als dessen materiell wichtigstes Moment gemeint. Die Gerichte dürften daher nicht einen schon vorhandenen Konsens, der in einer Mehrheitsmeinung des Volkes zum Ausdruck komme, aussprechen, sondern müßten dazu beitragen, diesen Konsens erst herzustellen. Der OGH sei im übrigen nicht sehr darum bemüht, den Schutz der Grundrechte im Verhältnis der Staatsbürger untereinander zu verstärken bzw. zu konkretisieren. Gerade in dieser Hinsicht spielten die Grundrechte eine Rolle als Faktor der öffentlichen Ordnung. Der OGH unterwerfe aber diese Grundrechte den dieses Verhältnis beherrschenden Prinzipien des Privatrechts,

besonders dem Prinzip der Privatautonomie, und schränke damit die Wirkung der Grundrechte ein. Zwar sei es selbstverständlich, das Verhältnis der Staatsbürger untereinander von dem zwischen Staat und Staatsbürger zu unterscheiden, aber der Gedanke der Herstellung eines Zustandes optimaler Wahrnehmung subjektiver Rechte durch jeden einzelnen müsse in geeigneter Weise auch durch die Gerichte verwirklicht werden.

Im dritten Referat des ersten Themenblockes versuchte *Ebihara* eine Verbindung zwischen den Beiträgen seiner beiden Vorredner herzustellen. Er betonte, daß ein Vergleich zwischen dem Grundrechtsschutz in Japan und Deutschland nicht so einfach sei, wie es auf den ersten Blick erscheine. Man müsse zwei grundlegende Unterschiede zwischen den beiden Verfassungssystemen berücksichtigen: zum einen gebe es in Japan keine selbständige Verfassungsgerichtsbarkeit; Fragen des Verfassungsrechts würden, wie bereits von *Kuriki* erwähnt, inzident und akzessorisch im Rahmen der Straf- und Zivilgerichtsverfahren geprüft. Zum anderen existierten in Deutschland verschiedene Formen von Verfassungsklagen, vor allem die abstrakte und die konkrete Normenkontrolle. Bei einem Vergleich der Systeme müsse aber die funktionelle Teilung zwischen Verfassungsbeschwerde und abstrakter bzw. konkreter Normenkontrolle beachtet werden. Der größte Unterschied zwischen dem deutschen und japanischen Verfassungssystem bestehe wohl im Hinblick auf die abstrakte Normenkontrolle. In einem Urteil vom 18. Oktober 1952, in dem es um den damaligen Vorsitzenden der Sozialistischen Partei Japans ging, der sich mit seiner Klage auf Feststellung der Nichtigkeit aller Staatsakte im Zusammenhang mit der Einsetzung und Aufrechterhaltung der 1950 gegründeten Polizeireserve unmittelbar an den OGH wandte, wurde festgestellt, daß die Möglichkeit einer abstrakten Normenkontrolle nicht bestehe. *Ebihara* wies darauf hin, daß deshalb bezüglich der konkreten Normenkontrolle eine bessere Vergleichbarkeit mit dem japanischen Recht bestehe. Ausgegangen werde von einem konkreten Streitfall, die Verfassungskontrolle erfolge nur inzident. Anders als im japanischen Recht erfolge dagegen bei der deutschen konkreten Normenkontrolle die Verfassungsprüfung selbst abstrakt, d.h. ohne Rücksicht auf den konkreten Ausgangsfall. Aus der Sicht des japanischen Rechts erscheine daher die konkrete Normenkontrolle des deutschen Rechts als eine abstrakte Normenkontrolle. Die Verfassungsbeschwerde nach deutschem Recht sei am ehesten mit dem japanischen Verfassungsprozeß vergleichbar, da diese auch nach deutschem Recht erst nach Erschöpfung des Rechtsweges erhoben werden könne. Was in Japan aber immer, wie bereits erwähnt, die Erschöpfung des normalen Rechtswegs bedeute. Strafrechtsfälle bildeten dabei die geringsten Probleme. Der Angeklagte könne ohne weiteres durch Behauptung der Verletzung des Gleichheitssatzes (Art. 14 *Kenpō*⁵) oder anderer Grundrechte (Meinungsfreiheit, Art. 21, sowie Artt. 31, 39 *Kenpō*) eine Rechtsverletzung geltend machen. Eine spezielle Regelung finde sich im japanischen Strafprozeßgesetz: Revisionsgrund nach Art. 405 Nr. 1 des Gesetzes sei allein die Behauptung der Verfassungswidrigkeit des Berufungsurteils, während in Zivilverfahren auch die offenkundige Gesetzeswidrigkeit als Revisionsgrund geltend gemacht werden müsse. Im Verwaltungsprozeß stehe die Frage der Verletzung der Grundrechte durch einen Verwaltungsakt im Mittelpunkt⁶. Die Gerichte könnten hier ohne weiteres die Verfassungsmäßigkeit des betreffenden Verwaltungsaktes prüfen.

In Zivilrechtsverfahren sei die Situation etwas problematischer. Behaupte der Kläger, daß ihn eine bestimmte Gesetzesvorschrift verletze, so werde die Anwendung des Gesetzes als Verletzung durch die öffentliche Gewalt angesehen. In Japan gebe es allerdings nur wenige Urteile, in denen eine Gesetzesvorschrift für verfassungswidrig erklärt worden sei, wie beispielsweise das Urteil vom 22. April 1987 über das Verbot der Verteilung des Erbschaftsvermögens unter die Erben. Ein anderes Beispiel sei die durch das Gericht erzwingbare öffentliche Entschuldigung im Falle einer Ehrenkränkung (Art. 723 ZG⁷). Der OGH habe die Verfassungsmäßigkeit dieses Instituts bestätigt⁸. Bedenken, ob eine derartige Zwangsmaßnahme nicht ihrerseits gegen das Grundrecht der Meinungsfreiheit verstoße, würden jedoch nach wie vor geltend gemacht. Werde eine Verletzung durch die öffentliche Gewalt anerkannt, z.B. wenn ein Grundrecht durch ein Urteil verletzt worden sei, könne prinzipiell

Schadensersatz nach dem japanischen Staatshaftungsgesetz geltend gemacht werden. Eine solche Schadensersatzklage diene im japanischen Recht, so *Ebihara*, eher als ein Ersatzmittel für die Normenkontrolle.

Denkbar sei im japanischen Recht auch der Ausschluß des Rechtsweges trotz Verletzung eines Grundrechts durch die öffentliche Gewalt, z.B. durch einen Akt der Gesetzgebung. Einen solchen Fall hatte der OGH in seinem Urteil vom 21. November 1985 entschieden, in dem es um die Abschaffung des häuslichen Stimmabgabeverfahrens ging und der körperbehinderte Kläger Schadensersatz verlangte, weil ihm nicht die Möglichkeit gegeben war, bei den Wahlen seine Stimme zu Hause abzugeben. Im deutschen Recht sei in diesem Fall eine Verfassungsbeschwerde ohne weiteres zugelassen, in Japan werde man dagegen im Stich gelassen. Insoweit bestehe durchaus noch Nachholbedarf.

Trotzdem sei festzustellen, daß die Möglichkeit der Normenkontrolle von der japanischen Rechtsprechung in den letzten Jahren graduell erweitert worden sei, allerdings nicht unmittelbar, sondern auf dem Umweg über andere Rechtsbehelfe, wie z.B. die Wahlprüfungsklage, von der ebenfalls bereits die Rede gewesen sei. Obwohl diese an sich der Überprüfung der formellen Richtigkeit einer Wahl diene, sei sie als Mittel zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Wahlkreiseinteilung benutzt worden⁹. Andere Fälle seien z.B. die Einwohnerklage, wie sie etwa der Entscheidung des OGH vom 13. Juli 1977 zugrundelag, mittels derer ein Einwohner die Stadt Tsu auf Ersatz verklagte, weil sie die Kosten für eine shintoistische Grundstückseinweihung aus der Stadtkasse bezahlt hatte, ferner die Schadensersatzklage wie im oben erwähnten Fall des körperbehinderten Wählers, oder die Feststellungsklage, wofür allerdings ein Feststellungsinteresse vorliegen muß, was auch im Arbeitsrecht zur Realisierung des arbeitsrechtlichen Grundrechtsschutzes herangezogen werden könne¹⁰.

Als Fazit kann man festhalten, daß in Japan der Schwerpunkt der Diskussion um den Grundrechtsschutz vorwiegend um das Thema der Normenkontrolle geführt wird. Die Gerichte, so *Ebihara*, sollten sich nicht nur auf die Sicherung der Menschenrechte beschränken, sondern auf die Sicherung der Verfassung an sich. Da aber offensichtlich sei, daß sich die japanischen Gerichte, vor allem der OGH, mit der Beurteilung der Verfassungswidrigkeit von Gesetzen sehr zurückhielten, seien immer wieder Zweifel über einen hinreichenden Grundrechtsschutz durch die japanischen Gerichte geäußert worden. Doch auch in der Lehre werde das Thema Grundrechtsschutz zu wenig thematisiert. Im übrigen werde die etwas andere Sichtweise oder Gewichtung des Themas auch in der sprachlichen Verwendung deutlich: In Japan sei weniger vom Schutz der Grundrechte die Rede als vielmehr von deren "Gewährleistung" oder "Sicherung". Es sei daher zu hoffen, daß in Japan die Diskussion um das Institut der Verfassungsbeschwerde mehr in den Mittelpunkt gerückt würde.

Der zweite Themenblock war dem Grundrechtsschutz im Arbeitsrecht gewidmet. *Hanau* legte seinen Ausführungen die drei von ihm auch kommentierten Verfassungsurteile der Rechtsprechungssammlung zugrunde und machte zunächst deutlich, daß diese in den Rechtsgrundlagen, in den Fragestellungen und weitgehend auch in den Ergebnissen eine weitgehende Übereinstimmung zum deutschen Verfassungs- und Arbeitsrecht aufwiesen. Auch die Methoden des Rechtsdenkens und Argumentierens schienen weitgehend übereinzustimmen. Obwohl das in Art. 28 der japanischen Verfassung gewährleistete arbeitsrechtliche Grundrecht auf die Arbeitnehmerseite beschränkt sei, sei durch die Rechtsprechung anerkannt, daß auch die Arbeitgeber in Arbeitskämpfen das Recht zur Aussperrung hätten, so daß man auch von einer weitgehenden Übereinstimmung des Arbeitsgrundrechts im deutschen und japanischen Arbeitsrecht ausgehen könne. Etwas schwieriger sei die Wirkungsweise des Grundrechtsschutzes, dessen Vergleichbarkeit bei dem in Art. 25 *Kenpō* verankerten Recht auf Arbeit. Beim Schutz der Grundrechte im Arbeitsrecht dürfe man aber nicht nur an die Grundrechte der Arbeitnehmer denken, ein Hauptproblem der Grundrechte in den Arbeitsbeziehungen liege vielmehr gerade darin, wie die Grundrechte beider Seiten, von Arbeitnehmern und Arbeitgebern, abzugleichen seien. Das Urteil des OGH vom 12. Dezember 1973, in dem es um die Klage auf Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses ging, habe dies deut-

lich herausgestellt, indem einerseits auf Arbeitnehmerseite die Gedanken- und Bekenntnisfreiheit sowie die Gleichheit vor dem Gesetz veranschlagt, andererseits aber in Art. 22 und 29 *Kenpô* auf Arbeitgeberseite die Freiheit der Ausübung der Vermögensrechte, des Gewerbes, ja der wirtschaftlichen Tätigkeit im allgemeinen als fundamentales Menschenrecht garantiert und anerkannt worden sei. Im deutschen Recht stehe es nicht anders, da insbesondere die in Art. 12 GG gewährleistete Freiheit der Berufsausübung die Rechtsstellung und Funktion der Arbeitgeber absichere. In der angesprochenen Entscheidung vom 12. Dezember 1973 ging es um die Frage der Auswirkung von falschen Angaben über politische Aktivitäten bei einem Bewerbungsgespräch eines Stellenbewerbers. *Hanau* stellte fest, daß hier die japanische Entscheidung ähnlich wie das deutsche Recht davon ausgehe, daß die Freiheitsrechte zwischen Privaten, in diesem Fall zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, nicht unmittelbar, wohl aber mittelbar über die zivilrechtlichen Generalklauseln wirkten, ohne Rücksicht auf ein im Einzelfall bestehendes Machtgefälle.

Inkonsequent erscheine aber, daß in dem betreffenden Fall eine bewußt falsche Antwort auf Fragen, die der Arbeitgeber anerkanntermaßen stellen dürfe, nicht automatisch, sondern nur unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen könne. Das Gericht habe dann aber seinen Ausgangspunkt insoweit modifiziert, als es der Vertragsfreiheit des Arbeitgebers den Vorrang einräumte. Insoweit werde deutlich, daß eine Übersetzung japanischer Urteile durchaus Anregungen auch für die deutsche Diskussion liefere, weil hier auf der Basis einer übereinstimmenden verfassungsrechtlichen Konzeption in Japan und Deutschland alternative Lösungen und Differenzierungsmöglichkeiten aufgezeigt würden.

Ein interessanter Diskussionspunkt werde in Bezug auf die Frage der Begrenzung der Grundrechte der Arbeitnehmer durch das Gemeinwohl aufgeworfen. Diesen Fragenkomplex betreffe auch das Urteil des OGH vom 25. April 1973, in dem es um die Verfassungsmäßigkeit des Arbeitskampfverbotes für öffentlich Bedienstete ging. In einem Ergebnis dieses Urteils, daß es nämlich keinen Arbeitskampf gegen den Gesetzgeber, auch nicht in Bezug auf Gesetze über den öffentlichen Dienst geben dürfe, bestehe grundlegende Übereinstimmung zwischen dem japanischen und deutschen Recht. Die künftige Bedeutung dieses Problembereichs werde allerdings durch die zunehmende Privatisierung der öffentlichen Aufgaben relativiert. Denn auf die Dauer müsse und werde die Privatisierung dazu führen, daß die Arbeitsbedingungen nicht mehr durch Gesetz, sondern durch Kollektivverträge festgelegt werden. Hier biete sich ein interessantes Feld für die künftige Rechtsvergleichung im Arbeitsrecht.

Im Hinblick auf die Tatsache, daß Japan und Deutschland besonders schnell alternde Gesellschaften seien, biete auch die japanische Rechtsprechung zur Begrenzung der Grundrechte von Arbeitnehmern durch andere Arbeitnehmer, wie es im Fall der Regelung der betrieblichen Altersgrenze der Fall sei, interessanten Gesprächsstoff. Dies gelte sowohl im Hinblick auf den Vergleich zum deutschen und europäischen Recht, was die Maßstäbe betreffe, eine Altersgrenzenregelung für zulässig zu halten, als auch in Bezug auf das japanische Recht, da hier ein möglicher Konflikt mit dem Recht auf Arbeit in der japanischen Verfassung entstehen könne.

Im Anschluß an *Hanau* machte *Wada* einige Ergänzungen zur Bedeutung der arbeitsrechtlichen Entscheidungen in der Verfassungsrechtssammlung. Im Zusammenhang mit dem Arbeitskampfverbot für öffentlich Bedienstete, dem sogenannten *Zennôrin*-Fall, den der OGH am 25. April 1973 entschieden hatte, machte *Wada* deutlich, daß sich die Position des OGH zur Verfassungsmäßigkeit der betreffenden Vorschriften des Staatsbedienstetengesetzes bisher in drei Phasen entwickelt habe. In der ersten Phase habe der OGH¹¹ entschieden, daß das gesetzliche Arbeitskampfverbot ohne weiteres verfassungsmäßig sei, weil die öffentlichen Bediensteten zum Wohl des ganzen Volkes und dessen Interessen beitragen sollten und ihr Rechtsverhältnis daher anders als das normaler Arbeitnehmer im privaten Sektor behandelt werden müsse. Diese Position sei insbesondere deshalb kritisiert worden, weil sie ignoriere,

daß auch die öffentlich Bediensteten Arbeitnehmer im Sinne des Art. 28 der japanischen Verfassung seien und daher diesen auch die dort gewährleisteten Grundrechte zugestanden werden müßten.

In einer zweiten Phase sei eine Kehrtwendung des OGH festzustellen. In zwei Entscheidungen vom 26. Oktober 1966 und vom 2. April 1969 habe der OGH die sogenannte verfassungskonforme beschränkte Auslegung angewendet. Diese Methode lasse sich wie folgt zusammenfassen: Es gebe Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der betreffenden Vorschriften des Staatsbedienstetengesetzes, wenn sie lediglich wörtlich ausgelegt würden. Um Zweifel auszuräumen, müßten sie daher einschränkend dahingehend ausgelegt werden, daß der durch das Gesetz eingeschränkte bzw. verbotene Streik nur derjenige sein solle, der dem Leben und dem Wohl des Volkes ernste Schäden verursachen würde. Die Handlungen seien daher nur dann strafbar, wenn sie stark rechtswidrig seien. Der OGH habe hier also versucht, die in den betreffenden Punkten widersprüchlichen Standpunkte in einem Kompromiß zu vereinigen, in der fraglichen Entscheidung des Arbeitskampfverbotes vom 25. April 1973 hätten einige Richter in Form einer Minderheitsmeinung an dieser Position festgehalten und den betreffenden Streik daher nicht für verfassungswidrig gehalten. In der Tat habe es nur eine knappe Mehrheit gegeben, die das gesetzliche Arbeitskampfverbot vorbehaltlos für verfassungsmäßig erklärt habe. Das Urteil sei auch deshalb kritisiert worden, weil es eine so grundlegende Änderung der bisherigen Rechtsprechung nur mit knapper Mehrheit durchgesetzt habe.

Die Verfassungsmäßigkeit des Arbeitskampfverbotes sei in diesem Fall mit der Besonderheit des Dienstverhältnisses mit neuen Argumenten begründet worden, so z.B. mit dem Prinzip der parlamentarischen Demokratie hinsichtlich des Gestaltungsprozesses der Dienstbedingungen durch Gesetz, sowie mit dem Vorhandensein von Kompensationsmaßnahmen durch die Personalbehörden der öffentlich Bediensteten. Insbesondere letzterer Fall sei umstritten, wenn die Kompensationsmaßnahmen nicht hinreichend griffen.

Zur Entscheidung des OGH bezüglich der Wirksamkeit einer Altersgrenzenfestlegung durch das Unternehmen bemerkte *Wada*, daß dieses Urteil durchaus nicht selbstverständlich erscheine, wenn man die Vorgeschichte des japanischen Arbeitsrechts in diesem Punkt berücksichtige. Es habe lange gedauert, bis 1985 ein Gesetz erlassen werden konnte, das den Unternehmer zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Arbeitsleben auffordert. Ein Schritt in diese Richtung war 1966 durch das Urteil eines Distriktgerichts gemacht worden, das die Regelung in einer Arbeitsordnung für unwirksam erklärte, nach der Frauen aus der Firma ausscheiden mußten, wenn sie heirateten. Eine Arbeitsordnungsregelung nach der die Altersgrenze für Frauen auf 30 Jahre und für Männer auf 55 Jahre festgelegt worden war, wurde 1969 ebenfalls durch ein Distriktgericht für unwirksam erklärt, bis schließlich 1975 der OGH auch eine um 10 Jahre differierende Altersgrenze zwischen Männer und Frauen für ungültig erklärte.

Bemerkenswert sei aber, daß in zwei einstweiligen Verfügungen, die der OGH Entscheidung vorgelagert waren, eine aus 1971, die andere aus 1973, die betreffende Regelung des Tarifvertrages über diese unterschiedliche Altersgrenze für wirksam gehalten worden war, weil die Leistungsfähigkeit im Alter von 50 Jahren zwischen Frauen und Männern unterschiedlich ausgeprägt und der Abstand zwischen dem Anstieg des Reallohnes und der Erhöhung der Arbeitsleistung vor allem bei Frauen sehr groß sei. Ein weiterer interessanter Aspekt liege in der Argumentation des Gerichts, die unterschiedliche Altersgrenze für Frauen sei als unvernünftige Ungleichbehandlung nach Art. 90 ZG nichtig, weil insoweit auf Art. 14 der japanischen Verfassung als ein wichtiges inhaltliches Gestaltungselement der öffentlichen Ordnung und der guten Sitten im Sinne des Art. 90 ZG hingewiesen wurde. Dies gebe Anlaß zum Vergleich der unterschiedlichen Bewertung der Drittwirkung von Grundrechten auf ein Schuldverhältnis durch den OGH; wenn man andere Entscheidungen heranziehe, wie z.B. das Urteil des OGH vom 12. Dezember 1973 in dem ein Stellenbewerber abgewiesen wurde, weil er seine politischen Aktivitäten während der Studentenzeit verheimlicht hatte.

Die von *Hanau* angesprochene Frage, ob das Thema Altersgrenze im japanischen Recht nicht auch im Zusammenhang mit dem verfassungsmäßig garantierten Recht auf Arbeit diskutiert werde, sei in der japanischen Diskussion bisher weniger problematisiert worden. *Wada* vertrat hier die Auffassung, daß die Bestimmung einer Altersgrenze grundsätzlich gültig sei, weil der Spielraum des Arbeitgebers bei der individuellen Entscheidung über das Austrittsalter in diesem Fall weiter sei, als wenn keine Altersgrenze festgelegt würde und die Fälle der Diskriminierung in diesem Falle noch problematischer würden. Entscheidender sei vielmehr, auf welches Alter die Altersgrenze festgelegt werde. Dies hänge natürlich mit der Altersstruktur einer Gesellschaft und mit dem Rentenalter zusammen. In Japan habe das Gesetz zur Sicherung älterer Arbeitnehmer den Arbeitgeber verpflichtet, die Altersgrenze nicht unter 60 Jahre festzulegen. Diese Vorschrift gelte ab April 1998, in Zukunft müsse daher die Altersgrenze entsprechend der längeren Lebensdauer noch erhöht werden.

Um die Problematik des ebenfalls in die Urteilssammlung aufgenommenen *Mitsubishi-Jushi*-Falles zu verstehen, in dem der Arbeitgeber die endgültige Anstellung eines Arbeitnehmers nach Ablauf der dreimonatigen Probezeit verweigert hatte, weil dieser bei der Anstellung einen Fragebogen falsch ausgefüllt hatte, müsse man die japanische Einstellungspraxis berücksichtigen: Die Rekrutierung von Studenten als künftige Arbeitnehmer erfolge in Japan überall zum gleichen Zeitpunkt. Die Studenten würden im Sommer des letzten Studienjahres Kontakt mit verschiedenen Unternehmen aufnehmen, sich informieren und bewerben. Im Herbst werde die Anstellung eines Stellenbewerbers durch mündliche und schriftliche Prüfungen vorläufig entschieden. Nach dem Abschluß des Universitätsstudiums, normalerweise am 1. April, würden dann die betreffenden Studenten, für die sich der Arbeitgeber entschieden habe, mit einem unbefristeten Arbeitsvertrag eingestellt. Allerdings seien die ersten drei bis sechs Monate noch als Probezeit zu betrachten und die endgültige Einstellung würde dann erst nach Ablauf dieser Probezeit erfolgen, das Einstellungsverfahren insgesamt würde viel Zeit in Anspruch nehmen.

In der Entscheidung habe es geheißen, daß der betreffende Dienstvertrag unbefristet geschlossen worden sei und die Verweigerung der endgültigen Anstellung eine Entlassung nach erfolgter Anstellung bedeute. Es sei aber auch bezüglich der Probezeit ein Vorbehalt vereinbart worden, wonach die endgültige Entscheidung über die Anstellung erst aufgrund nachträglicher Untersuchungen über die Befähigung, den Charakter usw. des Bewerbers bzw. über Tatsachen, die beim Abschluß des Dienstvertrages für den Arbeitgeber nicht hinreichend bekannt waren, getroffen werde. Deswegen sei eine aufgrund des vorbehaltenen Kündigungsrechts erfolgte Entlassung nicht mit einer gewöhnlichen Kündigung gleichzusetzen. Im Ergebnis werde das Urteil von der Lehre mitgetragen, die Kritik gehe allerdings dahin, daß Untersuchungen über die persönlichen Angelegenheiten des Arbeitnehmers, die mit der Arbeitsfähigkeit selbst nichts zu tun hätten, auch noch in der Probezeit zugelassen würden. Dies widerspreche dem Charakter der Probezeit.

Viel problematischer ist nach Auffassung *Wadas*, daß die Entscheidung die Einstellungsfreiheit und das Fragerecht des Arbeitgebers als absolut ansehe und keine Kompromisse zwischen der Einstellungsfreiheit des Arbeitgebers und der Freiheit des Arbeitnehmers, bestimmte politische Anschauungen zu vertreten, suche. Hierzu stehe die Entscheidung der Berufungsinstanz im totalen Widerspruch. Diese habe gezeigt, daß die Anstellung von Arbeitnehmern mit gewissen politischen Anschauungen sich normalerweise in der üblichen Arbeitswelt nicht hinderlich auf den Unternehmensbetrieb auswirke, und deswegen kein Arbeitgeber bei der Aufnahmeprüfung von Bewerbern Angaben zu deren politischen Anschauungen verlangen dürfe. In der Lehre sei dieses Problem umstritten. Die einen behaupteten, daß die Anschauungen und Bekenntnisse des Bewerbers in engem Zusammenhang mit seiner Arbeitsqualifikation sowie mit seinem Arbeitseifer ständen. Vor allem bei Arbeitnehmern, die in einem unbefristeten Arbeitsvertrag beschäftigt würden, müsse die Arbeitsqualifikation ausführlich geprüft werden. Andere seien demgegenüber der Meinung, daß die Gedanken und Bekenntnisse des Arbeitnehmers von Natur aus frei seien und das

Fragerecht des Arbeitgebers dort nicht greifen solle, wo es keinerlei Verbindungen für die Eignung zur Arbeitsleistung gebe.

Wada schloß sich der Auffassung *Hanaus* an, daß es sich bei der Beurteilung dieser Problematik nicht darum drehen könne, die Grundrechte der Arbeitnehmer gegenüber den der Arbeitgeber geringer oder höher zu schätzen, vielmehr gehe es hier um eine andere Betrachtungsweise des Arbeitsverhältnisses. Das betreffende Urteil gehe davon aus, daß das Arbeitsverhältnis als eine Art fortdauerndes zwischenmenschliches Verhältnis ein beträchtliches Maß an gegenseitigem Vertrauen verlange und daher auch Fragen erlaubt sein müßten, die über die Verbindung zur konkreten Arbeitsleistung hinausgingen.

Sugeno wies im Anschluß an *Wada* auf einige Problempunkte im Zusammenhang mit den arbeitsrechtlichen Verfassungsurteilen hin, insbesondere auf die Veränderung des Gemeinwohlbegriffs (*kōfukushi*) bezüglich der Anerkennung des Streikrechts im öffentlichen Dienst. Während in der OGH-Entscheidung, die ein Streikrecht dem Grunde nach anerkannt hatte, das Demokratieprinzip und Fragen der Marktkontrolle bestimmter Wirtschaftssektionen durch die öffentliche Hand im Vordergrund gestanden hätten, sei dieser Aspekt im zweiten Urteil seitens der Mindermeinung, die ein Streikrecht prinzipiell befürwortete, auf den der Dienstleistungspflicht konzentriert bzw. beschränkt worden. Man könne im Grunde anhand dieses Urteils feststellen, daß sich auch ein gewisser äußerer Einfluß auf die Meinungsbildung der OGH Richter ausgewirkt habe: Die Mehrheitsmeinung sei mit dem generellen Streikverbot dem amerikanischen Recht gefolgt, während die Mindermeinung mit der Beschränkung des Streikverbots auf essentielle Bereiche öffentlicher Dienstleistung sich an dem von der ILO vertretenen Standpunkt orientiert habe.

In der Diskussion kam *Hanau* noch einmal auf das Recht auf Arbeit zu sprechen, das in der japanischen Lehre als Programmsatz angesehen werde, in Bezug auf den Kündigungsschutz entstehe aber der Eindruck, die japanische Rechtsprechung habe diesen unter Berufung eben auf das Recht auf Arbeit durchgesetzt. *Sugeno* entgegnete dazu, daß nach neuerer Tendenz als Regulativ des Kündigungsschutzes weniger verfassungsrechtliche Prinzipien als vielmehr allgemeine Rechtsgrundsätze des Zivilrechts herangezogen würden, insbesondere der des Rechtsmißbrauchs. Neben dem Zusammenhang des Rechts auf Arbeit mit dem Problem der Altersgrenze, für das das Grundrecht als Abwägungskriterium dienen könne, wies *Hanau* noch auf einen weiteren Punkt hin und verlangte, daß man allmählich zu einer Präzisierung des Begriffs des Gemeinwohls kommen müsse. Beispiele hierfür fänden sich z.B. in Spanien, wo bei Streiks im öffentlichen Dienst, insbesondere der Eisenbahn, Notfahrpläne aufgestellt würden, oder in Holland, wo nur zu bestimmten Zeiten gestreikt werden dürfe. Tendenziell laufe dies auf eine Quantifizierung des Gemeinwohls hinaus, was sicher auch unter dem Gesichtspunkt der Parität der Arbeitsbeziehungen ein überlegenswerter Aspekt sei.

Burmeister bemerkte noch zum Problembereich der von *Hanau* angesprochenen Privatisierung öffentlicher Aufgaben, daß es sich dabei nur um strukturelle bzw. organisatorische Veränderungen handeln könne, gleichwohl würde sich dadurch jedoch nichts daran ändern, daß es sich um dem Gemeinwohl verpflichtende Tätigkeiten handele, die im Arbeits- wie im Verfassungsrecht zu problematisieren seien. Ein Beispiel an dem dies ganz besonders deutlich werde, sei die Privatisierung der Deutschen Post.

Der dritte Teil der Tagung hatte seinen Schwerpunkt im Verhältnis von Staat und Religion. Als Einstieg seines Vortrages zum Verhältnis von Staat und Kirche unter dem Grundgesetz verwies *Burmeister* zunächst auf die im Zusammenhang mit dem Kruzifix-Urteil des Bundesverfassungsgerichts entstandene Diskussion sowohl in den großen Kirchen als auch in der überwältigenden Mehrheit in der Bevölkerung. Er stellte fest, daß die aus dem Verhältnis von Staat und Kirche erwachsenden Probleme, die in der Kruzifix-Entscheidung zu Tage getreten seien, keine Besonderheit West-Europas oder gar Deutschlands seien. Auch die japanische Verfassungsordnung habe sich mit Konflikten auseinanderzusetzen gehabt, die in dem Miteinander der beiden machtvollen Größen Staat und Religion angelegt seien. Trotz oder

gerade wegen der grundverschiedenen Verfassungsstrukturen und Staatstradition von Deutschland und Japan sei es erstaunlich, daß die Probleme, die in Deutschland aufgetaucht seien, zwar in einem anderen Gewande und unter anderem Vorzeichen, doch in der Substanz ganz ähnlich auch die japanische Rechtswissenschaft herausfordern würden. Beispiel hierfür sei etwa die sogenannte Grundstückseinweihungs-Entscheidung des Großen Senats des OGH vom 13. Juli 1974. In diesem Fall hatte sich das Gericht im Hinblick auf die in Art. 20 *Kenpô* festgeschriebene grundsätzliche Trennung von Staat und Kirche mit der Frage zu beschäftigen, inwieweit die in Japan durchaus übliche shintoistische Einweihung eines Grundstücks auch dort zulässig ist, wo das Grundstück der öffentlichen Hand gehört und die Kosten für diese Feier mit öffentlichen Mitteln bezahlt werden. Hervorzuheben sei die im Leitsatz gemachte Feststellung, daß das Prinzip der Trennung von Staat und Kirche zwar verlange, daß der Staat einen religiös neutralen Standpunkt einnehme, allerdings dürfe daraus nicht abgeleitet werden, daß keinerlei Berührungen zwischen Staat und Religion erfolgen dürften. Dem Staat und seinen Organen wurde daher im folgenden erlaubt, all jene rituellen Handlungen vorzunehmen, bei denen es sich um allgemein verbreitete Gewohnheiten mit vorwiegend gesellschaftlichem Charakter handele und mit denen eine bestimmte Religion nicht gefördert, unterstützt oder propagiert werde.

Um eine ähnliche Problemlage ging es in einem weiteren Urteil des OGH vom 1. Juni 1988, in dem die Frage zur Diskussion stand, ob die von öffentlichen Stellen beantragte Aufnahme eines verstorbenen Soldaten der japanischen Verteidigungstruppen in einen shintoistischen Schrein gegen das Verbot religiöser Betätigung des japanischen Staates verstoße. Auch hier habe das Gericht eine Kompromißlösung gefunden. Auch das deutsche Recht habe sich mit ähnlichen Problemen zu beschäftigen gehabt, doch habe sich hier, anders als in Japan, ein eigener Rechtsbereich aufgrund der langen Tradition herausgebildet, das Staatskirchenrecht. Nach einem Überblick über den historischen Abriß des Verhältnisses von Staat und Kirche ging *Burmeister* näher auf die vier Eckpfeiler des aktuellen Staatskirchenrechts in Deutschland ein, insbesondere auf die Konstituierung der individuellen Glaubensfreiheit im Rahmen des Grundrechtskatalogs (Art. 4 GG), sowie die drei zentralen Vorschriften der Weimarer Reichsverfassung, auf die Art. 140 GG verweise. Eine Sichtung der einschlägigen Bestimmungen ergebe, daß die Formel, die Bereiche von Staat und Kirche seien nach dem Grundgesetz streng voneinander zu trennen, einerseits nicht falsch sei, andererseits aber auch zu kurz greife. Nicht zuletzt aufgrund seiner Verwurzelung in der wechselhaften Geschichte Deutschlands stelle sich das geltende Staatskirchenrecht als eine komplexe und differenzierte Materie dar, die sich einer formelhaften Charakterisierung entziehe.

Im weiteren ging *Burmeister* auf die Stationen der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung ein, die zur Ausformung des geltenden Staatskirchenrechts und der Glaubensfreiheit in der Bundesrepublik geführt habe. Besonders treffend sei das Verhältnis von staatlicher Neutralität und kirchlichem Wirkungsanspruch sowie die stets spannungsgeladene Vereinigung beider Größen in einem Gemeinwesen in der Rechtsprechung zur Einführung der Gemeinschaftsschule charakterisiert worden. In seinem diesbezüglichen Urteil habe das Bundesverfassungsgericht hervorgehoben, daß die Schule keine missionarische Schule sein und keine Verbindlichkeit christlicher Glaubensinhalte beanspruchen dürfe¹². Die Konfrontation mit einem Weltbild, in dem die prägende Kraft des christlichen Denkens bejaht werde, führe jedenfalls solange nicht zu einer Diskriminierung der dem Christentum nicht verbundenen Minderheiten und ihrer Weltanschauung, als es hierbei nicht um Absolutheitsanspruch und Glaubenswahrheiten, sondern um das Bestreben nach Verwirklichung der autonomen Persönlichkeit im weltanschaulich religiösen Bereich gemäß der Grundentscheidung des Art. 4 GG gehe.

In seiner Schlußbemerkung hob *Burmeister* hervor, daß die Verfassungsregelungen und die sie interpretierenden Urteile in Deutschland zeigten, daß Staat und Kirchen nach der grundgesetzlichen Ordnung zwar organisatorisch getrennt sein müßten, ihre gemeinsame

Fürsorge für den Bürger sie aber, wenn auch von unterschiedlichen Standpunkten aus, wieder zusammenführe. Die Verfassung habe dies akzeptiert, erkannt und verarbeitet.

Burmeister warnte insoweit vor radikalen Reformen. Die Kirchen und Religionsgemeinschaften seien aus dem öffentlichen Leben der Bundesrepublik nicht mehr hinwegzudenken. Wer hier radikale Reformen einfordere, verlange vom Staat nicht nur, einen erheblichen Teil seiner geistigen Herkunft zu verschleiern und sich dabei von der Kraft zu distanzieren, von der er über die Jahrhunderte hinweg einen guten Teil seiner sittlichen Grundlagen empfangen habe. Er riskiere vielmehr auch die Entwicklung eines moralischen Vakuums, dessen Entstehung die Kirchen heute keineswegs mittels staatlicher Macht, sondern im Rahmen staatlich geförderter und institutionalisierter Freiheitsausübung eigenständig verhinderten.

Wani stellte zu Beginn seiner Ausführung fest, daß es für die deutschen Verhältnisse bezeichnend sei, daß *Burmeister* seinen Vortrag mit Staat und Kirche betitelt habe, während die Sitzung selbst unter dem Oberthema Staat und Religion stehe. Dies hänge letztlich damit zusammen, daß das Staatskirchenrecht in Deutschland durch eine weitgehende Institutionalisierung und Verrechtlichung gekennzeichnet sei. Den durch das Staatskirchenrecht begünstigten Religionen - katholische und protestantische Kirche - werde eine Position zugebilligt, aufgrund derer sie als solche, d.h. als kirchenrechtliche Institutionen dem Staat entgegengetreten könnten. Die historisch gewachsene Verbindung des Staates mit den zwei bzw. drei christlichen Religionen sei als Paradigma verblieben. Die Verfassungen der nachreformatorischen Zeit hätten sämtlich darauf abgezielt, durch Verrechtlichung der Religionsfragen die friedliche Koexistenz der etablierten Religionen sicherzustellen. Zu Recht habe daher Stolleis einmal bemerkt, daß die im deutschen Bundesverfassungsgerichts-Positivismus zum Ausdruck kommende Tendenz des deutschen öffentlichen Rechts, politische Fragen zu verrechtlichen und sich auch zu kirchlichen Fragen sich zu äußern, auf diese Wurzeln im alten Reich zurückführen lasse.

Für Deutschland sei daher das Verhältnis von Staat und Kirche zweifellos ein gesellschaftlich höchst relevantes Phänomen. Für japanische Ohren klinge die Themenstellung "Verhältnis von Staat und Kirche" dagegen etwas eigenartig. Was soll Kirche heißen? Aber auch bei einer Umformulierung in "Staat und Religion" lasse sich die Irritation wegen der völlig andersartigen Strukturierung von Christentum und Shintoismus nicht völlig ausgleichen. Gerade bei einer vergleichenden Behandlung der Thematik müsse sichergestellt sein, daß die in der Diskussion verwendeten Begriffe einheitlich verstanden werden.

Während, wie *Burmeister* zurecht bemerkt habe, der Staat des christlichen Abendlandes die Kirche als Faktum vorgefunden habe mit der Folge, daß die Abgrenzungsbemühungen, die teilweise bis in die Gegenwart hineinreichten, zu einem gut handhabbaren juristischen Instrumentarium geführt hätten, würden die Juristen in Japan Probleme damit haben, sich mit überlagernden Religionen (wie dies beim Shintoismus und Buddhismus der Fall sei) auseinanderzusetzen und diese in juristische Kategorien zu fassen.

In Japan sei diese Besonderheit bereits bei der ersten Verfassungsdiskussion in der *Meiji*-Zeit erkannt worden. Bei den Beratungen zum Entwurf der *Meiji*-Verfassung 1886 habe *Itô* die Diskussion folgendermaßen eingeleitet: Bei jeder Verfassungsgebung sei es wichtig festzustellen, was den Grundpfeiler des jeweiligen Staatswesens ausmache. In Europa habe der Konstitutionalismus eine fast tausendjährige Geschichte. Dort sei man aber nicht nur an die konstitutionellen Einrichtungen gewöhnt, es gebe dort vielmehr ein Christentum, das den Grundpfeiler des Verfassungsstaats darstelle. Dieses Christentum habe das Volksbewußtsein durchdrungen und geeinigt. In Japan sei die Religion dagegen sehr wirkungsschwach, weder Buddhismus noch Shintoismus seien in stande, als Grundpfeiler des Staates zu dienen. Gerade deswegen, so *Itô*, habe man im Verfassungsentwurf dem Kaisertum (*Tennô*) starke monarchische Prärogativen vorbehalten, um dieses Kaisertum zum Grundpfeiler des Staates zu machen.

In Japan, so *Wani*, wirke es auf die Allgemeinheit daher auch heute noch befremdlich, wenn von "Kirchengewalt" die Rede sei. Es liege daher die Auffassung nahe, den Staats-

shintoismus, den es durch die neue Verfassung von 1947 zu überwinden galt, als erfundene Tradition zu werten. Die mit der *Meiji*-Reform eingeleitete Wende könne daher als ein großartiger Versuch gelten, durch ein traditionelles Ordnungsprinzip die japanische Gesellschaft von Grund auf zu verändern. Über Begriff und Entwicklung des sogenannten Staats-Shintoismus seien sich die Historiker keineswegs einig. Ungeachtet dessen sei aber, so *Wani*, entscheidend, daß diese als staatlicher Kult und nicht als Religion verstanden werde. Dies habe zur Folge, daß die Religionsfreiheit des Artikel 28 der *Meiji*-Verfassung relativiert werde und einen großen Spielraum für staatlich sanktionierte mono-shintoistisch bestimmte Legitimationspraktiken und -maßnahmen biete.

Die institutionelle Ausdifferenzierung des Religiösen vom Sittlichen fand also in Japan nicht in gleicher Weise statt wie in Deutschland. Bezeichnend für die Rechtslage der Vorkriegszeit in Japan sei, daß sich Regelungen über das Religionswesen in verschiedenen Verordnungen und Statuten fänden.

Einerseits erscheine das japanische System im Gegensatz zum deutschen auf den ersten Blick frei von der Normengeschichtsbedingtheit der Staat-Kircheninstitution; frei also von historisch gewachsenen Verschränkungen, wie dies in Deutschland durch Kirchensteuer, staatlich theologische Fakultäten, Körperschaftsstatus der Religionsgemeinschaften etc. deutlich werde. Diese Erscheinungen kämen japanischen Verfassungsrechtlern als kaum vorstellbare "Altlasten" vor.

Aus diesem Grunde entstehe der Eindruck, daß man in Japan ungestraft in staatskirchenrechtlichen Fragen vorschnell und mit einfachen Worten operieren könne, und zwar im Sinne eines puristischen Laizismus, was in Deutschland völlig ausgeschlossen sei.

Daß der OGH in Japan trotzdem auf eine nach Meinung der Mehrheit der Verfassungsrechtler unnötige Art und Weise salomonisch entschieden habe, habe eine vehemente Kritik in der Lehre provoziert, insbesondere im Zusammenhang mit dem sogenannten *Jieikan Goshi*-Fall (Beisetzung eines Soldaten in einem shintoistischen Schrein gegen den Willen der Witwe, die christlichen Glaubens ist).

Die Kritik gegen dieses Urteil gehe in verschiedene Richtungen. Zum Beispiel, ob die religiöse Grundrechtsfähigkeit einem nicht primär zu religiösen Zwecken errichteten Verein ebenso wie einer natürlichen Person zuerkannt werden solle; ob, wenn überhaupt, die Religionsfreiheit beider Personen einer Beachtung aus der gleichen Perspektive unterzogen werden dürfe; ob die Lehre von der institutionellen Garantie vom OGH richtig verstanden und angewendet worden sei etc. Am merkwürdigsten sei die Begründung des Urteils in ihrem entscheidenden salomonischen Punkt, indem diese Entscheidung der Beteiligung der Selbstverteidigungsstreitkräfte an der fraglichen Aufnahme der Urne in den Schrein den Charakter einer verfassungsrechtlich untersagten religiösen Äußerung aberkannt habe, und zwar mit der Begründung, diese Beteiligung habe primär einen weltlichen Zweck gehabt.

Wani stelle hier die Frage, ob nicht gerade ein staatliches Handeln, das zu seinem weltlichen Zweck in einer bestimmten religiösen Richtung die Bevölkerung zu dirigieren (mobilisieren) trachte, verfassungsrechtlich streng kontrolliert werden müsse, weil es sowohl Staat als auch Religion wesensmäßig verändern könne. Im übrigen könne man in dem betreffenden Fall ein Beispiel erblicken, in dem der OGH etwas unvorsichtig und wohl aus dem Konzept geraten Kriterien der amerikanischen Verfassungsjudikatur zur Formulierung herangezogen habe. Ironisch könne man behaupten, hier habe sich die vor dem Krieg herrschende mangelnde Konturierung des Religiösen nach dem Krieg gerächt.

Während also das deutsche Staatskirchenrecht aus der historisch notwendigen Anerkennung und Verarbeitung der tradierten Verflechtungen zwischen Staat und Kirche seine Berechtigung herleite, erscheine in Japan die verfassungsdogmatische Auseinandersetzung des zu überwindenden, jedoch juristisch nur vage konturierten Staatshintoismus wesentlich weniger konkludent und konsequent. Insoweit komme einem japanischen Betrachter das Kreuzifix-Urteil des Bundesverfassungsgerichts doch sehr merkwürdig vor.

Interessant für den Verfassungsvergleich sei, daß offenbar die Mehrheitsmeinung des Bundesverfassungsgerichts ebenso den notwendigen Argumentationsaufwand vermischen lasse, wie es die japanischen Richter in dem erwähnten *Jieikan-Goshi*-Urteil getan hätten. Überzeugender sei die Mindermeinung von *Söllner* gewesen, der die Möglichkeit eröffnet habe, den Streitfall auf Bayern zu begrenzen, damit den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers offen zu halten und die spezifisch bayerischen Verhältnisse zu berücksichtigen.

Für den außenstehenden Betrachter stelle sich die Frage, ob das Kruzifix-Urteil nicht auch als ein Anzeichen dafür zu werten sei, daß sich die unaufhaltsam fortschreitende Entchristianisierung der Gesellschaft, der institutionellen Verkrustung der Amtskirchen zum Trotz, stärker als bisher in der Verfassungsjudikatur niedergeschlagen habe. Dies wurde in der Diskussion auch von *Murakami* aufgegriffen, der hinsichtlich der Bedeutung des Kruzifix-Urteils zu bedenken gab, ob damit nicht auch bezweckt worden sei, ein magisches Element aus dem christlichen Glauben zu beseitigen.

In der Schlußdiskussion wurde Einigkeit darüber erzielt, daß auf dem bisher beschrittenen Wege fortgefahren werden müsse; die Erfahrungen, die bei der Beschäftigung mit der Rechtsprechung der jeweils ausländischen Rechtsordnung gemacht würden, seien für die Weiterentwicklung der Rechtsvergleichung unerläßlich. Gemeinsames Problem auf japanischer, besonders aber auf deutscher Seite sei es allerdings, junge Wissenschaftler zu motivieren, sich an entsprechenden Übersetzungsprojekten zu beteiligen. *Murakami* betonte, daß hierzu als wesentliche Motivation auch die Freude an der wissenschaftlichen Arbeit in einer fremden Sprache erforderlich sei, und daß dies auch zum Ausbildungszweck des wissenschaftlichen Nachwuchses gehören müsse.

Die Rechtsprechungssammlung wird beim Heymanns-Verlag in Köln, voraussichtlich 1997 erscheinen.

Hans Peter Marutschke

Anmerkung der Redaktion: Transkription und Zitierweise japanischer Gesetze sind dem Standard der Zeitschrift angepaßt worden.

Anmerkungen

- 1 Für das bürgerliche Recht ist die Übersetzung von 100 Urteilen vorgesehen.
- 2 OGH-Urteil vom 14.4.1976; Urteil vom 17.7.1985.
- 3 OG Osaka, Urteil vom 30.7.1992; OG Fukuoka, Urteil vom 28.2.1992.
- 4 Urteil vom 12.12.1984.
- 5 Japanische Verfassung vom 3.11.1946, dt. Übers.: MIYAZAWA/HEUSER/YAMASAKI, Verfassungsrecht [*Kenpō*] (Köln u.a. 1986), 297 ff.
- 6 Beispiele hierfür finden sich ebenfalls in der Rechtsprechungssammlung zum Verfassungsrecht.
- 7 Zivilgesetz [*Minpō*] Gesetz Nr. 89/1896 und 9/1898 i.d.F.d. Ges. 79/1991.
- 8 Urteil vom 4.7.1956.
- 9 OGH-Urteil vom 14.4.1976.
- 10 OGH-Urteile vom 24.3.1981 und vom 12.12.1973.
- 11 So beispielsweise in der Entscheidung vom 8.4.1953.
- 12 BVerfGE 41,29 (51 f.).