

BUCHBESPRECHUNGEN / BOOK REVIEWS

Peter Gottwald (Hrsg.)

Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan

Aktuelle Probleme und Spannungen im Bereich des Verfassungsrechts, Strafrechts, Schuldrechts, Familienrechts und Zivilprozessrechts

Schriftenreihe Japanisches Recht, Band 47

Carl Heymanns Verlag, Köln/München, 2009, 180 S., 58,00 EUR,

ISBN 978-3-452-27167-9

Die Juristische Fakultät der Universität Regensburg veranstaltete im Sommersemester 2008 eine Ringvorlesung zum „Spannungsverhältnis zwischen Recht und Gesellschaft in Deutschland und Japan“. Fünf Regensburger Professoren mit engen Beziehungen zu Japan und fünf japanische Rechtswissenschaftler mit Lehrerfahrung in Deutschland, insbesondere in Regensburg, hielten jeweils im Tandem Vorträge zu Themen aus fünf sehr unterschiedlichen Rechtsgebieten. Der Herausgeber Peter Gottwald, Professor an der Universität Regensburg, kommt in seinem äußerst knapp gehaltenen Vorwort zum wenig überraschenden allgemeinen Ergebnis, „dass weder Recht noch Rechtskultur in Staaten mit moderner hoch entwickelter Marktwirtschaft wirklich gleich sind.“(S.V) Allerdings geht es bei den zehn Vorträgen gerade nicht um das Wirtschaftsverfassungsrecht. Außerdem handelt es sich bei Deutschland und Japan zwar um hoch entwickelte, aber keineswegs um rein marktwirtschaftlich verfasste Volkswirtschaften, sondern um *mixed economies*.

Die fünf Vortragspaare behandeln ohne inhaltliche Übergänge punktuell und in dieser Reihenfolge die Bereiche Rundfunkrecht als Teilgebiet des Verfassungsrechts, Strafrecht, zivilrechtliches Haftungsrecht, Familienrecht und Zivilprozessrecht. Die gemeinsame Klammer bildet jeweils das Spannungsverhältnis zwischen Recht und Gesellschaft in beiden Ländern. Die einzelnen Länderberichte bearbeiten diese Fragestellung mehr oder weniger intensiv. Eine Zusammenfassung, eine Schlussfolgerung oder wenigstens eine rechtsvergleichende Analyse fehlen. Aber vielleicht waren die Pläne für diese Ringvorlesung von Anfang an nicht so hochfliegend. Denn der Herausgeber gibt lediglich der Hoffnung Ausdruck, dass „die Veröffentlichung dieser Vorträge von allgemeinem Interesse ist und einen nützlichen Beitrag zur Bereicherung unseres juristischen Weltbildes leisten kann.“ (S.V). Das kann allerdings fast jede Ansammlung von Länderberichten über japanisches und deutsches Recht.

Der erste Themenblock dürfte für die Leser dieser Zeitschrift die höchste Relevanz haben, zumal ihnen die Referentin *Hidemi Suzuki* von der staatlichen Osaka University, nicht unbekannt ist.¹ Ihr jetziges Thema: "Rundfunk in Japan zwischen verfassungsrechtli-

¹ *Hidemi Suzuki*, Rundfunk- und Presserecht in Japan – aktuelle Probleme, VRÜ 41 (2008), S. 450-466.

chen Anforderungen und gesellschaftlicher Realität" (S.1 -13). Sie setzt an beim Skandal um die Gärbohnen-Diät des Jahres 2007, über den auch die deutschen Medien berichteten. Eine Wissenschaftssendung des privaten Fernsehsenders KTV hatte am 7. Januar 2007, also rechtzeitig nach den Feiertagen um den Jahreswechsel, bei denen sich auch die Japaner überflüssige Pfunde anfuttern, lobend über eine Diät auf der Grundlage fermentierter Sojabohnen (Natto) berichtet. Das führte zu einer gewaltigen Absatzsteigerung dieses Lebensmittels in ganz Japan. Es stellte sich dann heraus, dass die diätische Wirkung frei erfunden war. Das zuständige Ministry of Internal Affairs and Communication (MIC) schaltete sich ein und untersuchte, ob die falsche Berichterstattung gekauft war. Auf dem Höhepunkt der öffentlichen Empörung über weitere falsche Berichte kündigte das MIC eine Verschärfung des bestehenden Rundfunkgesetzes an. Unrichtige Informationen, die einen schlechten Einfluss auf die Volkswirtschaft oder das „Volksleben“ ausüben oder auszuüben drohen, sollten dadurch unterbunden werden (S.1).

Suzuki stellt zunächst die Verfassungsgerichtsbarkeit, dann die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Rundfunksystems, vor allem die Gewährleistung der Meinungsfreiheit und der Rundfunkfreiheit sowie die Programmgrundsätze und die duale Rundfunkordnung dar. Anschließend berichtet sie eingehend über die rechtspolitischen Folgen des Skandals und die von ihm ausgelöste Rechtsproblematik. Suzuki fragt sich, ob durch staatliche Kontrollen die Richtigkeit von Rundfunksendungen angestrebt werden darf. Die geplante Verschärfung des Rundfunkgesetzes, die die Verletzung der journalistischen Sorgfaltspflicht mit juristischen Mitteln verfolgen sollte, ist zwar letztendlich in der politischen Arena gescheitert. Suzuki warnt jedoch vor der Möglichkeit der Einführung derartiger Sanktionen, die eine „einschüchternde Wirkung“ haben und damit eine Art von Zensur durch die Hintertür darstellen können. In diesem Falle hat Suzuki wenig Hoffnung, dass der japanische Oberste Gerichtshof (OGH) als Verfassungsgericht eine solche gesetzliche Regelung aufheben wird. Denn „der OGH neigt dazu, die Bedeutung der Meinungs- und Medienfreiheit für die Demokratie als allgemeine These zu betonen, aber gleichzeitig der Rechtfertigung ihrer Beschränkung im Einzelfall großen Raum zu geben“(S. 13).

Im deutschen Tandembeitrag befasst sich *Udo Steiner*, ehemals Bundesverfassungsrichter und Emeritus der Universität Regensburg, mit dem „Spannungsverhältnis im Bereich des deutschen Verfassungsrechts am Beispiel des Rundfunkrechts“. Pointiert und launig, manchmal sogar zynisch, immer aber erkennbar lustvoll kommentiert der Autor den Widerspruch „zwischen dem verfassungsrechtlichen Rundfunkkonzept und der faktischen gesellschaftlichen Nachfrage nach Rundfunkprogrammen“. Er sieht das Hauptproblem der grundgesetzlichen Rundfunkverfassung in der dem Bürger möglicherweise „... verfassungsrechtlich aufgedrängten Bereicherung durch gebührenfinanziertes Qualitätsfernsehen“ (S.16). Obwohl das deutsche Rundfunkrecht eigentlich Ländersache ist, lasse es sich als „Rundfunkrecht aus Bundeshand“ bezeichnen, da es „...auf der Grundlage des Grundgesetzes als der Bundesverfassung der Bundesrepublik Deutschland durch das Bundesverfassungsgericht als Verfassungsorgan“... geformt wurde (S. 17). Die besondere Rolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks bestehe darin, dass er als Integrationsrundfunk für Staat

und Gesellschaft fungiere, indem er beide Sphären miteinander verbinde. Dabei müssten sich die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten dem Wettbewerb mit den Privatsendern stellen und trotz des Grundversorgungsauftrags unterhaltsam sein. Deshalb dürfe – und müsse – der öffentlich-rechtliche Rundfunk auch gerade populäre und damit teure Sportereignisse übertragen und dafür auch das erforderliche Geld in die Hand nehmen (S.22). Für den Wettbewerb mit den Privaten um die Aufmerksamkeit der Zuschauer formuliert Steiner griffig: „Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten brauchen Geld, um Rundfunk zu machen. Die Privaten brauchen Rundfunk, um Geld zu machen.“ (S. 24). Das Bundesverfassungsgericht sieht die allseitige „Verbindung von Einschaltquoten, Werbung und Programmqualität“ kritisch. Nach seiner Auffassung ist die Gebührenfinanzierung nur zu rechtfertigen, „wenn es eine Art kulturellen Mehrwert der öffentlich-rechtlichen Programme auch in Zukunft gibt.“ (25)

Der zweite Themenblock behandelt das Spannungsverhältnis im Bereich des Strafrechts. *Keiichi Yamanaka*, Professor an der privaten Kansai Universität, befasst sich mit der Diskrepanz zwischen Sozialnorm und Rechtsnorm in Japan. Die Sozialnorm sei eine „lebende und geltende“, also die eigentliche Norm, die Rechtsnorm nur eine „bloße Sanktionsnorm“. Seiner Auffassung nach ist im Kernbereich des Strafrechts diese Diskrepanz nicht so groß. Die Rechtsnormen des Verwaltungsstrafrechts, das im japanischen Rechtssystem breiten Raum einnehmen, werden dagegen kaum beachtet. So fahren auf den Nationalstraßen, die den deutschen Bundesstraßen entsprechen, fast alle Autofahrer 130 km/h, obwohl nur 80 km/h erlaubt sind. Dies hat zum Teil historische Gründe, weil das westlich inspirierte Strafgesetzbuch von 1907, das nach der gewaltsamen Öffnung Japans unter dem Druck des Westens verfasst worden war und noch heute in Kraft ist, gar nicht zur damaligen gesellschaftlichen Wirklichkeit passte. Vielmehr strebte es in erster Linie „einen neuen symbolischen Wert“ an (S. 31). Die Anpassung an die gesellschaftliche Realität haben die Gerichte im Laufe der Jahrzehnte durch eine extrem extensive Auslegung erreicht. Wie der Autor anhand mehrerer Beispiele nachweist, setzen sich die Gerichte vor allem immer wieder über das auch in Japan geltende Analogieverbot souverän hinweg. Dagegen würden an sich strafrechtlich sanktionierte, aber in der Lebenswirklichkeit extrem häufige Straftaten wie Abtreibung oder Umweltverschmutzung weder als solche empfunden noch verfolgt. Die stark am deutschen Recht orientierte japanische Strafrechtswissenschaft und ihre Lehren werden von der Praxis konsequent ignoriert. So beachten japanische Richter in ihren Strafurteilen ein striktes Verbot von Zitaten aus juristischen Lehrbüchern. Japanische Strafrechtsprofessoren arbeiten im Laufe ihres Berufslebens fast nie als Strafrichter und japanische Strafrichter können de facto keinen Lehrstuhl für Strafrecht innehaben. Für erhebliche Spannungen zwischen den politischen und normativen Entscheidungen des Gesetzgebers einerseits und den rechtstheoretischen Bedenken der Strafrechtler andererseits sorgen auch politisch umstrittene Themen wie die Todesstrafe oder die Feststellung des richtigen Todeszeitpunkts als Voraussetzung für Organspenden. Erschwerend kommt hinzu, dass die Japaner in ihrer Mehrheit weniger tolerant gegenüber Straftaten geworden sind und gerade in der letzten Zeit durch die Bank härtere Strafen verlangen. Diesem

Wunsch ist der japanische Gesetzgeber durch eine generelle Erhöhung des Strafrahmens nachgekommen. Ansonsten aber besteht der Gegensatz zwischen dem importierten Strafrecht und den herkömmlichen Moralvorstellungen der Japaner fort (S.47).

Im ziemlich kurzen deutschen Teil des Strafrechtstandems (S. 49-58) gibt *Friedrich-Christian Schroeder*, ebenfalls Emeritus der Universität Regensburg, mit drastischen und zum Teil sehr polemischen Worten zu erkennen, dass ihm die ganze Richtung des gegenwärtigen Strafrechts nicht passt. Der deutsche Gesetzgeber will nach seiner Auffassung durch zu viel Rücksichtnahme auf gesellschaftliche Gruppen und durch deren zu starke institutionelle Einbindung z.B. im erst Nationalen und jetzt Deutschen Ethikrat „allzu schnell angebliche Bedürfnisse der Gesellschaft befriedigen“. Der Zeitgeist fordere seinen Tribut: „Die Bundestagsfraktionen und die anderen Mehrheiten im Bundesrat überschlagen sich bei Gesetzesvorschlägen. Kaum zerfleischen in Hamburg im Jahre 2000 Kampfhunde ein Kind, ergeht 2001 das „Gesetz zur Bekämpfung gefährlicher Hunde“ mit der Einfügung eines § 143 in das Strafgesetzbuch“(S.51). Auch die eifertige strafrechtliche Ahndung des modern gewordenen Stalking sei der Rücksicht auf den Zeitgeist geschuldet. Besonders gefährlich, weil einflussreich seien die „Gutmenschen“, gegen deren oft überzogene Rügen niemand mehr zu opponieren wage, weil er fürchten müsse, dass ihm Diskriminierung unterstellt werde. Zur Strafbarkeit der Vergewaltigung der Ehefrau vertritt der Autor folgende bemerkenswerte Meinung: „Jedoch sind die Ehegatten einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet, so dass es sich bei der gewaltsamen Erzwingung eher um eine Art unzulässige Selbsthilfe, um eine Nötigung handelt und nicht um das typische Vergewaltigungsunrecht“ (S.53). Der Streit um die richtigen Maßnahmen zur Bekämpfung der Kriminalität von ausländischen und russlanddeutschen Jugendlichen und die umstrittene Einstellung von Strafverfahren gegen Prominente wie Helmut Kohl oder Jan Ullrich sind für den Autor kennzeichnend für das Spannungsverhältnis zwischen dem Recht und der öffentlichen Meinung. Aber auch die unterschiedlichen gesellschaftlichen Gruppen und ihre jeweiligen neuralgischen Themen führten zu Widersprüchen im Strafrecht. Der politische Waffenstillstand zwischen den Befürwortern und den Gegnern des Abtreibungsverbots mündete semantisch im „Schwangerschaftsabbruch“ und in der „Fristenlösung“. Trotzdem verweigere die katholische Kirche weiterhin ihren Institutionen die Mitwirkung an der Schwangerschaftsberatung und bezeichne deren Bescheinigung als „Lizenz zur Tötung.“ Den Kompromiss des deutschen Gesetzgebers, den Import von vor dem 1.1.2002 hergestellten Stammzellen zu erlauben, deren Gewinnung im Inland dagegen nicht, nennt Schroeder „faul“ und befindet, es handele sich dabei um „eine Art Stammzellenhehlerei“. Der heftige Streit um den Anfang und, wie bei der Sterbehilfe, das Ende des menschlichen Lebens erscheint ihm nicht als Nachteil. Er findet es "...positiv, wenn sich die Menschen in Rechtsfragen und Fragen de lege ferenda engagieren und für ihre Auffassung kämpfen..."(S.57). Da die Strafe eine einschneidende Rechtsfolge ist, hält der Autor es nicht für tragbar, dass ein Strafgesetz mit einer knappen Mehrheit im Parlament durchgedrückt und damit fast die Hälfte der Bürger gegen ihre Überzeugung zur Rechenschaft gezogen wird.

Man müsse „für Strafgesetze daher wie für Verfassungsänderungen eine Zweidrittelmehrheit verlangen (S.58).“

Der dritte Themenblock hat das zivilrechtliche Haftungsrecht zum Gegenstand. In seinem Vortrag mit dem Titel „Aktuelle Probleme im Bereich des Haftungsrechts in Japan“ behandelt *Katsumi Matsumoto* von der privaten Ritsumeikan Universität in Kyoto zunächst die Architektenhaftung und dann die Arzthaftung. In Japan stürzten bei den Erdbeben der letzten Jahre zahlreiche Wohnhäuser und Hotels ein, deren Statik von ihren Architekten vorsätzlich falsch berechnet worden war. Dadurch hatten die Baukosten niedrig gehalten werden sollen. Der Architektenvertrag wird in Japan im Gegensatz zu Deutschland nicht als Werkvertrag, sondern als Auftrag betrachtet. Deshalb haften Architekten nur bei Verschulden. Neben der vertraglichen Haftung gibt es in Japan ebenfalls eine deliktische Haftung des Architekten in den Bereichen Sicherheit, Planung und Überwachung der Bauleistung. Den politischen Hintergrund für die Problematik der mangelhaften Wohnhäuser bildet nach Matsumoto die wirtschaftliche und strukturelle Situation der Architekten in Japan, die weitestgehend von den Bauunternehmen abhängig sind.

Bei den zahlreichen Prozessen wegen ärztlicher Kunstfehler in Japan ging es bis vor kurzem fast ausschließlich um Behandlungs- und Diagnosefehler. Erst in jüngster Zeit spielt die Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht eine größere Rolle. Matsumoto referiert zunächst zwei eher herkömmliche Fälle: Im ersten stellte der Arzt einen erforderlichen Kaiserschnitt zunächst als unnötig dar und änderte seine Meinung erst, als es zu spät war. Im zweiten informierte der behandelnde Arzt seine Patientin vor einer Brustamputation nicht über damals bereits mögliche, wenn auch noch nicht etablierte andere Behandlungsmöglichkeiten. In beiden Fallvarianten bejahen Rechtssprechung und Lehre Schmerzensgeldansprüche wegen Verletzung der Aufklärungspflicht. Das Schmerzensgeld für den von Dritten verursachten Tod eines Kindes ist in Japan sehr hoch. Auch in Japan diskutiert man über das *wrongful life*, also das „Kind als Schaden“. Die Gerichte lehnen diesen Schadensbegriff ab, da die im realen Leben sehr verbreitete Abtreibung auf Wunsch der Schwangeren bei der zu erwartenden Geburt eines behinderten Kindes gesetzlich nicht gestattet ist. Während eine Mindermeinung in der Lehre den Arzt verpflichten will, auf die wahrscheinliche Behinderung des ungeborenen Kindes hinzuweisen, damit die Eltern über dessen mögliche Abtreibung nachdenken können, sollte nach der Ansicht von Matsumoto das Leben stets Vorrang haben (S.74).

Das Tandemreferat mit dem Titel „Deutsches Haftungsrecht und gesellschaftliche Erwartungen“ stammt von *Andreas Spickhoff*, Professor an der Universität Regensburg. Der Autor erklärt das Spannungsverhältnis im Haftungsrecht mit den einander gegenüberstehenden Interessen des Geschädigten und der von ihm in Anspruch genommenen Person und nimmt diesen Interessengegensatz zum Ausgangspunkt für einen ausführlichen rechts-historischen Rückblick auf die Interessenjurisprudenz von Philipp Heck und die Wertungsjurisprudenz von Heinrich Stoll. Von dort aus gelangt er zur Ausrichtung an der Gerechtigkeitsidee und am allgemeinen Rechtsbegriff selbst und weiter zu den im Gesetz angelegten Grundzwecken des Haftungsrechts, der Ausgleichsfunktion und der Präven-

tionsfunktion. Beim Schmerzensgeld wird als Besonderheit neben der Ausgleichsfunktion vom BGH die Genugtuungsfunktion anerkannt, während er die Straffunktion von ihm im Gegensatz zu den US-amerikanischen punitive damages weitestgehend ablehnt. Das BGB vernachlässigt auch nach der Schuldrechtsmodernisierung des Jahres 2002 die klassischen Felder der Berufshaftung, in denen der BGH, jedenfalls soweit es um Rechtsanwälte und Steuerberater geht, von jeher ganz besonders strenge Maßstäbe anlegt. Im Gegensatz zu Japan gab es bisher noch keine aufgrund von Erdbeben einstürzenden Neubauten, wohl aber Dächer, die allzu große Schneemengen nicht tragen konnten. Diese Fälle sind aber noch nicht gerichtlich entschieden. Ansprüche gegen Architekten beruhen auf dem Werkvertragsrecht und unerlaubter Handlung und sind, bevor sie geltend gemacht werden können, häufig schon verjährt. Die Ausnahme bilden Ansprüche auf Ersatz von sogenannten „Weiterfresserschäden“, bei denen der „Mangelunwert eines Architektenwerkes keinen damit deckungsgleichen Schaden“ verursacht. Diese und ähnliche Fälle sind allerdings dogmatisch so schwer zu lösen, dass der BGH ständig Entscheidungen der Vorinstanzen aufhebt, und so schwer zu verstehen, dass sie sich für eine eingehende gesellschaftspolitische Diskussion nicht eignen.

Die der Arzthaftung zugrunde liegenden Sachverhalte sind dagegen plastisch und lösen Emotionen aus. Die beiden eben genannten japanischen Fälle der verletzten Aufklärungspflicht bei einer Risikogeburt und bei einem Mammakarzinom hätten auch in Deutschland haftungsrechtliche Folgen. Ansonsten gibt es vor allem Probleme mit der Organisationsverantwortung des Chefarztes bei der Delegation der Aufklärungspflicht und der Beweislastumkehr bei groben Behandlungsfehlern. Der Autor diskutiert neben der Frage der Lebensverlängerung als Haftungsgrund besonders ausführlich die Problematik des *wrongful life*. Während das Kind, auch das behinderte Kind, selbst keinen Schaden darstellt, für den dessen Eltern Ersatz verlangen könnten, ist der Anspruch auf Unterhalt „für ein ungewolltes gesundes oder nicht behindert erwünschtes Kind“ vom BGH anerkannt worden. Der II. Senat des Bundesverfassungsgerichts monierte diese Auffassung in seiner zweiten Abtreibungsentscheidung von 1993. Die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt aus Art. 1 Abs. 1 GG, jeden Menschen in seinem Dasein um seiner selbst willen zu achten, verbiete es, die Unterhaltspflicht als Schaden zu begreifen. Die Mehrheit der Richter des II. Senats hat diese Meinung aber trotz des entsprechenden Leitsatzes Nr. 14 als obiter dictum behandelt. Das behinderte Kind selbst kann zwar in Frankreich, nach der Rechtsprechung des BGH unter Verweis auf seine Menschenwürde, nicht aber in Deutschland Unterhalt vom Arzt verlangen. Das hält Spickhoff für verkehrt. Es ließen sich ohne weiteres Ansprüche zugunsten des behinderten Kindes unter dem Aspekt eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter konstruieren. In Betracht komme auch ein deliktischer Anspruch des behinderten Kindes wegen der Verletzung des potentiellen Persönlichkeitsrechts des nasciturus, kein behindertes Leben führen zu müssen.

Der vierte Themenblock behandelt das Familienrecht. Den Vortritt hat *Norimasa Nozawa*, Professor an der privaten Chuo Universität in Tokyo, mit seinem Referat über „Scheidungsrecht und gesellschaftliche Realität in Japan“. Die in Japan zu beobachtende

drastische Zunahme der Ehescheidungen, die fast deutsche Dimensionen erreicht hat, ist ein sichtbares Zeichen der Krise der Familie. Die jährliche Scheidungsrate je 1.000 Einwohner beträgt in Japan 2,04, in Deutschland 2,3. Im Gegensatz zu Deutschland ist in Japan die einverständliche Scheidung durch Anmeldung beim Standesamt nicht nur möglich, sondern mit knapp 90% aller Scheidungen absolut vorherrschend. Der durchaus realen Gefahr, dass der scheidungswillige Ehepartner das Anmeldeformular ohne Wissen des anderen Ehepartners mit dessen entwendetem Namensstempel siegelt, wurde durch eine Änderung des Personenstandsgesetzes im Jahre 2008 begegnet: Jetzt kann der scheidungsunwillige Ehepartner, der einen solchen Missbrauch befürchtet, durch Stellung eines entsprechenden präventiven, unbefristeten Antrags beim Standesamt die administrative Ehescheidung gegen seinen Willen verhindern. Mit 8,8% aller Fälle ist die Scheidung durch Schlichtung vor dem Familiengericht die zweithäufigste Form der Ehescheidung. Auch in Japan heißt das Scheidungsgericht euphemistisch Familiengericht. Das Schlichtungsverfahren ist mit einer Dauer von sechs Monaten in 80% aller Fälle relativ kurz und darüber hinaus auch einfach und billig, weil keine in Japan extrem kostspieligen Rechtsanwälte beteiligt sein müssen. Bei der teuren, langwierigen und komplizierten streitigen Scheidung durch Gerichtsurteil in fast allen restlichen Fällen spielt das früher vorherrschende Schuldprinzip noch eine Rolle, wird aber allmählich vom Zerrüttungsprinzip verdrängt. Die finanziellen Scheidungsfolgen werden herkömmlicherweise in den meisten Fällen durch Zahlung einer als Schmerzensgeld bezeichneten Abfindung abgegolten. Neuerdings gibt es nach deutschem Vorbild auch einen Versorgungsausgleich. Über das Sorgerecht wird wenig gestritten. Auch der Kindesunterhalt und der nacheheliche Unterhalt werden fast immer einvernehmlich geregelt. Die geschiedenen Ehemänner zahlen aber überwiegend zu wenig oder gar nichts, so dass die Armut unter geschiedenen alleinerziehenden Müttern besonders verbreitet ist. Der Autor zitiert zustimmend den Begriff der „ins Extrem geratenen Privatisierung des Familienrechts“ als Ursache dieser Misere (S.106) und fordert eine rechtzeitige Einschaltung von Rechtsanwälten. Die sind allerdings trotz einer in Gang befindlichen umfassenden Justizreform immer noch knapp, teuer, auf die Ballungsräume konzentriert und eher an lukrativen wirtschaftsrechtlichen Fällen interessiert.

Der deutsche Tandembeitrag mit dem Titel „Das Spannungsverhältnis im deutschen Familienrecht“ stammt von *Dieter Schwab*, Regensburger Emeritus: Spannungen entstünden, „...wenn Rechtsregeln und soziales Verhalten auseinanderlaufen oder wenn das Recht sogar die Realität verfehlt.“ Daher müsse die Vorstellung von der Realität als dritte Größe zwischen dem Recht und der Realität gedacht werden. Das Ergebnis dieses Spannungsverhältnisses sei ein permanenter Reformprozess, wie wir ihn in Deutschland im Familienrecht erleben (S.109). Leider verursache dieser Reformprozess ein ständiges Hin und Her: Das heute Unumstößliche „ist morgen grundfalsch, was heute als fortschrittlich gilt, ist morgen erzeaktionär.“ Familiengesetzgebung in Deutschland stelle sich als „Experimentieren mit der Wirklichkeit dar: trial and error“ (S.110). Schwab beschreibt zunächst das unwürdige Theater der verdeckten Konventionalscheidungen und das Elend des Verschuldensprinzips für die zerrütteten Paare bis zur grundlegenden Reform des Scheidungsrechts im Jahre

1976. Er setzt sich dann mit dem Zerrüttungsprinzip im neuen Eherecht und den sich aus ihm ergebenden verdeckten Konventionalscheidungen neuen Typs sowie den eher seltenen Scheidungen gegen den Willen eines Ehepartners auseinander und kommt zu folgendem zutreffenden Ergebnis: „Jede Ehe, die nach dem beharrlichen Willen auch nur eines der Ehegatten geschieden werden soll, wird auch geschieden. Der Wunsch des Gesetzgebers, durch juristische Hürden Ehen zu retten, bleibt unerfüllt (S.118).“ Der Plan der Bundesregierung, die einvernehmliche Scheidung ohne Anwalt beim Notar zu ermöglichen, ist vor allem am Widerstand der Anwaltschaft gescheitert. Da sich knapp 40% aller Mandanten scheiden lassen, wäre bei der Verwirklichung der Reform ein allzu großer Teil der Umsätze entfallen. Die geplante Reform beruhte übrigens auf dem japanischen Vorbild. Es ist sehr schade, dass diese Tatsache ausgerechnet im Rahmen dieses Buches nicht erwähnt wird. Dies mag auch daran liegen, dass der immer noch übertrieben große Stolz der deutschen Juristen auf die Rezeption des deutschen Rechts im Japan des späten 19. und frühen 20. Jahrhunderts diesem Eingeständnis im Wege stand. Die große Zahl der Scheidungen verursacht erhebliche soziale Schäden. Mit Schulden erbaute Häuser müssen verkauft oder versteigert werden, mit dem Einkommen, das gerade für eine Familie reicht, lassen sich nicht zwei Haushalte finanzieren, und der familiäre Zusammenbruch zieht häufig den beruflichen und persönlichen Absturz nach sich. „Vielleicht steht die mangelnde Bestandsfestigkeit der Ehe auch in einer Beziehung mit der drastisch sinkenden Geburtsrate“ (S.118). Die von der Idee der gemeinsamen Wertschöpfung geprägte Zugewinngemeinschaft führt im Einzelfall des Öfteren zu ungerechten Ergebnissen, ihr Ausschluss durch Ehevertrag allerdings auch. Das Recht des nahehelichen Unterhalts, das von 1976 bis 2007 galt, sorgte für erhebliche Spannungen zwischen Männern und Frauen einerseits und erschwerte und belastete neue Eheschließungen nach der Scheidung andererseits. Das seit 2008 geltende neue Unterhaltsrecht strebt eine Korrektur zugunsten der Interessen der potenziell Unterhaltspflichtigen, also der Männer, an, überlässt dessen konkrete Ausgestaltung aber mit schwammigen Begriffen wie „Billigkeit, Unbilligkeit, grobe Unbilligkeit und Angemessenheit“ den Gerichten (S.123).

Die fünfte und letzte Staffel widmet sich dem Zivilprozessrecht. *Masahisa Deguchi*, Professor an der privaten Ritsumeikan Universität in Kyoto, behandelt das Thema „Das Spannungsverhältnis im Zivilprozessrecht“. Er beginnt mit einem historischen Rückblick und weist erfreulicherweise darauf hin, dass die Japaner nicht nur im späten 19. Jahrhundert zunächst französisches und deutsches Recht und nach dem Zweiten Weltkrieg während und nach der Besatzungszeit US-amerikanisches Recht importierten, sondern am Ende des 20. Jahrhunderts ihr System der Zivilschlichtung (*Minji Chôtei*) erst in die USA und dann in die EU exportierten. Im Westen ist die japanische Zivilschlichtung zum Vorbild für die ADR (Alternative Dispute Resolution) geworden. Bekanntlich wird in Japan wesentlich weniger als in Deutschland prozessiert. Deguchi führt dies anders als die zahlreichen Wissenschaftler im Westen und in Japan, die auf unterschiedliche Traditionen und den sich daraus ergebenden Nationalcharakter rekurrieren, in erster Linie auf den schwierigeren Zugang zur Justiz in Japan zurück. In Japan sind Rechtsschutzversicherungen eine Selten-

heit. Prozesse sind langwierig, umständlich und sehr teuer. Insofern bietet das Zivilschlichtungsverfahren eine in jeder Hinsicht günstige Alternative. Mehrere große Reformvorhaben seit 1996 sollten in erster Linie der Verfahrensbeschleunigung und dem verbesserten Zugang zur Justiz dienen. Deguchi geht die Reformdetails durch und bewertet im Einzelnen ihre Eignung. So ist z.B. die durchschnittliche Prozessdauer von 12,4 Monaten im Jahre 1987 über 10,2 Monate im Jahre 1987 nach der ersten Reform auf 7,8 Monate im Jahre 2007 gesunken. Ein mit kontradiktorischem Urteil abgeschlossenes Verfahren dauerte im Jahre 1987 durchschnittlich 20,1 Monate, im Jahre 1997 16,4 Monate und im Jahre 2007 nur noch 12,6 Monate. Am Schluss landet der Autor wieder bei der außergerichtlichen Streitbeilegung (ADR), die er selbst als einer von rund 20.000 Schlichtern drei Jahre lang ehrenamtlich betrieben hat. Nach seiner Meinung herrscht in Japan im Gegensatz zu westlichen Prozessgesellschaften wie der US-amerikanischen oder der deutschen „immer noch eine Kultur der Prozessvermeidung vor“ (S.147). Deshalb sollte die ADR dabei behilflich sein, die Lücke zwischen dem Zivilprozessrecht und der japanischen Gesellschaft zu überbrücken (S.148).

Im deutschen Tandemvortrag mit dem Titel „Das Spannungsverhältnis im deutschen Zivilprozessrecht“ geht *Herbert Roth*, Professor an der Universität Regensburg, zunächst den möglichen Bedeutungen des Themas nach. Da sind zum einen die politischen und ideologischen Einflüsse aus der Gesellschaft auf das Zivilprozessrecht, angefangen beim Liberalismus des Kaiserreichs über die Belange der Volksgemeinschaft im Nationalsozialismus und die sozialistische Staats- und Gesellschaftsordnung der DDR bis hin zum Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes. Neuerdings lässt sich ein Trend weg vom Ihering'schen „Kampf ums Recht“ hin zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens zwischen den Parteien feststellen. Im Gegensatz zum materiellen Zivilrecht ist der Einfluss des Zivilprozessrechts auf die Gesellschaft trotz einiger spektakulärer Ausnahmen relativ gering. Eine rechtsstaatliche, effektive und schnelle Ziviljustiz dürfte zwar mit entscheidend für die Ansiedelung ausländischer Unternehmen sein. Dennoch bleibt der „nachweisbare Einfluss des Zivilprozessrechts auf die Gesellschaft eher vage und begrenzt, so dass allgemeine Aussagen wenig belastbar sind“ (S.152). Im Hauptteil seines Referats untersucht Roth konkret den Einfluss der jeweiligen gesellschaftlichen Wertvorstellungen auf den Zivilprozess. Die Auffassung von Friedrich Stein, der Prozess sei „das technische Recht in seiner allerschärfsten Ausprägung“, weist er ebenso wie die Betrachtungsweise von James Goldschmidt, der jede Analyse, die über den Prozess selbst hinausgeht, ablehnt, als überholt zurück. Richtig grantig reagiert er auf die Systemtheorie von Niklas Luhmann, dessen Ansatz er als verfehlt und kritikwürdig, ja als „geradezu autistisch“ bezeichnet (S.156). Nach diesen Vorbemerkungen geht er den Ausprägungen der sozialistischen und nationalsozialistischen Wertvorstellungen und schließlich der sozialen Rechtsauffassung vor allem im österreichischen Zivilprozess nach. Wenn wie in der Bundesrepublik Deutschland ein gesellschaftliches Verständnis vorherrscht, „das den Schutz der Interessen des Bürgers betont und die Freiheitssphäre des Einzelnen vor Eingriffen des Staates durch Abwehrrechte schützt, wird [es] im Zivilprozess den Individualrechtsschutz als primären Prozess-

zweck ansehen. Die verfassungsrechtlich geschützte Privatautonomie im materiellen Recht findet ihre verfahrensrechtliche Entsprechung im Verhandlungsgrundsatz, der den Parteeinfluss gegenüber der Richtermacht betont“ (S.163). Der Schutz des Schwächeren im Zivilprozess wird unter anderem durch die „soziale Waffengleichheit“ und damit den gleichen Zugang zum Gericht im Wege der Gewährung von Prozesskostenhilfe an die mittellose Partei garantiert. Umstritten ist der Umfang der sich aus dem Sozialstaatsprinzip ergebenden richterlichen Kompensationspflicht vor allem in Gestalt richterlicher Hinweise zugunsten der anwaltlich nicht vertretenen und offensichtlich bedürftigen bzw. unerfahrenen Partei. Dem Schutz des Schwächeren dienen schließlich auch die Mediation und das Güteverfahren. Neue Verfahrensformen ergeben sich z.B. aus § 2 Hausratsverordnung, nach dem der Richter „nach billigem Ermessen“ entscheidet, aus der Verbandsklage, die mit einem Funktionszuwachs des Zivilprozesses einhergeht und aus dem Planfeststellungsverfahren, das im Ergebnis zu einem Funktionsverlust des Zivilprozesses führt. Abschließend plädiert Roth dafür, das „Bedürfnis nach Wiederherstellung des Rechtsfriedens durch Kooperation zum Zweck der konsensualen Streitbeilegung nicht innerhalb des konkreten Prozesses mithilfe der „Kooperationsmaxime“ zu verwirklichen, sondern als Alternative zur Justiz in einem Mediationsverfahren oder einem gesondert vorgelagerten Schlichtungsverfahren“(176).

Ein letztes Wort soll dem Herausgeber der Reihe „Japanisches Recht“ *Hanns Prütting*, Professor an der Universität Köln, gelten, der sich im Gegensatz zum Herausgeber dieses Bandes überhaupt nicht geäußert hat. Angesichts der Millionen Euros, über die die Tanaka Stiftung als Finanzierer dieser Reihe verfügt, ist es schade, dass ganz offensichtlich immer noch kein Geld für die Schlussredaktion ausgegeben wird. Die Fülle der simplen Schreibfehler, aber auch der uneinheitlichen und sinnentstellenden Transkriptionen japanischer Namen, Begriffe und Titel sowie der Fälle unfreiwilligen Humors durch fehlerhafte Übersetzungen ist erdrückend. Dabei gibt es doch so viele arbeitslose Japanologen und Jungjuristen, von verarmten pensionierten Japanjuristen ganz zu schweigen, die sich für wenig Geld oder vielleicht sogar ein Vergelt's Gott in der vagen Hoffnung auf eine anschließende Weiterempfehlung gerne ausbeuten ließen.

Man muss sie nur auffordern, ihr umfangreiches Fachwissen zur Verfügung zu stellen.

Matthias K. Scheer, Hamburg